

Publicações da Escola da AGU

DIREITO E INFRAESTRUTURA NO BRASIL: TEMAS RELEVANTES NOS SETORES AÉREO E PORTUÁRIO

PARTE I

Ano 13 - n. 04, pt.1(2021) - Brasília-DF, dez. 2021/fev. 2022

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 13	n. 04, pt.1(2021)	p. 1-276	dez./fev. 2022
------------------------------	----------	-------	----------------------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

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

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Bruno Bianco Leal

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Adler Anaximandro de Cruz e Alves	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Miguel Cabrera Kauam	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Andreia Maria Nogueira Cajueiro Zanon	Coordenadora-Geral de Ensino

EDITOR RESPONSÁVEL

Danilo Barbosa de Sant'Anna

COORDENADOR

Mauro César Santiago Chaves
Procurador Federal

Natália Resende Andrade Ávila
Produtora Federal

Diagramação/Capa: Walbert Kuhne Julio

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. -- Brasília : EAGU, 2009.
v. ; 23 cm.

Irregular.

ISSN 2236-4374 (versão impressa)
ISSN 2525-3298 (versão on-line)
I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SOBRE OS COORDENADORES

MAURO CÉSAR SANTIAGO CHAVES

Procurador Federal. Professor e Coordenador do Grupo de Pesquisa em Regulação Econômica e Direito Regulatório do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/Brasília). Membro do Comitê de Regulação de Infraestrutura Aeroportuária da FGV Direito Rio. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-graduado em Defesa da Concorrência e Direito da Regulação pelo UniCEUB e em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública-ENAP. Coordenador Jurídico de Aviação Civil na Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura. Secretário-Geral da Comissão de Direito Aeronáutico, Aeroportuário e Espacial da OAB/DF (2019-2021). Membro do Conselho de Administração do Aeroporto de CONFINS (BH-Airport) entre 2016 e 2019.

NATÁLIA RESENDE ANDRADE ÁVILA

Procuradora Federal. Consultora Jurídica no Ministério da Infraestrutura. Doutoranda no PTARH/UnB, com foco em Regulação de Infraestruturas de Rede. Colaboradora na ENAP. Professora em Parcerias Público-Privadas (IPOG, IDP, FGV e outros). Cursa Master of Laws (LLM) na University of London (direção acadêmica da University College London - UCL e Queen Mary - QMUL). Possui Mestrado em Tecnologia Ambiental e Recursos Hídricos pela UnB, Pós Graduação em Direito Constitucional pela UGF e em Direito Tributário pela Estácio, Especialização em Regulação (LSE e ENAP), Graduação em Direito pelo UniCEUB, Engenharia Civil pela UnB e Ciências Contábeis pela FIPECAFI.

SOBRE OS AUTORES

ANTÔNIO MARCOS FERREIRA DE OLIVEIRA

Engenheiro Eletricista pela Universidade Federal de Goiás. Advanced Master em Gestão de Navegação Aérea, foco Aeroportos, pela ENAC – Escola Nacional de Aviação Civil da França. Analista Administrativo da ANAC. Atual Coordenador-Geral de Planejamento, Pesquisas e Estudos da Aviação Civil da Secretaria Nacional de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura, responsável pela revisão do Plano Aeroviário Nacional.

BRUNO DE OLIVEIRA PINHEIRO

Especialista em Regulação na Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ. Superintendente de Regulação (desde 2017) e Presidente da Comissão Permanente de Licitação de Concessão e Arrendamentos Portuários também na ANTAQ. Mestre em Regulação Econômica e Defesa Concorrência pela Universidade de Brasília. Exerceu, dentre outros, os seguintes cargos: Superintendente de Fiscalização e Coordenação (2013-2017), Superintendente de Portos Interino (2012-2013), Gerente de Portos Públicos (2011-2012), Gerente de Estudos e Desempenho Portuário (2009-2011), todos na ANTAQ e Assessor na Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (2007-2009).

CAMILA ARAÚJO SOARES DA SILVA

Advogada da União, Consultora Jurídica Adjunta na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura. Mestranda em Economia pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (MPE-IDP).

EDUARDO HENN BERNARDI

Engenheiro Civil pela Universidade de Brasília, Advanced Master em Gestão de Navegação Aérea (trilha Aeroportos) pela ENAC – Escola Nacional de Aviação Civil da França. Especialista em Regulação da Aviação Civil na ANAC a partir de 2008. Gerente da Gerência Técnica de Resposta à Emergência Aeroportuária (GTRE) (2012-2014), Representante Brasileiro no Grupo de Trabalho de Resgate e Combate a Incêndio (RFFWG) e no Painel de Aeródromos (AP) da OACI (2011-2014). Instrutor em resposta à emergência aeroportuária e SGSO para aeródromos pela ANAC (2009-2014). Assessor Especial do Ministro da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (11/2014-03/2015). Atuando desde 04/2015 como Diretor do atual Departamento de Investimentos na Secretaria Nacional de Aviação Civil (Ministério da

Infraestrutura), com responsabilidade direta sobre as ações relacionadas a implantação e modernização da infraestrutura aeroportuária e aeronáutica civil e equipamentos do Programa de Investimentos na Aviação Regional do Governo Federal.

EGON BOCKMANN MOREIRA

Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Visitante nos Programas de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Lisboa (2011), da Faculdade de Direito da USP e da Escola de Direito da FGV/RJ (2018). Mestre e Doutor em Direito. Especialista em regulação Econômica (Univ. de Coimbra) e em Mediação (Harvard Law School e Pepperdine Law School). Árbitro. Advogado.

FABIANO GONÇALVES DE CARVALHO

Advogado (2005) com especialização em Direito Público (2005) e Direito Processual Civil (2019). Integrou a Comissão Avaliadora dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental, relativos à concessão para ampliação, manutenção e exploração de Aeroportos (2015-2019). Coordenador-Geral de Outorgas do Departamento de Outorgas e Patrimônio, da Secretaria Nacional de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura (desde 2015), sendo responsável pela proposição de planos de outorgas específicos para exploração de aeródromos civis públicos.

FELIPE NOGUEIRA FERNANDES

Advogado da União. É Especialista em Concessões e Parcerias com a Administração Pública (IDP) e Mestre em Direito Constitucional (IDP). Já exerceu os seguintes cargos, entre outros: Assessor do Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Portos da Presidência da República (2015-2016), Coordenador-Geral de Transportes Aquaviários na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes (2016-2019), Consultor Jurídico Adjunto do Ministério da Infraestrutura (2019-2021). Atualmente exerce a função de Subchefe Adjunto de Infraestrutura na Subchefia para Assuntos Jurídicos (SAJ) da Presidência da República, é Conselheiro Fiscal da Companhia Docas do Rio de Janeiro – CDRJ e Conselheiro de Administração da Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A.

GUSTAVO CARNEIRO DE ALBUQUERQUE

Procurador Federal integrante da Advocacia-Geral da União. Procurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil. Bacharel

em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Processual Civil pela FADISP e Controle da Regulação de Infraestrutura pela Escola Superior do Tribunal de Contas da União (ISC-TCU) - Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Mestrando em Economia no IDP. Aluno especial do Mestrado em Direito na UNB. Professor contratado do Curso de Direito Aeronáutico do IDP. Instrutor no curso de Formação de Procuradores Federais (PGF/AGU) e no Curso de Formação de Especialistas em Regulação de Aviação Civil ANAC. Instrutor na Escola da Advocacia-Geral da União.

JOÃO EUDES LEITE SOARES NETO

Procurador Federal desde 2007, atualmente em exercício junto à Agência Nacional de Aviação Civil (PF/ANAC), onde atua nas áreas de Direito Aeronáutico, Direito Regulatório e concessões de serviços públicos.

JULIANO ALCÂNTARA NOMAN

Diretor-Presidente da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Especialista em Regulação de Aviação Civil (desde 2008). Exerceu, dentre outros, os seguintes cargos: Secretário de Navegação Aérea Civil (2013-2016), Secretário de Aeroportos (2011-2013), Superintendente de Regulação Econômica e Acompanhamento de Mercado (2008-2011), Gerente de Acompanhamento de Mercado e Assessor Especial da Diretoria de Serviços Aéreos (2006-2008).

MARCELA MUNIZ CAMPOS

Advogada da União, com atuação na área de licitações, contratos administrativos, convênios e instrumentos congêneres, assuntos de pessoal e direito portuário. Atualmente exerce o cargo de Coordenadora-Geral Jurídica de Portos e Transportes Aquaviários na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura. Membro da Câmara Nacional de Convênios e Instrumentos Congêneres (CNCIC) da AGU. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo na Universidade Estácio de Sá (cursando). LL.M em Direito da Infraestrutura e da Regulação no FGV Law Program. (cursando).

MAURO CÉSAR SANTIAGO CHAVES

Procurador Federal. Professor e Coordenador do Grupo de Pesquisa em Regulação Econômica e Direito Regulatório do IDP/Brasília. Membro do Comitê de Regulação de Infraestrutura Aeroportuária da FGV Direito Rio. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-graduado em Defesa da Concorrência e Direito da Regulação pelo UniCEUB e em Gestão Pública pela Escola Nacional de

Administração Pública-ENAP. Coordenador Jurídico de Aviação Civil na Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura. Secretário-Geral da Comissão de Direito Aeronáutico, Aeroportuário e Espacial da OAB/DF (2019-2021). Membro do Conselho de Administração do Aeroporto de CONFINS (BH Airport de 2016 a 2019).

NATÁLIA RESENDE ANDRADE ÁVILA

Procuradora Federal. Consultora Jurídica no Ministério da Infraestrutura. Doutoranda no PTARH/UnB, com foco em Regulação de Infraestruturas de Rede. Colaboradora na ENAP. Professora em Parcerias Público-Privadas (IPOG, IDP, FGV e outros). Cursa Master of Laws (LLM) na University of London (direção acadêmica da University College London - UCL e Queen Mary - QMUL). Possui Mestrado em Tecnologia Ambiental e Recursos Hídricos pela UnB, Pós-graduação em Direito Constitucional pela UGF e em Direito Tributário pela Estácio, Especialização em Regulação (LSE e ENAP), Graduação em Direito pelo UniCEUB, Engenharia Civil pela UnB e Ciências Contábeis pela FIPECAFI.

NORBERTO EZEQUIEL LUONGO

Norberto Luongo é advogado com LLM. e Doutorado em Direito do Ar e Espaço pela McGill University, em Montreal-Canadá. Foi Diretor de Legislação Aeronáutica e Contratos de Serviços Aéreos da Autoridade de Aviação Civil da Argentina, representante da Argentina no Conselho da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) e Presidente do Painel de Facilitação da OACI. Atualmente, atua como Primeiro vice-presidente do Comitê Jurídico da OACI, sendo Árbitro do Tribunal de Aviação no Centro de Arbitragem de Xangai e Instrutor qualificado pela OACI em Direito Aéreo. Possui uma carreira acadêmica prolífica como professor de Direito Aéreo e autor de vários livros, presidiu vários eventos internacionais de aviação e é palestrante regular em conferências internacionais de aviação.

RENATA CRISTINA VASCONCELOS PACHECO

Advogada da União lotada atualmente na Coordenação Geral Jurídica de Portos e Transportes Aquaviários da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB. Exerceu, dentre outros, os seguintes cargos: Coordenadora da Central-Regional de Negociação da 3ª. Região (2017), Coordenadora-Geral de Direito Administrativo da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social (2015-2016).

RICARDO SAMPAIO DA SILVA FONSECA

Economista, com especialização em Compliance e Governança Corporativa, MBA em Finanças e Mestrado em Economia. Faz parte da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Governo Federal, tendo ocupado vários cargos no setor da aviação civil. Atualmente é Diretor de Políticas Regulatórias da Secretaria Nacional de Aviação Civil, sendo responsável pela estruturação do programa de concessões aeroportuárias federais e pela adoção de medidas de melhoria do ambiente de negócios dos serviços aéreos domésticos e internacionais no Brasil.

RONEI SAGGIORO GLANZMANN

Economista do Banco Central do Brasil, pós-graduado em Análise Macroeconômica e MBA em Mercados de Capitais. Exerceu, dentre outros, os seguintes cargos: Gerente de Acompanhamento de Mercado - ANAC (2006-2011), Diretor do Departamento de Outorgas e Patrimônio (2011-2017), Diretor do Departamento de Políticas Regulatórias (2017-2019), onde liderou o programa de concessões aeroportuárias, integrou a Comissão de Especialistas do Senado Federal para a Revisão do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA). Atualmente ocupa o cargo de Secretário Nacional de Aviação Civil, no Ministério da Infraestrutura.

RODRIGO RIBEIRO ALENCAR

Mestre (ITA) em Engenharia Mecânica e Aeronáutica e Especialista (UnB) em Gestão da Aviação Civil. Coordenador-Geral de Serviços Aéreos da Secretaria Nacional de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura (desde 2020). Especialista em Regulação da Agência Nacional de Aviação Civil. Exerceu, entre outros, os seguintes cargos: Gerente Técnico do Escritório de Processos (2018-2020); Gerente Técnico de Assessoramento da Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos (2014-2018); Gerente de Fiscalização de Serviços Aéreos (2011-2012).

TIAGO LINHARES DIAS

Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura. Ex-assessor de Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Ex-coordenador de licitações, contratos e pessoal na Consultoria Jurídica junto ao extinto Ministério da Previdência Social.

TIAGO SOUSA PEREIRA

Economista e Mestre em Economia pela Universidade de Brasília, onde atualmente cursa Doutorado em Economia. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério da Economia. Diretor da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e Professor das Graduações de Economia e Administração do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Mauro César Santiago Chaves - Coordenador
Natália Resende Andrade Ávila - Coordenadora 13

PREFÁCIO

Bruno Bianco - Advogado-Geral da União..... 15

PREFÁCIO

Tarcísio Gomes De Freitas - Ministro de Estado da Infraestrutura 17

Evolução Recente e Tendências Futuras da Regulação Econômica da Aviação Civil Brasileira

Economic Regulation of Brazilian Civil Aviation: Recent Evolution and Future Trends

Tiago Sousa Pereira

Juliano Alcântara Noman..... 19

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

Tiago Linhares Dias.....57

Políticas de Gratuidade no Transporte Aéreo de Passageiros: Quem Paga a Conta?

Gratuity Policies on Air Passenger Transportation: Who Pays the Bill?

Mauro César Santiago Chaves

Rodrigo Ribeiro Alencar 81

Aeroportos Regionais e Planejamento Aeroviário Nacional - Disponibilizando Infraestrutura para o Brasil Interior

Regional Airports and Brazilian Civil Aviation Master Planning – Providing Infrastructure to the Interior Of Brazil

Ronei Saggiore Glanzmann

Eduardo Henn Bernardi

Antônio Marcos Ferreira de Oliveira.....107

A Evolução da Arbitragem nas Concessões Federais de Infraestrutura Aeroportuária <i>The Evolution of Arbitration in Federal Airport Infrastructure Concessions</i> Gustavo Carneiro de Albuquerque João Eudes Leite Soares Neto	121
Outorgas Aeroportuárias e a Evolução Histórica dos Contratos de Concessão <i>Airport Grants and the Historical Evolution of Concession Contracts</i> Ricardo Sampaio da Silva Fonseca Fabiano Gonçalves de Carvalho Ronei Saggiaro Glanzmann	149
Two Regimes for Air Carrier Liability: Parallel Lives <i>Dois Regimes de Responsabilização do Transportador Aéreo: Vidas Paralelas</i> Norberto Ezequiel Luongo	173
Arrendamentos Portuários e a Dispensa de Licitação: Breve Análise Sobre a Lei 14.047/2020 e o Decreto 10.672/2021 <i>Port Leases and Bidding Waiver: Brief Analysis of Law 14.047/2020 and Decree 10.672/2021</i> Egon Bockmann Moreira	201
A Concessão de Portos Organizados: o Caso Codesa <i>The Port Concessions: The Case of Codesa</i> Félice Nogueira Fernandes Bruno de Oliveira Pinheiro	215
Br do Mar: Uma Análise Sobre a Cabotagem no Brasil e as Inovações do Pl N. 4.199/20 <i>Br do Mar: An Analysis on Cabotage in Brazil and the Innovations of Pl N. 4.199/20</i> Camilla Araújo Soares da Silva Marcela Muniz Campos	237
As Assimetrias Regulatórias do Setor Portuário: Arrendamentos Portuários e Terminais de uso Privado <i>The Regulatory Asymmetries of the Port Sector: Port Leases and Terminals for Private Use</i> Renata Cristina Vasconcelos Pacheco	255

APRESENTAÇÃO

Esta edição da Revista da AGU, que temos a satisfação de apresentar aos leitores, é fruto de um trabalho coletivo de acadêmicos, agentes públicos e privados sobre temas atuais e de particular relevância ao desenvolvimento da infraestrutura de transporte no Brasil. Nesta primeira parte, foram selecionados textos afetos aos setores aéreo e portuário, sendo que os textos relacionados ao setor de transporte terrestre serão disponibilizados em uma edição específica.

O projeto teve origem nas reflexões realizadas ao longo dos últimos anos na Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura, juntamente com as unidades jurídicas da AGU, nas Agências Reguladoras vinculadas ao Ministério, e com as equipes técnicas dos mencionados órgãos e entidades.

O ambiente plural presente nesses debates abriu novos horizontes e possibilidades de imersão em temas que passaram a ser analisados sob múltiplas perspectivas, fundadas no compartilhamento de experiências e reflexões entre os diferentes atores, convergindo, inclusive, para a superação de vários gargalos existentes na infraestrutura de transportes do país. Assim, um dos êxitos do projeto foi sua abordagem interdisciplinar, presente não apenas na conjugação dos temas selecionados, como também em seu método de análise.

Deve-se somar a esta experiência a importante participação da iniciativa privada, em razão das parcerias realizadas com o governo federal, que se tornaram cada vez mais presentes a partir da expansão do programa de concessão de infraestrutura federal, no qual a mútua cooperação entre os atores é parte essencial ao seu sucesso.

Dentre as finalidades desta coletânea, destaca-se a busca pela ampliação do debate sobre os marcos regulatórios de transportes no Brasil em um momento de grande transformação. A realização de um extenso programa de concessões no setor de infraestrutura de transportes tem exigido reflexões e reformas não apenas em relação aos aspectos técnicos e de gestão dos ativos, mas particularmente no tocante aos marcos legais e regulatórios em vigor.

Pretende-se, ainda, compreender os aspectos jurídicos envolvidos nas discussões, sob os prismas teórico, prático e, sobretudo, a partir da evolução necessária que se persegue no âmbito do direito e de outras

matérias que circundam os setores de infraestrutura, de uma forma fundamentada e contextualizada.

Por fim, o projeto procurou também ampliar o debate na esfera internacional, a fim de dar maior visibilidade a agentes relevantes na regulação setorial, muitas vezes não tão conhecidos na sociedade, como os organismos internacionais, a exemplo da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), que buscam permanentemente definir parâmetros mínimos que garantam uniformidade no tratamento regulatório em diferentes jurisdições internacionais, viabilizando mais segurança jurídica, operacional e agilidade no transporte de pessoas e cargas.

Com essas breves palavras, registramos nosso profundo agradecimento à Escola da Advocacia-Geral da União e a toda sua equipe, na pessoa do Diretor Danilo Barbosa de Sant'Anna, pela oportunidade conferida à publicação desta coletânea. Merecem nossos agradecimentos especiais os colegas Henrique Fulgêncio, Allan Tavares e Stella Arruda Mota, pelo apoio, profissionalismo e gentileza sempre presentes ao longo de toda a trajetória deste trabalho. Também de forma especial, um agradecimento à equipe da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura, pelo empenho, dedicação e competência no assessoramento jurídico de políticas públicas tão relevantes à sociedade, possibilitando reflexões como as presentes nesta coletânea e conferindo a segurança jurídica necessária a sua concretização.

Agradecemos, por fim, aos autores, pela disponibilização de seu precioso tempo e esforço na elaboração dos artigos, aos revisores, pelo esmero em suas participações, e aos leitores, que são o grande propósito deste projeto. Esperamos que apreciem a leitura.

Mauro César Santiago Chaves
Procurador Federal
Coordenador de Aviação Civil na Consultoria Jurídica
do Ministério da Infraestrutura

Natália Resende Andrade Ávila
Procuradora Federal
Consultora Jurídica do Ministério da Infraestrutura

PREFÁCIO

Na defesa, judicial e extrajudicial, de políticas públicas imprescindíveis ao desenvolvimento do país, a Advocacia-Geral da União (AGU) possui como essência de seu mister a construção de soluções jurídicas que propiciem o crescimento harmônico e coordenado da sociedade brasileira. Apresenta-se, pois, como instituição que atua, não só como integrante das funções essenciais à justiça, mas como uma das concretizadoras dos objetivos fundamentais da República previstos na Carta Maior, dentre os quais destaco o de “garantir o desenvolvimento nacional” (inciso II do seu artigo 3º).

É interessante notar que os objetivos elencados no art. 3º da Constituição guardam íntima conexão entre si: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária passa pela garantia do desenvolvimento nacional. E sem esse desenvolvimento, os objetivos seguintes, ou seja, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações, ficam comprometidos. Portanto, o desenvolvimento nacional é a chave para acelerar a trajetória do país rumo à consecução dos seus objetivos fundamentais.

A infraestrutura, nesse contexto, é peça fundamental de uma engrenagem que move o progresso do Brasil. Conjuguar a missão da AGU ao seu desenvolvimento é conferir segurança jurídica às políticas públicas federais, de forma a agregar confiabilidade, previsibilidade e estabilidade ao processo no seu todo, desde as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, até a defesa em juízo das políticas públicas, contribuindo para a resolução de questões que, não raramente, possuem alta complexidade técnica e jurídica, além de elevada repercussão econômica e social.

Neste quadrante, a publicação da presente obra reflete um relevante espectro de atuação da Advocacia-Geral da União no setor de transportes. Ela ilustra os desafios enfrentados pelos diversos agentes públicos e privados que militam no setor de infraestrutura para superar gargalos ao desenvolvimento nacional. Destaca-se, nesse sentido, o caráter reflexivo e multidisciplinar dos textos, que se propõem não apenas a apresentar os problemas existentes, mas principalmente em sinalizar as soluções possíveis e as tendências de futuro do setor.

Mostra-se, portanto, de importância ímpar a iniciativa da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura juntamente à Escola da AGU quanto à publicação desta coletânea, tanto pela representatividade e demonstração do valor da instituição na consecução do desenvolvimento nacional como pela referência da obra em si para o setor de transportes.

Deve-se fazer, por fim, um registro especial à Escola da AGU, que, ainda como Centro de Estudos Victor Nunes Leal, desde os idos de 2002, vem primando pela produção acadêmica de seus membros e servidores, por meio das publicações da Revista da AGU. A publicação da presente obra torna acessível mais esta importante coletânea de textos nacionais e internacionais sobre os diversos modos de transportes. Espera-se que ela amplie os horizontes jurídicos e aprimore os diagnósticos na formulação das políticas públicas no setor de transportes, de forma que o interesse público cada vez mais se concretize em benefícios aos cidadãos brasileiros.

Bruno Bianco Leal
Advogado-Geral da União

PREFÁCIO

A infraestrutura e a segurança jurídica devem caminhar lado a lado a fim de asseverar o desenvolvimento da sociedade brasileira. Mais que isso, a segunda confere a base sólida para a elaboração de políticas públicas que visam à integração nacional, unindo os rincões mais distantes aos grandes centros, à certeza de uma viagem mais segura, em rodovias modernas e que respeitam as vidas, ao escoamento da gigantesca produção nacional de bens, à competitividade sadia, de forma a prover benefícios a todos os cidadãos.

Nesse contexto, a atuação do Ministério da Infraestrutura pauta-se, sobretudo, em quatro pilares, que abarcam (i) a ampliação da infraestrutura nacional, com o estímulo às parcerias com a iniciativa privada; (ii) a resolução de desafios históricos no setor de concessões, a partir, especialmente, das relitações e prorrogações antecipadas; (iii) a conclusão de obras inacabadas e estruturantes, notadamente em corredores de exportação e eixos de integração regional; (iv) e o fortalecimento das instituições.

A segurança jurídica dá sustentáculo à fundação de tais pilares, permeando todas as fases até o acabamento do projeto. Auxilia, assim, na construção, supervisão, manutenção e operação tanto dos serviços quanto das ideias, compondo o entrelaçamento de disciplinas, que, especialmente no mundo da infraestrutura, é fator decisivo para o sucesso do empreendimento no seu todo.

Esta coletânea é fruto, exatamente, da presença fundamental da segurança jurídica nos projetos de infraestrutura, revelando a maneira como deve ser vista e entendida. Seu caráter multidisciplinar, atual, fundamentado, com foco nas experiências e reflexões dos diferentes atores que contribuíram, nos últimos anos, para a superação dos diversos gargalos existentes na infraestrutura brasileira, ressalta o diferencial e a relevância da obra, certamente de referência para todo o setor de infraestrutura.

O presente trabalho coletivo, construído por agentes públicos, privados e acadêmicos, traz, na primeira parte, textos relacionados aos setores aéreo e portuário, e, na segunda, aqueles afetos ao setor de transportes terrestres e tópicos transversais, com destaque, em ambos, para temas de importância ímpar ao desenvolvimento da infraestrutura

de transportes do país, que perpassam, sob as perspectivas jurídica, econômica e regulatória, com diversos estudos de caso, pela evolução dos setores aéreo, portuário e de transportes terrestres no Brasil, considerando suas especificidades, assimetrias, novos institutos jurídicos e regulatórios, bem como paralelos internacionais, além de discussões sobre incidência de IPTU em contratos de concessão, BR do Mar, TRIIP, autorizações ferroviárias, bens reversíveis, investimentos cruzados e os mecanismos destinados à resolução e prevenção de controvérsias.

É, portanto, uma obra primorosa que reflete o trabalho de excelência observado no âmbito do setor de infraestrutura de transportes. Sabe-se que os desafios ainda são muitos, mas é a partir de iniciativas como esta que conseguiremos avançar cada vez mais nos debates em prol do desenvolvimento da infraestrutura brasileira.

Tarcísio Gomes De Freitas
Ministro de Estado da Infraestrutura

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 16/11/2021

EVOLUÇÃO RECENTE E TENDÊNCIAS FUTURAS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA¹

ECONOMIC REGULATION OF BRAZILIAN CIVIL AVIATION: RECENT EVOLUTION AND FUTURE TRENDS

Tiago Sousa Pereira

Economista e Mestre em Economia pela Universidade de Brasília, onde atualmente cursa Doutorado em Economia. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério da Economia. Diretor da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e Professor das Graduações de Economia e Administração do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP).

Juliano Alcântara Noman

Mestre em Gerenciamento de Navegação Aérea pela Ecole Nationale de Aviation Civile (ENAC/França) e especialista em Gestão de Infraestrutura Aeroportuária pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). Diretor-Presidente da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Especialista em Regulação de Aviação Civil

¹ Os autores agradecem a colaboração de Luiz Fernando de Abreu Pimenta e Breno Lucas Alvarenga, bem como dos revisores Ricardo Bisinotto Catanant e José Barreto de Andrade Neto.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves notas sobre a evolução da regulação da aviação civil internacional; 2 A evolução recente das instituições públicas que atuam na aviação civil no Brasil; 3 E evolução recente da regulação econômica da aviação civil no Brasil; 4 Os efeitos da desregulamentação econômica; 5 O desafio das concessões aeroportuárias; 6 Considerações finais sobre o futuro da regulação econômica; Referências

RESUMO: O presente artigo apresenta, em linhas gerais, o desenvolvimento da regulação econômica da aviação civil brasileira, contemplando sua evolução histórica, sua situação atual e as tendências de futuro. O processo de desregulamentação econômica do setor aéreo brasileiro ocorreu com uma defasagem de vinte anos em relação ao mundo desenvolvido, no bojo da transformação institucional do setor aéreo no país (desmilitarização, segregação de funções e integração com as políticas dos demais modais de transportes). Assim como nos outros países, a desregulamentação ensejou uma intensa popularização do transporte aéreo, com redução de preços e aumento da demanda. O efeito colateral, no entanto, foi a saturação da infraestrutura aeroportuária no final da década de 2000, o que acabou ensejando o desafio das concessões aeroportuárias na década seguinte. Apesar dos problemas financeiros das primeiras rodadas de concessões, pode-se dizer que elas atenderam o desafio de expansão da infraestrutura e atendimento da demanda. Nesse cenário, o Governo Federal buscou capturar as lições aprendidas e estender o regime de concessões para todos os principais aeroportos brasileiros. Tendo em vista essa evolução recente, conclui-se que a regulação econômica da aviação civil brasileira encontra-se entre as mais modernas do mundo, não obstante a novas oportunidades de melhoria. Estas, no entanto, dependem de mudanças de *mindset*, envolvendo alterações no modelo de exploração da infraestrutura aeroportuária e na cultura regulatória do setor de aviação civil.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação da Aviação Civil. Instituições da Aviação Brasileira. Desregulamentação Econômica do Transporte Aéreo; Concessões Aeroportuárias. Agência Nacional de Aviação Civil. Organização de Aviação Civil Internacional.

ABSTRACT: This paper shows, in general lines, the development of economic regulation of Brazilian civil aviation, by comprising its

historical evolution, current situation, and future trends. The economic deregulation of Brazilian air sector occurred with a twenty-year delay comparing to the developed world, following the institutional transformation of Brazilian civil aviation (demilitarization, segregation of duties, and integration of aviation policies with other transportation modals). As in other countries, the economic deregulation triggered an intense popularization of air transport, with price reduction and demand growth. However, the collateral effect was the saturation of airport infrastructure in the late 2000's, which ended up giving rise to the challenge of airport concessions in the following decade. Despite the financial problems of the first rounds of concessions, it can be said that they met the challenge of expanding infrastructure and meeting demand. In this scenario, the Brazilian Federal Government has looked for capturing the lessons learned and extending the concession model for all the main Brazilian airports. Considering this recent evolution, it can be concluded that currently the economic regulation of Brazilian civil aviation is among of the most modern in the world, despite new opportunities for improvement. These, however, depend on mindset changes, that involve modifications in the infrastructure exploration model and in the regulatory culture of the civil aviation sector.

KEYWORDS: Civil Aviation Regulation. Institutions of Brazilian civil Aviation. Economic Deregulation of Air Transport; Airport concessions. Brazilian National Civil Aviation Agency; International Civil Aviation Organization.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de apresentar, em linhas gerais, o desenvolvimento da regulação econômica da aviação civil brasileira, contemplando sua evolução histórica, sua situação atual e as tendências de futuro.

Inicialmente, cabe tecer algumas considerações do ponto de vista institucional. O Brasil conta com duas autoridades reguladoras: a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e o Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA). Além de regulador dos assuntos concernentes ao controle do espaço aéreo, o DECEA também é provedor de grande parte dos serviços de navegação aérea, englobando:

- (i) a totalidade da gestão das Regiões de Informação de Voo (FIR), por meio de Centros de Controle de Área (ACC),

localizados nos CINDACTA (Centros Integrados de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo); e

- (ii) a maior parte da gestão de Áreas de Controle Terminal (TMA), por meio de Controles de Aproximação (APP); e
- (iii) grande parte do controle de tráfego em aeródromos, via Torres de Controle (TWR).

Além do DECEA, a empresa pública NAV Brasil Serviços de Navegação Aérea S.A.² e administrações locais (estados e municípios) também gerenciam alguns órgãos de tráfego aéreo (ATS), como Torres, Controles de Aproximação e Serviços de Informação de Voo em aeródromos menores (AFIS). Com a criação da NAV Brasil, empresa pública surgida de um desmembramento da Infraero, vinculada ao Ministério da Defesa por meio do Comando da Aeronáutica, a tendência é que todos os serviços de navegação aérea em aeródromos e terminais sob responsabilidade do DECEA sejam transferidos para a nova empresa pública, passando o DECEA, assim, a cuidar apenas da regulação do controle do espaço aéreo.

Por seu turno, a ANAC foi criada em 2005, oriunda do extinto Departamento de Aviação Civil (DAC), e instalada em 2006³ para ser responsável por toda a regulação do setor aéreo, exceto os assuntos que dizem respeito ao controle do espaço aéreo. O presente artigo diz respeito à regulação sob a competência da Agência.

Costuma-se dividir a regulação sob competência da ANAC em dois tipos, naturalmente complementares entre si, quais sejam (ANAC, 2017, p. 5):

- Regulação Técnica: atividades regulatórias (normatização, certificação, fiscalização e monitoramento) referentes aos aspectos de segurança; e
- Regulação Econômica: atividades regulatórias referentes aos aspectos econômicos da aviação.

2 Vide Lei nº 13.903, de 19 de novembro de 2019, regulamentada pelo Decreto nº 10.589, de 24 de dezembro de 2020.

3 Vide Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, regulamentada pelo Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006.

Os aspectos de segurança são divididos em segurança operacional (*safety*) e segurança contra atos de interferência ilícita (*security* ou AVSEC). A segurança operacional refere-se estado em que os riscos associados às atividades da aviação, relacionados ou que oferecem apoio direto à operação de aeronaves, são reduzidos a um nível aceitável e controlados. Os assuntos de *safety* perpassam a aeronavegabilidade do produto aeronáutico (aeronaves, motores e outros componentes aeronáuticos), a proficiência técnica dos profissionais da aviação (em especial, os pilotos), a adequação da infraestrutura aeroportuária às operações por ela suportada, a integração entre todos esses componentes no bojo da operação aérea, entre outros aspectos.

Já o termo *security* refere-se à proteção da aviação civil contra atos intencionais de interferência ilícita, os quais podem ameaçar a segurança de voo e a integridade das pessoas nele envolvidas. Tema que ganhou maior notoriedade na aviação civil internacional em decorrência dos atentados às torres gêmeas em Nova Iorque, em 11/09/2001, *security* envolve ações de inteligência, atividades de controle de acesso às áreas restritas de aeródromos (onde a operação aérea pode ser afetada por atos premeditados), adoção de procedimentos e equipamentos que identifiquem e previnam a entrada nas aeronaves de dispositivos com o potencial de afetar a segurança das pessoas em voo, entre outras.

Por seu turno, a regulação econômica abrange a regulação de exploração e acesso da infraestrutura aeroportuária e as medidas destinadas a ampliar a concorrência no transporte aéreo. O principal objetivo da regulação econômica do transporte aéreo é torna-lo o mais próximo possível do modelo de livre concorrência, sendo necessário para tanto: (i) mitigar o risco de abuso de poder econômico pelos operadores aeroportuários perante os usuários da infraestrutura, tendo em vista a possibilidade de existência de monopólio natural na gestão aeroportuária; (ii) reduzir as barreiras à entrada de novos competidores no transporte aéreo, incluindo a possibilidade de novos entrantes em infraestruturas escassas e nos diversos mercados de transporte aéreo doméstico e internacional; (iii) disponibilizar informações confiáveis sobre o setor para a promoção da concorrência e a tomada de decisão racional por parte dos usuários do serviço aéreo.

Definidos os conceitos principais que permeiam a atuação regulatória da ANAC, o presente artigo focará a regulação econômica da aviação civil, partindo de um panorama de sua evolução recente até a situação atual, e posteriormente delineado algumas possibilidades de tendências futuras. Antes do referido panorama, no entanto, a regulação econômica do transporte aéreo será abordada sob a perspectiva internacional e

institucional no âmbito brasileiro, de forma a prover o leitor o ambiente em que se enquadra a atividade regulatória na aviação.

1. BREVES NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO REGULAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL

Antes de adentrar na evolução recente da regulação da aviação civil brasileira, é importante apresentar ao leitor uma breve contextualização da evolução da regulação internacional do setor, tendo em vista o alto grau de harmonização entre os países e algumas restrições econômicas à operação – em geral estabelecidas em acordos bilaterais.

Em razão dos impactos praticamente irreversíveis e dos transtornos à sociedade decorrentes de um acidente aéreo, a segurança da aviação civil é altamente regulada, com um alto nível de padronização mundo afora. Constituída em 1945 e vinculada ao sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), sediada em Montreal, é a instituição multilateral responsável por garantir essa harmonização da regulação de segurança entre as autoridades reguladoras nacionais. Atualmente a OACI conta com 193 países signatários da Convenção de Chicago – ocorrida em 1945, quando foi formalizada a criação da OACI – e seu funcionamento é baseado em assembleias gerais que ocorrem trienalmente, onde são estabelecidas as principais diretrizes de atuação da entidade.

A harmonização regulatória é implementada por meio dos *Standard and Recommended Practices* (SARPs) da OACI, os quais são distribuídos entre os dezenove anexos à Convenção de Chicago. Cada anexo apresenta requisitos e boas práticas atinentes a um aspecto diferente da aviação, passando por proficiência do pessoal da aviação (pilotos, controladores, comissários de voo etc.), aeronaves (aeronavegabilidade e manutenção), infraestrutura aeroportuária, operações aéreas, segurança contra atos de interferência ilícita (AVSEC), gerenciamento da segurança operacional, entre outros. Atualmente, existem mais de 12 mil SARPs, os quais são replicados, em sua maioria, nas regulações de aviação civil pelas autoridades aeronáuticas nacionais dos países signatários da OACI.

Apesar do grande enfoque regulatório direcionado às questões de segurança, a Convenção de Chicago também estabeleceu alguns limites econômicos à exploração dos serviços aéreos, tais como a impossibilidade de um operador estrangeiro operar em outro país sem a expressa autorização de ambos os Estados (artigo 6) e o objetivo da OACI, expresso no artigo 44, “e”, de prevenir perdas econômicas devido à “competição não razoável” (“*unreasonable competition*”) – ICAO, 2006, pp. 5 e 20. Tais limitações

explicam, em certa medida, o que Doganis (2006) chama de “paradoxo” da indústria de transporte aéreo: embora seja a indústria mais globalizada do mundo em termos de operação, a propriedade e o controle das empresas são eminentemente nacionais.

A despeito dessa origem interventiva, desde a segunda metade da década de 1970 o setor de transporte aéreo tem passado por um grande processo de desregulamentação econômica mundo afora. Seu início foi nos Estados Unidos, tendo logo se estendido ao Canadá e aos países europeus. No Brasil esse processo chegou um pouco mais tarde, tendo os seus primórdios datados do final dos anos 1980 e início dos anos 1990, mas sua consolidação efetivamente ocorrida na década de 2000.

É nesse contexto de intensa regulamentação técnica, altamente harmonizada internacionalmente, e certo nível de intervenção na esfera econômica, ainda heterogêneo entre os países, que se situa a regulação da aviação civil internacional. E é a partir desse cenário internacional que o presente artigo buscará situar a regulação econômica da aviação civil brasileira, abarcando sua evolução histórica recente, os efeitos da desregulamentação e, ainda, possíveis tendências e desafios futuros.

Antes disso, no entanto, é importante ressaltar que a desregulamentação econômica do setor aéreo brasileiro foi um movimento intensamente relacionado com uma mudança no arranjo das instituições que cuidam do setor. Por esse motivo, antes de detalhar a evolução da regulação, será dada ênfase à evolução institucional.

2. A EVOLUÇÃO RECENTE DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS QUE ATUAM NA AVIAÇÃO CIVIL NO BRASIL

Historicamente a regulação e a gestão da aviação civil brasileira ficaram nas mãos do Comando da Aeronáutica. O Comando possuía as funções de formulador das políticas de aviação civil, de autoridade aeronáutica – ambas exercidas em grande medida pelo extinto Departamento de Aviação Civil (DAC) e os institutos a ele vinculados⁴ – e de operador na indústria – na aeroportuária pela Infraero, na de fabricação de produtos aeronáuticos pela Embraer e no controle de espaço aéreo pelo DECEA.

O início da migração das atividades da aviação civil para o ambiente civil ocorreu em meados da década de 1990, com a privatização da Embraer em 1993. Posteriormente, em 1999, o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar nº 97, que previu em seu artigo 21 a criação da Agência Nacional de Aviação Civil, ainda vinculada ao Ministério da Defesa, como

⁴ Instituto de Aviação Civil (IAC), sediado no Rio de Janeiro, e o Centro Tecnológico de Aeronáutica (CTA), em São José dos Campos.

órgão regulador e fiscalizador da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. A disposição contida nesse artigo foi concretizada com a Lei nº 11.182, de 2005, que criou a ANAC, cujo funcionamento se iniciou com a publicação do Regulamento dessa lei, anexo ao Decreto nº 5.731, de 2006. A ANAC herdou o patrimônio, os servidores civis (e os militares, temporariamente) e as competências do DAC e seus institutos vinculados, que deixaram de existir e foram incorporados à estrutura da Agência.

Esse processo de desmilitarização da regulação e da gestão pública da aviação civil deu um passo adicional em 2011 com a criação da Secretaria de Aviação Civil (Lei nº 12.462, de 2011), vinculada à Presidência República, com status de Ministério. Além de transferir as competências de formulação e gestão das políticas públicas da aviação civil para essa nova pasta, a lei também promoveu uma divisão de responsabilidades mais adequada entre formulador (SAC) e regulador (ANAC), transferindo deste para aquele as competências de política pública remanescentes do extinto DAC – em especial, o fomento à formação de mão de obra para o setor aéreo e as políticas de incentivo à aviação regional. Ademais, essa reforma retirou do Ministério da Defesa os vínculos da ANAC e da Infraero, passando essas instituições a ser vinculadas ao novo ministério criado.

Em 2016, a SAC foi absorvida pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (Lei nº 13.341, de 2016), em um processo de integração da formulação das políticas públicas dos diversos modais de transportes, mantendo na aviação civil a mesma divisão de competências entre órgãos formulador e regulador instituída em 2011. Posteriormente, em 2019 o referido ministério foi transformado no atual Ministério da Infraestrutura, com competências adicionais em termos de transporte público, novamente sem qualquer alteração adicional em relação ao arranjo institucional vigente desde 2011, a não ser pelo propósito de intensificar a integração da aviação civil aos demais modais de transporte, em termos de políticas públicas.

A última alteração institucional no setor aéreo brasileiro foi a criação da empresa pública NAV Brasil em 2020, vinculada ao Comando da Aeronáutica. Embora não contribua para o movimento de desmilitarização do setor aéreo brasileiro, a criação da NAV representa um novo passo no processo de segregação de competências no setor, uma vez que, conforme explicado no início deste artigo, parte das atividades executivas do DECEA será migrada para a nova empresa pública, passando a caber àquele Departamento a regulação e a supervisão dessas atividades de controle do espaço aéreo.

Considerando essa evolução, o arranjo institucional atual do setor de aviação civil brasileiro é resumido na figura a seguir.

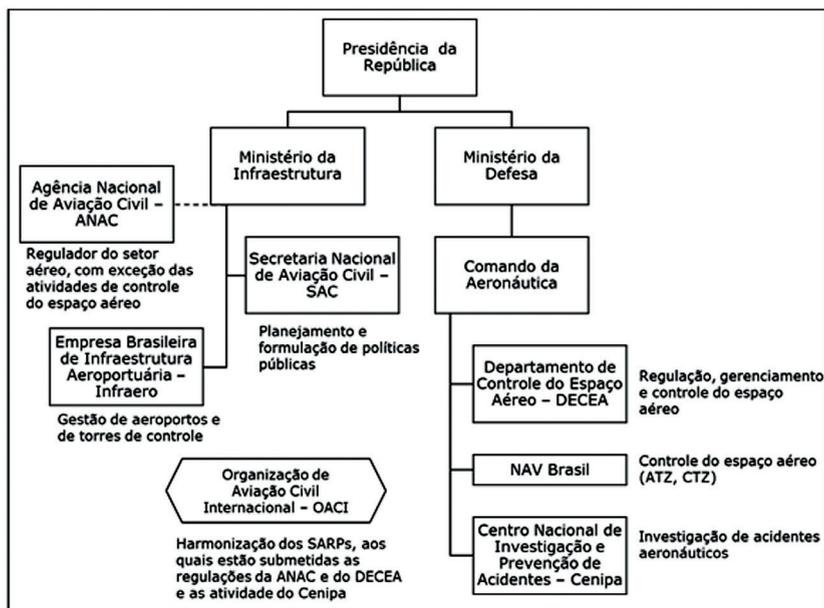


Figura 1 – Arranjo Institucional da Aviação Civil no Brasil. Fonte: Autores.

Dois pontos importantes ainda não mencionados são: (i) a ausência de vinculação hierárquica entre a agência reguladora e o ministério supervisor, representado na figura pela linha tracejada; e (ii) o Centro Nacional de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (Cenipa), pertencente à estrutura do Comando da Aeronáutica e responsável pelas investigações dos acidentes aéreos e recomendações de melhorias de normas e procedimentos a partir das lições aprendidas.

No que tange ao primeiro aspecto, ausência de subordinação hierárquica, autonomia orçamentária e independência decisória (decisões colegiadas tomadas por diretores sabatinados no Senado Federal, após indicação pelo Presidente da República) são características das agências reguladoras conferidas por lei, a fim de garantir continuidade, segurança regulatória e decisões técnicas aos mercados regulados – em geral, intensivos em capital e com longo prazo de retorno dos investimentos, como a aviação civil.

No que diz respeito à investigação de acidentes, a boa prática internacional é a existência de uma separação entre a autoridade reguladora e o órgão investigador, para que este tenha autonomia para investigar com imparcialidade e apontar recomendações que incrementem o nível de segurança – as quais podem alcançar, inclusive, a atividade regulatória

(normas, procedimentos de autorização e fiscalização). No Brasil, essas atividades de investigação ainda estão a cargo do Comando da Aeronáutica.

A breve narrativa feita nos parágrafos anteriores não tem a intenção de exaurir a história da evolução recente das instituições públicas que cuidam do setor aéreo no Brasil, mas apenas, no âmbito da análise a que se propõe o presente artigo, traçar aspectos da evolução institucional recente do setor, quais sejam: (i) desmilitarização, ainda que incompleta, mantendo-se sob a gestão militar as atividades de controle do espaço aéreo e de investigação de acidentes aeronáuticos; (ii) separação das funções de formulação de políticas públicas, regulação do setor e operação na indústria; e (iii) integração das políticas públicas da aviação civil com as políticas dos demais modais de transporte.

3. A EVOLUÇÃO RECENTE DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DA AVIAÇÃO CIVIL NO BRASIL

Das seções anteriores, pode-se perceber que a aviação civil é uma atividade intensamente regulada do ponto de vista de segurança, com alto nível de harmonização internacional dos requisitos. Do ponto de vista econômico, embora o nível de intervenção seja mais heterogêneo, ainda é relativamente comum entre os países a regulação da nacionalidade dos proprietários das empresas aéreas. Ademais, a realização de transporte aéreo internacional depende da celebração de acordos bilaterais entre os países, os quais, em geral, apresentam limitação das frequências aéreas e das prerrogativas operacionais (chamadas “liberdades do ar”) a que estão as empresas de cada país signatário, em regime de reciprocidade. Esse modelo interventivo enseja um caráter paradoxal ao setor aéreo: embora possua uma indústria globalizada, os detentores do capital ainda são predominantemente nacionais.

Pode-se dizer que a regulação econômica do setor aéreo no Brasil acompanhou a tendência de desregulamentação internacional, porém com certa defasagem em relação aos países mais desenvolvidos. Por outro lado, sobretudo depois que ficaram claros os efeitos benéficos da desregulamentação em termos de universalização do transporte, a desregulamentação à brasileira apresentou maior ousadia nos aspectos concernentes à propriedade do capital, e às negociações bilaterais dos acordos de serviços aéreos (ASAs).

A defasagem temporal se aproxima do período de duas décadas. Ao passo que a redução da interferência dos órgãos reguladores sobre a malha operada e os preços praticados empresas aéreas iniciou-se em meados da década 1970 e se consolidou na década seguinte nos Estados Unidos e

na Europa, no Brasil esse processo foi timidamente iniciado ao final da década de 1990, mais por força de instituições externas ao transporte aéreo, como o Ministério da Fazenda e a Embratur⁵, consolidando-se ao final dos anos 2000. A seguir, tem-se uma relação dos principais eventos da desregulamentação econômica do transporte aéreo no Brasil até 2010:

- em 1989 foi instituído pelo DAC, por meio da Portaria nº 318/SPL/1989, o regime de bandas tarifárias, com a justificativa de “[possibilitar a] conveniência de reforçar a iniciativa empresarial, permitindo maior diferenciação de produto ofertado e racionalização de uso de meios de produção e considerando o benefício para o usuário de ter ampliado o elenco de opções a seu dispor”⁶;
- em 2001 foi instituído o regime de liberada tarifária para as empresas de transporte aéreo doméstico de passageiros, carga e malote postal em todo o território nacional, nos termos da Portaria nº 248/2001, do Ministério da Fazenda, e da Portaria nº 1213/DGAC/2001, do DAC;
- em 2004, por meio da Portaria DAC nº 447, foi criado um sistema de monitoramento das tarifas vendidas em 67 rotas domésticas;
- em 2005, com a sanção da Lei de Criação da ANAC, foi instituído legalmente o regime de liberdade tarifária e de rotas para as empresas aéreas – a única restrição possível para a execução de uma determinada rota passou a ser a falta de capacidade operacional;
- em 2007 foi instituído o regime de liberdade tarifária internacional para os voos com origem e destino na América do Sul, por meio da Resolução nº 16, de 2008;
- em 2009 foi instituído o regime de liberdade tarifária internacional para todos os voos internacionais, por meio da Resolução nº 83, de 2009.

5 Para uma visão interna (de quem participou) e informal sobre as discussões iniciais a respeito da desregulamentação tarifária no setor aéreo, a leitora e o leitor podem consultar ANAC (2016, pp. 32 a 43).

6 Vide ANAC (2013, p. 19).

Note-se que o processo de desregulamentação, com origem no início dos anos 1990, foi consolidado ao final da década seguinte, tendo ganhado grande impulso com a lei de criação da ANAC. Além de instituir legalmente a liberdade tarifária no setor aéreo, a Lei nº 11.182, de 2005, também criou o regime de liberdade de rotas para as empresas aéreas, esvaziando a regulamentação infralegal que tinha o objetivo de planificação da malha aérea nacional. Posteriormente, após sua criação a Agência buscou refletir na regulação do transporte aéreo internacional os princípios de desregulamentação ora instituídos para o transporte doméstico: primeiramente veio a liberdade tarifária para o transporte aéreo internacional na América do Sul, a qual foi estendida logo em seguida para os demais continentes.

Conforme será visto mais adiante, esse processo implicou grande redução de preços e aumento da demanda no setor aéreo brasileiro durante a década de 2000. Antes de explorar esses efeitos com mais detalhes, no entanto, é importante ter em mente que, apesar de consolidada ao final da década de 2000, a desregulamentação econômica dos serviços aéreos ainda podia evoluir um pouco mais, uma vez que seu foco foi exclusivamente direcionado para a liberdade tarifária. Permaneciam ainda alguns resquícios do passado de alta intervenção regulatória, como as limitações operacionais e de capital, além dos procedimentos burocráticos de autorização de voos.

Sob um prisma mais estratégico, em termos de potencial de expansão da competição e de novos modelos de negócios no transporte aéreo doméstico e internacional, eram mais relevantes o excesso de regulação de serviço (condições gerais de transporte), as restrições operacionais (frequências e liberdades do ar) decorrentes dos acordos de serviços aéreos (ASAs) e a barreira ao capital estrangeiro nas empresas domésticas.

Ainda em 2010, a ANAC modernizou parcialmente as condições gerais de transporte – regras que disciplinam o contrato de transporte aéreo entre empresa aérea e passageiro – por meio da Resolução nº 141. Os objetivos desse primeiro passo foram: (i) incumbir as empresas em prover aos passageiros a maior quantidade possível de informações no bojo da relação de consumo e da execução do transporte aéreo; e (ii) atualizar os requisitos mínimos de assistência material em caso de atrasos e cancelamentos de voos. No entanto, essa Resolução ainda era parte da Portaria nº 676/GC-5, de 2000, que continha requisitos de serviço obrigatórios muito superiores aos dos países mais desenvolvido.

Assim, após um longo processo de discussão pública (5 anos), envolvendo entidades de defesa do consumidor, empresas aéreas, órgãos de controle, entre outras instituições, em 2016 foi aprovada pela ANAC a Resolução nº 400, que revisou as condições gerais de transporte,

consolidando-as em um único instrumento normativo. Apesar de inicialmente muito contestada pela opinião pública, por supostamente retirar direitos dos passageiros, o objetivo da resolução era justamente permitir o surgimento de novos modelos de negócio no setor aéreo e o consequente acesso de novos perfis de passageiros ao mercado, por meio de uma precificação mais adequada ao real serviço prestado. O exemplo emblemático dessa discussão foi a alteração mais contestada: o fim da exigência de franquia obrigatória mínima de bagagem já inclusa no preço do bilhete aéreo. Embora encarada como uma perda de direito dos passageiros, essa medida, que alinhou a regulação brasileira à dos países mais desenvolvidos⁷, tinha o objetivo justamente contrário: permitir que os passageiros com exigência menor de serviço não devessem necessariamente arcar com o custo dos passageiros com exigência maior. Como consequência, essa alteração abriu o caminho para o surgimento de empresas de baixo custo no setor aéreo brasileiro, o que acabou acontecendo dois anos depois no transporte internacional, com o início das operações da Norwegian Air e Easyjet, operando do Galeão para a Inglaterra e a Argentina, respectivamente.

Por seu turno, as restrições dos acordos de serviços aéreos impediam o crescimento do transporte aéreo internacional entre o Brasil e países como os Estados Unidos, a Argentina e algumas nações europeias. Após um amplo processo de renegociação dos ASAs junto às autoridades de outros países, o Brasil conseguiu ampliar o rol de acordos vigentes e reduzir os acordos com limitações de capacidade, conforme apresentado na figura a seguir. Obviamente, essas negociações não dependem apenas da vontade das autoridades brasileiras, mas também das respectivas contrapartes estrangeiras. De forma emblemática, as negociações com os Estados Unidos, em 2011, e a Comissão Latino-Americana de Aviação Civil (CLAC), em 2012, são exemplos de sucesso em termos de liberalização do transporte aéreo internacional, ao passo que as dificuldades de flexibilização com a Argentina e com a União Europeia representam exemplos de desafios ainda não superados. No caso da União Europeia, diante da dificuldade de avanço na discussão multilateral, a autoridade brasileira optou pela negociação bilateral, logrando êxito nas negociações com Inglaterra (2018) e Holanda (2019). Por fim, conseguiu-se negociar a liberação de 7^a liberdade para carga com Chile e Reino Unido ambos em 2020.

7 Apenas países como China, Rússia, Venezuela e Bolívia possuíam obrigação de franquia mínima semelhante à até então vigente no Brasil.

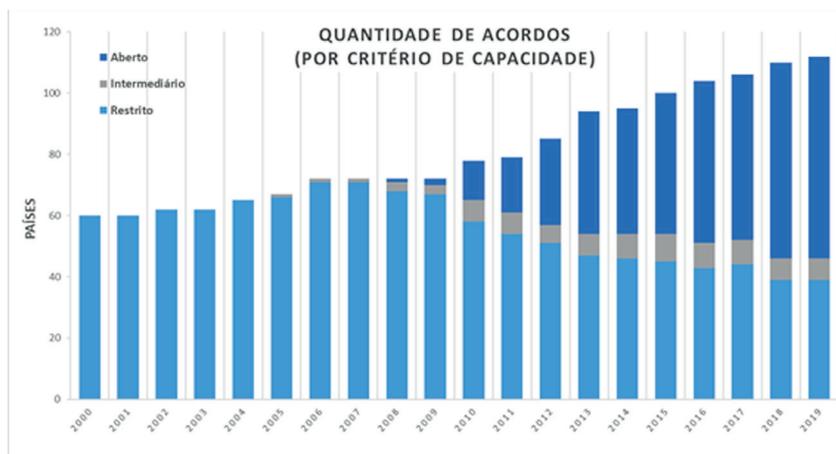


Figura 2 – Evolução dos Acordos de Serviços Aéreos. Fonte: ANAC.

Por fim, a restrição de capital estrangeiro era obstáculo ao surgimento de novas empresas aéreas no Brasil e, conseqüentemente, ao aumento da concorrência no transporte doméstico, além de representar limitações desnecessárias à financiabilidade das empresas já incumbentes no Brasil. Conforme já ressaltado, trata-se de um certo tabu no mundo da aviação, uma vez que a maioria dos países limita a nacionalidade do capital de suas empresas aéreas – ao contrário do que ocorre com outros importantes setores econômicos, como telecomunicações, serviços financeiros, infraestrutura em geral etc.

No Brasil, o fim da restrição ao capital estrangeiro nas empresas aéreas ocorreu com a Lei nº 13.842, de 2019, aprovada com a conversão de medida provisória editada pelo Poder Executivo em meio ao início do processo de recuperação judicial da Avianca Brasil, a qual acabou indo à falência meses depois. Embora houvesse mais de uma década de discussões a respeito desse tema, com algumas idas e vindas no Congresso Nacional de propostas de flexibilização, a urgência do momento acabou sendo útil para convencer o mundo político acerca da importância dessa medida, que acabou colocando o Brasil na vanguarda mundial em termos de desregulamentação econômica do transporte aéreo.

Sob uma perspectiva mais operacional, alguns resquícios de um ambiente regulatório mais interventivo ainda ensejavam ônus desnecessários à operação das empresas incumbentes (e naturalmente à entrada de eventuais novas postulantes), como os procedimentos burocráticos de autorização de voos, de alocação de frequências internacionais, de autorização de

novas empresas entrantes e de renovação das outorgas de empresas incumbentes. No limite de suas competências legais a ANAC buscou, na década de 2010, minimizar esses entraves, eliminando a burocracia de autorização de novos voos (fim do HOTRAN⁸, vide Resolução nº 440, de 2017), desburocratizando os processos de alocação de frequências internacionais (Resolução nº 491, de 2018) e de concessão de outorga de serviço aéreo público (que atualmente possuem prazo indeterminado). Novas flexibilizações dependem de alterações legais e constam do Programa Voo Simples, que será abordado na última seção deste artigo.

4. OS EFEITOS DA DESREGULAMENTAÇÃO ECONÔMICA

Pelo breve relato acima, nota-se que o surgimento da ANAC ocorreu em meio ao início de um processo de desregulamentação econômica do setor aéreo, o qual foi consolidado na década de 2010, com a plena implementação do regime de liberdade tarifária, e aprimorado na década seguinte, com a remoção dos resquícios legais e regulatórios do ambiente anterior de maior intervenção estatal na atividade econômica do setor. Pode-se dizer que, após todo esse processo, o ambiente regulatório do setor aéreo brasileiro encontra-se entre um dos mais flexíveis do mundo, sobretudo em termos das barreiras ao capital estrangeiro.

A desregulamentação econômica do transporte aéreo no Brasil apresentou efeitos muito semelhantes aos verificados nos países desenvolvidos, que experimentaram esse processo com uma antecedência de cerca de duas décadas (Goetz e Vowles, 2009): aumento da demanda do transporte aéreo, redução das tarifas, aumento da eficiência operacional das empresas e diversos processos de consolidação e falência de empresas aéreas – Vasp, Transbrasil, Varig, BRA, Avianca, entre outras.

Cabe ressaltar que os dois últimos efeitos estão relacionados. Empresas que atuam em um ambiente planejado e com alto nível de intervenção estatal, submetidas a uma menor exposição concorrencial, tendem a ser menos eficientes e, assim, a sofrer com o processo de abertura de mercado. Como consequência, a falência ou a consolidação são caminhos naturais, uma vez que, por um lado, as novas empresas tendem a ser mais eficientes e, por outro, buscam a reputação e o mercado – incluindo os slots – das empresas mais tradicionais.

Ademais, em se tratando de um setor cuja demanda é derivada – ou seja, o consumo não é um fim em si mesmo, mas sim decorrente da demanda de outros setores, como turismo e atividade econômica (*business*) –, o transporte aéreo é altamente sensível a preços. Considerando

8 Na terminologia anterior, a sigla HOTRAN significava horário de transporte.

sua estrutura de custos baseada em altos custos fixos e baixo custo marginal (custo do assento-quilômetro oferecido adicionalmente), as baixas barreiras à entrada (atualmente as aeronaves são obtidas por meio de *leasing*) e a submissão a fornecedores com alto poder de mercado (lessores e distribuidores de combustíveis, por exemplo), a indústria do transporte aéreo caracteriza-se pelas baixas margens de lucro – Warnock-Smith et al (2017).

A despeito desses processos de falências e consolidação de empresas aéreas, o saldo da desregulamentação foi claramente positivo para a expansão e popularização do transporte aéreo no Brasil⁹. O gráfico abaixo apresenta a evolução da quantidade de passageiros do transporte aéreo desde 2000:

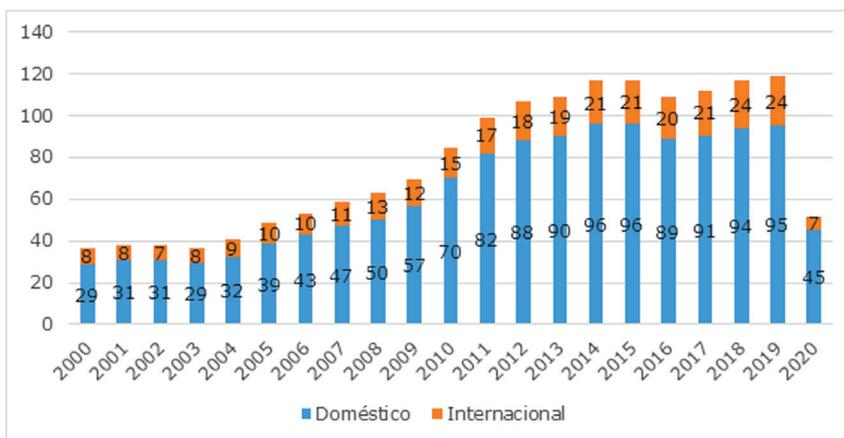


Figura 3 – Evolução da Quantidade de Passageiros (em milhões).Fonte: ANAC – Dados Estatísticos.

Note-se que a quantidade de passageiros passou de 38 milhões em 2000 para 86 milhões em 2010, representando um aumento acumulado de 127% ou 9% anual médio. Nesse mesmo período, para fins de referência, o PIB brasileiro cresceu 44% de forma acumulada ou 3,7% em média anual.

Tal crescimento da quantidade de passageiros foi acompanhado por uma queda real da tarifa média praticada pelas empresas aéreas. Considerando que o valor de cada bilhete aéreo varia de acordo com alguns fatores – como a antecedência da compra, a distância do trecho, a data da viagem, o tipo de bilhete tarifário adquirido, entre outros –, para avaliar a evolução dos preços do setor, a ANAC calcula o preço médio do quilômetro voado, indicador denominado *yield* tarifa, com base nos

9 Vide Oliveira et al (2021, p. 231).

dados enviados pelas empresas aéreas. A figura 4 apresenta a evolução desse indicador desde 2002, ano no qual as informações passaram a ser coletadas pelo órgão regulador.

Note-se que o preço real das passagens aéreas caiu quase ininterruptamente durante os anos 2002 a 2016, com a exceção de 2008, em função da crise econômica mundial. A queda de preço acumulada no período é da ordem de 65%, o que equivale a uma redução média anual de 7,3%. Cabe salientar que essa evolução das tarifas ocorreu em um contexto de mudança de *players* no segmento. A falência de empresas tradicionais (em especial, a Varig) e a entrada de companhias aéreas com estratégias agressivas de competição em preço – Gol, Webjet e Azul, por exemplo –, geraram um substancial incremento de concorrência no modal aéreo, com aumento da quantidade ofertada de assentos e redução dos preços das passagens.

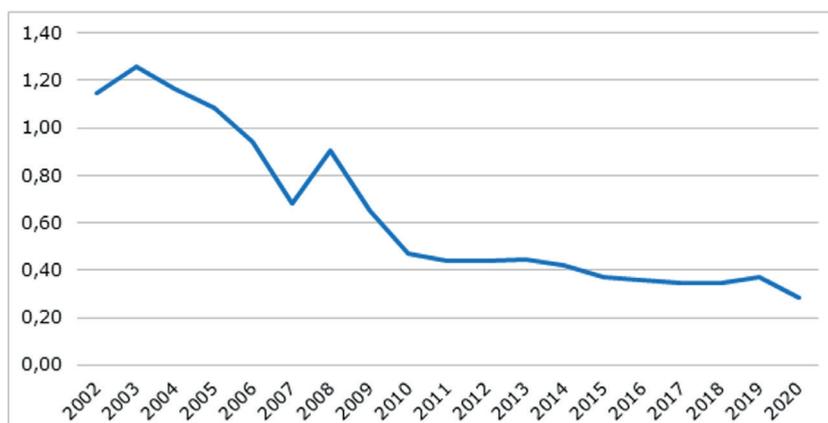


Figura 4 – Evolução do Yield Tarifa (Tarifa Média por km). Fonte: ANAC – Relatório de Tarifas Domésticas.

Todo esse processo acabou resultando em uma grande popularização do transporte aéreo. A Figura 5 compara a evolução da quantidade de passageiros domésticos dos modais aéreo e rodoviário. Em 2003 o transporte aéreo era responsável pelo tráfego de quase 27,3 milhões de passageiros (28%), enquanto o rodoviário, 70,4 milhões. Após 12 anos, o transporte aéreo apresentou aumento de 228% na quantidade de passageiros, atingindo 89,4 milhões em 2015 ou 65% do total. Por sua vez, o modal rodoviário apresentou redução de 31% do tráfego de passageiros, ficando evidente o efeito-substituição causado pela redução dos preços dos bilhetes aéreos.

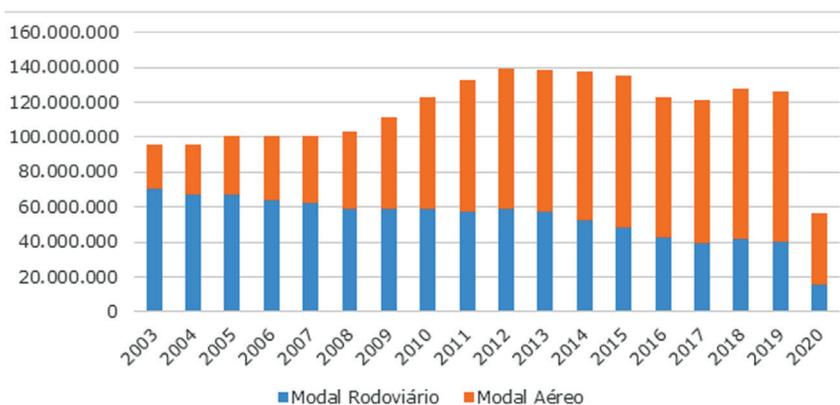


Figura 5 – Transporte de Passageiros (pax): Modal Aéreo x Rodoviário. Fonte: ANAC – Relatório de Oferta e Demanda do Transporte Aéreo.

Como um assento ofertado constitui-se de um bem perecível – ou seja, uma vez não consumido, deixa de existir após o voo –, o nível de competitividade do mercado de transporte aéreo faz com que as empresas do setor sempre busquem otimizar a eficiência de sua oferta. Isso se reflete na evolução das taxas de ocupação das aeronaves (*load factor*), ilustrada na figura a seguir, que saiu do patamar de 57% em 2002, atingindo 82% em 2017.

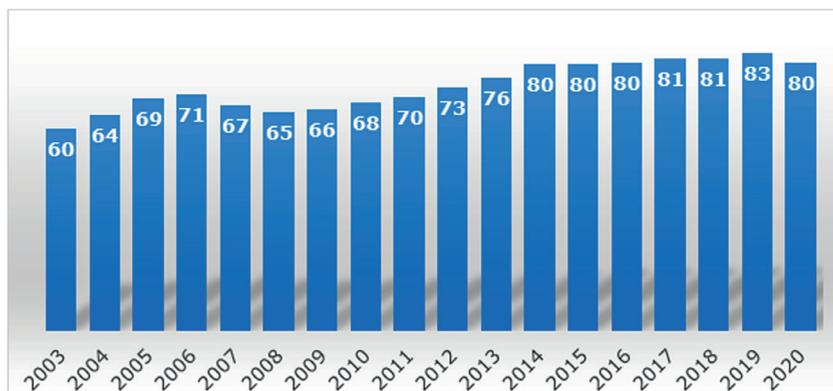


Figura 6 – Evolução da Taxa de Ocupação das Aeronaves (%). Fonte: ANAC – Relatório de Oferta e Demanda do Transporte Aéreo.

5. O DESAFIO DAS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS

Apesar de todas essas boas notícias para o transporte aéreo, a infraestrutura aeroportuária não acompanhou a evolução do mercado de transporte aéreo.

A exploração dos principais aeroportos brasileiros (mais de 99% dos passageiros) permaneceu, durante toda a década de 2000, sob responsabilidade de praticamente um único operador, a Infraero. Empresa pública do Governo Federal, a Infraero é submetida ao regime jurídico próprio do setor público (lei de licitações, contratação de funcionários por concurso, dificuldades de demissão etc.), às restrições fiscais do setor público e, ainda, a eventuais ingerências políticas (Alson e Mueller, 2006). Todas essas limitações, aliadas à ausência de concorrência entre aeroportos, acabaram por conferir à Infraero uma falta de capacidade de investimento e de gerenciamento dos aeroportos sob sua exploração.

Como resultado, os aeroportos passaram a representar o principal gargalo à manutenção do crescimento do setor aéreo. A figura a seguir, extraída de um estudo elaborado pela consultoria McKinsey em parceria com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES), demonstra o nível de saturação dos principais aeroportos do país em 2010, que à época respondiam por mais de 95% dos passageiros – o que demonstra a criticidade da malha aeroportuária. Cabe ressaltar que a saturação de um aeroporto pode ocorrer em três infraestruturas específicas: terminal de passageiros (TPS), pátio de estacionamento de aeronaves e pista de pousos e decolagens.

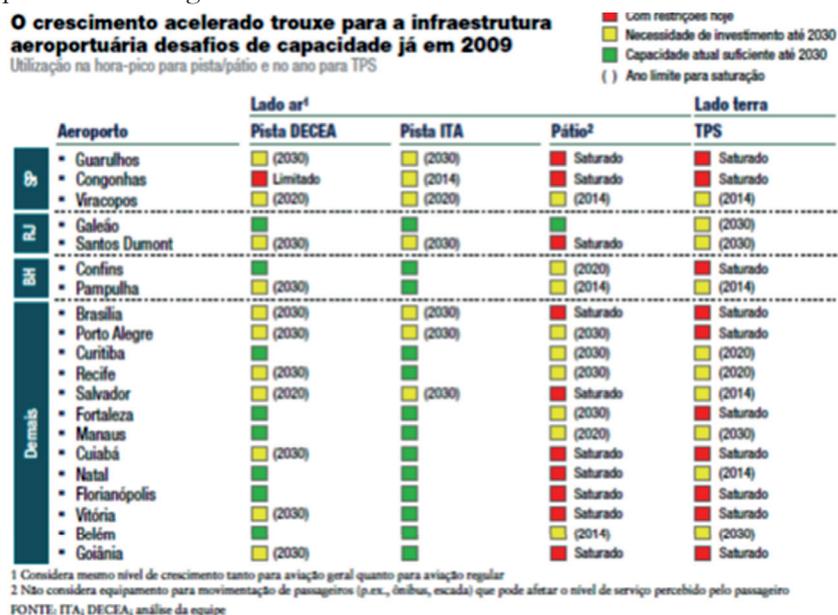


Figura 7 – Situação de Saturação dos Aeroportos em 2010. Fonte: Relatório de Panorama do Transporte Aéreo Brasileiro (McKinsey Consultoria, 2010).

Diante dessa situação, o Governo Federal, sobretudo a partir de 2007, adotou diversas iniciativas para dotar a Infraero de maior capacidade de investimento e gestão. Todavia, as constantes dificuldades da empresa em promover a ampliação da infraestrutura aeroportuária, aliadas à iminência dos grandes eventos esportivos (Copa do Mundo em 2014 e Olimpíadas em 2016), acabaram impelindo o Governo da então Presidente Dilma Rousseff a adotar, em 2011, o modelo de concessões aeroportuárias para os principais aeroportos do país – o que acabou se tornando um novo desafio de regulação econômica para a ANAC.

Desde então, foram realizadas seis rodadas de concessões aeroportuárias federais, estando prevista a sétima e derradeira para o primeiro semestre de 2022. A tabela a seguir apresenta as principais informações sobre cada rodada de concessão:

Rodada	Aeroporto(s)*	Leilão	Pax 2019 (market share)	Prazo contrato (anos)	Ágio leilão
1ª	São Gonçalo do Amarante, região metropolitana (RM) de Natal (RN)	2011	1,07%	28	229%
2ª	Viracopos (Campinas, SP)	2012	4,75%	30	160%
	Guarulhos (RM de São Paulo, SP)	2012	19,76%	20	374%
	Brasília (DF)	2012	7,75%	25	674%
3ª	Galeão (RJ)	2013	6,39%	25	294%
	Confins (RM de Belo Horizonte, MG)	2013	5,01%	30	66%
4ª	Porto Alegre (RS)	2017	3,79%	30	852%
	Florianópolis (SC)	2017	1,74%	30	58%
	Fortaleza (CE)	2017	3,30%	30	18%
	Salvador (BA)	2017	3,42%	30	113%
5ª	Bloco Nordeste: Recife (PE), Maceió (AL), João Pessoa (PB), Aracaju (SE), Campina Grande (PB), Juazeiro do Norte (CE)	2019	6,43%	30	1.010%
	Bloco Sudeste: Vitória (ES) e Macaé (RJ)	2019	1,52%	30	830%
	Bloco Mato Grosso: Cuiabá, Sinop, Rondonópolis e Alta Floresta	2019	1,41%	30	4.739%

6 ^a	Bloco Sul: Curitiba, Bacacheri, Londrina, Foz do Iguaçu – PR; Joinville, Navegantes – SC; Pelotas, Uruguaiana e Bagé – RS	2021	5,66%	30	1.534%
	Bloco Central: Goiânia (GO), Palmas (TO), São Luís e Imperatriz (MA), Teresina (PI) e Petrolina (PE)	2021	3,34%	30	9.156%
	Bloco Norte I: Manaus, Tefé, Tabatinga (AM); Rio Branco, Cruzeiro do Sul (AC); Boa Vista (RR); e Porto Velho (RO)	2021	2,11%	30	777%
7 ^a	Bloco SP-MS: Congonhas, Campo de Marte (São Paulo, SP); Campo Grande, Corumbá e Ponta Porã (MS)	2022*	11,12%	30	-
	Bloco RJ-MG: Santos Dumont, Jacarepaguá (RJ); Uberlândia, Uberaba e Montes Claros (MG)	2022*	4,84%	30	-
	Bloco Norte II: Belém, Júlio César (Belém), Carajás, Altamira, Marabá, Santarém (PA); e Macapá (AP)	2022*	2,39%	30	-

*Previsão do Ministério da Infraestrutura

Tabela 1 – Rodadas de concessões de aeroportos federais. Fonte: Autores, com base em informações da ANAC e do Ministério da Infraestrutura.

Como as concessões foram formuladas para solucionar o problema de saturação da infraestrutura em decorrência do aumento vertiginoso da demanda, o mercado tinha uma alta expectativa em relação ao grande potencial do setor aéreo brasileiro. Contribuíam para essa expectativa o alto crescimento da economia brasileira nos anos 2000 em meio ao *boom* de *commodities* e à previsão dos eventos esportivos internacionais na década seguinte. Por outro lado, seriam as primeiras concessões no setor aeroportuário – ao contrário de outros setores de infraestrutura, como transportes terrestres, telecomunicações, óleo e gás, eletricidade, que iniciaram o processo de desestatização na década de 1990. Além disso, tradicionalmente o ambiente de negócios no Brasil apresenta seus desafios, em termos de segurança jurídica, respeito a contratos e estabilidade das regras.

Tais desafios referem-se tanto à qualidade das modelagens e contratos, quanto à capacidade das instituições de fazer valer as regras dos contratos de concessão – Guasch et al (2008).

Nesse contexto de alta expectativa de crescimento da demanda versus receio de insegurança jurídica em um setor caracterizado por altos investimentos, com longo prazo de maturação, a modelagem inicial das concessões aeroportuárias buscou o seguinte arranjo: de um lado, minimizar riscos regulatórios por meio de regras contratuais objetivas e pretensiosamente exaustivas e, de outro, alocar à concessionária todo o risco de mercado.

Assim, os contratos de concessão das três primeiras rodadas são mais rígidos e detalhistas, com alta carga de regulação, investimentos iniciais prescritivos (exigências de pistas de pouso e decolagem, posições de pátios de aeronaves, *taxiways* e pontes de embarque) e não dependentes da demanda, e modelo tarifário *price-cap* detalhado para cada tipo de tarifa (pouso, permanência, embarque, conexão, armazenagem e capatazia), com pouca margem de gerenciamento pelas concessionárias. A matriz de riscos, por sua vez, apresenta um rol objetivo e limitado de riscos assumidos pelo Poder Concedente, o qual não contempla o risco de demanda, que fica completamente alocado, assim, à concessionária. Dada a regulação tarifária *ex-ante*, a variável de escolha do licitante vencedor é o maior valor de outorga, o qual é dividido em contribuições fixas anuais, com carência dos primeiros dois anos do contrato, quando a concessionária deveria realizar os vultosos investimentos iniciais. Além da contribuição fixa, os contratos das primeiras rodadas também preveem contribuições variáveis anuais: em geral um percentual de 2% da receita bruta da concessionária.

Outra característica peculiar das rodadas iniciais é a previsão de interação da concessionária com a Infraero, seja por meio da existência de obras do poder público (presentes nas três primeiras rodadas) ou pela participação acionária da empresa pública com 49% do capital social da concessionária (segunda e terceira rodadas). Cabe ressaltar que tais interações foram objetos de diretrizes de políticas públicas, sendo, portanto, alheias ao desejo do órgão regulador.

Considerando o objetivo de sanar as restrições de infraestrutura e adequar os aeroportos brasileiros para os eventos esportivos, pode-se dizer que as concessões foram bem-sucedidas. O investimento nos aeroportos deu um salto, conforme demonstrado pela figura a seguir. Além do potencial das concessionárias, as outorgas das concessões capitalizaram o Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC), contribuindo assim para o aumento dos investimentos da Infraero e nos aeroportos regionais. Entre 2012 e

2017, o investimento médio anual nos aeroportos ficou na ordem US\$ 775 milhões, quase o triplo da média de US\$ 272 milhões dos dezessete anos anteriores (1995 a 2011).

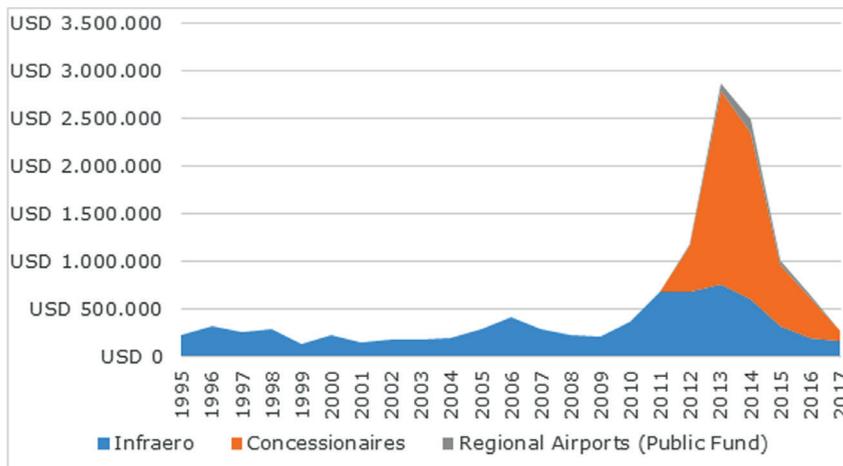


Figura 8 – Investimento anual nos aeroportos brasileiros (US\$ mil). Fonte: autores, com base em informações da Secretaria Nacional de Aviação Civil.

Com a inauguração dos novos terminais, a satisfação dos usuários também apresentou um salto¹⁰. A figura a seguir apresenta o nível médio de satisfação dos passageiros, com base em pesquisas realizadas pela Secretaria Nacional de Aviação Civil, cujos dados encontram-se disponíveis no Portal Hórus¹¹. Os entrevistadores fazem diversas perguntas aos passageiros, que podem atribuir notas de zero a cinco. Entre essas perguntas, a mais geral – utilizada na figura – é o nível de satisfação geral do passageiro com o aeroporto. Nota-se que essa satisfação ficou relativamente estável, em um patamar inferior (em torno de 3,8), até a metade de 2014, quando os aeroportos da primeira e segunda rodadas estavam em fase de investimentos iniciais. Com a entrega desses investimentos, o nível de satisfação cresceu até atingir o nível de 4,2. Atualmente, com a continuidade das concessões e das entregas de novos investimentos, esse nível de satisfação continua

10 Algumas estimações econométricas, aplicáveis aos aeroportos de Confins e Galeão, mostram que a inauguração de novos terminais enseja um efeito de cerca de 0,5 a 1 ponto, em uma escala de nota de satisfação de zero a 5 – vide estudo realizado pela Fipe, em 2019, por encomenda da Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos (Aneaa).

11 Vide: <https://horus.labtrans.ufsc.br/gerencial/?auth=s#Principal>.

apresentando tendência constante, superando 4,4 no penúltimo trimestre de 2019.

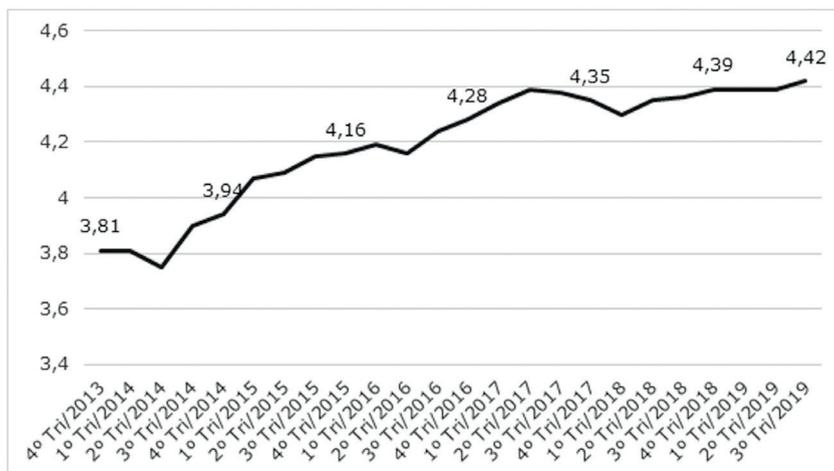


Figura 9 – Evolução do Índice de Satisfação Geral dos Passageiros nos Aeroportos. Fonte: Portal Hórus, Secretaria Nacional de Aviação Civil, acessado em 02/08/2021, às 17h.

Toda essa evolução acabou se refletindo nos indicadores de qualidade da infraestrutura aeroportuária do Índice de Competitividade do Fórum Econômico Mundial. Em 2012 e 2013, a qualidade dos aeroportos brasileiros encontrava-se na 134ª posição; após crescer gradualmente ano após ano, o Brasil passou a ocupar a 95ª em 2017 e 2018.

Tudo isso sugere que a política de concessões aeroportuárias conseguiu atender os seus objetivos iniciais. Todavia, ela também apresentou problemas.

Os altos ágios das três primeiras rodadas são um indício de que o otimismo imperou nos processos licitatórios. Pode-se dizer que esse otimismo tinha razão de existir, dada a evolução então recente do setor aéreo no Brasil, fruto do processo de desregulamentação e do desempenho da economia brasileira nos anos 2000, depois das reformas macroeconômicas dos anos 1990 e 2000 e do *boom* de *commodities*. No entanto, a década de 2010 acabou transcorrendo de forma completamente diferente da anterior.

A crise econômica de 2015 e 2016 acabou ensejando grande frustração de demanda no transporte aéreo, conforme demonstrado na tabela a seguir:

Ano	PIB	Passageiros	
		Concedidos	Não concedidos
2014	0,50%	9,38%	6,65%
2015	-3,77%	0,39%	-0,40%
2016	-3,60%	-8,01%	-6,69%
2017	1%	0,96%	3,62%
Média	-2,1%	-2,3%	-1,2%

Tabela 2 – Crescimento anual do PIB e da demanda nos aeroportos brasileiros. Fonte: autores, com base em dados da ANAC e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Tamanha frustração de demanda foi especialmente crítica no contexto de vultosas obrigações financeiras anuais a cargo das concessionárias, decorrentes dos altos ágios oferecidos nos leilões. Já bastante alavancadas pelas obrigações de investimento recém finalizadas, a situação financeira das concessionárias tornou-se bastante complicada, demandando altos aportes dos acionistas para manter o fluxo de caixa necessário à operação.

Agravando ainda mais a situação, o país também enfrentou diversas crises políticas na década passada. Considerável parte dessas crises foi oriunda de escândalos de corrupção, deflagrados pela Operação Lava Jato, a qual acabou atingindo alguns grupos que eram acionistas das concessionárias de aeroportos. Como consequência, emergiram problemas societários nas concessionárias das três primeiras rodadas, os quais também acabaram impactando a respectiva capacidade financeira. Com a exceção da concessionária de Confins, todas as demais passaram por reestruturações societárias.

A propósito, nota-se pela tabela abaixo que o consórcio típico dessas rodadas era a união de um operador aeroportuário internacional com uma grande construtora nacional, padrão que começou a ser alterado na quarta rodada, quando apenas operadores aeroportuários passaram a assumir as concessões, sem a presença de construtoras nos consórcios vencedores. Naturalmente, a situação complicada das grandes construtoras envolvidas em escândalos de corrupção acabou contribuindo para essa mudança de padrão. Além disso, pode-se afirmar que os contratos mais recentes são mais focados na operação do que na construção, tanto pela forma como são estabelecidas as obrigações de investimentos iniciais (que se tornaram menos prescritivas e mais relacionadas às projeções de demanda), quanto pela ausência de participação da Infraero (o que minimiza os problemas de governança e execução de obras com partes relacionadas).

Rodada	Aeroporto(s)*	Operador aeroportuário – Nacionalidade*	Construtor
1ª	São Gonçalo do Amarante, região metropolitana (RM) de Natal (RN)	Corporación América – Argentina	Engevix
2ª	Viracopos (Campinas, SP)	Eggis – França	UTC Engenharia e Triunfo Participações e Investimentos
	Guarulhos (RM de São Paulo, SP)	Airports Company South Africa (Acsa)	OAS
	Brasília (DF)	Corporación América – Argentina	Engevix
3ª	Galeão (RJ)	Changi – Cingapura	Odebretch
	Confins (RM de Belo Horizonte, MG)	Zurich – Suíça	Grupo CCR
4ª	Porto Alegre (RS)	Fraport – Alemanha	-
	Florianópolis (SC)	Zurich – Suíça	-
	Fortaleza (CE)	Fraport – Alemanha	-
	Salvador (BA)	Vinci – França	-
5ª	Bloco Nordeste: Recife (PE), Maceió (AL), João Pessoa (PB), Aracaju (SE), Campina Grande (PB), Juazeiro do Norte (CE)	Aena – Espanha	-
	Bloco Sudeste: Vitória (ES) e Macaé (RJ)	Zurich – Suíça	-
	Bloco Mato Grosso: Cuiabá, Sinop, Rondonópolis e Alta Floresta	Socicam – Brasil	-
6ª	Bloco Sul: Curitiba, Bacacheri, Londrina, Foz do Iguaçu – PR; Joinville, Navegantes – SC; Pelotas, Uruguaiana e Bagé – RS	Grupo CCR – Brasil	-
	Bloco Central: Goiânia (GO), Palmas (TO), São Luís e Imperatriz (MA), Teresina (PI) e Petrolina (PE)	Grupo CCR – Brasil	-
	Bloco Norte I: Manaus, Tefé, Tabatinga (AM); Rio Branco, Cruzeiro do Sul (AC); Boa Vista (RR); e Porto Velho (RO)	Vinci – França	-
*Em todas as rodadas há a exigência de experiência de operação aeroportuária como condição para a habilitação do consórcio. A coluna busca, então, demonstrar o grupo participante do consórcio que o permitiu cumprir essa condição de habilitação.			

Tabela 3 – Composição inicial dos acionistas privados das concessionárias aeroportuárias brasileiras. Fonte: Autores.

Por fim, o que no início da política de concessões era considerado uma virtude, por aumentar a segurança jurídica e reduzir incerteza para os investidores, acabou se tornando um problema em face da frustração de demanda e da delicada situação financeira das concessionárias: a pequena margem de discricionariedade das obrigações contratuais. Por exemplo, as exigências de investimentos iniciais massivos e não atrelados à demanda (quantidades de pontes de embarque, novas pistas de pouso e decolagem, entre outros) produziram infraestruturas ociosas, pesando, assim, no caixa das concessionárias.

Do ponto de vista regulatório, todos esses problemas ensejaram, nos primeiros 5 anos de concessões aeroportuárias, cerca de 150 pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, dos quais menos de 10% foram deferidos, pela falta de enquadramento da maioria dos eventos alegados aos riscos de responsabilidade do poder concedente.

Para prover uma solução para as concessões problemáticas, o Governo Federal criou os mecanismos de reprogramação das outorgas (Lei nº 13.499, de 2017) e de relicitação (Lei nº 13.448, de 2017). O primeiro consistia na alteração do fluxo de pagamento das outorgas fixas, sem mudança do valor presente líquido mas de forma a amenizar a situação de caixa das concessionárias com situação financeira complicada. Aderiram a esse processo as concessionárias de Guarulhos, Galeão, Brasília e São Gonçalo do Amarante, em geral de forma coordenada com os processos de repactuação societária interna e de renegociação dos financiamentos com os credores financeiros. Por seu turno, a relicitação funciona como um instrumento de resolução amigável dos contratos de concessão, evitando-se as dificuldades dos processos de caducidade. As concessionárias de São Gonçalo do Amarante e de Viracopos, esta após ter saído de um processo de recuperação judicial, aderiram à relicitação.

Dessa maneira, pode-se concluir que as três primeiras rodadas de concessões aeroportuárias brasileiras possuem dois traços: o positivo, marcado pela capacidade de ampliação da infraestrutura e de atingimento do objetivo de adaptar a malha aeroportuária à demanda, e o negativo, caracterizado pelos problemas financeiros das concessionárias. Em meio a esses dois traços, o Governo resolveu continuar com a política de concessões, mas com mudanças significativas na modelagem – conforme visto na Tabela 1, o Ministério da Infraestrutura prevê finalizar a desestatização de todos os aeroportos da Infraero até o final de 2022.

As melhorias de modelagem buscaram levar em conta os problemas vivenciados nas primeiras rodadas. O quadro a seguir busca resumir esses aprimoramentos em quatro grandes aspectos:

Aspecto	Vantagens
Menor participação governamental na concessionária: Infraero deixou de ser acionista e contratos deixaram de prever obras e desapropriações do poder público	<ul style="list-style-type: none"> • Eliminação dos problemas de partes relacionadas na execução de investimentos • Redução da “pegada de Capex” excessiva dos contratos • Mitigação de passivos contratuais decorrentes de obras e desapropriações não entregues pela Infraero
Estudos de viabilidade mais detalhados e com premissas mais realistas	<ul style="list-style-type: none"> • Embora os estudos não sejam vinculantes, eles auxiliam os interessados no <i>due diligence</i> dos ativos • Maior capacidade do poder público de fazer avaliação de custo-benefício de regras contratuais e exigências de investimentos.
Modelo de outorga mais sustentável: “ágio na cabeça”, carência nos 5 primeiros anos e contribuições apenas variáveis ao longo do contrato (com alíquotas crescentes do 5º ao 9º anos e constantes)	<ul style="list-style-type: none"> • Redução do “otimismo excessivo” e comportamento oportunista do vencedor • Não contaminação da saúde financeira da concessionária pelo ágio oferecido na entrada • Alinhamento do fluxo de caixa do projeto com o pagamento das outorgas • Melhoria da financiabilidade dos projetos • Possibilidade de certo compartilhamento do risco de demanda entre poder concedente e concessionária
Regulação mais flexível: <ul style="list-style-type: none"> • mudança de <i>price cap</i> por tarifa para <i>revenue cap</i> por passageiro; • investimentos iniciais não prescritivos e atrelados à demanda; • gatilhos de demanda para os demais investimentos; • incentivo à cooperação entre operador aeroportuário e empresas aéreas 	<ul style="list-style-type: none"> • Possibilidade de gerenciamento tarifário (por hora pico, por porte de operação, entre outros) • Possibilidade de soluções de mercado negociadas (aeroporto-empresas) substituírem a regulação <i>ex-ante</i> com propostas mais eficientes – inclusive no caso de redução de exigências que não fazem sentido operacional • Redução de conflitos entre empresas aéreas e operadores aeroportuários • Possibilidade de um planejamento mais robusto para o desenvolvimento da infraestrutura, considerando aspectos que não podem ser capturados <i>ex-ante</i> pelo planejador governamental

Tabela 4 – Evolução da modelagem das concessões aeroportuárias. Fonte: Autores.

Machado et al (2019)¹² detalham essas melhorias, com vistas a manter ao longo dos contratos a sustentabilidade financeira das concessionárias.

Considerando o escopo do presente artigo, vale destacar o último aspecto do quadro acima. Uma crítica comum a arranjos regulatórios mais flexíveis aplicados a concessões de infraestrutura é o risco de insegurança jurídica decorrente de futuras extrapolações do órgão regulador, risco este que, conforme já argumentado, levou o regulador a adotar no primeiro momento uma regulação mais prescritiva e menos flexível.

No entanto, com o passar do tempo e com a experiência adquirida na gestão dos contratos de concessão, a tolerância a esse risco passou a

12 Vide <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/19000>.

ser maior por parte do mercado. Naturalmente, a percepção prática de obrigações de investimentos desnecessárias, com alto custo de solução contratual (reequilíbrios, discussões jurídicas, órgãos de controle etc.), acaba levando os investidores a rejeitar essas obrigações excessivamente prescritivas. Mas além disso pode-se perceber um relacionamento mais cooperativo entre poder concedente e concessionárias, de forma a mitigar a insegurança deste acerca de futuro comportamento daquele.

Outra crítica à regulação menos interventiva a operadores de infraestrutura é o risco de abuso de posição dominante, tendo em vista as características de monopólio natural. No entanto, o transporte aéreo possui uma peculiaridade em relação a outros modais, capaz de reduzir o poder de mercado do operador de infraestrutura: a existência de um *player*, as empresas aéreas, com importância decisiva para o crescimento da demanda pelo uso da infraestrutura e, conforme visto anteriormente, com alta sensibilidade a aumento de custos. Assim, a estratégia de conferir a esse *player* poder de negociação, com previsão de moderação pelo ente regulador, acaba mitigando o risco de abuso de posição dominante. Nesse sentido, a ANAC implementou nos contratos mais recentes os instrumentos da consulta aos usuários (4^a rodada em diante) e da proposta apoiada (5^a em diante), baseando-se em experiências regulatórias internacionais, com vistas à conferir às empresas aéreas maior poder de negociação nas discussões com o operador aeroportuário e, a estes, maior capacidade de gerenciamento da infraestrutura, com a possibilidade de inclusive alterar a regulação contratual caso haja consenso com o mercado.

Voltando ao histórico ora descrito, reitera-se que as concessões aeroportuárias no Brasil, apesar de ter apresentado os seus problemas, foram efetivas ao resolver os desafios para os quais foram criadas. Evidências disso são: (i) o anúncio pelo Governo de desestatizar toda a malha aeroportuária atualmente a cargo da Infraero, sem maiores contestações da opinião pública (diferentemente do que acontece em outros anúncios de privatização); (ii) a tranquilidade dos órgãos de controle ao analisar a evolução da modelagem a cada nova rodada; e (iii) o apetite crescente dos investidores em cada rodada que se passa (o que é até surpreendente, sobretudo nestes tempos de pandemia – vide ágios da sexta rodada, na Tabela 1).

Além da seriedade dos órgãos envolvidos na política de concessões, pode-se concluir que contribui para essa evolução a disposição das instituições governamentais (ANAC e SAC) para: (i) enfrentar e resolver com razoabilidade os problemas surgidos ao longo do processo e que impactaram as primeiras concessões; e (ii) assumir os erros de cada experiência e buscar consertá-los a cada nova rodada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O FUTURO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Em resumo, percebe-se que a aviação civil brasileira passou por intensas modificações nas últimas duas décadas. Do ponto de vista institucional, verificam-se três tendências nas autoridades públicas que lidam com o setor: desmilitarização; segregação dos papéis de formulação de políticas públicas, regulação e operação na indústria; e maior sinergia das políticas da aviação com as dos outros modais de transportes. Já sob a perspectiva regulatória, o Brasil implementou, nessas duas últimas décadas, o processo de desregulamentação econômica do setor aéreo, com defasagem temporal de duas décadas em relação aos países mais desenvolvidos.

Assim como nesses países, aqui a desregulamentação implicou processo de grande massificação do transporte aéreo, o qual gerou um efeito colateral adverso no final da década de 2000: a saturação dos aeroportos brasileiros. Para resolver esses problemas, o governo adotou – também de forma defasada em relação aos países europeus (nos Estados Unidos e Canadá esse processo não é tão homogêneo) – a política de concessões aeroportuárias. Embora tenha (naturalmente) apresentado alguns defeitos em sua origem, o saldo das concessões pode ser considerado positivo, tendo em vista que seus objetivos iniciais foram alcançados – ampliação da infraestrutura e aumento da satisfação dos passageiros.

Nesse contexto, após o balanço entre pós e contras das rodadas iniciais, o Governo Federal acabou optando por desestatizar praticamente toda a sua malha de aeroportos federais (responsável por mais de 99% do tráfego de passageiros), buscando, rodada após rodada, incorporar as melhorias e lições aprendidas das experiências anteriores. Além disso, o Governo tem buscado, dentro das limitações legais e contratuais, solucionar os problemas das concessões iniciais, de forma a não prejudicar a continuidade dos serviços aos usuários e a remunerar adequadamente aqueles players que apostaram no início das concessões brasileiras – caso das devoluções amigáveis (relicitações) –, bem como a adequar o pagamento das obrigações financeiras à estrutura de caixa dos projetos vigentes – processos de reprogramação de outorga.

Embora as evoluções recentes tenham ocorrido de forma defasada em relação ao mundo desenvolvido, pode-se dizer que o estágio de maturidade da regulação econômica da aviação civil – transporte aéreo e infraestrutura aeroportuária – encontra-se relativamente similar ao daqueles países. Obviamente, o país ainda se encontra em estágio inferior em alguns aspectos regulatórios¹³. Apesar de recentemente modernizada, a regulação

13 Importante deixar a seguinte ressalva: como o escopo de análise é a regulação econômica a cargo da ANAC, não foram incorporados na presente análise os efeitos de outros aspectos sobre o ambiente regulatório geral

de condições gerais de transporte aéreo é ainda muito interventiva e impõe uma alocação de riscos muito pesada às empresas aéreas (nos países mais desenvolvidos o risco de ocorrência de problemas meteorológicos é compartilhado entre empresas e passageiros, enquanto no Brasil as empresas são obrigadas a prestar assistência material nessas circunstâncias), o que representa um óbice ao surgimento de novos nichos de negócios e, sobretudo, à entrada no setor de novos consumidores, com menor disposição a pagar. Ademais, a regulação de alocação de slots (atualmente em revisão) ainda representa barreiras à entrada a infraestruturas escassas, como o Aeroporto de Congonhas (São Paulo), o que ficou bem claro quando da realocação dos slots da falida empresa Avianca¹⁴.

Por outro lado, o Brasil encontra-se mais avançado do que muitos países desenvolvidos em outros aspectos, tais como: um modelo de concessões robusto e reconhecido internacionalmente; a flexibilização dos principais acordos de serviços aéreos internacionais (com exceção da Argentina, por resistência daquele país); a inexistência de restrição de capital estrangeiro nas empresas aéreas – sem a pretensão de exaustão desses aspectos.

O cenário atual aponta, portanto, para um ambiente de regulação econômica do setor aéreo relativamente moderno (sobretudo considerando o cenário de duas décadas atrás), o qual, todavia, ainda pode evoluir e se aprimorar, de forma a colocar o Brasil na vanguarda mundial. Tais aprimoramentos extrapolam os aspectos negativos ora mencionados, abrangendo também a mudança de *mindset* regulatório típico da aviação civil, o qual é naturalmente influenciado pelo passado de excessiva intervenção no setor (não apenas no Brasil, reitere-se).

A despeito da tragédia humanitária internacional e dos efeitos devastadores para o setor aéreo causados pela pandemia de coronavírus – as figuras 3 e 5 fornecem uma dimensão dos impactos sobre o setor aéreo nacional¹⁵ –, a atual situação de crise sanitária mostrou que há espaço para mudanças substanciais em algumas práticas tradicionais do setor aéreo¹⁶, sobretudo no bojo regulatório. Assim, sobretudo neste momento de

da aviação brasileira, tais como estrutura tributária, legislação trabalhista, entre outros. Em alguns desses aspectos, a aviação brasileira possui algumas peculiaridades não vistas no mundo desenvolvido – exemplo emblemático é a tributação sobre o leasing de aeronaves –, o que acaba gerando prejuízos ao desenvolvimento do setor.

14 Para uma análise completa do ambiente regulatório atual de alocação de slots, bem como revisão literária e propostas de melhorias, consultar Ministério da Economia (2021).

15 Analisando o transporte aéreo internacional em 2020, Oliveira e dos Reis (2021, p. 63) afirmam que a pandemia do coronavírus já pode ser considerada a maior crise da história do setor aéreo.

16 Para uma análise mais detalhada das oportunidades geradas pela pandemia para o futuro do setor aéreo, consultar Rabbani (2021) e Noman (2021).

recomeço (com a vacinação avançando mundo afora), é importante refletir sobre essas oportunidades de mudanças de *mindset* e saltos disruptivos.

O objetivo a seguir não é detalhar nem exaurir as oportunidades de mudança, mas sim, com base nos elementos trazidos no presente texto, apresentar duas ideias com vistas a estimular pesquisas e discussões futuras. Para fins didáticos, essa menção se dará pelas perguntas a seguir, acompanhadas de uma breve contextualização.

Por que não pensar em regimes privados de exploração da infraestrutura aeroportuária mais flexíveis?

Além das concessões, atualmente a gestão privada dos aeroportos pode se dar por meio de autorização. Contudo, a exploração dos aeroportos autorizados é limitada ao serviço aéreo não regular (táxi aéreo e aviação executiva, o que exclui a aviação tradicional, chamada regular). Por seu turno, os setores ferroviário e de portos passaram recentemente por profundas alterações decorrentes da adoção massiva do modelo de autorização, que, por ser mais flexível, tem fornecido soluções mais eficientes do que o instituto das concessões para a expansão da infraestrutura.

Voltando para o setor aéreo, a abertura ao transporte regular de infraestruturas privadas poderia incentivar investimentos, aumentar a contestabilidade (entrada de novas empresas) no mercado regular e, em última instância, contribuir para a redução de preços e o aumento de opções para os passageiros. Pode-se pensar, inclusive, na extensão desse modelo mais flexível para aeroportos que estão sob concessão, após o término dos contratos atuais – o que seria uma completa privatização. Afinal, a perpetuidade da operação, alinhada à menor carga regulatória, aumentam a atratividade do ativo de infraestrutura e fortalecem os incentivos de planejamento e crescimento de longo prazo, uma vez que o ativo não terá de ser posteriormente devolvido ao Estado.

Por que não ser mais OCDE e menos OACI?

Conforme explicado no início deste artigo, a regulação da aviação civil é altamente harmonizada mundo afora, por meio dos SARPs que constam dos Anexos à Convenção de Chicago, que criou a OACI. Desde então, essa instituição multilateral coordena as discussões entre os países e garante esse ambiente altamente harmonizado internacionalmente. Por sua vez, os SARPs tendem a ser altamente detalhistas e, por vezes, prescritivos, repletos de controles e redundâncias, tendo em vista os efeitos devastadores de acidentes aéreos. O alto nível de segurança no transporte aéreo é um indício muito forte de que esse sistema regulatório é eficaz no atingimento dos objetivos de segurança a que se propõe.

Por outro lado, o desenvolvimento tecnológico por vezes torna obsoletos ou desnecessários alguns requisitos previstos nos SARPs. Além

disso, mesmo no caso do estrito cumprimento dos SARPs, os processos de autorização ou homologação tradicionais previstos na regulação da aviação civil podem ensejar custos desnecessários tanto para o órgão regulador quanto para os agentes regulados. Isso porque os operadores – sobretudo os mais tradicionais – possuem alto custo reputacional, e o sistema de aviação civil possui enraizada uma cultura de segurança, de forma que os processos regulatórios de autorização e homologações acabam, em alguns casos, representando apenas mais burocracia.

Assim, uma proposta é trazer para a aviação alguns princípios preconizados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tais como *smart regulation*, *responsive regulation* e *risk-based regulation*, os quais em geral buscam a promoção de compliance por meio de mecanismos mais inteligentes, menos focados em comando e controle, e portanto menos onerosos. É certo que a OACI, com a criação do Anexo 19 (*Safety Management*), tem incentivado os reguladores nacionais a adotarem políticas regulatórias mais baseadas em gestão de risco (Rabbani, 2021, p. 222 a 226). Porém, esse movimento ainda ocorre com o *mindset* tradicional: a OACI estabelece o SARP, o regulado o internaliza no seu regulamento e cobra dos operadores sua operacionalização.

De forma mais concreta, delegar para o próprio operador a aprovação de procedimentos operacionais simples e consagrados (sobretudo quando o operador já provou ter competência e boa performance operacional), alinhar prerrogativas econômicas à performance de segurança do operador (ex.: ingresso em aeroportos limitados), entre outras, são mecanismos regulatórios mais modernos que alinham a busca pela segurança à regulação econômica.

Para finalizar, é importante ressaltar que algumas ações em curso na ANAC buscam refletir essa ideia de mudança. O Projeto de Regulação Responsiva e o Programa Voo Simples abrem espaço para algumas inovações acima abordadas.

REFERÊNCIAS

ANAC. *Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) 10 Anos*. Brasília. 2016.

ANAC. *Diretrizes para a Qualidade Regulatória*. Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017 (Anexo). DOU de 13/10/2017, Seção 1, página 91. 2017.

ANAC. *Resolução* nº 16, de 27 de fevereiro de 2008. Altera os valores máximos de desconto para as tarifas aéreas internacionais, com origem no Brasil e destino nos países da América do Sul. 2008.

ANAC. *Resolução* nº 83, de 22 de abril de 2009. Altera a política tarifária para vôos internacionais regulares com origem no Brasil. 2009.

ANAC. *Resolução* nº 141, de 9 de março de 2010. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte aplicáveis aos atrasos e cancelamentos de voos e às hipóteses de preterição de passageiros e dá outras providências. 2010.

ANAC. *Resolução* nº 400, de 13 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. 2016.

ANAC. *Resolução* nº 491, de 5 de abril de 2018. Estabelece requisitos e procedimentos para empresas brasileiras de transporte aéreo referentes à designação e utilização de frequências com o propósito de realizar serviços aéreos regulares internacionais. 2018.

ANEAA. *Avaliação Técnica do Fator Q com Enfoque na Primeira Revisão dos Parâmetros da Concessão dos Aeroportos de Confins e Galeão*. Fundação Instituto de Pesquisa Econômicas, São Paulo, 2019.

ALSTON, Lee J.; MUELLER, Bernardo. Pork for policy: executive and legislative exchange in Brazil. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 22, n. 1, p. 87-114, 2006.

BRASIL. *Decreto* nº 5.731, de 20 de março de 2006. Dispõe sobre a instalação, a estrutura organizacional da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e aprova o seu regulamento. 2006.

BRASIL. *Decreto* nº 10.589, de 24 de dezembro de 2020. Cria a empresa pública NAV Brasil Serviços de Navegação Aérea S.A. 2020.

BRASIL. *Decreto* nº 10.368, de 22 de maio de 2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Infraestrutura e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. 2020.

BRASIL. *Lei* nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. 2005.

BRASIL. *Lei* nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios,

a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as s nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. 2011.

BRASIL. *Lei* nº 13.341, de 29 de setembro de 2016. Altera as Leis nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória nº 717, de 16 de março de 2016. 2016.

BRASIL. *Lei* nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. 2017.

BRASIL. *Lei* nº 13.499, de 26 de outubro de 2018. Estabelece critérios para a celebração de aditivos contratuais relativos às outorgas nos contratos de parceria no setor aeroportuário. 2017.

BRASIL. *Lei* nº 13.842, de 17 de junho de 2019. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica). 2019.

BRASIL. *Lei* nº 13.903, de 19 de novembro de 2019. Autoriza a criação da empresa pública NAV Brasil Serviços de Navegação Aérea S.A. (NAV Brasil) e altera as Leis nos 7.783, de 28 de junho de 1989, e 6.009, de 26 de dezembro de 1973. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar* nº 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. 1999.

COMANDO DA AERONÁUTICA. *Portaria* nº 676/GC-5, de 13 de novembro de 2000. Aprova as Condições Gerais de Transporte. 2000.

DAC. *Portaria* DAC nº 447/DGAC, de 13 de maio de 2004. Estabelece as regras de funcionamento do sistema de tarifas domésticas. 2004.

DAC. *Portaria DAC nº 1.213/DGAC*, de 16 de agosto de 2001. Estabelece as regras de funcionamento do sistema de tarifas domésticas. 2001.

DOGANIS, Rigas. *The airline business*. Routledge, 2005.

GOETZ, Andrew R.; VOWLES, Timothy M. The good, the bad, and the ugly: 30 years of US airline deregulation. *Journal of Transport Geography*, v. 17, n. 4, p. 251-263, 2009.

GUASCH, José Luis et al. *The Renegotiation of PPP Contracts: An overview of its recent evolution in Latin America*. 2014.

GUASCH, J. Luis; LAFFONT, Jean-Jacques; STRAUB, Stephane. Renegotiation of concession contracts in Latin America: Evidence from the water and transport sectors. *International Journal of Industrial Organization*, v. 26, n. 2, p. 421-442, 2008.

MACHADO, Bernardo Vianna Zurli Machado; INGOUVILLE, Martin; DAMASCENO, Thiago Machado; SALLES, Daniel Cardoso; ALBUQUERQUE, Clarissa Taquette Vaz. A evolução recente do modelo de concessão aeroportuária sob a ótica da financiabilidade. *BNDES Set.*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 50, p. 7-65, set. 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Estudos sobre Exploração de Slots Aeroportuários. *Projeto PNUD BRA/19/015 – Contratação de consultoria formada pelo consórcio entre LL Advogados e Pezco Consultoria*. 2021.

NOMAN, Juliano Alcântara. *Demonstration of how the regulation approach adopted during Covid 19 pandemic can become a new milestone for future Brazilian Aviation Regulation*. Dissertação. Mastère Spécialisé Air Navigation Management 2018. Ecole Nationale de l'Aviation Civile. 2021.

OACI. *DOC ICAO 7300/9: Convention on International Civil Aviation*. 9ª Edição, 2006.

OCDE. *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*. OCDE. Paris. 2018.

OLIVEIRA, Dany; DOS REIS, Filipe Coutinho Pereira. *Os Impactos da Pandemia sobre o Transporte Aéreo Internacional em 2020*. In: CHAVES, Mauro César Santiago; PEREIRA, Tiago Sousa. *Impactos da pandemia na aviação civil brasileira: crise, desafios e perspectivas*. 1. ed., São Paulo : Almedina, 2021.

RABBANI, Fabio Faizi Rahnemay. The Aftermath of A Crisis: The Civil Aviation Take-Off Towards Recovery from a Runway Paved Long Ago. In: CHAVES, Mauro César Santiago; PEREIRA, Tiago Sousa. *Impactos da pandemia na aviação civil brasileira: crise, desafios e perspectivas*. 1. ed., São Paulo : Almedina, 2021.

SANTOS, Luca J.; OLIVEIRA, Alessando V. M.; e ALDRIGHI, Dante M. Perspectivas de Retomada no Transporte Aéreo: Novos Modelos de Negócios. In: CHAVES, Mauro César Santiago; PEREIRA, Tiago Sousa. *Impactos da pandemia na aviação civil brasileira: crise, desafios e perspectivas*. 1. ed., São Paulo : Almedina, 2021.

VASIGH, Bijan; FLEMING, Ken; TACKER, Thomas. *Introduction to air transport economics: from theory to applications*. Routledge, 2018.

WARNOCK-SMITH, David; O'CONNELL, John F.; MALEKI, Mahnaz. An analysis of ongoing trends in airline ancillary revenues. *Journal of Air Transport Management*, v. 64, p. 42-54, 2017.

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 cambian 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, n° 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.

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 16/11/2021

POLÍTICAS DE GRATUIDADE NO TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS: QUEM PAGA A CONTA?

GRATUITY POLICIES ON AIR PASSENGER TRANSPORTATION: WHO PAYS THE BILL?

Mauro César Santiago Chaves

Procurador Federal, mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Especialista em Regulação, Concorrência e em Gestão Pública, Professor do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP) e Secretário-Geral da Comissão de Direito Aeronáutico, Aeroportuário e Espacial da OAB/DF.

Rodrigo Ribeiro Alencar

Especialista em Regulação de Aviação Civil, mestre em Engenharia Aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), especialista em Gestão da Aviação Civil pela Universidade de Brasília (UnB) e Coordenador-Geral de Serviços Aéreos da Secretaria Nacional de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Da legislação que instituiu os benefícios de gratuidade e descontos no “sistema de transporte coletivo interestadual”. 2 Liberdade de rota, liberdade tarifária e a precificação no transporte

aéreo de passageiros. 3 Riscos da adoção de políticas de concessão exógena de descontos e gratuidades no transporte aéreo, na modalidade subsídio cruzado. 4 Alternativa de custeio para a concessão de benefícios sociais no transporte aéreo. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo analisa os potenciais efeitos que a concessão de gratuidades e descontos, por meio de subsídios cruzados, pode ter sobre o transporte aéreo de passageiros, especialmente quando estabelecida de forma exógena, seja por lei ou decisão judicial. Os recursos analíticos utilizados são distintos das tradicionais abordagens jurídicas, comumente seguidas pelos juristas nacionais. A partir de dois pilares regulatórios do setor aéreo brasileiro e do mecanismo de precificação das empresas aéreas, busca-se apresentar não apenas efeitos e riscos de tais políticas, como também, um mecanismo alternativo, caso tais políticas sejam consideradas necessárias, com o intuito de se obter maior transparência e melhor compreensão de seu alcance, custo e efetividade.

PALAVRAS-CHAVE: Transporte Aéreo. Política Pública. Gratuidade. Subsídio Cruzado. Impactos Econômicos. Subsídio Direto. Orçamento Público.

ABSTRACT: The article analyzes the potential effects that the granting of gratuities and discounts, through cross subsidies, may have on the air transport of passengers, especially when established exogenously, whether by law or court decision. The analytical resources used are distinct from the traditional legal approaches commonly followed by national jurists. Based on two regulatory pillars of the Brazilian airline industry and the pricing mechanism of airlines, the aim is to present not only the effects and risks of such policies, but also an alternative mechanism if such policies are considered necessary, in order to gain more transparency and a better understanding of its scope, cost and effectiveness.

KEYWORDS: Air Transport. Public policy. Gratuity. Cross subsidy. Economic impacts. Direct subsidy. Public budget.

INTRODUÇÃO

No Brasil, é muito comum que alguns consumidores acabem pagando a conta de outros, por meio de subsídios cruzados. Este artigo pretende analisar eventuais efeitos econômicos sobre o transporte aéreo de passageiros, porventura decorrentes de gratuidades e descontos estabelecidos por força de lei ou decisão judicial. Os que atuam no setor aéreo, especialmente nas empresas aéreas, sabem que o tema não é novo e está em discussão há anos, seja por meio de projetos de lei ou em razão de decisões judiciais¹. A discussão, aliás, não se limita ao setor aéreo. No setor de transporte de passageiros o tema tem sido objeto de debates há décadas, desde a tramitação do projeto de lei convertido na Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994², tendo sido posteriormente retomado com a edição da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003³ e da Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013^{4,5}.

Como se observa da análise dos mencionados dispositivos legais, tais normas estabelecem, que no “*sistema de transporte coletivo interestadual*” deverá ser reservado, dois assentos gratuitos para deficientes, jovens e idosos carentes, como também, desconto de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) no valor das passagens, especificamente, para jovens e idosos de baixa renda⁶.

A incidência de descontos e gratuidades no transporte de passageiros tem repercussão não apenas no valor das tarifas dos demais usuários do serviço, como também na estratégia de precificação das empresas de transporte de passageiros. Para além das questões afetas aos agentes privados que atuam no setor, a política de concessão de gratuidades a determinados grupos sociais também tem impacto na formulação e implementação de outras importantes políticas públicas no setor de transportes, particularmente no setor aéreo.

1 A título ilustrativo, encontra-se pendente de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial nº 1.818.492 – PA, relativo à Ação Civil Pública nº 2004.39.02.000779-9, ajuizada em 12/08/2004, na 1ª Vara da Justiça Federal em Santarém no Pará.

2 A Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, concedeu passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual.

3 A Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003, dispõe sobre o Estatuto do Idoso.

4 A Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013, institui o Estatuto da Juventude.

5 No setor de transportes, a discussão é muito mais antiga, como destaca POSNER (1971): These practices are very old. In 1827, the State of Illinois required by statute that every keeper of a ferry, toll bridge, or turnpike road “give passage to all public messengers and expresses; to all grand and petit jurors, when going to and returning from court, without any fee or reward whatever.

6 Segundo o artigo 1º, parágrafo 1º, do Estatuto da Juventude, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade. Já o artigo 1º do Estatuto do Idoso, considera-se idosa toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Esta análise pretende ser realizada a partir de uma visão que supere as tradicionais abordagens jurídicas formalistas e principiológicas, mais comumente seguidas pelos juristas nacionais, de forma a trazer contribuições para o aprimoramento de políticas públicas, com o escopo de torná-las mais eficientes, sem prejuízo da efetividade dos direitos fundamentais dos usuários do serviço de transporte⁷.

Neste sentido, o trabalho se propõe a realizar uma reflexão crítica sobre os mencionados descontos e gratuidades legais, de forma distinta do entendimento tradicionalmente concebido, especialmente entre os agentes das instituições do sistema de justiça, de que as políticas públicas devam ser avaliadas apenas a partir dos enunciados textuais da legislação⁸. Busca-se ampliar a compreensão quanto à política pública nas suas múltiplas interações disciplinares, de forma a superar a dimensão meramente normativa, envolvendo aportes teóricos não apenas do direito, mas também da economia e da ciência política.

Pretende-se, assim, subsidiar uma avaliação mais abrangente sobre as propostas de política pública de concessão de benefícios de gratuidade e descontos a determinados grupos específicos, especialmente em razão do impacto sobre os demais usuários do serviço. Tal avaliação é relevante não apenas em razão das ações judiciais em curso, mas também em face às diversas iniciativas em tramitação no Congresso Nacional com essa finalidade⁹.

Como destacam XUN et al.(2014, 13-14), apesar de as políticas públicas ocuparem um lugar central no trabalho diário dos gestores públicos, de forma a fornecer-lhes legitimidade e recursos necessários à execução de suas tarefas, seu processo¹⁰, em diversas ocasiões, está repleto de irracionalidades, inconsistências e falta de coordenação, especialmente ante a “*existência de um mundo de políticas fragmentadas*”.

7 O direito ao transporte foi incluído no rol de direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015.

8 A título ilustrativo ver a discussão já feita sobre o tema em BATISTA (2018); MALUF (2005).

9 Como exemplo, cita-se o Projeto de Lei nº 1252, de 2019, de autoria da Senadora Mara Gabrilli (PSDB/SP), que estende ao transporte aéreo a concessão do passe livre para pessoas com deficiência; e os Projetos de Lei apensados de nº 9.975, de 2018, de autoria do Deputado Leo de Brito (PT/AC), nº 6.511, de 2019, de autoria do Deputado Gustinho Ribeiro (SOLIDARIEDADE/SE), e nº 306, de 2019, de autoria do Deputado Rubens Otoni (PT/GO), que tratam da concessão de gratuidade no transporte aéreo para jovens de baixa renda.

10 A divisão das políticas públicas em fases, tanto para o planejamento dos administradores públicos quanto para a análise dos estudiosos de políticas públicas, existe ao menos desde 1951, quando Harold Lasswell editou, junto a Daniel Lerner, *The Policy Sciences: Recent Developments in Scope and Method*. (LASSWELL, H.; LERNER, D. 1951)

Para melhor compreensão sobre o “ciclo da política pública”, como modelo aplicado de resolução de problemas do processo político-administrativo, ver HOWLETT et al (2013).

Assim, torna-se fundamental aprimorar os diagnósticos, estratégias e coordenação na formulação das políticas públicas, de forma que sejam obtidos os melhores benefícios para o maior número de pessoas, sempre com o foco nos prováveis resultados das opções de políticas disponíveis. O estudo sistemático e criterioso das ações do governo e suas repercussões sociais, baseado em evidências, retroage, ao menos, ao início dos anos 30 do século passado¹¹. Todavia, no Brasil, a proposta ainda é relativamente recente e tem sido objeto de reflexão por uma nova geração de juristas.¹²

1. DA LEGISLAÇÃO QUE INSTITUIU OS BENEFÍCIOS DE GRATUIDADE E DESCONTOS NO “SISTEMA DE TRANSPORTE COLETIVO INTERESTADUAL”

Para compreender o debate relacionado aos benefícios de gratuidades e descontos legais no sistema de transporte coletivo interestadual, faz-se necessário apresentar os principais normativos atualmente em vigor sobre o tema, no âmbito federal.

Primeiramente, foi editada a Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, que assim estabeleceu:

Art. 1º É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de noventa dias a contar de sua publicação.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

11 Como destaca DEL NEGRO (2017):

A ideia de um estudo sistemático e científico das ações do governo e de seus efeitos sociais, com forte base empírica, foi inaugurada com a proposta da *policy analysis* de Harold Lasswell, em obra clássica da ciência política. *Politics: Who Gets What, When, How* (1936), fornecia uma explanação ao mesmo tempo simples e sofisticada de uma ideia levantada por Harold Lasswell seis anos antes, em *Psychopathology and Politics* (1930, p. 28-37). Para compreender o processo político, seria necessária uma análise ampla, a *configurative analysis*, a qual teria como ponto de partida o estudo dos valores sociais almejados e das condicionantes de sua concretização, assim como a montagem de alternativas para a concretização desses valores.

12 A título ilustrativo, Bucci (2002), Salama (2008), Timm (2008), Coutinho (2014) e Castro (2018).

Seis anos após a publicação da mencionada lei, em dezembro de 2000, o Poder Executivo regulamentou a concessão do passe livre para deficientes carentes, por meio do Decreto nº 3.691/2000, nos seguintes termos:

Art. 1º As empresas permissionárias e autorizatárias de transporte interestadual de passageiros reservarão dois assentos de cada veículo, destinado a serviço convencional, para ocupação das pessoas beneficiadas pelo art. 1º da Lei no 8.899, de 29 de junho de 1994, observado o que dispõem as Leis nos 7.853, de 24 de outubro de 1989, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 10.048, de 8 de novembro de 2000, e os Decretos nos 1.744, de 8 de dezembro de 1995, e 3.298, de 20 de dezembro de 1999.

Art. 2º O Ministro de Estado dos Transportes disciplinará, no prazo de até trinta dias, o disposto neste Decreto.

Ampliando a política de gratuidades no transporte coletivo interestadual de passageiros, em 2003, foi instituído o Estatuto do Idoso, com a edição da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que assim dispôs, em seu artigo 40:

Art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica:

I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos;

II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos.

Parágrafo único. Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II.

O mencionado dispositivo legal foi regulamentado pelo Decreto nº 5.130, de 7 de julho de 2004, o qual foi revogado e posteriormente regulamentado pelos artigos 34 a 46 do Decreto nº 9.921, de 18 de julho de 2019.

Em 2013, o tema da gratuidade no transporte coletivo de passageiros foi ampliado, com a edição da Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013, que instituiu o Estatuto da Juventude. Seu artigo 32 assim dispõe:

Art. 32. No sistema de transporte coletivo interestadual, observar-se-á, nos termos da legislação específica:

I - a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para jovens de baixa renda;

II - a reserva de 2 (duas) vagas por veículo com desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os jovens de baixa renda, a serem utilizadas após esgotadas as vagas previstas no inciso I.

Parágrafo único. Os procedimentos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II serão definidos em regulamento.

Tal dispositivo legal foi regulamentado pelos artigos 13 a 21 do Decreto nº 8.537, de 5 de outubro de 2015.

Um ponto importante a ser destacado nos debates relacionados ao tema das gratuidades e descontos legais no “sistema de transporte coletivo interestadual” de passageiros é que nenhum dos mencionados normativos legais e regulamentares cita o transporte aéreo dentre os modais em que incidem tais benefícios. Essa tem sido a principal razão pela qual foram propostas diversas ações civis públicas contra a União, requerendo que a regulamentação dos mencionados dispositivos legais prevesse, expressamente, a incidência dos benefícios também para o transporte aéreo¹³, sem prejuízo de outras centenas de ações individuais ajuizadas diretamente contra as empresas aéreas.

Feitas essas observações iniciais e no intuito de contextualizar os atos normativos atualmente em vigor sobre o tema, apresenta-se abaixo uma tabela ilustrativa com o público-alvo, os requisitos e os benefícios previstos na legislação e respectivos decretos regulamentadores.

13 A título ilustrativo, a relação de ações civis públicas contra a União em que se requer tal regulamentação pode ser obtida no acórdão proferido no Conflito de Competência nº 136.708 – SE, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 13/11/2015 (BRASIL, 2015).

	Lei n° 8.899/94	Lei n° 10.741/2003	Lei n° 12.852/2013
Público-alvo	Deficientes	Idosos	Jovens
Requisitos	Ser deficiente carente	Ser maior de 60 anos e ter renda igual ou inferior a dois salários-mínimos	Ter entre 15 e 29 anos e pertencer à família com renda mensal de até dois salários-mínimos, inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico)
Benefício	Dois assentos gratuitos por veículo	Duas vagas gratuitas por veículo e desconto de cinquenta por cento, no mínimo, no valor das passagens que excederem as vagas gratuitas.	Duas vagas gratuitas por veículo e desconto de cinquenta por cento, no mínimo, no valor das passagens que excederem as vagas gratuitas.

Como dito anteriormente, o presente trabalho não se propõe a realizar uma análise semântica, formalista ou meramente principiológica dos normativos em vigor, pois tal abordagem pouco contribui para a avaliação de impacto das políticas públicas. Sua finalidade é subsidiar uma análise mais abrangente sobre os impactos dos pretendidos descontos e gratuidades, seja em decorrência de decisões judiciais ou em razão de atos normativos oriundos do Poder Legislativo.

Nesse sentido, é oportuno recordar a reflexão feita por Roscoe Pound, em 1937¹⁴, no qual o autor já destacava que a capacidade dos juristas abordar analiticamente e influenciar de maneira efetiva o que se passava no mundo e na vida social entrou em declínio, a partir do final do século XIX. Segundo Pound, em tempos anteriores, a teoria jurídica havia sido criativa e a legislação e jurisprudência a seguiam, mas a liderança do pensamento jurídico entrou em declínio, porque ao invés de liderar, o direito passou a seguir os processos de transformação da realidade social (CASTRO, 2018, 15).

Essa limitação na capacidade do direito em influenciar as mudanças sociais relaciona-se, em grande medida, às mudanças ocorridas nos processos econômicos que exigiram a implementação de políticas públicas com maior fundamentação técnica, as quais demandam conhecimentos, informações e a agilidade que o direito, por si, não é capaz de fornecer e mal consegue internalizar, dentre outras razões, por seu formalismo.

14 POUND, R. (1937). Fifty Years of Jurisprudence. *Harvard Law Review*, 50(4), 557-582.

Assim, torna-se importante uma avaliação das políticas públicas a partir de aportes teóricos não apenas da economia, mas também da ciência política, para que haja uma compreensão mais abrangente dos potenciais impactos que a concessão de gratuidade ou de descontos, decorrentes de determinações legais, teria no setor de transporte aéreo. Busca-se aqui uma análise que prestigie interações multidisciplinares.¹⁵

2. LIBERDADE DE ROTA, LIBERDADE TARIFÁRIA E A PRECIFICAÇÃO NO TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS

Para que sejam entendidos os potenciais impactos econômicos que a concessão de gratuidade ou de descontos, decorrentes de determinações legais, podem ocasionar no transporte aéreo, é necessária uma breve explanação sobre alguns dos pilares regulatórios mais importantes desse setor: a liberdade de oferta de rotas e a liberdade tarifária. Ademais, é importante também compreender o mecanismo de formação de preços de assentos de um voo.

A liberdade de oferta de rotas, prevista no art. 48 da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005 (Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC), assegura às empresas aéreas brasileiras a possibilidade de exploração de quaisquer linhas domésticas de interesse, respeitada a capacidade operacional dos aeroportos e a regulamentação técnica do setor. Dessa forma, a entrada e a saída em um determinado mercado de transporte aéreo são livres, de acordo com a percepção de rentabilidade ou com o interesse estratégico do transportador.

Com a publicação da Portaria nº 248, de 10 de agosto de 2001, do então Ministério da Fazenda, as empresas aéreas passaram a ter a possibilidade de estabelecer livremente os preços praticados no transporte aéreo doméstico. Posteriormente, a liberdade tarifária foi consolidada, de forma geral, no art. 49 da Lei nº 11.182, de 2005. Todavia, a desregulamentação específica para o transporte aéreo internacional ocorreu de forma progressiva pela ANAC, com a edição da Resolução ANAC nº 16, de 27 de fevereiro de 2008¹⁶,

15 A análise das políticas públicas na perspectiva jurídica e econômica busca iluminar os problemas jurídicos e apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas, o que transcende a mera discussão sobre o papel da eficiência na determinação das normas jurídicas. Como destaca Anthony Ogus (2004: 383-384), limitar a análise econômica das normas jurídicas à mera eficiência restringe o foco da análise sobre outras perspectivas, as quais não se relacionam especificamente com o papel da eficiência na formulação do dever-ser jurídico.

16 Disponível em https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2008/resolucao-no-016-de-27-02-2008/@/@/display-file/arquivo_norma/RA2008_0016.pdf. Acessado em 2. Jul. 2021.

e da Resolução nº 83, de 22 de abril de 2009¹⁷, ficando com abrangência completa apenas a partir de abril de 2010.

No transporte aéreo, para a definição dos valores dos preços das passagens aéreas, notoriamente denominadas de “tarifas”, é comum o emprego do mecanismo conhecido como gerenciamento de receitas (*yield management*¹⁸), pelo qual são estabelecidos preços diferenciados para os assentos ofertados em um mesmo voo, bem como faixas de preço distintas para diferentes voos conectando um mesmo par de aeroportos de origem e destino. O objetivo desse mecanismo – que também é empregado em outros setores, como o hoteleiro, por exemplo – é a otimização da ocupação das aeronaves, a partir da avaliação de características e necessidades de cada potencial passageiro, o que, de forma simplificada, representa a identificação do quanto cada pessoa está disposta a pagar para viajar.

As diferentes tarifas são definidas, portanto, a partir de fatores como dia e horário de execução do transporte, antecedência de compra e facilidades já agregadas ao contrato de transporte, tais como: flexibilidade para alteração dos horários contratados, escolha antecipada de posição e de espaço de assento, alimentação e entretenimento a bordo, bagagem de porão, entre outras¹⁹. Dessa maneira, é o mecanismo de gerenciamento de receita que possibilita a oferta de tarifas mais baixas e promocionais²⁰.

Como resultado do estabelecimento da liberdade de oferta de rotas, da liberdade tarifária e do emprego do mecanismo de gerenciamento de receita, verificou-se redução do valor da tarifa média real no transporte aéreo ao longo dos últimos anos. De acordo com dados mantidos pela

17 Disponível em https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2009/resolucao-no-083-de-22-04-2009/@@display-file/arquivo_norma/RA2009-0083.pdf. Acessado em 2. Jul. 2021.

18 *Yield management*, também conhecido como gerenciamento de receita, corresponde a uma estratégia de definição de preços de natureza variável. Segundo Serguei Netessine e Robert Shumsky (2002, p. 34): The term is used in many service industries to describe techniques to allocate limited resources, such as airplane seats or hotel rooms, among a variety of customers, such as business or leisure travelers. By adjusting this allocation, a firm can optimize the total revenue or “yield” on the investment in capacity. Since these techniques are used by firms with extremely perishable goods, or by firms with services that cannot be stored at all, these concepts and tools are often called perishable asset revenue management. Para uma visão mais abrangente sobre *Yield Management* recomenda-se DONAGHY et al (1995).

19 PINDYCK, R; RUBINFELD, D (2005; 378-379) ilustram didaticamente o sistema de tarifação de passagens aéreas, ao abordar o tema da discriminação de preços.

20 VASIGH et al (2018, p. 279) relatam que o ex-presidente e CEO da American Airlines, Robert Crandall foi o pioneiro na implementação do “gerenciamento de receita” no final da década de 1980, durante os dias decisivos posteriores à desregulamentação do setor de aviação civil nos EUA, denominando-o de “o desenvolvimento técnico mais importante em gestão de transporte desde que entramos na desregulamentação”. Crandall foi capaz de usar estratégias de gerenciamento de receitas para permitir que as empresas vendessem “os assentos certos para os clientes certos pelo preço certo”.

ANAC²¹, comparando-se o valor do indicador *yield* tarifa real médio, que corresponde ao preço médio que cada passageiro paga por quilômetro voado, entre os anos de 2002, início da série histórica acompanhada pela Agência, e 2019 (para que não sejam considerados os efeitos decorrentes da Pandemia da COVID-19 sobre o setor), verifica-se uma redução de 62%. Ao longo da série histórica, já foram verificados períodos em que a redução comparativa a 2002 desse indicador foi ainda maior. Esse tipo de oscilação é natural em um mercado competitivo e sensível a fatores econômicos como a relação cambial entre o Real e o Dólar, variações no preço do combustível e desempenho do país em termos de Produto Interno Bruto.

Além do efeito no valor médio pago por quilômetro voado, mais relevante para se avaliar o acesso ao transporte aéreo é a evolução do número de passageiros transportados e a alteração observada no perfil de distribuição dos assentos comercializados por faixa de preço.

A Figura 1 demonstra, a partir de dados mantidos pela ANAC, o crescimento quase contínuo na quantidade de passageiros pagos no transporte aéreo entre os anos de 2002, início da série histórica mantida pela Agência, e 2019. A queda verificada no ano de 2016 pode ser atribuída à crise econômica vivenciada pelo País naquele ano.

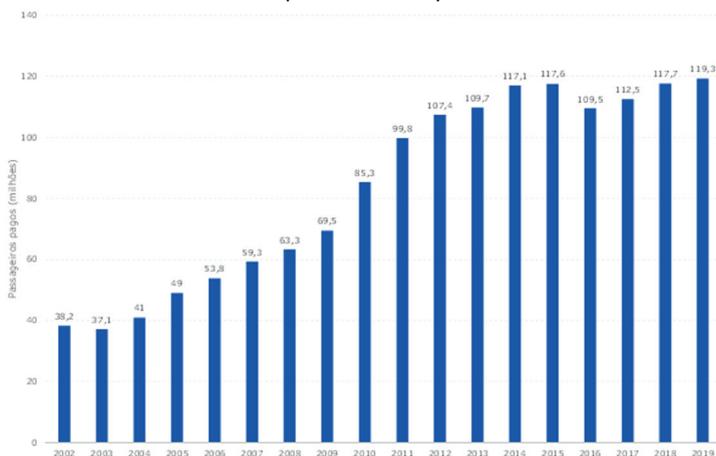


Figura 1 – Histórico de passageiros pagos transportados no setor aéreo entre os anos de 2002 e 2019. Fonte: ANAC²².

21 Consulta Interativa – Indicadores do Mercado de Transporte Aéreo. Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/consulta-interativa/tarifas_aereas_domesticas. Acessada em 2. jul. 2021.

22 Consulta Interativa – Indicadores do Mercado de Transporte Aéreo. Disponível em https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/consulta-interativa/tarifas_

Para o mesmo período, a Figura 2 ilustra uma maior concentração dos assentos comercializados em 2019 à esquerda do gráfico, em comparação ao ano de 2002. Isso significa que, em 2019, foi comercializado uma maior proporção de assentos com tarifas a preços mais baixos que em 2002.

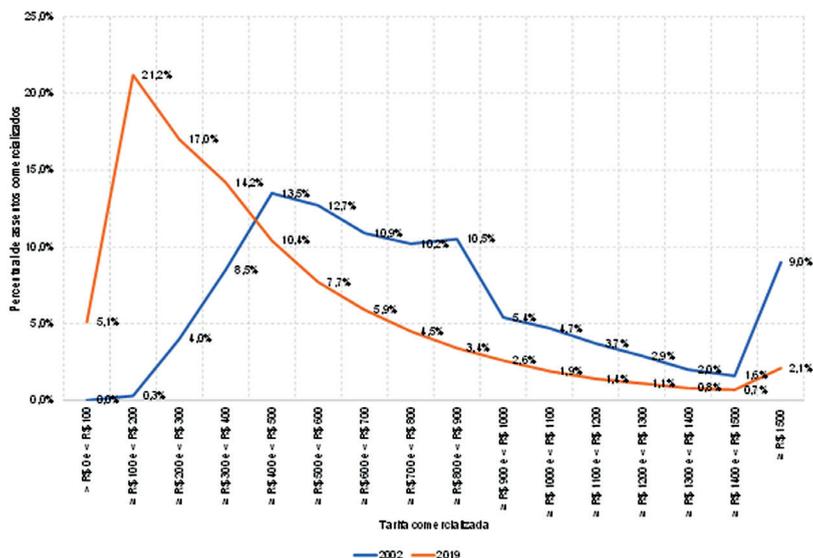


Figura 2 - Distribuição percentual de assentos comercializados por intervalo de Tarifa Aérea Doméstica Real, 2002 e 2019 (valores atualizados pelo IPCA de abril de 2021). Fonte: ANAC.²³

Pela figura, percebe-se que, enquanto em 2002, 4,3% dos assentos foram comercializados a valores inferiores a R\$ 300,00, em 2019, 43,3% dos assentos foram vendidos abaixo desse preço. Esse incremento na quantidade de assentos comercializados a preços mais baixos é sinônimo de maior facilidade de acesso ao transporte aéreo. Esse efeito pode ser confirmado a partir de análise da participação dos modos de transporte aéreo e rodoviário no transporte interestadual de passageiros. Observa-se da Figura 3 que, comparando-se os anos de 2004 e 2019, a relação entre esses modos de transporte se inverteu no transporte interestadual. São mais pessoas utilizando o transporte aéreo para viagens de longa distância.

areas_domesticas. Acessada em 2. jul. 2021.

23 Consulta Interativa – Indicadores do Mercado de Transporte Aéreo. Disponível em https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/consulta-interativa/tarifas_aereas_domesticas. Acessada em 2. jul. 2021.

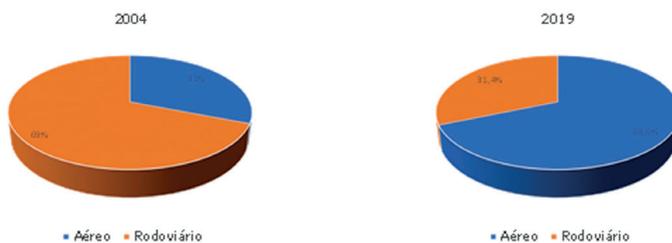


Figura 3 - Participação dos modais aéreo e rodoviário no transporte interestadual de passageiros, 2004 e 2019. Fonte: ANAC²⁴.

Por fim, é essencial ressaltar que o transporte aéreo é um setor com margens de lucro baixas, instáveis e sujeitas a alterações cíclicas. A Figura 4, gerada a partir de dados da *International Air Transport Association* (IATA), ilustra esse comportamento por meio do histórico recente dos lucros operacionais e da margem de lucros do setor. À época da elaboração desse gráfico (janeiro de 2020), a Associação estimava uma margem de 5,5% para o ano de 2020, porém a crise provocada pela pandemia de Covid-19 gerou um cenário completamente diferente, conforme pode ser visto na Figura 5.

É importante destacar que não existe qualquer garantia de equilíbrio econômico-financeiro por parte do Estado para as empresas de transporte aéreo brasileiras. Os riscos pela oferta de um serviço são totalmente assumidos pelo transportador e, dessa forma, a partir do momento em que uma rota deixa de ser rentável ou estratégica, é natural que esse serviço deixe de ser ofertado.

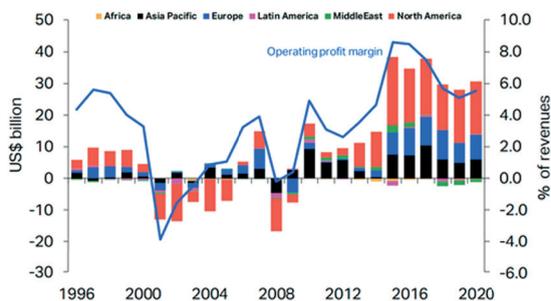


Figura 4 – Lucro operacional e margem operacional da aviação comercial global: 1996 a 2020 (estimativa pré-pandemia). Fonte: IATA²⁵.

24 Anuário do Transporte Aéreo, edições de 2013 e 2019: Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo>. Acessada em 2. jul. 2021.

25 IATA Economics' Chart of the Week, 17 de Janeiro de 2020. Disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/diverse-regional-financial-performance-extends-into-2020/>.

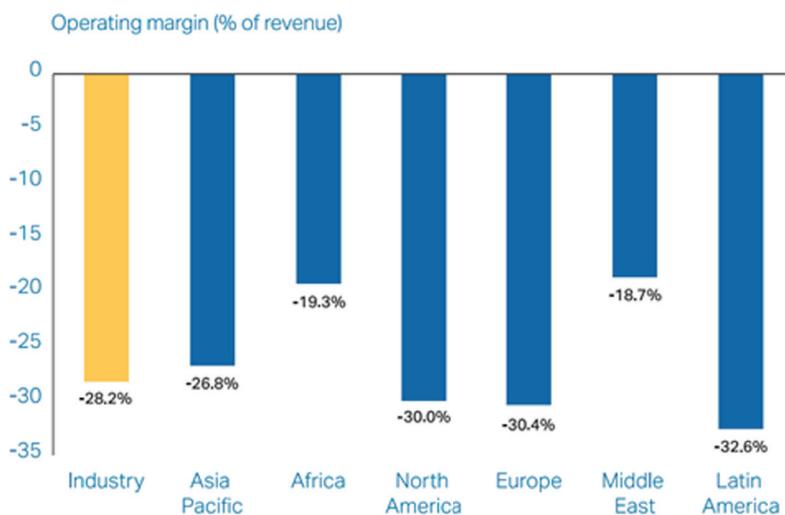


Figura 5 – Margem operacional da aviação comercial por região em 2020. Fonte: IATA²⁶.

3. RISCOS DA ADOÇÃO DE POLÍTICAS DE CONCESSÃO EXÓGENA DE DESCONTOS E GRATUIDADES NO TRANSPORTE AÉREO, NA MODALIDADE SUBSÍDIO CRUZADO

Como já exposto, propostas para a aplicação de concessão de descontos e gratuidade no transporte aéreo são objeto de discussão de longa data e, ao menos desde o início da década de 2010, a ANAC, em diversas oportunidades²⁷, vem se manifestando no sentido de que a destinação de assentos gratuitos em voos regulares para grupos específicos de pessoas tem o potencial de encarecer, podendo até inviabilizar parte das operações, em especial das aeronaves pequenas e médias.

Já no âmbito da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República²⁸, em janeiro de 2014, o então Departamento de Políticas de Serviços Aéreos produziu a Nota Técnica nº 3/DEPSA /SPR/SAC-PR, na qual apresentou análise do impacto no sentido de que a imposição do

Acessada em 2. jul. 2021.

26 World Air Transport Statistics 2021. Disponível em <https://www.iata.org/contentassets/a686ff624550453e8bf0c9b3f7f0ab26/wats-2021-mediakit.pdf>. Acessada em 2. Jul. 2021.

27 A título ilustrativo, cita-se o Parecer nº 82/2018/GTEC/GEAC/SAS, elaborado no âmbito de análise do Projeto de Lei nº 9.975, de 2018 (gratuidade para jovens).

28 Órgão criado para formular as políticas públicas do setor aéreo, nos termos do artigo 24-D, da então Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003.

transporte gratuito para pessoas com deficiência e idosos, em todos os voos (caso se estendesse a aplicabilidade da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, e da Lei nº 10.741, de 1º de outubro 2003, ao transporte aéreo), teria sobre a relação entre receita potencial e custo das empresas. Assumindo a reserva de quatro assentos para esses dois grupos, para todos os voos programados à época, foi calculado um impacto da ordem de R\$ 1.4 bilhão.

Não bastasse o impacto econômico da medida sobre os demais usuários do serviço, a possibilidade de concessão obrigatória de descontos para grupos específicos gera complexidade ainda maior ao gerenciamento de receitas. Conforme mencionado, entre os diversos fatores que definem uma tarifa, está a antecedência de compra. A incerteza, por parte do transportador, sobre o momento em que um eventual desconto seria solicitado tenderia a pressioná-lo a adotar o cenário mais adverso, o que elevaria ainda mais o impacto econômico citado no parágrafo anterior.

Para as empresas de maior porte, que operam várias rotas, com aeronaves de elevado número de assentos, seria até possível a diluição desse custo adicional entre todos os voos, provocando, contudo, um aumento no valor da tarifa aérea média, o que, potencialmente, reduziria a demanda dos passageiros especialmente entre aqueles de menor poder aquisitivo. Outro impacto, talvez até mais relevante no contexto brasileiro atual, conforme apontamento da ANAC²⁹, seria nas empresas de menor porte, que costumam operar em localidades de baixo e médio potencial de tráfego – a chamada aviação regional ou sub-regional (com aeronaves pequenas e maior custo médio por assento ofertado). Esse mercado, atualmente pouco explorado no País e com grande potencial de expansão (SPOLJARIC; 2021; 295-299), tornar-se-ia ainda menos atrativo para novos investimentos. Restaria prejudicado, portanto, o desenvolvimento da conectividade da malha aérea nacional e, nesse sentido, a imposição da gratuidade teria efeito contrário ao seu propósito de aumentar o acesso ao transporte aéreo.

4. ALTERNATIVA DE CUSTEIO PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS SOCIAIS NO TRANSPORTE AÉREO

Juridicamente, o debate sobre os benefícios de gratuidades e descontos no sistema de transporte coletivo interestadual, precisa ser situada sob duas perspectivas. Primeiramente, no âmbito das competências materiais e legislativas dos entes federados. Num segundo momento, sob a perspectiva do custeio dos mencionados benefícios a determinados grupos sociais.

²⁹ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos. Parecer nº 82/2018/GTEC/GEAC/SAS, 22 mai. 2018.

No que concerne às competências federativas materiais, o artigo 21, inciso XII, em suas alíneas “c”, “d” e “e”, da Constituição Federal, define as competências da União em relação à prestação de serviço público no diferentes modais de transporte, incluindo o modal aéreo:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

Já artigo 22, inciso X, trata das competências legislativas privativas da União, em relação ao setor aéreo e aeroespacial:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

Definida a competência da União para atuar e legislar em matéria de navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária, é importante delimitar juridicamente as formas de custeio de eventuais descontos ou gratuidades, especialmente em matéria de serviço público³⁰. O tema possui base constitucional no art. 175 da Constituição Federal:

³⁰ O enquadramento do serviço de transporte aéreo de passageiros como serviço público é bastante controversa (PINTO. 2014). Todavia, a utilização da classificação mais ortodoxa de serviço público no presente caso, busca apenas ilustrar que, mesmo nessa hipótese, a aplicação das mencionadas gratuidades tem limitações.

Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Em cumprimento ao disposto no parágrafo único do mencionado artigo, foi editada a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Tal lei foi complementada pela Lei nº 9.074, de 7 de junho de 1995, cujo artigo 35 foi expresso ao dispor em relação à estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente:

Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Parágrafo único. A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular.

Pelo texto da norma, a inclusão de quaisquer novos benefícios tarifários pelo poder concedente nos contratos de prestação de serviços públicos estará condicionada às seguintes situações: a) ou a lei informa a origem dos recursos que irão subsidiar o benefício; ou b) há necessidade de revisão da estrutura tarifária do serviço prestado para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Como bem destaca Lorenzetti (2007; 5), em relação as duas opções existentes, a primeira corresponde a um subsídio direto, via orçamento

público. Já a segunda opção consiste em distribuir os custos dos usuários não pagantes na composição da tarifa dos demais usuários. A autora expressa o seguinte entendimento em relação à segunda opção:

Essa opção, embora bastante utilizada na concessão de gratuidades em geral, revela-se perversa, uma vez que o ônus do benefício vai ser rateado pelo conjunto dos usuários pagantes que, no mais das vezes, são tão carentes quanto o segmento beneficiado.

No caso do setor aéreo, como já informado, não cabe ao poder público a fixação do valor das tarifas, na medida em que o artigo 49 da Lei nº 11.182/2005³¹ expressamente dispôs que as empresas determinarão suas próprias tarifas. Assim, quaisquer gratuidades ou descontos legais terão seus custos diluídos no preço das tarifas dos demais usuários do serviço, sob a forma de subsídio cruzado³².

Como se sabe, não apenas no Brasil, mas também em outros países, serviços de telecomunicações, serviços postais, tarifas de eletricidade, transporte público e outros serviços que envolvem infraestrutura de redes costumam ser remunerados por meio de subsídios cruzados. Em geral, isso é implementado por meio de empresas estatais monopolistas, que utilizam tal mecanismo para viabilizar a expansão de serviços públicos para regiões ou populações específicas que não possuem escala suficiente para garantir a diluição do custo fixo da mencionada infraestrutura. Assim, é muito comum que políticas de universalização de infraestruturas de rede utilizem mecanismos de subsídios cruzados (Beato. 2000).

Os estudos conduzidos por Atkinson e Stiglitz (1976) questionam as pressuposições de que políticas de subsídios cruzados geram melhorias do ponto de vista social. As evidências indicam que a utilização de um subsídio governamental direto para alcançar um benefício social tende a

31 Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005:

Art. 49. Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime de liberdade tarifária, as concessionárias ou permissionárias poderão determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à ANAC, em prazo por esta definido.

32 Apesar do conceito de subsídio ser objeto de controvérsia, especialmente no contexto mundial (WTO; 2006; p. 47-54), para fins deste texto o termo “subsídio cruzado” ou “subsídio privado” corresponde à prática de cobrar preços mais altos de um tipo de consumidor e preços artificialmente mais baixos para outro grupo, de forma a garantir a sustentabilidade econômica de um determinado negócio ou serviço. Como destaca Steenblik (2010; p. 22): *A cross subsidy is a market transfer induced by discriminatory pricing practices within the scope of the same enterprise or agency.*

Para uma compreensão didática e ilustrativa sobre subsídios cruzados ver FREITAS (2012)

ser melhor que o subsídio cruzado viabilizado pela distorção dos preços relativos³³.

Ademais, a utilização de subsídios diretos, via orçamento público, como ocorre com diversos programas sociais possui a vantagem de ser mais transparente e acessível ao cidadão e ao contribuinte, como se observa do Relatório de Benefícios Tributários, Financeiros e Creditícios no período de 2003 a 2018, elaborado pelo Ministério da Economia (BRASIL; 2019).

No caso da adoção de descontos legais a determinados grupos de usuários, que implica na adoção de subsídios cruzados para viabilizar o custo do serviço, o usuário desconhece o valor que ele paga a mais para financiar o serviço prestado aos beneficiários, de forma que ele dificilmente poderá exercer seu direito de demandar alteração da política pública, apesar de estar sendo taxado indiretamente por aquele benefício concedido a terceiros. No caso das políticas públicas subsidiadas via orçamento público, o acompanhamento social é mais simples e acessível, em razão da transparência na política adotada, facilitando a participação da sociedade.

Essa preocupação é relevante também, porque, via de regra, o maior prejudicado com o aumento no valor das tarifas em razão de subsídios cruzados é exatamente a população mais pobre que não foi abarcada pelo benefício e que possui, não apenas menor capacidade econômica para assimilar o aumento no valor das tarifas, como também menor capacidade de organização política para se posicionar contra a política pública estabelecida. Em resumo, apesar de terem sido tributados indiretamente com a adoção daquela política pública (POSNER; 1971), terão mais dificuldade de compreender o custo adicional a que estão sendo submetidos e terão menos capacidade de se posicionar a respeito³⁴.

Neste sentido, torna-se ainda mais importante que os formuladores de políticas públicas estejam atentos às preocupações apontadas por LASSWELL (1936) de que decisões e análises sobre política pública exigem sempre atenção a três questões fundamentais: Quem ganha o quê?

33 Como destaca Brooks et al (2018; 1233):

Atkinson and Stiglitz show that, in many situations, it is inefficient for the government to impose a differentiated consumption tax, a tax on consumer goods whose rate varies by the product purchased. The intuition is simple: such a tax distorts consumers' choices about what to buy, whereas many alternatives, such as the income tax, do not. Although the income tax has its own unwanted effects, such as potentially reducing workers' incentives to earn income, Atkinson and Stiglitz show that consumption taxes also have these same unwanted effects. Thus, they argue, that the differentiated consumption tax is always at least as bad as, and usually worse than, an income tax.

34 É importante destacar que, em geral, os subsídios cruzados não têm efeito direto nas despesas da União, razão pela qual há poucos limites à sua ampliação, como ocorre com os subsídios públicos diretos, em face às restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal ou o Teto de Gastos Públicos. Ao contrário também do que ocorre com eventuais renúncias de receita, em que a legislação exige que seja indicada a fonte de compensação no orçamento, nos subsídios cruzados não há essa exigência.

Quando? Como? Ou sobre outra perspectiva: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz? Afinal, as políticas públicas em geral e a políticas sociais, em particular, são campos multidisciplinares. Nesse sentido, a proposta desta reflexão está alinhada à preocupação apresentada por SALAMA (2008; 38-39) no sentido da importância de:

(a) aprofundar a discussão sobre as opções institucionais disponíveis, trazendo os efeitos de cada opção para o centro do debate, (b) apontar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes, de modo a identificar interesses dos diversos grupos, inclusive daqueles sub-representados no processo político representativo, (c) repensar o papel do Poder Judiciário, de modo que este se encaixe nos sistemas modernos de formulação de políticas públicas, mas tendo em conta que o país já possui uma tradição jurídica, e (d) enriquecer a gramática jurídica, oferecendo novo ferramental conceitual que ajude os estudiosos, os profissionais, e os pesquisadores em Direito a enfrentar dilemas normativos e interpretativos.

Especificamente, em relação ao Poder Judiciário e às demandas em tramitação relacionada à extensão do benefício previsto nas mencionadas leis ao transporte aéreo de passageiros, este trabalho não pretende resumir o debate ao mero argumento de autoridade, no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o benefício do passe livre no transporte interestadual, estabelecido pela Lei nº 8.899/1994 não é extensível ao transporte aéreo³⁵. A preocupação é outra.

Busca-se superar o entendimento de que políticas públicas se resumem a meros enunciados textuais da legislação. É evidente que os enunciados são importantes, mas não podem esconder ou falsear uma compreensão multidisciplinar, que envolva aportes teóricos de outras ciências para sua melhor compreensão, como a ciência política e a economia. Afinal, nas democracias modernas, judicializar corresponde essencialmente a desviar algo para a forma de um processo judicial (Vallinder 1995: 13). No presente caso, transferem-se as decisões relativas à aplicação de uma política pública. Nesse sentido, reforça-se a importância de que o Judiciário conheça as políticas públicas e como elas se estruturam, de forma a aprimorar seu processo decisório com novo ferramental conceitual

35 RECURSO ESPECIAL Nº 1.155.590 – DF. STJ. Quarta Turma, Relator Ministro MARCO BUZZI. Decisão proferida à unanimidade, em 27 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-11-27_19-59_Passe-livre-para-pessoas-com-deficiencia-nao-e-extensivel-ao-transporte-aereo.aspx. Acessada em 2. jul. 2018.

que os permita enfrentar os dilemas normativos e interpretativos postos a sua apreciação.

Por fim, com relação aos formuladores de políticas públicas e ao Poder Legislativo, em especial, é importante destacar que este trabalho não se propõe a diminuir direitos ou mesmo a importância da adoção de políticas públicas a grupos vulneráveis de cidadãos. Pretende-se demonstrar que, mesmo eventuais políticas sociais de discriminação positiva devem ser feitas da forma transparente, permitindo que os custos envolvidos sejam mensurados e acessíveis a todos os agentes afetados pela medida. Assim, caso sejam consideradas necessárias, que tais políticas sejam implementadas por meio de benefícios sociais ou subsídios diretos, previstos expressamente no orçamento público, a fim de que possam ser monitorados e avaliados periodicamente, de forma transparente, dentro do ciclo de políticas públicas, para que se possa compreender seu alcance, custos e efetividade.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar os potenciais efeitos econômicos que eventual concessão de gratuidades e descontos, por meio de subsídios cruzados, pode ter sobre o transporte aéreo de passageiros, seja em razão de previsão legal ou decisão judicial.

Inicialmente, foi realizada uma exposição da legislação que instituiu o benefício de gratuidade e desconto no “sistema de transporte coletivo interestadual” de passageiros, de forma a identificar o público-alvo, os requisitos e os benefícios previstos na legislação.

A partir de dois pilares regulatórios sensíveis do transporte aéreo nacional: a liberdade de rotas e a liberdade tarifária das companhias aéreas, buscou-se apresentar o mecanismo de formação de preços de assentos de um voo, por meio do gerenciamento de receita, a fim de demonstrar o impacto que tais mudanças tiveram na redução do valor médio real pago por quilômetro voado ao longo dos últimos anos, bem como a maior proporção de assentos comercializados com tarifas a preços mais baixos, comparando-se os dados de 2002 e 2019.

Concomitantemente, foi feita uma análise da participação dos modos de transporte aéreo e rodoviário no transporte interestadual de passageiros, comparando-se os anos de 2004 e 2019, ilustrando que a relação entre esses modos de transporte se inverteu no transporte interestadual, de forma que mais pessoas estão utilizando o transporte aéreo para viagens de longa distância.

Por fim, a partir de uma exposição dos riscos da adoção de políticas sociais de concessão de descontos e gratuidades no transporte aéreo, na modalidade subsídio cruzado, buscou-se apresentar um mecanismo

alternativo para a eventual adoção de políticas de benefícios a grupos específicos de usuários de serviços de transporte, por meio de subsídio direto, com previsão no orçamento público, como ocorre em outras políticas de benefícios sociais, a fim de obter mais transparência e melhor compreensão do alcance, custo e efetividade da política pública escolhida.

Os recursos analíticos utilizados na análise, são distintos das tradicionais abordagens jurídicas, comumente seguidas pelos juristas nacionais, que se baseiam mais em análises lógico-formais de textos normativos do que em abordagem de elementos técnico-econômicos de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ATKINSON, Anthony Barnes.; STIGLITZ, Joseph Eugene. The design of tax structure: Direct versus indirect taxation. *Journal of Public Economics*, v. 6, n. 1-2, p. 55-75, 1 jul. 1976.

BATISTA. Fernando Natal. O direito de passe livre aos portadores de deficiência e carentes no transporte aéreo, e o fenômeno da exclusão de benefício compatível com o princípio da igualdade, à luz da jurisdição constitucional. *Revista da AJURIS*. V.45. n. 144. 2018.

BEATO, Paulina. *Cross subsidies in public services: some issues*. Inter-American Development Bank. Washington, D. C. 2000

BRASIL. *Agência Nacional de Aviação Civil*. Anuário do Transporte Aéreo 2013, volume único, 1ª edição.

BRASIL. *Agência Nacional de Aviação Civil*. Anuário do Transporte Aéreo 2019, Gráficos e Tabelas.

BRASIL. *Agência Nacional de Aviação Civil*. Consulta Interativa – Indicadores do Mercado de Transporte Aéreo. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/consulta-interativa>. Acessado em 2. jul. 2021.

BRASIL. *Agência Nacional de Aviação Civil*. Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos. Parecer nº 82/2018/GTEC/GEAC/SAS, 22 mai. 2018.

BRASIL. *Relatório de Benefícios Tributários, Financeiros e Creditícios no período de 2003 a 2018*. Ministério da Economia. Brasília. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n. 136.708 - SE (2014/0274682-4)*. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), 13 de novembro de 2015.

BROOKS, John R.; GALLE, Brian D.; and MAHER, Brendan S., Cross-Subsidies: Government's Hidden Pocketbook. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. Vol 106. p. 1229-1286. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo. Editora Saraiva. 2002

CASTRO, Marcus Faro de; FERREIRA, Hugo L. Pena (orgs.) *Análise Jurídica da Política Econômica: A Efetividade dos Direitos na Economia Global*. Curitiba: Editora CRV, 2018.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos*. São Paulo. Editora Saraiva. 2014.

DEL NEGRO, Guilherme. O que podemos aprender com a teoria do direito orientada à política? *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 1-20, outubro de 2017.

DONAGHY Kevin; MCMAHON, Una; MCDOWELL, David. Yield management: an overview. *International Journal of Hospitality Management*, Volume 14, Issue 2, 1995, Pages 139-150,

FREITAS, Paulo Springer. Quem deve pagar a conta dos subsídios nos serviços de utilidade pública? *Economia e Governo*. Instituto Braudel. 2012. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/02/07/quem-deve-pagar-a-conta-dos-subsidios-nos-servicos-de-utilidade-publica/> Acessado em 2. jul. 2021.

HOWLETT Michael; PERL, Anthony; RAMESH M. Política Pública. *Seus Ciclos e Subsistemas. Uma Abordagem Integradora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

International Air Transport Association (IATA). *IATA Economic's Chart of the Week*, 17 January 2020. Disponível em: <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/diverse-regional-financial-performance-extends-into-2020/> Acessado em 2. jul. 2021.

International Air Transport Association (IATA). *World Air Transport Statistics, Plus Edition 2021*. Disponível em: <https://www.iata.org/contentassets/>

a686ff624550453e8bf0c9b3f7f0ab26/wats-2021-mediakit.pdf Acessado em 2. jul. 2021.

LASWEL, Harold Dwight. *Politics: Who Gets What, When, How*. Cleveland, Meridian Books. 1936.

LASSWELL, Harold Dwight.; LERNER, Daniel. *The Policy Sciences: Recent Developments in Scope and Method*. Stanford: Stanford University Press, 1951

LORENZETTI, Maria Sílvia Barros. *Gratuidade no sistema de transporte público coletivo de passageiros*. Câmara de Deputados. Brasília. 2007.

MALUF, Sérgio Roberto. Gratuidade sem custeio ou revisão tarifária no serviço público de transporte rodoviário de passageiros: o vitupério à constituição. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 89-98, jul./set. 2005.

NETESSINE, Serguei; SHUMSKY, Robert. (2002) Introduction to the Theory and Practice of Yield Management. *INFORMS Transactions on Education* 3(1):34-44.

OGUS, Anthony. What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics, 79 *Chicago Kent Law Review*. 383 (2004)

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo. 5ª ed. Prentice Hall. 2005.

PINTO, Victor Carvalho. Serviço público e atividade econômica no setor de transportes: uma auditoria constitucional. In: NUSDEO, Fábio; PUCCI, Adriana Noemi (Org.). *Direito Econômico na Atualidade*. 1ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014, p. 191-222.

POSNER, Richard A. Taxation by Regulation. *Bell Journal of Economics*. The RAND Corporation, vol. 2(1), pages 22-50, Spring. 1971.

POUND, Roscoe. (1937). Fifty Years of Jurisprudence. *Harvard Law Review*, 50(4), 557-582.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008.

STEENBLIK, R. A. A Subsidy Primer. *Global Subsidies Initiative of the International Institute for Sustainable Development*. Genebra, 2010.

SPOLJARIC, Erika. Novo transporte aéreo brasileiro: nova década, nova infraestrutura, novas oportunidades. In: CHAVES, Mauro César Santiago; PEREIRA, Tiago Sousa (org). *Impactos da pandemia na aviação civil brasileira: crise, desafios e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo. Almedina. 2021. p. 291-315.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VALLINDER Torbjörn. When courts go marching in. TATE. C. Neil, e VALLINDER Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

VASIGH, Bijan, FLEMING, Ken, & TACKER, Thomas. *Introduction to Air Transport Economics: From Theory to Applications*. London. (3rd ed.). Routledge. 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). World Trade Report 2006: *Exploring the Links between Subsidies, Trade and the WTO*. Genebra, 2006.

XUN, Wu; RAMESH, M; HOWLETT, Michael; FRITZEN, Scott. *Guia de políticas públicas: gerenciando processos*. Brasília: Enap, 2014.

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 16/11/2021

AEROPORTOS REGIONAIS E PLANEJAMENTO AEROVIÁRIO NACIONAL - DISPONIBILIZANDO INFRAESTRUTURA PARA O BRASIL INTERIOR¹

REGIONAL AIRPORTS AND BRAZILIAN CIVIL AVIATION MASTER PLANNING – PROVIDING INFRASTRUCTURE TO THE INTERIOR OF BRAZIL

Ronei Saggioro Glanzmann

Economista do Banco Central do Brasil, pós-graduado em Análise Macroeconômica e MBA em Mercados de Capitais. Secretário Nacional de Aviação Civil, no Ministério da Infraestrutura.

Eduardo Henn Bernardi

Engenheiro Civil pela Universidade de Brasília, Advanced Master em Gestão de Navegação Aérea (trilha Aeroportos) pela ENAC – Escola Nacional de Aviação Civil da França. Especialista em Regulação da Aviação Civil na ANAC. Diretor do atual Departamento de Investimentos na Secretaria Nacional de Aviação Civil (Ministério da Infraestrutura).

1 Este artigo traz a opinião pessoal dos autores e os seus pontos de vista sobre fatos que têm ou tiveram participação direta, não refletindo a opinião de nenhuma instituição governamental.

Antônio Marcos Ferreira de Oliveira
Engenheiro Eletricista pela Universidade Federal de Goiás. Advanced Master em
Gestão de Navegação Aérea, foco Aeroportos, pela ENAC – Escola Nacional de
Aviação Civil da França. Analista Administrativo da ANAC. Atual Coordenador-
Geral de Planejamento, Pesquisas e Estudos da Aviação Civil da Secretaria Nacional
de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura

SUMÁRIO: Contextualização. 1 Diversificação da atuação. 2 Próximos passos; Referências.

RESUMO: Desde a criação da Secretaria Nacional de Aviação Civil em 2011, esforços contínuos e sucessivos de ampliação do acesso ao transporte aéreo vêm sendo realizados para se estabelecer um crescimento sustentável e que alcance cada vez mais brasileiros. Programas de concessão de aeroportos de maior porte à iniciativa privada, com ganhos significativos de infraestrutura e qualidade, bem como a melhoria dos níveis de segurança e concorrência são temas recorrentes na agenda, juntamente com um ambiente regulatório mais favorável. Nesse interim, merecem destaque os programas voltados ao desenvolvimento do interior do Brasil, de forma que a aviação regional se torne cada vez mais disponível e universal, mesmo diante das adversidades encontradas. No contexto de planejamento, ganha destaque o Plano Aeroviário Nacional, que avalia os mercados e, realizando uma simulação em rede, aponta ganhos ótimos para uma malha aérea sustentável. No contexto operacional, o investimento público de qualidade na construção de novos aeroportos e, sobremaneira, na reforma e adaptação dos existentes, bem como no implemento de equipamentos de auxílio à navegação, tiram do papel e tornam realidade as ambições de uma aviação interiorizada e acessível. Destaca-se que planejamento e execução são constantes e dinâmicos e há sempre novas frentes de trabalho no caminho que leva a um país cada vez mais conectado, com a aviação cada vez mais presente na vida dos brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Transporte. Aviação Regional. Desenvolvimento. Planejamento. Infraestrutura.

ABSTRACT: Since the creation of the National Secretariat of Civil Aviation in 2011, continuous and successive efforts to expand access to air transport have been made in order to establish a sustainable growth that reaches more and more brazilians. Programs for the concession of larger airports to the private sector, with significant gains in infrastructure and quality, as well as the improvement of safety and

competition levels are recurrent themes on the agenda, along with a more friendly regulatory environment. In the meantime, it is important to highlight the programs aimed at developing the interior of Brazil, so that regional aviation becomes increasingly available and universal, even in the face of the adversities encountered. In the planning context, the National Airway Plan, which evaluates the markets and, by performing a network simulation, points out optimal gains for a sustainable airline network, stands out. In the operational context, quality public investment in the construction of new airports and, above all, in the renovation and adaptation of existing ones, as well as in the implementation of NAVAIDS equipment, make the ambitions of an interiorized and accessible aviation a reality. Planning and execution are constant and dynamic, and there are always new work fronts on the path that leads to an increasingly connected country, with aviation increasingly present in the lives of Brazilians.

KEYWORDS: Transport. Regional Aviation. Development. Planning. Infrastructure.

CONTEXTUALIZAÇÃO

O transporte aéreo é um vetor fundamental para um país de dimensões continentais como o Brasil, já que muitas vezes se apresenta como a única opção viável para que as pessoas possam atender a quaisquer questões onde o tempo de deslocamento é essencial.

No Brasil, desde o início da década de 2000, vigora o que se conhece por liberdade de voos e tarifária. Isto significa que a empresa aérea pode voar – ou deixar de voar – para onde quiser, e cobrar o valor desejado, desde que haja capacidade e compatibilidade de operação entre o aeroporto e as aeronaves que ali se pretende operar (Brasil, 2005). A isto se deve o extraordinário crescimento do transporte de passageiros, que se multiplicou por três em cerca de vinte anos (ANAC, 2021), juntamente com uma concorrência acirrada e a inclusão definitiva do transporte aéreo na vida dos brasileiros.

Diante deste cenário, com a aviação brasileira já consolidada nos grandes centros urbanos, a questão que se apresenta é como proporcionar conectividade voltada às populações do interior do país, buscando a disponibilização do modal aéreo como instrumento não só de desenvolvimento regional, mas como suporte à cidadania, atendendo a aspectos sociais em regiões deprimidas e até mesmo apoiando a ampliação

do acesso a destinos turísticos, em especial o ecoturismo. A solução perpassa por infraestrutura, capacitação operacional e revisão de processos.

Importante destacar que a situação atual, mesmo que não considerados os impactos decorrentes da Pandemia de Covid 19 e apesar da reconhecida evolução ao longo dos anos anteriores; ainda apresenta um cenário caracterizado pela preponderância do transporte rodoviário e pela dificuldade de integração entre modais, o que vem gradualmente sendo trabalhado no âmbito estatal, já com reflexos no transporte de longa distância de passageiros e nas cargas de alto valor agregado, tais como medicamentos e vacinas. O alto custo logístico ainda dificulta o acesso da população ao modal aéreo, mas isso tem sido objeto de ações governamentais, como por exemplo, as voltadas a redução do custo do combustível de aviação, responsável por boa parte do custo operacional de uma empresa aérea; as políticas de incentivos fiscais e outras; onde se espera como resultado o incremento do número de passageiros e carga transportados para os próximos anos.

Tomando por exemplo o caso de localidades menos povoadas ou com acesso rodoviário limitado, como parte da Amazônia, do Centro-Oeste e do Nordeste, verifica-se como improvável, ao menos em um curto espaço de tempo, que tais locais tenham uma operação aérea autossustentável, seja do ponto de vista das empresas aéreas ou dos aeroportos. O que se apresenta hoje é um cenário de severas restrições para investimentos locais, com os pequenos operadores de aeroportos regionais enfrentando problemas como lidar com a reduzida receita auferida, diante de custos operacionais elevados e uma baixa demanda, o que dificulta até mesmo a atração de pessoal qualificado, impossibilitando assim a manutenção de uma infraestrutura aeroportuária minimamente adequada.

A situação já não é a mesma em localidades maiores, onde parte dos investimentos e a operação em si pode ser direcionada à gestão de entes privados, devendo o foco dos investimentos públicos se voltar as já citadas localidades cujos aeroportos se apresentam como equipamentos urbanos essenciais, mas economicamente deficitários.

Posto esse desafio e com o objetivo de ampliar a disponibilidade de infraestrutura aeroportuária como um primeiro passo para a ampliação do mercado regional, várias ações vêm sendo adotadas. Em dezembro de 2012, foi lançado o primeiro programa voltado a investimentos em prol do desenvolvimento da aviação regional, conduzido pela recém-criada Secretaria de Aviação Civil (SAC) e financiado majoritariamente com recursos oriundos do Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC)².

² O Fundo Nacional de Aviação Civil - FNAC é um fundo de natureza contábil e financeira, vinculado ao Ministério da Infraestrutura, criado pelo Art. 63 da Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011 (Brasil, 2011).

O programa partiu do princípio de disponibilização de infraestrutura adequada como um primeiro passo para a consolidação deste mercado regional e não apenas a consolidação de rotas exclusivas, garantindo assim as condições de mercado estabelecidas. Buscou-se, dessa forma, não repetir experiências anteriores que, por diversas razões, não foram bem-sucedidas em desenvolver uma aviação regional consistente. A sequência das ações mostrou a necessidade de mecanismos de apoio essenciais, tais como a busca por um planejamento aeroviário adequado, alterações e simplificações regulatórias, ampliação de acesso ao mercado privado onde possível, dentre outras.

O programa, com base em estudos desenvolvidos inicialmente em 270 microrregiões, a maioria delas com pequenos aeroportos públicos já existentes, teve como objetivo primário a verificação de questões técnicas, alternativas de localização e população atendida, com estudos aprofundados de topografia e alternativas locacionais para melhoria da infraestrutura aeroportuária. Concluída essa primeira etapa, em meados de 2015, 190 microrregiões foram selecionadas para receber estudos mais avançados, com uma primeira abordagem de custos de investimentos para prover infraestrutura. Os custos foram desenvolvidos pensando na aviação regional de acordo com estudos de demanda desenvolvidos à época pela SAC, com foco em um grupo pré-definido de aeronaves e buscando padronização tanto nas edificações, como no dimensionamento, tendo em vista que o objetivo seria a execução, de forma maciça, de obras voltadas à adequação desta infraestrutura.

Para tanto, à época, foi firmada parceria entre a SAC e o Banco do Brasil, onde este atuava como gestor dos recursos do FNAC para a contratação e o desenvolvimento dos estudos técnicos, prevendo inclusive a posterior execução das obras para adequação da infraestrutura aeroportuária. Com este amplo universo de atuação, o Banco do Brasil buscou soluções técnicas que possibilitassem uma posterior execução das obras com maior qualidade, sendo precursor na contratação de projetos de infraestrutura utilizando a metodologia BIM (*Building Information Modeling*) no Brasil, o que levou o programa voltado a investimentos em prol do desenvolvimento da aviação regional a se tornar um dos projetos-piloto para implantação nacional do BIM³.

Ocorre que, por razões diversas, desde a dificuldade da entrega dos projetos pelas empresas contratadas, seguido por questões orçamentárias, mudanças do cenário político e até mesmo uma grande reestruturação pela qual passou o Banco do Brasil, o programa não chegou a efetuar

3 Designação como projeto-piloto da SAC efetivada no âmbito do Decreto nº 10.306, de 2 de abril de 2020 (Brasil, 2020).

as inicialmente previstas obras aeroportuárias, deixando, entretanto, um legado composto de uma ampla gama de dados aeroportuários e levantamentos de campo como nunca havia sido feito no Brasil, até hoje utilizados como base para estudos aeroportuários e suporte técnico na execução de obras conduzidas sob gestão da SAC⁴.

É importante ressaltar que, desde seu lançamento e apesar da alteração substancial na estratégia inicial, o programa voltado a investimentos em prol do desenvolvimento da aviação regional nunca foi descontinuado, ao contrário, recebeu diversas atualizações e foi totalmente reformulado ao longo dos anos, com um novo plano de ação desenvolvido para melhor aplicação dos recursos do FNAC, ampliando ano após ano o cenário de atuação, sempre com foco na melhoria da oferta de infraestrutura aeroportuária regional.

1. DIVERSIFICAÇÃO DA ATUAÇÃO

Com diversos estudos e projetos em conclusão e com a posição de que as obras não mais seriam executadas sob o gerenciamento do Banco do Brasil, buscou-se alternativas para continuidade da execução. Inicialmente houve a formalização de parcerias com Estados e Municípios, resultando nas primeiras grandes entregas depois de um longo período sem avanços na infraestrutura aeroportuária regional, tais como o Aeroporto Regional de Jijoca de Jericoacoara, no município de Cruz, no Ceará (aberto às operações em 2018) e o Aeroporto Regional de Vitória da Conquista, na Bahia (aberto às operações em 2019). Neste mesmo período a SAC buscou efetivar programas de equipamentos, sendo contratados e entregues cerca de 80 veículos de combate a incêndio (CCI – Carro Contra Incêndio de Aeródromo) em aeroportos regionais, suprimindo esta que era uma das maiores motivações de restrições a operações comerciais causada por falta de equipamentos nos aeroportos regionais brasileiros.

O avanço da política de investimentos regionais e uma ampla base de dados técnicos disponíveis, apoiados no desenvolvimento de um modelo econométrico específico e de uma nova previsão de demanda para a aviação civil brasileira, culminaram, na publicação do novo plano diretor nacional da aviação civil, denominado Plano Aeroviário Nacional (PAN)⁵ (Infraestrutura, 2018), que utiliza-se de uma abordagem em rede e não mais considera cada aeroporto individualmente, o que tem se mostrado muito

4 O acervo mencionado consta de uma base de estudos e projetos da SAC e há intenção de que seja tornado público em breve.

5 O Plano Aeroviário Nacional (PAN) objetiva ser uma referência de planejamento para o setor e tem prevista sua atualização em ciclos temporais, de forma a se manter alinhado com os objetivos do setor.

importante no planejamento de ações de desenvolvimento de aeroportos regionais.

É fundamental lembrar que a aviação civil pode proporcionar acesso rápido e direto a regiões menos desenvolvidas, remotas ou até mesmo isoladas, além de ter um papel estratégico ajudando as pessoas a chegarem a regiões turísticas naturais. Possui ainda o papel de apoio a população no acesso a serviços públicos de referência em saúde, incluindo transporte de órgãos para transplantes, o que também é notável. Com base nisso, os principais pontos de embasamento do PAN estão voltados para o desenvolvimento da aviação regional no Brasil, acessando regiões com menor demanda que serão sustentadas, em muitos aspectos, pela disponibilidade de um aeroporto regional em condições operacionais. Nota-se, portanto, que apesar dos ajustes na forma de atuação ao longo do tempo, a preocupação com o desenvolvimento e a sustentabilidade da aviação regional continua sempre presente.

O PAN possui duas lógicas bastante simples. A primeira olha para o futuro e é desbravadora. É baseada em uma projeção de demanda que abrange 780 microrregiões do país e avalia se a região é minimamente atendida por uma infraestrutura aeroportuária a um tempo de deslocamento aceitável e se a referida infraestrutura possui viabilidade econômica, considerados ainda aspectos relativos a regiões isoladas, com acesso restrito a outros modais de transporte, bem como o atendimento a regiões turísticas pelo modal aéreo. A segunda, olha para o presente e é consolidadora. Avalia se aeroportos com demanda de voos e pessoas possuem infraestrutura aeronáutica que garantam a segurança das operações.

A análise em rede do PAN traz em si uma visão concorrencial entre aeroportos, no qual aeroportos muito próximos concorrem entre si, a menos que atendam a grandes mercados, tais como São Paulo e Rio de Janeiro; casos estes em que uma grande demanda exija oferta compatível e os aeroportos operem com capacidade complementar entre si. Desta forma, fica evidente que, em mercados médios ou pequenos onde haja mais de um aeroporto, as empresas aéreas ofertem voos em apenas um deles, ficando a outra infraestrutura subutilizada. Assim sendo, o investimento com recurso público merece ser muito bem planejado.

Sob tais lógicas, o PAN tem previsão de revisão a cada quatro anos⁶ e tem a oportunidade de ser ajustado e atualizado, de forma a incluir novos desafios e novas métricas, evoluindo a infraestrutura aeroportuária de forma

6 O PAN encontra-se atualmente em seu primeiro ciclo de revisão, devendo ter uma nova edição publicada em 2022.

gradual e com foco bem definido para o período, apontando um rumo claro para o desenvolvimento da aviação civil, cujos maiores desafios residem na malha de aviação regional. Os quatro anos também são fundamentais para o amadurecimento das instituições, que trabalham com uma pauta comum de remover barreiras e diminuir a assimetria de informação.

Diante do cenário de diversificação de investimentos, deve-se destacar que a aviação regional no Brasil é geralmente baseada em infraestrutura aeroportuária de pequeno porte, principalmente as já existentes, que, com pouco investimento e qualificação de suas equipes operacionais, podem operar com segurança e receber voos comerciais. Para contextualizar isso, os aviões que hoje operam na aviação regional brasileira são os Cessna C208B Grand Caravan (na chamada aviação sub-regional, atuando como alimentadores e concentradores de demanda para a aviação regional tradicional), os ATR42 e 72, família Embraer 190 (E1 e E2) e, em regiões com maior demanda e que já possuem melhor infraestrutura aeroportuária, Boeing 737-700 / 800, Airbus 319/320 / Neo e outras aeronaves de maior porte.

Para se entender a importância da aviação sub-regional, aeronaves como os Boeing e Airbus possuem, em média, rotas que variam entre 1.000 e 1.200 km. Os ATR trabalham com rotas médias entre 550 e 650 km. Os Grand Caravan trabalham com rotas médias entre 250 e 350 km, e têm se mostrado integradores regionais, ligando o interior à capital e garantindo a inclusão de regiões não atendidas com a malha nacional. De 2019 a 2021, 34 novos aeroportos passaram a ser atendidos de forma contínua (acima de 52 voos anuais) apenas por aeronaves Grand Caravan, o que representa um aumento de 30% do número de aeroportos operados, aumentando a população atendida em até 4 horas de deslocamento terrestre em 1,6 milhão de pessoas, melhorando esta amostra para 95,6% da população com acesso ao modal aéreo⁷.

Desta forma, a atuação da SAC na busca pela continuidade da disponibilidade de infraestrutura aeroportuária regional em conjunto com a opção governamental de, num primeiro momento, não executar diretamente as obras para adequação, trouxe a necessidade de se agregar criatividade aos modelos de execução descentralizada, baseados inicialmente em parcerias com Estados e Municípios, e posteriormente ampliados para outros formatos, contando hoje com cerca de 50 iniciativas em andamento.

Em 2017 houve a celebração do primeiro Termo de Execução Descentralizada (TED)⁸ com o Comando da Aeronáutica, com foco em

7 Dados obtidos durante o processo de atualização do Plano Aeroviário Nacional (PAN), fonte (ANAC, 2021).

8 Instrumento de repasse para execução descentralizada entre órgãos federais, regido pelo Decreto nº 10.426, de 16 de julho de 2020 (Brasil, 2020).

obras na Região Amazônica e executado pela COMARA (Comissão Mista de Aeroportos da Região Amazônica), que foi reequipada para cumprimento das atividades advindas desta parceria, já tendo sido entregues diversos projetos (elaborados com base nos estudos do Banco do Brasil), 3 obras concluídas (Oiapoque/AP – Lado Ar, Moura/AM – Lado Ar, Santa Maria/RS – Lado Ar) e tendo atualmente 6 obras em execução, à exemplo da ampliação e modernização do Aeroporto Regional de Coari/AM, importante polo regional do Amazonas.

Mais recentemente, com contratação direta da SAC em parceria com a Infraero, foi conduzido um amplo programa voltado à disponibilização e modernização de equipamentos destinados à segurança da aviação civil contra atos ilícitos, pórticos detectores de metais e sistemas Raios X, onde, após ampla discussão com a ANAC, foram entregues e instalados cerca de 120 equipamentos em mais de 80 localidades, atendendo assim as necessidades regionais neste sentido.

Neste mesmo período se iniciou, em outro TED com o Comando da Aeronáutica, desta vez sob gestão da CISCEA (Comissão de Implantação do Sistema de Controle do Espaço Aéreo), um amplo programa para dotar de informações meteorológicas aeroportos regionais de pequeno porte, com foco na Região Amazônica e ampliar a disponibilidade de informações para os pilotos que operam na região, tendo em vista a interligação das estações com a REDEMET nacional. A solução adotada foi a instalação de Estações Meteorológicas de Superfície Automáticas (EMS-A)⁹, que não requerem operadores locais e com isso não trazem custos adicionais aos operadores aeroportuários, ampliando a segurança e a previsibilidade de operações em diversas localidades antes descobertas por tais serviços.

Pode-se citar ainda diversas outras iniciativas voltadas à diversificação e ampliação da atuação, buscando-se a filosofia do “fazer mais com menos” sempre. Dentre estas destacam-se, por exemplo, as parcerias com o Exército Brasileiro para as obras de ampliação do Aeroporto Regional de Dourados/MS; com a CODEVASF (Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Paraíba), para execução dos projetos voltados ao Novo Aeroporto Regional de Balsas/MA; com a Infraero, na regularização e abertura ao tráfego aéreo de 3 aeroportos regionais do Amazonas; bem como parcerias técnicas, com o ITA (Instituto Tecnológico da Aeronáutica), DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes) e outros órgãos, buscando-se o aprimoramento da execução e a melhoria constante da qualidade dos projetos.

9 Mais detalhes em recente artigo publicado em revista especializada (Flap International Magazine, 2020).

Há ainda a iniciativa BIM Brasil, com algumas obras de infraestrutura regional já em andamento e recente instrução normativa (Infraestrutura, 2021) publicada pelo Ministério da Infraestrutura estabelecendo os critérios de enquadramento dos empreendimentos para uso do BIM para obras aeroportuárias com recursos ministeriais. Os resultados, apesar do pouco tempo de aplicação da metodologia, já se fazem visíveis, com redução significativa de retrabalhos, maior precisão de quantitativos e maior qualidade dos projetos refletida na execução, além de um controle de custos mais efetivo, com redução ou inexistência de aditivos de preços nas obras. O uso da metodologia já é corrente para projetos de edificações e vem se ampliando para uso em obras de infraestrutura, sendo a SAC uma das impulsionadoras deste no Governo Federal.

2. PRÓXIMOS PASSOS

Este breve texto pretende apenas mostrar o quão fundamental é o papel dos pequenos aeroportos no desenvolvimento do interior do Brasil. Em um cenário de recursos cada vez mais limitados e de muitos investimentos a fazer, a disponibilização de infraestrutura e a flexibilização regulatória dentro de aspectos de segurança operacional são essenciais para um aumento expressivo do número de aeroportos regionais abertos à aviação comercial em seus diversos portes, e o desafio é continuar a trajetória neste caminho.

Neste sentido, a SAC vem apoiando a ANAC e o DECEA (Departamento de Controle do Espaço Aéreo) na busca de simplificação regulatória e trabalhando na melhoria da infraestrutura essencial, seguindo as diretrizes de planejamento do PAN.

Exemplo disso será a publicação pela SAC, ainda em 2021, de dois manuais, fruto de parceria técnica entre SAC e ITA. O primeiro, recentemente publicado, é voltado a apresentar uma proposta de metodologia nacional para prospecção de sítios aeroportuário, que foi aprimorada e validada em prospecções efetuadas. O segundo será um Manual de Projetos Aeroportuários que consolida as melhores práticas de organização, apresentação e conteúdo de projetos aeroportuários para que se tornem elegíveis ao recebimento de recursos públicos federais. Este documento objetiva tornar claro o que se espera para os projetos e assim minimizar as repetidas análises e revisões ainda recorrentes. A disponibilização aos entes públicos de todo o material elaborado no âmbito da parceria com o Banco do Brasil também é mais um instrumento de apoio na busca por mais infraestrutura aeroportuária de porte adequado.

A efetivação das já citadas parcerias voltadas à execução de projetos, obras e material técnico encontra-se em fase de consolidação e expansão criteriosa, tendo sido ampliado o acompanhamento técnico em todas as etapas, com uso de ferramentas de videoconferência, possibilitando um número recorde de licitações autorizadas e de obras iniciadas nestes últimos dois anos, o que está trazendo um fluxo constante de entregas à sociedade, mesmo com o forte impacto da Pandemia do Covid 19 sobre todo o setor produtivo nestes últimos anos.

Outro ponto a ser destacado são os programas de equipamentos, com a continuidade do programa das Estações Meteorológicas de Superfície Automáticas, do crescimento do programa de implantação de auxílios visuais em aeródromos, com foco na disponibilização dos PAPI (*Precision Approach Path Indicator*), sistemas de luzes que auxiliam os pilotos para uma aproximação mais estável e com isso evitam os desvios laterais e trazem maior segurança as operações de pousos nos pequenos aeroportos.

Encontra-se também em fase avançada de tratativas a contratação de um pacote de ensaios de pavimentos, o que objetiva permitir que a ANAC acesse estes dados atualizados para pequenos aeroportos, possibilitando assim ampliar ou iniciar operações comerciais em várias localidades antes restritas, devido a inexistência ou atemporalidade de informações técnicas.

Não pode ser esquecido o trabalho das equipes da Infraero neste papel, não somente nas obras em aeroportos sob sua responsabilidade, mas também na busca por contribuir no processo de interiorização da aviação, com uma gestão mais profissional dos ativos aeroportuários.

Destaca-se em especial a revisão do PAN, que conta com elementos inéditos como a Matriz Origem-Destino real de passageiros baseada em dados de telefonia móvel (Big Data) – que capturou mais de 1,8 bilhão de viagem em 2017 – e de carga baseado em notas fiscais – que avaliou 350 mil toneladas transportadas separadas em 12 tipos de carga entre os aeroportos brasileiros. Conta-se ainda com a maior pesquisa e diagnóstico sobre recursos humanos já realizada no Brasil. Isso sem contar com o foco especial em sustentabilidade ambiental, integração aeroporto-cidade, aviação geral e regional. Soma-se a este amplo contexto o desafio do crescimento num cenário pós Pandemia de Covid 19 e uma visão multimodal e integrada no âmbito do Ministério da Infraestrutura¹⁰.

O momento é de consolidação da estruturação que se percorreu até aqui para os aeroportos regionais, com cada vez mais foco na

10 Ações concentradas no Plano Nacional de Logística (PNL), sob gestão da Empresa de Planejamento e Logística (EPL) (Infraestrutura, 2021).

qualidade e nos resultados dos investimentos, aumentando a acessibilidade da população ao modal aéreo, atingindo novos destinos turísticos e disponibilizando mais infraestrutura para pleno suporte ao desenvolvimento do interior brasileiro. Para tanto, neste cenário de recursos limitados, o foco em um planejamento efetivo, atualizado e intermodal, suportado por uma ampla base de dados, é essencial e indispensável. Este planejamento mais efetivo já tem um marco com o Plano Nacional de Logística e encontra-se em evolução, afinal, sem priorização técnica não é possível investir onde efetivamente é mais necessário, onde há acesso a ser provido e onde o desenvolvimento pode ser acelerado pelas asas de uma aeronave.

REFERÊNCIAS

ANAC. 2021. Dados Estatísticos. *ANAC.GOV.BR*. [Online] 2021. <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>.

Brasil. 2011. *Planalto, Lei nº 12.462/2011*. [Online] 2011. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm.

—. 2020. *Planalto, Decreto nº 10.306/2020*. [Online] 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10306.htm.

—. 2020. *Planalto, Decreto nº 10.426/2020*. [Online] 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10426.htm.

—. 2005. *Planalto, Lei 11.182/2005*. [Online] 2005. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm.

Flap International Magazine. Bernardi, Eduardo. 2020. 578, São Paulo: Spagat, 2020.

Infraestrutura, Ministério da. 2018. *Infraestrutura.gov.br - Plano Aeroviário Nacional*. [Online] 2018. <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-aereo/plano-aeroviario-nacional>.

—. 2021. *Infraestrutura.gov.br - Manual de Apoio à Prospecção de Novos Sítios Aeroportuários Regionais*. [Online] 2021. <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-aereo/manual-de-apoio-a-prospeccao-de-novos-sitios-aeroportuarios-regionais>.

—. 2021. *Infraestrutura.gov.br* - Plano Nacional de Logística. [Online] 2021. <https://www.epl.gov.br/plano-nacional-de-logistica-pnl>.

—. 2021. *Infraestrutura.gov.br* - Instrução Normativa nº 1/2021. [Online] 2021. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-1-de-11-de-marco-de-2021-308015372>.

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 16/11/2021

A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES FEDERAIS DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA

THE EVOLUTION OF ARBITRATION IN FEDERAL AIRPORT INFRASTRUCTURE CONCESSIONS

Gustavo Carneiro de Albuquerque

Procurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Procurador Federal. Mestrando em Economia no IDP. Especialista em Controle de Regulação de Infraestrutura – ISC-TCU e Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pelo Mackenzie.

João Eudes Leite Soares Neto

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Procurador Federal com atuação junto à Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução normativa do tema; 2 Construção histórica da atual cláusula arbitral; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A evolução da arbitragem nos contratos de concessão federal de infraestrutura aeroportuária acompanhou a evolução normativa do tema. Nas primeiras rodadas de concessão de aeroportos, incertezas e debates sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública resultaram em escopos limitados quase sempre relacionados a controvérsias possíveis apenas ao término do contrato de concessão. Porém ao longo de mais de uma década do programa de concessões de aeroportos, distribuídos em seis rodadas com leilões, editais e contratos distintos, é possível identificar a evolução contratual do tema e compreender o escopo atual da sua cláusula arbitral, consagrando tendência observada em outros setores de infraestrutura e transporte federal.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Concessão. Aeroportos. Cláusula Arbitral. Evolução.

ABSTRACT: The evolution of arbitration in federal airport infrastructure concession contracts followed the normative evolution of the subject. In the first airport concession rounds, uncertainties and debates about the use of arbitration by the Public Administration resulted in limited scopes, almost always related to controversies possible only at the end of the concession contract. However, over more than a decade of the airport concession program, distributed in six rounds with auctions, notices and distinct contracts, it is possible to identify the contractual evolution of the subject and understand the current scope of its arbitration clause, confirming a trend observed in others infrastructure and federal transport sectors.

KEYWORDS: Arbitration. Concession. Airports. Arbitration Clause. Evolution.

INTRODUÇÃO

A concessão de aeroportos surge como alternativa para atração de investimentos privados com vistas à melhoria da infraestrutura aeroportuária e, conseqüentemente, promoção de melhorias aos usuários. O Governo Federal, na modelagem para atrair os investimentos e busca por mecanismos de aprimoramento da gestão desses aeroportos, valeu-se de experiências internacionais de transferência de aeroportos à iniciativa privada, buscando também a expertise de operadores estrangeiros.

A concessão federal de infraestrutura aeroportuária é concretizada por contratos de longa duração¹ com numerosos itens, subitens e anexos², extensa e detalhada matriz de risco³, com potencial relevante de geração de conflitos especialmente em razão dos vultosos investimentos previstos nas concessões⁴.

Como forma de diminuir os espaços de incerteza e buscar celeridade na resolução de conflitos que envolvam o Poder Concedente e os parceiros privados, até mesmo com vistas ao atendimento da função social desses contratos (VIANNA e KLOSS, 2015), com a evolução das diferentes rodadas de concessão de aeroportos houve a progressiva evolução e ampliação do conteúdo e escopo das cláusulas arbitrais nos contratos.

O presente artigo buscará analisar essa evolução, correlacionando sempre que possível com a evolução da própria legislação específica, atribuindo uma perspectiva histórica e atual ao tema.

Cabe, porém, antes de adentrarmos ao conteúdo e evolução das cláusulas, traçar um breve panorama histórico do programa de concessão de aeroportos federais no Brasil.

1 Os contratos variam entre 20, 25 e 30 anos de duração.

2 O contrato da sexta e última rodada, cujo leilão ocorreu em abril de 2021, contém aproximadamente 90 (noventa) páginas, 16 (dezesseis) capítulos, 63 (sessenta e três) seções e subseções além de 7 (sete) anexos, totalizando mais de 500 (quinhentas) cláusulas dispostas em itens e subitens. Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/sexta-rodada/02-processo-licitatorio/02-contrato-e-anexos>. Acesso em 11.jul.2021.

3 O Capítulo V dedicado à Alocação dos Riscos no contrato da sexta e última rodada contém uma primeira seção dedicada aos Riscos do Poder Concedente com 16 (dezesseis) itens e subitens, e uma seção dedicada à descrição dos Riscos da Concessionária com 32 (trinta e dois) itens e subitens, além da ressalva expressamente contida no item 5.4 do Contrato que estabelece: "5.4. Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados à presente Concessão".

4 Dados disponibilizados pela Secretaria de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura em apresentações realizadas durante a sexta e última rodada apontam aproximadamente 17 (dezessete) bilhões de reais já investidos de um total de 37 (trinta e sete) bilhões de reais em investimentos previstos nos 22 aeroportos federais concedidos entre 2011 e 2019.

Trata-se de uma política pública considerada bem-sucedida por diferentes atores governamentais⁵ e órgãos de controle,⁶ transcendente a uma específica plataforma político partidária⁷ ou programa de um único Governo⁸. Em que pese a implementação da política tenha se iniciado em 2011, impulsionada pela necessidade de investimentos em infraestrutura,⁹ pelo

- 5 Os processos de concessão de aeroportos no Brasil envolvem a articulação de diferentes atores de Governo e órgãos de Estado. Atualmente a articulação está a cargo do Programa de Parceria de Investimentos – PPI. Desde o processo de inclusão do ativo no programa de desestatização até a análise de meios de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos já assinados, tem-se a participação de diversos Ministérios, como Infraestrutura, Economia, Casa Civil, além de órgãos como a AGU, a CGU, o BNDES, sem mencionar a permanente interação com o Tribunal de Contas da União.
- 6 Não se tem registros de medidas cautelares deferidas pelo Tribunal de Contas da União e também não se tem registro de liminares judiciais deferidas ao longo dos processos administrativos envolvendo os cinco primeiros leilões de concessão de aeroportos federais já realizados no Brasil. O controle dessas concessões pelo TCU obedece ao disposto na Instrução Normativa nº 27/1998 do TCU, atualizada pela IN 81, de 20 de junho de 2018. Durante a sexta rodada de concessões de aeroportos realizada em 2021 foram deferidas liminares específicas relativas a questionamentos envolvendo os aeroportos de Navegantes (Bloco Sul) e Manaus (Bloco Norte), objeto de firme atuação da Advocacia-Geral da União que acabou por reverter as tutelas de urgência e viabilizar a plena realização do leilão em abril de 2021.
- 7 A implementação do programa relativamente aos aeroportos se deu ao longo do Governo de Dilma Rousseff do Partido dos Trabalhadores (PT), valendo-se de arcabouço jurídico nascido durante o Governo de Fernando Collor (PRN) e solidificado ao longo das concessões creditadas aos Governos de Itamar Franco PRN-PMDB e de Fernando Henrique Cardoso do PSDB, sendo mantido pelo Governo de Michel Temer do PMDB-MDB e Jair Bolsonaro (sem partido).
- 8 A política pública não pode ser atribuída a um único Governo e também não merece ser creditada a um único partido político. Durante o Governo da Presidente Dilma Rousseff, foram concedidos os aeroportos da primeira, segunda e terceira rodadas, sendo a iniciativa do Governo amplamente divulgada como um caminho para modernização dos aeroportos. Nesse sentido, palavras atribuídas à própria Presidente da República: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/04/concessoes-sao-o-caminho-para-a-modernizacao-dos-aeroportos-afirma-dilma>. Acesso em: 11.jul.2021. No Governo do Presidente Michel Temer, foram concedidos os quatro aeroportos da quarta rodada e incluídos mais treze aeroportos que comporiam a quinta rodada de concessão de aeroportos. Sobre o sucesso dos leilões, ressaltando o êxito da política pública, palavras também atribuídas ao próprio Presidente da República: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/releases/2017/03/presidente-temer-classifica-leilao-de-aeroportos-como-sucesso>. Acesso em: 11.jul.2021. Já durante o Governo de Jair Bolsonaro foram concedidos os 12 aeroportos da quinta rodada realizada em 2019 e os 22 aeroportos da sexta rodada, sendo o resultado celebrado por diversos atores do Governo destacando-se a participação do Ministro de Estado Tarcísio Freitas: <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2021/04/4916719-governo-arrecada-rs-33-bilhoes-com-leilao-de-aeroportos.html>. Acesso em: 11.jul.2021.
- 9 CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Aeroportos no Brasil: Investimentos e concessões. Radar n. 18. fevereiro de 2012. IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/radar/temas/infraestrutura/246-radar-n-18-aeroportos-no-brasil-investimentos-e-concessoes>. Acesso em: 11.jul.2021. Traz relevante análise da situação dos aeroportos que justificava a necessidade de investimentos. Para o autor: “é possível constatar que a situação dos vinte principais aeroportos brasileiros é muito grave. Apenas três aeródromos se encontram em situação adequada. Outros cinco estão em situação preocupante. Os demais 12 aeroportos apresentam situação crítica, cujas capacidades operacionais superam o limite de 100%. Portanto, dos vinte maiores aeroportos, 17 encontram-se em cenário de estrangulamento. Para os aeroportos em situação adequada, a taxa média de ocupação foi de 60,7%. Em relação ao grupo em situação preocupante, a taxa média de ocupação situou-se em 88,2%. Finalmente, a taxa média de ocupação dos aeroportos em situação crítica foi de 202,2%, valor influenciado pelas taxas de Vitória (572%) e Goiânia (469%)”.

crescimento do setor aéreo¹⁰ no Brasil e pelos grandes eventos esportivos,¹¹ aliados ao crescimento econômico,¹² sua concepção remonta a década de 1990 com o surgimento do Programa Nacional de Desestatização e ao início dos anos 2000 com os debates que envolveram as privatizações.

Ao longo dos anos de efetivação dessa política pública, foram concedidos 44 (quarenta e quatro) aeroportos federais¹³ pela Agência Nacional de Aviação Civil¹⁴, totalizando expressiva transferência da

- 10 Nota Técnica do IPEA de Carlos Alvares da Silva Campos Neto e Frederico Hartmann de Souza publicada em abril de 2011 intitulada *Aeroportos no Brasil: investimentos recentes, perspectivas e preocupações*, traz considerações interessantes sobre a visão de crescimento existente no período que coincide com o início do programa de concessão de aeroportos. Tratando especificamente do crescimento do setor aéreo, os autores mencionam: “De 2003 a 2010, o Brasil apresentou um crescimento considerável no movimento de passageiros e no número de viagens nos aeroportos do país. Durante esse período, o crescimento médio anual no número de passageiros foi de 10,2%. Se for considerado apenas o biênio 2009/2010, o crescimento foi de 20,4%. Em 2009, o país registrou 128 milhões de passageiros e, em 2010, esse fluxo passou para 154 milhões.” http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8001. Acesso: 11.jul.2021.
- 11 Tratando especificamente dos eventos esportivos e da infraestrutura de transportes, o Consultor Legislativo do Senado Federal Paulo Roberto Alonso Viegas, em publicação oficial *Agenda Legislativa*, aborda o tema em estudo intitulado - *Infraestrutura de Transportes em Grandes Eventos Esportivos: Copa do Mundo e Olimpíadas no Brasil*. Segundo o autor: “Dada a sua importância no deslocamento de pessoas entre longas distâncias, necessidade que aflora de modo mais incisivo num país de grandes dimensões territoriais como Brasil, o setor terá papel muito importante na realização dos grandes eventos esportivos no país. No entanto, o setor aéreo brasileiro tem apresentado diversas limitações e gargalos operacionais nos últimos anos. A estrutura aeroportuária do país deverá ser, portanto, reorganizada, com investimentos em aeroportos, reorganização e balanceamento das linhas aéreas e o desenho de um planejamento especificamente voltado para os períodos de cada um dos grandes eventos.” <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/agenda-legislativa/capitulo-6-infraestrutura-de-transportes-em-grandes-eventos-esportivos-copa-do-mundo-e-olimpiadas-no-brasil/view>. Acesso em: 11.jul.2021.
- 12 O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) reviu a taxa de crescimento econômico do Brasil nos anos de 2001 e 2011, de acordo com a nova metodologia de cálculo do Produto Interno Bruto (PIB), que é a soma de todos os bens e serviços produzidos no país. Segundo o IBGE, a taxa de 2011 passou de 2,7% para 3,9%. A taxa de 2010, conforme a metodologia antiga que era 7,5%, passou para 7,6%. Nos demais anos, as revisões foram as seguintes: 2001 (manteve-se em 1,3%), 2002 (passou de 2,7% para 3,1%), 2003 (de 1,1% para 1,2%), 2004 (manteve-se em 5,7%), 2005 (de 3,2% para 3,1%), 2006 (manteve-se em 4%), 2007 (de 6,1% para 6%), 2008 (de 5,2% para 5%) e 2009 (de -0,3% para -0,2%). <http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/03/ibge-reve-taxa-de-crescimento-da-economia-em-2011-para-39>. Acesso em: 11.jul.2021. Interessante estudo intitulado *A economia brasileira: conquistas dos últimos 10 anos e perspectivas para o futuro* realizado por Adriana Inhudes Gonçalves da Cruz, Antonio Marcos Hoelz Ambrozio, Fernando Pimentel Puga, Filipe Lage de Sousa e Marcelo Machado Nascimento e <www.bndes.gov.br/bibliotecadigital> Acesso em: 11.jul.2021.
- 13 Dados constantemente atualizados sobre as concessões de aeroportos podem ser encontrados no site da Agência Nacional de Aviação Civil <www.anac.gov.br>. Ao longo desse trabalho, serão tratadas as concessões por rodadas que se referem a cada um dos seis leilões que abrangem os 22 aeroportos já concedidos com os contratos assinados e os 22 aeroportos cujo leilão ocorreu em abril de 2021 e que ainda não contam com a assinatura dos contratos.
- 14 A Agência Nacional de Aviação Civil é autarquia de regime especial (agência reguladora) criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005 e regulamentada pelo Decreto n. 5.731, de 20 de março de 2006. Figura como parte nos contratos de concessão e é o Poder Concedente, variando seu papel e responsabilidades no processo licitatório conforme previsões existentes nos decretos específicos de cada rodada de concessão.

malha de passageiros¹⁵ e do percentual de processamento de cargas do total de aeroportos operados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária INFRAERO.

Em que pese a política pública esteja se confirmando como bem-sucedida, subsistiram controvérsias especialmente relacionadas à modelagem inicial, aos incentivos decorrentes da participação societária do Governo nas concessões, à própria composição societária dos grupos que participaram das primeiras rodadas, à existência de obrigações contratuais de investimentos e alterações na economia que impactaram nas projeções realizadas. Muitos desses problemas resultaram em alterações legislativas¹⁶ e modificações contratuais¹⁷, com vistas à readequação¹⁸ destes contratos incompletos¹⁹ de longa duração.

15 Segundo dados da Secretaria de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura o percentual correspondente ao mercado de aeroportos já concedidos representava relativamente aos 22 (vinte e dois) aeroportos com contratos assinados 67%. Com o acréscimo de 11% relativamente aos 22 (vinte e dois) aeroportos da sexta rodada, cujos contratos estão próximos de serem assinados <<https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2021/leilao-de-22-aeroportos-da-6a-rodada>>. Acesso em: 11.jul.2021 o programa de concessão de aeroportos terá totalizado a concessão até o final do ano de 2021 de 44 (quarenta e quatro) aeroportos federais que correspondem a aproximadamente 78% do mercado no Brasil.

16 Exemplo foi a modificação legislativa que permitiu a assinatura de aditivos contratuais relativos à reprogramação de curvas de pagamentos de outorgas de aeroportos autorizadas pela Lei nº 13.449, de 26 de outubro de 2017, que estabelece critérios para a celebração de aditivos contratuais relativos às outorgas nos contratos de parceria do setor aeroportuário.

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

18 Estudo mencionado por Gustavo Leonardo Maia Pereira e Daniel Bogeá (disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/opiniao-analise-infraestrutura-transporte-brasil>> Acesso em: 11.jul.2021) denominado “Estudo estrangeiro sobre infraestrutura de transporte no Brasil” traz reflexões valiosas. Intitulado Regulação da infraestrutura logística no Brasil e coordenado por Martin Lodge, Christian van Stolk, Julia Batistella-Machado, Marco Hafner, Daniel Schweppenstedde, Martin Stepanek do Centre for Analysis of Risk and Regulation (carr), London School of Economics and Political Science (disponível em <http://www.lse.ac.uk/accounting/carr/research/regulation-of-logistics-infrastructures-in-brazil?from_serp=1> Acesso em 11.jul.2021) traz constatações interessantes como: “Em termos do desafio de compromisso, em geral há uma alta taxa de renegociação nos projetos de infraestrutura da América Latina e em curtos intervalos, de cerca de dois anos, entre a cessão de uma concessão e a renegociação. A análise de 124 concessões de transportes no Brasil, Chile, na Colômbia e no Peru entre 1992 e 2011, com um total de 399 renegociações, Moore et al. (2014) constatou que quase metade das razões para a renegociação foram para alteração do plano de investimento do projeto ou a programação e para compensação à concessionária devido a mudanças exógenas na demanda ou nos custos, ou mesmo, devido a ação do governo anterior (“de interesse público”). Os resultados mais comuns das renegociações foram alterações no plano de investimento ou na programação, com as concessionárias aumentando o volume de investimento em troca de um pagamento direto feito pelo regulador, um aumento nas tarifas ou uma prorrogação do contrato.”

19 Marcos Nóbrega em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 7, n 25, Abril/Junho 2009 apresenta interessante abordagem sobre Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. Para o autor: “(...) a dinâmica dos contratos

O decurso do tempo e a evolução dos contratos foi acompanhada de preocupação permanente do Poder Concedente e dos investidores sobre a forma de resolução das controvérsias surgidas nas concessões. Assegurar a resolução técnica e rápida dos conflitos mostrou-se um objetivo comum que permitiu a ampliação considerável do escopo das cláusulas arbitrais e até mesmo a assinatura de compromissos arbitrais para pôr fim a litígios já judicializados, tudo com vistas a diminuição das incertezas relacionadas ao tempo de duração dos processos judiciais no Brasil²⁰.

1. EVOLUÇÃO NORMATIVA DO TEMA

A primeira referência normativa específica que encontramos sobre a arbitragem como forma de resolução de controvérsias nos contratos de concessão federal está contida no artigo 23 da Lei n. 8.987, de 1995,²¹ que estabelece que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas –“ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”²². Posteriormente foi incluído o artigo 23-A nesta mesma lei para prever:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no

incompletos demanda uma nova abordagem para sua análise e interpretação. A síntese clássica (e neoclássica) resta incapaz de traduzir todas as necessidades e tensões que convergem para a seara contratual. Dessa forma, argumentos trazidos pelo neoinstitucionalismo têm sido úteis para a interpretação contratual. Desse modo, a consciência e a mensuração dos custos de transação são extremamente relevantes considerando aspectos importantes como assimetria informacional e custos de agência. Os contratos, portanto, devem ser capazes de resolver conflitos distributivos entre as partes e absorver choques externos. De posse desse framework teórico, está inserida a análise dos contratos de infraestrutura e mais especificamente das concessões de serviço público e das Parcerias Público-Privadas. Por fim, resta óbvio que não há condições de compreender esses contratos de infraestrutura que são, em essência, complexos e incompletos, sem entender a lógica e repercussões de novas abordagens teóricas trazidas pelo neoinstitucionalismo.”

20 Sobre o tema recomendamos o artigo “Tempo de Processos Judiciais na Justiça Federal” de Caio Castelliano de Vasconcelos, Eduardo Watanabe de Oliveira, Henrique Pais da Costa e Tomas de Aquino Guimaraes disponível em <https://www.researchgate.net/publication/339240092_Tempo_de_Processos_Judiciais_na_Justica_Federal_do_Brasil> Acesso em: 11jul.2021.

21 Lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

22 O Tribunal de Contas da União entendeu que a locução “modo amigável de solução de divergências” abrangia também a arbitragem. A evolução dos entendimentos do TCU sobre o tema é analisada com detalhamento em RODI (2016, p.25): “Na Decisão n.º 188, de 1995, relativa à exploração da Ponte Rio-Niterói, admite-se utilização da arbitragem pela Administração Pública em limites específicos, a saber: (i) vincular-se ao princípio da legalidade e (ii) da indisponibilidade do interesse público. Os Ministros do TCU entenderam que, neste caso, a Lei n.º 8.987/95 forneceu base para o emprego da arbitragem. Trata-se de constatação interessante, visto que anterior ao acréscimo do art. 23-A à Lei de Concessão Comum.”

Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Leis posteriores²³ confirmaram em diversos dispositivos a tendência de inserção da arbitragem como forma de resolução de conflitos envolvendo

23 A Lei n. 9.472/1997 que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995 previu em seu artigo art. 93, X: “Art. 93. O contrato de concessão indicará: XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”; a Lei n. 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências, previu em seu art. 43, X: “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;”; a Lei n. 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências, previu em seu art. 35, inciso XVI: “Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: (...) XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;”; a Lei n. 10.438/2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.648, de 27 de maio de 1998, no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, no 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências, previu em seu art. 4º, § 5º, V: “Art. 4º A Aneel procederá à recomposição tarifária extraordinária prevista no art. 28 da Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, sem prejuízo do reajuste tarifário anual previsto nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica. (...) § 5º A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela Aneel e observará as seguintes regras: (...) V – para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da Aneel, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel;” a Lei n. 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências, previu em seus art. 4º, §§ 5º e 6º: “Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. (...) § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da ; § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo;” a Lei n. 12.351, de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social – FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências, previu no art. 29, XVIII: “ Art. 29. São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: (...) XVIII – as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem;” a Lei n. 12.462, de 2011 (alterada pela Lei n. 13.190, de 2015) que Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de

concessões diversas. Embora não aplicáveis aos aeroportos federais, tais normas representam inegável tendência de ampliação e aplicação da arbitragem para a resolução das controvérsias em diversos setores afetados pela política de desestatização.

Especial relevância tem a Lei 11.079, de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, pela enorme influência de suas disposições na modelagem das concessões federais de infraestrutura aeroportuária. Em que pese o instituto seja o da concessão, regido pela Lei 8.987, de 1995, as inovações contidas na Lei de PPP foram observadas nos editais e contratos de todos os aeroportos federais concedidos. Assim previu a Lei de PPP sobre arbitragem em seu artigo 11, III:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, previu em seu artigo art. 44-A: “Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015); a Lei n. 12.815, de 2013, Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências., previu em seu art. 62, § 1º: “Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações. § 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Em 2015 ocorre uma importante alteração legislativa promovida na Lei 9.307, de 1996, pondo fim à discussão que versava sobre a dúvida relativamente à possibilidade da Administração Pública ser parte em arbitragens (SCHMIDT, 2016). A inovação, trazida pela Lei 13.129, de 2015, tornou a questão pacífica (PEREIRA, 2017), nos seguintes termos:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1 A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Resolvida a aparente dúvida relativa a arbitrabilidade subjetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública, remanesciam ainda dúvidas sobre o conteúdo do que seriam os direitos patrimoniais disponíveis passíveis de resolução por arbitragem quando envolvendo a Administração Pública.²⁴ Neste ponto, por sua vez, relevante inovação decorreu da Lei 13.448, de 2017²⁵ que buscou exemplificar, especificamente para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, um rol de controvérsias que indiscutivelmente constituem direito patrimonial disponível.²⁶ Referida lei foi além e estabeleceu inovações importantes como a controvertida

24 Sobre o tema lembramos celebrada doutrina (DI PIETRO, 2015): “Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes. Também não teria sentido a instalação de um procedimento de arbitragem para decisão de conflito que envolva prerrogativas de autoridade que só o poder público pode exercer. Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas do artigo 58 da Lei 8.666 (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica.”

25 Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

26 Artigo 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (...) § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

arbitragem obrigatória,²⁷ a necessidade de decisão definitiva da autoridade competente para a submissão do conflito à arbitragem,²⁸ a previsão de aditivos contratuais para adequação da cláusula arbitral existente ao conteúdo da nova lei,²⁹ e a antecipação de custas do procedimento arbitral pelo parceiro privado.³⁰

Dentre as relevantes inovações para arbitragem trazidas pela Lei 13.448, de 2017, previu-se a regulamentação por Ato do Poder Executivo do credenciamento de câmaras arbitrais. O decreto em questão é o 10.025, de 20 de setembro de 2019, que trouxe detalhamento importante para algumas previsões da Lei, como por exemplo a publicidade ampla do procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública³¹, a preferência pela arbitragem institucional,³² a necessidade do credenciamento prévio das câmaras arbitrais pela Advocacia-Geral da União,³³ a previsão de critérios de vantagens e desvantagens para a assinatura de compromisso arbitral³⁴ e previsão de prazos específicos,³⁵ além do estabelecimento de

27 Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: (...) III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

28 “decisão definitiva da autoridade competente” nos termos do artigo 31 caput.

29 Art. 31, § 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.

30 Art. 31, § 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

31 Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: (...) IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

32 Art. 3º, V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional;

33 Art. 3º, VI - uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; e

34 Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. § 1º Será dada preferência à arbitragem: I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários.

35 Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos: I - o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e II - o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem. Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses.

requisitos mínimos para o credenciamento das câmaras pela AGU,³⁶ a possibilidade da União intervir nas causas arbitrais,³⁷ e a possibilidade de outras formas de adimplemento de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União.³⁸

A mais recente alteração normativa que influenciará a elaboração de cláusulas e os procedimentos das arbitragens envolvendo a Administração Pública e os contratos de concessão federal de infraestrutura aeroportuária é a Lei 14.133, de 2021, que trata de Licitações e Contratos Administrativos e reafirma em grande parte as inovações trazidas pela Lei 13.448, de 2017, inovando, porém, ao prever a possibilidade de extinção dos contratos por decisão arbitral.³⁹

2. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA ATUAL CLÁUSULA ARBITRAL

A primeira rodada de concessão de aeroporto no Brasil pode ser considerada atípica se comparada com as rodadas subsequentes, posto que concedido um projeto de aeroporto por construir (modelagem *greenfield*). Assim, o Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, possui características específicas que permitem isolar certas diretrizes aplicáveis apenas àquele aeroporto e contrato. As principais características que diferenciam essa das demais concessões de aeroportos

36 Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa.

37 Art. 13. A União e as entidades da administração pública federal serão representadas perante o juízo arbitral por membros dos órgãos da Advocacia-Geral da União, conforme as suas competências constitucionais e legais. § 1º As comunicações processuais dirigidas aos membros da Advocacia-Geral da União responsáveis pela representação da União ou das entidades da administração pública federal indireta deverão assegurar a sua ciência inequívoca. § 2º A União poderá intervir nas causas arbitrais de que trata este Decreto nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997.

38 Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso. § 1º Na hipótese de que trata o caput, compete à parte vencedora iniciar o cumprimento da sentença perante o juízo competente. § 2º O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: I - instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; II - compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou III - atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira.

39 Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta; II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração; III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

são: não participação societária da Infraero na Sociedade de Propósitos Específicos (SPE) exploradora da concessão⁴⁰; a atração de um operador aeroportuário com requisito de habilitação técnica considerado baixo se comparado com as demais rodadas de concessão; a realização dos estudos de viabilidade pelo BNDES, além de previsões contratuais que só se observam nessa primeira rodada, como a exploração⁴¹ da torre de controle de tráfego pelo concessionário. A regulação dessa modelagem inaugural de concessão se deu por meio de um Decreto Federal específico.⁴²

Assinado o contrato em 28 de novembro de 2011, com o início da concessão de 28 anos em 18 de janeiro 2012, a primeira cláusula arbitral em concessões federais de aeroportos era tímida e com escopo restrito aos “litígios, controvérsias ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos (...)”.⁴³

40 Trata-se, neste ponto, de diferença específica em relação à segunda e terceira rodadas de concessões, conforme adiante explicitado.

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

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

43 O conteúdo integral das disposições sobre arbitragem está contido na Seção III do contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante: 15.5 Quaisquer litígios, controvérsias ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos, serão definitivamente resolvidos por arbitragem, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI (doravante simplesmente denominado “Regulamento de Arbitragem”), observadas as disposições da presente Cláusula e da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; 15.6 A arbitragem será conduzida por um Tribunal Arbitral composto por 03 (três) árbitros, sendo 01 (um) árbitro nomeado pela ANAC, 01 (um) árbitro nomeado pela Concessionária e o terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, será indicado pelos dois outros árbitros nomeados pelas Partes; 15.7 Caso a designação do presidente do Tribunal Arbitral não ocorra no prazo de 30 (trinta) dias corridos, a contar da nomeação do segundo árbitro, ou não haja consenso na escolha, a Corte Internacional de Arbitragem da CCI procederá à sua nomeação, nos termos do Regulamento de Arbitragem; 15.8 A arbitragem será realizada em Brasília, Brasil, em língua portuguesa, devendo a parte que quiser produzir provas em idioma estrangeiro ou indicar testemunhas que não falem o Português providenciar a necessária tradução ou intérprete, conforme o caso; 15.9 Aplicar-se-ão ao mérito da causa submetida à arbitragem exclusivamente as normas do ordenamento jurídico brasileiro e os regulamentos específicos do setor elétrico nacional, excluída a equidade; 15.10 Fica eleito o foro da Seção Judiciária do Distrito Federal da Justiça Federal exclusivamente para: 15.10.1 o requerimento de medidas cautelares antes da remessa dos autos da arbitragem ao Tribunal Arbitral, conforme previsto no Regulamento de Arbitragem; 15.10.2 o ajuizamento da ação de anulação prevista na art. 33, caput, da Lei nº 9.307/96, e 15.10.3 a execução judicial da sentença arbitral; 15.11 As Partes concordam, no presente contrato, que qualquer medida urgente que se faça necessária após a remessa dos autos da arbitragem ao Tribunal Arbitral, nos termos do Regulamento de Arbitragem, será unicamente requerida ao Tribunal Arbitral; 15.12 A submissão à arbitragem, nos termos desta Cláusula, não exime o Poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à concessão, observadas as prescrições deste contrato; 5.13

O escopo reduzido de arbitrabilidade objetiva na primeira cláusula de arbitragem decorre do momento histórico em que firmado o contrato e de sua inspiração em modelagens que igualmente possuíam pouca experiência em arbitragens no Brasil. Curiosa, neste ponto, a referência, naquele contrato da ANAC, aos regulamentos específicos do setor elétrico nacional que, por um erro de remissão, constou expressamente no instrumento contratual daquele Aeroporto.

Em 2012, após o exitoso Leilão relativo ao Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN), foram licitados os aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos. A segunda rodada foi especialmente reconhecida por seus ágios elevados⁴⁴. De se destacar que, por serem aeroportos já existentes e operados pela Infraero, o Governo Federal adotou outras diretrizes: participação da Infraero na Sociedade de Propósito Específico com 49% da participação societária e posição privilegiada assegurada por acordo de acionistas; fases de transição operacional rigorosamente definidas; investimentos obrigatórios vultosos realizados em um curto período de tempo (24 meses) na primeira fase do contrato, para fins de melhoramento da infraestrutura com objetivo de atender expectativas ligadas aos grandes eventos esportivos; e maior requisito de habilitação técnica exigindo operadores aeroportuários internacionais com experiência determinada.

Com contratos de concessão assinados em junho de 2012 e concessões iniciadas em julho do mesmo ano, com prazos de duração de 20 anos (Guarulhos), 25 anos (Brasília) e 30 anos (Viracopos), a cláusula arbitral dessa segunda rodada nada inovou em termos de escopo, mantida a arbitragem para discussão sobre indenizações eventualmente devidas quando da extinção do contrato. As inovações procedidas na segunda rodada demonstram uma preocupação com os custos do procedimento e referem-se exclusivamente ao procedimento da arbitragem, estabelecendo regras sobre os custos de instauração do procedimento⁴⁵, os custos de

Observado o disposto nesta Cláusula, as partes poderão, de comum acordo, eleger outra Câmara Arbitral, com seu respectivo regulamento, para solução dos conflitos.

44 Brasília, lance vencedor: R\$ 4,5 bilhões (ágio de 673,37%); Guarulhos, lance vencedor: R\$ 16,2 bilhões (ágio de 373,51%); e Viracopos, lance vencedor: R\$ 3,82 bilhões (ágio de 159,76%). Conforme noticiado pela ANAC em <<http://www.anac.gov.br/noticias/2012/leilao-de-aeroportos-tem-agio-medio-de-347>> Acesso em: 11.jul.2021, o resultado do Leilão foi amplamente comemorado pelo Governo Federal.

45 16.14 A responsabilidade pelos custos do procedimento arbitral será determinada da seguinte forma: 16.14.1 A Parte que solicitar a arbitragem será responsável pelas custas para instauração do procedimento arbitral, incluindo o adiantamento de percentual dos honorários devidos aos árbitros; 16.4.2. Os custos e encargos referentes a eventuais providências tomadas no procedimento arbitral recairão sobre a Parte que solicitou a providência, sendo compartilhados pelas Partes quando a providência for requerida pelo próprio Tribunal Arbitral; 16.14.3 A parte vencida no procedimento arbitral assumirá todas as custas, devendo ressarcir a parte vencedora pelas despesas que já tenha assumido no procedimento; e 16.14.4 No caso de procedência parcial do pleito levado ao Tribunal Arbitral, os custos serão divididos entre as Partes, se assim entender o Tribunal, na proporção da sucumbência de cada uma.

providências adotadas pelo Tribunal Arbitral, sobre os ressarcimentos pela parte vencida e a divisão de custos no caso de sucumbência recíproca.

A pouca inovação no tema entre a primeira e a segunda rodada pode ser explicada pela proximidade entre esses contratos, assinados com apenas 8 meses de diferença, e a inexistência de um debate concreto envolvendo o Poder Concedente e a cláusula da primeira rodada. Sem que houvesse nesse interim qualquer alteração normativa ou casuística que justificasse uma discussão mais ampla sobre o conteúdo das cláusulas, o que se observa é a repetição da cláusula da primeira rodada não apenas na segunda, mas igualmente na terceira rodada de concessão de aeroportos.

Os ágios elevados e o leilão exitoso, considerando ainda a composição dos consórcios vencedores e o curto período de tempo decorrido, levaram o Governo Federal a repetir muitas diretrizes na terceira rodada, optando mais uma vez pela participação da Infraero na Sociedade de Propósitos Específicos e na elaboração de um extenso rol de obrigações contratuais de melhorias na infraestrutura em um curto período de tempo, novamente justificado pelos grandes eventos esportivos da Copa do Mundo FIFA, em 2014, e dos Jogos Olímpicos, em junho de 2016. Duas relevantes inovações ligadas a essa rodada foram a elevação expressiva do requisito de habilitação técnica ligado à figura do operador aeroportuário - posteriormente criticada e retificada pelo Tribunal de Contas da União - TCU; e a existência de um plano de ações a serem implementadas com imediatismo nos aeroportos Tancredo Neves – Confins Minas Gerais e Antônio Carlos Jobim - Galeão no Rio de Janeiro.

Novamente os leilões foram bem vistos considerando especialmente os ágios que foram ainda mais expressivos.⁴⁶ Uma das características marcantes dessa terceira rodada de concessão de aeroportos foi que os consórcios vencedores contaram com os operadores de alguns dos mais reconhecidos aeroportos do mundo. O operador de Cingapura compôs o consórcio do Galeão e os operadores de Zurich e de Munique integraram o consórcio vencedor do aeroporto de Confins.

O lapso temporal existente entre as três primeiras rodadas - ocorridas em 2011-2013 - e a quarta rodada de concessão de aeroportos - ocorrida em março de 2017, por sua vez, permitiu a implementação de relevantes alterações de modelagem. Pode-se atribuir tais mudanças à curva de aprendizagem, à alteração de cenário econômico e evolução de debates existentes dentro do próprio Governo, como, por exemplo, aqueles

⁴⁶ Para o Galeão R\$ 19,018 bilhões (ágio de 294%). Confins R\$ 1,820 bilhão (ágio de 66%). Site oficial da Casa Civil da Presidência da República noticia como o Governo da época enxergou o sucesso do Leilão da terceira rodada <<http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2013/11/leilao-do-galeao-e-de-confins-tem-agio-medio-de-253>> Acesso em: 11.jul.2021.

motivados pelas dificuldades de aportes financeiros para que a Infraero cumprisse com suas obrigações financeiras nos aeroportos nos quais é sócia.

Na quarta rodada, foram quatro aeroportos concedidos⁴⁷. As principais novidades foram a exclusão da Infraero da Sociedade de Propósito Específico; a alteração nas condições públicas de financiamento pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); o ajustamento dos requisitos de habilitação técnica à movimentação máxima esperada nos aeroportos até o final da concessão; além da sensível diminuição das obras obrigatórias com o aumento no prazo de sua conclusão. Os contratos foram modelados à lógica de gatilhos de investimentos vinculados ao risco de saturação das infraestruturas concedidas, sem a premência de implementação de melhorias de curto prazo atreladas aos grandes eventos esportivos então sediados no país.

A quarta rodada teve seu leilão realizado em 16 de março de 2017. Com as exigências de publicação de editais com prazo de antecedência mínimo para o leilão, pode-se concluir que a maior parte das discussões sobre a temática específica da arbitragem nesses contratos ocorreram ainda na vigência da Medida Provisória n. 752, de 24 de novembro de 2016, que deu origem posteriormente a Lei 13.448, de 05 de junho de 2017. A proximidade dos debates de modelagem com a edição da medida provisória, e as incertezas relacionadas ao conteúdo que efetivamente restaria positivado em Lei, fizeram com que o Poder Concedente adotasse uma postura reticente e na Seção III do contrato estabelecesse uma cláusula única sobre arbitragem que dispõe:

17.5 Nos termos da Lei n.º 13.448, de 05 de junho de 2017, poderá a ANAC regulamentar a possibilidade de submissão de litígios, controvérsias ou discordâncias relativas aos direitos patrimoniais disponíveis a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

O conteúdo da cláusula da quarta rodada é objeto de críticas por não ter alcançado o objetivo de estabelecer um rol de matérias sujeitas à arbitragem. As críticas são procedentes e efetivamente os contratos desses quatro aeroportos necessitam de melhorias na seção relativa a arbitragem sob pena de ineficácia da cláusula e esvaziamento total do instituto. Ciente da possibilidade de melhorias relacionadas a essa cláusula, o Poder Concedente estabeleceu tratativas com os concessionários administradores dos aeroportos da quarta rodada com o objetivo de aproximar as cláusulas

⁴⁷ Pinto Martins, em Fortaleza/CE; Luiz Eduardo Magalhães, em Salvador/BA; Hercílio Luz, em Florianópolis/SC; e Salgado Filho, em Porto Alegre/RS.

arbitrais desses contratos ao conteúdo das cláusulas das posteriores quinta e sexta rodadas de concessão.

A quinta rodada de concessão de aeroportos contou com a concessão de mais doze aeroportos.⁴⁸ Com leilão ocorrido em 15 de março de 2019 e contratos assinados em 2019, a quinta rodada pode ser considerada a de maior aprimoramento e evolução no conteúdo das cláusulas arbitrais em concessões de aeroportos federais. As relevantes inovações normativas abordadas no capítulo precedente, somadas à experiência concreta de discussões inclusive com outras agências reguladoras e com o Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal, permitiram ao Poder Concedente avançar sobremaneira no conteúdo e na forma da seção sobre arbitragem.

A fonte de inspiração para a cláusula da ANAC foram os contratos de concessão da Agência Nacional de Petróleo (ANP), com os ajustes específicos decorrentes da Lei 13.448, de 2017. À época da elaboração desses contratos a ANAC já discutia concretamente com os concessionários sobre as cláusulas das rodadas anteriores e sobre a possibilidade de aditivos e assinaturas de compromissos arbitrais específicos.

A primeira e mais importante inovação contida na cláusula da quinta rodada foi a ampliação de escopo da arbitrabilidade objetiva. Com a evolução normativa sobre o tema o Poder Concedente entendeu por bem repetir na sua cláusula o conteúdo da Lei e assim estabelecer:

17.5 Serão definitivamente resolvidos por arbitragem, observadas as disposições da presente seção e da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, todas as controvérsias havidas entre as partes desde que relativas a direitos patrimoniais disponíveis, exclusivamente decorrentes do Contrato de Concessão ou a ele relacionadas, assim definidas nos termos da Lei n.º 13.448/2017 e regulamentação superveniente, verificadas durante a execução ou após a extinção do contrato, após a decisão definitiva da autoridade competente.

Com o escopo mais abrangente e com foco não apenas nas discussões do final do contrato, mas, especialmente, na resolução por arbitragem dos grandes conflitos relativos à direitos patrimoniais disponíveis que

48 Ao todo 12 aeroportos foram incluídos no PND por meio do Decreto nº 9.180, de 24 de outubro de 2017. Aproximadamente 9,5% do mercado doméstico, com quase 20 milhões de passageiros por ano. Esta foi a primeira rodada de concessão de blocos de aeroportos. Os aeroportos foram concedidos pela primeira vez em blocos, sendo o Bloco Nordeste formado pelos aeroportos de Maceió/AL, Aracaju/SE, João Pessoa/PB, Campina Grande/PB, Juazeiro do Norte/CE e Recife/PE. Outro bloco é o Centro-Oeste, com a concessão dos aeroportos de Cuiabá/MT, Sinop/MT, Rondonópolis/MT e Alta Floresta/MT. Também foram concedidos os Aeroportos de Vitória/ES, Macaé/RJ, bloco do Sudeste.

ocorrerão durante a execução e ao longo da concessão, a quinta rodada finalmente traz para este universo de resolução de controvérsias os conflitos sobre reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sobre o cálculo de indenizações e o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

A seção foi elaborada entre a vigência da Lei 13.448, de 2017 e a edição do Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019. Com vistas as dar concretude ao conteúdo do artigo 31 da Lei, especialmente no que se refere a expressão “após decisão definitiva da autoridade competente”, os contratos de concessão de aeroportos trouxeram a previsão⁴⁹ de necessária preclusão administrativa da decisão da autoridade competente para a submissão à arbitragem.

Outra inovação⁵⁰ importante foi a possibilidade das partes escolherem de comum acordo a instituição arbitral que conduzirá o procedimento, ficando indicadas *a priori* três reconhecidas instituições para o caso de inexistir consenso, hipótese em que caberá ao poder concedente a escolha de uma dentre as três apontadas. A cláusula, ressalte-se, mostrou-se ainda passível de aprimoramento em contratos futuros, especialmente após a edição do ato de credenciamento de câmaras arbitrais pela Advocacia-Geral da União⁵¹, previsto no Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019, que regulamentou a Lei 13.448, de 2017.

Algumas inovações⁵² contidas nas cláusulas da quinta rodada representam a internalização de boas práticas recomendadas internacionalmente com especial destaque para as Regras de Arbitragem da *United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*. Destaca-se a previsão de Tribunal composto por 3 árbitros e a escolha

49 17.6 Para os fins do item 17.5, considera-se definitiva a decisão proferida por autoridade administrativa competente quando sobre ela recaia a preclusão administrativa.

50 17.7 A arbitragem de que trata a presente Seção será institucional, de direito, observadas as normas de direito material brasileiro, devendo as partes, de comum acordo, designar a instituição arbitral que conduzirá o procedimento de acordo com o seu Regulamento de Arbitragem e obedecidas as regras previstas nos itens subsequentes. 17.7.1 Não havendo consenso entre as partes, a Agência Nacional de Aviação Civil indicará uma das seguintes instituições: (i) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (ii) Corte Internacional de Arbitragem de Londres; ou (iii) Corte Permanente de Arbitragem de Haia.

51 O credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União foi regulamentado em 22 de julho de 2021, por meio da Portaria Normativa AGU n. 21/2021.

52 17.7.2 O Tribunal Arbitral será composto por 03 (três) árbitros, sendo 01 (um) nomeado pela parte requerente, 01 (um) nomeado pela parte requerida. O terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, será indicado pelos dois outros árbitros nomeados pelas partes. 17.7.3 Caso a designação do presidente do Tribunal Arbitral não ocorra no prazo de 30 (trinta) dias corridos, a contar da nomeação do segundo árbitro, ou não haja consenso na escolha, a instituição arbitral eleita procederá à sua nomeação, nos termos do seu Regulamento de Arbitragem. 17.7.4 O disposto nos itens 17.7 e 17.7.1 não impede que as partes, de comum acordo e mediante decisão fundamentada, optem pelo estabelecimento de tribunal *ad hoc*, o qual estará sujeito às Regras de Arbitragem da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL.

do presidente por indicação dos dois árbitros indicados pelas partes. Além disso a possibilidade da instituição arbitral nomear o presidente do Tribunal caso não ocorra em prazo razoável, e a possibilidade (remota) das partes optarem pelo estabelecimento de tribunal *ad hoc*.

Em linha com as disposições legais sobre o tema, repetiu-se a língua portuguesa como idioma oficial do processo de arbitragem, a sede da arbitragem como sendo Brasília, local em que sediado o Poder Concedente, a eleição do foro da Justiça Federal do Distrito Federal como competente para o julgamento de controvérsias sobre as arbitragens.

Relativamente a medidas cautelares e tutelas de urgência, o item 17.11 do contrato de concessão da quinta rodada repete em grande medida o conteúdo da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, prevendo a necessidade de requerimento da arbitragem no prazo de 30 dias após a efetivação da decisão urgente requerida diretamente ao Poder Judiciário,⁵³ a confirmação pelo Tribunal Arbitral tão logo seja instalado,⁵⁴ o requerimento exclusivamente ao Tribunal Arbitral após a sua instauração⁵⁵. Um item interessante, ademais, é a exclusão expressa, na quinta rodada, da possibilidade do uso da figura do árbitro de emergência.⁵⁶

O item contratual relativo às despesas e custos da arbitragem não inova de forma relevante em relação aos contratos anteriores, procedendo apenas esclarecimentos pontuais que mais representam uma adequação aos novos termos da Lei 13.448, de 2017, do que uma alteração de sentido relevante. Nesse tema merecem destaque as previsões de fixação de honorários advocatícios⁵⁷ nos termos dos artigos 84 e 85 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil, e a previsão de que

53 17.11 Para os fins do item 17.10.1, havendo necessidade de medidas cautelares ou de urgência antes de instituída a arbitragem, a parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação aplicável, cessando sua eficácia se a arbitragem não for requerida no prazo de 30 (trinta) dias da data de efetivação da decisão.

54 17.11.1 O Tribunal Arbitral deverá decidir, tão logo instalado e antes de qualquer outra providência processual, pela preservação, modificação ou cessação dos efeitos da tutela provisória obtida antecipadamente por uma das partes em processo judicial.

55 17.11.2 As partes concordam que qualquer medida cautelar ou urgente que se faça necessária após a instauração da arbitragem será unicamente requerida ao Tribunal Arbitral.

56 17.11.3 Disposições sobre árbitro de emergência previstas no regulamento da instituição arbitral eleita não se aplicarão, observando-se, caso necessário, o disposto no Capítulo IV-A Lei n.º 9.307, de 23 de setembro 1996.

57 17.12.2 Ao final do procedimento arbitral, a Concessionária, se vencedora, poderá ser restituída das custas e despesas que houver adiantado, conforme determinado pela sentença arbitral, incluídas as despesas e os honorários advocatícios fixados nos termos dos artigos 84 e 85 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil ou norma que os suceda, à exceção da remuneração e demais custos do assistente técnico que não serão objeto de restituição.

nenhum tipo de outra despesa de representação da parte será objeto de ressarcimento, especialmente honorários advocatícios contratuais⁵⁸.

Um tema relevante e que pela primeira vez vem tratado na cláusula arbitral de um contrato de concessão federal de infraestrutura aeroportuária é a questão da publicidade da arbitragem.⁵⁹ Por expressa disposição legal e regulamentar, as arbitragens envolvendo a administração pública serão em regra ostensivamente públicas, o que torna recomendável, nos moldes em que procedeu a ANAC em seu contrato, a previsão da forma como se dará o cumprimento do dever de publicidade nos procedimentos arbitrais.

A sexta rodada de concessão de aeroportos está em andamento porém com leilão já ocorrido (07 de abril de 2021) e contratos em vias de serem assinados. A definitividade dos documentos jurídicos de tal rodada nos permite, para a finalidade deste artigo, analisar o conteúdo das cláusulas arbitrais que integrarão os contratos a serem assinados.

Trata-se da concessão de 22 aeroportos divididos em 3 blocos.⁶⁰ O leilão foi exitoso⁶¹ e rendeu um total de R\$3,3 bilhões de reais aos cofres públicos, por concessões com duração de 30 anos e que representam cerca

58 17.12.2.1. Não será devido nenhum outro ressarcimento de despesas de uma parte com sua própria representação, especialmente honorários advocatícios contratuais.

59 17.14 O procedimento arbitral deverá observar o princípio da publicidade, nos termos da Legislação Brasileira, resguardados os dados confidenciais nos termos deste contrato. A divulgação das informações ao público ficará a cargo da instituição arbitral que administrar o procedimento e será feita preferencialmente por via eletrônica.

60 O Bloco Sul (Aeroporto de Curitiba / PR – Afonso Pena (SBCT), Aeroporto de Foz do Iguaçu / PR – Cataratas (SBFI), Aeroporto de Navegantes / SC – Ministro Victor Konder (SBNF), Aeroporto de Londrina / PR – Governador José Richa (SBL0), Aeroporto de Joinville / SC – Lauro Carneiro de Loyola (SBJV), Aeroporto de Bacacheri/ PR (SBB1), Aeroporto de Pelotas/ RS (SBPK), Aeroporto de Uruguaiana / RS – Rubem Berta (SBUG) e Aeroporto de Bagé / RS – Comandante Gustavo Kraemer(SBBG)), Bloco Central (Aeroporto de Goiânia / GO – Santa Genoveva (SBGO), Aeroporto de SãoLuís/MA –Marechal Cunha Machado (SBSL), Aeroporto de Teresina / PI (SBTE) – Senador Petrônio Portella, Aeroporto de Palmas / TO – Brigadeiro Lysias Rodrigues (SBPJ), Aeroporto de Petrolina / PE – Senador Nilo Coelho (SBPL)e Aeroporto de Imperatriz/ MA – Prefeito Renato Moreira (SBIZ)) e Bloco Norte (Aeroporto Internacional de Manaus / AM – Eduardo Gomes (SBEG), Aeroporto de Porto Velho / RO – Governador Jorge Teixeira de Oliveira (SBPV), Aeroporto de Rio Branco / AC – Plácido de Castro (SBRB), Aeroporto de Cruzeiro do Sul / AC (SBCZ), Aeroporto de Tabatinga / AM (SBTT), Aeroporto de Tefé / AM (SBTF) e Aeroporto de Boa Vista / RR – Atlas Brasil Cantanhede(SBBV)). Os citados Aeroportos foram incluídos no Programa Nacional de Desestatização – PND, conforme Decreto Federal nº 9.972, de 14 de agosto de 2019. As condições e os procedimentos de desestatização e concessão estão baseados no Decreto Federal nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão, bem como na Resolução Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - CPPI nº 52, de 08 de maio de 2019.

61 <<https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2021/leilao-de-22-aeroportos-da-6a-rodada#:~:text=CONCESS%C3%95ES-,Leil%C3%A3o%20de%2022%20aeroportos%20da%206%C2%AA%20rodada%20gera%20R%24%203,3%20bilh%C3%B5es%20em%20contribu%C3%A7%C3%A3o%20inicial&text=S%C3%A3o%20Paulo%2C%207%20de%20abril,%20R%24%20186%2C1%20milh%C3%B5es>> Acesso em: 11.jul.2021.

de 11% do total do tráfego de passageiros. O valor de ágio médio das propostas dessa recente rodada foi de 3.822,61%.

Em relação ao conteúdo da seção sobre arbitragem, importa notar que o contrato da sexta e última rodada segue procedendo relevantes inovações com vistas a aprimorar o uso do instituto como forma de resolução dos conflitos decorrentes do contrato. Cabe o registro de que a minuta de contrato foi discutida e modelada já após a assinatura de um relevante compromisso arbitral pela ANAC com um dos atuais concessionários de infraestrutura aeroportuária, o qual, inclusive, deu origem à instauração da primeira arbitragem envolvendo aquela Agência.

A primeira importante novidade introduzida na sexta rodada decorre da publicação do Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019, e da necessidade de melhoramento redacional do que se compreende por decisão administrativa definitiva, nos termos da Lei. Aprimorando o conteúdo da cláusula da quinta rodada, e considerando o artigo 3º, III do Decreto 10.025, de 2019, a cláusula da sexta rodada previu: “16.6.1 As partes poderão se valer da arbitragem após decisão definitiva da autoridade competente, insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo.”

Outro aprimoramento diretamente decorrente do Decreto foi a previsão de escolha por consenso de uma câmara arbitral “dentre aquelas previamente credenciadas pela Advocacia-Geral da União”⁶². Novamente na ausência de consenso o Poder Concedente escolherá uma dentre três câmaras⁶³ previamente indicadas e reconhecidamente aptas a condução do procedimento arbitral. Como, porém, o Decreto inova e prevê requisitos mínimos a serem observados no ato de credenciamento, tratou o Poder Concedente de acautelar-se e prever que, na hipótese de nenhuma das câmaras escolhidas pelo contrato ostentar os requisitos do credenciamento⁶⁴, haverá a eleição pelo Poder Concedente de outra câmara arbitral que os atenda.

62 16.9 As Partes deverão, de comum acordo, eleger câmara arbitral, capaz de administrar a arbitragem conforme as regras da presente Seção, e apta a conduzir os atos processuais na sede da arbitragem, conforme item 16.14, e, eventualmente, em outra localidade no Brasil pertinente, dentre aquelas previamente credenciadas pela Advocacia-Geral da União ou, caso esteja indisponível o credenciamento, que demonstre atender aos requisitos deste.

63 16.9.1 Não havendo consenso quanto à escolha da câmara, o Poder Concedente elegerá, no prazo de 15 (quinze) dias, uma das seguintes instituições: (i) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (ii) Corte Internacional de Arbitragem de Londres; ou (iii) Corte Permanente de Arbitragem de Haia.

64 Registre-se que a regulamentação do credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União se deu em 22 de julho de 2021, por meio da Portaria Normativa AGU n. 21/2021, portanto posteriormente ao leilão da sexta rodada de concessões, em 7 de abril de 2021.

A possibilidade de procedimentos expeditos e árbitros únicos também foi prevista na sexta rodada, exigindo-se apenas o acordo expresso entre as partes.⁶⁵

Novidade nos contratos de concessão de aeroportos foi a previsão, na sexta rodada, de possibilidade de escolha não restrita à lista de árbitros da câmara arbitral eleita.

Em sentido absolutamente contrário ao quanto posto na quinta rodada o Poder Concedente procedeu, ainda, relevante inovação ao prever que as partes deverão requerer medidas cautelares ou de urgência, antes da arbitragem instituída, ao árbitro de emergência nos termos do regulamento da câmara eleita.⁶⁶

Duas outras inovações da seção de arbitragem dos recentes contratos de concessão de aeroportos merecem registro. A primeira diz respeito à possibilidade expressa da sentença arbitral definitiva, quando condenar o Poder Concedente, prever o adimplemento mediante meios contratuais pertinentes, como o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁶⁷

Por fim, o dever das partes de indicar nas peças do procedimento arbitral os dados e documentos que reputam devam ser preservados de acesso público, indicando expressamente o fundamento legal para a restrição de acesso, é outra inovação⁶⁸ que visa dar ainda maior concretude ao princípio da publicidade envolvendo as arbitragens com a administração pública, bem como auxiliar a câmara arbitral de desincumbir-se do ônus de condução e administração do procedimento e acesso público às informações dele decorrentes.

65 16.10.1 Somente serão adotados procedimentos expeditos ou de árbitro único em caso de acordo expresso entre as Partes.

66 16.16 Havendo necessidade de medidas cautelares ou de urgência antes de instituída a arbitragem, a parte interessada deverá requerê-las ao árbitro de emergência nos termos do regulamento da Câmara de Arbitragem eleita na forma do item 16.9 e seus subitens, cessando sua eficácia caso a arbitragem não seja requerida no prazo de 30 (trinta) dias da data de efetivação da decisão. 16.16.1 Se ainda não houver sido definida a Câmara nos termos do item 16.9, a medida deverá ser solicitada a um árbitro de emergência indicado conforme o regulamento de uma das três Câmaras ele

67 16.18 A sentença arbitral será definitiva, obrigará as Partes e, quando condenatória do Poder Concedente, será adimplida mediante expedição de precatório judicial, requisição de pequeno valor ou por meio dos instrumentos contratuais pertinentes, inclusive mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro, conforme determinado na sentença e de acordo com a natureza da obrigação imposta, observadas as disposições regulamentares vigentes

68 16.19 O procedimento arbitral deverá observar o princípio da publicidade, nos termos da Legislação Brasileira, resguardados os dados confidenciais nos termos deste contrato. A divulgação das informações ao público ficará a cargo da câmara arbitral que administrar o procedimento e será feita preferencialmente por via eletrônica. 16.19.1 Caberá a cada Parte da arbitragem, em suas manifestações, indicar as peças, dados ou documentos que, a seu juízo, devem ser preservadas do acesso público, apontando o fundamento legal. 16.19.2 Caberá ao Tribunal Arbitral dirimir as divergências entre as Partes da arbitragem quanto às peças, dados e documentos indicados no item 16.19.1 e à responsabilidade por sua divulgação indevida.

3. CONCLUSÃO

O Programa Nacional de Desestatização e o Regime de Concessão de Serviços Públicos impulsionaram, após a criação da Agência Nacional de Aviação Civil, a elaboração de uma política pública de transferência de aeroportos federais explorados pela Infraero para a iniciativa privada.

Ao longo dos últimos 10 anos, o Governo Federal concedeu 44 (quarenta e quatro) aeroportos distribuídos em todas as regiões do país, totalizando 78% do mercado transferido à administração privada.

A política pública de concessão de aeroportos do Brasil pode ser considerada bem sucedida sobre diferentes ângulos que variam da análise dos resultados financeiros dos leilões, até a atração de operadores de renome mundial, passando também pela consistência da modelagem dos documentos jurídicos e procedimentos.

O aprimoramento do programa de concessão federal de aeroportos foi acompanhado por uma constante evolução normativa do tema envolvendo arbitragem e administração pública e arbitragem e contratos de infraestrutura aeroportuária, rodoviária e ferroviária.

A evolução normativa e a necessidade de ampliação do escopo de abrangência das cláusulas arbitrais nos contratos propiciaram que o Poder Concedente, sob influência de outros reguladores, do Ministério da Infraestrutura e do Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal, procedesse a avanços relevantes no conteúdo dos contratos relativamente à arbitragem.

Atualmente a cláusula dos contratos da ANAC é não apenas compatível com as mais recentes inovações no ordenamento jurídico, como atenta a previsões importantes de regulamentos e *standards* internacionais de boas práticas em arbitragem, chegando mesmo a inovar de forma ousada com previsões inéditas no âmbito da Administração Pública Federal, a exemplo daquela que estabelece o requerimento de medidas de urgência e tutelas ao árbitro de emergência.

Por certo que a modelagem e a política pública não estão alheias ao apontamento de falhas e a críticas que devem nortear a sua evolução e o aperfeiçoamento dos institutos relacionados. O que se pode concluir é que o modelo é consistente e seu arcabouço jurídico é suficiente⁶⁹ e

69 Nesse sentido, a confirmação da suficiência de regramentos e normas incidentes sobre o modelo está na ausência de impugnações e no próprio sucesso das quatro rodadas de concessão de aeroportos. Em 2012, quando do início da implementação dessa política, havia quem na doutrina questionasse e vislumbresse até mesmo a necessidade de um marco regulatório específico, o que não se confirmou necessário nas concessões de infraestrutura aeroportuária. Nesse sentido: “O ideal seria a edição anterior de um marco regulatório específico para o setor, tal qual ocorreu com as telecomunicações, agregando maior segurança jurídica para todos os envolvidos e um planejamento a longo prazo para o segmento da aviação civil. Mas, insista-se,

robusto e que ganha espaço o uso da arbitragem como forma prioritária de resolução dos conflitos surgidos nos contratos de concessão federal de infraestrutura aeroportuária.

REFERÊNCIAS

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

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva e DE SOUZA, Frederico Hartmann, *Aeroportos no Brasil: investimentos recentes, perspectivas e preocupações*. Nota Técnica do IPEA disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8001> Acesso em: 11jul.2021

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. *Aeroportos no Brasil: Investimentos e concessões*. Radar n. 18. Fevereiro de 2012. IPEA. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/radar/temas/infraestrutura/246-radar-n-18-aeroportos-no-brasil-investimentos-e-concessoes>> Acesso em: 11jul.2021

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

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

CRUZ, Adriana Inhudes Gonçalves Adriana da, AMBROZIO, Antonio Marcos Hoelz, PUGA, Fernando Pimentel, SOUSA, Filipe Lage de, NASCIMENTO, Marcelo Machado *A economia brasileira: conquistas dos últimos 10 anos e perspectivas para o futuro*. Disponível em <www.bndes.gov.br/bibliotecadigital> Acesso em: 11jul.2021.

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

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

já é um enorme avanço a legítima opção pelas concessões públicas e a incidência de um novo regime de contratações — o RDC — que se mostra, a princípio, mais eficiente e eficaz na obtenção dos resultados de eficiência que a sociedade e os usuários dos aeroportos esperam. Contudo, só o tempo dirá se essa expectativa será confirmada.” GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n. 131, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=82309>>. Acesso em: 17.jul.2018.

- As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. *Coluna Interesse Público*. Consultor Jurídico publicado em 24 de setembro de 2015. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2> > Acesso em: 11 jul.2021.

DUTRA, Pedro. Concorrência em licitação: o exemplo dos aeroportos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=99015>> Acesso em: 11 jul. 2021.

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

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 131, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=82309>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

GLASSMAN, Guillermo. Modelagem de editais e contratos de infraestrutura: dever de repartição adequada de riscos e suas consequências jurídicas. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=249038>> Acesso em: 11 jul. 2021.

GUERRA, Sérgio. *Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 198, ago. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248132>> Acesso em: 11 jul. 2021.

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

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

PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. *Tomo Direito Administrativo e Constitucional*, Edição 1, Maio de 2017. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao> > Acesso em: 11 jul. 2021.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia e BOGEÁ, Daniel. *Estudo estrangeiro sobre infraestrutura de transporte no Brasil traz reflexões valiosas*. <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/opinioao-analise-infraestrutura-transporte-brasil>> Acesso em: 11jul.2021.

RODI, Rodrigo Mota. CABIMENTO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: *estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP*, sob orientação da Professora Juliana Bonacorsi de Palma. São Paulo, 2016. Disponível em < <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Rodrigo-Rodi-D.-Administrativo.pdf> > Acesso em: 11 jul.2021

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2016.

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

VIANNA, Fernando Villela de Andrade. KLOSS, Renato Otto. *A arbitragem no âmbito das concessões de aeroportos*. Editora Justiça e Cidadania. Direito Público. 17 de março de 2015. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/a-arbitragem-no-ambito-das-concessoes-de-aeroportos/>> Acesso em: 11.jul.2021.

VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. *Infraestrutura de Transportes em Grandes Eventos Esportivos: Copa do Mundo e Olimpíadas no Brasil. Consultor Legislativo do Senado Federal em publicação oficial Agenda Legislativa*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/agenda-legislativa/capitulo-6-infraestrutura-de-transportes-em-grandes-eventos-esportivos-copa-do-mundo-e-olimpiadas-no-brasil/view>> Acesso em 11jul.2021.

SITES

<<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/04/concessoes-sao-o-caminho-para-a-modernizacao-dos-aeroportos-afirma-dilma>> Acesso em: 11jul.2021.

<<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/releases/2017/03/presidente-temer-classifica-leilao-de-aeroportos-como-sucesso>> Acesso em: 11jul.2021

<<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>> Acesso em: 11jul.2021

<<https://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN1EG1ML-OBRBS>> Acesso em: Acesso em: 11jul.2021

<<https://www.ppi.gov.br/>> Acesso em: 11jul.2021

<<http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/03/ibge-reve-taxa-de-crescimento-da-economia-em-2011-para-39>> Acesso em: Acesso em: 11jul.2021

<<http://www.anac.gov.br/noticias/2012/leilao-de-aeroportos-tem-agio-medio-de-347>> Acesso em: Acesso em: 11jul.2021

<<http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2013/11/leilao-do-galeao-e-de-confins-tem-agio-medio-de-253>> Acesso em: Acesso em: 11jul.2021

Tempo de Processos Judiciais na Justiça Federal de Caio Castelliano de Vasconcelos, Eduardo Watanabe de Oliveira, Henrique Pais da Costa e Tomas de Aquino Guimaraes disponível em < https://www.researchgate.net/publication/339240092_Tempo_de_Processos_Judiciais_na_Justica_Federal_do_Brasil > Acesso em: 11jul.2021

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 09/11/2021

OUTORGAS AEROPORTUÁRIAS E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

AIRPORT GRANTS AND THE HISTORICAL EVOLUTION OF CONCESSION CONTRACTS

Ricardo Sampaio da Silva Fonseca

Economista, com especialização em Compliance e Governança Corporativa, MBA em Finanças e Mestrado em Economia. Faz parte da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Governo Federal. Atualmente é Diretor de Políticas Regulatórias da Secretaria Nacional de Aviação Civil.

Fabiano Gonçalves de Carvalho

Advogado com especialização em Direito Público e Direito Processual Civil. Coordenador-Geral de Outorgas do Departamento de Outorgas e Patrimônio, da Secretaria Nacional de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura.

Ronei Saggiore Glanzmann

Economista do Banco Central do Brasil, pós-graduado em Análise Macroeconômica e MBA em Mercados de Capitais. Atualmente ocupa o cargo de Secretário Nacional de Aviação Civil, no Ministério da Infraestrutura.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Outorga Aeroportuária; 2 Das Modalidades de Outorga dos Aeródromos Cíveis Públicos; 3 Da Modalidade de Outorga Concessão. Evolução Regulatória e Aprendizado Adquirido ao Longo da Última Década; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo geral deste artigo é examinar as modalidades de outorga para exploração dos aeroportos brasileiros. Primeiramente, apresenta-se o conceito de aeroportos e as formas de exploração da infraestrutura aeroportuária, com enfoque nos aeródromos classificados como públicos, ante a competência da União para sua exploração. Posteriormente, são analisadas todas as modalidades de exploração de aeródromos públicos, com o detalhamento das respectivas características e importância para a infraestrutura aeroportuária. Finalmente, a partir desse contexto, dá-se um enfoque especial à modalidade de outorga concessão, apresentando um histórico de aprendizado no setor aeroportuário ao longo dos últimos 10 (dez) anos, bem como de todo o processo de concessão da infraestrutura aeroportuária à iniciativa privada ao longo desse período.

PALAVRAS-CHAVE: Outorga. Exploração. Aeródromo. Aeroporto. Concessão. Contratos.

ABSTRACT: The general objective of this article is to examine the modalities of granting for operating airports in Brazil. First, the concept of airports and the ways of exploring the airport infrastructure are presented, with a focus on aerodromes classified as public, due to the competence of the Union for their exploration. Subsequently, all types of exploration of public aerodromes are analyzed, presenting the detailing of their characteristics and the importance for the airport infrastructure. Finally, a special focus is given to the concession granting modality, presenting a learning history in the airport sector over the last 10 (ten) years, as well as the entire process of concession of the airport infrastructure to the private initiative throughout that period.

KEYWORDS: Grant. Exploration. Aerodrome. Airport. Concession. Contracts.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apresentar a legislação aplicável ao setor aeroportuário quanto às outorgas aeroportuárias e as suas modalidades, buscando inicialmente a apresentação de conceitos inerentes ao setor, com enfoque nos aeródromos classificados como civis públicos, tendo em vista a competência da União para sua exploração.

De forma a ilustrar a importância e a necessidade da definição de uma modalidade de outorga para a exploração de aeródromos classificados como civis públicos, tem-se que, atualmente, o Brasil possui um total de 512 (quinhentos e doze) aeródromos civis públicos devidamente homologados pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac)¹, sendo: i) 44 (quarenta e quatro) aeródromos explorados pela modalidade concessão; ii) 18 (dezoito) aeródromos explorados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, sendo que destes, um total de 16 (dezesesseis) estão incluídos na próxima Rodada de Concessões, prevista para ocorrer até meados do ano de 2022 (7ª Rodada), e 2 (dois) aeródromos estão previstos para serem fechados até o final do corrente ano; iii) 7 (sete) aeródromos explorados na modalidade autorização; iv) 440 (quatrocentos e quarenta) aeródromos explorados por Estados e Municípios, com um total de 218 (duzentos e dezoito) delegados aos Estados e 222 (duzentos e vinte e dois) aos Municípios; v) 1 (um) aeródromo em processo de regularização da outorga de exploração; e, v) 2 (dois) aeródromos cujas outorgas de exploração encontram-se mantidas por decisões judiciais².

No âmbito dessas diferentes formas de outorga de exploração aeroportuária, este artigo dará destaque a modalidade concessão, ante o fato de representar a modalidade de outorga de exploração definida para os principais aeroportos do país, o aprendizado adquirido em todo o processo de concessão de infraestrutura aeroportuária conduzido no âmbito do Governo Federal ao longo da última década e a evolução regulatória dos contratos celebrados com a iniciativa privada.

1. DA OUTORGA AEROPORTUÁRIA

O setor de aviação civil e o transporte aéreo contribuem de maneira significativa para o desenvolvimento e crescimento do País, principalmente

1 ANAC. Cadastro de Aeródromos públicos. Agência Nacional de Aviação Civil, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulados/aerodromos/lista-de-aerodromos-civis-cadastrados>>. Acesso em: 23 Agosto 2021.

2 MINFRA. Outorgas Aeroportuárias. Ministério da Infraestrutura, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-aereo/outorgas-aeroportuarias>. Acesso em: 23 Agosto 2021.

considerando aspectos como: a geração de empregos, recolhimento de tributos, integração nacional, incremento de negócios entre regiões, fomento a indústria do turismo e ao comércio como um todo.

Nos primeiros anos do Século XXI, os consecutivos aumentos de renda da população brasileira, a ascensão das classes sociais, a popularização do modal aéreo, a entrada de novas empresas no mercado, a comercialização de bilhetes por canais mais acessíveis, a necessária e compatível infraestrutura aeroportuária para atender esse acentuado crescimento da demanda fez com que o Governo Federal, ao longo dos anos e, especificamente na última década, se dedicasse à criação de normas específicas para o setor, de forma a conferir maior segurança jurídica a todos os agentes que a ele de alguma forma se vinculam.

Nesse contexto, no setor de aviação civil, foi editado o Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009, que aprova a Política Nacional de Aviação Civil – PNAC. Como o próprio normativo esclarece, a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) *“corresponde ao conjunto de estratégias e diretrizes que nortearão o planejamento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da aviação civil brasileira, estabelecendo objetivos e ações estratégicas para esse setor; e integra-se ao contexto das políticas nacionais brasileiras”*.

Além disso, é propósito da PNAC *“caracterizar a importância do desenvolvimento e aumento da disponibilidade de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária civil, com vistas a aumentar a oferta de serviços de transporte aéreo”*. Entretanto, o desenvolvimento proposto deve ser realizado de forma estruturada, planejada, com base ainda em critérios técnicos, e também em conjugação com a legislação vigente, para que então se permita, conforme dispõe o PNAC, a devida *“ampliação da disponibilidade de serviços, possibilitando, dessa maneira, aumento do bem-estar da sociedade brasileira, bem como integração do País no contexto internacional, em face da excepcional importância da aviação para as atividades sociais e econômicas modernas”*. (DECRETO nº 6.780, de 2009)

As políticas aprovadas na PNAC foram formuladas pelo Conselho de Aviação Civil – CONAC, atribuindo-se à Secretaria de Aviação Civil, órgão do Ministério da Defesa no momento da edição da regulamentação da PNAC, o acompanhamento da implementação dessas diretrizes por parte dos órgãos e entidades responsáveis pela gestão, regulação e fiscalização da aviação civil, da infraestrutura aeroportuária civil e da infraestrutura de navegação aérea civil.

Com o passar do tempo, e ante a necessidade de uma reformulação do quadro institucional voltado à gestão da aviação civil com a finalidade de se construir um novo modelo institucional em que os vetores de segurança, regularidade e pontualidade fossem abordados de forma a garantir um ambiente favorável aos usuários e os prestadores de serviços, somados à

crescente demanda da expansão do mercado da aviação civil, avultada à época pela proximidade dos eventos esportivos de grande envergadura que seriam sediados no País³, como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, foi criada, no âmbito da Presidência da República, a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC-PR), por meio da Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011, posteriormente convertida na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Nesse sentido, foi conferida à SAC-PR a atribuição para formular, coordenar e supervisionar as políticas para o desenvolvimento do setor de aviação civil e das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil; formular e implementar o planejamento estratégico do setor; elaborar estudos e projeções; elaborar e aprovar os planos de outorga para exploração da infraestrutura aeroportuária e coordenar os órgãos e entidades integrantes do sistema de aviação civil, em articulação com o Ministério da Defesa. (LEI nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, art. 24-D)⁴.

Das competências atribuídas à SAC-PR destaca-se para fins deste artigo, a de aprovar os planos de outorga para exploração da infraestrutura aeroportuária.

A Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) prevê que o sistema aeroportuário é constituído, dentre outros componentes, pelo conjunto de aeródromos brasileiros (art. 26).

Os aeródromos são áreas destinadas a pouso, decolagem e movimentação de aeronaves e podem ser classificados em civis e militares, baseando essa classificação na “*destinação exclusiva ou preponderante*”⁵, porquanto faculta o uso do aeródromo militar por aeronaves civis e do aeródromo civil por aeronaves militares, como “*alternativamente de emergência, qualquer um deles pode ser usado indistintamente*”, nos termos do art. 28 do CBA⁶. (LEI nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986)

Os aeródromos militares são destinados às operações de aeronaves militares e administrados pelo Comando da Aeronáutica (Comaer). Para

3 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS nº 31/MP/MD/MF/MJ/CCivil-PR, de 18 de março de 2011.

4 Tais competências atualmente estão afeitas ao Ministério da Infraestrutura (MInfra), nos termos do art. 35, da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019.

5 PACHECO, José Da Silva. Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

6 “Art. 28. Os aeródromos são classificados em civis e militares.

§ 1º Aeródromo civil é o destinado ao uso de aeronaves civis.

§ 2º Aeródromo militar é o destinado ao uso de aeronaves militares.

§ 3º Os aeródromos civis poderão ser utilizados por aeronaves militares, e os aeródromos militares, por aeronaves civis, obedecidas as prescrições estabelecidas pela autoridade aeronáutica.”

os aeródromos civis, a definição quanto ao titular de sua exploração⁷ dependerá de sua classificação, visto que podem ser subdivididos em públicos e privados (CBA, art. 29).

Aeródromos privados são aqueles construídos, mantidos e operados por seus proprietários (CBA, art. 35), só podendo ser utilizados com a permissão destes, sendo vedada a exploração comercial, ou seja, o proprietário não pode sujeitar os usuários ao pagamento de tarifas (CBA, art. 30 §2º). São abertos ao tráfego aéreo através de processo de registro e podem ser fechados a qualquer tempo pelo proprietário ou pela Autoridade de Aviação Civil, no caso, a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). (CBA, art. 30 §1º).

Aeródromos públicos são aqueles dotados de instalações e facilidades para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas (CBA, art. 31, inciso I), destinados, portanto, ao uso público, independente da sua propriedade (CBA, art. 36 § 5º, 37 e 38). Não há impedimentos para exploração comercial e cobrança de tarifas aeroportuárias, como: tarifa de embarque, tarifa de pouso, tarifa de permanência, tarifa de armazenagem, tarifa de capatazia e tarifa de conexão⁸. São abertos ao tráfego aéreo através de processo de homologação junto à Anac, podendo ser usado por quaisquer aeronaves, sem distinção de propriedade e nacionalidade, mediante o ônus da utilização, salvo se, por motivo operacional ou de segurança, houver restrição de uso por determinados tipos de aeronaves ou serviços aéreos (CBA, art. 37).

O procedimento de cadastro de aeródromos mediante o registro para aeródromos privados e de homologação para aeródromos públicos, junto à Anac, decorre da competência privativa da Agência, nos termos do art. 8º, inciso XXVI, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e tem o propósito de evitar a criação ou existência de aeródromos civis sem a devida formalização do responsável por sua exploração, bem como constitui um conjunto de informações oficiais sobre os aeródromos civis públicos e privados do Brasil.

Com o propósito de reforçar o mesmo amparo jurídico, o art. 21 do Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, dispõe que “Somente poderão ser homologados como aeródromos públicos pela ANAC aqueles que estejam enquadrados em uma das hipóteses de exploração previstas no art. 36 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.”

7 A exploração de infraestrutura aeroportuária, em consonância com as normas e legislações vigentes, pode englobar a implantação, construção, ampliação, reforma, administração, operação, manutenção e exploração econômica.

8 O normativo legal que dispõe sobre a utilização e a exploração dos aeroportos, das facilidades à navegação aérea e dá outras providências é a Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973.

De fato, não há participação da União, administração pública direta, no processo de registro de aeródromos privados junto à Anac, dado que, pela natureza e destinação, estão sujeitos a uma relação direta do seu proprietário com a Agência para o procedimento legal do registro.

Corroborar a afirmação acima o fato de que a Constituição Federal, em seu art. 21, inciso XII, alínea “c”, estabelece a competência da União para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.

De forma a complementar tal previsão constitucional, tem-se o CBA, que disciplinou em seu art. 36⁹, a possibilidade de a União explorar os aeródromos (públicos) de forma direta ou indireta, podendo inclusive delegar a construção, administração e exploração aeroportuária aos entes federados.

Ainda no âmbito infraconstitucional e ratificando as previsões contidas no CBA, destaca-se a Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011, a qual dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação (SNV), prevendo que a União deve voltar-se à implantação, gestão e exploração de aeródromos públicos¹⁰.

Portanto, de forma complementar à Constituição Federal e sendo perfeitamente compatíveis com as disposições do CBA e da Lei do SNV quanto ao tema “exploração da infraestrutura aeroportuária”, pode-se afirmar que a exploração da infraestrutura aeroportuária, disposta na alínea “c” do inciso XII do art. 21 da CF, somente pode se dar em aeródromos civis públicos.

2. DAS MODALIDADES DE OUTORGA DOS AERÓDROMOS CIVIS PÚBLICOS

Mesmo com a delimitação do campo de abrangência da competência da União para exploração da infraestrutura aeroportuária, o setor de aviação civil carecia de um instrumento que definisse e divulgasse políticas, critérios e diretrizes de política pública para a escolha do modelo de exploração de infraestrutura aeroportuária mais adequado para os aeródromos civis públicos brasileiros, existentes ou planejados. Se fazia cada vez mais presente

9 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 os Estados ou Municípios;

IV - por concessão ou autorização.

10 Art. 34. O Subsistema Aeroviário Federal é constituído de:

I - os **aeródromos públicos** que atendam ao tráfego aéreo civil, regular e alternativo, doméstico e internacional, no País ou que sejam estratégicos para a integração e a segurança nacional;

a necessidade de elaboração de um plano de outorga de infraestrutura aeroportuária.

A ideia de elaboração desse instrumento passava pela missão de que fossem definidos critérios objetivos para o enquadramento dos casos concretos dentre as possibilidades de outorga, mas com flexibilidade para aplicação de políticas públicas. Não foi a intenção definir, para cada um dos aeródromos civis públicos existentes no País, um único modelo de exploração, ou ainda, elencar exaustivamente o rol de quesitos a serem observados para enquadramento de cada aeródromo em algum modelo de exploração, mas, sim, traçar diretrizes para a definição da modalidade de exploração mais adequada para cada aeródromo público.

Dessa forma, a elaboração do Plano Geral de Outorga (PGO), inicialmente definido por meio da Portaria SAC-PR nº 110, de 8 de julho de 2013, pode ser considerado um marco importante no setor de aviação civil, pois trouxe a devida regulamentação das modalidades de outorga dispostas na legislação, em consonância com as diretrizes e estratégias de política pública.

Em agosto de 2014, considerando a necessidade de se possibilitar uma maior adequação do instrumento à realidade do setor aeroportuário, à legislação vigente e ainda, realizar alguns ajustes na Portaria então em vigor, foi editada a Portaria SAC-PR nº 183, de 14 de agosto de 2014, a qual revogou a Portaria SAC-PR nº 110, de 8 de julho de 2013, e trouxe ao setor um atualizado e ainda vigente Plano Geral de Outorgas (PGO).

A partir das formas de exploração dos aeródromos civis públicos constantes do art. 36 do CBA, tem-se que a exploração direta pela União, tratada nos incisos I e II, é realizada pelo Comando da Aeronáutica - Comaer, órgão integrante da estrutura do Ministério da Defesa, ou pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, empresa pública pertencente à União e atualmente vinculada ao MInfra. Neste último caso, conforme o constante na Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, art. 2º, a Infraero tem "(...) por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República".

Já a exploração indireta, tratada nos incisos III e IV, pode ser realizada mediante convênio de delegação celebrado entre a União e Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou ainda, por meio de concessão ou autorização.

Diante desse contexto, a então SAC-PR se baseou na elaboração e publicação de dois tipos de documentos: o já mencionado Plano Geral de Outorgas - PGO e os Planos de Outorga Específicos - POE. O PGO como sendo um documento único, com o objetivo de balizar e traçar diretrizes

para o processo de definição das modalidades de outorga mais adequadas para garantir a eficiência na gestão da infraestrutura aeroportuária do País. Já o POE, tendo por finalidade desempenhar o papel de instrumento executor da política pública, definindo efetivamente o modelo de exploração a ser adotado por determinado aeródromo civil público.

Assim, a primeira definição do PGO foi determinar que fossem adotados os seguintes instrumentos para publicação dos POE's, conforme o caso: i) Portaria Ministerial, para aeródromos explorados por intermédio do Comaer, para aeródromos atribuídos à Infraero e para aeródromos explorados pelas modalidades concessão ou autorização; ii) Convênios de delegação firmados entre a União e o respectivo ente federativo, no caso de aeródromos delegados a Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Em relação aos aeródromos delegados a Estados, Distrito Federal ou Municípios, o PGO define (art. 10) que os aeroportos regionais e locais devem ter sua administração descentralizada para tais entes, desde que estes manifestem interesse na sua exploração, podendo a União, de forma discricionária, solicitar estudos ou projetos para os entes federados interessados que comprovem a capacidade técnica para explorar o aeródromo a ser delegado.

A descentralização administrativa, além de ter previsão legal desde o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, foi também tratada na Lei do SNV, ao prever novamente tal possibilidade legal de exploração de aeródromos públicos (art. 6º, §2º e art. 37), revelando-se como uma alternativa fundamental para a garantia da prestação do serviço adequado, principalmente considerando o fato de que o Brasil é um país com dimensões continentais, composto por regiões geoeconômicas bem distintas umas das outras, o que traz um especial desafio, ao Governo Federal, de gestão dos aeródromos localizados nas mais diversas regiões do País.

Quanto aos aeródromos explorados diretamente pela União, o PGO define que os aeródromos explorados pelo Comaer (art. 6º) sejam aqueles de uso compartilhado, em que se verifique a prevalência das operações aéreas com finalidade militar, embora presentes também as operações da aviação civil, de forma eventual ou secundária. Para os aeródromos com essas características, entende-se que a gestão deva estar atribuída ao órgão que mais utiliza a infraestrutura, qual seja, o Comaer. Para os demais aeródromos civis públicos, de uso compartilhado ou não, o PGO prevê, como regra geral, que sejam explorados pela Infraero (art. 5º), salvo nos casos daqueles aeródromos objeto de concessão ou autorização.

O fato é que a eventual atribuição de determinado aeródromo à exploração da Infraero configura uma importante decisão de política pública, que deve considerar, de forma bem abrangente, todas as características técnicas, operacionais e econômicas do ativo em análise, devendo ser

precedida de análise minuciosa e conclusiva acerca do papel desempenhado pelo referido aeródromo, atual e potencial, bem como da relevância do mesmo para a estruturação e planejamento da malha aeroportuária do país.

Alternativamente, verifica-se a possibilidade da utilização dos aeródromos públicos pela modalidade da autorização (art. 9º), regulamentada pelo Decreto nº 7.871 de 21 de dezembro de 2012. A opção pela utilização dessa modalidade deve ocorrer para aeródromos civis públicos que possuam características bem específicas, definidas no referido Decreto, tais como: aeródromo voltado exclusivamente ao processamento das operações relacionadas à aviação geral, constituídas pelos serviços aéreos privados, de serviços aéreos especializados e de táxi-aéreo (CBA, art. 177, 201 e 220), assentado em imóveis de propriedade privada, com operação por conta e risco do autorizatário, sendo vedada a discriminação de usuários. Nessa modalidade de outorga, ao atender a um interesse próprio, a iniciativa privada, indiretamente, contribui para a expansão da oferta de infraestrutura aeroportuária, investindo em aeródromos que não seriam objeto da política pública direta, sem ônus relevantes para o Poder Público.

Ademais, embora a aviação geral seja capaz de oferecer diversos serviços de grande importância para a integração nacional e o desenvolvimento econômico e social do país, atuando como indutora de crescimento e porta de entrada para formação de mão de obra que serve ao transporte aéreo regular, atualmente, ela é capaz de congestionar o tráfego nos grandes e principais aeródromos do país. De fato, a existência de aeródromos voltados especificamente ao processamento das operações da aviação geral possibilita que os principais aeroportos das regiões metropolitanas busquem focar-se no processamento das operações de transporte aéreo regular, direcionando recursos e energias ao atendimento do transporte de massa.

Finalmente, o PGO dispõe ainda sobre a utilização da modalidade da concessão para exploração de aeródromos civis públicos (art. 7º). Esta modalidade, regulamentada pelo Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, revela-se como uma importante decisão de política pública, que também deve considerar de forma abrangente as características técnicas, operacionais e econômicas do ativo a ser concedido, tomando como referência a grande complexidade administrativa e orçamentária típica dos processos de concessão de infraestrutura conduzidos no âmbito do Governo Federal.

Neste caso, o PGO define um rol de diretrizes a serem consideradas nos processos de delegação dos aeródromos a serem explorados por meio de concessão, como: I - o movimento atual ou projetado de passageiros, carga e aeronaves no aeródromo for relevante; II - houver restrições de

infraestrutura e saturação relevantes na capacidade dos terminais de passageiros, de carga ou do sistema pista-pátio do aeródromo frente à demanda atual e projetada de passageiros, carga e aeronaves; III - houver necessidade e premência de obras e investimentos relevantes no aeródromo e a concessão configurar meio mais eficaz de viabilizar ou acelerar a sua execução; IV - houver necessidade e premência de melhorias relevantes de gestão e de ganhos de eficiência operacional no aeródromo; V - houver comprometimento relevante na qualidade dos serviços prestados no aeródromo e a concessão configurar meio mais eficaz de saná-la; VI - for possível fomentar a concorrência entre aeródromos com efeitos positivos sobre os incentivos à eficiência do sistema e sobre os usuários; ou VII - a concessão implicar melhorias significativas nos resultados econômico financeiros decorrentes da exploração do aeródromo, promovendo a redução de déficits ou o incremento de superávits de modo relevante, desde que não comprometa a realização dos investimentos necessários no aeródromo ou os níveis de eficiência, qualidade e segurança dos serviços.

3. DA MODALIDADE DE OUTORGA CONCESSÃO. EVOLUÇÃO REGULATÓRIA E APRENDIZADO ADQUIRIDO AO LONGO DA ÚLTIMA DÉCADA.

Entende-se que pela importância do tema “concessões aeroportuárias” para o Brasil, algumas particularidades desta modalidade de outorga devem ser compartilhadas, principalmente se considerarmos que o processo de concessão aeroportuária em nosso país já completa uma década.

Em termos formais, a primeira vez que um aeroporto foi incluído no Plano Nacional de Desestatização (PND) foi em 2008, por meio do Decreto nº 6.373, datado de 14 de fevereiro: tratou-se do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante - ASGA (SBSG), no Rio Grande do Norte. Posteriormente, foram incluídos no PND os aeroportos de Brasília/DF (SBBR), Viracopos/SP (SBKP) e Guarulhos/SP (SBGR), mediante o Decreto nº 7.531, de 21 de julho de 2011; os aeroportos do Galeão/RJ (SBGL) e de Confins/MG (SBCF), mediante o Decreto nº 7.896, de 1º de fevereiro de 2013; os aeroportos de Fortaleza/CE (SBFZ), Salvador/BA (SBSV), Porto Alegre/RS (SBRF) e Florianópolis/SC (SBFL), mediante o Decreto nº 8.517, de 10 de setembro de 2015; e, na sequência, o Aeroporto Internacional Marechal Rondon (Aeroporto de Cuiabá/MT), por meio do Decreto nº 8.710, de 14 de abril de 2016.

Posteriormente, em 24 outubro de 2017, mediante Decreto nº 9.180, foram incluídos no PND e qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos - PPI outros 13 aeroportos: Aeroporto Internacional do Recife/Guararapes - Gilberto Freyre (SBRF), Aeroporto de Maceió/Zumbi

dos Palmares (SBMO), Aeroporto Santa Maria - Aracaju (SBAR), Aeroporto Presidente Castro Pinto - João Pessoa (SBJP), Aeroporto de Juazeiro do Norte - Orlando Bezerra de Menezes (SBJU), Aeroporto Presidente João Suassuna - Campina Grande (SBKG), Aeroporto Marechal Rondon - Cuiabá (SBCY), Aeroporto Maestro Marinho Franco - Rondonópolis (SBRD), Aeroporto Piloto Osvaldo Marques Dias - Alta Floresta (SBAT), Aeroporto Presidente João Batista Figueiredo - Sinop (SWSI), Aeroporto de Barra do Garças (SBBW), Aeroporto de Vitória - Eurico de Aguiar Salles (SBVT) e Aeroporto de Macaé (SBME).

Mais recentemente, por meio do Decreto nº 9.972, de 14 de agosto de 2019, foram qualificados no PPI e incluídos no PND os seguintes aeroportos: Aeroporto Internacional de Curitiba - Afonso Pena (SBCT), Aeroporto Internacional de Foz do Iguaçu - Cataratas (SBCT), Aeroporto Internacional de Navegantes - Ministro Victor Konder (SBNF), Aeroporto de Londrina - Governador José Richa (SBLO), Aeroporto de Joinville - Lauro Carneiro de Loyola (SBJV), Aeroporto de Bacacheri (SBBI), Aeroporto Internacional de Pelotas - João Simões Lopes Neto (SBPK), Aeroporto Internacional de Uruguaiana - Rubem Berta (SBUG), Aeroporto Internacional de Bagé - Comandante Gustavo Kraemer (SBBG), Aeroporto de Goiânia - Santa Genoveva (SBGO), Aeroporto Internacional de São Luís - Marechal Cunha Machado (SBSL), Aeroporto de Teresina - Senador Petrônio Portella (SBTE), Aeroporto de Palmas - Brigadeiro Lysias Rodrigues (SBPJ), Aeroporto de Petrolina - Senador Nilo Coelho (SBPL), Aeroporto de Imperatriz - Prefeito Renato Moreira (SBIZ), Aeroporto Internacional de Manaus - Eduardo Gomes (SBEG), Aeroporto Internacional de Porto Velho - Governador Jorge Teixeira de Oliveira (SBPV), Aeroporto de Rio Branco - Plácido de Castro (SBRB), Aeroporto Internacional de Boa Vista - Atlas Brasil Cantanhede (SBBV), Aeroporto Internacional Cruzeiro do sul (SBCZ), Aeroporto Internacional de Tabatinga (SBTT), e Aeroporto de Tefé (SBTF).

Por fim, com o Decreto nº 10.635, de 22 de fevereiro de 2021, foram incluídos no PND os últimos aeroportos outorgados à Infraero: Santos Dumont (SBRJ), Uberlândia (SBUL), Montes Claros (SBMK), Jacarepaguá (SBJR), Uberaba (SBUR); Belém (SBBE), Macapá (SBMQ), Santarém (SBSN), Marabá (SBMA), Carajás (SBCJ), Altamira (SBHT); Congonhas (SBSP), Campo Grande (SBCG), Campo de Marte (SBMT), Corumbá (SBCR) e Ponta Porã (SBPP).

De fato, de 2011 a 2021, o Governo Federal já promoveu 6 rodadas de concessão de aeroportos (ver tabela abaixo). Essas rodadas culminaram com a transferência à iniciativa privada do direito de exploração de 44 aeroportos, os quais respondem por aproximadamente 77% da movimentação anual de

passageiros no país (HÓRUS, 2021)¹¹. Com a implementação do modelo de concessões, o setor passou por investimentos intensivos, resultando em significativa ampliação da capacidade de processamento de passageiros e cargas no Brasil¹².

Tabela: Rodadas de concessão aeroportuária realizadas pelo Governo Federal

Rodada de concessão aeroportuária (ano)	Aeroportos Concedidos
1ª rodada (2011)	Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (SBSG)
2ª rodada (2012)	Aeroportos de Guarulhos (SBGR), Brasília (SBBR) e Viracopos (SBKP)
3ª rodada (2014)	Aeroportos do Galeão (SBGL) e Confins (SBCF)
4ª rodada (2017)	Aeroportos de Salvador (SBSV), Porto Alegre (SBPA), Fortaleza (SBFZ) e Florianópolis (SBFL)
5ª rodada (2019)	Bloco Nordeste: aeroportos de Recife (SBRF), Maceió (SBMO), Aracaju (SBAR), João Pessoa (SBJP), Campina Grande (SBKG) e Juazeiro do Norte (SBJU); Bloco Sudeste: aeroportos de Vitória (SBVT) e Macaé (SBME); Bloco Centro-Oeste: aeroportos de Cuiabá (SBCY), Sinop (SBSI), Rondonópolis (SBRD) e Alta Floresta (SBAT)
6ª rodada (2021)	Bloco Sul: aeroportos de Curitiba (SBCT), Foz do Iguaçu (SBFI), Navegantes (SBNF), Londrina (SBLO), Joinville (SBJV), Bacacheri (SBBI), Pelotas (SBPK), Uruguaiana (SBUG) e Bagé (SBBG); Bloco Central: Goiânia (SBGO), São Luís (SBSL), Teresina (SBTE), Palmas (SBPJ), Petrolina (SBPL) e Imperatriz (SBIZ); Bloco Norte: Manaus (SBEG), Porto Velho (SBPV), Rio Branco (SBRB), Cruzeiro do Sul (SBCZ), Tabatinga (SBTT), Tefé (SBTF) e Boa Vista (SBBV)

Entende-se oportuno apresentar a evolução do processo de concessão de infraestruturas aeroportuárias realizados pelo Governo Federal, detalhando as principais mudanças ocorridas nos contratos de concessão.

11 As informações sobre movimentação de passageiros referem-se ao ano de 2019, último ano antes dos impactos da pandemia da Covid-19. Os dados foram extraídos em 19 de maio de 2021 do Sistema HÓRUS, mantido conjuntamente pela Secretaria de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura (Sac/Minfra) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Consulta realizada no seguinte endereço eletrônico: <https://horus.labtrans.ufsc.br/gereencial/?auth=s#Principal>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

12 De acordo com dados atualizados das demonstrações financeiras das concessionárias, o volume de investimentos em infraestrutura aeroportuária apenas nos cinco primeiros anos do programa de concessões (R\$ 17,8 bilhões) superou o volume dos 15 anos imediatamente anteriores. Até 2020, os investimentos realizados pelas concessionárias privadas totalizaram R\$ 22,5 bilhões. Consulta realizada no seguinte endereço eletrônico: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes>. Acesso: 21 Agosto 2021.

Especificamente serão explicitados, em uma sucessão temporal, as linhas gerais dos termos de parceria com o setor privado em três grupos de concessão relativamente homogêneos: (i) contratos da 1^a, 2^a e 3^a rodadas; (ii) contrato da 4^a rodada; e (iii) contratos da 5^a e 6^a rodadas. Para tanto, serão trazidos, para cada grupo, três aspectos contratuais basilares: modelo de pagamento de outorgas, regulação tarifária e previsão de investimentos. Espera-se que, com isso, possa ficar claro não apenas a sequência de ativos transferidos à iniciativa privada, mas a evolução do próprio modelo de concessão ao longo da década.

As três primeiras rodadas de concessão inauguraram a era da gestão privada dos grandes aeroportos brasileiros e exigiram como contraprestação ao direito de exploração dessas infraestruturas o pagamento de contribuições fixas anuais ao Poder Público. O esquema originalmente desenhado era de que o valor de outorga oferecido pelo vencedor dos leilões deveria ser dividido nominalmente em parcelas iguais ao longo da concessão.

Na primeira concessão realizada, a do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante / Natal, a partir de um valor mínimo inicial de R\$ 51,7 milhões, o lance vencedor do leilão foi de R\$ 170 milhões (ágio de 229%), sem incidência de contribuições variáveis. A segunda e a terceira rodadas de concessões – que mantiveram o esquema básico de pagamento de outorgas, apenas introduzindo, complementarmente à outorga fixa, um pagamento anual com base na receita operacional bruta da concessionária no ano anterior – também receberam ágios elevados em seus leilões (373% para Guarulhos, 160% para Viracopos, 673% para Brasília, 294% para o Galeão e 66% para Confins).

Sob a vertente da regulação tarifária, as três primeiras rodadas de concessão utilizaram-se da definição de tetos tarifários para cada atividade regulada (embarque, pouso, permanência, conexão, armazenagem e capatazia), com correções anuais com base na inflação. Conforme a teoria econômica indicava¹³ (Viscusi, Harrington, Jr., & Vernon, 2005) e a experiência regulatória comprovou, a regulação por preço-teto trouxe considerável simplicidade de entendimento do modelo, mas, ao mesmo tempo, gerou ineficiências estruturais, como a falta de incentivos para a expansão de determinados componentes aeroportuários e a tendência ao congestionamento da infraestrutura em horários específicos.

Em relação às melhorias de infraestrutura aeroportuária, os contratos das primeiras rodadas previram diversos investimentos desvinculados da demanda verificada no aeroporto. Os exemplos mais evidentes talvez sejam

13 VISCUSI, W. K.; HARRINGTON, JR., J. E.; VERNON, J. M. *Economics of Regulation and Antitrust*. Fourth Edition. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

os dos aeroportos de Viracopos, em Campinas/SP, e Confins, localizado na região metropolitana de Belo Horizonte/MG. No caso de Viracopos, o contrato impôs à concessionária a obrigação de construção de duas pistas de pouso e decolagem (PPD) adicionais até o final da concessão¹⁴. Em Confins, a obrigação de construção de uma segunda PPD no aeroporto foi determinada por meio de um limite temporal mais rígido – a pista deveria estar plenamente operacional até 31 de dezembro de 2020¹⁵.

Os investimentos prescritos nos contratos das primeiras rodadas refletiam as projeções de demanda utilizadas nos estudos de viabilidade, as quais se mostraram a posteriori excessivamente otimistas. À crise econômica iniciada no país a partir de 2014, seguiu-se uma retração no crescimento da demanda pelos serviços de transporte aéreo. Com isso, as concessionárias se viram em situação desafiadora, pois tinham obrigações de investimento incompatíveis com a movimentação de carga e passageiros observada nos ativos que administravam. Como consequência, além das dificuldades financeiras enfrentadas por algumas concessionárias, diversos investimentos realizados se converteram em infraestrutura ociosa.

A experiência das primeiras rodadas de concessões mostrou que o esquema de pagamentos de outorga era, em muitos aspectos, inadequado, pois as decisões tomadas no dia do leilão traziam repercussões para toda a vida do contrato. Em particular, é de se notar que o ágio do lance vencedor contaminava todos os pagamentos a serem feitos ao poder público, repercutindo sobre o fluxo de caixa da concessionária e suas disponibilidades, podendo, inclusive, a depender dos montantes envolvidos, comprometer a financiabilidade do projeto, dado que o atendimento dos *covenants* exigidos pelos financiadores normalmente considera a existência das outorgas¹⁶.

Ademais, dado que as outorgas eram pré-definidas e não guardavam qualquer relação com o desempenho efetivo do aeroporto, o risco de demanda, uma variável alocada ao operador aeroportuário, torna-se particularmente perigoso, já que as flutuações da demanda (às vezes bastante severas, como na crise brasileira dos anos 2015-2017 ou na

14 ANAC. Contrato de concessão - Aeroporto de Viracopos. Agência Nacional de Aviação Civil, 2012. Disponível em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas>>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

15 ANAC. Contrato de concessão - Aeroporto de Confins. Agência Nacional de Aviação Civil, 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/Confins>>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

16 Em particular, o BNDES calcula o Patrimônio Líquido Ajustado como sendo Patrimônio Líquido + Outorga do Passivo – Outorga do Ativo e o Ativo Total Ajustado como sendo Ativo Total – Outorga do Ativo. Disponível em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/leiloes-infraestrutura>. Acesso em 21 Agosto de 2021.

pandemia do Covid-19 em 2020-2021) repercutem diretamente sobre a receita da concessionária, mas não geram qualquer impacto no principal item de gasto da empresa.

Por isso, a quarta rodada (2017) manteve a definição das outorgas variáveis das rodadas anteriores, mas introduziu duas importantes inovações: (i) o redesenho do fluxo de pagamentos das outorgas fixas e (ii) o pagamento à vista do ágio do leilão.

O primeiro aprimoramento decorreu da observação do *stress* financeiro das concessionárias nos primeiros anos da concessão, quando tiveram que fazer grandes investimentos obrigatórios e, simultaneamente, pagar as outorgas decorrentes da concessão. Assim, em vez de um esquema linear com pagamento desde o primeiro ano, projetou-se uma curva de pagamentos que, após um pagamento inicial equivalente a 25% da soma simples das outorgas fixas anuais, concedia um período de carência de 5 anos, seguido do pagamento de outorgas fixas linearmente crescentes nos 5 anos subsequentes, até o atingimento do pagamento de outorgas “plenas”, quando o fluxo voltava a ser linear até o final da concessão.

Já o segundo aprimoramento buscou mitigar dois problemas já aludidos anteriormente. Primeiro: eliminar a contaminação financeira do leilão sobre a concessão, de forma a promover uma diminuição do risco do projeto e um aumento da sua financiabilidade pelos agentes financeiros privados. Segundo: fazer com que o ágio se tornasse um *sunk cost* do ponto de vista da concessionária (constituída após o leilão), aumentando o comprometimento dos acionistas com o negócio.

Na quarta rodada, o modelo regulatório também evoluiu no sentido de tentar promover uma precificação mais eficiente dos serviços de infraestrutura aeroportuária. Para tanto, a Anac manteve a função de definir os preços-teto, mas o operador aeroportuário passou a ser autorizado a majorar em até 100% a tarifa aeroportuária cobrada sobre determinado serviço. O gerenciamento deveria ser realizado de modo que a tarifa média fosse menor ou igual ao valor do teto estipulado pelo regulador. Como os aumentos precisam ser necessariamente compensados por reduções tarifárias, pretendia-se preservar o objetivo primordial da regulação de conter o poder de mercado do operador aeroportuário. Ademais, esperava-se que eventuais ineficiências alocativas decorrentes da rigidez tarifária pudessem ser reduzidas, pois, conforme mencionado anteriormente, as ineficiências do modelo tarifário de preço-teto podem provocar subinvestimento na infraestrutura, congestionamento dos componentes aeroportuários, além de inviabilizar soluções de mercado diretamente negociadas entre os agentes.

Outra mudança significativa que começou a ser experimentada na quarta rodada foi que os clausulados adotados nos contratos tornaram-se menos prescritivos em termos de investimentos. Tome-se, por exemplo, o caso do aeroporto de Salvador. A minuta de contrato submetida à consulta pública continha provisão que determinava ao futuro concessionário a obrigação de construção de uma segunda PPD no aeroporto¹⁷. No entanto, a versão final do documento publicada juntamente com o edital de licitação excluiu essa obrigatoriedade e vinculou o investimento a um gatilho de demanda pré-determinado¹⁸. Outro exemplo de mudança na abordagem prescritiva diz respeito à definição dos elementos aeroportuários obrigatórios, os quais deixaram de estar previstos nos contratos a partir da quarta rodada.

Como se pode observar, as mudanças promovidas na 4ª Rodada procuraram corrigir distorções identificadas nos anos anteriores e promover uma melhor precificação da infraestrutura aeroportuária, contribuindo para uma maior eficiência do setor. Em que pese tais iniciativas, alguns elementos permaneciam precários e uma mudança mais significativa foi efetivamente implantada nos anos subsequentes.

O estado da arte das concessões aeroportuárias foi fundamentalmente atingido nas concessões de 2019 e 2021 (5ª e 6ª Rodadas).

Inicialmente, cabe notar que a quinta rodada (2019) inaugurou o modelo de concessões em blocos, em um esquema que busca conceder à iniciativa privada ativos de portes e perfis distintos de modo que aeroportos que processam maior número de passageiros e cargas possam suportar a inclusão no bloco de outros menores, os quais, de forma isolada, não teriam viabilidade econômica para serem concedidos à iniciativa privada.

Com efeito, a modelagem em bloco busca promover um intercâmbio entre o valor de contribuição a ser pago à União e a gestão de um ativo deficitário, sem qualquer impacto negativo ao ativo de maior valor ou à modicidade tarifária e sem prejuízo dos investimentos estimados nos aeroportos. Isso porque, no modelo de concessão de ativos de forma individualizada, todo o valor “excedente” do projeto, o chamado valor presente líquido (VPL), é convertido em pagamentos a título de outorga para o Governo. Já na concessão em bloco, parte desse excedente é utilizado para a inclusão de um ativo “deficitário” na modelagem, diminuindo assim o VPL do projeto, e, por conseguinte, o valor das outorgas devidas.

17 ANAC. Audiência Pública nº 9/2016 (Quarta Rodada de Concessões). Agência Nacional de Aviação Civil, 2016. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/florianopolis/audiencias-publicas/audiencia-publica-no-9-2016>>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

18 ANAC. Contrato de concessão - Aeroporto de Salvador. Agência Nacional de Aviação Civil, 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/salvador>>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

Em relação ao modelo de pagamento das outorgas, a principal alteração realizada foi a eliminação da outorga fixa anual e a definição de que metade do VPL do projeto seria cobrado à vista como outorga inicial, enquanto o restante do valor do empreendimento seria eliminado pelo cálculo da outorga variável. Em outros termos: a outorga variável deixou de ser um input do modelo e passou a ser um *output* (a outorga variável necessária para zerar o VPL, já considerando o pagamento de um valor mínimo à vista). Nesse formato, o leilão seria vencido por quem desse o maior ágio sobre o valor mínimo inicial (com pagamento à vista), de modo a manter os ganhos regulatórios da quarta rodada.

Esse novo modelo manteve também o período de carência e o pagamento crescente nos primeiros anos da concessão, mas incorporou um compartilhamento de fato do risco da demanda (em que pese juridicamente ainda estar alocado ao concessionário), pois, dado que a concessionária apenas paga outorgas variáveis ao longo do tempo, com uma demanda menor, a receita bruta também acaba sendo menor, e o valor devido ao Governo também cai. Contrariamente, demandas mais elevadas levam a pagamentos pelo direito de exploração do ativo mais elevados.

Comparativamente ao formato de recolhimento das outorgas adotado nas primeiras concessões, o modelo regulatório utilizado nas últimas rodadas reduziu a possibilidade de atração de aventureiros, evitou o comprometimento do caixa da operadores aeroportuários pelos valores oferecidos no leilão e permitiu um efetivo compartilhamento do risco de demanda entre concessionário e Poder Concedente.

A partir da quinta rodada de concessões, a regulação baseada na definição de tetos tarifários foi deixada de lado, sendo introduzidos em seu lugar dois modelos alternativos: receita-teto (para os aeroportos com mais de 1 milhão de passageiros/ano) e preços monitorados (demais aeroportos). Quando comparados à regulação por preço-teto, ambos os modelos conferem ao operador aeroportuário maior autonomia para a gestão tarifária.

No modelo de tarifas monitoradas, parte-se do pressuposto de que os aeroportos menores, que possuem pouca importância dentro da malha aérea, não dispõem de suficiente poder de mercado a ponto de exigirem ação regulatória do Estado. Por outro lado, o modelo de receita-teto dos grandes aeroportos permite que o operador defina as tarifas praticadas e realize o gerenciamento tarifário que julgar conveniente, desde que atendidos alguns critérios específicos, como a não discriminação. Ocorre, no entanto, que a receita tarifária por passageiro a ser obtida no aeroporto é limitada pelo regulador. Com isso, introduz-se um forte incentivo à maximização do número de passageiros processados no aeroporto. Como a receita tarifária

total está limitada à quantidade de passageiros processados, apenas com o aumento nos passageiros é possível ao operador aeroportuário incrementar a receita tarifária do aeroporto.

A modelagem adotada nas duas últimas rodadas de concessão (quinta e sexta) acentuou a tendência de redução na prescrição de investimentos nos contratos de concessão. As obrigações de ampliação da infraestrutura passaram a estar vinculadas à movimentação efetivamente verificada no aeroporto. Como exemplo dos novos clausulados adotados, pode-se citar o excerto abaixo, extraído do contrato de concessão do aeroporto de Vitória¹⁹:

“6.1.1. Ampliar a capacidade de processamento de passageiros e bagagens no aeroporto, incluindo área de movimento de aeronaves, terminal de passageiros, estacionamento de veículos, vias terrestres associadas e outras infraestruturas de apoio, de modo a prover área e equipamentos adequados para processar no aeroporto, pelo menos, a demanda de passageiros na Hora Pico apurada nos 12 (doze) meses compreendidos entre o 5º (quinto) e o 16º (décimo sexto) mês da concessão, em embarque e desembarque;”

Ainda assim, em que pese os contratos tenham se tornado mais flexíveis, aliando as obrigações de investimento ao nível de serviço e à demanda observada no aeroporto, a prescrição de investimentos não foi inteiramente excluída. Nas concessões dos aeroportos de Recife (quinta rodada) e Curitiba (sexta rodada), investimentos não vinculados à demanda do aeroporto foram incluídos nos contratos. De todo modo, em contraste com as primeiras rodadas, a existência de investimentos prescritivos nos contratos tornou-se uma exceção no atual modelo regulatório das concessões aeroportuárias.

Por fim, cabe mencionar a 7ª (e última) Rodada de Concessão, atualmente em andamento. Com o Decreto nº 10.635, de 22 de fevereiro de 2021, foram incluídos no PND os últimos aeroportos outorgados à Infraero: Santos Dumont (SBRJ), Uberlândia (SBUL), Montes Claros (SBMK), Jacarepaguá (SBJR), Uberaba (SBUR); Belém (SBBE), Macapá (SBMQ), Santarém (SBSN), Marabá (SBMA), Carajás (SBCJ), Altamira (SBHT); Congonhas (SBSB), Campo Grande (SBCG), Campo de Marte (SBMT), Corumbá (SBCR) e Ponta Porã (SBPP).

Com efeito, espera-se que a realização do leilão ocorra ainda em meados de 2022, quando todos os aeroportos então outorgados à empresa

19 ANAC. Contrato de concessão - Bloco Sudeste. Agência Nacional de Aviação Civil, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/bloco-sudeste>>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

estatal federal no início da década passada passarão para a gestão privada, sob as regras dos contratos de concessão e fiscalizados pela ANAC.

4. CONCLUSÃO

Ante a dinamicidade do setor aeroportuário, indispensável uma constante vigilância por parte dos gestores públicos, de forma a aperfeiçoar e compatibilizar as mudanças decorrentes desta constante evolução com os instrumentos de outorga em vigor.

Nesse sentido, além de todo o exposto, importante destacar recente ação da Anac e do MInfra que busca a criação de regras mais modernas para simplificar, desburocratizar e atrair investimentos para o setor de aviação civil brasileiro. Trata-se do programa intitulado “Voo Simples”²⁰, que contempla mais de 60 (sessenta) ações que tem como objetivos simplificar processos administrativos, aumentar a qualidade de prestação de serviços para os entes regulados, modernizar a frota brasileira, eliminar barreiras de oportunidade, reduzir custos administrativos e estimular a indústria nacional²¹.

Entre estas ações e considerando o tema deste artigo, pode-se destacar medidas que estão em curso e que visam permitir a exploração comercial de aeródromos privados na Lei nº 7.565/1986, com consequente alteração do art. 30, inciso II do CBA. Ainda, tem-se em estudo, uma possível flexibilização das regras contidas no Decreto nº 7.871/2012, com vistas a aumentar o rol de possibilidades para a operação de serviços aéreos em aeroportos autorizados.

Portanto, em que pese os futuros desafios a serem enfrentados no setor de aviação civil, certo é que muito já se fez nesta década, especialmente no que se refere às outorgas aeroportuárias, pois desde a regulamentação e definição do modelo de exploração dos aeródromos civis públicos até a implementação deste, o que se observa é um trabalho árduo e de constante aprendizagem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). *Audiência Pública nº 9/2016 (Quarta Rodada de Concessões)*. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/florianopolis/audiencias-publicas/audiencia-publica-no-9-2016>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

²⁰ ANAC. Portaria nº 2.626, de 7 de outubro de 2020.

²¹ ANAC. Voo Simples. Agência Nacional de Aviação Civil, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/voo-simples>. Acesso em 23 Agosto 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). *Cadastro de Aeródromos públicos*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulados/aerodromos/lista-de-aerodromos-civis-cadastrados>. Acesso em: 23 Agosto 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). *Concessões*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes>. Acesso em: 23 Agosto 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). *Contrato de concessão - Aeroporto de Viracopos*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas>. Acesso em: 21 Agosto 2021

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). *Contrato de concessão. Contrato de concessão - Aeroporto de Confins*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/Confins>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). *Contrato de concessão - Aeroporto de Salvador*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/salvador>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). *Contrato de concessão - Bloco Sudeste*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/bloco-sudeste>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). *Portaria nº 2.626, de 7 de outubro de 2020*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/voos-simples>. Acesso em: 23 Agosto 2021.

BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Disponível em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/leiloes-infraestrutura>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 6.373, de 14 de fevereiro de 2008*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6373.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6780.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 7.531, de 21 de julho de 2011*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7531.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7624.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 7.871 de 21 de dezembro de 2012*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7871.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 7.896, de 1º de fevereiro de 2013*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7896.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 8.517, de 10 de setembro de 2015*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8517.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 8.710, de 14 de abril de 2016*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8710.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 9.180, de 24 outubro de 2017*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9180.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 9.972, de 14 de agosto de 2019*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9972.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto nº 10.635, de 22 de fevereiro de 2021*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10635.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Exposição de Motivos Interministerial nº 31/MP/MD/MF/MJ/CCivil-PR*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/

Exm/EMI-31-MP-MD-MF-MJ-CCIVIL-PR-Mpv527.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6009.htm. Acesso em 23 Agosto 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12379.htm. Acesso em: 21 Agosto 2021.

BRASIL: Ministério da Infraestrutura (MINFRA). *Outorgas Aeroportuárias*. Disponível em <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-aereo/outorgas-aeroportuarias>. Acesso em: 23 Agosto 2021.

BRASIL. Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC-PR). *Portaria SAC-PR nº 183, de 14 de agosto de 2014*. Disponível em https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/centrais-de-conteudo/portaria_no_183_de_14_ago_2014_-_aprova_o_plano_geral_de_outorgas_pgo.pdf. Acesso em: 23 Agosto 2021.

BRASIL. *Sistema HÓRUS*, mantido conjuntamente pela Secretaria de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura (Sac/Minfra) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Disponível em <https://horus.labtrans.ufsc.br/gerencial/?auth=s#Principal>. Acesso em: 21 Agosto 2021.

PACHECO, José Da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VISCUSI, W. K.; HARRINGTON, JR., J. E.; VERNON, J. M. *Economics of Regulation and Antitrust*. Fourth Edition. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 19/11/2021

TWO REGIMES FOR AIR CARRIER LIABILITY: PARALLEL LIVES

DOIS REGIMES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO TRANSPORTADOR AÉREO: VIDAS PARALELAS

Norberto Ezequiel Luongo

Advogado com LLM. e Doutorado em Direito do Ar e Espaço pela McGill University, em Montreal-Canadá. Primeiro vice-presidente do Comitê Jurídico da OACI, sendo Árbitro do Tribunal de Aviação no Centro de Arbitragem de Xangai e Instrutor qualificado pela OACI em Direito Aéreo. Possui uma carreira acadêmica prolífica como professor de Direito Aéreo e autor de vários livros.

SUMMARY: Introduction; 1 Carrier liability: the international legal regime; 2 Clouds in the horizon; 3 A perfect storm. 4 A fork stuck in the road; 5 The reasons behind a success and a failure; 6 Conclusion; 7 Bibliography.

ABSTRACT: The early efforts of the international community to establish a uniform carrier liability regime applicable to international air transportation were reflected in two separate but similar regimes: one for compensation of damages caused to passengers and goods transported on board the aircraft (the Warsaw System), and other for compensation of damages caused to people and things located on the ground (the Rome/Montreal System). They shared similar characteristics and at some point went into a grave crisis. However, while one of them managed to overcome the difficulties, the other seems doomed not to be able to succeed. This article intends to explain the reasons behind both phenomena.

KEYWORDS: International Air Transport. Carrier Liability. Warsaw System. Montreal Convention of 1999. Damages to Third Parties on the ground. Rome Conventions of 1933 and 1952. Montreal Conventions of 2009: The Unlawful Interference Compensation Convention and General Risks Conventions.

RESUMO: Os primeiros esforços da comunidade internacional para estabelecer um regime uniforme de responsabilidade dos transportadores aplicáveis ao transporte aéreo internacional foram refletidos em dois regimes separados, mas semelhantes: um para indenização por danos causados a passageiros e mercadorias transportadas a bordo da aeronave (Sistema de Varsóvia), e outro para indenização por danos causados a pessoas e coisas localizadas no solo (Sistema Roma/Montreal). Eles compartilhavam características semelhantes e em algum momento entraram em uma grave crise. No entanto, enquanto um deles conseguiu superar as dificuldades, o outro parece condenado a não conseguir ter sucesso. Este artigo pretende explicar as razões por trás de ambos os fenômenos.

PALAVRAS-CHAVE: Transporte Aéreo Internacional. Responsabilidade do Transportador. Sistema de Varsóvia. Convenção de Montreal de 1999. Danos a Terceiros em Solo. Convenções de Roma de 1933 e 1952. Convenções de Montreal de 2009: Convenção de Compensação de Interferências Ilícitas e Convenções Gerais de Riscos.

INTRODUCTION

The regime of liability for damages caused by the operation of aircraft attracted the attention of the international community very early in the history of aviation. The first efforts to deal with such problem were aimed at trying to establish a universally applicable regime that could respond to the needs of a fledgling aviation industry, exposed not only to safety hazards but also to economic risks. Two different regimes were born, both aimed at establishing the responsibilities of the air carrier, one in relation to damages caused to persons and goods being transported by air, and the other related to damages caused to people and goods located on the land surface, as well as the compensations that should be paid in each case.

It can be stated that, shortly after their entry into force, both regimes were the target of criticism and problems that negatively affected the degree of their acceptance by the community of States. This problem only increased over time, confronting both systems at a sort of a crossroad that could mark their future forever, success or doom.

Guided by the best of intentions, the international legal community tried to find a remedy to such a situation, although the result was very different for each of the systems.

This article intends to discover and analyze the reasons that explain such dissimilar results.

CHAPTER ONE

CARRIER LIABILITY: THE INTERNATIONAL LEGAL REGIME

1. BIRTH AND KEY FEATURES OF THE CARRIER LIABILITY SYSTEM.

The Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, signed on October 13, 1929 in Warsaw, Poland, and commonly known as “The Warsaw Convention”, was born with the objective of creating a unified system to be applied to the compensation of damages suffered by passengers and goods (baggage and cargo) transported by air, and to determine what the responsibility of the air operator in those cases would be.

This system was designed in a very particular way, its most recognizable feature being the so-called “limitation of carrier liability”. In fact, the Warsaw Convention does not limit liability in a strict sense, but rather sets instead a limitation to the compensatory debt to be paid,

so that in some cases such compensation may be less than the actual damage caused by the carrier. Such limitation did not mean anything other than the following: once it was established that the carrier is legally responsible for the production of the damage, the amount that it must pay to the victims will be capped, thanks to pre-established limits contained in the Warsaw Convention, and even when the damages caused amount to a higher value, the carrier will not be obliged to pay any sum above that fixed in such monetary limits, except for some exceptional cases.¹

This singularity can be adequately understood when the economic and technical situation of the aeronautical industry at the time when the Warsaw Convention was drafted is taken into account. The commercial transportation of passengers and goods by air was a completely new business venture, which had to fiercely struggle to compete with railroad and maritime transportation systems. Also, the airlines faced a high rate of accidents, due to the precariousness of the technical equipment available at that time. Therefore, in order to survive, the carriers needed to limit the amount of compensations to be paid, for that would not only prevent the submission of too high claims, but would also reduce the amount of litigation and, at the same time, reduce the cost of the insurance premiums.

As a counterweight to this limitation, and with the aim of achieving a basic level of protection for the passengers, the Warsaw Convention established a system of “presumed fault”, meaning that it is no longer the passenger or claimant who must prove the fault of the carrier. Instead, the carrier is presumed to be guilty of a fault and can be exonerated only if it proves that it and its agents have taken all necessary measures to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures.² Indeed, that represented a positive step in favor of the users of the commercial air services, since in view of the technical and operational complexity of aviation the claimant would find it very difficult to produce the necessary evidence of the carrier’s fault.

During its first two decades of life, the Warsaw Convention served its purpose satisfactorily, reducing legal claims and achieving an acceptable degree of legislative uniformity. In fact, many States replicated this liability system in their own national legislation, applying it to domestic air transportation. Another peculiarity of the new legal regime, which also marked a significant difference with respect to the ordinary tort law system, is the fact that not every damage that may occur in air transportation

¹ Art. 25.

² Arts. 20 and 21.

was covered by the Warsaw Convention. In fact, its protection extends only to air carrier liability for:

1. Death, wounding and other bodily injury of the passenger,
2. Destruction or loss of or damage to baggage and cargo, and
3. Damaged caused by delay in the carrier of passengers, baggage and cargo.

The rest of the so-called “aerial misfortunes”, which today are the subject of protection of the legal plexus known as “passenger rights”, was absent from the text of the Warsaw Convention.

2. THE “DAMAGES ON THE SURFACE” ISSUE.

Paradoxically, the subject of the very first recorded judicial decision in the field of air law, *Guille v. Swan*,³ was not any of those events “protected” by the Warsaw Convention: in 1822 Mr. Guille’s balloon went out of control and landed on Mr. Swenson’s property causing some damage in the vegetable garden. Moreover, scores of onlookers rushed to the garden –either in an effort to help or simply out of curiosity– and damaged the fences, flowers and vegetable. Mr. Guille was found strictly liable not only for the damage caused directly by his balloon but also for the damage caused by the crowd since the attraction of a curious crowd was regarded as a logical consequence of the uncontrolled landing.

As noted:⁴

“[a]t the first glance, this type of accidents does not create difficult problems of applicable law or jurisdiction that would have to be solved by unification of law. In the theory of conflict of laws this type of damage would be governed by the law of the place where the damage was caused (*lex loci damni commissi*) and the court in that place would have jurisdiction. However, problems could arise if the damage is caused by a foreign airline; would the judgement of the local court be recognized and enforced in the country of the aircraft operator’s residence or principal place of business? Would there be

3 Cited by MILDE, Michael, *International Air Law and ICAO*, Eleven International Publishing, The Hague (The Netherlands), 2nd. Edition, pp. 300-301 [herein after: MILDE, International...].

4 *Ibidem*.

a guarantee that sufficient funds would be available to compensate for the damage?”

Of course, these questions were not overlooked by the drafters of the Warsaw Convention, but they preferred to put them aside for a special study and to be included in a different piece of legislation. It was a well-founded decision both from the point of view of the facts and the legal technique. First of all, the scenarios were different: while the Warsaw Convention dealt with damages caused to persons or goods transported by air, the second case involved injuries or death of people and damage to things placed on the ground, and for this reason they are called “third-parties on the surface”.

Also, it follows that the legal relationship between the victims and the carrier is quite different as well. In the first case, what we have is a typical contractual relationship: the passengers, their baggage and the cargo are transported by virtue of the previous conclusion of a specific agreement. In the contract of transport, both parties assume an obligation: the users of the service, the payment of a fee, and the carrier, to carry the passengers, their luggage and the cargo to their destination timely and safely. In the second case, on the contrary, there is no contractual relationship at all between the victims and the carrier, and the operation of the aircraft, most of the time, goes unnoticed by the potential victims, until the injury, death or damage occurs.

It is for these reasons that, as soon as the process of adopting the Warsaw Convention was concluded, the international legal community began to elaborate a different legal instrument, the objective of which would be to regulate the liability of the air carrier with respect to damages caused to these third-parties on the surface.

3. THE 1933 ROME CONVENTION

The problem attracted the attention of CITEJA⁵ by 1930, and an International Conference on Private Law was convened in Rome. As a result of this meeting, the Convention *for the Unification of Certain Rules*

⁵ *The Comité International Technique d'Experts Juridiques Aériens* (CITEJA) was created pursuant to a recommendation adopted at the First International Conference on Private Air Law, held in Paris in 1925, to develop a code of private international air law through the preparation of draft international conventions for final adoption at periodic international conferences on private air law. Four International Conferences on Private Air Law were held until the war interrupted the work of CITEJA. The 1st Session of the ICAO Assembly, held in Montreal from 6 to 27 May 1947, adopted Resolution A1-46 creating the Legal Committee as permanent body of the Organization replacing the CITEJA.

Relating to Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties was adopted on 29 May 1933.

The 1933 Rome Convention did not achieve wide acceptance and it was expressly overtaken by its successor, the 1952 Rome Convention (see below). Nevertheless, the 1933 Rome Convention established some fundamental principles that were either reproduced in later documents or served as the ground for future legal elaborations. Among them were the following:

- Liability attaches to the operator of the aircraft
- Strict liability is imposed on the operator of the aircraft.
- The operator can be exonerated only if he proves intervention of a third party
- Liability is limited to sums depending on the weight of aircraft.
- Such limitation is expressed in a “gold clause” (French gold franc).
- One third of the compensation to be reserved for material damage, two-thirds to persons with a limit of 200,000 francs per person killed or injured
- A financial guarantee must be obtained by each aircraft operator in international operations.

CHAPTER II

CLOUDS IN THE HORIZON

II.1.

As mentioned, liability represented the core subject of the Warsaw Convention, where the liability of the carrier is based on its fault (intention or negligence), and such fault is presumed. However, this element favorable for the claimant was counterbalanced by the imposition of monetary limits of liability. This is why the Warsaw Convention is regarded as having established a *quid pro quo system*.

However, as the aeronautical industry evolved, the public's perception of the compensation limits established in the Warsaw Convention changed; although they were initially deemed necessary, they began to look unreasonable and unsustainable over time.

The currency unit adopted by the Warsaw Convention was the 1927 "Poincaré" gold franc, and the limit of liability for death, wounding or other bodily injury of a passenger was set at 125,000 francs. Between 1929 and 1968 (when the US dollar was pegged at USD 35 per Troy ounce of pure gold), that represented USD 8,300. To make things worse, it must be remembered that this amount was in no way a "lump sum" payable under any circumstance; the claimant had to prove that the damage equaled or exceeded that amount of the limit. Otherwise, only the proven amount of damage was recoverable.

The discontent of the international community with these limits -especially in those countries where levels of prosperity and standards of living would increase year after year- grew.

This crisis was replicated in its "sister system", that of damages to third parties on the surface, due to their similarities in this regard. Under the 1933 Rome Convention the claimant had to accept limits of liability and the amount of 200,000 francs was only marginally above the Warsaw limit of 125,000 for passengers -persons who knowingly and willingly entered into the contract of carriage with its intrinsic risks.

To tackle this issue, CITEJA prepared a further document complementing the Rome Convention on matters of insurance guarantee, the "Brussels Protocol", which was ratified by only two countries (Brazil and Guatemala).

II.2.

At its very first Assembly, held in 1947, ICAO requested the Legal Committee (the then novel replacement for the CITEJA) to resume the studies on liability to third parties. Consequently, a draft convention was prepared and presented to a Diplomatic Conference, again convened in Rome from September 9 to October 7, 1952. As a result of the deliberations, the *Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface* was adopted. The key features of this convention were:

- Strict liability that attaches to the operator of the aircraft: the victim on the surface is entitled to compensation upon proof

only that the damage was caused by an aircraft in flight or by any person or thing falling therefrom.

- The liability is guaranteed by detailed provisions on security or operator's liability
- Single forum jurisdiction: all claims must be brought to courts in the State where the damage occurred and all claims are to be consolidated for disposal in a single proceeding before the same court.
- The judgment is to be recognized and enforced in other Contracting States.

With respect to the Warsaw Convention, after extensive studies conducted within the ICAO Legal Committee, a Diplomatic Conference was called in 1955 at The Hague, and a protocol to amend the Warsaw Convention, generally referred to as "The Hague Protocol of 1955" was adopted. The protocol would insert new text into the original convention, modify some provisions and delete some others. The result is that the protocol cannot stand by itself but must be read together with the original convention as a single instrument. The primary object of the amendment was to increase the limits of liability with respect to passengers.⁶ These limits were considered, in particular in the United States, to be outdated and unrealistically low. The US delegation wished to have the limit of liability with respect to passengers increased at least the equivalent of USD 25,000 but most delegations from the developing world considered such an amount excessive. A compromise was reached to double the Warsaw limit of 125,000 francs to 250,000 francs, equivalent to some USD 16,600. No change was made in limits with respect to baggage, personal effects and cargo.

III.3.

The Rome Convention of 1952 is still in force, but it did not attract many ratifications. Only 51 out of the 193 ICAO member States did in fact ratify it, and that number did not even include major powers like the United States, the United Kingdom, Germany or Canada. With the exception of Italy, Russia and the UAE no major aviation country is party

⁶ Art. 17 of the Warsaw Convention.

to the Convention. The reasons for this rather spectacular lack of interests may be listed as follows:

1. The limits for compensation were considered too low. Like in the 1933 Convention, the limits established in the 1952 Rome Convention are tied to the weight of the aircraft (in a scale of five weight categories), a very unconvincing benchmark because even a very light aircraft may cause extensive damage if it crashes against sensitive targets such as gas works, oil refineries, nuclear plants, etc. The specific limit for death or personal injury is set at 500,000 francs. Moreover, this sum may be reduced “proportionately” when the sum of all claims exceeds the overall limit. The maximum limit for any event was established at 10,500,000 francs (USD 773,850) plus 100 francs (USD 7.37) for each additional kilogram.
2. The limits for compensation were considered unfair. As indicated in the Preamble of the Convention, the limitation is clearly aimed at the protection of the infant industry and it is the innocent victims on the ground that are expected to “subsidize” the development of international air transport.
3. It was considered that the States’ national legislations provided adequate safeguards for the interests of third parties on the surface. Therefore, the international community felt that there was no need for international rules on the subject.
4. The convention did not deal with problems such as noise, sonic boom or nuclear damage.
5. The convention provided for just one jurisdiction forum.

CHAPTER III.

A PERFECT STORM.

None of the responses crafted by the international community to face the growing difficulties faced by the liability systems (both the one referring to damages caused to passengers and goods transported by

air and the one dealing with damages to third-parties on the surface) presented a real solution. It can be argued that, at best, they only provided a temporary relief.

III.1.

THE WARSAW SYSTEM.

The limit of 250,000 francs established in The Hague Protocol did not meet the needs of the United States with its high cost of living, and other States in due course came to the same position as the Americans.

A notorious discontent spread throughout much of the world and, consequently, numerous public international law agreements (conventions and protocols) were adopted, one after another, almost always receiving the same criticism as their predecessors, focusing on the fact that the new compensation limits were still low, and also because of their rapid deterioration due to inflation. These instruments, which together made up the so-called “Warsaw System”, were the following:

- The Warsaw Convention of 1929.
- The Hague Protocol of 1955.
- The Guadalajara Convention of 1961.
- The Guatemala Protocol of 1971.
- The Montreal Protocols 1, 2, 3 and 4 (1975).

So insufficient were those efforts that it was the industry itself that had to come to the aid of the system, giving rise to another series of agreements -this time of a private nature- and other domestic legislation with application limited to certain subjects or time frames. These include:

- The Montreal Agreement of 1966.
- The Malta Agreement of 1974.
- The Italian Constitutional Law No. 274 (1988).
- The Japanese Initiative of 1992.

- The IATA Inter-carrier Agreements (1995-1996).
- The European Union Regulation 2027/97.

In both cases, all these instruments were not much more than palliatives, most of which were short-lived.

III.2.

THE ROME/MONTREAL SYSTEM.

To tackle problems similar to those faced by the Warsaw System, a conference met at Montreal and focused its attention (again!) on the amounts of limits of liability. The result of the deliberations was the adoption of the *Protocol to Amend the Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface*, signed at Montreal on 23 September, 1978.

One of the positive contributions of the Protocol is the adoption of the Special Drawing Rights (SDRs)⁷ as the yardstick of values.

The low number of ratifications of the Rome Convention mainly had to do with the fact that great aviation nations such as the United States and Great Britain do not have any maximum liability amounts for third-party damages. Therefore, the revision efforts mainly aimed at liability amounts that would be acceptable to those States. However, the limit of 125,000 in respect of loss or life or personal injury per person killed or injured fell short of the expectations of most States. This conclusion is even more striking when it is taken into account that:

1. By 1978 many leading airlines had unilaterally increased their liability to passengers -who are willingly by contract part of the flight and its risk- to 100,000 SDRs via the private agreements mentioned in the paragraph above, and.
2. The passengers could manage their share of the risk by purchasing additional personal insurance.

Dr. Milde's assessment of the then recently adopted Protocol was prophetic indeed:

⁷ The Special Drawing Right (SDR) is an international reserve asset, created by the IMF in 1969 to supplement its member countries' official reserves. The value of the SDR is based on a basket of five currencies—the U.S. dollar, the euro, the Chinese renminbi, the Japanese yen, and the British pound sterling.

“It is to be hoped that the adoption of the Montreal Protocol of 1978 will lead to a somewhat wider acceptance of the Rome Convention of 1952. However, it is highly unlikely that the Convention as amended will ever attain a wide or nearly universal acceptance because the principle of limitation of liability with respect to third parties on the surface does not appear acceptable in the legislation of the many States. In general, since the first Rome Convention of 1933 States have shown considerable reluctance to become parties to a Convention on the unification of law in a field which, fortunately, deals with extremely rare occurrences and where there are no insurmountable problems of conflicts of law or conflicts of jurisdiction”.⁸

At the end of the Diplomatic Conference, this protocol was signed by nine delegations only. Today, the Protocol is in force only for 12 States, among them only Brazil is a major aviation State.

CHAPTER IV

A FORK STUCK IN THE ROAD

Towards the end of the last century the situation with regard to the liability system for damages arising from international air transport had become absolutely chaotic, and it faced a point of no return. Two situations acted as catalysts to provoke what was to be a Copernican twist that could mean putting an end to this mess once and for all, safely and efficiently.

IV.1.

THE WARSAW SYSTEM.

Under the Warsaw System, the limits of liability had long ago proven inadequate and unrealistic for many States. An unrequested attempt to alleviate this problem was the action taken by many Courts which often accepted a creative interpretation of the conventions and protocols, a “most undesirable judicial “amendment” of the real aim”⁹ of such instruments. Moreover, some initiatives like the “Montreal Agreement of 1966”, a private agreement between the airlines and the US authorities setting a limit of USD 75,000 per passenger’s death or injury for any flights to, from or through the territory of the USA, represented a *de facto* amendment

⁸ MILDE, Michael, “Tenth International Conference on Air Law”, *Air Law*, Vol IV (1979), pp. 41-44.

⁹ MILDE, International..., page 286.

of the international legal regime. The agreement was supposed to be an “interim solution” that, in fact, lasted for over thirty years!

The lack of any substantive and enduring progress in the process of modernization of the Warsaw System caused major dissatisfaction and frustration to governments and airlines alike. As mentioned, a series of unilateral actions were taken for practical application to break the deadlock reached in international law-making.

As Dr. Milde brilliantly explained:

“Unilateral actions of airlines, States or group of States created a *de facto* massive amendment of the Warsaw system but had a fundamental flaw: they could modify the practical application of the provisions relating to the limit of liability (which is permitted by article 22 (1) of the Convention as a “special contract”). However, they cannot amend any substantive provision of the Convention that in itself has “imperative” nature.¹⁰ Thus the unilateral action would remain “attached” to the underlying existence and peremptory provisions of the Warsaw system. That Convention can be amended only in accordance with the rules of international law.¹¹ No amount of unilateral or collective “patchwork” can replace the appropriate process of amendment of the Convention and establish a solid international legal regime to be applied uniformly by the courts of law”.¹²

Shortly after the industry adopted a new private instrument –the Passenger Liability Agreement of 1995- that ICAO decided to take action to elaborate a definite solution that would be able to put an end once and forever to that chaotic status quo. The Legal Committee was trusted with the task to study the modernization of the whole Warsaw System, being that the starting point of a long and controversial path that eventually led to the adoption of the Convention for the *Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*, signed at Montreal on 28 May 1999, commonly referred to as the “Montreal Convention of 1999”, the international legal instrument that currently governs the system of carrier liability and that proved successful where many others failed before.

10 Article 32 of the Convention declares “null and void” any special agreement or clauses purporting to infringe the rules laid down by the Convention.

11 Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 – Part IV – Amendments and Modifications of Treaties, Articles 39-41.

12 MILDE, *International...*, page 296.

IV.2.

THE ROME SYSTEM.

Things went quite differently for the legal regime on damages to third parties on the surface. Although the shortcomings of this system (and particularly the limitation of the liability of the carrier established there) had been spreading discontent among the States since its inception, the issue did not seem to cause a major problem to the international community, nor did it require extreme and urgent measures to remedy it. This is explained by the low acceptance that the system had achieved (51 ratifications for Rome 1952 and only 12 for the Montreal Protocol of 1978), a situation determined by the lack of enthusiasm generated by these instruments as a result, precisely, of the shortcomings mentioned.

However, a particular event came to place the system at a totally unforeseen crossroads. On the morning of Tuesday, September 11, 2001, the Wahhabi Islamist terrorist group Al-Qaeda conducted a series of four coordinated terrorist attacks. Four commercial airliners were hijacked in mid-flight. Two of the planes crashed into the two towers of the World Trade Center complex in Manhattan (New York City), both of which collapsed. A third flight was crashed into the west side of the Pentagon (the headquarters of the American military) and the fourth plane, initially flown toward Washington, D.C., crashed into a field in Pennsylvania after a struggle between passengers and hijackers.

The attacks resulted in 2,977 fatalities, over 25,000 injuries, and substantial long-term health consequences, plus at least \$10 billion in infrastructure and property damage, and remains the deadliest terrorist attack in human history.

Another consequence of the attacks was that risk management became a major problem for airlines around the world. The aviation insurers invoked the overlooked “seven-day-clause” in the policies, and as of 23 September 2001 canceled all war and terrorism clauses from the aviation insurance policies. The lack of available insurance for third party risk would have forced many airlines to be grounded, but some States stepped in with government guarantees.

The total amount of compensation paid to the victims of the September 11, 2001 terrorist attacks (individuals killed or seriously injured and people and businesses affected by the event) reached over USD 38 billion, with insurance companies and the federal government providing more than 90 percent of the payments.¹³

13 Dixon, Lloyd and Rachel Kaganoff Stern: “*Compensation for Losses from the 9/11 Attacks*. Santa Monica”, CA: RAND Corporation, 2004. <https://www.rand.org/pubs/monographs/MG264.html>.

IV.3.

ICAO'S RESPONSE TO THE 9/11.

The impact of the 9/11 attacks was felt throughout the world and many governments had to bail out their national airlines from the brink of bankruptcy by massive cash and loan subsidies. ICAO attempted to facilitate the availability of third-party insurance by devising a plan that could serve as an alternative to commercial insurance for airlines.

The proposal “*ICAO Global Scheme on Aviation War Risk Insurance*”, generally known as “Globaltime”, would have set up a non-profit Insurance Entity collecting premiums payable by passengers and compensation to third parties on the surface, in cases of aviation terrorism, and would be guaranteed by the participating governments. The scheme would become operational once States responsible for 51% of the contributions to the ICAO budget confirm their participation. That threshold was never reached since, inter alia, the then largest contributors (the United States and Japan¹⁴) did not join.

The 32nd session of the Legal Committee concluded that the situation required more work. Little enthusiasm was indicated for any modernization of the 1952 Convention although the special problem of incidents caused by terrorist acts proved to be somewhat more attractive. The result of these studies were two draft conventions, and the 33 Legal Committee and the ICAO Council considered in 2008 that both drafts were sufficiently mature to go to a Diplomatic Conference.

Nevertheless, the Diplomatic conference adopted and opened for signature with little enthusiasm two instruments:

1. *The Convention on Compensation for Damage Caused by Aircraft to Third Parties, in case of Unlawful Interference*, referred to as the “Unlawful Interference Compensation Convention”. As its name indicates, this instrument deals with liability and compensation when the damages on the surface are direct consequence of an act of unlawful interference against an aircraft in flight.
2. *The Convention on Compensation for Damage Caused by Aircraft to Third Parties*, referred to as the “General Risk Convention”. This instrument deals with liability and compensation where there is no unlawful interference.

¹⁴ Today the second largest contributor to the ICAO budget is China.

Both instruments attach strict liability to the operator upon condition only that the damage was caused by an aircraft in flight. The choice to present the text divided into two independent conventions was based more on political than legal reasons, since it was considered that in this way it would be easier to obtain more ratifications by the States. In the initial phase of negotiations it was already clear that developed countries were more interested in approving an agreement that would address the problem of terrorism, while another group of States, particularly Latin American and African countries, focused their efforts on regulating the compensation for damages derived from general risks. Some authors have spoken out against this split into two texts, arguing that the possibility of catastrophic damage is not reduced to terrorism cases (you can think of an aircraft that crashes into a sport stadium full of people, or a mid-air collision of two aircraft with passengers on board), and therefore it is not well understood why the International Fund is restricted to the terrorist events only.¹⁵

The Unlawful Interference Compensation Convention was the main task of the Diplomatic Conference, and is applicable in the case of an “event” –defined as an occurrence when damage results from an act of unlawful interference involving an aircraft in flight on an international flight.¹⁶ The operator is liable for the direct consequences of the event and damages due to death, bodily injury and mental injury are compensable. Damage to property is also compensable. In a creative contribution that was missed in the 1999 Montreal Convention damages due to mental injury are expressly compensable but “only if caused by a recognizable psychiatric illness resulting either from bodily injury or from direct exposure to the likelihood of imminent death or bodily injury”.¹⁷

Since the limit of liability of the operator would be insufficient to fully compensate all potential victims the Convention created a complex and convoluted mechanism called “The International Civil Aviation Compensation Fund”, an international organization invested with international legal personality and made of the States parties.

The “International Fund” would be financed by contributions collected by the operators in respect of each passenger and each ton of cargo on an international commerce flight from an airport in a State Party.

15 TULLIO, L., “La regressione del sistema de responsabilità per i danni a terzi sulla superficie”, *Diritto dei Trasporti*, 2008, I, p.3; BUSTI, S., “I progetti di nuova normative internazionale uniforme sui danni cagionati a terzi dal volo di aeromobile: evoluzione o involuzioni?”, *Nuovi profili di responsabilità e di assicurazione nel diritto aeronautico*, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 125.

16 Art. 1.b).

17 Art. 3.3.

States are even bound to impose sanctions to ensure that an operator fulfills its obligation to collect and remit the contributions to the International Fund. The Convention would thus impose on the aircraft operators a new and tedious duty that is unrelated to their primary task to provide transportation services. Passengers and shippers of the cargo would be by their contributions carrying the burden of financing the compensation to victims not only in their own country but anywhere an “event” were to take place.

The maximum amount of compensation available from the Fund would be 3 billion SDRs for each event - a very high amount of money but not even 1/3 of the overall compensation paid by the US authorities after 9/11. That could still result in incomplete compensation of the victims of a major “event”, leaving innocent third parties in a less advantageous position compared with the passengers under the 1999 Montreal Convention who can expect compensation without any monetary limit (see below).

“To meet the complex regime of liability and compensation and the International Fund effective, the Convention would enter into force only after some rigorous conditions are met: it would enter into force on the 180th day after the deposit of the 35th instrument of ratification, acceptance, approval or accession on condition that the total number of passengers departing in the previous year from airports of such ratifying States is at least 750 million as appears from the declarations made by such States. That means that the convention will enter into Force only if the 35 ratifying States would account for at least one-third of the entire world passenger traffic. The conditions for the entry into force were made very difficult as if the authors wished the Convention never to be applied...”¹⁸

The General Risk Convention was a secondary task, but considered useful guidance for some States that do not have any domestic legislation dealing with third party liability of aircraft operators. It is merely a modernized 1952 Rome Convention as amended in 1978 at Montreal and there was no convincing reason for its adoption. It attaches liability for damaged sustained by third parties upon condition only that the damage was caused by an aircraft in flight on an international flight, other than as a result of an act of unlawful interference. The operator’s liability is limited in the same manner as in the first Convention, based on the mass of the aircraft involved up to 700 million SDRs for the heaviest aircraft. There is no provision for an additional compensation fund and the compensation

¹⁸ MILDE, *International...*, pp. 308-309.

of victims remains limited –a situation contrary to natural justice when liability for passengers is unlimited under the 1999 Montreal Convention.¹⁹

None of these conventions is yet in force.²⁰ Again, it seems another prophecy from Dr. Milde will be fulfilled: “These two instruments did not contribute to the development of codified international air law. In all probability they will remain only a momentum to good indications that were misdirected.”²¹

CHAPTER V.

THE REASONS BEHIND A SUCCESS AND A FRUSTRATION.

It was anticipated above in this paper that the Warsaw System found its way out of the labyrinth it had built itself through a radical solution: quitting the old system and replacing it with a single and innovative instrument, commonly known as the Montreal Convention of 1999. This Convention was able to succeed where all the others had failed, and it became one of the most successful unifications of private international law, to the point that today its rules govern the vast majority of international air transport.²²

There are several reasons for this success, but without a doubt the main one is to have nipped at the root the problem of the constant deterioration of compensation limits. This was obtained in two ways. First, all limitations in the compensation for the most serious damage event, which is the death or injury of passengers, were completely removed. Second, for those limits that still exist in the new convention, a mechanism for reviewing their amounts was devised. This will guarantee that such limits will be kept updated over time.

Numerous other innovations have also proven to be great successes of the 1999 Montreal Convention, such as: simplification of the formalities for documents of carriage, advance payments, expansion of applicable jurisdictions, arbitration, provisions related to successive and combined carriage, rules applicable to the contractual and actual carriers, and mandatory insurance.

19 The conditions for the entry into force of the Convention are less exacting than the first Convention – it would enter into force on the 60th day following the deposit of the 35th instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

20 By the time of this writing, the Unlawful Interference Compensation Convention has received 20 ratifications, and the General Risk Convention has received 25 ratifications.

21 MILDE, *International...*, page 309.

22 According to the International Air Transport Association (IATA), 98 per cent of world traffic is now covered by the application of the Montreal Convention of 1999: ICAO, A40-WP/293.

All these aspects have been studied, discussed and analyzed in a profuse literature (thousands of books and articles), and the mere citation of the most important of them would fill numerous pages. Rather, the main goal of this paper is to explain the reasons why the “modernization” of the liability system for damages to superficial third parties has not enjoyed the same happy ending as that carried out on the Warsaw System.

The reasons that explain why the new agreements adopted in 2009 cannot even dream of a similar success to that of the Montreal Convention of 1999 are varied, and among them we can mention the following.

a) The keeping of compensation limitations.

As already mentioned, the Montreal Convention of 1999 removed all limits for the gravest damages: injuries and death of passengers. On the other hand, keeping compensation limitations in the two new 2009 agreements undoubtedly represents a very great obstacle for their acceptance by the States. This has been the central point of contention for decades; limitation of liability to fixed maximum monetary amount goes contrary to the general principles of liability that compensation should amount to restitution (*status quo ante*) or equivalent full monetary compensation. Yet, aviation as a nascent industry urgently needed a limitation of liability to survive and develop through the period of gradually improving safety its record and financial viability. The most likely reason for the introduction of the limits of liability was the protection of the infant industry that could not sustain its development without such protection, and the limitation of liability was presented as an equitable *quid pro quo* for the aggravated regime of liability of the air carrier with its presumption of fault of the carrier. Among other justifications for the limitation of liability was to enable the air carrier to negotiate a realistic insurance coverage within such limits. Moreover, since at that time most internationally operating airlines were State-owned (with the exception of the USA, Japan and some other minor private operators) and State-operated, the States party to the Convention were in fact protecting their own interests. “Whatever other justifications may be formulated, limitation of liability is a departure from common law of liability and from the concept of natural justice.”²³

b) Limits based on the weight of the aircraft.

The new conventions opted for keeping a system for the calculation of the compensation limits that is extremely complicated and, moreover,

²³ MILDE, *International...*, page 284.

unrealistic. The maximum amount to be paid is determined by setting a maximum compensation per event (not per victim), quantified in Special Drawing Rights, and that amount will depend on the maximum take-off mass of the aircraft involved in the event (or the one with the greatest mass, if two aircraft operated by the same operator were involved)²⁴. This is a fundamental difference with the old Warsaw System and the new Montreal Convention of 1999, where the amounts were always referred to each passenger individually, and not attributed as collective compensation.

The liability of the operator is limited based on the mass of the aircraft involved, the highest limit for aircraft having maximum mass over 500,000 kilograms reaching 700,000,000 SDRs. Although this appears to be a very high sum of money, it is only a small fraction of the overall compensations paid as a consequence of 911. "It remains questionable why the aircraft operator should be held liable at all in case of a terrorist act of which he is himself a victim and which is aimed at a State."²⁵ To make things worse, an order of priority was created, that is: a criterion for the distribution of the overall amount among the victims.

The Convention on Acts of Unlawful Interference provides for a liability system made up of various levels of compensation. At the first level, the operator is strictly responsible within the same limits set in the General Risks agreement. Again, this is a maximum amount per event (and not for each victim), based on the maximum take-off mass of the aircraft involved in the act of unlawful interference (or the heaviest would have more than one aircraft operated by the same operator), and quantified in Special Drawing Rights. In a second level, applicable to an event in which the damages are not sufficiently covered by the compensation paid by the operator, the pending amount will be paid by the International Fund.²⁶ However, even this compensation has a limit: a maximum of 3,000,000,000 Special Drawing Rights.²⁷

c) Failure to acknowledge the lack of interest by the international community of States.

From the onset of the 2009 Diplomatic Conference, it appeared most unlikely that many States would be willing to adopt and ratify a convention or conventions containing monetary limits of compensation to victims on the surface or channeling the compensation from international

²⁴ Arts. 4.1 and 4.2.

²⁵ MILDE, *International...*, page 308.

²⁶ Arts. 8-17.

²⁷ Art. 18.

or national resources through the airlines.²⁸ The authorities of the United States recognized, after 9/11, that the airlines should not be liable beyond the extent of their existing insurance and thereafter vast compensations -without any monetary limitation- were paid to the victims directly by the US government. It was believed that States should compensate the victims of terrorism in the same manner as the US did in the wake of 9/11, a rule that should apply regardless whether the terrorism involved aviation or not, and the problem of compensation to victims of terrorism should not be restricted to aviation alone.²⁹ In fact, in some States such compensation is regulated by law,³⁰ special funds were created for this purpose,³¹ and the European Union has laid down key guidelines for the assistance to crime victims in general, encouraging its member States to be proactive and diligent in protecting the victims' rights.³²

At the Conference, the delegations of the major aeronautical countries were reticent to accept any decision on the limits of liability but decided not to vote against the text but instead to abstain; the conference took its decision by two-thirds majority of those present and voting and the massive abstentions permitted to adopt the Protocol.

1. d) Failure to take advantage of the opportunity to introduce significant improvements.

The conventions establish that there will be no compensation if the damage is not a direct consequence of the event that caused it,³³ which means that material and personal damages are included, excluding loss of income.³⁴ Regarding personal injuries, progress was made by saying that mental injury damage will be compensable only if it was caused by a recognizable psychiatric illness resulting from bodily injury or from

²⁸ MILDE, *International...*, page 307.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ In France, Act of 9 September 1986. See: https://www.legislationline.org/download/id/5405/file/Codexter_Profiles%202013%20France_EN.pdf

³¹ See: https://www.fondsdegarantie.fr/wp-content/uploads/2020/07/EN-Fiche-pratique-FGTI-1_NewChart_Juillet2020_EP.pdf

³² See: *Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2006)8 of the Committee of Ministers to member states on assistance to crime victims. Also: European Parliament resolution of 30 May 2018 on the implementation of Directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime (2016/2328(INI))*.

³³ Art. 3.2 of both conventions.

³⁴ DONATO, Marina: "La responsabilità por daños a terceros en la superficie según la OACI", in TULLIO, L. (a cura di), *Nuovi profili di responsabilità e di assicurazione nel diritto aeronautico*, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 27.

direct exposure to the probability of imminent death or bodily injury. This eliminates the risk that lawsuits based on mere fears or anxiety will proliferate, and it is line with the predominant classic jurisprudence on the matter.³⁵

1. The keeping a single litigation forum, and the rejection of the initiative introduced during the debates to include the jurisdiction of the State in which the operator has its main place of business as an alternate jurisdiction.³⁶
2. No compensation for other damages such as noise, sonic boom³⁷ or nuclear damage.³⁸
3. No introduction of the choice to turn to arbitration as a means to settle the claims, as the Montreal Convention of 1999 did.

e) The forced connection with the 9/11 attacks.

It is some author's view that this modernization initiative -and particularly the Unlawful Interference Compensation Convention- was flawed because the driving force behind it, that is, to provide a legal response to the 9/11 terrorist attacks, is misdirected. According to that opinion, such event lacks a substantively direct relationship with international aeronautical law. The nature of the 11 September 2001 disaster was purely domestic and did not involve any international element that would necessitate international regulation, and the claims for compensation resulting from it would not attract the application of foreign law or need for international instrument for the unification of private law.

“The wish of some States to go ahead and attempt to adopt yet another instrument along the lines of the 1952 Rome convention is perplexing. The trigger of 9/11 for this initiative is not convincing -that tragedy was not an attack on the operators of the aircraft -American Airlines and United- it was an attack against the United States and their symbols; the airlines themselves were victims of this attacks and it

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, p. 57.

³⁷ The efforts of some States to define clear regulations in the Rome Convention for it to be applied to damages from aircraft noise and sonic boom did not reach a majority, and the question remained unsolved since then.

³⁸ On the contrary, the 2009 “General Risks Convention” expressly excludes liability arising from for damage caused by a nuclear incident (art. 3.6).

seems improper to attach or channel any liability for compensation to or through the aircraft operators”.³⁹

At this point, it becomes needless to say that these characteristics of both the Unlawful Interference Compensation Convention and the general Risks Convention present a serious obstacle to the well-meant efforts of the participants of the Convention to produce new legal instruments that will achieve universal acceptance.

CONCLUSION

We all have probably read or heard stories about identical twins separated at birth who, when reunited many years later, have either led lives that turned out being astonishingly similar or different. The classic explanation for this phenomenon lies in the contrast “nature vs. nurture”. Something similar can be said with respect to the two liability systems discussed in this article.

While they were not born simultaneously, their origins are separated by just a few years, and their genetic marker was nearly identical. With a simple glance, we can tell that they were related, thanks to their unique characteristics, common to both, among which one is paramount: limited liability of the operator in case of damage to third parties, in exchange for a presumption of its fault.

Both systems led parallel lives and, like the characters in Plutarch’s famous play, there were crucial moments in their lives at which they had to face difficult decisions.

Here, the result was more similar to the case of twins whose lives end up being very dissimilar; while the Montreal Convention of 1999 has been an outstanding success that replaced the old Warsaw System *de iure* and *de facto* almost everywhere around the world, the most recent efforts to modernize the Rome/Montreal System have aroused even less interest than the founding documents of that system, to the point that the Montreal Protocol has received only 12 ratifications, while the detailed 2009 Conventions have not even yet reached the number of adhesions necessary to enter into force and appear to be a long way from achieving it.

Although we can account for external factors that have contributed to the production of this result, the main reason is to be found in those crossroads decisions to which we made reference and, among them, the number one position must go to the insistence on applying limitations

³⁹ MILDE, *International...*, page 306-307.

to the compensation that the carrier must pay in case of damage to third parties on the surface.

We have seen that this approach was at odds from the beginning with the usual practice of the States, which in many cases already had appropriate domestic legislation to deal with problems of this nature, with no limitation at all on the compensatory sums to be paid. Adding this to the fact that, by definition, these types of claims are always settled within the jurisdiction of the State where the harmful event had occurred, it should not be a surprise that States never showed much interest in adhering to a supranational regime in this matter.

Moreover, it is the very principle of limited compensation that is being highly questioned today. The arguments that explained its *raison d'être* during the first years of aviation are practically untenable in modern times.

“With the 1999 Montreal Convention there is no monetary limit of liability for passenger’s death or injury. Third parties on the surface have no relationship with the operator of the aircraft and it is difficult to justify why they should share the operator’s risk by having their right of compensation limited. It appears contrary to natural justice to limit the liability with respect to innocent third parties on the surface while the passengers — who willingly contracted with the operator to become part of the flight, a venture the risk of which they knowingly assumed, may enjoy unlimited compensation.”⁴⁰

And if this is true as a statement in general, it is much more so when it applied to damages caused to victims as a result of an event provoked by an act of terrorism. There is a saying that “special cases make bad law”, and the Unlawful Interference Compensation Convention, although inspired by good intentions, is a clear example of how right that axiom is. As pointed out,⁴¹ “[...]liability for terrorist risks is not about the realization of an operation risk of the dangerous item “aircraft”, but rather about liability for a danger intentionally taken to the aircraft from the outside. The response to this risk to create an absolute liability basis for claim is only justifiable if terrorism is either considered an inseparable part of the phenomenon “aviation” or if absolute liability is open to the risk from the outside, for example arguing that aviation is predestined to be the target of terrorist attacks. However, this would lead to the otherwise

⁴⁰ MILDE, *International...*, page 304.

⁴¹ GIEMULLA, Elmar M. and Van SCHYNDEL, Heiko: “*Liability in International Law (Private Air Law)*”, in: *International and EU Aviation Law. Selected Issues*. Wolter Kluwer, The Netherlands, 2011, page 276.

strictly separated areas of “security” (aviation security) and “safety” (flight safety”) being blurred. One also has to take into consideration that the most effective counter to prevent terrorist attacks have to take place on the ground, before passengers and their baggage come on board the aircraft. Today these measures are mainly carried out by public authorities. It is inconsistent with the institution of absolute liability to include measures of other parties, which in addition take place before operation of the aircraft, in the operational risk.”

Dr. Milde wrote: “The attacks of September 11, 2001, constituted a tragic incident but so far an isolated one and without International elements. It is more important to look for new ways and means how to prevent similar terrorist attacks acts than to calculate how to protect the Governments or airlines against extreme liability and shift a share of the risk on the innocent victims on the ground.”⁴²

Since the onset of aviation, the international community has proven to have sufficient capacity to react to the new legal challenges that this activity presented. And without a doubt, in all cases it tried to respond by designing what it believed would be the most suitable instruments to deal with such problems. The analysis made in this paper shows that this effort has not always been satisfactory. But what is important here, as almost always happens in every human activity, is to be able to identify the factors that prevented or assured success in each case, and to know how to recognize which of them should be applied or set aside to deal with new situations, alike or not, unprecedented or not, that may arise in the future.

BIBLIOGRAPHY

BUERUHENTAL, T. *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, Syracuse, N.Y., 1969

42 MILDE, *International...*, page 307. As Dr. Dempsey expressed: “However, law itself is not enough. Terrorists tend not to study international treaties and domestic laws before committing lethal acts. Law must work in tandem with personnel, policies and procedures designed to both deter or abort acts of terrorism and to punish those who attempt to commit them. [...] Contemporary terrorists are less discriminating in their targets, less concerned with surviving the mission, and more creatively murderous than their predecessors. The most effective means of deterring hijacking may be first through each nation’s domestic legislation and domestic airport securities systems.”

44 MILDE, *International...*, page 307. As Dr. Dempsey expressed: “However, law itself is not enough. Terrorists tend not to study international treaties and domestic laws before committing lethal acts. Law must work in tandem with personnel, policies and procedures designed to both deter or abort acts of terrorism and to punish those who attempt to commit them. [...] Contemporary terrorists are less discriminating in their targets, less concerned with surviving the mission, and more creatively murderous than their predecessors. The most effective means of deterring hijacking may be first through each nation’s domestic legislation and domestic airport securities systems.”

BUSTI, S., “I progetti di nuova normative internazionale uniforme sui danni cagionati a terzi dal volo di aeromobile: evoluzione o involuzioni?”, *Nuovi profili di responsabilità e di assicurazione nel diritto aeronautico*, Napoli, Jovene Editore, 2009

DEMPSEY, Pual S. *Public International Air Law, Institute & Center for Research in Air and Space Law*, McGill University, Montreal, Canada, 2008

DONATO, Marina: “La responsabilidad por daños a terceros en la superficie según la OACI”, in TULLIO, L. (a cura di), *Nuovi profili di responsabilità e di assicurazione nel diritto aeronáutico*, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 27.

CHENG, Bing, “*The Law of International Air Transport*”, London, New York, 1961

DIXON, Lloyd and Rachel Kaganoff Stern: “*Compensation for Losses from the 9/11 Attacks*. Santa Monica”, CA: RAND Corporation, 2004. <https://www.rand.org/pubs/monographs/MG264.html>.

GIEMULLA, Elmar M. and Van SCHYNDEL, Heiko: “Liability in International Law (Private Air Law)”, in: *International and EU Aviation Law. Selected Issues*. Wolter Kluwer, The Netherlands, 2011

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION (ICAO), *Convention on International Civil Aviation (“Chicago Convention”)*, 7 December 1944, (1994) 15 U.N.T.S. 295

LUONGO, Norberto E. “*Tratado de Daños y Perjuicios en el Transporte Aéreo*”, Ad Hoc Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2009

MILDE, Michael, *International Air Law and ICAO*, Eleven International Publishing, The Hague (The Netherlands), 2nd. Edition

MILDE, Michael, “*Tenth International Conference on Air Law*”, Air Law, Vol IV (1979)

TULLIO, L., “*La regressione del sistema de responsabilità per i danni a terzi sulla superficie*”, *Diritto dei Transporti*, 2008, I, p.3; p. 125.

UNITED NATIONS. “*Vienna Convention on the Law of Treaties*.” Treaty Series, vol. 1155, May 1969, p. 331

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 16/11/2021

ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS E A DISPENSA DE LICITAÇÃO: BREVE ANÁLISE SOBRE A LEI 14.047/2020 E O DECRETO 10.672/2021

*PORT LEASES AND BIDDING WAIVER: BRIEF ANALYSIS OF
LAW 14.047/2020 AND DECREE 10.672/2021*

Egon Bockmann Moreira

Mestre e Doutor em Direito. Especialista em regulação Econômica (Univ. de Coimbra) e em Mediação (Harvard Law School e Pepperdine Law School). Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Visitante nos Programas de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Lisboa (2011) da USP e da Escola de Direito da FGV/RJ (2018). Árbitro. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O regime jurídico do arrendamento portuário; 2 A dispensa de licitação nos arrendamentos portuários; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O artigo trata das peculiaridades do direito portuário brasileiro, com especial enfoque nos contratos de arrendamento em vista das alterações oriundas da Lei 14.047/2020 e do Decreto 10.672/2021. O arrendamento portuário visto como um contrato *sui generis*, inclusive quanto ao processo de contratação, que pode ser celebrado através de licitação ou por meio de contratação direta (dispensa de licitação). O artigo demonstra que o novo regime jurídico dos portos brasileiros merece ser compreendido de forma plural, a albergar não só o Direito Público (contratos de concessão), mas também o Direito Privado (autorizações e arrendamentos).

PALAVRAS-CHAVE: Direito portuário. Arrendamento portuário. Instalações portuárias. Dispensa de licitação. Lei de Portos. Lei 14.047/2020. Decreto 10.672/2021.

ABSTRACT: The article deals with the peculiarities of Brazilian port law, with a special focus on leasing contractus of port facilities, due to changes arising from Law 14,047/2020 and Decree 10,672/2021. Port facilities leasing is seen as a *sui generis* contract, including the contracting process, which can be through a bidding process or through direct contracting (exemption from bidding). The article demonstrates that the new legal regime for Brazilian ports must be understood in a plural way, encompassing not only Public Law (concession contracts), but also Private Law (authorizations and leases).

KEYWORDS: Port law. Port facilities. Lease of port facilities. Bidding process. Law 14.047/2020. Decree 10.672/2021.

INTRODUÇÃO

Muito embora, desde 1988, a Constituição brasileira estabeleça a competência da União para legislar sobre alguns dos mais importantes setores da economia (dentre os quais o portuário – no art. 22, inc. X), fato é que tais leis são recentes. Até pouco tempo, a legislação setorial não assumia maior importância, vez que submetida a normas e teorias gerais construídas desde as origens do Direito Público. O Direito brasileiro – Constitucional, Administrativo e mesmo o Econômico – preocupava-se com temas abstratos. Pensava-se e se legislava de forma monolítica, partindo-se do pressuposto de que todos os empreendimentos cometidos ao Estado só poderiam se desenvolver de uma forma, sob um único e ortodoxo regime jurídico.

Mais: até meados da década de 1990, não existiam maiores cogitações quanto ao papel do Estado como regulador da economia, nem, muito menos, como fomentador de atividades econômicas privadas – embora a realidade mostrasse atuações estatais em ambos os casos. Tais assuntos eram circunstanciais, secundários, vez que a presença do Estado nas relações econômicas era concebida por meio de técnicas que prestigiavam a cisão quase-mecânica das atividades estatais pelo binômio “poder de polícia” – “serviço público”. Para a teoria tradicional, os serviços públicos não albergavam a regulação e nem, muito menos, submetiam-se à livre concorrência. Devido a isso que a regulação econômica era subsumida, de modo simplista e redutor, ao gênero “poder de polícia administrativo”.

Pois foi nesse cenário que se instalaram monopólios históricos e privilégios extraordinários. Ambientes explorados da mesma forma, pelas mesmas pessoas, por mais de 100 anos. Os principais setores econômicos brasileiros concebidos, desenvolvidos e explicados – inclusive juridicamente – como hostis à livre concorrência, sem necessidade de mutações. Contudo, o tempo e os desafios revelaram quão imprópria é tal perspectiva, que traz consigo a perene simplificação.

O setor portuário é muito revelador dessa ordem de concepções: de titularidade pública, subjugado a regimes monopolistas e pouco flexíveis, em muito dependia da boa vontade do governante de plantão. Muito embora esta perspectiva oitocentista persista com adeptos, fato é seu raio de ação foi significativamente atenuado.

No Brasil, a partir dos anos 2000 a temática do Direito da Regulação ficou viva e colorida. Apesar de ser impróprio falar-se de “Estado Regulador” num país em que algumas das maiores empresas dos mais importantes setores (v.g., bancário, energia e petróleo) são públicas, bem como alguns dos mais significativos setores econômicos são constitucionalmente atribuídos

à União (v. o art. 21), pode-se constatar que já há algum tempo a regulação econômica assumiu função antes estrutural do que circunstancial.¹ Essa perspectiva passou a integrar Estado e particulares em projetos público-privados de longo prazo, de modo dinâmico e multifacetado. Seria um erro, portanto, pretender estudar tal ordem de relacionamentos sob a perspectiva monoteísta de tempos remotos.

A rigor, o que atualmente existe é o Estado integrado na economia, que ordinariamente atua no cotidiano das relações socioeconômicas. Ele não mais só reprime e exclui, mas incentiva, influi e inclui. A ele é atribuído – muitas vezes por meio do direito – o papel de instigador do desenvolvimento econômico sustentável. A riqueza dos desafios é cada vez maior, a exigir investigação profunda em todos e cada um dos setores econômicos: não há soluções estáticas, tampouco uniformes.

Isso traz consigo a prova de que os dias de hoje são caracterizados pelos *microssistemas normativos autônomos*, cada qual a reger as peculiaridades socioeconômicas dos respectivos setores regulados. Isso importa dizer que não se pode estudar, por exemplo, o sistema regulatório das telecomunicações querendo lhe aplicar a mesma lógica da regulação dos portos, e vice-versa (e o mesmo se diga em relação à água e saneamento, ao petróleo, à energia, às rodovias, às ferrovias, aos aeroportos, etc.). Quem pretender integrar tais microssistemas, como se submetidos à mesma racionalidade jurídico-econômica, estará desrespeitando a Ordem Econômica brasileira – que, ao elencar vários setores econômicos e correlacioná-los, expressamente, à competência normativa da União, comete ao legislador o dever de emanar diplomas que confirmem tal autonomia e o correspondente tratamento individualizado.

Atentaria contra a plena aplicabilidade das normas constitucionais pretender-se conceber um só sistema normativo regulatório, equivalente para todos os setores econômicos, que são tratados de modo independente pela Constituição. Ora, os diplomas constitucionais não contêm palavras supérfluas – e isso também se aplica às competências normativas atribuídas à União. Se a Constituição diz que são necessárias leis que disciplinem o “regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial” (art. 22, inc. X), o intérprete não pode pretender subordinar tal preceito a quaisquer outros, mas há de defender a sua aplicabilidade plena, imediata e autônoma.

1 Podemos falar, quando muito, do “Estado de Garantia”: aquele que persiste titular de bens e serviços públicos, mas transfere sua gestão a pessoas privadas. Por meio de negócios jurídico-contratuais em ambientes regulados, o Estado inibe/modifica sua própria esfera de ação/atribuições e amplia/constitui a esfera de atuação de pessoas privadas. Deixa de gerir e prestar e passa a garantir a prestação, em vista de parâmetros de qualidade e metas predefinidas contratualmente. Ampliar em: Egon Bockmann Moreira, *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 169-174.

O Direito Portuário brasileiro possui dignidade e estatura constitucionais, portanto. O que vem confirmado com a edição da Lei 12.815/2013 (Lei de Portos), parcialmente modificada pela Lei 14.047/2020, a exigir compreensão específica, sempre atenta às peculiaridades do setor portuário. Este artigo pretende, de modo breve, tratar de uma dessas características distintivas: o contrato de arrendamento portuário e a possibilidade de sua celebração por meio de dispensa de licitação.

1. O REGIME JURÍDICO DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

Em agosto de 2020, foi promulgada a Lei 14.047, que, dentre outros temas, dispõe sobre “medidas especiais para enfrentamento da pandemia da Covid-19 com o objetivo de garantir a preservação das atividades portuárias, consideradas essenciais” (art. 1º, inc. I).²

O preceito que aqui mais nos interessa é o art. 12 da Lei 14.047, que afetou a Lei de Portos, cujos arts. 4º e 5º tiveram sua redação alterada, dando-se autonomia à figura contratual do arrendamento portuário. Ele foi descolado do caput do art. 4º para os arts. 5º-B e 5º-C. O Capítulo II da Lei de Portos, que tratava “Da Exploração dos Portos e Instalações Portuárias”, passou a ter seguinte título: “Da Concessão de Porto Organizado, do Arrendamento e do Uso Temporário de Instalação Portuária”. Isso é bastante significativo em termos de interpretação e aplicação dessa figura jurídica específica do setor portuário.

Examinemos com maior detença o arrendamento portuário e seus pressupostos, não sem antes situar o leitor na lógica da Lei 12.815/2013.

Como se sabe, Lei de Portos dirige-se primariamente à União, em vista das prescrições, em matéria de competência, do art. 21, inc. XII, al. f), c/c art. 22, inc. X, da Constituição.³ No caso do art. 21, trata-se da atribuição constitucional de bens à União, a fim de que ela os explore economicamente (administração dos recursos que lhe são cometidos). A norma versa a propósito

2 Se bem examinado o texto da Lei 14.047/2020, pode-se inferir que os arts. 2º, 3º, 4º, 6º e 7º, que dizem respeito ao trabalho portuário e sua qualificação dentre os “serviços essenciais”, são efetivamente vinculados ao enfrentamento da pandemia (e estavam na redação original da MP 945/2020). Os demais dispositivos alteram legislações anteriores, como a Lei 12.815/2013, mas foram oriundos do projeto de conversão deliberado pelo Congresso Nacional, quando da votação da MP.

3 O autor já tratou de alguns desses temas em trabalhos anteriores, aos quais se reporta: Egon Bockmann Moreira, “Portos brasileiros e seus regimes jurídicos”, in Egon Bockmann Moreira (coord.), *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 33-74; Egon Bockmann Moreira e Heloisa Conrado Caggiano, “Comentários ao art. 1º” e “Comentários ao art. 4º”, in Thiago T. Mello Miller, Lucas Rênio e Aline Bayer da Silva (eds.), *Comentários à Lei 12.815/2013*. São Paulo: Telha Ed., 2020, pp. 17-27 e 42-46 (respectivamente); e Egon Bockmann Moreira, “Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição”, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* 68/9-43. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2019.

da competência material da União para gerir os portos brasileiros, sob quatro regimes jurídicos distintos: exploração direta e três modalidades de exploração indireta – concessão, autorização e permissão.

Note-se que a permissão não foi incorporada pela Lei 12.815/2013, que, em contrapartida, criou e definiu o chamado arrendamento portuário (art. 2º, inc. XI), destituído de *status* constitucional. Isso decorre da autonomia legislativa positivada no art. 22 da Constituição, que estatui a chamada competência legislativa privativa da União sobre o assunto “portos” (excetuada pelo parágrafo único do art. 22, que admite lei complementar para que Estados tratem do tema). O que implica o correspondente dever constitucional de o setor ser disciplinado legislativamente, em vista das características que lhe são típicas.

Assim, a Lei de Portos prestou-se a celebrar sistema normativo dinâmico, que conjuga os regimes jurídicos público e privado, conferindo-lhes aplicabilidade própria no respectivo setor. Originalmente, isso se deu por meio da cisão entre as técnicas de delegação de bens e serviços por meio de concessões e arrendamentos (regime de direito público: arts. 2º, incs. IX e XI, e 4º) e daquela da autorização portuária (regime de direito privado: arts. 2º, inc. XII, e 8º). Depois de positivada a Lei 14.047/2020, também os “contratos celebrados entre a concessionária e terceiros, inclusive os que tenham por objeto a exploração das instalações portuárias, serão regidos pelas normas de direito privado” (Lei de Portos, art. 5º-A).

Os arrendamentos portuários, que nos interessam eis que celebrados nos termos dos arts. 5-B e 5-C da Lei de Portos, submetem-se parcialmente ao regime de direito público (sobretudo quanto à licitação como critério de seleção do contratado, conjugado com respectivas cláusulas essenciais). Não a qualquer regime publicista, mas exatamente àquele positivado na Lei 12.815/2013, com as alterações promovidas pela Lei 14.047/2020 (e implementadas pelo Decreto 10.672/2021). Ou seja, não se pode pretender interpretar o arrendamento portuário tal como se fosse idêntico à empreitada de obras públicas ou às concessões de serviço público. Afinal, trata-se de figura contratual *sui generis*, cuja compreensão e aplicação exige, nos termos do já mencionado art. 22, inc. X, da Constituição, estrito respeito à Lei de Portos (e não a outros diplomas normativos).

Conforme anotou José Carlos Higa de Freitas o arrendamento “não possui foco no bem público, mas sim na exploração de um serviço, a realização da operação portuária, de forma que considerá-lo simplesmente como uma concessão de serviço público não parece ser o mais correto.”⁴

4 “Comentários aos arts. 5º-B e 5º-C”, in Thiago T. Mello Miller, Lucas Rênio e Aline Bayer da Silva (eds.), *Comentários à Lei 12.815/2013*. São Paulo: Telha Ed., 2020, p. 55. Sobre o contrato de arrendamento portuário, em textos anteriores à Lei 14.047/2020, ampliar em: Floriano de Azevedo Marques Neto e

Bem vistas as coisas, o arrendamento é modalidade de delegação de uso/exploração econômica de bem público por prazo certo, em contrapartida ao pagamento de tal uso. Todavia, é diferente dos contratos de locação privados e das concessões de uso de bem público. Ao mesmo tempo em que se valeu de instituto clássico do direito civil (o arrendamento), o legislador adaptou-o às peculiaridades do sistema portuário brasileiro, inserindo-o na Lei de Portos em vista da necessidade de exploração, privada *ma non troppo*, das instalações portuárias.

Ora, a expressão “instalação portuária” significa “instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário” (Lei 12.815/2013, art. 2º, inc. III). São bens e equipamentos necessários à atividade portuária, e assim preparados para permitir o seu desenvolvimento. Integradas à “infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado”, as instalações portuárias estão na “área do porto organizado” (Lei 12.815/2013, art. 2º, inc. II) e podem ser exploradas por meio do arrendamento portuário.

O que mais nos interessa aqui é a forma de contratação do arrendatário. Nos termos do art. 5º-B da Lei de Portos, ela deve ser precedida de licitação, que poderá ser dispensada caso preenchidos determinados requisitos especificados em sede regulamentar.

2. A DISPENSA DE LICITAÇÃO NOS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS

A execução do contrato de arrendamento portuário envolve investimentos privados em bem público conjugados com a remuneração à administração contratante. As prestações recíprocas são a cessão do bem público, em contrapartida à exploração de atividade de interesse público-privado definida no contrato, combinada com o pagamento do arrendamento.

Porém, não se trata de contratação-padrão, idêntica em todos os portos. Ao contrário: autoriza modelagens específicas, a depender de qual bem será arrendado e que atividade empresarial será desenvolvida pela

Fábio Barbalho Leite, “Peculiaridades do arrendamento portuário”, Revista de Direito Administrativo 231/269-295. Rio de Janeiro: FGV, jan./mar. 2003 (Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45828/45102>. Acesso em 10/07/2021); Ana Claudia Farranha, Conrado da Silveira Frezza e Fabiana de Oliveira Barbosa, “Nova Lei dos Portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimento”, Revista Direito GV 11/89-116, São Paulo: FGV, jan./jul. 2015 (Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/N6n4LCcpf6sQ7mr9NXr9Y4f/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 10/07/2021); Marçal Justen Filho, “O regime jurídico do arrendamento portuário”, Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC 16/191-213. São Paulo: Ed. RT, fev./2015; Flávio Amaral Garcia e Rafael Vêras de Freitas, “Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória”, in Egon Bockmann Moreira (coord.), *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 221-261.

pessoa privada. Não se trata de modelo estático, mas exige a prévia análise do bem e das oportunidades de negócio que nele existem em potência.

Igualmente, é de cogitar a propósito da eficiência da contratação e do apetite dos empresários privados. Existem bens portuários que são objeto de arrendamento há décadas (para os quais naturalmente se espera a promoção de licitações), ao passo em que pode haver casos que instalem incertezas e dúvidas quanto a investidores interessados.

Uma vez assinado o contrato de arrendamento, ele perdurará por prazo certo (com eventuais prorrogações). O que importa dizer que a pessoa privada deverá aportar recursos, mas será detentora de bem público que lhe garantirá auferir renda em regime de exclusividade. Para essa exploração econômica de bem público, a regra geral é a da necessidade de prévia licitação – aqui entendida como o processo administrativo por meio do qual a administração seleciona, sob critério objetivo, a proposta que seja a mais vantajosa ao projeto de interesse público.

Todavia, e como dantes assinalado em estudo desenvolvido em coautoria com Heloisa Caggiano:

Também para as licitações, o regime do setor portuário necessita de ser compreendido de modo especial. Nos termos do art. 66 desta Lei 12.815/2013, as leis 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação - RDC); 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões) e 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações) podem ser aplicadas apenas subsidiariamente às licitações dos contratos de concessão e de arrendamento. Não incidirão de modo primário, mas apenas acessório, em segundo plano. Tais leis gerais subordinam-se à lei especial (a 12.815/2013), que traz normas específicas sobre o tema e adequadas ao setor.

Logo, as leis gerais de licitação prestam-se somente a suprir eventuais lacunas nas licitações destinadas aos negócios jurídicos da Lei 12.815/2013. O mencionado art. 66 positivou a incidência das leis gerais de licitações tanto nos casos em que se constatar omissão legislativa (e/ou normativa em sentido estrito) como naqueles em que o dispositivo a ser aplicado possa ser valorizado/aprimorado no caso concreto por meio da incidência de norma anterior. Porém, uma coisa é certa: os requisitos, critérios de seleção e racionalidade dominantes são aqueles desta Lei 12.815/2013 e de seu regulamento.⁵

5 Egon Bockmann Moreira e Heloisa Conrado Caggiano, “Comentários ao art. 1º” e “Comentários ao art. 4º”, in Thiago T. Mello Miller, Lucas Rênio e Aline Bayer da Silva (eds.), *Comentários à Lei 12.815/2013*. São Paulo: Telha Ed., 2020, p. 44. Note-se que, nos termos do art. 189 da Lei 14.133/2021, as referências da Lei de Portos à Lei 8.666/1993 e 12.462/2011 devem ser automaticamente substituídas pela Nova Lei de Licitações.

Por conseguinte, os contratos de arrendamento convivem, mas diferem das relações contratuais estabelecidas pela Lei 8.666/1993 (e também da Lei 14.133/2021). As licitações de arrendamentos portuários não podem se subordinar à lógica da Lei Geral de Licitações. Constatação que avulta de importância na hipótese de dispensa prevista no parágrafo único do art. 5º-B da Lei 12.815/2013.

Como preceitua a Constituição, ordinariamente os contratos celebrados pela Administração Pública devem ser precedidos de licitação (art. 37, caput e inc. XXI)⁶ É o caso também do arrendamento portuário. Todavia, como é notório, as licitações são processos administrativos obedientes a prazos (às vezes longos) e geradores de custos de transação (às vezes altos). O que pode instalar a ocasião em que o certame venha a ser um empecilho à efetivação do interesse público definido pelo caso concreto.

Por isso que, tanto a Constituição como o próprio parágrafo único do art. 5º-B da Lei de Portos, prescrevem quais situações fáticas autorizam a contratação ausente de licitação (para além da inexigibilidade de licitação, que decorre de fatos, não de escolhas legislativas ou administrativas⁷). Nas hipóteses de dispensa, a contratação direta pressupõe o enquadramento da situação fática a uma das hipóteses tipificadas (exaustivamente) em lei. Ocorre naquelas situações em que há prévia e explícita autorização legislativa para que não se realize o certame: o servidor público está desobrigado do dever de instalar a licitação em decorrência da permissão que lhe concede a norma legal. *Dispensável* significa *desnecessário*; logo, aqui a lei autoriza a autoridade a abster-se de promover a licitação. Não se trata de escolha inexorável (como no caso da inexigibilidade), mas sim de faculdade, concedida em abstrato por lei e definida em concreto pela autoridade competente.

Tradicionalmente, nos casos de dispensa, a Administração não precisa licitar (muito embora possa fazê-lo). Está-se diante da atribuição de competência discricionária, a qual gerará o ato, motivado e pautado pelo caso concreto, de efetivar (ou não) a licitação. No caso do arrendamento portuário, a dispensa requer obediência a pressupostos específicos, que são aqueles positivados no parágrafo único do art. 5º-B e especificados no Decreto 10.672/2021 (que alterou a redação do Decreto 8.033/2013, acrescentando-lhe os arts. 7º-A a 7º-D, no que respeita à dispensa – doravante Decreto dos Portos). Examinemos rapidamente quais são esses requisitos, eis que modificam substancialmente o trato tradicional da dispensa.

6 Sobre a dispensa de licitação, ampliar em: Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 467 ss.; Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/RT, 2021, p. 1003 ss.

7 Cf. Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann Moreira, *Inexigibilidade de Licitação*. Curitiba: Zênite Ed., 2016.

Talvez o dado mais importante esteja no fato de que a dispensa de licitação para arrendamentos exige a prévia e inequívoca comprovação de que existe “um único interessado em sua exploração” (Lei 12.815/2013, art. 5º-B, par. ún.). A toda evidência, essa prova haverá de respeitar as circunstâncias do caso concreto: não se trata de *probatio diabolica*, de obtenção impossível, a demonstrar, indene de dúvidas, o fato negativo da ausência de interessados. Por isso que o inc. I desse mesmo parágrafo único instituiu o “chamamento público” como critério identificar de potenciais interessados.

Neste caso, a expressão normativa “chamamento público” não equivale a “licitação”. A lógica é outra e se destina a verificar se existem, naquele instante histórico, pessoas que tenham interesse na “exploração econômica da área”. Isto é, não se trata de selecionar propostas, mas sim de verificar se há interessados em futuramente fazê-las, caso o certame licitatório seja promovido. Caso exista um só, a licitação será presumida inviável e a autoridade deverá deflagrar a contratação direta desse interessado, por dispensa.

Como se constata, essa situação não decorre de livre escolha administrativa, tal como nas tradicionais hipóteses de dispensa (em que o legislador tem como boas as hipóteses de licitar ou não – e transfere ao administrador público a simples escolha discricionária). Na Lei de Portos existe uma condição para a incidência da dispensa em arrendamentos, a qual pressupõe a necessidade e adequação do chamamento. Será esse processo prévio que direcionará o processo de contratação. Mas, atenção: naqueles casos que nitidamente tenham demanda de interessados (como na licitação de bem já arrendado anteriormente), o chamamento será desperdício de tempo e dinheiro.

Para além do chamamento, o inc. II do parágrafo único do art. 5º-B da Lei de Portos requer a conformidade do arrendamento “com o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto”. Afinal, e como bem anotou Giovana Mayer, o arrendamento “é o título que autoriza o uso do bem público” e se destina “primeiramente à organização do solo. Essa é a premissa que não deve ser esquecida pelos estudiosos do direito portuário.”⁸ Através dos arrendamentos, a autoridade portuária competente organiza a exploração privada do espaço público, em regime dinâmico que respeita a função pública do imóvel arrendado e a liberdade de empresa do particular. Daí o requisito indeclinável da demonstração formal de que o projeto se encaixe no planejamento portuário.

O art. 7º-A do Decreto dos Portos praticamente reproduz a prescrição do art. 5º-B, par. ún., da Lei dos Portos. Da mesma forma

8 “Notas sobre os regimes dos portos brasileiros”, in Egon Bockmann Moreira (coord.), *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 105 e p. 106, respectivamente.

o art. 7º-B do Decreto, que estatui grandes novidades em relação à Lei, mas merece ser visto em comparação ao art. 5º-C, que estatui as cláusulas essenciais a qualquer arrendamento, inclusive os contratados por meio de dispensa:

<i>Lei dos Portos</i>	<i>Decreto dos Portos</i>
<p>Art. 5º-C. São essenciais aos contratos de arrendamento as cláusulas relativas:</p> <p>I - ao objeto, à área e ao prazo;</p> <p>II - ao modo, à forma e às condições da exploração da instalação portuária;</p> <p>III - ao valor do contrato e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;</p> <p>IV - aos investimentos de responsabilidade do contratado;</p> <p>V - às responsabilidades das partes;</p> <p>VI - aos direitos, às garantias e às obrigações do contratante e do contratado;</p> <p>VII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;</p> <p>VIII - às hipóteses de extinção do contrato;</p> <p>IX - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Antaq e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da defesa nacional, para efeitos de mobilização;</p> <p>X - ao acesso à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;</p> <p>XI - às penalidades e sua forma de aplicação; e</p> <p>XII - ao foro.</p>	<p>Art. 7º-B. Para a dispensa de licitação, nos termos do disposto no art. 7º-A, o poder concedente solicitará à autoridade portuária, a qualquer tempo, a abertura de chamamento público por meio de divulgação de instrumento convocatório, observadas as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário.</p> <p>Parágrafo único. O instrumento convocatório de abertura do chamamento público estabelecerá prazo de trinta dias para identificar a existência de interessados na exploração da área e da instalação portuária, cujo extrato será publicado no Diário Oficial da União e na página eletrônica da autoridade portuária, que conterá minimamente as seguintes informações:</p> <p>I - o objeto, a área e o prazo;</p> <p>II - o modo, a forma e as condições da exploração da instalação portuária;</p> <p>III - a previsão de investimentos mínimos de responsabilidade do contratado;</p> <p>IV - o perfil das cargas a serem movimentadas;</p> <p>V - a capacidade de movimentação de passageiros ou cargas;</p> <p>VI - o valor de garantia de proposta a ser oferecida;</p> <p>VII - o estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental;</p> <p>VIII - a minuta do contrato de arrendamento; e</p> <p>IX - o prazo máximo para a abertura de edital de certame licitatório, caso haja mais de um interessado.</p>

Como se constata, o Decreto adapta as cláusulas essenciais, a elas acrescentando itens autorizadores da avaliação do futuro negócio a ser (ou não) licitado. Igualmente, reforça a seriedade nas manifestações de interesse a serem protocoladas.

A fim de estimular os interessados, bem como a garantir que o chamamento não se transforme em uma aventura, o Decreto exige que

quaisquer manifestações sejam acompanhadas de garantia de proposta (art. 7º-B, inc. VI). Mais: a manifestação não se limitará ao interesse em ser contratado por meio de dispensa, mas igualmente ao compromisso de participar de futura licitação, caso haja mais de um interessado (art. 7º-C, § 1º, incs. I e II). O que importa dizer que o particular apresentará sua manifestação de modo amplo, e dependerá dos concorrentes para ser contratado diretamente ou ingressar em eventual certame licitatório. O Decreto não autoriza manifestações de interesse limitadas à contratação direta.

Em contrapartida, é de se esperar que a Administração efetivamente promova a licitação, caso haja mais de um interessado a protocolar a manifestação. Ou mesmo a contratação direta, caso exista um só. Existe aqui a obrigação pública de fazer o que é devido: se houver mais de um interessado, o certame licitatório haverá de ser lançado, autorizando, inclusive, a participação de quaisquer terceiros. De igual forma, se houver uma só manifestação de interesse, a Administração deverá promover a contratação por dispensa: a discricionariedade administrativa fica reduzida a zero, prestigiando-se o princípio da confiança e a segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pretendeu demonstrar, o regime jurídico dos portos brasileiros exige compreensão plural, no sentido de que não se está diante de uma só realidade normativa, fechada e ortodoxa. O que existe, de direito, é a necessidade de exame apurado da necessidade pública e a construção colaborativa de contratações que efetivamente a ela atendam. O arrendamento portuário e sua dispensa de contratação são exemplos que comprovam a imperiosidade de exame apurado e autônomo desses novos microssistemas normativos.

REFERÊNCIAS

FARRANHA, Ana Claudia; FREZZA, Conrado da Silveira, e BARBOSA, Fabiana de Oliveira. “Nova Lei dos Portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimento”. *Revista Direito GV* 11/89-116, São Paulo: FGV, jan./jul. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/N6n4LCcpf6sQ7nr9NXr9Y4f/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 10/07/2021.

FREITAS, José Carlos Higa de. “Comentários aos arts. 5º-B e 5º-C”, in MILER, Thiago T. Mello, RÊNIO, Lucas, e SILVA, Aline Bayer da (eds.), *Comentários à Lei 12.815/2013*. São Paulo: Telha Ed., 2020.

GARCIA, Flávio Amaral, e FREITAS, Rafael Vêras de. “Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória”, in MOREIRA, Egon Bockmann (coord.), *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime jurídico do arrendamento portuário”. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC* 16/191-213. São Paulo: Ed. RT, fev./2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/RT, 2021.

MARQUESNETO, Floriano de Azevedo, e LEITE, Fábio Barbalho. “Peculiaridades do arrendamento portuário”. *Revista de Direito Administrativo* 231/269-295. Rio de Janeiro: FGV, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45828/45102>. Acesso em 10/07/2021.

MAYER, Giovanna. “Notas sobre os regimes dos portos brasileiros”, in MOREIRA, Egon Bockmann (coord.), *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENDES, Renato Geraldo, e MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de Licitação*. Curitiba: Zênite Ed., 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann, e CAGGIANO, Heloisa Conrado. “Comentários ao art. 1º” e “Comentários ao art. 4º”, in MILER, Thiago T. Mello, RÊNIO, Lucas, e SILVA, Aline Bayer da (eds.), *Comentários à Lei 12.815/2013*. São Paulo: Telha Ed., 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann, e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição”, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* 68/9-43. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Portos brasileiros e seus regimes jurídicos”, in MOREIRA, Egon Bockmann (coord.), *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 09/11/2021

A CONCESSÃO DE PORTOS ORGANIZADOS: O CASO CODESA

THE PORT CONCESSIONS: THE CASE OF CODESA

Felipe Nogueira Fernandes

Advogado da União, especialista em concessões e parcerias com a Administração Pública (IDP) e mestre em Direito Constitucional (IDP). Atualmente ocupa a função de Subchefê Adjunto de Infraestrutura da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República.

Bruno de Oliveira Pinheiro

Mestre em Regulação e Defesa da Concorrência (UnB) e Especialista em Regulação da ANTAQ. Atual Superintendente de Regulação da ANTAQ e Presidente da Comissão de Licitação de Concessões e Arrendamentos Portuários da ANTAQ.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Modelos de administração portuária; 2 O panorama brasileiro; 3 O caso Codesa; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Está em curso no Brasil um movimento para conceder a administração de alguns portos organizados à iniciativa privada. Essa pode ser uma solução interessante para proporcionar mais eficiência à gestão dos portos públicos sem transferir completamente o ativo ao setor privado. Porém, a adequada modelagem do contrato de concessão é crucial para o sucesso desse modelo. No caso da Codesa, busca-se um modelo regulatório que propicie a maior liberdade comercial possível ao concessionário sem descuidar da proteção aos usuários. Assim, apenas parte das tarifas sofrerá regulação ex ante. Será ainda implementada uma regulação responsiva em que as receitas do concessionário dependerão do nível dos serviços prestados aos usuários.

PALAVRAS-CHAVE: Porto Organizado. Concessão. *Landlord* Privado. Codesa. Modelo Regulatório.

ABSTRACT: There is an ongoing movement in Brazil to grant the administration of some public ports to the private sector. This can be an interesting solution to provide more efficiency to the management of public ports without utterly transferring the asset to the private sector. However, the proper modeling of the concession contract is crucial for the success of this model. In the case of Codesa, a regulatory model is sought that provides the concessionaire with the greatest possible commercial freedom without neglecting the protection for users. Thus, only part of the tariffs will be regulated ex ante. A responsive regulation will also be implemented in a way that the concessionaire's revenues will depend on the level of services provided to users.

KEYWORDS: Public port. Master Concession. Private Landlord. Codesa. Regulatory Model.

INTRODUÇÃO

Os portos podem ser definidos como locais natural ou artificialmente abrigados, dotados de águas tranquilas, destinados à realização de operações de movimentação de cargas ou passageiros provenientes de ou destinados a embarcações. Portanto, constituem um elo entre o transporte aquaviário e outros modos de transporte, como o rodoviário, o ferroviário e o dutoviário. Para o transporte intercontinental não há alternativa ao transporte marítimo, exceto para cargas pequenas e de alto valor, em que o transporte aéreo pode ser vantajoso por sua velocidade. Para que a cadeia de transporte funcione adequadamente, é fundamental que os portos sejam eficientes. Para isso os portos devem proporcionar o trânsito rápido e seguro dos bens e passageiros que passam por suas instalações.

Nas últimas décadas o transporte marítimo evoluiu consideravelmente, sobretudo com o avanço da containerização de cargas e a ampliação do porte das embarcações. Além disso, a intensificação do comércio internacional tem gerado o rápido crescimento do volume de cargas que passam pelos portos. Esse cenário gera uma pressão por investimentos em alargamento e aprofundamento dos acessos aquaviários, em expansão das áreas de atracação e dos pátios, em implantação e ampliação de terminais especializados dotados de equipamentos maiores e mais sofisticados, entre outros. Por tais razões, os portos têm se tornado mais intensivos em capital (TRUJILLO, NOMBELLA, 1999, p. 14-16). Além disso, num cenário de forte competição global, a eficiência dos portos é crucial para a competitividade das empresas. De acordo com o Relatório de Competitividade Global divulgado pelo Fórum Econômico Mundial¹ (2019), o Brasil ocupa a 104ª posição em termos de eficiência dos serviços portuários. Portanto, há muito espaço para melhorar.

Como meio para prover mais eficiência aos portos e terminais portuários, nas últimas décadas muitos países têm implementado políticas de privatização. Com esse propósito, foram adotados diversos modelos diferentes. Seguindo a tendência mundial, o Brasil passou por algumas reformas e atualmente o País já conta com forte participação de empresas privadas no setor portuário. Há inúmeras instalações portuárias privadas. Além disso, no âmbito dos portos organizados, os serviços de movimentação e armazenamento de cargas e de movimentação de passageiros já são quase que exclusivamente exercidos por empresas privadas, seja operando em terminais de uso exclusivo ou em cais público. Serviços auxiliares, como praticagem e rebocadores, também são desempenhados por particulares.

1 http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf

Porém, os portos organizados brasileiros ainda são administrados por entidades públicas, a grande maioria por empresas estatais federais ou estaduais². Mas há planos para mudar essa realidade. Estão em curso alguns projetos para conceder portos organizados à iniciativa privada, repetindo um movimento que, no setor aeroportuário, foi iniciado no começo da década passada e já obteve bons resultados³. Desses projetos, o que se encontra em estágio mais avançado é o de desestatização da Codesa, empresa pública federal que administra os portos organizados localizados no Espírito Santo.

Este artigo tem por objetivo descrever e avaliar o modelo de desestatização que se pretende implantar nos portos capixabas. Com esse objetivo, no primeiro tópico abordaremos os diversos modelos de administração portuária, descrevendo sucintamente vários arranjos institucionais em funcionamento em países da Europa, da América do Norte e da Oceania. No segundo tópico trataremos do panorama brasileiro, descrevendo os modelos admitidos pela legislação nacional e as possíveis vantagens e os riscos da concessão de portos organizados. No terceiro e último tópico descreveremos e avaliaremos o modelo desenhado para a desestatização da Codesa. Em seguida apresentaremos as conclusões.

1. MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA

Os portos marítimos são estruturas complexas formadas por instalações para atracação das embarcações e para movimentação e armazenagem de mercadorias ou movimentação de passageiros, pela infraestrutura aquaviária necessária para o acesso das embarcações ao porto (canais, berços e fundeadouros) e pela infraestrutura de acesso terrestre para a chegada ou escoamento das mercadorias que passam pelo porto, como rodovias, ferrovias e dutos. Além disso, conforme a espécie de carga, as operações portuárias demandam equipamentos como portêineres, esteiras, *shiploaders*, entre outros. Portanto, para que as operações portuárias sejam realizadas de forma eficiente, os portos devem contar com infraestrutura e superestrutura adequadas.

Nas últimas décadas, diversos países realizaram reformas institucionais para modificar a forma de governança de seus portos. Esse movimento foi desencadeado por dois fatores principais. De um lado, a partir

2 O porto de Itajaí é um dos poucos portos organizados explorados por município, que exerce a administração do porto por intermédio de uma autarquia.

3 De acordo com o *Global Competitiveness Report 2013-2014* elaborado pelo *World Economic Forum*, o Brasil ocupava a 113ª posição no quesito de qualidade da infraestrutura de serviços aéreos com nota 3,4. Já no *Global Competitiveness Report 2019*, a nota brasileira havia melhorado para 4,4 e o País passou a ocupar a 85ª posição.

do final dos anos 1970, num movimento liderado pelo Reino Unido, teve início uma tendência de diminuição do tamanho do Estado e liberalização de atividades econômicas, buscando uma maior participação da iniciativa privada e, com isso, mais eficiência (CAVALCANTE, 2017, p. 13-15).

Além disso, na mesma época houve grandes avanços no setor logístico e, particularmente, no transporte marítimo. O rápido avanço da globalização fez com que o comércio internacional crescesse com grande intensidade. Na esteira desse crescimento foram desenvolvidas novas tecnologias. O transporte de mercadorias por contêineres cresceu vigorosamente. Para obter ganhos de escala, as companhias marítimas passaram a encomendar embarcações cada vez maiores. Como resultado, surgiram pressões por novos investimentos nos portos, a fim de se adequarem a esse novo cenário que exigia a ampliação das instalações portuárias, acessos aquaviários mais profundos e equipamentos especializados capazes de atender aos novos navios.

Esses elementos combinados fizeram com que diversos países buscassem novos arranjos que permitissem atrair investimentos e melhorar a eficiência dos portos, sobretudo por meio de uma maior participação privada nas atividades portuárias. Além disso, em alguns países o processo de reformas portuárias também foi desencadeado com o objetivo de reduzir despesas públicas, uma vez que muitos portos operavam com prejuízo ou necessitavam de recursos públicos para investimentos. Foram assim testados novos modelos de administração portuária que permitissem maior participação de empresas privadas.

A depender da atribuição da responsabilidade por prover a infraestrutura ou a superestrutura necessária para a execução dos serviços portuários e do responsável por prestar tais serviços, podem ser identificados quatro principais modelos de administração portuária: (i) *public service ports*; (ii) *tool ports*; (iii) *landlord ports*; e (iv) *fully privatized ports*.

Os *Public Service Ports* ou simplesmente *Service Ports* possuem um caráter estritamente público. A autoridade portuária integra a estrutura do Estado e oferece todos os serviços necessários ao funcionamento do porto (BURNS, 2015, p. 22). A autoridade portuária é a proprietária, mantém e opera todos os ativos portuários (fixos e móveis), incluindo a infraestrutura e a superestrutura, equipa os terminais e executa os serviços de movimentação de cargas/passageiros (BANCO MUNDIAL, 2007, p. 82). Esse modelo dá ao governo o máximo controle sobre o setor portuário, mas impede investimentos privados. Além disso, a falta de competição pode resultar em ineficiências nas operações (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 408).

No chamado *Tool Port*, a autoridade portuária pública mantém a propriedade e a gestão tanto da infraestrutura como da superestrutura necessárias às operações portuárias, mas também permite que empresas privadas utilizem a estrutura do porto para prestar serviços de movimentação (BANCO MUNDIAL, 2007, p. 82). Normalmente, a operação dos equipamentos da autoridade portuária é feita por seus próprios empregados, enquanto outras operações, sejam a bordo dos navios ou no cais, são realizadas por empresas privadas (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 408). Esse modelo permite alguma participação da iniciativa privada, sem exigir que as empresas tenham que assumir altos custos iniciais ou fixos. Por outro lado, exige do poder público a realização de todos os investimentos tanto em infraestrutura como em superestrutura.

No modelo *Landlord Port*, a autoridade portuária atua como órgão regulador e como proprietário/arrendador (*landlord*) da infraestrutura, enquanto as operações portuárias, especialmente a movimentação de cargas/passageiros, é executada por empresas privadas (BANCO MUNDIAL, 2007, p. 83). A autoridade portuária mantém a responsabilidade pelo gerenciamento das terras e pelo desenvolvimento geral do porto. A infraestrutura de uso comum e os acessos continuam sob a responsabilidade da autoridade portuária. Mas as áreas destinadas às operações portuárias são arrendadas a operadores privados, que se responsabilizam pelos investimentos na superestrutura de suas instalações, incluindo os equipamentos. Uma das grandes vantagens deste modelo é a possibilidade de competição intraporto mediante o arrendamento de terminais a operadores que concorram entre si, além de permitir investimentos privados de maior vulto.

São possíveis duas variantes do modelo *Landlord Port*. Numa, as funções de autoridade portuária continuam sob responsabilidade direta de uma entidade estatal (*Public Landlord Port*), na outra a administração do porto é concedida à iniciativa privada por determinado tempo, que pode executar diretamente as operações de movimentação ou não (*Private Landlord Port*).

No modelo totalmente privado, denominado *Fully Privatized Port* ou *Private Service Port*, o porto é de propriedade privada. Incumbe à iniciativa privada administrar o porto, realizar as operações portuárias e fazer todos os investimentos. A participação do poder público limita-se basicamente ao exercício do poder de polícia e a atividades de segurança e proteção do meio-ambiente. Garante-se assim mais flexibilidade à realização de investimentos, que passam a ser orientados exclusivamente pelas forças de mercado. Por outro lado, aumentam os riscos de abusos decorrentes da posição de monopólio natural que alguns portos detêm (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 409).

Contudo, essa tipologia de modelos de administração portuária representa apenas uma simplificação de uma realidade muito mais complexa (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 414 e 431). São diversas as variantes adotadas no mundo. Por exemplo, pode haver variações em relação à instância de governo responsável pelos portos (local, regional ou nacional) ou quanto às características da entidade responsável por exercer as funções de autoridade portuária.

A quantidade de portos totalmente públicos vem diminuindo nas últimas décadas, uma vez que os governos de diversos países têm buscado maior participação da iniciativa privada no setor portuário, seja para fomentar novos investimentos ou para melhorar a eficiência das operações. Por outro lado, ainda são bastante raros os casos de portos que atendam a múltiplos usuários e que sejam totalmente privados. No Reino Unido adotou-se uma linha de privatização mais profunda, em que não apenas as operações, mas também a propriedade dos portos e mesmo atividades regulatórias, foram transferidas ao setor privado (BAIRD, 2013, p. 158). Mas a privatização ao estilo britânico foi questionada por Baird (1995 e 2013) e Saundry e Turnbull (1997), que concluíram que não teve os resultados esperados e gerou um ambiente menos competitivo. Na maioria dos grandes portos, prevalecem os modelos mistos em que as responsabilidades pelas atividades portuárias são repartidas entre o setor público e o privado.

Por exemplo, nos Estados Unidos, a maioria dos portos de cargas gerais é de propriedade pública, adotando o modelo *landlord* (FAWCETT, 2007, p. 217). Por lá, a responsabilidade pelos portos cabe preponderantemente aos Estados, havendo também portos de propriedade dos governos locais. Mas há certa dependência de recursos federais para realizar obras de dragagem, o que inibe a disposição em privatizar os portos (FAWCETT, 2007, p. 214). Segundo Fawcett (2007, p. 218 e 233), outra justificativa para a preservação da propriedade pública dos portos norte-americanos reside na maior capacidade das agências públicas em comparação às empresas privadas para levantar recursos para financiar investimentos na expansão de seus ativos. Assim, os portos norte-americanos são normalmente explorados por empresas pertencentes aos governos subnacionais, mas que podem alugar ou arrendar instalações a operadores privados (FLEMING, BAIRD, 1999, p. 384).

Na Europa continental prepondera o modelo *landlord* público. É o caso do porto de Antuépia, na Bélgica, que adota um modelo *landlord* em que, desde 1988, a autoridade portuária é exercida por uma companhia municipal (MEERSMAN et al, 2007, p. 92 e 104). Mas o governo regional tem um papel importante no financiamento da infraestrutura portuária na Bélgica (MEERSMAN et al, 2007, p. 95). Um modelo semelhante é

aplicado no porto de Roterdã, o maior da Europa. A autoridade portuária é exercida por uma empresa estatal cujo controle é do município de Roterdã e que tem como acionista minoritário o governo federal (DE LANGEN, DER LUGT, 2007, p. 119). Na Holanda cabe aos governos regionais e locais definirem o modelo de governança aplicável aos portos, mas há envolvimento do governo nacional para o financiamento de grandes obras de expansão portuária (DE LANGEN, DER LUGT, 2007, p. 118-119). A Itália, por sua vez, adota um modelo *landlord* um pouco diferente. Os maiores portos italianos são dotados de uma autoridade portuária pública controlada pelo governo central (VALLERI et al, 2007, p. 145-148). Na França, a reforma de 2008 estabeleceu uma divisão dos portos em dois grupos. Os portos secundários, chamados de portos descentralizados, são de propriedade dos governos locais, enquanto os sete portos principais estão sobre controle do governo central (LACOSTE, DOUET, 2013, p. 32). A legislação francesa estabelece que os terminais devem operar mediante um contrato com um operador, permitindo que as autoridades portuárias operem terminais apenas em algumas situações excepcionais (LACOSTE, DOUET, 2013, p. 32). Portanto, na França também se adota uma variante do modelo *landlord* público.

No Canadá, o processo de desestatização dos portos iniciou em meados dos anos 1980 e teve como principal motivação a redução do déficit público (BROOKS, 2007, p. 242-243). Nos principais portos canadenses foi implementado um modelo *landlord* em que a autoridade portuária é exercida por uma entidade sem fins lucrativos que em teoria deve operar como uma organização do setor privado e ser autossustentável, mas cujos diretores são indicados pelo Ministro dos Transportes (CHEN, 2009, p. 170; BROOKS, 2007, p. 248-249).

Os portos australianos são de responsabilidade dos Estados, que nas últimas décadas realizaram reformas profundas que buscaram reduzir despesas públicas e elevar a eficiência dos serviços. O modelo dominante foi o *landlord port* associado à corporatização das autoridades portuárias, que se tornaram empresas estatais⁴ (EVERETT, ROBINSON, 2007, p. 259-264). Porém, também houve privatizações mediante a venda da empresa incumbida da administração portuária juntamente com um contrato de concessão com vigência de 99 anos (EVERETT, ROBINSON, 2007, p. 265). Mais recentemente, a Austrália tem aprofundado essa estratégia de concessão de portos, adotando um modelo de *private landlord port* a

4 Nem todos os Estados adotaram o mesmo tipo de empresa estatal. A maioria optou por *statutory state-owned corporations* (SSOCs), enquanto a Tasmânia adotou o modelo de *government-owned companies* (GOCs). De acordo com Everett e Robinson (2007), as SSOCs permitem um envolvimento mais direto do governo na gestão da companhia.

fim de obter recursos para investir em outras infraestruturas (CHEN, PATEMAN, SAKALAYEN, 2016).

Portanto, há diversas formas de participação do setor privado em atividades portuárias, que vão desde o simples licenciamento de empresas para prestar serviços no porto até a completa alienação do porto a particulares, passando pelo arrendamento de áreas nos portos para a exploração de terminais por operadores privados (TRUJILLO, NOMBELLA, 1999, p. 16-18). É importante destacar que a escolha do modelo de administração portuária pode refletir diferentes objetivos estratégicos (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 414). Esses objetivos, por sua vez, são em boa medida dependentes do ambiente institucional, econômico, social e político em que estão inseridos os portos. Dito de outra forma, faz sentido que um país que busca assegurar que seus portos tenham uma gestão mais responsiva às forças de mercado adote um modelo diferente dos países que desejam que os portos tenham outros objetivos, como benefícios econômicos mais amplos decorrentes das externalidades positivas proporcionadas pelo desenvolvimento do porto. Em suma, o modelo deve ser coerente com os objetivos estratégicos que se busca atingir.

2. O PANORAMA BRASILEIRO

O Brasil não permaneceu alheio ao movimento de reformas portuárias acima descrito. A Lei nº 8.630, de 1993, apelidada de Lei de Modernização dos Portos, revogou o marco legal que, com algumas alterações, vigorava desde 1934. Um dos objetivos da nova legislação era privatizar as operações portuárias e criar um ambiente de competição entre os terminais portuários. Houve uma separação mais clara entre a oferta de infraestrutura e a prestação de serviços portuários. Adotou-se como diretriz que as operações portuárias, fossem elas executadas em áreas de uso comum ou em áreas exclusivas, deveriam ser delegadas à iniciativa privada⁵. Buscou-se assim a implantação de um modelo *landlord* nos portos organizados brasileiros. De fato, a partir de meados da década de 1990 diversas áreas de portos organizados foram arrendadas a empresas privadas para a implantação de terminais portuários especializados⁶.

A Lei nº 12.815, de 2013, que atualmente disciplina o setor portuário no Brasil, promoveu uma maior centralização de competências ao estabelecer que caberia à União celebrar os contratos de arrendamento

5 A Portaria MT nº 430, de 28 de julho de 1994, determinou que as administrações dos portos se abstivessem de realizar operações portuárias, para que exercessem exclusivamente as funções de autoridade portuária.

6 A Lei nº 8.630, de 1993, também previa a possibilidade de concessão do próprio porto organizado. Mas não houve novas concessões de portos organizados durante a sua vigência.

das instalações portuárias localizadas nos portos organizados, o que até então era atribuição das autoridades portuárias. Assim, ao menos em parte, as funções de *landlord* foram transferidas das autoridades portuárias para o governo central. Porém, num movimento inverso, a Portaria MTPA nº 574, de 2018, disciplinou a descentralização de competências relacionadas à licitação, gestão e fiscalização de contratos de arrendamento às entidades responsáveis pela administração dos portos organizados⁷.

A administração de portos organizados pode ser delegada a Estados ou Municípios, mediante convênio, por prazo de até 25 anos prorrogável por até mais vinte e cinco (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 9.277, de 1996; e art. 1º do Decreto nº 2.184, de 1997). O Estado ou Município ao qual for delegada a administração de porto organizado pode explorá-lo por entidade de sua administração indireta criada especificamente para essa finalidade ou por meio de concessão, observada a legislação federal (art. 4º da Lei nº 9.277, de 1996; e art. 4º do Decreto nº 2.184, de 1997). O delegatário deve desempenhar exclusivamente as atribuições de autoridade portuária, transferindo a terceiros as operações portuárias (art. 4º do Decreto nº 2.184, de 1997). Os portos organizados que permanecem sob gestão do governo central são administrados por empresas estatais federais.

A administração e exploração dos portos organizados podem ainda ser objeto de concessão à iniciativa privada, mediante prévio procedimento licitatório (art. 175 da CRFB, art. 1º, § 1º, art. 4º da Lei nº 12.815, de 2013; e art. 14, I e § 1º, da Lei nº 10.233, de 2001). Há vários modelos possíveis. O objeto da concessão pode abranger: (i) o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias; (ii) o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou (iii) o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias (art. 20 do Decreto nº 8.033, de 2013). O prazo da concessão deve ser determinado e suficiente à devida amortização dos investimentos, observado o prazo máximo de 70 anos, incluindo eventuais prorrogações (art. 2º, III, da Lei nº 8.987, de 1995; e art. 19 do Decreto nº 8.033, de 2013). Conforme dispuser o edital de licitação, a concessionária pode assumir a posição do poder público nos contratos de arrendamento ou em outros instrumentos relacionados à exploração de áreas do porto organizado (art. 22 do Decreto nº 8.033, de 2013). Nesse caso, tais contratos passam a ser regidos exclusivamente pelas normas de direito privado, sem prejuízo da obrigatoriedade de

7 A Portaria MTPA nº 574, de 2018, encontra base legal nos artigos 11 e 12 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, e no art. 12 da Lei nº 9.784, de 1999, e exige o cumprimento de uma série de exigências para que possam ser delegadas competências às autoridades portuárias fomentando assim a eficiência da gestão portuária.

cumprimento das disposições contratuais originais pela concessionária (art. 22, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 8.033, de 2013).

A exploração de instalações portuárias também pode se dar mediante autorização (art. 21, XII, “f”, CRFB, e art. 8º da Lei nº 12.815, de 2013). Desde o advento da Medida Provisória nº 595, de 2012, convertida na Lei nº 12.815, de 2013, não há mais exigência de movimentação de carga própria em instalações portuárias exploradas mediante autorização. O interessado deve possuir o justo título para explorar a área em que pretende implantar sua instalação portuária e assume integralmente os riscos do empreendimento⁸. A autorização vigora pelo prazo de até 25 anos, mas pode ser prorrogada sucessivas vezes sem limite de prazo total (art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815, de 2013). Desse modo, com base no regime de autorização, podem ser implantados verdadeiros portos privados.

Portanto, a legislação brasileira confere amplas possibilidades para a definição de modelos de governança para os portos brasileiros. Os portos organizados podem ser explorados por empresas estatais vinculadas ao governo central tal como ocorre no caso da Itália e da França. A administração dos portos organizados também pode ser descentralizada a Estados ou Municípios, adotando assim um modelo equivalente ao que prevalece nos Estados Unidos, na Bélgica ou na Holanda. Os Estados e Municípios aos quais for delegada a administração de portos organizados podem inclusive, se o respectivo convênio assim permitir, conceder o porto à iniciativa privada. Além disso, a União também está autorizada a conceder a exploração dos portos organizados ao setor privado, sendo-lhe facultado escolher entre diversos modelos que incluam ou não a exploração dos respectivos terminais. Há então permissão legal para adoção de um modelo semelhante ao que vem sendo aplicado em alguns portos australianos. Finalmente, há ainda a opção de autorizar a construção e exploração de portos privados com base no regime dos terminais de uso privado, de modo semelhante aos portos britânicos.

Como visto, a escolha do modelo mais apropriado em cada caso depende dos objetivos a serem atingidos, considerando o ambiente institucional, político e econômico. A exploração de portos envolve falhas de mercado que podem justificar algum grau de intervenção pública. A depender da distância em relação a outros portos e da infraestrutura de transporte terrestre, os portos podem assumir características de monopólio natural com maior ou menor intensidade (VINGING, BOARDMAN, 2008, p. 554-556). Nesse tipo de situação, os agentes econômicos tendem a

8 A outorga de autorização para a exploração de terminal portuário privado permite que nele sejam executadas atividades portuárias, mas não confere o direito de uso da área, que pode abranger imóveis públicos ou privados cujo direito de uso e fruição deve ser obtido pelo empreendedor por outros meios.

elevar preços acima do preço de equilíbrio num mercado competitivo, o que implica custos sociais. Há ainda alguns elementos da infraestrutura portuária que podem ser considerados “bens públicos” no sentido econômico do termo (GOSS, 1990, p. 261-262; VINING, BOARDMAN, 2008, p. 555-556). Também há problemas de externalidades. Os portos geram externalidades positivas que o operador da infraestrutura dificilmente consegue transformar em receita. Isso significa que os agentes econômicos privados não têm incentivos adequados para prover a quantidade ótima desses bens, o que pode justificar alguma espécie de subsídio público (VINING, BOARDMAN, 2008, p. 554).

No Brasil, a maior parte dos portos marítimos são distantes uns dos outros. Além disso, o sistema de transporte terrestre ainda é muito dependente do modo rodoviário, que especialmente em trajetos longos implica custos maiores aos embarcadores. Nesse ambiente, um modelo de administração portuária totalmente privado dificilmente seria adequado. Por outro lado, deve-se considerar as “falhas de governo” e as dificuldades associadas aos investimentos públicos. Entidades públicas em geral não têm os incentivos adequados para buscar a maximização da eficiência. Agravando esse problema, há ainda a possibilidade de interferência política na gestão dos portos públicos. Embora a grande maioria das autoridades portuárias brasileiras adote a forma empresarial, a legislação nacional ainda impõe uma série de barreiras burocráticas à gestão das empresas estatais.

De outro lado, as empresas privadas têm a flexibilidade e os incentivos adequados para perseguir continuamente ganhos de eficiência e em geral são mais responsivas às demandas do mercado. Além disso, no atual cenário de restrição fiscal, aumenta a importância do investimento privado para garantir a adequada expansão da infraestrutura brasileira. Por outro lado, as falhas de mercado inerentes ao setor portuário desaconselham um modelo de privatização total. Diante disso, os contratos de concessão podem ser um meio para tentar conciliar um modelo de gestão privada com a necessidade de orientar os gestores do porto a realizarem os investimentos suficientes para o adequado atendimento aos usuários. Mas para isso é fundamental que o contrato de concessão tenha uma modelagem apropriada, de modo a proporcionar ao concessionário os incentivos suficientes para que preste bons serviços sem onerar excessivamente os usuários.

Estão em curso no Brasil diversos estudos para a concessão de portos organizados. Até o momento, o processo para a concessão dos portos do Espírito Santo é o que está em fase mais adiantada. No próximo tópico, descreveremos o modelo desenhado para a desestatização da Codesa e os mecanismos que ele provê para garantir que o concessionário exercerá adequadamente a administração dos portos concedidos.

3. O CASO CODESA

O Complexo Portuário de Vitória e Barra do Riacho é composto pelos portos organizados de Vitória e de Barra do Riacho, administrados pela Codesa, empresa pública vinculada ao Ministério da Infraestrutura⁹. As instalações portuárias do primeiro estão localizadas nos municípios de Vitória e Vila Velha, enquanto as do segundo estão localizadas no município de Aracruz.

O porto de Vitória movimentou em 2020 cerca de 7 milhões de toneladas de carga¹⁰, sendo as cargas conteneurizadas a maior parcela somando em torno de 38,6%. O porto público de Barra do Riacho ainda não tem estrutura para movimentação de cargas, havendo apenas movimentação em terminais de uso privado das empresas Portocel e Petrobras. A previsão de movimentação para o porto de Vitória concedido é de 13,8 milhões no ano 2056, quase 100% de aumento.

Para a desestatização dos portos capixabas foi escolhido o modelo de *landlord* privado. Alguns argumentos ajudam a entender a escolha pelo modelo.

Porém, preliminarmente, é importante historiar que, no início da modelagem da concessão, havia dúvidas se o negócio de administrar um porto seria lucrativo a ponto de atrair interessados. Tinha-se a falsa percepção de que só a operação portuária seria rentável. Mas visitas realizadas pela equipe do Governo Federal a países como Austrália e Reino Unido quebraram esse paradigma. Constatou-se que a gestão portuária pode ser um negócio rentável. Por exemplo, o porto de Melbourne, maior porto de contêineres australiano, foi arrematado por um consórcio composto pela *Queensland Investment Corporation (QIC)*¹¹, o fundo federal *Future Fund*¹², o grupo de investimentos *Global Infrastructure Partners*¹³ (GIP) e um fundo de pensão canadense, o OMERS, nenhum deles ligados à operação portuária e tendo como exclusivo interesse o retorno dos seus investimentos.

Pois bem, voltando para os argumentos a respeito da escolha do modelo, cita-se de início o fato do porto hoje possuir arrendatários com

9 A Codesa foi instituída originalmente como sociedade de economia mista por força do Decreto nº 87.560, de 1982.

10 Fonte: ANTAQ, disponível em <http://web.antaq.gov.br/ANUARIO/>, acessado em julho de 2021.

11 A QIC é uma empresa de investimento do governo de Queensland, que é o terceiro estado mais populoso da Austrália.

12 Fundo soberano da Austrália.

13 O *Global Infrastructure Partners* é um fundo de investimento em infraestrutura e está sediado em Nova York.

contratos firmados com a União. Caso implementada a concessão, os contratos de arrendamento serão sub-rogados à concessionária, que assumirá a posição contratual da União¹⁴ (art. 22 do Decreto nº 8.033, de 2013). Dessa maneira, já teremos de partida a figura do senhorio portuário.

A segunda e principal premissa para escolha do modelo foi a preocupação com a criação de algum conflito de interesses caso se permitisse a exploração direta de áreas pela concessionária. Concluiu-se que o custo regulatório para verificar se a autoridade portuária privada estaria privilegiando as suas operações em detrimento de outros contratados seria muito grande, a ponto de inviabilizar o modelo.

Um exemplo simples do custo regulatório envolvido seria a fiscalização da utilização do canal de acesso. A ANTAQ teria que verificar quase que diariamente se o concessionário concedeu algum privilégio para a entrada ou saída de navios que fossem atender as áreas exploradas diretamente por ele, favorecendo suas operações em detrimento de outros operadores. Outro problema seria a assimetria concorrencial decorrente da capacidade do concessionário em impor custos maiores a operadores concorrentes por meio da definição do valor de arrendamento a ser cobrado dos terminais explorados por terceiros, favorecendo assim as suas próprias operações. Optou-se então por um modelo em que o concessionário não poderá executar diretamente as operações portuárias de movimentação/armazenamento de cargas ou passageiros.

Com o modelo de *landlord* privado escolhido, algumas outras preocupações regulatórias tomaram a pauta das discussões para a construção do modelo de gestão.

A primeira é a regulação das tarifas a serem cobradas pela concessionária. Como dito anteriormente, agentes econômicos em mercados não competitivos podem praticar preços acima do preço de equilíbrio. Outrossim, como destacam CHENG e YANG (2017), a estrutura tarifária dos portos influi diretamente sobre o custo do transporte marítimo, impactando no preço final dos produtos para os consumidores finais. Portanto, quando falamos de modernização e competição, falamos também de tarifas adequadas e coerentes, que incentivem a maior movimentação possível dentro dos portos, sustentando uma infraestrutura de qualidade, pois a ordem do dia é a redução do “Custo Brasil”.

No atual regime, as autoridades portuárias públicas têm todas as suas tarifas sob o regime de valor-teto, onde a ANTAQ aprova os valores

14 Porém, uma vez que os contratos passarão a ter como partes entidades privadas, perderá sua natureza de contrato administrativo. Os atuais contratos de arrendamento passariam à condição de contratos privados (art. 5º-A da Lei nº 12.815, de 2013). Assim, a concessionária do porto não poderá lançar mão das chamadas “cláusulas exorbitantes”.

a serem cobrados na tabela tarifária. Conforme a regulação eleita pela Agência, definida na Resolução Normativa ANTAQ nº 32/2019, a tarifa terá um preço-teto baseado na composição de três dimensões: custo (gastos para entregar o produto), performance (nível de capacidade e produtividade da infraestrutura) e valor (utilidade percebida ou elasticidade do consumidor). Na formação de preços com base em custos, estão envolvidos o conhecimento dos custos de seus serviços e fatores de mercado como grau de elasticidade da demanda, preços concorrentes e substitutos, estratégia de marketing, estrutura de mercado, entre outros. Para desenvolver a análise de precificação baseada em custos utiliza-se o conceito de *markup*, ou seja, a margem agregada ao custo para cobrir tributos, comissões, lucro esperado e despesas financeiras.

No entanto, para a CODESA privada pensou-se em permitir maior liberdade comercial para melhor eficiência na exploração do ativo, sem descurar da proteção dos usuários, principalmente nos serviços onde há monopólio da autoridade portuária privada. Citando novamente CHENG e YANG (2017), a precificação e o planejamento da capacidade de um porto são os principais aspectos a serem mais bem desenvolvidos na busca da melhoria da eficiência.

Nesse diapasão, a opção do poder concedente foi manter a regulação ex ante para a Tabela 1 – Acesso Aquaviário – e a Tabela 3 – Acesso Terrestre – onde restou configurado monopólio da autoridade portuária, enquanto as outras tabelas¹⁵ se submeterão a uma regulação ex post. No caso das tabelas 1 e 3, adotou-se a regulação pelo método de receita-média, onde a ANTAQ aferirá se a Receita por Carga Movimentada Ajustada para cada Tarifa Portuária, é igual ou inferior à Receita Teto - RT estabelecida pela Agência para cada Tarifa Portuária naquele ano.

A regulação das tarifas terá ainda um segundo mecanismo que é o limite de dispersão tarifária, com valores máximos e mínimos a serem cobrados aos usuários. Esse limite de dispersão não permitirá que o concessionário pratique um valor de tarifa bem superior à média para um grupo de cargas e outro bem inferior para outro, privilegiando assim esse último em detrimento do primeiro. Do contrário, com um jogo de números, a concessionária poderia abusar dos preços em um certo mercado, compensando em outro, de tal sorte a manter a Receita por Carga Movimentada Ajustada (RCA) dentro dos parâmetros aprovados pela ANTAQ.

15 De acordo com a RN32-ANTAQ são nove tabelas tarifárias portuárias: 1) Infraestrutura de Acesso Aquaviário, 2) Instalações de Acostagem; 3) Infraestrutura Operacional ou Terrestre; 4) Movimentação de Cargas; 5) Utilização de Armazéns; 6) Utilização de Equipamentos; 7) Diversos Padronizados; 8) Uso Temporário e 9) Complementares.

A outra preocupação regulatória é com a qualidade dos serviços prestados pela concessionária. Para isso, foi implementada a regulação responsiva¹⁶ no contrato de concessão, com a criação de indicadores de desempenho que irão definir o Fator Q, que impactará diretamente no valor da tarifa a ser praticada. O Fator Q será a soma dos efeitos dos indicadores de qualidade.

$$\text{Fator Q} = \sum \text{efeitos dos indicadores de qualidade} = \sum \text{IQn}$$

Indicador	Fórmula	Efeitos por indicador (IQ)	Apuração	Interpretação
I1. Manutenção da profundidade mínima do canal e dos berços	$(1 - (\text{Número de dias de calado reduzido no ano} \times \text{percentual de berços de atracação impactados}) / 365 \text{ dias}))$	$I1 \geq 95\%$ sem efeito Receita Teto; $87 \leq I1 < 95\%$: Receita Teto reduz 2%; $80 \leq I1 < 87\%$ Receita Teto reduz 4%; $I1 < 80\%$ Receita Teto reduz 8%	anual	quanto maior melhor
I2. Índice de Desempenho Ambiental	Composição e critérios do IDA estabelecidos pela Resolução ANTAQ nº 2.650, de 26/09/2012. Monitorado desde o início da concessão, mas somente a partir do 4º ano terá efeito sobre as tarifas.	Após os 03 (três) primeiros anos o concessionário terá a obrigação de pontuar minimamente igual ao ano anterior e $I2 \geq 85\%$ ou 7 melhores colocados no ranking: efeito tarifa nulo; caso contrário: tarifas de Acesso Aquaviário e Acesso Terrestre reduzem 0,5%	anual	quanto maior melhor
I3. Indicador da disponibilidade e infraestrutura	$\text{Horas inoperantes} / \text{Total de horas}$	se $I3 > 10\%$ média 3 últimos anos: tarifas tabelas I e III reduzem 0,25% para cada ponto percentual acima dos 10% da média, limitado a 5%	anual	quanto menor, melhor

16 “Na tentativa de ultrapassar o debate entre regular e desregular, Braithwaite propõe a chamada regulação responsiva (responsive regulation), segundo a qual a efetividade de regulação depende da criação de regras que incentivem o regulado a voluntariamente cumpri-las, mediante um ambiente regulatório de constante diálogo entre regulador e regulado.” (ARANHA, 2018, posição 3803 de 5395)

I4. Indicador de Atendimento de Notificações da ANTAQ e Reincidências	A. Quantidade de notificações emitidas pela ANTAQ atendidas tempestivamente/ Quantidade de notificações emitidas pela ANTAQ no mesmo período; e B. Quantidade de reincidências de notificações emitidas pela ANTAQ / Quantidade de notificações emitidas pela Antaq no mesmo período	se $I4_A < 90\%$ ou $I4_B > 30\%$, redução 0,25% tarifa	bienal	A quanto maior, melhor; e B quanto menor, melhor
I5. Indicador de Tempo Médio de Estadia	Tempo de estadia total / quantidade total de embarcações (expresso em horas)	$I5_t/I5_{t-1} \leq 0,95$; tarifas tabelas I e III aumentam 0,25%	anual	quanto menor, melhor
I6. Indicador da disponibilidade de áreas operacionais dos portos de Vitória e de Barra do Riacho	Soma das áreas operacionais exploradas (a) mediante contrato +(b) regime spot frequente / área operacional total disponível para exploração	$I6 \geq 0,60$	a critério da ANTAQ	quanto maior melhor

Tabela 1 - Indicadores de Desempenho. Fonte: Minuta de Contrato de Concessão - adaptação própria.

Merece destaque o indicador de desempenho de profundidade mínima de canal e berços. Considerado o ativo mais importante, o acesso aquaviário define a embarcação-tipo que o porto irá atender. Em um sistema de redes como o setor portuário, o ganho de escala é primordial e cada vez navios maiores escalarão os portos brasileiros, demandando maior profundidade do canal de acesso e dos berços.

Os recursos para manutenção e aprofundamento do canal de acesso do porto de Vitória estão alocados no fluxo de caixa da concessão e são uma obrigação contratual. Dessarte, em vez de multar o concessionário pela não realização da dragagem, diminui-se suas receitas tarifárias, criando o incentivo necessário para a efetivação do encargo.

4. CONCLUSÃO

Com a intensificação do comércio internacional, a eficiência dos portos tornou-se crucial para a competitividade das empresas. Nas últimas décadas, diversos países criaram mecanismos para ampliar a participação de agentes privados no setor portuário. O Brasil também reformou sua legislação de modo que atualmente é juridicamente viável a adoção de diversos modelos de administração portuária. A escolha do modelo mais apropriado em cada caso depende dos objetivos que se busca atingir, considerando o ambiente institucional, político e econômico.

A administração de portos envolve falhas de mercado que podem justificar algum grau de intervenção pública. Por outro lado, a exploração da atividade diretamente pelo Estado tende a ser ineficiente. Uma alternativa intermediária é a adoção do modelo *private landlord*, em que a administração do porto público é concedida por determinado tempo a um empreendedor privado, que fica obrigado a cumprir as obrigações definidas no contrato. Esse foi o modelo escolhido para a desestatização da Codesa e pode ser uma alternativa interessante para tentar conciliar a eficiência da gestão privada com mecanismos para superar falhas de mercado inerentes à exploração de portos. Mas o sucesso desse modelo depende em boa medida da adequada modelagem do contrato de concessão.

No caso da Codesa, podemos destacar três questões principais que exigiram bastante cuidado na definição do modelo regulatório. O primeiro ponto diz respeito ao risco de tratamento discriminatório aos operadores portuários decorrente de conflitos de interesses caso o gestor do porto também executasse operações de movimentação de cargas ou passageiros. Para endereçar esse problema, foi vedada a exploração de terminais portuários pela administração do porto, que será obrigada a terceirizar essas atividades.

O segundo consiste no risco de cobrança de preços abusivos pelo gestor do porto, aproveitando-se de sua posição monopolista. Para minimizar esse problema, buscou-se uma alternativa regulatória que, sem descuidar da proteção aos usuários, atribuísse mais liberdade comercial ao concessionário. Com esses objetivos, as tarifas relativas aos acessos aquaviário e terrestre serão reguladas *ex ante*, enquanto as demais tarifas

estarão sujeitas à regulação ex post. No caso das tarifas reguladas ex ante pretende-se adotar o método de receita média com limite de dispersão tarifária.

O terceiro aspecto a ser destacado consiste na implementação de uma regulação responsiva mediante a definição de indicadores de desempenho que vão compor o Fator Q, que influenciará diretamente as receitas do concessionário. O objetivo é criar um sistema remuneratório que efetivamente incentive o concessionário a prover serviços de qualidade aos usuários independentemente da atuação repressiva do regulador.

Em arremate, busca-se utilizar no contrato de concessão dos portos de Vitória e Barra do Riacho o que há de mais moderno em termos de técnicas de regulação, dando liberdade ao concessionário na gestão do ativo, sem a arcaica regulação de supervisão e controle, proporcionando assim um nível adequado de proteção aos usuários sem onerar excessivamente o Estado.

REFERÊNCIAS

ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório*. 4. ed. Londres: Laccademia, 2018.

BANCO MUNDIAL. *Port reform toolkit*. 2ª Ed. The World Bank, 2007.

BAIRD, Alfred J. *Privatization of trust ports in the United Kingdom*: Review and analysis of the first sales. *Transport Policy*, 2(2), 1995, p. 135-143.

BAIRD, Alfred J. *Acquisition of UK ports by private equity funds*. *Research in Transportation Business & Management*, Volume 8, 2013, p. 158-165.

BROOKS, Mary R. *Port devolution and governance in Canada*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 237-257.

BROOKS, Mary R; CULLINANE, Kevin. *Governance models defined*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 405-435.

BURNS, Maria G. *Port management and operations*. Boca Raton: CRC Press, 2015.

CAVALCANTE, Pedro. *Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM*. Brasília: Ipea, 2017. (Texto para Discussão, n. 2319).

CHEN, Shu-Ling. *Port Administrative Structure Change Worldwide: Its Implication for Restructuring Port Authorities in Taiwan*. *Transport Reviews*, 29:2, 2009, p. 163- 181.

CHENG, Jiannan; YANG, Zhongzhen. *The equilibrium of port investment in a multi-port region in China*. *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, v. 108, p. 36-51, 2017.

CULLINANE, Kevin; SONG, Dong-Wook. *Port privatization policy and practice*. *Transport Reviews*, 22:1, 2002, p. 55-75.

DE LANGEN, Peter W.; VAN DER LUGT, Larissa M. *Governance structures of port authorities in the Netherlands*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 109-137.

FAWCETT, James A. *Port governance and Privatization in the United States: Public ownership and private operation*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 207-235.

GOSS, R. O. Economic policies and seaports: Are port authorities necessary? *Maritime Policy & Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 17:4, 1990, p. 257-271.

IPEA. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Portos brasileiros: diagnóstico, políticas e perspectivas*. Série eixos do desenvolvimento brasileiro. Comunicados do Ipea n. 48, 2010.

MEERSMAN, Hilde; VAN DE VOORDE, Eddy; VANELSLANDER, Thierry. *Fighting for money, investments and capacity: Port governance and devolution in Belgium*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 85-107.

SAUNDRY, Richard; TURNBULL, Peter. Private profit, public loss: *The financial and economic performance of U.K. ports*, *Maritime Policy & Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 24:4, 1997, p. 319-334.

TRUJILLO, Lourdes; NOMBELA, Gustavo. *Privatization and regulation of the seaport industry*, *Policy Research Working Paper Series 2181*, The World Bank, 1999.

VALLERI, Marisa A.; LAMONARCA, Maria; PAPA, Paola. *Port governance in Italy*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. Research in Transportation Economics, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 139-153.

VINING, Aidan R.; BOARDMAN, Anthony E. *The potential role of public-private partnerships in the upgrade of port infrastructure: normative and positive considerations*. *Maritime Policy & Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 35:6, 2008, p. 551-569.

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 09/11/2021

BR DO MAR: UMA ANÁLISE SOBRE A CABOTAGEM NO BRASIL E AS INOVAÇÕES DO PL N. 4.199/20

*BR DO MAR: AN ANALYSIS ON CABOTAGE IN BRAZIL AND
THE INNOVATIONS OF PL N. 4.199/20*

Camilla Araújo Soares da Silva

*Advogada da União, Consultora Jurídica Adjunta na Consultoria Jurídica junto ao
Ministério da Infraestrutura.*

Marcela Muniz Campos

*Advogada da União, Coordenadora-Geral de Portos e Transportes Aquaviários na
Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Transporte marítimo: os diferentes tipos de navegação e suas características; 2 Panorama legal e principais barreiras protecionistas da cabotagem no Brasil; 3 Projeto de Lei n. 4.199/20: principais desafios e inovações; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.199/20, que institui o Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem - BR do Mar. Trata-se de proposta legislativa com a intenção de incentivar a expansão do transporte de cargas por cabotagem no Brasil. Dentre as principais inovações está a flexibilização das regras de afretamento de embarcações estrangeiras, a fim de incentivar a concorrência e a competitividade na prestação do serviço de transporte por cabotagem. Para compreender essa e outras alterações, faz-se necessário esclarecer os tipos de navegação marítima, a legislação vigente sobre o assunto, bem como os principais aspectos relacionados às barreiras protecionistas do setor.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Indústria Marítima. Cabotagem. Barreiras Protecionistas. Afretamento. Embarcações Estrangeiras.

ABSTRACT: The Bill nº. 4,199/20, which institutes the Incentive Program for Cabotage Transportation - BR do Mar, is in progress at the National Congress. It is a legislative proposal with the intention of encouraging the expansion of cargo transportation by cabotage in Brazil. Among the main innovations is the relaxation of the rules for chartering foreign vessels in order to encourage competition and competitiveness in the provision of cabotage transport services. To understand this and other changes, it is necessary to clarify the types of maritime navigation, the current legislation on the subject, and the main aspects related to protectionist barriers in the sector.

KEYWORDS: Regulation. Maritime Industry. Cabotage. Protectionist Barriers. Chartering. Foreign Vessels.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 prevê que o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174). Esta atuação é orientada pelos princípios elencados em seu art. 170.

Através das normas que regem as atividades econômicas, o Estado incentiva determinados comportamentos de seus agentes econômicos, que podem neutralizar ou gerar falhas de mercado¹.

Marçal Justen Filho esclarece que a função de regulação deriva dos fins buscados pelo Estado. Através da edição de regras e adoção de outras providências, atuação regulatória, orientadas a induzir o comportamento das pessoas e instituições, o Estado Regulador realiza o bem comum (JUSTEN FILHO, 2006).

Ao longo da história o transporte marítimo se mostrou uma atividade essencial para o comércio internacional e inter-regional, se tornando um dos pilares da globalização, ao lado das comunicações e da liberalização do comércio (KUMAR E HOFFMANN, 2002).

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), no estudo intitulado *Review of Maritime Transport 2019*, afirma que mais de 80% (oitenta por cento) do comércio mundial de mercadorias em volume é transportado por mar. Isso faz com que o transporte marítimo seja a espinha dorsal da economia global.

Tamanha relevância desta atividade, não poderia passar ao largo da regulamentação estatal.

Especificamente acerca da cabotagem, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.199/20, que institui o Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem - BR do Mar.

O objetivo deste estudo é apresentar as principais mudanças propostas no projeto de lei.

Para tanto, apresentaremos noções introdutórias sobre os tipos de navegação em mar aberto, gênero do qual a cabotagem faz parte, conforme a Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997.

Em seguida, discutiremos acerca do regime jurídico da cabotagem no atual ordenamento brasileiro e os seus reflexos que revelam as principais barreiras protecionistas do setor, à luz de estudos técnicos nacionais e estrangeiros acerca da legislação relacionada. Por fim, trataremos as inovações e desafios do Projeto de Lei n. 4.199/20.

¹ Falha de mercado pode ser entendida como a situação na qual um mercado competitivo é ineficiente, isto é, não maximiza os excedentes do consumidor e produtor juntos (PINDYCK, ROBERT S., 2013)

1. TRANSPORTE MARÍTIMO: OS DIFERENTES TIPOS DE NAVEGAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS.

A Constituição Federal estabelece que a União é competente para explorar, mediante autorização, concessão ou permissão “os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre os portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território” (art. 21., XII, d) e para legislar privativamente sobre “navegação lacustre, fluvial, marítima” (art. 22, X).

No plano federal, a lei de regência dos transportes aquaviários e terrestres é a Lei n. 10.233/2001, que estabelece, dentre outras questões, os princípios e diretrizes para o transporte aquaviário, bem como cria a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.

A ordenação do transporte aquaviário é feita, ainda, quanto aos aspectos econômicos, pela Lei n. 9.432, de 8 de janeiro de 1997, e quanto aos técnicos, pela Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, esta última regulamentada pelo Decreto n. 2.596, de 18 de maio de 1988.

Para compreender a atividade econômica relacionada ao transporte marítimo, faz-se necessário apresentar os diferentes tipos de navegação a partir das definições utilizadas pela Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997.

A navegação em mar aberto é classificada como: a) de longo curso; b) cabotagem; e c) de apoio marítimo;

A navegação de **longo curso** nada mais é do que a navegação internacional, por meio da qual ocorrem as importações e exportações, cujo transporte de cargas e/ou pessoas se dá entre países distintos.

Apesar da nomenclatura utilizada, o critério legal não se refere à duração da viagem, e sim à navegação realizada entre portos brasileiros e estrangeiros.

Já a **cabotagem** é definida como a navegação que ocorre entre dois portos localizados no mesmo país, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores.

Essa denominação pode variar entre os termos “*short sea shipping*” (navegação de curta distância), “*coastal shipping*” (navegação costeira), “*large cabotage*” (grande cabotagem), entre outras. A depender da definição utilizada, o conceito de cabotagem pode mudar sensivelmente. A complexidade do conceito revela a natureza complexa do próprio mercado, que abarca diferentes navios, técnicas de movimentação de carga, portos, sistemas de informação, entre outros (SÁNCHEZ, 2019).

Nesse contexto, vale destacar que o transporte realizado entre portos de países vizinhos com acordos bilaterais de integração marítima, a

exemplo do que ocorre no Mercosul, recebe o nome de “grande cabotagem”, “cabotagem internacional” ou “cabotagem estendida”.

A navegação de **apoio marítimo**, por sua vez, é aquela realizada para o apoio logístico a embarcações e instalações em águas territoriais nacionais e na zona econômica exclusiva, que atuem nas atividades de pesquisa e lavra de minerais e hidrocarbonetos.

Esse tipo de navegação se dá por meio de embarcações offshore, que servem a propósitos operacionais, como, por exemplo, a exploração de petróleo e trabalhos de construção em alto mar, auxiliando não só a exploração e perfuração de petróleo, mas o fornecimento dos suprimentos necessário para as unidades de escavação e construção (CHOPRA, 2017).

Tecidas as considerações iniciais sobre o assunto, vejamos o panorama legal e as principais barreiras protecionistas da cabotagem no Brasil.

Estabelecidos os conceitos acerca dos tipos de navegação em mar aberto e suas especificidades, passamos a abordar o atual panorama legal e as principais barreiras protecionistas da cabotagem no Brasil.

2. PANORAMA LEGAL E PRINCIPAIS BARREIRAS PROTECIONISTAS DA CABOTAGEM NO BRASIL.

Especificamente acerca da cabotagem, o art. 178, caput e parágrafo único, da Constituição Federal, determina que a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser realizados por embarcações estrangeiras.

A Lei n. 9.432, de 1997, prevê que o transporte de mercadorias na cabotagem é realizado por uma empresa brasileira, denominada Empresa Brasileira de Navegação (EBN), utilizando-se, para tanto, de embarcações brasileiras. A utilização de embarcações estrangeiras na cabotagem é possível quando afretadas por empresas brasileiras de navegação.

Em seu art. 9º, a lei define as hipóteses em que é autorizado o afretamento² de embarcações estrangeiras para transporte de mercadorias na navegação de cabotagem, desde que por **viagem**³ ou por tempo **determinado**⁴, nas situações de: (i) inexistência ou indisponibilidade de embarcações de bandeira brasileira; (ii) interesse público justificado; ou

2 Contrato em virtude do qual o fretador cede ao afretador, por certo período, direito total ou parcial sobre o emprego da embarcação, mediante remuneração pelo afretamento, podendo transferir ou não a sua posse (vide art. 2º, inciso I, da Resolução ANTAQ nº 8.102, de 13 de fevereiro 2021).

3 O afretamento **por viagem** é quando a EBN contrata toda ou parte de uma embarcação, com tripulação, para efetuar o serviço de transporte em uma ou mais viagens (vide art. 2º, III, Lei n. 9.432, de 1997).

4 O afretamento **por tempo** é quando a EBN contrata a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado (vide art. 2º, II, Lei n. 9.432, de 1997).

(iii) em substituição a embarcações em construção no país, em estaleiro brasileiro com contrato em eficácia, enquanto durar a construção.

Ainda, o afretamento de embarcação estrangeira para navegação de cabotagem de percurso nacional poderá se dar a **casco nu**⁵, com suspensão de bandeira⁶, desde que limitado ao dobro da tonelagem de porte bruto das embarcações, de tipo semelhante, encomendadas pela EBN a estaleiro brasileiro instalado no país, com contrato de construção em eficácia, adicionado de metade da tonelagem de porte bruto das embarcações brasileiras de sua propriedade, ressalvado o direito ao afretamento de pelo menos uma embarcação de porte equivalente.

Acerca do regime jurídico da cabotagem brasileira, destaca-se que não há nenhuma exigência ou limitação sobre a constituição do capital da empresa brasileira, podendo este ser estrangeiro e integralmente proveniente de capital externo.

Dessa forma, para obter o enquadramento como EBN basta que a empresa seja constituída nos termos da legislação brasileira, com sede e administração no país, que tenha por objeto social operar nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem ou longo curso e comprove operação comercial periodicamente.

Entretanto, a imposição de que a EBN detenha a posse de embarcações brasileiras constitui uma barreira à entrada⁷ para que potenciais interessados ingressem no mercado de cabotagem (IPEA, 2020). Outra barreira à concorrência é a imposição de contratação de embarcação em estaleiro nacional para que seja possível o afretamento de embarcação estrangeira a casco nu (IPEA, 2020).

O argumento em defesa dessas medidas reside na necessidade de garantir a regularidade da oferta de embarcações para realizar a cabotagem no mercado brasileiro (IPEA, 2020).

Existem outras barreiras além das aqui mencionadas, relacionadas com a garantia de um percentual de tripulantes brasileiros e os subsídios governamentais, a exemplo da política de estímulo à indústria de construção naval e à marinha mercante, estruturada por meio do tributo Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e do Fundo da Marinha Mercante - FMM, nos termos da Lei n. 10.893, de 13 de julho de 2004.

5 No afretamento a casco nu o afretador assume a operação da embarcação com tripulação própria, com a suspensão da bandeira do país de origem da embarcação, ou seja, o navio deve ser registrado no Brasil, passando a arvorar nossa bandeira (vide art. 2º, I, Lei n. 9.432, de 1997).

6 Ato pelo qual o proprietário da embarcação suspende temporariamente o uso da bandeira de origem, a fim de que a embarcação seja inscrita em registro de outro país (vide art. 2º, XII, Lei n. 9.432, de 1997).

7 Sobre o assunto, vale mencionar as lições de Robert S. e Daniel L. Rubinfeld, no sentido de que “Um importante aspecto da estratégia competitiva (discutida em detalhes no Capítulo 13) é a identificação de meios para criar barreiras à entrada – isto é, condições que desestimulem a entrada de novos concorrentes”.

Nesse cenário, a política de cabotagem no Brasil é classificada como política de proteção controlada, à medida em que protege a indústria de cabotagem marítima, mas permite a entrada de armadores estrangeiros sob condições controladas (CASACA; LYRIDIS, 2018).

O protecionismo na cabotagem é o princípio de reserva do tráfego, serviços e atividades marítimas e da navegação do país para seus próprios cidadãos (ANTAQ, 2019).

Originalmente motivadas por preocupações de segurança e para manutenção de frotas mercantes nacionais⁸ (UNCTAD, 2017), as restrições à cabotagem hoje estão relacionadas a questões estratégicas, como proteger a frota nacional; questões legais, como garantir que os navios de cabotagem cumpram a legislação nacional e internacional; **questões econômicas**, como promover o desenvolvimento da indústria naval ou proteger a indústria da cabotagem; **questões sociais**, como proteger o emprego da tripulação nacional; **questões culturais e ambientais**, como desenvolver uma indústria de cabotagem ambientalmente sustentável (ANTAQ, 2019).

As restrições à cabotagem existem em diversos países com diferentes sistemas políticos, econômicos e legais⁹, não se tratando de característica exclusiva da legislação nacional.

Sobre o histórico da proteção de mercado existente no Brasil, convém mencionar trecho do estudo desenvolvido pela Consultoria Legislativa do Senado Federal sobre a evolução e perspectivas de desenvolvimento da Marinha Mercante Brasileira:

Entre o final dos anos 80 e o início da década de 90, a navegação brasileira passou por sério processo de esvaziamento, devido em grande parte à conjuntura econômica do País. O Brasil atravessava um período de baixo crescimento, recorrentes crises de balanço de

8 Nesse sentido é o detalhamento feito pela UNCTAD no estudo *Rethinking Maritime Cabotage for Improved Connectivity 2017*, pág. 17: “Existing restrictions reflect the political sensitivity of cabotage operations. Historically, cabotage restrictions were justified by the need to preserve security, to avoid shipping shortages in case of conflict, when lack of access to foreign carriers could leave the military without adequate means for moving men and materiel to the war zone. From this point of view, cabotage restrictions aimed at ensuring that local shipping companies carry locally generated cargo to protect local waterways and ensure strategic deliveries and shipments. Maintaining national merchant fleets is another important motivation for cabotage restrictions. There are several explanations for this. First, it is often argued that maintaining a national fleet may contribute to reduce the adverse impact of freight expenditures on the balance of payments. Second, it can contribute to ensure economic growth and social well-being by developing local capacity in several segments of the maritime transport value chain, particularly ship-building and repair, ship ownership, registration, operation and seafarers”.

9 Segundo o estudo realizado pela Seafarers’ Rights International (SRI), intitulado *Cabotage Laws of the World* (SRI, 2018), e citado no Estudo de Cabotagem da ANTAQ (ANTAQ, 2019), o protecionismo da cabotagem existe ao longo dos litorais em cerca de 80% do mundo (comparando os litorais de nações com cabotagem com os litorais das nações sem cabotagem) e em 70% dos estados membros do Conselho da IMO (28 entre 40 estados).

pagamentos e de inflação galopante que obrigou a indústria a trabalhar com estoques baixos e giro rápido, em função dos custos financeiros. No âmbito da cabotagem, essa conjuntura direcionou a carga geral para o modo rodoviário, que atendia os usuários em menor prazo, com maior frequência e custo final mais competitivo.

Em 1995, duas emendas constitucionais alteraram novamente o cenário institucional: a Emenda nº 6, de 1995, que eliminou o conceito de empresa brasileira de capital nacional, e a Emenda nº 7, de 1995, que deu nova redação ao art. 178 da Constituição Federal, remetendo para a legislação ordinária a regulamentação do mercado de navegação (SENADO FEDERAL, 2008).

Apesar dos mecanismos de proteção e incentivo constantes do arcabouço normativo brasileiro, o Tribunal de Contas da União formulou severas críticas à legislação em comento, no âmbito de auditoria realizada para avaliar os obstáculos ao desenvolvimento da navegação de cabotagem no país (Acórdão 1383/2019-Plenário), asseverando que “a Lei 9.432/1997, que prescreve uma política nacional de proteção à marinha mercante brasileira, é insuficiente para fomentar o setor”. Sobre o assunto, convém mencionar trecho do respectivo achado:

Considera-se a Lei 9.432/1997 como pilar normativo sobre transporte aquaviário. Embora ela tenha permitido maior abertura e competição na navegação de longo curso, em relação à cabotagem a lei reafirmou a restrição às embarcações brasileiras, em sintonia com o dispositivo constitucional (CF/88, art. 178), admitido o afretamento de embarcações estrangeiras por tempo ou por viagem, sob prévia autorização, apenas quando verificada inexistência ou indisponibilidade de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte pretendido, em substituição a embarcações em construção em estaleiro brasileiro, proporcionalmente à tonelagem de porte bruto encomendada ou quando verificado interesse público.

Ademais disso, a equipe de auditoria constatou que não há, nos normativos legais sobre a navegação e nos instrumentos de planejamento do governo federal aplicáveis ao sistema de transportes, ações ou iniciativas em um nível tático e operacional para uma política pública de fomento à cabotagem. O que se observou foram orientações gerais, sem estabelecer marcos iniciais para acompanhamento dos avanços no setor, nem metas a serem alcançadas. Quanto às poucas estratégias

existentes acerca da cabotagem, verificou-se ausência de cronogramas, objetivos e responsabilidades para a implementação e alcance de cada uma delas.

Existem vários estudos técnicos de entidades governamentais e não governamentais que apontam a necessidade de aprimoramento da legislação. Especificamente no que concerne à liberalização do setor e ao protecionismo existente, cabe destacar a conclusão apresentada pelo estudo da Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos da Presidência – SEAE, e mencionada na NOTA TÉCNICA N° 10/2020/CGNV/DNHI-SNPTA/SNPTA:

O tema central deste estudo envolveu a discussão sobre a liberalização do setor de cabotagem. Os argumentos historicamente empenhados em favor do protecionismo, quais sejam, a questão de segurança nacional de transportes e o fomento à indústria naval, vêm se tornando obsoletos. O Brasil continua com baixo grau de integração dos mercados internos, com baixa inserção no comércio internacional e com produtividade estagnada há décadas. Muitas das empresas brasileiras de navegação são efetivas subsidiárias de multinacionais de afretamento; os estaleiros locais não conseguem suprir a demanda por novas embarcações e a participação da cabotagem no transporte de cargas gerais permanece pouco expressivo, a despeito da extensão do litoral brasileiro. Dessa forma, não só as barreiras à participação estrangeira no mercado são apenas nominais, como o direcionamento da demanda por embarcações brasileiras tem falhado em estimular uma indústria de construção naval internacionalmente competitiva.

Se de um lado as barreiras protecionistas possuem o propósito de assegurar determinados objetivos estratégicos, legais, econômicos e sociais, de outro lado podem limitar a integração dos mercados e a competitividade logística, prejudicando, ao fim, o usuário.

Feito o apanhado sobre a legislação e as principais barreiras protecionistas da cabotagem no Brasil, passemos a analisar os principais desafios e inovações do Projeto de Lei n. 4.199/2020.

3. PROJETO DE LEI N. 4.199/20: PRINCIPAIS DESAFIOS E INOVAÇÕES.

Na análise de impacto regulatório feito para a proposição legislativa, o Ministério da Infraestrutura identificou, dentre as principais críticas apresentadas pelos usuários em relação à legislação vigente de navegação

de cabotagem, o estabelecimento de barreiras à entrada de novos agentes para um mercado concentrado, o que impossibilita a competição de empresas estrangeiras de navegação e proporciona a constituição de um mercado oligopolizado ou monopolizado¹⁰ para empresas de navegação (MINFRA, 2020).

Na busca de incrementar a participação do setor privado, duas abordagens foram feitas para fins de estruturação da proposta, uma em relação à abertura completa do mercado de cabotagem para armadores estrangeiros e outra em relação à flexibilização das regras de afretamento.

Sobre o primeiro aspecto, identificou-se que a dinâmica do mercado de navegação mundial possui duas características: (i) a primeira ligada à liberalização do transporte marítimo, que não está sujeita às regras da Organização Mundial do Comércio – OMC¹¹, o que faz com que as práticas concorrenciais das empresas de transporte marítimo internacionais sejam avaliadas apenas pelas leis dos países em que estão sediadas; (ii) a segunda ligada à volatilidade dos valores do frete e à imprevisibilidade da oferta, que variam de acordo com ciclos de expansão e contração, bem como maior ou menor atratividade do mercado.

Ao analisar essas características, o governo concluiu que a desregulamentação da navegação por cabotagem traz grande exposição logística aos efeitos do mercado internacional, sendo necessário o desenvolvimento de políticas internas voltadas à proteção e estímulo do transporte de cabotagem (MINFRA, 2020).

O segundo aspecto avaliado para incrementar a participação privada na cabotagem diz respeito à flexibilização das regras de afretamento. Como visto, o ordenamento jurídico do transporte aquaviário estrutura a atuação das EBNs lastreadas em frota própria, embarcações registradas no país e com vínculo de longo prazo, e disciplina as modalidades de afretamento de embarcações estrangeiras por EBNs de forma controlada.

Ocorre que o transporte de mercadorias por cabotagem é considerado estratégico para viabilizar o escoamento das riquezas locais e o acesso a novos mercados, o que levou o governo a identificar a necessidade de aprimoramento das regras no que se refere à utilização de embarcações estrangeiras no transporte de cargas por esse tipo de navegação.

Considerando a abordagem realizada até aqui, é possível afirmar que o principal desafio da modernização regulatória está em conciliar o

10 **Oligopólio** é um mercado em que poucas empresas competem entre si, as barreiras à entrada tornam muito difícil o surgimento de novos concorrentes. **Monopólio** é o mercado em que existe apenas um vendedor, este controla totalmente a quantidade de produtos que será ofertado (PINDYCK, ROBERT S., 2013, p.352)

11 As negociações sobre o serviço de transporte marítimo internacional estão suspensas no âmbito da Organização Mundial do Comércio - OMC, conforme decisão *do Council for Trade in Services (S/L/24)*, de 28 de junho de 1996.

incremento da oferta e da qualidade do transporte por cabotagem no país (a fim de proporcionar maior competitividade e reduzir o custo logístico), com as políticas que garantam a perenidade do serviço de transporte, a segurança comercial para o Brasil e o desenvolvimento da indústria naval nacional.

Nesse prumo, vale destacar que foi identificada como externalidade positiva para a cabotagem a grande capacidade operacional de movimentação de cargas, cujos ganhos de escala resultam: (i) no menor consumo de combustível por tonelada transportada, (ii) no menor custo por tonelada-quilômetro transportado e (iii) na redução do registro de acidentes (com menores custos de apólices de seguro, tanto para cargas como para embarcações) (MINFRA, 2020).

Também se menciona a racionalização da utilização dos recursos públicos com a manutenção das rodovias, devido à redução do tráfego de caminhões, que possuem grande potencial de deterioração. Além do fato de que a cabotagem possui benefícios ambientais relacionados à mitigação dos níveis de emissões de gás carbônico (MINFRA, 2020).

Vejamos então as principais inovações do Programa de Estímulo à Cabotagem, denominado BR do MAR, conforme projeto original, no que se relaciona com os aspectos destacados ao longo deste estudo.

O art. 1º do PL n. 4.199/20 estabelece os objetivos do Programa, a saber: (i) ampliar a oferta e melhorar a qualidade do transporte por cabotagem; (ii) incentivar a concorrência e a competitividade na prestação do serviço de transporte por cabotagem; (iii) ampliar a disponibilidade de frota no território nacional; (iv) incentivar a formação, a capacitação e a qualificação de marítimos nacionais; (v) estimular o desenvolvimento da indústria naval de cabotagem brasileira; (vi) revisar a vinculação das políticas de navegação de cabotagem das políticas de construção naval; (vii) incentivar as operações especiais de cabotagem e os investimentos delas decorrentes em instalações portuárias, para atendimento de cargas em tipo, rota ou mercado ainda não existente ou consolidado na cabotagem brasileira; e (viii) otimizar o emprego dos recursos oriundos da arrecadação do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante – AFRMM.

As diretrizes estão previstas no art. 2º e podem ser assim agrupadas: (i) **diretrizes governamentais** (segurança nacional, estabilidade regulatória, equilíbrio da matriz logística brasileira, incentivo ao investimento privado e otimização do emprego de recursos públicos); (ii) **diretrizes de confiabilidade** (regularidade da prestação das operações de transporte, promoção da livre concorrência, transparência e integridade); e (iii) **diretrizes de qualidade, eficiência e desenvolvimento** (otimização do uso de embarcações afretadas, contratação e qualificação profissional

de marítimos nacionais, inovação, desenvolvimento científico e tecnológico e desenvolvimento sustentável).

Para fins de habilitação no BR do Mar, a empresa interessada deverá estar autorizada a operar como EBN no transporte de cargas por cabotagem, comprovar situação regular em relação aos tributos e assinar um Termo de Compromisso, por meio do qual se obrigará a apresentar, periodicamente, informações relativas às diretrizes do Programa¹² (art. 3º).

A principal inovação da proposta está no Capítulo II do projeto, onde estão dispostas as hipóteses de afretamento de embarcação estrangeira, inclusive sem a obrigatoriedade de as EBNs possuírem embarcações próprias.

Trata-se da possibilidade de uma Empresa Brasileira de Navegação, desde que habilitada no BR do Mar, poder afretar por tempo embarcações de sua subsidiária integral estrangeira, nas seguintes hipóteses (art. 5º, §1º):

a) afretamento baseado em ampliação da tonelagem de porte bruto de embarcações próprias da EBN, cuja proporção será definida em regulamento;

b) afretamento para substituir embarcação de tipo semelhante em construção no Brasil, na proporção de até 200% da tonelagem de porte bruto da embarcação em construção. Pretende-se que esta regra seja complementar à regra de substituição já prevista na Lei nº 9.432, de 1997, e poderá se dar pelo prazo de seis meses, prorrogável por igual período, até o limite de trinta e seis meses;

c) afretamento para substituir embarcação de tipo semelhante em construção fora do Brasil, na proporção de até 100% da tonelagem de porte bruto da embarcação em construção;

d) afretamento para substituição de embarcação de tipo semelhante, própria ou afretada, em jumborização, conversão, modernização, docagem ou reparação, no País ou fora dele, na proporção de até 100% da sua tonelagem de porte bruto, na forma da regulamentação¹³;

e) afretamento para atendimento exclusivo de contratos de transporte de longo prazo, na forma do regulamento a ser editado; e

f) afretamento para atendimento de operações especiais de cabotagem, pelo prazo de 36 (trinta e seis) meses, prorrogáveis por mais 12 (doze) meses, nos termos do disposto em regulamento. Considera-se operações especiais de cabotagem aquelas regulares para o transporte de cargas em tipo, rota ou mercado não existente ou não consolidados, na forma de regulamento (art. 5º, §2º, II).

12 Conforme versão do PL aprovado da Câmara dos Deputados, a forma e a periodicidade das informações deste dispositivo serão estabelecidas em regulamentação própria.

13 Conforme versão do PL aprovado da Câmara dos Deputados, esta previsão foi suprimida.

Segundo o material técnico desenvolvido pelo Ministério da Infraestrutura sobre o Projeto (MINFRA, 2020b), as hipóteses de afretamento que se relacionam com a proporção de navios de propriedade da empresa buscam criar um incentivo à formação de frota nacional, à medida em que, quanto maior a frota própria, maior o acesso a navios que operam com um custo menor.

Já o afretamento que se relaciona com a substituição de embarcação em construção no país busca manter o incentivo à indústria nacional, pois, se a EBN estiver construindo embarcação no Brasil, ela poderá afretar duas vezes a quantidade que estiver em construção (MINFRA, 2020b).

A hipótese para atendimento exclusivo de contratos de transporte de longo prazo busca possibilitar a alternativa para os usuários que possuem volume para “fechar” a capacidade de uma embarcação (MINFRA, 2020b).

Ainda com base no referido documento técnico, o afretamento para a prestação de operações especiais de cabotagem, por até quatro anos funcionará como uma circularização de longo prazo. Se uma determinada operação ainda não é feita por EBN com navio brasileiro, então a empresa pode fazer um “teste” deste novo mercado, sem ter que investir primeiro na embarcação própria (MINFRA, 2020b).

Sobre esse ponto, vale mencionar que o projeto busca conciliar a flexibilização das regras de afretamento com o estímulo à indústria de construção e reparação naval brasileira.

Além disso, o PL busca garantir maior oferta de trabalho para os marítimos brasileiros. Isso porque, estabeleceu que nos afretamentos a tempo, viabilizados com a estratégia da subsidiária estrangeira, será obrigatório ter tripulação composta de, no mínimo, dois terços de brasileiros em cada nível técnico do oficialato, incluídos os graduados ou subalternos, em cada ramo de atividade, incluídos o convés e as máquinas, de caráter contínuo. Além disso, terá, obrigatoriamente, comandante, mestre de cabotagem, chefe de máquinas e condutor de máquinas brasileiros (art. 9º, II e III).

Outra novidade é o regime jurídico dos trabalhadores marítimos que operem em embarcação estrangeira afretada na forma prevista no Projeto de Lei, o qual foi definido como sendo o do país de registro da embarcação estrangeira, observadas as regras internacionais estabelecidas por organismos internacionais devidamente reconhecidos, referentes à proteção das condições de trabalho, à segurança e ao meio ambiente a bordo de embarcações, e pela Constituição¹⁴ (art. 12).

14 Conforme versão do PL aprovado da Câmara dos Deputados, aos contratos de trabalhos dos tripulantes que operem em embarcação estrangeira afretada serão aplicáveis as regras internacionais estabelecidas por organismos internacionais devidamente reconhecidos e a Constituição Federal, sendo que o instrumento de

Por certo a questão das regras trabalhistas aplicáveis aos marítimos de uma embarcação desafiaria um novo artigo, uma vez que a questão é bastante controversa na doutrina e na jurisprudência.

Por fim, sem a pretensão de esgotar o tema, convém mencionar que outros estímulos fazem parte da proposta, como a criação de novas possibilidades de utilização de recursos depositados nas contas vinculadas ao Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM, previsto no art. 19 da Lei nº 10.893, de 2004. Ainda, medidas que estimulam a redução de burocracias e custos de operação relacionados à cabotagem, a exemplo da possibilidade de comprovação da entrega e do recebimento da mercadoria por meio eletrônico.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita a análise do regime jurídico da cabotagem no atual ordenamento brasileiro, evidenciou-se que o principal desafio da modernização regulatória é conciliar o incremento da oferta e da qualidade do transporte por cabotagem no país com as restrições relacionadas a **questões estratégicas**, econômicas e sociais.

Atuando como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado busca harmonizar os diversos interesses envolvidos.

É acerca dessa dinâmica que as nações ao longo da história constituem suas instituições econômicas que podem ser inclusivas e estimular o crescimento econômico ou extrativistas e impedi-lo. Ao final, tudo se resume a um jogo de poder para orientar essas instituições e determinar quem será beneficiado por elas. (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012). Nas palavras dos autores:

O crescimento econômico e a mudança tecnológica são acompanhados do que o grande economista Joseph Schumpeter chamou de “destruição criativa”: substituem o velho pelo novo. Novos setores atraem e desviam recursos dos antigos. Novas empresas absorvem os negócios daquelas já estabelecidas. Novas tecnologias tornam obsoletas as competências e equipamentos existentes. O processo de crescimento econômico e as instituições inclusivas sobre as quais ele se baseia criam tanto perdedores quanto vencedores na arena política e no mercado econômico. É o temor da destruição criativa que, em geral, se encontra na origem da oposição às instituições políticas e econômicas inclusivas.

acordo ou convenção coletiva de trabalho precederá outras normas de regência sobre as relações de trabalho a bordo.

Ao longo desse artigo, restou demonstrado que o Estado brasileiro possui uma preocupação especial com o desenvolvimento da indústria naval nacional, atrelando o desenvolvimento da cabotagem a esse setor, bem assim com a perenidade do serviço de transporte e a segurança comercial para o Brasil.

A análise de uma política pública após um longo prazo de sua implementação nos permite colher dados mais robustos sobre os impactos gerados.

Após diversos estudos, o governo concluiu que as regras estabelecidas pela legislação atual geram uma distorção no mercado de cabotagem e apresentou o projeto BR do Mar, na tentativa de corrigi-la.

As regras do projeto buscam conciliar os interesses dos diversos segmentos que permeiam o setor. Somente após a aprovação e implementação do projeto será possível avaliar os impactos dessa nova conformação e o real cenário econômico obtido.

REFERÊNCIAS

Acemoglu e James A. Robinson. *Por que as nações fracassam* [recurso eletrônico]: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza/Daron. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. *Estudo de Cabotagem: subsídio ao debate regulatório sobre a competição no transporte de cargas no país, em média e longa distâncias, com foco no transporte de contêineres na cabotagem*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Estudo_Cabotagem_06-02.pdf>. Acesso em 16 jun. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 jun. 2021.

_____. *Decreto n. 2.596, de 18 de maio de 1998*. Regulamenta a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/D2596.htm>. Acesso em 06 jun. 2021.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura. Nota Técnica nº 73. *Reforma do Setor Brasileiro de Cabotagem: impactos sobre a comparação internacional – julho de 2020*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36201>. Acesso em: 29 jun. 2021.

_____. *Lei n. 9.432, de 8 de janeiro de 1997*. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9432.htm>. Acesso em 06 jun. 2021.

_____. *Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997*. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9537.htm>. Acesso em 06 jun. 2021.

_____. *Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm>. Acesso em 06 jun. 2021.

_____. *Lei n. 14.047, de 24 de agosto de 2020*. Dispõe sobre medidas temporárias para enfrentamento da pandemia da Covid-19 no âmbito do setor portuário, sobre a cessão de pátios da administração pública e sobre o custeio das despesas com serviços de estacionamento para a permanência de aeronaves de empresas nacionais de transporte aéreo regular de passageiros em pátios da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); e altera as Leis n.ºs 9.719, de 27 de novembro de 1998, 7.783, de 28 de junho de 1989, 12.815, de 5 de junho de 2013, 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14047.htm>. Acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei n. 10.893, de 13 de julho de 2004*. Dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e o Fundo da Marinha Mercante - FMM, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.893.htm>. Acesso em 06 jun. 2021.

_____. Ministério da Infraestrutura. *Boletim Informativo da BR do Mar – Programa de Incentivo à Cabotagem, PL n. 4199/2020 - Agosto 2020*. Disponível em: <<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/imagens/2020/08/BriefingBRdoMarSNPTAASPARMINFRA.pdf>>. Acesso em 27 jun. 2021.

_____. Ministério da Infraestrutura. Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários. Departamento de Navegação e Hidrovias. *Nota Técnica nº 10/2020/CGNV/DNHI-SNPTA/SNPTA, de 17 de março de 2020*. Disponível em: <<https://>

www.gov.br/infraestrutura/pt-br/imagens/2020/09/NotaTecnicaBRdoMar.pdf>. Acesso em 23 jun. 2021.

_____. Senado Federal. *Evolução e Perspectivas de Desenvolvimento da Marinha Mercante Brasileira – Agosto 2008*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-45-evolucao-e-perspectivas-de-desenvolvimento-da-marinha-mercante-brasileira>>. Acesso em 10 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1383/2019*. Plenário. Relator: Bruno Dantas. Sessão de 12/06/2019.

CASACA, Ana; LYRIDIS, Dimitrios. *Protectionist vs. liberalised maritime cabotage policies: A Review*. Maritime Business Review. London, p. 128- 132. abr. 2018.

Chopra, Karan. *WHAT ARE offshore vessels?* Marine Insight, out. 2017. Disponível em: <<https://www.marineinsight.com/author/karanc/>>. Acesso em 14 jun. 2021.

GEIPOT. *Política Governamental e Competitividade da Marinha Mercante Brasileira*. Brasília: Geipot. 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal . *O direito regulatório*. Fórum Administrativo - FA, ano 20, n. 61, p. 6941-6953, mar. 2006. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/10432/15448>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

KUMAR, S., and J. Hoffmann (2002). *Chapter 3 Globalization: the Maritime Nexus, in Handbook of Maritime Economics and Business*. C. Grammenos, pp. 35-62, Informa, Lloyds List Press, London.

PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*/ Robert S., Daniel L. Rubinfeld; tradução Daniel Vieira, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. - 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

SÁNCHEZ, PABLO REJA. *A unificação do marco regulatório da cabotagem como instrumento de integração econômica regional: Aspectos comparados e perspectivas para o MERCOSUL*. Orientador: Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 2019.

SEAFARERS' RIGHTS INTERNATIONAL (SRI) (Ed.). *Cabotage Laws of the World*. Londres: Sri, 2018.

UNCTAD. *Rethinking Maritime Cabotage for Improved Connectivity 2017*. Transport and Trade Facilitation Series, n. 9. Disponível em: < https://unctad.org/system/files/official-document/dtltlb2017d1_en.pdf>. Acesso em 16 jun. 2021.

_____. *Review of Maritime Transport 2019*. Disponível em: < https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2019_en.pdf>. Acesso em 06 jun. 2021.

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 09/11/2021

AS ASSIMETRIAS REGULATÓRIAS DO SETOR PORTUÁRIO: ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS E TERMINAIS DE USO PRIVADO

THE REGULATORY ASYMMETRIES OF THE PORT SECTOR: PORT LEASES AND TERMINALS FOR PRIVATE USE

Renata Cristina Vasconcelos Pacheco

Advogada da União, Especialista em Direito Público, atua na Coordenação-Geral de Portos e Transportes Aquaviários na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noções preliminares; 2 A importância dos portos para o desenvolvimento do país e a evolução da legislação portuária; 3 A exploração indireta dos serviços portuários: concessão, autorização e instrumentos de formalização; 4 Características das áreas em que se localizam os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado; 5 Os reflexos das assimetrias regulatórias nas disposições contratuais; 6 A forma de contratação dos trabalhadores portuários nos TUPs e nos arrendamentos portuários; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca analisar o marco regulatório do setor portuário instituído pela Lei nº 12.815, de 2013, identificando as assimetrias regulatórias instituídas com relação aos arrendamentos portuários e os terminais de uso privado e os respectivos fundamentos. Para tanto serão apresentados os conceitos de arrendamento portuário, de terminais de uso privado TUPs e de assimetria regulatória, bem como a pertinência da instituição de assimetria regulatória para o setor. Posteriormente serão identificadas as principais distinções na regulação das atividades dos arrendamentos portuários e dos TUPs, os instrumentos de formalização da outorga de exploração dos serviços, os reflexos nas disposições contratuais e a questão do monopólio do OGMO na contratação de trabalhadores para os arrendamentos portuários.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Direito Portuário. Assimetria Regulatória. Regimes Jurídicos Distintos. Lei nº 12.815/2013. Arrendamentos Portuários. Terminais de Uso Privado.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the regulatory framework of the port sector established by Law No. 12,815 of 2013, identifying the regulatory asymmetries instituted with respect to port leases and terminals of private use and their respective foundations. To do so, the concepts of port leasing, terminals for private use (TUPs) and regulatory asymmetry will be presented, as well as the relevance of the institution of regulatory asymmetry for the sector. Subsequently, the main distinctions in the regulation of port leasing and TUP activities will be identified, as well as the formalization instruments for granting the operation of services, the consequences in the contractual provisions and the issue of the OGMO monopoly in hiring workers for port leasing.

KEYWORDS: Regulation. Regulatory Asymmetry. Different Legal Regimes. Law nº 12.815/2013. Port Leases. Terminalz for Private Use.

INTRODUÇÃO

Os portos exercem papel de protagonismo na balança comercial brasileira, em especial em razão da importância para o escoamento de produtos nacionais para o exterior. A eficiência da atividade portuária influencia sobremaneira o desenvolvimento da economia do país, mostrando-se de grande importância a construção e modernização de instalações portuárias, a fim de criar uma infraestrutura capaz de atender à demanda logística nacional.

Em razão da necessidade de investimentos vultosos para atendimento dessa demanda de infraestrutura portuária, a prestação dos serviços públicos portuários passou a ser delegada à iniciativa privada, num sistema de dualidade de regimes, público e privado, tendo sido instituída uma regulação assimétrica para os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado – TUPs, visando a promover o equilíbrio na atuação das referidas instalações, considerando as características que lhes são inerentes e buscando fomentar a competitividade no setor.

A presente pesquisa busca analisar a legislação portuária, identificando as principais assimetrias regulatórias entre arrendamentos portuários e TUPs.

Inicialmente serão traçadas noções preliminares e conceituais acerca dos elementos analisados, com a apresentação da definição de porto organizado, arrendamento portuário, terminal de uso privado e assimetria regulatória.

Posteriormente será enfatizada a importância dos portos para o desenvolvimento do país e como legislação portuária avançou com o objetivo de fomentar a construção e modernização dos portos no Brasil, com o intuito de promover a eficiência da atividade portuária, impulsionando-se os investimentos no setor.

Se buscará identificar as principais distinções entre os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado, iniciando-se com a análise da forma de exploração dos serviços portuários, concessão e autorização, e os instrumentos de formalização, os contratos de arrendamento e contratos de adesão, respectivamente.

Serão analisadas as características distintivas das áreas em que se localizam os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado, os reflexos das assimetrias regulatórias nas respectivas disposições contratuais.

Finalmente, será analisada a forma de contratação dos trabalhadores portuários nos TUPs e nos arrendamentos portuários, estando estes últimos sujeitos ao regime de monopólio no fornecimento de mão-de-obra pelos Órgãos Gestores de Mão de Obra – OGMO.

Ao final, apresenta-se a conclusão acerca da análise das assimetrias regulatórias identificadas.

1. NOÇÕES PRELIMINARES

Antes de iniciar a análise das assimetrias regulatórias entre os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado, faz-se necessário trazer algumas noções iniciais para melhor entendimento do tema, levando em consideração as definições apresentadas pela própria Lei nº 12.815, de 2013¹.

Porto organizado é um bem público construído e aparelhado para atender a necessidade de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária. Nos portos organizados é que estão localizadas as áreas objeto de arrendamento portuário, o qual consiste na cessão onerosa de área operacional e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado.

O terminal de uso privado é a instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado.

As assimetrias regulatórias, por sua vez, ocorrem quando dois ou mais agentes econômicos atuam num mesmo mercado e estão sujeitos a normas distintas, como lecionaram MARQUES NETO e ZAGO (2018, p. 177 e 182):

As assimetrias regulatórias, assim consideradas como as previsões de regras diferenciadas para atores de um mesmo setor ou mesmo de uma mesma cadeia setorial, devem ser previstas se e na medida necessária para efetivar a pauta da política pública setorial.

(...)

No entanto, dentro de um mesmo subsistema, podemos encontrar regras com incidências diversas, conforme diferentes características, seja da atividade exercida, seja do sujeito que a exerce. Nesses casos, há uma modulação da regulação estatal, que acolhe os atores de um mesmo setor de forma diferenciada conforme o fator de *discrîmen* especificado pela regulação, ensejando direitos e obrigações específicos. Como consequência, **atores de um mesmo setor ou mesmo de uma mesma cadeia setorial podem estar sujeitos a regras diferenciadas, cada qual experimentando ônus diversos**

¹ Art. 2º, incisos I, IV e XI, da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013

decorrentes da regulação estatal. Tais distinções são referidas como “assimetrias regulatórias” — expressão capaz de captar os mais variados tipos e formas de modulação regulatória que pode ser prevista para determinado setor.⁸ De fato, costuma-se referir a “assimetria regulatória” para os casos em que o ordenamento jurídico admite a exploração de uma atividade em regimes jurídicos distintos, trazendo, para cada qual, regras específicas de atuação.⁹ Nesse caso, atores de um mesmo setor poderão estar sujeitos a regras — obrigações e direitos — diferentes, conforme o regime no qual exploram suas atividades.¹⁰ É o exemplo do setor de telecomunicações (com a dicotomia entre serviços prestados no regime público ou no regime privado, conforme Lei no 9.472/1997) e do setor de portos (com a dicotomia entre exploração de portos organizados e instalações portuárias, conforme Lei no 12.815/2013) (Grifo nosso)

Assim, ao analisar as assimetrias regulatórias entre os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado, pretende-se identificar o regramento distinto conferido pelas normas às referidas instalações portuárias, buscando-se compreender os respectivos fundamentos.

2. A IMPORTÂNCIA DOS PORTOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO PAÍS E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA

Os portos possuem grande importância para a economia do Brasil, pois o transporte aquaviário é responsável por grande parcela das movimentações de cargas no país, tendo, apenas no primeiro quadrimestre de 2021, atingido o montante de 380.450.174 toneladas movimentadas, segundo o anuário estatístico aquaviário da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ². Como destacam CARVALHO e FIGUEIROA (2020, p. 245):

O Brasil possui inúmeros gargalos terrestres, aéreos, aquaviários e marítimos que entravam o escoamento da produção nacional – porém, é possível afirmar que o comércio internacional do Brasil é eminentemente portuário, despontando essa infraestrutura como crucial nesse quesito. O setor portuário aparece como principal via de movimentação do comércio exterior brasileiro, respondendo por consideráveis percentuais do total de importações e exportação.

² <http://anuario.antaq.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=painel%5Cantag%20-%20anu%C3%A1rio%202014%20-%20v0.9.3.qvw&lang=pt-BR&host=QVS%40graneleiro&anonymous=true> acessado em 02 jul. 2021

Considerando o impacto que as movimentações portuárias representam no PIB nacional, em especial o relevante papel nas exportações, vislumbra-se ser necessária a constante busca por melhorias no setor, de modo a otimizar as atividades portuárias, impulsionando, por conseguinte, a economia do país.

A Constituição Federal estatui, em seu art. 21, inciso XII, alínea f, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Dentre as ações voltadas à modernização do setor, observa-se que a legislação portuária vem promovendo ao longo do tempo uma maior abertura à participação da iniciativa privada. Sobre a participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, BARROSO (2015, p. 24) consignou:

Precisamos superar o preconceito e a desconfiança que ainda existem no Brasil em relação ao empreendedorismo e à iniciativa privada. Temos um capitalismo envergonhado. Ser progressista significa querer distribuir as riquezas de forma mais justa. Mas a história provou que, ao menos no atual estágio da condição humana, a iniciativa privada é melhor geradora de riquezas do que o Estado. Trata-se de uma constatação e não de uma opção ideológica. Precisamos aceitar esta realidade e pensar a vida a partir dela. Qual a origem dessa desconfiança e desse preconceito?

(...)

Precisamos superar essa visão, que está por trás de uma concepção de que o Estado deve ser protagonista de tudo. Governo é para garantir as regras do jogo, criar infraestrutura e ajudar os pobres, arrecadando tributos com eficiência e justiça fiscal, redistribuindo renda, bancando programas sociais e, sobretudo, prestando serviços públicos de qualidade. Excepcionalmente, em áreas estratégicas, é possível ter o Estado atuando diretamente em atividades econômicas. Mas, como regra, não em regime de privilégio, de exclusividade, de monopólio.

Precisamos de marcos regulatórios claros, competição, incentivos ao empreendedorismo e à inovação. (...)

A Lei nº 8.630, de 1993, denominada de Lei de Modernização dos Portos, foi responsável pela privatização da operação portuária, representando um grande avanço para o setor, que passou a receber

vultosos investimentos, aumentando a eficiência e a competitividade dos portos brasileiros (CORDEIRO, 2015, p. 179).

Sob a égide da Lei nº 8.630, de 1993, foi editada a Resolução ANTAQ nº 517, de 2005, segundo a qual a implantação dos terminais privados deveria ser justificada tão somente pelas cargas próprias. Posteriormente, o Decreto nº 6.620, de 2008 dispôs que a movimentação de cargas de terceiros poderia ocorrer, porém de forma eventual e em caráter subsidiário. Com o advento da Lei nº 12.815, de 2013, que revogou a Lei nº 6.830, de 1993, os terminais privados passaram a poder movimentar cargas de terceiros sem as restrições anteriormente impostas.

No art. 3º da Lei nº 12.815, de 2013 foram traçadas diretrizes a serem observadas na exploração dos portos organizados e instalações portuárias, objetivando aumentar a competitividade e o desenvolvimento do país, prevendo como uma das diretrizes a expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e as instalações portuárias.

A análise da evolução histórica da legislação portuária evidencia, portanto, a tendência de abertura das atividades portuárias à iniciativa privada, a fim de impulsionar a realização de investimentos no setor, tendo como norte a expansão e modernização dos portos brasileiros³.

3. A EXPLORAÇÃO INDIRETA DOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS: CONCESSÃO, AUTORIZAÇÃO E INSTRUMENTOS DE FORMALIZAÇÃO

Diante da notória relevância econômica, especialmente em termos de logística, abastecimento e comércio internacional, o constituinte atribuiu a titularidade da exploração portuária à União, que poderia explorar as atividades direta ou indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão, sendo conferida discricionariedade ao legislador para estabelecer a forma pela qual a União regularia o exercício da atividade econômica e como levaria a efeito a prestação dos serviços públicos (MOREIRA, 2019, p. 47/48).

Conforme acima observado, a evolução legislativa portuária propiciou uma maior participação da iniciativa privada. Essa participação tem ocorrido mediante concessão e autorização, conforme o tipo de instalação portuária.

Inicialmente cumpre esclarecer que apesar de os arrendamentos portuários se caracterizarem como uma espécie de concessão de serviço público, não se confundem com a concessão prevista no inciso IX do art.

3 Para que o Brasil se iguale aos países com melhor desempenho em investimentos no setor portuário, seria necessários investimentos da ordem de 127 bilhões de dólares, segundo estimativas do Global Infrastructure Outlook. <https://outlook.gihub.org/countries/Brazil>. Acessado em 25 de ago. 2021.

2º da Lei nº 12.815, de 2013, que consiste na cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado, ou seja, a concessão de serviços de atribuição da autoridade portuária.

É importante destacar que tais institutos são espécies do gênero concessão de serviços públicos, contudo, para serviços distintos. Apesar da definição legal acima mencionada ser mais específica quanto à nomenclatura, entende-se que não se pode deixar de considerar que os arrendamentos portuários são espécie concessão de serviço público, notadamente porque o arrendamento não compreende apenas o “aluguel” de uma área, mas primordialmente a prestação dos serviços públicos portuários, tais como movimentação e armazenamento de cargas. Nesse sentido, ao tratar sobre os arrendamentos portuários, GARCIA e FREITAS (2014, p. 111) observaram:

Não se trata de um típico contrato de arrendamento de bem público, por meio do qual o arrendatário explora os frutos de determinada propriedade pública, mediante condições especiais, aprovadas pelo Ministro da Fazenda, por prazo superior a 20 anos (art. 96, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 9.760/1946, com a redação dada pela Lei nº 11.314/2006). **Cuida-se, na verdade, de um contrato que veicula um serviço público, por meio do qual a Administração pública transfere não só o uso de determinado bem público, mas, também, a prestação de um serviço de sua titularidade** (art. 21, XII, “f”, da CRFB). (Grifo nosso)

Os arrendamentos de instalação portuária são, portanto, explorados pela iniciativa privada por meio de concessão de serviços públicos, em que os interessados participam de certame licitatório, sagrando-se vencedor o que apresentar a melhor proposta conforme os critérios do edital. O instrumento que formaliza a outorga dos serviços é o contrato de arrendamento portuário, que pode ser considerado uma espécie de contrato de concessão.

Nos arrendamentos portuários os serviços portuários públicos de movimentação de cargas nas áreas dos portos organizados são outorgados ao particular, que passará a prestar os serviços mediante cobrança de preço aos usuários. Em contrapartida, o arrendatário pagará valor pela outorga ao Poder Concedente⁴, dentre outras obrigações a que se compromete, conforme respectivas disposições contratuais.

⁴ Vale observar que nos projetos de arrendamento portuário mais recentes os pagamentos a serem realizados pelos vencedores dos leilões têm se revertido a favor da administração do porto, a título de arrendamento,

Por outro lado, a exploração dos serviços portuários pelos terminais de uso privado se dá mediante autorização, considerando que a área a ser utilizada para instalação do terminal portuário é de uso privado do particular.

Importa salientar que essa autorização difere da autorização considerada ato administrativo decorrente do poder de polícia e da autorização de uso de bem público, como observou MOREIRA (2015, p. 128):

Quando se confere o termo “autorização administrativa” este sentido tradicional (ou equivalente), não se está a falar de bens e serviços de competência da União (e a recíproca é verdadeira: quando a Constituição se refere à autorização para atividades cometidas à União, não está a tratar das autorizações do setor privado da economia). Tais autorizações liberatórias não podem ser praticadas no setor público da economia, tal como definido pela Constituição. O que se tem é, no setor econômico privado, a necessidade do exame e da liberação administrativa como condição ao exercício de determinadas atividades próprias, de titularidade das pessoas privadas (e reitere-se, este é apenas um dos sentidos jurídicos da palavra).

(...)

Estamos a falar de qualquer coisa, menos das autorizações previstas no art. 21 da Constituição – que se dirigem ao setor público da economia. E porque dirigidas ao setor público, permitem a inserção da pessoa privada nesse domínio econômico, constituindo um dos títulos jurídicos que a habilitam a explorar determinada atividade de reserva pública. **Por isso que são autorizações constitutivas, não declaratórias, com forte carga mandamental. São autorizações que obrigam, que instruem como deve ser desenvolvida a atividade e estabelecem metas (não apenas autorizam seu desenvolvimento).** Tanto isso é verdade que, na dicção legal do art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.815/2013, tais autorizações – no setor portuário – são instrumentalizadas em “contratos de adesão”. (Grifo nosso)

No mesmo sentido destacou CARVALHO (2020, p. 539/540):

A figura da autorização é tradicionalmente reputada pela doutrina administrativista como ato administrativo. **No entanto, os tribunais superiores têm apresentado o entendimento no sentido de que essa autorização para utilização da infraestrutura portuária, em razão**

afastando-se do modelo de pagamento de outorga ao poder concedente.

de ser formalizada por contrato de adesão, permite a aplicação do regime dos contratos administrativos. Esse entendimento foi proferido inicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS nº 6.803/DF e, posteriormente, confirmado pela Segunda Turma do STF, no julgamento do RMS nº 24.286/DF. Esses julgados analisaram contratos de adesão celebrados nos anos noventa com base na antiga Lei dos Portos, a Lei nº 8.630/1993. No entanto, o entendimento ainda se aplica aos atuais contratos, porque a Lei nº 12.815/2013 mantém a referida disciplina em relação a essas autorizações. (grifo nosso)

O instrumento que formaliza a autorização é o contrato de adesão, como consta na própria definição do art. 2º inciso XII da Lei nº 12.815, de 2013. Como se extrai das transcrições acima, o contrato de adesão não tem característica de simples ato administrativo de autorização, uma vez que formaliza uma relação jurídica bilateral, disciplinando o desenvolvimento da atividade e consignando os parâmetros da atividade e da instalação portuária a ser implantada, tais como prazo de início da operação, área da instalação, perfil e capacidade de carga que a instalação está autorizada a operar, entre outras disposições contratuais.

A seleção da autorizatária é precedida de chamada ou anúncio públicos e, havendo mais de um interessado, caso haja impedimento locacional para a implantação de todas as propostas de maneira concomitante, será realizado processo seletivo.

Outra importante distinção decorrente da forma de exploração dos arrendamentos portuários e dos terminais de uso privado se refere à natureza da atividade exercida, observando-se uma dualidade de regimes jurídicos, tendo em vista que nos arrendamentos portuários há a delegação de serviços públicos, nos moldes do art. 175 da Constituição Federal, enquanto que nos TUPs há o exercício de atividade econômica em sentido estrito, como apontaram GARCIA e FREITAS (2014, p. 97):

Ora bem, extrai-se do dispositivo constitucional uma dualidade de regimes jurídicos para a exploração da infraestrutura portuária: o dos serviços públicos e a das atividades econômicas.

Exposto em outros termos, quando a exploração dos serviços portuários for delegada para o setor privado, por meio dos institutos da “concessão” e da “permissão”, ter-se-á, consoante o disposto no art. 175 da Constituição da República, a delegação de um serviço público, os quais serão informados pelo conceito constitucional de serviço público adequado (art. 175, parágrafo único, IV, da CRFB).

Por outro lado, quando a exploração desses serviços for delegada pela via da “autorização”, tratar-se-á uma atividade econômica em sentido estrito, que sofrerá os influxos da regulação estatal.

Nessa linha de entendimento, extrai-se que o estabelecimento de regulação assimétrica para o setor pelo legislador infraconstitucional não padece de inconstitucionalidade, uma vez que segue os parâmetros traçados na Constituição Federal de 1988.

4. CARACTERÍSTICAS DAS ÁREAS EM QUE SE LOCALIZAM OS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS E OS TERMINAIS DE USO PRIVADO

Uma das principais inovações trazidas pela Lei 12.815, de 2013 foi a alteração do critério de distinção entre TUPs e arrendamentos Portuários. Anteriormente o critério era o tipo de carga movimentado pelo terminal, se própria, de terceiro ou mista, com o advento da Lei nº 12.815, de 2013 passou-se a adotar o critério geográfico, que distingue as instalações conforme a sua localização. Os arrendamentos portuários são as instalações localizadas dentro da poligonal do porto organizado, enquanto os TUPs estão localizados fora da área do porto organizado. Nesse diapasão, MOREIRA (2019, p. 49/50) observou:

Com o tempo, porém, o marco legal do setor foi atualizado, não apenas com vistas a racionalizar confusão terminológica, mas especialmente visando a torná-lo mais eficiente. A nova legislação setorial foi positivada pela Lei nº 12.815/2013, que tem como objetivos claros a expansão e modernização dos portos brasileiros (art. 3º, inc. I), obediente às competências da Antaq. Para tanto, a Lei nº 12.830/2013 previu alterações nos regimes jurídicos da exploração portuária. Por um lado, aboliu qualquer diferenciação entre terminal de uso privado e de uso público a partir da qualificação da carga movimentada. A dualidade de regimes (público e privado) passou a depender de um único critério: a localização geográfica da área, isto é, se dentro ou fora do porto organizado – sendo este delimitado por ato do Executivo (art. 2º, incs. I e II). Por outro, previu a prorrogação antecipada dos contratos até então vigentes (art. 57)

A característica da área a ser ocupada é um dos fundamentos principais para as assimetrias regulatórias entre arrendamentos portuários e terminais de uso privado.

Os arrendamentos portuários têm como objeto áreas que se localizam dentro dos portos organizados, que são considerados bem públicos dotados

de uma infraestrutura portuária comum já construída e com disponibilidade de serviços a serem prestados pela autoridade portuária.

Os terminais de uso privado, por sua vez, serão instalados em área privada, cujo direito de uso deve ser comprovado à ANTAQ quando da apresentação da documentação para obtenção de autorização de exploração.

Ademais, o interessado deverá construir toda a instalação e respectivos acessos, bem como realizar a dragagem dos canais de acesso para passagem de navios.

A construção de uma instalação portuária demanda altos investimentos, então a carência de recursos públicos para fazer frente a essa demanda de investimentos foi um dos fatores que acarretou a obsolescência da infraestrutura portuária no passado, afetando sobremaneira a economia nacional e impondo a adoção de medidas de incremento da infraestrutura portuária, dentre as quais, a autorização da exploração da atividade por particulares em regime de atividade econômica em sentido estrito.

Nesse diapasão, a autorização da exploração pela iniciativa privada possibilita a criação de maior quantidade de portos no país, solucionando mais rapidamente os gargalos logísticos existentes no Brasil e otimizando o escoamento dos produtos nacionais, bem como atendendo a demanda interna de produtos importados. Nesse diapasão, FREITAS e RIBEIRO (2016, p. 9) observaram:

Entre os desafios experimentados pela infraestrutura portuária está, no caso brasileiro, o fato de a União ser o ente competente para explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres. Em um país de extensão continental, não se trata de tarefa trivial, motivo pelo qual a Constituição lhe franqueia a possibilidade de fazê-lo diretamente, ou por meio de delegação a particulares, pelos títulos habilitantes da concessão, da permissão e da autorização (...)

A grande extensão de costa marítima brasileira, em que pese favorecer a implantação de instalações portuárias, se apresenta como um grande desafio de gerenciamento da infraestrutura portuária, o que motivou a adoção de alternativas ao regime público para a solução de problemas logísticos nacionais.

5. OS REFLEXOS DAS ASSIMETRIAS REGULATÓRIAS NAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS

O art. 5º-C da Lei nº 12.815, de 2013, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.047, de 2020, estabeleceu as cláusulas essenciais aos contratos de arrendamento portuário:

Art. 5º-C. São essenciais aos contratos de arrendamento as cláusulas relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo;

II - ao modo, à forma e às condições da exploração da instalação portuária;

III - ao valor do contrato e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

IV - aos investimentos de responsabilidade do contratado;

V - às responsabilidades das partes;

VI - aos direitos, às garantias e às obrigações do contratante e do contratado;

VII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;

VIII - às hipóteses de extinção do contrato;

IX - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Antaq e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da defesa nacional, para efeitos de mobilização;

X - ao acesso à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;

XI - às penalidades e sua forma de aplicação; e

XII - ao foro.

O art. 8º, § 1º da Lei nº 12.815, de 2013, ao tratar da autorização de instalações portuárias, prevê a formalização da autorização por contrato de adesão, o qual conterà as cláusulas essenciais do art. 5º-C, com exceção da cláusula prevista no seu inciso III. Como se colhe do dispositivo acima transcrito, o inciso III se refere a cláusula relativa ao valor do contrato e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste.

Desse modo, as demais cláusulas, concernentes ao objeto, área, prazo, exploração da instalação, investimentos, responsabilidades,

obrigações, garantias, hipóteses de extinção, obrigatoriedade de prestação de informações, acesso à instalação à ANTAQ e autoridades que atuam no setor portuário, penalidades e foro são essenciais tanto aos contratos de arrendamento portuário quanto aos contratos de adesão.

Ocorre que, apesar de conterem quase as mesmas cláusulas essenciais, o conteúdo dessas cláusulas se diferencia, conforme se trate de contrato de arrendamento ou de adesão, justamente em razão da assimetria regulatória engendrada pela própria legislação.

Inicialmente observa-se que o prazo de vigência contratual, de acordo com as normas atuais, é distinto. O prazo da autorização da instalação portuária é de até 25 anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que atendidas as condições estabelecidas, como estatui o art. 8º, § 2º da Lei nº 12.815, de 2013. O prazo de vigência dos contratos de arrendamento portuário, previsto no Decreto nº 8.033, de 2013, era de até 25 anos, prorrogáveis, sendo, contudo, modificado pelo Decreto nº 9.048, de 2017, passando a ser de até trinta e cinco anos, prorrogáveis até o máximo de setenta anos, incluídos o prazo de vigência original e todas as prorrogações, nos termos do art. 19, inciso II do Decreto nº 8.033, de 2013 com alterações posteriores.

A principal distinção que se identifica quanto ao prazo é que os contratos de adesão podem ser prorrogados indefinidamente, desde que observadas as condições legalmente estabelecidas, enquanto os contratos de arrendamento têm um prazo máximo limite de 70 (setenta) anos.

No que tange ao modo, forma e condições de exploração da instalação portuária, verifica-se que nos terminais de uso privado há uma maior margem para definição e alteração dessas disposições, pela natureza privada do empreendimento. Nos arrendamentos portuários não se pode distanciar muito do que foi previsto no edital, sob pena de desnaturação do objeto do contrato e ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia entre os licitantes. Ademais, considerando que os arrendamentos portuários se situam nos portos organizados, devem se adequar ao Plano de Desenvolvimento e Zoneamento - PDZ⁵ do porto respectivo.

O valor do contrato é um dos principais pontos de distinção, juntamente com os critérios e procedimentos de revisão e reajuste, tendo em vista que são cláusulas aplicadas apenas aos arrendamentos portuários.

Nos arrendamentos portuários, em que a arrendatária utiliza a infraestrutura do porto organizado e que o contrato formaliza uma

5 Segundo o art 2º, inciso II da Portaria MINFRA nº 61, de 2020, o PDZ é um instrumento de planejamento operacional que deve contemplar as estratégias e ações para a expansão e desenvolvimento integrado, ordenado e sustentável das áreas e instalações do porto organizado.

concessão sob regime de serviços públicos, há o pagamento da outorga, sendo o valor do contrato geralmente composto por remuneração fixa e remuneração variável, havendo a previsão de movimentação mínima contratual - MMC, objetivando incentivar a maximização da eficiência do terminal arrendado. O arrendatário se incumbirá, no entanto, da realização de investimentos para instalação da superestrutura do terminal, tais como máquinas e equipamentos para a movimentação de cargas, entre outros.

Nos contratos de adesão, o autorizatário se obriga a investir tanto na construção da infraestrutura do porto, como da superestrutura, ocupando uma área privada fora da poligonal do porto organizado, motivo pelo qual não é previsto o pagamento de outorga, havendo apenas o compromisso da realização dos investimentos para operação da instalação portuária.

Quanto aos investimentos, vale recordar que no caso dos arrendamentos portuários há a previsão de irreversibilidade dos bens⁶ decorrentes dos investimentos realizados que foram amortizados, mas havendo algum evento causador de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, dependendo do que foi estabelecido na matriz de risco contratual, poderá ocorrer o reequilíbrio econômico-financeiro, cabendo, inclusive, indenização pelos investimentos autorizados e não amortizados.

Por outro lado, os investimentos realizados nos terminais de uso privado ocorrem por conta e risco do autorizatário, que não poderá pleitear indenização nem reequilíbrio por eventos imprevistos que interfiram na exploração da instalação portuária e nos resultados esperados.

Quanto à garantia, deve-se recordar que a finalidade de se exigir a prestação de garantia nos arrendamentos portuários é assegurar a execução do contrato, evitando-se prejuízos à continuidade do serviço e ao interesse público. Assim, uma modalidade de garantia que não possibilite a segurança pretendida não é hábil a atender a finalidade buscada. Nesse sentido, restou consignado no Acórdão 801/2004 TCU – Plenário: *“A exigência de garantia visa a assegurar a execução adequada do contrato e o cumprimento dos compromissos assumidos, eliminando riscos de insucesso”*

Essa preocupação com a continuidade do serviço e o interesse público se justifica na medida em que o arrendatário ocupa bem público destinado à prestação de serviço público portuário e realização de investimentos para a modernização da superestrutura do terminal arrendado. No caso do contrato de adesão, a exigência de garantia foi flexibilizada para aquelas instalações portuárias em que não houve concorrência, tendo sido a única interessada em operar na localidade, estando em exercício de atividade

6 Nesse aspecto, a reversibilidade ou não do bem pode variar de acordo com cada modelo adotado e o interesse ou não dos bens após o encerramento do contrato de arrendamento.

econômica em sentido estrito. Somente é exigida garantia de execução quando houver ocorrido processo seletivo, conforme regulamentado no art. 20, § 3º da Resolução Normativa ANTAQ nº 20, de 2018: “No caso de realização de Processo Seletivo Público, será exigida do autorizatário, por ocasião da celebração de contrato de adesão, garantia de execução dentre as seguintes modalidades (...)”.

Há obrigatoriedade de ambas as instalações à prestação de informações de interesse do poder concedente, da Antaq e demais autoridades que atuam no setor, bem como ambas estão sujeitas à fiscalização, devendo permitir o acesso à instalação portuária das autoridades competentes, cabendo a aplicação de penalidades em caso de descumprimento das exigências normativas ou obrigações contratuais.

A extinção da autorização formalizada mediante contrato de adesão pode ocorrer por renúncia, anulação ou cassação, nos moldes do art. 38 da Resolução Normativa ANTAQ nº 20, de 2018, podendo se extinguir por decurso do prazo de vigência, quando não for prorrogado o contrato de adesão.

A Lei nº 12.815, de 2013, apesar de prever como cláusula essencial a que trate das hipóteses de extinção do contrato, não dispôs sobre as possibilidades de extinção deste. Contudo, conforme dito em linhas atrás, os contratos de arrendamento portuário têm a natureza de contratos de concessão de serviços públicos, aplicando-se subsidiariamente a Lei nº 8.987, de 1995. O art. 35 da Lei das Concessões elencou como hipóteses de extinção da concessão as seguintes: advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Além dessas hipóteses, JUSTEN FILHO (2003, p. 216) entende que o art. 35 não é taxativo, sendo possível incluir outras hipóteses como o desaparecimento do objeto, a força maior e o distrato, sendo este último o desfazimento da concessão por ato bilateral e consensual entre as partes. Nesse diapasão, SADDY (2013, p. 33) consignou:

A rescisão é o desfazimento do contrato durante o prazo de sua execução. (...) Embora a lei não o diga, haverá sempre lugar para a rescisão amigável, que decorre do acordo entre as partes, no qual estas convencionam o modo e forma de devolução da atividade e eventuais pagamentos devidos.

Portanto, entende-se que as hipóteses de extinção do contrato de arrendamento não se cingem apenas àquelas elencadas no art. 35 da Lei

nº 8.987, de 1995, sendo possível a inserção de cláusula contratual com outras hipóteses de extinção, a exemplo da rescisão amigável, o que se pode verificar em alguns contratos de arrendamento portuário em vigor.

6. A FORMA DE CONTRATAÇÃO DOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS NOS TUPS E NOS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS

Um dos pontos mais sensíveis da assimetria regulatória entre TUPs e arrendamentos portuários é a forma de contratação dos trabalhadores portuários⁷, isso porque a Lei nº 12.815, de 2013 reestabeleceu o critério de exclusividade de contratação perante o Órgão Gestor de Mão de Obra - OGMO, que havia sido substituído anteriormente pelo critério da prioridade quando da internalização da Convenção nº 137 da OIT.

Os titulares de arrendamentos portuários têm a obrigatoriedade de contratar exclusivamente com os OGMOs, que indicam a quantidade de trabalhadores e quais serão os prestadores de serviço. Alega-se que não foram realizados treinamentos adequados para que os trabalhadores portuários registrados nos OGMOs se capacitassem para operar os equipamentos portuários modernos, o que ocasiona problemas de eficiência na movimentação de cargas, aumentando o custo do serviço prestado, dificultando a competitividade dos arrendamentos portuários com os terminais de uso privado.

Os TUPs não têm obrigatoriedade de contratação pelos OGMOs, sendo livre a contratação de trabalhadores nesses terminais. Como podem escolher livremente os trabalhadores portuários, podem investir em capacitação para os trabalhadores frequentemente demandados, mesmo para atendimento de demanda sazonal.

Em recente análise sobre as assimetrias regulatórias no setor portuário, por meio do Acórdão nº 2.711/2020 – Plenário, o Tribunal de Contas da União recomendou ao Ministério da Infraestrutura que, com o apoio da ANTAQ, avalie a conveniência e oportunidade de promover estudos e adotar medidas acerca do fornecimento de mão de obra portuária por meio de Órgão Gestor de Mão de Obra, oportunizando aos envolvidos no setor a devida manifestação, objetivando a transição para um sistema que permita ganhos de eficiência ao setor portuário e estimule a capacitação e especialização dos trabalhadores.

7 Pode-se classificar os trabalhadores portuários em duas espécies: trabalhador portuário com vínculo empregatício, cujo contrato de trabalho será por prazo indeterminado, e trabalhador portuário avulso são aqueles com pré-cadastro no OGMO, sendo convocado pra atender a demandas dos operadores portuários, em regime de escalas, previstas nos acordos e convenções coletivas.

Dentre os benefícios da medida, a Corte de Contas aponta a maior produtividade da mão de obra portuária, com consequente redução de custos e ganhos de eficiência, a maior isonomia entre terminais arrendados e TUPs e a maior atratividade do porto público, com aumento de receitas e da sustentabilidade financeira das Autoridades Portuárias.

7. CONCLUSÃO

A necessidade de adoção de medidas para a melhoria da infraestrutura de portuária impulsionou a alteração da forma de prestação de serviços públicos portuários, que passou a ter participação da iniciativa privada.

Constatou-se que o modelo anteriormente adotado, de prestação dos serviços públicos portuários pelo Estado, não se mostrou eficiente, uma vez que a escassez de recursos impossibilitava a realização dos altos investimentos que a construção de instalações portuárias demandava. O sucateamento da infraestrutura fazia com que o tempo e o custo das movimentações de cargas fossem altos, prejudicando o desenvolvimento da economia nacional.

Com a evolução legislativa do setor os serviços passaram a ser prestados pela iniciativa privada, em dualidade de regimes, por delegação de serviços públicos, com os arrendamentos portuários e pelo exercício de atividade privada em sentido estrito, com os TUPs.

Entretanto, em razão da persistência de gargalos logísticos, do crescente aumento de produtos para exportação e do grande desafio quanto ao aproveitamento de toda a extensão litorânea de que o Brasil é dotado, foi suprimida a restrição de tipos de cargas a serem movimentadas pelos TUPs, passando esses a poder movimentar cargas livremente. O critério para classificação e distinção das instalações portuárias passou a ser o geográfico, não sendo mais atrelado à natureza da carga movimentada.

A assimetria regulatória concebida com a Lei nº 12.815, de 2013 objetivou regular a prestação do serviço de forma a promover maior competitividade no setor, sem deixar de considerar as características do regime de prestação de serviço inerente a cada instalação portuária. Depreende-se que a assimetria regulatória é necessária para balizar o funcionamento do setor de modo a atender o interesse público, sendo utilizada não apenas no setor portuário, mas também em outros setores de serviços delegados.

Os terminais de uso privado passaram a concorrer de forma mais intensa com os arrendamentos portuários, sendo a assimetria regulatória apontada pelos arrendatários como geradora de tratamento não isonômico, que os faz suportar situação de concorrência desleal.

Considerando as assimetrias regulatórias analisadas, infere-se que a maioria das distinções promovidas pela lei são fundadas na própria natureza das instalações. Contudo, não se pode deixar de observar a necessidade de ajustes pontuais, a fim de possibilitar um tratamento mais isonômico, considerando evidentemente os fatores de discriminação inerentes a cada instalação, de modo a evitar a diminuição de atratividade dos serviços prestados pelos arrendamentos portuários.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Estado e livre-iniciativa na experiência constitucional brasileira. In: FREITAS, Rafael Veras de. *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias e rodovias*. Belo Horizonte: Forum, 2015.

BRASIL. ANTAQ. *Anuário Estatístico Aquaviário 2021*. Disponível em <http://anuario.antaq.gov.br/QvAJXZfc/opensoc.htm?document=painel%5Cantaq%20-%20a%20n%20C%20A%20r%20i%20o%202014%20-%20v%20o%209%203%20q%20v%20l%20a%20n%20g%20p%20t%20B%20R&host=QVS%40graneleiro&anonymous=true> acessado em 02 jul. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18630.htm. Acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm Acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.133%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20ABRIL%20DE%202021&text=Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20Contratos%20Administrativos. Acesso em 05 jul. 2021.

_____. ANTAQ. *Resolução normativa nº 20, de 15 de maio de 2018*. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-20-de-15-de-maio-de-2018-14551510?inheritRedirect=true>. Acesso em 12 jul. 2021.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 801/2004* – Plenário. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/RELAC/20060208/GERADO_TC-44495.pdf acessado em 14 jul. 2021.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.711/2020* – Plenário. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2253420199.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOI NT%2520desc/0/%2520?uuiid=cfcbab00-0fe9-11eb-acc3-5bf78550160f>. Acesso em 25 jun. 2021.

CARVALHO, Juliane Erthal de. *A natureza jurídica da autorização para exploração da infraestrutura portuária*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 539-551.

CORDEIRO, Gabrielle Santos. *Desafios jurídicos os investimentos da iniciativa privada em terminais de uso privado*. In: FREITAS, Rafael Veras de. *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias e rodovias*. Belo Horizonte: Forum, 2015.

FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. *A Nova Lei de Portos e a valorização da concorrência nos serviços públicos*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 245-257.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regime jurídico do convênio de delegação da infraestrutura portuária: monopólio natural e compartilhamento de infraestrutura*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 9-34, jul./set. 2016

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 85-124, jul./set. 2014

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

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

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloísa Conrado. Regulação e delimitação de regimes jurídicos – Caso “Portos Públicos e Privados”: Acórdãos n.ºs 402/2013 e 989/2017, TCU. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio (Coord.). *Dinâmica da Regulação: Estudo de Casos da Jurisprudência Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. In: FREITAS, Rafael Veras de. *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias e rodovias*. Belo Horizonte: Forum, 2015.

ANDRÉ SADDY. Possibilidade de extinção da concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária: o caso do setor elétrico. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 50, número 198, abr/jun 2013. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p33.pdf, acessado em 20 jun. 2021.

