Número 30 – maio/junho/julho - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

CONCESSÃO DE AEROPORTOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Flavio Amaral Garcia
Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Administrativo da Fundação Getulio Vargas – FGV – Rio e Sócio do Escritório Juruena & Associados – Advogados.

Rafael Véras de Freitas
Especialista em Direito do Estado e da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas – FGV – Rio. Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial da Universidade Candido Mendes – UCAM. Sócio do escritório Juruena & Associados – Advogados.

O cenário

A gestão pública dos aeroportos brasileiros tem sido objeto de críticas por vários setores da sociedade, especialmente diante do aumento da demanda de passageiros e usuários do transporte aéreo decorrente do crescimento econômico verificado na última década e da perspectiva dos futuros eventos esportivos que ocorrerão no país (Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016).

A profusão de órgãos e entidades que exercem a regulação desse setor – estruturado, atualmente, pelo Conselho da Aviação Civil – CONAC, pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, pelo Departamento de Controle de Espaço Aéreo - DECEA, pela Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO, pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos - CENIPA, e, mais recentemente, pela Secretaria de Aviação Civil – não parece, na mesma medida, contribuir para uma disciplina coesa e harmônica que estimule o aumento na expansão da infraestrutura aeroportuária do país.

Em breve síntese, a atual situação do setor pode ser caracterizada pelos seguintes problemas estruturais: (i) inadequação da infraestrutura aeroportuária à atual e futura demanda de passageiros; (ii) a maior parte dos

investimentos no setor depende de aporte de recursos da União (o que pode aumentar, num futuro próximo, a carga tributária no país); (iii) não há, no âmbito da regulação jurídica aeroportuária, incentivos ao desenvolvimento de novas tecnologias neste setor; e (iv) a gestão centralizada da INFRAERO gerou uma política de subsídios cruzados entre os aeroportos, no qual os mais rentáveis subsidiam os menos lucrativos, mascarando ineficiências alocativas neste setor.

Essa situação crítica foi constatada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, que elaborou um diagnóstico do setor, apontando os graves problemas que assolam a infraestrutura aeroportuária brasileira.

O Relatório do IPEA[1], ao analisar a movimentação de passageiros e a capacidade dos 20 principais aeroportos brasileiros, concluiu que o setor se encontra estrangulado e que 14 aeroportos já operam acima de 100 % (cem por cento) da sua capacidade, o que revela a gravidade do problema a ser enfrentado.

No mesmo documento, ao examinar o plano de investimentos da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO para a Copa do Mundo de 2014, o IPEA chegou à conclusão de que "*se mantidos os prazos médios para cumprimento das várias etapas dos projetos em infraestrutura de transportes no Brasil, dos 13 terminais que estão recebendo investimentos, dez não apresentarão condições de conclusão até 2014.*"

Como amplamente veiculado na mídia[2], o setor da aviação civil, em especial a gestão da infraestrutura aeroportuária, passará por uma mudança de modelo, havendo a intenção do Governo Federal de celebrar contratos de concessão dos principais aeroportos do país, tal como ocorre com outros setores de infraestrutura (rodovias, ferrovias, portos, energia e telecomunicações).

O modelo das concessões de serviço público é um instrumento pelo qual o Estado (na figura do Poder Concedente) transfere a um particular (concessionário) a exploração, **por sua conta e risco**, de um serviço de relevante interesse público, cabendo a este ser remunerado por meio da cobrança de tarifas pagas pelos usuários e por receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.

O referido modelo contratual é regido pela Lei nº 8.987/1995 (que disciplina as concessões comuns), adequadas para empreendimentos autofinanciáveis.

Quando o empreendimento não for autofinanciável, ou seja, na hipótese em que a delegação ao setor privado depender do ingresso de

---

[1] CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva; SOUZA, Frederico Hartman de. Aeroportos no Brasil: investimentos recentes, perspectiva, e preocupações.. Disponível em: <ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/110414_nt005_diset.pdf>

[2] Confira-se notícia veiculada pelo Jornal Valor Econômico, de 03 de maio de 2011.

Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impresso/especial/101/418855/empresas-tem-duvidas-sobre-a-concessao-de-aeroportos>.

recursos públicos, o modelo contratual indicado é o da parceria público-privada, que foi, também, concebido como uma espécie de concessão.

As parcerias público-privadas foram instituídas por intermédio da Lei nº 11.079/2004, sob duas modalidades: (i) concessão patrocinada, que é o modelo contratual mais adequado para viabilizar um serviço remunerado em parte por tarifa e em parte por recursos públicos (não necessariamente oriundos do tesouro); (ii) concessão administrativa, que é o modelo contratual no qual o parceiro privado constrói a infraestrutura, fornece os equipamentos necessários e presta os serviços inerentes a sua manutenção.

As vantagens desses modelos de contratos de concessão (comum, patrocinada ou administrativa) para o setor aeroportuário são, basicamente, as seguintes: (i) a possibilidade de promover o financiamento e a expansão da infraestrutura aeroportuária; (ii) a União, como Poder Concedente, poderá obter retorno econômico com o recebimento de outorgas (ganha a licitação o participante que ofertar maior valor pelo ativo); (iii) a instauração de concorrência entre aeroportos[3].

Ponderando essas vantagens e as carências do setor aeroportuário, o então Ministro-Chefe da Casa Civil, Antonio Palocci, afirmou, publicamente, que as obras de construção de novos terminais em Viracopos (Campinas), Guarulhos (São Paulo) e Brasília serão exploradas pelo setor privado, via contratos de concessão, sendo que o governo federal ainda estudará o modelo de concessão para os aeroportos de Confins, em Belo Horizonte e Galeão, no Rio de Janeiro[4].

Em paralelo a isso, o Governo Federal estuda a possibilidade de abertura do capital da INFRAERO[5], de maneira a possibilitar um maior aporte de capitais na referida empresa pública, aumentando a qualidade de sua gestão empresarial e a governança coorporativa. O objetivo do IPO seria captar recursos para o cumprimento dos prazos para conclusão das obras relacionadas à infraestrutura necessária para a Copa do Mundo de 2014.

Caminha-se agora para um modelo de delegação integral, por meio de contratos de concessão, das operações aeroportuárias e exploração das áreas comerciais dos terminais internacionais à iniciativa privada dos aeroportos de Guarulhos (SP), Viracopos (SP) e Brasília (DF).

Essa formatação envolverá a criação de Sociedades de Propósitos Específicos (SPEs), que terão como sócios majoritários investidores privados, nacionais e estrangeiros, e, como sócia minoritária, a INFRAERO (com estimados 49 % do capital social).

Segundo informações do Governo, a participação da estatal no capital social da SPE se deve ao fato de que a exploração dos terminais gerará

[3] Tema desenvolvido na conferência proferida, 29 de abril de 2009, cujo título foi "Regulação Parceria Público-Privadas e Infraestrutura para a Copa do Mundo de 2014", no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras – Edição em homenagem a Marcos Juruena Villela Souto.

[4] Notícia veiculada pelo Jornal O Globo, de 27 de abril de 2004.

[5] Informação veiculada pelo Jornal Valor Econômico, de 07 de dezembro de 2010.

dividendos, aumentado a rentabilidade dessa empresa, tornando-a mais atraente para uma futura abertura de capital.

As referidas SPEs – que serão sociedades regidas pelo Direito Privado – ficarão responsáveis pela ampliação e construção de nova infraestrutura aeroportuária, bem como pela gestão desses terminais. A justificativa apresentada pelo Governo se baseia no fato de que a gestão privada conferirá mais eficiência à administração da infraestrutura aeroportuária, o que envolve, principalmente, a não submissão das contratações da INFRAERO aos rigores da Lei nº 8.666/1993[6].

Fato é que não há, ainda, um marco regulatório definido, o que gera um ambiente de incerteza acerca das regras que orientarão as parcerias no setor de infraestrutura aeroportuária.

Além disso, não se pode desconsiderar que, nos aeroportos nos quais não for adotado o modelo de SPE – que, provavelmente, serão os menos rentáveis – para a concessão de sua infraestrutura para a iniciativa privada, a INFRAERO precisará de um regime de contratações mais ágil – e menos burocrático – que atenda às necessidades de revitalização desses aeroportos para realização dos eventos desportivos vindouros.

Outra medida recentemente anunciada foi a criação da Autoridade Aeroportuária, por meio do Decreto nº 7.554, de 15 de agosto de 2011, cujo objetivo é gerenciar o funcionamento dos aeroportos e coordenar a melhor utilização dos espaços disponíveis de acordo com a necessidade de cada aeroporto. A idéia que é cada aeroporto tenha um comando, visando coordenar as diversas atividades desenvolvidas por todos aqueles que fazem uso dos aeroportos.

É nesse contexto de mudanças que o presente estudo pretende identificar os principais problemas que podem dificultar a delegação dos aeroportos à iniciativa privada – o que envolve analisar os entraves do regime de contratações da INFRAERO –, bem como a cogitação de formatos e modelos que poderão ser utilizados nas futuras concessões a serem exploradas pela SPEs.

O regime de contratação dos aeroportos que continuarão sob a gestão da INFRAERO

1. A infraestrutura aeroportuária e a Administração da Infraero

A infraestrutura aeroportuária é construída, mantida e explorada pela Administração Pública Federal, já que a Constituição Federal, por intermédio

[6] Notícia veiculada pelo Jornal o Globo, em 01 de junho de 2011.

do art. 21, XII, c[7], outorgou essa competência à União, a quem compete, também, legislar sobre Direito Aeronáutico, a teor do disposto no art. 22, inciso I[8].

Assim, Estados e Municípios não têm competência para administrar ou gerir aeroportos[9], salvo na hipótese de a União descentralizar essa gestão, tal como autorizado no art. 24-D[10] da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011 e como já ocorre no caso das rodovias e dos portos, a teor da previsão contida na Lei nº 9.277, de 10.05.96.

A gestão dos aeroportos brasileiros é concentrada na INFRAERO.

A INFRAERO é uma empresa pública federal, que teve a sua criação autorizada pela Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, tendo por objeto a implantação, administração, operação e exploração, industrial e comercial, da infraestrutura aeroportuária e de apoio à navegação aérea, bem como a prestação de consultoria e assessoramento em suas áreas na construção de aeroportos.

A estatal, além de administrar 67 Aeroportos (dentre eles, os mais rentáveis do país, Galeão-RJ, Cumbica-SP e Viracopos-SP[11]) e 80 Unidades de Apoio à Navegação Aérea, possui, em sua estrutura, uma Rede de 34 Terminais de Logística de Carga – Rede TECA, espalhados por todo território nacional[12].

Contudo, essa gestão tem se mostrado ineficiente. Tanto é verdade que o próprio Governo Federal concluiu, por intermédio do mencionado Relatório apresentado pelo Instituto de Pesquisa Econômicas Aplicada – IPEA – fundação pública federal vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República –, que os investimentos a serem realizados pela INFRAERO *são insuficientes para tornar os principais*

---

[7] Veja-se o dispositivo: Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

[8] Confira-se: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[9] Apesar dos Estados e Municípios não serem competentes para disciplinar o tema, existem questões urbanísticas e ambientais que podem afetar os interesses desses entes federativos. Exemplo recente foi a discussão envolvendo a rota dos aviões no Aeroporto Santos Dumont. O Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Instituto Estadual do Ambiente (INEA), questionou algumas rotas e horários de vôos que prejudicavam parte da população, em especial por força dos elevados ruídos produzidos pelas aeronaves.

[10] Art. 24-D. À Secretaria de Aviação Civil compete: VIII - transferir para Estados, Distrito Federal e Municípios a implantação, administração, operação, manutenção e exploração de aeródromos públicos, direta ou indiretamente

[11] Segundo dados do ministério da defesa: Disponível em: <https: //www.defesa.gov.br/phocadownload/arquivos_resenha/2011-04-27/resenha%20completa%20-%2027%20abr%202011.pdf>.

[12] Informações extraídas do sítio oficial da referida estatal em exame. Disponível em: <http://www.infraero.gov.br/index.php/br/rede-infraero-cargo.html>.

aeroportos brasileiros eficientes, o que torna imperiosa a atração de investimentos privados[13].

A falta de investimentos no setor aeroportuário brasileiro é um dos principais gargalos de infraestrutura do país, inibindo o desenvolvimento das atividades empresariais e o próprio crescimento da economia. Daí o convencimento do Governo Federal acerca da necessidade de participação da iniciativa privada no setor.

2. A natureza jurídica da INFRAERO

A criação da INFRAERO foi prevista na Lei nº 5.862/1997, que, em seu artigo 1º, autorizou o Poder Executivo a constituir a referida empresa pública, na forma definida no inciso II, do artigo 5º, do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

As empresas públicas, como se sabe, são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado[14], com patrimônio próprio e capital exclusivo de pessoas jurídicas de direito público[15], que têm a sua criação autorizada por lei, para o desempenho de atividades necessárias aos *"imperativos da segurança nacional"* ou para atender "*relevante interesse coletivo*", podendo se revestir das formas societárias admitidas pelo ordenamento jurídico.

Trata-se de uma descentralização administrativa, pois a criação destas entidades se dá por meio da delegação, sob a orientação do Princípio da Subsidiariedade[16], de atividades de relevante interesse coletivo – que

[13]Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8001&Itemid=8>.

[14] Confira-se o disposto artigo 1º do Estatuto Social da INFRAERO: Art. 1º A Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, Empresa Pública, constituída nos termos da Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, dotada de personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério da Defesa, reger-se-á pela legislação federal aplicável e por este Estatuto Social.

[15] Ao contrário das sociedades de economia mista, que são entidades também dotadas de personalidade jurídica de direito privado, mas nas quais se admite a conjugação de recursos públicos e privados na formação do seu capital.

[16] SILVIA FABER TORRES, em trabalho específico sobre o tema, traça as implicações da subsidiariedade na intervenção do Estado na ordem econômica: Embora a subsidiariedade não seja um princípio estritamente diretivo da ordem econômica, ela a tem como um de seus objetos precípuos, orientando, nesse âmbito, a atuação estatal e informando a relação entre o Estado e o particular, de modo a harmonizar a coexistência do poder público e da liberdade de que goza a iniciativa privada. A subsidiariedade, portanto, regula a intervenção estatal na economia, cabendo-lhe fixar pautas que orientem uma relação harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual, saliente-se, não é por ela vedada, mas limitada à correção de distorções em nome do bem comum e da promoção da justiça. (TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 152).

materialize a função social da estatal[17] – para pessoas jurídicas de direito privado (integrantes da Administração Indireta), que continuam vinculadas (e não subordinadas) à respectiva Administração Direta.

O objetivo da criação dessas entidades é dotá-las de agilidade e eficiência, similar à das pessoas jurídicas de direito privado, possibilitando maior versatilidade na sua atuação.

A INFRAERO se sujeita, portanto, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, consoante o artigo 173, § 1º, inciso II[18], da Constituição da República (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998). Deve-se frisar, no entanto, que, por se tratar de uma empresa que integra a Administração Pública, não está submetida, exclusivamente, ao que esse regime de direito privado[19]. A doutrina[20] costuma apontar a natureza híbrida das empresas públicas, eis que, apesar de ostentarem personalidade jurídica de direito privado, também se submetem à regras de direito público como, por exemplo, a sujeição ao controle dos Tribunais de Contas (art. 70 da Constituição Federal) e a obrigatoriedade na realização de licitação pública previamente à celebração de seus contratos (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

É o que ocorre com a INFRAERO, fiscalizada pelo Tribunal de Contas da União e sujeita ao regime de licitações e contratos administrativos da Lei n.º 8.666/1993, complementado pelo seu Regulamento próprio instituído por intermédio da Portaria n.º 935 MD, de 26 de junho de 2009, do Ministério da Defesa.

Este regime de contratação, pela sua semelhança com a disciplina da Lei nº 8.666/1993, pode ser apontado como um dos principais entraves para a realização de licitações ágeis e eficientes, para fins de delegação da infraestrutura aeroportuária para iniciativa privada, nos aeroportos que continuarem sob a gestão exclusiva da INFRAERO.

---

[17] Nesse sentido, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO leciona que: A Constituição Federal exige, ainda, que a empresa sob controle acionário do Estado seja voltada para o atendimento de uma função social, que, na interpretação sistemática, envolve que ela seja voltada para a execução de um relevante interesse coletivo – conceito jurídico indeterminado – ou em razão de um imperativo de segurança nacional – defesa do território, da integridade dos seus habitantes e estabilidade nas relações sociais. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Criação e função social da estatal: A proposta de um novo regime jurídico para as empresas sob controle acionário estatal. In: *Direito Administrativo empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 5).

[18] Confira-se o dispositivo: Art. 173. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[19] Para um estudo aprofundado sobre as novas tendências do regime das empresas estatais, V. SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 55-64.

[20] Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 462.

3. O regime de contratação da INFRAERO: problemas e entraves

O Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO é disciplinado pela Portaria Normativa nº 935/MD, de 26 de junho de 2009 (alterada pela Portaria Normativa nº 357/MD, de 05 de março de 2010), que tem por objeto a contratação de serviços e aquisição de bens, bem como concessões de uso de áreas, instalações e equipamentos aeroportuários, permissões e alienações de bens e outros atos de interesse desta empresa pública.

Ao editar tal regulamento, a INFRAERO, atendeu ao disposto no artigo 119 da Lei nº 8.666/1993. Essa disciplina diferenciada do regime de contratações das empresas estatais se justifica, na medida em que, segundo a lógica delineada no texto da Constituição Federal (artigo 22, inciso XXVII c/c artigo 173, § 1º, inciso III, da CF), as referidas entidades, por possuírem personalidade jurídica de direito privado, deverão se submeter a um regime de contratação específico.

E a razão é muito simples: se o Estado, ao criar tais entidades – tanto as empresas públicas, quanto as sociedades de economia mista –, pretendeu intervir diretamente na economia por intermédio de pessoas jurídicas de direito privado, dotadas de maior agilidade gerencial, que atuam em igualdade de condições – e em regime de competição com as empresas do setor privado –, não faria sentido que essas mesmas entidades se submetessem às amarras procedimentais e burocráticas do regime de contratações previsto na Lei nº 8.666/1993.

Nem se diga que essa lógica só seria aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica, e não às prestadoras de serviços públicos[21]; afinal, se a própria Constituição não fez qualquer diferenciação entre o regime de contratações para essas espécies de estatais, não caberia ao intérprete fazê-la[22]. Em resumo, *as estatais devem se submeter a um*

[21] Entendimento defendido em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 203.

[22] Nesse sentido, ALINE PAOLA C. B CAMARA DE ALMEIDA: A questão é que a Constituição Federal – nem na versão original, nem nas emendas posteriores – fez previsão expressa quanto às exploradoras de serviços públicos no que se refere ao regime de contratação, sendo certo que o procedimento licitatório sempre foi premissa inafastável, sob pena de violação ao princípio da impessoalidade[22]. O princípio licitatório é estabelecido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, alcançando a administração pública direta e indireta. Mas, também, em nenhum momento a Constituição Federal impôs a estas entidades o regime aplicável aos entes e entidades com personalidade jurídica de direito público, o que seria um contra-senso. (ALMEIDA, Aline Paola. C. B. Camara de Almeida. O regime licitatório das empresas estatais. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 2006. p.191).

regime condizente com seu regime empresarial, e não ao regime comum das entidades não-empresariais da Administração Pública[23].

Mas o fato é que a INFRAERO, na qualidade de empresa estatal não se valeu da possibilidade de inovar no ordenamento jurídico, simplificando o seu regime contratações. Ao contrário, o Regulamento de Licitações e Contratos dessa entidade se limitou a reproduzir em grande parte os dispositivos da Lei nº 8.666/1993, fazendo pequenas adaptações, tais como a disciplina para as concessões de uso de áreas, instalações e equipamentos aeroportuários.

Mas a lógica procedimental do Regulamento ainda é rígida e sem a flexibilidade necessária para conferir a agilidade e eficiência que se espera da entidade. A manutenção desse sistema de contratações, por certo, não contribuirá para a ampliação da infraestrutura aeroportuária, de modo a suportar o incremento da demanda decorrente dos eventos desportivos que serão realizados no país.

Um dos problemas recorrentemente apontados é a burocratização do procedimento licitatório – especialmente na fase de habilitação – o que gera inúmeros conflitos entre os licitantes.

Tal burocratização procedimental não foi atenuada pelo Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO. Daí porque, para os fins do presente estudo, serão destacados alguns pontos específicos deste Regulamento que mereciam reforma, de modo a aperfeiçoar o processo de contratação dessa entidade.

Os artigos 41 a 51 c/c artigo 85, inciso I[24], do Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO preceituam que os requisitos de habilitação – relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro e regularidades fiscal – serão analisados, anteriormente, à proposta comercial. Como se pode perceber, o regulamento não prevê a possibilidade de *inversão de fases* de habilitação e julgamento das propostas.

O referido Regulamento de Licitações e Contratos desconsidera uma tendência irreversível de inversão de fases que, como se sabe, foi inaugurada por ocasião da criação da modalidade pregão, experiência que pode ser considerada extremamente exitosa pela considerável agilidade atingida pela adoção desta modalidade. Tanto a Lei das Concessões Comuns[25], quanto a

---

[23] São os ensinamentos de CARLOS ARI SUNDFELD E RODRIGO PAGANI DE SOUZA em: Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 245. Belo Horizonte: Editora Fórum. mai. 2007, p.5.

[24] Confira-se o dispositivo: Art. 85. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I – abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação das concorrentes, e sua apreciação;

[25] Veja-se: Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005):

Lei de Parcerias Público- Privadas[26] consagraram essa tendência, ainda que não de forma obrigatória, mas autorizando expressamente o gestor a fazê-la.

Trata-se de modificação que vai ao encontro de uma visão econômica do instituto da licitação, a qual valoriza uma administração de resultados[27]; afinal, a experiência tem demonstrado que, na fase de habilitação, constantes são os litígios entre os licitantes – judiciais e administrativos –, o que só traz uma consequência prática para a entidade contratante: atraso na conclusão dos certames, causando prejuízos diretos ao atendimento do interesse público.

Não faz sentido, sob qualquer ângulo que se examine a questão, o gasto de tempo, recursos, pessoal, com o exame dos documentos de habilitação de licitantes que, ao final do certame, podem vir a ser desclassificados[28]. Trata-se de procedimento ineficiente e antieconômico. Nem se diga que, nas licitações de obras públicas, de grande vulto, a inversão de fases colocaria em risco a segurança do empreendimento; afinal, os requisitos de habilitação, especialmente os relacionados à capacidade técnica, deverão ser exigidos do primeiro colocado. Não há, portanto, com a inversão de fases, qualquer prejuízo para segurança da obra.

Outro ponto que merece reforma no Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO é a presença, de forma indiscriminada, das denominadas "cláusulas exorbitantes" nos seus contratos administrativos, previstas nos seus artigos 112, 119, inciso I e 121, 132, 133 e 139 – de alteração unilateral, fiscalização e sancionadoras[29].

Não há qualquer fundamento legal/constitucional que justifique que as empresas estatais se utilizem de exorbitâncias contratuais típicas de contratos administrativos celebrados por pessoas jurídicas de direito público. Às empresas estatais, como já dito, deve ser imposto um regime comum, o mesmo aplicável às empresas do setor privado.

---

[26] Confira-se: Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

[27] Expressão trazida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, inicialmente, em: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ensaio sobre o Resultado como novo paradigma do direito administrativo.* Aula inaugural do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial na Universidade Candido Mendes, proferida em 23 de setembro de 2008, gentilmente oferecido pelo autor.

[28] Nesse sentido, já se teve a oportunidade de asseverar em: GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos*: casos e polêmicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 56.

[29] Confira-se, por oportuno, o teor do artigo 112 do Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO: Art. 112. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por este Regulamento confere à INFRAERO, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos da contratada; II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no incisos I ao XII e XVII ao XXII do art. 132 deste Regulamento; III – fiscalizar-lhes a execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; e V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pela contratada, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Tais entidades celebram, portanto, contratos da administração, regidos pelo Direito Privado[30], nos quais não se admitem relações de subordinação – materializados por exorbitâncias contratuais – entre as partes. As relações devem ser coordenadas, e não hierarquizadas.

A propósito, deve-se repensar a necessidade da utilização de cláusulas exorbitantes em todo e qualquer contrato administrativo. Entende-se, na esteira da doutrina de vanguarda de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[31], que: (i) a utilização dessas cláusulas, em qualquer contrato administrativo, aumentam, sobremaneira, os riscos dos contratantes privados e, por consequência, o preço pago pela Administração; e (ii) que cada contrato tem uma economia própria, devendo o administrador público motivar tanto a previsão de cláusulas em determinado contrato, como a sua aplicação, em concreto.

Mas fato é que, se a presença de tais prerrogativas contratuais (cláusulas exorbitantes) for indispensável na gestão da infraestrutura aeroportuária, melhor seria a mudança da natureza jurídica da INFRAERO, transformando-a em autarquia.

Outro aspecto importante é a aplicação do limite de 25 % (vinte e cinco por cento) para alterações contratuais (quantitativas e qualitativas), previsto no artigo 119, inciso II, § 1º, do seu Regulamento de Licitações e Contratos[32].

Defende-se, aqui, que tal limite não deve ser aplicado aos contratos de concessão de uso das instalações aeroportuárias, pelas seguintes razões: (i) a regra da limitação de acréscimo de percentual deve ser observada nos contratos que importem em dispêndio de recursos públicos, hipótese que não se observa neste contrato, já que se trata de contrato de receita, e não de despesa; (ii) a impossibilidade técnica de se estabelecer um "valor inicial do contrato", fixando uma base de cálculo sobre o qual incidiria o limite fixado pela Lei nº 8.666/1993 (iii) a lógica que deve permear os contratos dessa natureza (como é o caso dos contratos de concessão de uso e de concessão de serviço

[30] Nesse sentido, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO: a norma do artigo 173, §1º, CF foi editada com intuito de proteção ao particular, almejando que às entidades não fossem atribuídas vantagens e favores não extensíveis às demais empresas privadas. Logo, tal norma impede o uso das prerrogativas inerentes aos contratos administrativos – Lei nº 8.666/93, artigo 58. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 116). Em igual sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 194; CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.480; ALMEIDA, Aline Paola C. B. Câmara. O Regime Licitatório das Estatais. In: *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.198.

[31] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos. In: *Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. XVII, pp. 3-22.

[32] Art. 119. Os contratos regidos por este Regulamento poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II – por acordo das partes: § 1º A contratada fica obrigada a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até vinte e cinco por cento do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de cinquenta por cento para os seus acréscimos.

público), instrumentos negociais que comportam investimentos de longo prazo, por parte dos particulares, nos quais a mutabilidade se apresenta ainda mais acentuada[33].

Outro problema envolve a elaboração de projetos básicos e executivos imprecisos nas contratações realizadas pela INFRAERO.

O Tribunal de Contas da União[34], em algumas oportunidades, considerou que os projetos básicos para a construção/revitalização da infraestrutura aeroportuária são desenvolvidos de forma deficiente, culminando com contratações superfaturadas e pela celebração de infindáveis termos aditivos aos contratos celebrados pela INFRAERO.

O TCU já assentou em relação aos projetos básicos o seguinte: (i) no caso da elaboração de obras de maior porte, sugere-se a elaboração de Estudos de Viabilidade e de um Anteprojeto da obra – o primeiro tem por escopo avaliar os aspectos ambientais e socioeconômicos do empreendimento, realizando, inclusive, a estimativa dos valores iniciais dos custos da obra; o segundo, tem por objeto motivar, tecnicamente, a escolha de determinado projeto (se de reforma, fabricação, restauração ou ampliação) –; (ii) após a elaboração desses instrumentos, recomenda-se que os projetos básicos das obras (exigência prevista no artigo 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993) contenham todos os elementos necessários para a constituição dos empreendimentos, especialmente a previsão de soluções técnicas para resolução de problemas futuros na execução das obras, além da identificação de todos os serviços e, principalmente, do orçamento do custo global da obra[35].

Enfim, esses são alguns problemas que podem e devem ser aperfeiçoados no regime de contratações da INFRAERO, que poderia e deveria, ter um regime de licitações e contratos mais adequado à sua realidade

---

[33] Nesse sentido, LUIS ROBERTO BARROSO: alguns dos argumentos desenvolvidos pelos autores para sustentar a inaplicabilidade do art. 65 da Lei nº 8.666/93 aos contratos de concessão são os seguintes. Nos contratos de concessão, a mutabilidade é muito maior que a verificada em um contrato ordinário, e.g., de uma obra simples; os contratos de concessão não apresentam propriamente um valor sobre o qual pudessem incidir os percentuais do art. 65; e, ademais, a Administração não paga ao particular qualquer remuneração. Assim, em primeiro lugar, não haveria sobre o que incidirem os percentuais. Além disso, a preocupação da Lei nº 8.666/93 de limitar os gastos do Poder Público com as alterações contratuais não seria pertinente, pois não é a Administração quem as custeará no âmbito de um contrato de concessão. (BARROSO, Luis Roberto. Concessão de Rodovias: alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras a pedido do poder público: possibilidades e limites. In: *RDPE*, ano 4, n. 15, jul./set. 2006, pp. 127). Da mesma forma, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: No meu entender, em sede de contrato de concessões, são absolutamente inaplicáveis os limites de acréscimo previstos no art. 65. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessão de Serviço Público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas – princípio da atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 22. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 123).

[34] (TCU. Acórdão nº1801/2011)

[35] O Tribunal de Contas da União já ressaltou a importância da elaboração de um adequado projeto básico nos contratos de obra pública: A elaboração de um projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele que possua os elementos descritivos e que expressem a composição de todos os custos unitários, é imprescindível para a realização de qualquer obra pública, resguardando a Administração de Sobrepreço e manipulação do contrato original. (TCU. Acórdão nº 2.641/2007).

e às suas necessidades, desde que, por óbvio, observados os princípios constitucionais, doutrinários e setoriais aplicáveis às entidades públicas.

4. O Regime de Contratações Diferenciado como uma possível solução para as contratações da INFRAERO

A utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído por meio da edição da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, poderá ser utilizado, a teor do disposto no artigo 1º, inciso III, da referida Lei, para *obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 Km das cidades sedes dos eventos desportivos que serão realizados no país (a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016).*

Com essa previsão específica, não resta dúvida da utilidade que o novo diploma terá nas contratações que serão realizadas nos aeroportos que continuarão sob a gestão exclusiva da INFRAERO.

O artigo 12, inciso V, da Lei nº 12.462/2011 prevê a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas. Trata-se, como já dito, de uma tendência legislativa, que tem se mostrado salutar na gestão dos procedimentos licitatório[36]. Afinal, o dispêndio de tempo e recursos para o exame dos requisitos de habilitação de um licitante que, ao final do certame, não apresentará a melhor proposta à Administração Púbica vai de encontro às diretrizes emanadas dos princípios da Eficiência (artigo 37 da CRFB) e da Economicidade (artigo 70 da CRFB)[37].

Destaque-se que esta inovação legislativa trazida pelo RDC, diferentemente da sua previsão nos demais instrumentos legislativos que o antecederam, prevê uma lógica diversa para essa inversão procedimental. Há, à luz do sistema consagrado no RDC, um **dever de motivação** para o administrador público, caso este pretenda adotar o sistema convencional de exame dos documentos de habilitação antes da abertura das propostas, além da necessidade de previsão expressa desta opção no instrumento convocatório.

---

[36] Em sentido oposto, confira-se MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. p. 67.

[37] No mesmo sentido, confira-se LEONARDO COELHO RIBEIRO que, ao analisar o artigo 12 da Medida Provisória nº 489/2010, que disciplinava o RDC, mas que perdeu a sua eficácia, assim se posicionou: A medida propicia diversos efeitos positivos, a saber: (i) economia procedimental, uma vez que a inversão pode ser capaz de exonerar a Administração Pública de analisar a habilitação de todos os concorrentes; (ii) mitiga a litigiosidade relativa aos documentos de habilitação que costuma ocorrer entre os licitantes nas licitações tradicionais, impedindo ou, ao menos, dificultando que isso sirva de barreira à entrada de outros licitantes; (iii) reforça a celeridade e a eficiência do procedimento licitatório. (RIBEIRO, Leonardo Coelho. O regime de licitações e contratos administrativos para Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016. In: *ILC*, Boletim de Licitações e Contratos – mai. 2011, Ed. NDJ, p. 450.

Esses requisitos criam um ônus para o gestor público, caso opte pela adoção do procedimento convencional consagrado na Lei nº 8.666/1993. Entende-se como salutar a referida inovação legislativa, uma vez que se, por um lado, essa faculdade permite que, excepcionalmente, seja utilizado o procedimento convencional, de modo a melhor atender, em concreto, o interesse público, de outro, dificulta que o administrador adote, injustificadamente, procedimentos ineficientes e burocráticos que militam em desfavor de parâmetros mundialmente consagrados de eficiência nas contratações administrativas.

É evidente que se trata de uma alteração que acarretará ganhos de eficiência nas contratações realizadas pela INFRAERO, pois, tanto nas licitações para a concessão de uso das instalações aeroportuárias, como na contratação de serviços usuais realizados por esta estatal, são infindáveis os questionamentos e impugnações realizados durante a fase de habilitação, atrasando o resultado dos certames.

Outra inovação importante trazida pelo RDC foi a previsão, no artigo 4º, inciso IV e do artigo 10, de um sistema de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (tal como o delineado no artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 11.079/2004). Trata-se, basicamente, de transformar os tradicionais contratos, por prazo determinado e por escopo, da Lei nº 8.666/1993 em contratos de *performance*[38].

Não se trata, a rigor, de uma sanção por inexecução contratual, mas de um estímulo para o seu melhor cumprimento. A remuneração paga pela Administração Contratante fica vinculada ao desempenho do contratado, o que servirá de incentivo para que estes prestem, em níveis desejados de qualidade, os serviços relacionados à infraestrutura aeroportuária.

Tema que causou aguda polêmica, durante o trâmite legislativo deste novo diploma, foi a possibilidade de manutenção do orçamento, previamente, estimado para a contratação em sigilo (artigo 6º, § 3º, da Lei nº 12.462/2011). MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO[39] já sustentava que a divulgação de tais valores reduz a margem de competição, estimulando o sobrepreço, devendo ser adotado, como critério de aceitabilidade a ser divulgado no edital, *os valores mínimos e máximos constantes dos cadastros de preços da Administração, calcados em pesquisas de mercado e em contratos da Administração, os quais estarão disponíveis para fins de recurso em caso de desclassificação por eventual incompatibilidade*, sendo que *tal disponibilidade da estimativa dar-se-á na sessão de julgamento*.

A não divulgação prévia da estimativa de preços das contratações da INFRAERO tende a possibilitar a realização de contratações mais econômicas para esta entidade, evitando, inclusive, a prática de cartelização entre os licitantes, já que, sem a ciência do preço estimado pela Administração, fica mais difícil de fazer combinações entre concorrentes.

---

[38] Expressão utilizada em PORTUGAL, Mauricio Portugal Ribeiro; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP*: fundamentos econômicos– jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 193.

[39] SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 149.

Embora, como novo instituto jurídico, tudo deva passar pelo crivo de sua utilização – o que poderá suscitar de futuro críticas fundadas e não apenas imaginárias – está evidente que o RDC tende criar um sistema com maior *flexibilidade*, como alternativa ao fechado cipoal burocrático vigente. Nítido exemplo é o instituto da *contratação integrada*, que compreende a elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem e demais operações necessárias para a entrega do objeto. O formato se assemelha ao das parcerias público-privadas, que admite que o contratado elabore o projeto básico. Busca-se um ganho de eficiência, abrindo ao contratado a oportunidade de inovação e de proposição de técnicas e soluções para o desenvolvimento do objeto, com isso reduzindo riscos e custos para os entes públicos. As críticas à contratação integrada se centram na impossibilidade de uma definição precisa do objeto da licitação e dos custos, o que, embora seja uma preocupação relevante, não a torna, por isso, inconstitucional, pois será em cada situação concreta que se poderá exercer tal controle. Portanto, não se confunda um vício de inconstitucionalidade de um instituto com a admissão, *a priori*, de que ele será mal aplicado. Lembre-se que a Petrobrás já vem utilizando a *contratação integrada*, desde que economicamente recomendável e tecnicamente justificável.

Assim como as inovações sucintamente expostas, outras novidades positivas no RDC refletem práticas administrativas que deram certo e que tornam a licitação mais simples e eficiente. Nada há de tão grave e evidente que macule a constitucionalidade do novo regime, senão ao revés; com ele se reforça a esperança de ampliação da *eficiência* nas contratações públicas e a *competitividade* entre os licitantes, em superação de um regime que poderá deixar, no futuro, de ser diferenciado para se tornar permanente.

Enfim, o RDC proporcionou a simplificação do procedimento licitatório como um todo. Todas essas mudanças trarão, sem dúvida, efeitos positivos para as contratações dos serviços para a reestruturação da infraestrutura aeroportuária.

Os aeroportos que serão explorados por Sociedade de Propósitos Específicos e as concessões aeroportuárias

6. Os possíveis modelos para a concessão de aeroportos

Os contratos de concessão de serviços públicos, regidos pela Lei nº 8.987/1995 se revelam como uma legítima opção para a exploração do setor. Trata-se de um modelo contratual que concilia, de um lado, a necessidade de captação de investimentos do setor privado para a expansão e manutenção da infraestrutura aeroportuária e, de outro, o intuito de lucro do particular, que pode ser atendido tanto pela exploração das tarifas aeroportuárias, quanto pela exploração de receitas alternativas, complementares e de projetos associados à concessão (consoante o disposto no artigo 11 da Lei nº 8.987/1995).

Especificamente no campo da infraestrutura aeroportuária, a exploração de receitas acessórias poderá produzir para os concessionários uma rentabilidade significativa em comparação com outros serviços públicos, já que as áreas comerciais dos aeroportos são, via de regra, extremamente lucrativas se bem geridas.

O novo regime das concessões de serviço público, é bom que se registre, envolve a noção de composição dos interesses entre Estado, concessionário e usuário, com vistas a que, por meio de colaborações recíprocas[40] entre os agentes envolvidos, seja garantida a adequada prestação dos serviços públicos.

O modelo das parcerias público-privadas (espécie de concessão de serviço público), regidas pela Lei nº 11.079/2004, seja na modalidade de concessão patrocinada (que depende, adicionalmente, à tarifa cobrada dos usuários, de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado), seja na concessão administrativa (na qual o Estado é o próprio usuário direito ou indireto desse serviço) são, da mesma forma, instrumentos contratuais que podem ser hábeis à gestão da infraestrutura aeroportuária, notadamente em empreendimentos que não sejam autosustentáveis.

A partilha dos riscos contratuais (artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 11.079/2004) associada ao regime de garantias para o concessionário em caso de inadimplência do Poder Público (artigo da Lei nº 11.079/2004) são fatores que vocacionam o modelo de Parcerias Público-Privadas ao desiderato de delegação da infraestrutura aeroportuária.

A adoção destes regimes de concessão foi, expressamente, autorizada pela Lei nº 11.182/2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC[41]. Essa, aliás, se afigura como uma tendência que permeou a delegação de serviços públicos e de atividades de relevante interesse público para a iniciativa privada na década de 90, de forma contemporânea às privatizações de empresas estatais, a denominada: "Contratualização das atividades administrativas[42]".

Tal forma de administrar se materializou pela implementação de políticas públicas de longo prazo pela via dos contratos de concessão[43], formato bem sucedido em outros setores regulados de infraestrutura, como rodovias, ferrovias, portos, telecomunicações, energia elétrica.

---

[40] A noção de cooperação na prestação dos serviços públicos é acentuada em FILHO, Justen Marçal. Algumas considerações das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. In: *Revista Brasileira de Direito Público*- RBDP, N. 07, out./dez.2004. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 137.

[41] Confira-se o dispositivo: Art. 3º A Anac, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a: (Redação dada pela Lei nº 12.462, de 2011): II – o estabelecimento do modelo de concessão de infra-estrutura aeroportuária, a ser submetido ao Presidente da República;

[42] Como observado em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 42.

[43] Como sustentado em MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. In: *Revista de Direito Público da Economia*- RDPE – abr./jun. 2011. Belo Horizonte: Editora Fórum, p.172.

Outra vantagem da adoção do regime das concessões de serviço público está na aquisição da expertise do setor privado na exploração econômica desse serviço. Isto porque, ao se conferir ao particular a liberdade de gestão empresarial de seu negócio –modificando, sobretudo, a lógica de um planejamento centralizado, mas permanecendo o serviço público sob as diretrizes regulatórias –, o concedente, de um lado, transfere a maior parte do risco contratual para o parceiro privado, e, de outro, absorve *o know-how* de gestão empresarial do parceiro privado – decorrência do dever de manutenção da atualidade do serviço.

Partindo-se do pressuposto de que o modelo a ser adotado, para a exploração da infraestrutura aeroportuária brasileira, será o da concessão de serviço público, o gestor público poderá modelar este negócio de acordo com as especificidades de cada aeroporto.

Essa delegação será implementada por meio de uma sociedade de propósitos específicos (SPE), a qual terá como acionista minoritário a INFRAERO, com 49 % do controle societário e o como acionista majoritário o futuro licitante privado, com e 51 % do controle societário. Daí a relevância de se abordar os principais aspectos dessas sociedades.

7. As vantagens da constituição de Sociedades de Propósitos Específicos para a exploração da Infraestrutura aeroportuária

A INFRAERO está, expressamente, autorizada pelo artigo 4º, § 1º, da Lei nº 5.862/1979 e pelo art. 5º, V, de seu Estatuto Social[44], à constituição de vínculos de parceria empresarial – que incluem, por certo, a constituição de sociedades –. Nem se diga que será necessária a autorização legislativa específica para tal desiderato, uma vez que tal linha argumentativa já foi, expressamente, rechaçada pelo o Egrégio Supremo Tribunal Federal[45].

Para a constituição de uma Sociedade de Propósitos Específicos, na qual a INFRAERO seja minoritária, há, da mesma forma, expressa autorização Legal (artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 5.862/1972) e estatutária (artigo 9º, inciso

[44] Confira-se: Art. 4º A INFRAERO tem por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infra-estrutura aeroportuária e de apoio à navegação aérea, prestar consultoria e assessoramento em suas áreas de atuação e na construção de aeroportos, bem como realizar quaisquer atividades correlatas ou afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério da Defesa. § 1° A INFRAERO exercerá suas atribuições diretamente, por subsidiárias ou parcerias. Art. 5º Para a realização de suas finalidades, caberá à INFRAERO: [...] V- representar o Governo Federal nos atos, contratos e convênios existentes, bem como celebrar outros, julgados convenientes pelo Ministério da Defesa, com os Estados da Federação, os Municípios, o Distrito Federal e entidades públicas e privadas, para os fins previstos no artigo anterior.

[45] Confira-se: 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (STF. ADI 1649 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 24/03/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

IV), quando preceituam consistirem receitas dessa estatal os seus *rendimentos decorrentes de sua participação em outras empresas*.

Ora, se a participação da INFRAERO em outras sociedades é parte integrante de suas receitas, adotando-se uma interpretação sistemática dos referidos dispositivos[46], pode-se concluir que a estatal está autorizada a participar de outras sociedades na condição de sócia controladora ou minoritária.

Com base nessa linha argumentativa, entende-se que a participação da INFRAERO em uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) encontra respaldo legal pleno.

A SPE tem como característica principal o objetivo de desenvolver um empreendimento determinado. Tem sido muito utilizada na estruturação das concessões de serviços públicos e nas parcerias público-privadas[47]. Uma vantagem desse modelo é a segregação de riscos, evitando-se que a execução do objeto da SPE seja contaminada por problemas econômicos que possam acometer os seus sócios[48].

Registre-se, por relevante, que, uma vez criada a SPE, a sua natureza jurídica será de direito privado**,** não devendo se cogitar qualquer derrogação típica de direito público, pelo simples fato de uma empresa pública ter participação acionária em seu capital.

A participação minoritária da INFRAERO no capital social da SPE não tem o condão de torná-la uma estatal. Uma sociedade só se caracteriza como empresa estatal quando a lei autorizativa de sua criação lhe atribui uma determinada vocação pública, o que não é o caso da mera participação acionária em outras sociedades privadas[49].

Adotando-se tal modelagem, sobressaem-se, portanto, as seguintes vantagens para o desenvolvimento da infraestrutura aeroportuária: (i) o aprimoramento da gestão da INFRAERO, com a absorção das melhores práticas de administração dos sócios privados; (ii) tal formato pode viabilizar, ainda, as condições para uma futura abertura do capital social desta empresa pública, na medida em que se tornar mais eficiente; (iii) a presença da INFRAERO na qualidade de acionista minoritária na SPE permite maior acesso

---

[46] Nada obsta que se adote o modelo similar ao instituído pela Medida Provisória n.º 532, de 29.04.11 que explicitou que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT pudesse "*adquirir o controle ou a participação acionária em sociedades empresárias já estabelecidas*".

[47] No caso da parceria público-privada, instituída pela Lei n.º 11.079, de 30.12.04, o artigo 9º determina que, antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

[48] Nesse sentido, HENRIQUE BASTOS ROCHA: A importância da constituição da SPE está relacionada à segregação da atividade empresarial relativa ao empreendimento específico, que é o seu objeto social, das atividades desenvolvidas pelas sociedades sócias da SPE. (ROCHA. Henrique Bastos. A sociedade de propósitos específicos nas parcerias público-privadas. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 275).

[49] Nesse sentido, CAIO TÁCITO: A simples participação societária estatal sem a prévia criação em lei não identifica a sociedade comercial como empresa pública ou sociedade de economia mista (TÁCITO, Caio. *Temas de direito público:* estudos e pareceres. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 682).

aos dados do negócio, evitando a assimetria de informações e a sua "captura[50]" pelos agentes privados; (iv) os recursos auferidos pela SPE poderão ser redirecionados para os aeroportos deficitários; (v) ostentando a SPE natureza de direito privado e sendo a INFRAERO sócia minoritária, as contratações da SPE não se submetem aos princípios e normas de direito público, não se sujeitando ao regime da Lei nº 8.666/1993.

8. O modelo adotado na delegação do aeroporto de São Gonçalo do Amarante

O primeiro movimento do Governo Federal para tentar sanar o problema da ausência de investimentos na infraestrutura aeroportuária está sendo a delegação, por meio de contratos de concessão, do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, para o setor privado[51].

O processo vem sendo assistido pelos órgãos de controle, mais especificamente pelo Tribunal de Contas da União (TCU). O acompanhamento feito pelo TCU é destinado a examinar o primeiro projeto de concessão aeroportuária conduzido pelo Poder Executivo Federal.

O exame é realizado em quatro estágios e tem por objetivo verificar a regularidade, a consistência e a exatidão dos valores, estudos e licenças relativos aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e ambientais que caracterizam a concessão da obra aeroportuária. O TCU aprovou o primeiro estágio da outorga de concessão da construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (RN), tendo feito, inclusive, algumas recomendações à ANAC[52].

Dando início ao processo de delegação, o Presidente da República, com fulcro no seu poder regulamentar, expediu o Decreto nº 6.373, de 14 de fevereiro de 2008, cujo objeto foi a inclusão do aeroporto no Programa Nacional de Desestatização - PND, para os fins da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, o que possibilitou a sua delegação à iniciativa privada.

Neste decreto, ficou estipulado, ainda, que a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC será responsável, na qualidade de poder concedente, pela execução e acompanhamento do processo de desestatização desta infraestrutura, bem como que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES será o responsável por contratar e coordenar os

---

[50] Sobre o tema, V. STIGLER, George. The theory of economic regulation. In: *Bell Journal of Economics and Managent Siciences*, v.2, p. 3.

[51] Em razão da Copa do Mundo de 2014, Natal (RN) prepara-se para receber maior fluxo de turistas. Só no ano de 2010, o atual aeroporto que atende a capital potiguar recebeu 2,4 milhões de passageiros, um incremento de quase 30 % em relação a 2009. Foram 28.623 aeronaves, 24 % a mais em comparação ao ano anterior. Em 2014, quando o novo aeroporto começa a operar, a estimativa é de 3 milhões de passageiros por ano. Ao final da concessão, em 2038, estima-se um fluxo anual de 11,4 milhões de pessoas.

[52] Processo: TC-034.023/2010-0. Acórdão 939/2011 – Plenário. Secom - (AW/14042011) Relator Ministro Valmir Campelo.

estudos técnicos necessários à realização deste empreendimento, após oitiva da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO.

Este processo de delegação teve prosseguimento com a expedição do Decreto nº 7.205, de 10 de junho de 2010, que dispõe sobre o modelo dos contratos de concessão para a delegação da referida infraestrutura aeroportuária.

O referido Decreto, em seu artigo 5º, ao disciplinar o instrumento convocatório, admitiu a participação de licitantes em consórcio, desde que os associados se constituam, antes da celebração do contrato de concessão, numa sociedade de propósito específico – SPE. Tal modelo, como já visto, apresenta-se como vantajoso para a exploração dos contratos de concessão, uma vez que segrega os riscos do novo empreendimento dos negócios anteriormente explorados pela iniciativa privada.

Segundo o disposto nos artigos 8º e 10º, a ANAC deverá estimular a concorrência neste setor, impondo restrições, limites ou condições quanto à obtenção da concessão, a fim de preservar a competição entre aeroportos, sem prejuízo das atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, previstas da Lei nº 8.884/1994. A referida entidade reguladora deverá, em nome da proteção da concorrência, analisar as operações societárias (de cisão, fusão, transformação, incorporação e redução do capital), que envolvam concessionárias de infraestrutura aeroportuária.

Essa preocupação com a concorrência se justifica, na medida em que, em nada adianta abrir o mercado à exploração da iniciativa privada, se não houver uma efetiva competição entre os agentes do setor privado, em prol do incremento da eficiência na gestão aeroportuária.

No artigo 12 do decreto ficou estipulado que o prazo máximo de concessão será de até trinta e cinco anos, podendo ser prorrogado, uma única vez, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de riscos não assumidos pela concessionária no contrato de concessão, mediante justificativa.

Os artigos 15, 16 e 17 disciplinam, no Capítulo II do referido Decreto, a regulação jurídica da estrutura tarifária para exploração desse setor, que será limitada por um teto máximo, a ser fixado pela ANAC. O citado teto será determinado levando em consideração os seguintes critérios: (i) a receita, por unidade de passageiro e carga equivalente; (ii) um valor que corresponda à média ponderada dos valores das diversas espécies de tarifas; (iii) um valor máximo para cada uma das diversas espécies de tarifas.

O reajuste do teto tarifário, a ser realizado pela ANAC, será efetivado anualmente, por um índice de preços ao consumidor (levando em consideração o fator “qualidade do serviço”); a revisão ordinária, por sua vez, será realizada a cada cinco anos.

A restauração do equilíbrio econômico do contrato de concessão, pela ANAC, poderá ser efetuada pela revisão do teto tarifário ou por meio da alteração do prazo da concessão. As duas opções dependerão da avaliação, pela entidade reguladora, dos seguintes critérios associados a: (i) regra de

utilização das receitas alternativas; (ii) ganhos econômicos decorrentes de novas fontes geradoras de receitas e (iii) diminuição da carga tributária e de encargos legais.

Como se pode perceber, o referido modelo de concessão adotou o sistema *price cap* como modelagem de estruturação tarifária, no qual o concessionário, em cada revisão periódica, se apropria dos ganhos de eficiência**.**

O Capítulo III encerra as disposições regulamentares, disciplinando aspectos pontuais da minuta de edital e dos contratos de concessão.

Na disciplina do instrumento convocatório, destaca-se a necessidade da realização de audiências públicas e de estudos de viabilidade técnica antes da publicação da minuta do edital, bem como a estipulação do critério de julgamento de maior valor oferecido pela outorga para a licitação.

Na disciplina dos contratos de concessão, por sua vez, destacam-se, dentre outras, as seguintes cláusulas obrigatórias: (i) a previsão de critérios de alocação de riscos entre o poder concedente e o concessionário; (ii) a necessidade de exigência de certificação aeroportuária; (iii) a exigência de vinculação às autorizações pertinentes expedidas pela ANAC, e às condições para suas revisões; (iv) a previsão de regras para a atuação da concessionária na prestação de serviços auxiliares às empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo.

Até o término do presente estudo, foi noticiado em 22 de agosto de 2011 que, num disputado leilão na Bolsa de Valores de São Paulo, com 87 lances no viva-voz, o consórcio Inframérica, formado pelas empresas brasileira Engevix e a argentina Corporación America venceu o leilão de concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante[53].

O modelo adotado servirá como um importante parâmetro – tendo em vista a sua adequada estruturação jurídica – para as concessões que serão realizadas nos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Congonhas.

7. O Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI como um instrumento facilitador da Concessão Aeroportuária

Um instrumento que pode vir a construir a modelagem das concessões de infraestrutura aeroportuária é o Procedimento de Manifestação de Interesse-PMI[54].

O PMI foi instituído, em âmbito federal, pelo Decreto nº 5.977/2006, que regulamenta o artigo 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art.

[53] Notícia veiculada pela revista Veja. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/inframerica-obtem-concessao-de-aeroporto-no-rn>.

[54] Na Bahia, por exemplo, este procedimento foi regulamentado pelo Decreto nº 12.653/2011. Em Minas Gerais, o PMI foi regulamentado pelo Decreto nº 44.565/2011.

21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal.

Nesse procedimento, a entidade contratante solicita apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, elaborados por pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, a serem utilizados nas modelagens dos contratos de concessão[55]. Ao contrário do que ocorre com a disciplina do art. 9º, da Lei nº 8.666/1993, em se tratando de concessão e permissão de serviço público, é autorizada pelo ordenamento jurídico a participação dos autores dos projetos básico e executivo, conforme previsto no art. 31[56] da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995.

Trata-se de procedimento anterior ao procedimento licitatório, que permite que os particulares interessados em contratar com o poder público apresentem projetos e estudos que poderão ser considerados para fins de formatação do edital de licitação.

Esse procedimento visa a orientar a formatação de contratações administrativas, com a *expertise* da iniciativa privada, pelo Poder Público, sem, contudo, se obrigar a realizar o futuro procedimento licitatório. Além disso, pretende-se promover uma sondagem formal do mercado[57].

Por outro lado, o referido procedimento se apresenta vantajoso, também, para o setor privado, eis que, caso a empresa que apresentou o projeto não se sagre vencedora do certame, restará à entidade contratante o dever de indenizá-la.

Com esse desiderato, a ANAC editou a Resolução ANAC nº 192, de 28 de junho de 2011, que disciplina os procedimentos para solicitação, autorização e aprovação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações

---

[55] Confira-se o seu artigo o teor do artigo 1º do Decreto nº 5.977/ 2006: Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, destinado à apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, elaborados por pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas já definidas como prioritárias no âmbito da administração pública federal.

Parágrafo único. A apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações elaborados por organismos internacionais dos quais o Brasil faça parte, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista submete-se a regime próprio.

[56] Confira-se o dispositivo: Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

[57]Sobre as vantagens da adoção do PMI, pelo Poder Público, confira-se MARIO QUEIROZ GUIMARÃES NETO e ADRIAN MACHADO BATISTA: No Brasil, portanto, o PMI serve ao órgão da Administração que tenha por objetivo: Divulgar sua intenção e recolher subsídios adicionais para consolidação de idéias acerca do projeto, antes de se iniciar o processo licitatório propriamente dito; realizar sondagens de mercado de modo formal, sem assegurar direitos de participação no processo licitatório posterior a particulares que tenham contribuído com as idéias ou projetos; transferir para o futuro concessionário, parcialmente, o ônus de arcar com os custos da elaboração dos documentos e estudos necessários ao processo licitatório. (GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz; BATISTA, Adrian Machado. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): Diálogos com a iniciativa privada. In: *III Congresso de Gestão Pública*. Disponível em:

<www.repositorio.seap.pr.gov.br/.../procedimento_de_manifestacao_de_>.

que subsidiem a modelagem de concessões para exploração da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada definidas como prioritárias pelo governo federal[58].

Após a edição da referida norma regulatória, foi publicado o Edital de Chamamento Público de Estudos (CPE) nº 01/11, cujo objeto é a apresentação de estudos que subsidiem a modelagem de concessões para exploração dos aeroportos de Guarulhos, Brasília e Campinas.

Por certo, essa espécie de PMI poderá agregar consideráveis benefícios para a modelagem das concessões dessas infraestruturas aeroportuárias, em um diálogo que deve ser institucionalizado entre o mercado e o Estado.

8. Conclusões

A mudança do modelo na gestão da infraestrutura aeroportuária brasileira era imperiosa. Esse era o único setor que ainda era gerido exclusivamente por uma entidade pública e sem os investimentos necessários da iniciativa privada.

Considerando a realidade do Estado brasileiro, que tem diversas demandas sociais a serem atendidas com os recursos públicos, não era razoável, sob a ótica do princípio da subsidiariedade e da eficiência, que o setor privado se mantivesse afastado de tais investimentos, contrariando uma tendência que se iniciou na década de 1990 com o processo de desestatização nos principais serviços públicos econômicos.

A centralização na formulação da política pública no âmbito da Secretaria de Aviação Civil – que ganhou status de ministério – mostra a importância que a gestão dos aeroportos tem para o desenvolvimento nacional e para o sucesso dos eventos esportivos que o Brasil patrocinará nos próximos anos.

A constituição de uma SPE entre a INFRAERO e a empresa que sagrar vencedora no certame vem se revelando uma tendência no modelo das concessões públicas no país, a exemplo do que ocorre no setor elétrico.

---

[58] Confira-se o artigo 2° desta norma regulatória, que explicita o objeto dessa espécie de PMI: Art. 2º A solicitação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações referentes a concessões para exploração da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada definidas como prioritárias pelo governo federal consistirá de chamamento público a ser realizado pela ANAC, que deverá: I - delimitar o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, podendo restringir-se a indicar tão-somente o problema que se busca resolver com a concessão, deixando à iniciativa privada a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução; II - indicar prazo máximo para apresentação dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações e valor nominal máximo para eventual ressarcimento; III - ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial da União e, quando entender conveniente, na rede mundial de computadores (internet) ou em jornais de ampla circulação.

A participação minoritária na SPE afasta a incidência das normas de direito público na gestão de tais aeroportos que, de fato, precisam de agilidade e flexibilidade para atender a eficiência que deles se espera.

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, 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.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GARCIA, Flavio Amaral. FREITAS, Rafael Véras de. CONCESSÃO DE AEROPORTOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 30, maio/junho/julho, 2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-30-MAIO-2012-FLAVIO-AMARAL-RAFAEL-VERAS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico