Eduardo Jordão

CONCESSÕES DE AEROPORTOS

2027

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 1

DA AVIAÇÃO ESTATAL AO SISTEMA AEROPORTUÁRIO CONTEMPORÂNEO

1.1. PROBLEMA, TESE E PERCURSO

Poucos processos de transformação setorial no Brasil foram tão rapidamente incorporados ao vocabulário leigo como o das concessões aeroportuárias. A partir de 2011, quando o Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, foi concedido à iniciativa privada como projeto-piloto, e especialmente a partir de 2012, quando os aeroportos de Guarulhos, de Brasília e de Viracopos foram concedidos em processo marcado por ágio expressivo e ampla cobertura midiática, consolidou-se na percepção pública a narrativa de que o modelo de gestão dos aeroportos brasileiros havia mudado radicalmente. A linguagem da "privatização" (tecnicamente imprecisa, mas politicamente poderosa) passou a circular amplamente, sugerindo que o Estado havia cedido o controle da infraestrutura ao capital privado e que, com isso, as regras do jogo haviam mudado de forma fundamental.

A tese aqui defendida é mais nuançada: o que ocorreu com as concessões aeroportuárias foi uma transformação significativa, mas seletiva. Algumas dimensões do modelo (a propriedade dos bens, a titularidade do serviço público, a competência regulatória do Estado) permaneceram intactas. Outras, como os incentivos de gestão, o mecanismo de financiamento dos investimentos, a alocação de riscos operacionais e a estrutura de governança, mudaram de forma substantiva. Compreender precisamente o que mudou e o que permaneceu é indispensável para o jurista que pretende atuar neste setor: porque é desta distinção que depende a resposta a questões cruciais, como a natureza jurídica dos bens aeroportuários, a extensão dos poderes da Administração sobre o concessionário, o regime de responsabilidade por danos a usuários e terceiros, e os limites

da autonomia negocial em contratos celebrados no âmbito de uma concessão de serviço público.

O percurso deste capítulo parte das origens. A seção 1.3 traça o nascimento da infraestrutura aeroportuária no mundo e no Brasil, e o quadro jurídico internacional que a organiza. A seção 1.4 descreve a formação do modelo aeroportuário brasileiro, construído sobre a lógica da integração territorial, da empresa pública e do Direito Aeronáutico centralizado. A seção 1.5 analisa a transformação introduzida pelas concessões, em suas sucessivas ondas. A seção 1.6 disseca, dimensão por dimensão, o que efetivamente mudou. A seção 1.7 examina os resultados, os limites e as questões que o modelo contemporâneo ainda não resolveu. A seção 1.8 extrai as implicações para a prática jurídica. A seção 1.9 sintetiza as conclusões.

1.2. O PONTO DE PARTIDA: O QUE MUDOU COM AS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS?

A pergunta que abre esta seção é, ao mesmo tempo, analítica e normativa: analítica, porque exige a descrição precisa das mudanças introduzidas pelo processo de concessão; normativa, porque o jurista precisa saber se essas mudanças alteram as categorias aplicáveis, o regime de responsabilidade, os poderes da Administração e os direitos dos usuários. Uma leitura apressada poderia levar à conclusão de que a chegada do capital privado à gestão dos aeroportos importou a aplicação do Direito Privado em substituição ao Direito Público. Esta conclusão seria equivocada.

O aeroporto concedido permanece submetido ao regime dos bens públicos federais, aos quais o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) o equipara enquanto mantida sua destinação (v. seção 1.4.3).[1] O serviço de infraestrutura aeroportuária permanece sendo serviço público, sujeito ao poder de polícia e à regulação da ANAC.[2] O concessionário atua em nome

1. Sobre a distinção entre a privatização plena, em que a propriedade e o controle do aeroporto são transferidos ao setor privado, e a concessão, em que o Estado conserva a propriedade da infraestrutura e transfere o direito de exploração por prazo determinado, cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. Contribution to the study of PPP arrangements in airport development, management and operation. *Transport Policy*, v. 18, n. 2, p. 392-400, 2011*; GRAHAM, Anne*. Airport privatisation: a successful journey? *Journal of Air Transport* Management, v. 89, 101930, 2020.

2. Constituição Federal, art. 21, XII, c; Lei n.º 11.182/2005, art. 8º, XXI. Para uma visão econômica do aeroporto como negócio sujeito a obrigações públicas, cf. Rigas Doganis, *The Airport Business*, Londres, Routledge, 1992; Anne Graham, *Managing Airports: An International Perspective*, 5ª ed., Abingdon, Routledge, 2018.

próprio, com risco e capital próprios, mas dentro dos limites estabelecidos pelo contrato de concessão, que é um contrato administrativo, sujeito à teoria das cláusulas exorbitantes e ao regime de equilíbrio econômico-financeiro que o Direito Público impõe. O usuário do aeroporto concedido tem, frente ao concessionário, os mesmos direitos que tinha frente ao operador público: trata-se, em ambos os casos, de usuário de serviço público, protegido pelo Código de Defesa do Usuário de Serviço Público (Lei n.º 13.460/2017, aplicável subsidiariamente aos serviços prestados por particular) e pelos padrões de qualidade definidos pela ANAC.[3]

Mas isso não significa que nada mudou. Mudaram a estrutura de incentivos, a origem dos recursos de investimento, o perfil de risco do operador e a complexidade contratual da relação entre o poder concedente e o prestador do serviço. Essas mudanças, examinadas nas seções 1.6.2 a 1.6.4, produzem comportamentos diferentes, que têm consequências jurídicas diferentes.[4]

A compreensão do ponto de chegada (o modelo contemporâneo) exige, portanto, a compreensão do ponto de partida: como era o sistema antes das concessões, por que ele foi constituído daquela forma e quais as forças que o tornaram insustentável. É essa história que as seções seguintes contam.

1.3. O NASCIMENTO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA

1.3.1. Do campo de pouso ao aeroporto

Os primeiros voos comerciais regulares foram inaugurados na Europa logo após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, nas rotas Londres-Paris e Paris-Bruxelas. Eles operavam a partir de campos de pouso rudimentares, em regra campos militares reconvertidos ao uso civil, sem terminal de passageiros, sem sinalização padronizada e sem qualquer serviço de apoio

3. A natureza de serviço público da atividade aeroportuária no Brasil está consagrada tanto no CBA (arts. 26-36) quanto na legislação de concessões. O Código de Defesa do Usuário de Serviço Público (Lei n.º 13.460/2017) aplica-se, subsidiariamente (art. 1º, § 3º), aos serviços públicos prestados por particular, como o aeroporto concedido. Sobre o regime jurídico dos usuários de serviço público concedido, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 198-234.

4. A literatura sobre incentivos de gestão em empresas públicas versus empresas privadas é extensa. Para uma abordagem econômica rigorosa aplicada à infraestrutura, ver LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993. Para uma abordagem mais específica ao setor aeroportuário, ver GILLEN, David. The evolution of airport ownership and governance. *Journal of Air Transport Management*, v. 17, n. 1, pp. 3-13, 2011.

CAPÍTULO 2

INSTITUIÇÕES, COMPETÊNCIAS E FONTES DO DIREITO AEROPORTUÁRIO

2.1. PROBLEMA, TESE E PERCURSO

Para compreender o problema central deste capítulo, considere a seguinte situação hipotética – mas recorrente na prática brasileira. Um incidente ocorre no aeroporto: um passageiro é retido na área de controle de imigração porque os sistemas de tecnologia da informação da Polícia Federal estão inoperantes; ao mesmo tempo, sua bagagem foi danificada durante o processo de *handling*; o voo atrasa e a companhia aérea recusa o pagamento de compensação alegando que o atraso decorreu de fato de terceiro imputável à falha dos sistemas governamentais. O passageiro, desorientado, não sabe a quem reclamar: à Polícia Federal, responsável pelo controle de imigração? À ANAC, reguladora do transporte aéreo? À concessionária do aeroporto, responsável pela infraestrutura? À companhia aérea, com quem celebrou o contrato de transporte? Ao Ministério de Portos e Aeroportos, titular da política pública? Cada uma dessas entidades, consultada separadamente, indicará a outra como responsável primária. O passageiro ficará, quase certamente, sem resposta satisfatória, e o advogado que o assessora, sem clareza sobre o réu correto e o foro adequado.

Este exemplo não é anedótico. Ele ilustra um problema estrutural do sistema jurídico-institucional aeroportuário brasileiro: a fragmentação de competências entre múltiplas autoridades, combinada com a ausência de mecanismos eficazes de coordenação, produz zonas de indefinição regulatória que prejudicam usuários, geram litígios desnecessários e criam incentivos perversos para que cada agente atribua ao outro a responsabilidade pelas falhas do sistema. Compreender esse sistema (suas camadas, seus atores, suas lógicas) é condição para qualquer prática jurídica

minimamente eficaz no setor. O operador do direito que trata o aeroporto como uma unidade jurídica simples (governada por um único operador, sujeita a uma única autoridade, regulada por um único conjunto de normas) produzirá diagnósticos equivocados, estratégias processuais inadequadas e, com alta probabilidade, resultados insatisfatórios para seus clientes.

A tese central deste capítulo é dupla. Em primeiro lugar, o Direito Aeroportuário brasileiro constitui um sistema de fontes sobrepostas – internacional, constitucional, legal, regulatória e contratual –, e a correta identificação da norma aplicável a cada situação requer a compreensão da hierarquia e das relações entre essas camadas normativas. Uma regra da ICAO, uma disposição constitucional, um artigo do CBA, um RBAC da ANAC e uma cláusula do contrato de concessão podem, todos, incidir sobre o mesmo fato, com sentidos que se sobrepõem, se complementam ou se contradizem, e decifrar essa sobreposição é a tarefa analítica central do jurista aeroportuário. Em segundo lugar, o aeroporto é um espaço de múltiplas autoridades com competências frequentemente concorrentes, e o principal desafio jurídico-institucional do setor não é a identificação das competências formais de cada agente (tarefa relativamente simples, que a leitura da legislação pertinente permite realizar) mas a compreensão dos mecanismos reais de coordenação, resolução de conflitos e atribuição de responsabilidade quando essas competências se sobrepõem ou entram em conflito. Saber quem, *formalmente*, é competente para regular a segurança contra incêndios no interior de um terminal aeroportuário é menos importante, na prática, do que saber como se resolve o conflito quando a norma técnica da ANAC e a norma do corpo de bombeiros estadual estabelecem requisitos incompatíveis para o mesmo sistema de *sprinklers*.

O percurso do capítulo é o seguinte. A seção 2.2 descreve o problema da fragmentação institucional como dado empírico do sistema aeroportuário brasileiro. A seção 2.3 analisa as camadas jurídicas da organização aeroportuária, da soberania estatal ao contrato de concessão. As seções 2.4 a 2.8 descrevem, um a um, os principais atores institucionais do sistema: a política pública, a ANAC, o Comando da Aeronáutica, os operadores aeroportuários e as demais autoridades presentes no ambiente aeroportuário. A seção 2.9 examina as interfaces institucionais em matéria de concorrência, proteção de usuários e controle externo. A seção 2.10 propõe um quadro analítico para compreender a coordenação institucional no setor. As seções 2.11 e 2.12 discutem as implicações para a prática jurídica e oferecem uma síntese conclusiva.

CAPÍTULO 3

NATUREZA JURÍDICA, REGIMES DE EXPLORAÇÃO E FUNDAMENTOS ECONÔMICOS

3.1. PROBLEMA, TESE E PERCURSO

Há uma questão que o jurista aeroportuário encontra, cedo ou tarde, em quase todo litígio relevante do setor: qual é, afinal, a natureza jurídica do aeroporto? A pergunta pode parecer elementar, e a resposta, para o leitor que apenas folheou a Constituição Federal ou o Código Brasileiro de Aeronáutica, pode parecer óbvia. Mas, como ocorre com frequência em questões jurídicas aparentemente simples, a aparência engana. O aeroporto é, ao mesmo tempo, um conjunto de bens imóveis e móveis (uma infraestrutura física), uma atividade econômica (a prestação de serviços aeroportuários), um serviço público delegado (quando concedido à iniciativa privada) e uma plataforma comercial (quando se considera a totalidade das atividades que nele se desenvolvem). Cada uma dessas dimensões atrai um conjunto distinto de categorias jurídicas, de regimes normativos e de consequências práticas, e a confusão entre elas é fonte frequente de erros analíticos com efeitos concretos e custosos.

Considere, como ilustração, três questões que se apresentam na prática e que dependem, para sua correta resolução, da compreensão precisa da natureza jurídica do aeroporto. A primeira: ao final de uma concessão aeroportuária, quais bens devem ser revertidos à União, em que estado e com que indenização? A resposta depende da qualificação jurídica dos bens como reversíveis ou não, e essa qualificação, por sua vez, depende do conceito de bem afetado ao serviço público concedido. A segunda: pode a concessionária aeroportuária explorar comercialmente os imóveis e espaços do sítio aeroportuário que não são diretamente utilizados nas operações aéreas (construindo hotéis, centros logísticos, galpões de *e-commerce*) sem que as receitas dessa exploração sejam computadas na regulação

tarifária do serviço público? A resposta depende da distinção entre a exploração do serviço público aeroportuário e a exploração do bem imóvel que o sustenta. A terceira: pode o poder público estabelecer, em contrato de concessão, a obrigação de a concessionária operadora de um aeroporto deficitário subsidiar de forma cruzada esse aeroporto com receitas geradas em outro aeroporto lucrativo? A resposta depende da concepção de serviço público adotada, e, em particular, de saber se a autossustentabilidade financeira é um atributo necessário de cada unidade aeroportuária ou da rede aeroportuária como um todo.

A tese central deste capítulo desdobra-se em dois planos correspondentes às suas duas partes. No plano jurídico (Parte I), a tese é que o aeroporto é uma realidade jurídica composta, simultaneamente bem público de uso especial, atividade de serviço público e plataforma comercial, e que a regulação jurídica de cada componente obedece a lógicas distintas que precisam ser articuladas com precisão para que as questões concretas recebam resposta adequada. No plano econômico (Parte II), a tese é que a regulação aeroportuária tem fundamento em características estruturais dos mercados de infraestrutura aeroportuária (em especial o monopólio natural e as externalidades de rede) que justificam a intervenção regulatória, mas que limitam também, por seu próprio conteúdo, o alcance e a intensidade dessa intervenção. Compreender esses fundamentos econômicos não é tarefa exclusiva do economista; é condição para que o jurista possa avaliar criticamente as escolhas regulatórias que lhe cabem analisar, questionar ou defender.

O percurso do capítulo é o seguinte. A seção 3.2, que constitui a Parte I, percorre as dimensões jurídicas da qualificação do aeroporto: da distinção entre bem e atividade (3.2.1 e 3.2.2) às formas de exploração (3.2.3 e 3.2.4), da exploração do sítio aeroportuário (3.2.5) ao regime dos bens reversíveis e da indenização (3.2.6), e da questão da autossustentabilidade (3.2.7) aos critérios de aplicação (3.2.8). A seção 3.3, que constitui a Parte II, examina os fundamentos microeconômicos da regulação aeroportuária: a estrutura de custos e de demanda (3.3.1), o monopólio natural, o poder de mercado e seus limites (3.3.2) e o congestionamento e o acesso à infraestrutura essencial (3.3.3). As seções 3.4 e 3.5 discutem as implicações para a prática jurídica e oferecem a síntese conclusiva.

3.2. PARTE I – QUALIFICAÇÃO JURÍDICA E REGIMES DE EXPLORAÇÃO

3.2.1. O ponto de partida: o que é juridicamente um aeroporto?

O ponto de partida para a qualificação jurídica do aeroporto é o próprio texto constitucional. O art. 21, inciso XII, alínea *c*, da Constituição

CAPÍTULO 4

MODELAGEM, LICITAÇÃO E EVOLUÇÃO DAS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS

4.1. PROBLEMA, TESE E PERCURSO

A concessão aeroportuária é o instrumento jurídico central da transformação que a aviação civil brasileira viveu nas últimas décadas. Desde 2011, quando o aeroporto de São Gonçalo do Amarante foi concedido como projeto *greenfield*, o Brasil transferiu ao setor privado a operação de grande parte dos aeroportos mais movimentados, criou um programa de concessões em blocos regionais, atraiu operadores internacionais e acumulou experiências de devolução, renegociação e arbitragem. O resultado é um sistema aeroportuário profundamente transformado e heterogêneo, no qual a sofisticação da engenharia contratual convive com desafios persistentes de execução e fiscalização.

Três problemas principais organizam a análise deste capítulo. O primeiro é de natureza processual: quando começa, juridicamente, uma concessão aeroportuária? A resposta intuitiva (no momento da assinatura do contrato) é tecnicamente incorreta e praticamente irrelevante: as decisões que determinam o sucesso ou o fracasso de uma concessão são tomadas muito antes, na fase de preparação da modelagem, e o jurista que só se envolve com o processo a partir da minuta contratual chega tarde demais para influenciar as escolhas que mais importam. O segundo problema é substantivo: como avaliar a qualidade da modelagem de uma concessão aeroportuária? Existem critérios jurídicos (e não apenas técnico-econômicos) para verificar se a distribuição de riscos, os critérios de seleção do concessionário e os mecanismos de equilíbrio foram adequadamente desenhados? O terceiro problema é institucional: o que as sucessivas rodadas

brasileiras de concessão ensinam sobre o aprendizado regulatório, e quais lições, extraídas dessa experiência, o jurista que assessora investidores, poder concedente ou usuários do setor pode utilizar no seu trabalho cotidiano?

A tese central do capítulo desdobra-se em três planos correspondentes às suas três partes. No plano da modelagem e da licitação (Parte I), a tese é que a qualidade jurídica de uma concessão é em larga medida determinada na fase pré-contratual (nos estudos, nas audiências públicas, nas escolhas sobre o critério de julgamento e na alocação de riscos) e que o controle dessa fase, tanto pelo TCU quanto pelos operadores do Direito que participam do processo, pode contribuir para que o contrato assinado seja exequível e sustentável. No plano das rodadas brasileiras (Parte II), a tese é que cada rodada de concessão constitui um experimento institucional cujas hipóteses foram testadas pela realidade, com resultados que confirmam algumas apostas e refutam outras, e que o jurista que compreende essa trajetória está em posição muito mais sólida do que aquele que trata cada concessão como um evento isolado. No plano da valoração e do custo de capital (Parte III), a tese é que as metodologias de valoração de ativos e o Custo Médio Ponderado de Capital (WACC) não são abstrações financeiras reservadas ao economista: são categorias jurídico-regulatórias que determinam a taxa de desconto dos reequilíbrios, o montante das indenizações e a sustentabilidade dos contratos, e que o advogado que não as domina não pode conduzir contencioso de reequilíbrio com efetividade.

O percurso do capítulo é o seguinte. A seção 4.2, que constitui a Parte I, examina o ponto de partida da concessão (4.2.1), a preparação (4.2.2), o desenho da licitação (4.2.3), o financiamento e a estrutura societária (4.2.4) e o controle da modelagem (4.2.5), e extrai critérios de aplicação (4.2.6). A seção 4.3, que constitui a Parte II, apresenta as rodadas brasileiras como laboratório regulatório e seu panorama (4.3.1), seguido da análise de cada rodada: 1ª rodada, São Gonçalo do Amarante (4.3.2); 2ª rodada, Guarulhos, Viracopos e Brasília (4.3.3); 3ª rodada, Galeão e Confins (4.3.4); 4ª rodada, Fortaleza, Salvador, Florianópolis e Porto Alegre (4.3.5); e 5ª, 6ª e 7ª rodadas, organizadas em blocos regionais (4.3.6). A seção 4.3.7 apresenta um balanço crítico agregado. A Parte III trata das metodologias de valoração (4.4.1) e do custo de capital, em comparação com o modelo estrangeiro de base regulatória de ativos (4.4.2). As seções 4.5 e 4.6 discutem as implicações para a prática jurídica e oferecem a síntese conclusiva.

CAPÍTULO 5

CONTRATO DE CONCESSÃO, FINANCIAMENTO E CONTRATOS AEROPORTUÁRIOS COMPLEXOS

5.1. PROBLEMA, TESE E PERCURSO

O contrato de concessão aeroportuária é, ao mesmo tempo, o instrumento jurídico mais simples e o mais complexo do Direito Aeroportuário. Simples, porque sua estrutura básica é bem conhecida: o poder concedente transfere ao concessionário o direito de explorar a infraestrutura aeroportuária por prazo determinado, em troca do compromisso de realizar investimentos, prestar os serviços nos padrões regulatórios e partilhar com o Estado parte das receitas geradas. Complexo, porque esse núcleo simples está envolto em uma arquitetura contratual de múltiplas camadas – cláusulas de investimento e de qualidade de serviço, mecanismos de revisão e de reequilíbrio, obrigações regulatórias perante a ANAC que se somam às obrigações contratuais, contratos de segundo nível com companhias aéreas e prestadores de *ground handling*, estruturas de financiamento que envolvem bancos, debenturistas e agências multilaterais – que transformam o "contrato de concessão" em um programa regulatório de alta complexidade, administrado simultaneamente por múltiplos atores com interesses parcialmente divergentes.

Três problemas principais organizam a análise deste capítulo. O primeiro é estrutural: como funciona a arquitetura interna do contrato de concessão aeroportuária, quais são seus componentes essenciais, como se articulam entre si, e quais são os pontos de maior vulnerabilidade que a prática tem revelado? O segundo é relacional: o contrato de concessão não existe de forma isolada, mas é o centro de uma rede de contratos de segundo e de terceiro nível (com companhias aéreas, com prestadores de serviços, com financiadores, com subcontratados) cujas interações determinam, em grande medida, se a concessão funcionará como planejado ou

produzirá conflitos em cascata. Como compreender essa rede contratual de forma integrada, e quais são as implicações da interdependência entre os contratos para o jurista que assessora qualquer uma das partes? O terceiro é financeiro: como o financiamento de longo prazo da concessão (em suas formas de *project finance*, de debêntures de infraestrutura e de financiamento multilateral) se integra à estrutura contratual, e quais são as tensões entre os interesses dos financiadores e as obrigações de serviço público que o contrato de concessão impõe ao concessionário?

A tese central deste capítulo é que o contrato de concessão aeroportuária não é um instrumento bilateral entre poder concedente e concessionário: é um *programa regulatório*, uma estrutura jurídica que organiza, por período de duas a três décadas, as relações entre o poder concedente (a União, representada no contrato pela ANAC, que é também o regulador), o formulador da política setorial (o MPor), o concessionário, as companhias aéreas, os prestadores de serviços auxiliares, os passageiros e os financiadores. Essa caracterização tem consequências práticas: o jurista que analisa o contrato de concessão apenas na perspectiva bilateral ("o que o concessionário deve ao poder concedente e o que o poder concedente deve ao concessionário") compreende apenas uma fração do que o contrato efetivamente regula. A análise completa exige que o jurista compreenda como o contrato de concessão articula as relações entre todos os atores da rede aeroportuária, como os contratos de segundo nível reproduzem ou desviam as obrigações do contrato principal, e como o financiamento de longo prazo cria uma terceira dimensão (a relação entre o concessionário e seus credores) que influencia todas as demais.

O percurso do capítulo é o seguinte. A seção 5.2, que constitui a Parte I, examina a arquitetura interna do contrato de concessão aeroportuária: o contrato como programa regulatório (5.2.1), a estrutura contratual (5.2.2), o regime dos investimentos (5.2.3), a alocação de riscos (5.2.4), a governança contratual (5.2.5) e uma aplicação prática desses elementos a um cenário concreto de ampliação de terminal (5.2.6). A seção 5.3, que constitui a Parte II, examina a rede contratual que gravita em torno do contrato de concessão: os contratos complexos e a continuidade do serviço (5.3.1), os contratos de segundo nível com companhias aéreas e prestadores de *ground handling* (5.3.2) e a estrutura de *project finance, SPEs* e debêntures (5.3.3). As seções 5.4 e 5.5 tratam das implicações para a prática jurídica e da síntese conclusiva.

CAPÍTULO 6

TARIFAS, RECEITAS E REGULAÇÃO ECONÔMICA DO AEROPORTO

6.1. PROBLEMA, TESE E PERCURSO

A regulação econômica do aeroporto (entendida como o conjunto de normas que disciplina a formação das receitas aeroportuárias, o nível e a estrutura das tarifas cobradas dos usuários, e os mecanismos de controle do equilíbrio econômico-financeiro da concessão) é, ao mesmo tempo, o coração do sistema de concessões aeroportuárias e o campo em que o Direito Aeroportuário mais intensamente dialoga com a Economia. O jurista que domina o contrato de concessão mas não compreende a lógica econômica da regulação tarifária está equipado para analisar a forma do sistema, mas não o seu funcionamento real: as decisões regulatórias que determinam quanto o aeroporto pode cobrar, de quem, e por quê, são decisões com profundas implicações sobre a atratividade do investimento privado, a competitividade das companhias aéreas, o acesso dos passageiros à conectividade aérea e a distribuição de excedentes entre os diferentes atores da indústria.

Três problemas estruturam a análise deste capítulo. O primeiro é o problema da *estrutura de receitas*: o aeroporto moderno opera como uma plataforma de dois lados, em que usuários aeronáuticos (companhias aéreas, tripulações, cargas) e usuários comerciais (passageiros, varejistas, operadores de serviços) geram receitas com lógicas econômicas distintas, e a regulação tarifária precisa coordenar essas duas fontes de receita sem comprometer os incentivos de nenhuma das partes. A escolha entre o modelo de *single till*, em que todas as receitas do aeroporto (aeronáuticas e não aeronáuticas) são consolidadas para fins de cálculo tarifário, e o modelo de *dual till*, em que as duas fontes de receita são tratadas de forma separada, é uma escolha com consequências redistributivas relevantes. O segundo é

o problema da *regulação tarifária*: como determinar o nível "correto" das tarifas aeroportuárias, de forma a garantir ao concessionário uma remuneração adequada sobre seus investimentos sem permitir que ele extraia rendas de monopólio excessivas dos usuários? Esse problema (que é o problema central da regulação de monopólios naturais) tem respostas distintas nos diferentes modelos regulatórios em uso no mundo (o *price cap* britânico, a regulação por taxa de retorno *das utilities* norte-americanas, o *price monitoring* australiano), e o modelo brasileiro de teto tarifário com revisão periódica dos parâmetros é uma versão particular desse repertório com características próprias. O terceiro é o problema da *interface tributária*: a definição da natureza jurídica das tarifas aeroportuárias (como tarifa de serviço público, como preço privado ou como tributo) tem consequências relevantes para o regime jurídico aplicável, para a competência regulatória, e para a tributação das atividades aeroportuárias.

A tese central deste capítulo é que a regulação econômica do aeroporto não é uma questão técnica de aplicação de fórmulas financeiras: é uma questão de escolhas distributivas sobre quem suporta o custo da infraestrutura aeroportuária (companhias aéreas, passageiros, contribuintes, ou combinações dessas categorias), sobre qual horizonte temporal essa distribuição é considerada (o curto prazo da tarifa de hoje ou o longo prazo da atratividade do investimento privado futuro), e sobre qual critério de eficiência é adotado (eficiência alocativa estática, que minimiza o preço atual, ou eficiência dinâmica, que maximiza o investimento em qualidade e capacidade). Essas são escolhas políticas que o regulador reveste de linguagem técnica, e o jurista precisa ser capaz de identificá-las para avaliar se a decisão regulatória está dentro dos limites de sua competência ou é uma decisão que extrapolou para o campo que a lei reservou a outras instâncias.

O percurso do capítulo é o seguinte. A seção 6.2, que constitui a Parte I, examina a estrutura de receitas e o sistema de regulação tarifária do aeroporto brasileiro: as fontes de receita (6.2.1 a 6.2.3), o sistema de regulação tarifária e suas questões controvertidas (6.2.4 e 6.2.5), um exemplo simplificado de reajuste (6.2.6) e as exigências de transparência e contabilidade regulatória (6.2.7). A seção 6.3, que constitui a Parte II, examina os modelos regulatórios em perspectiva comparada e as escolhas específicas do sistema brasileiro: os fundamentos econômicos das escolhas tarifárias (6.3.1), os modelos de *price cap*, *rate of return* e *price monitoring* (6.3.2), a controvérsia *single till* versus *dual till* (6.3.3) e a interface tributária, com a controvérsia sobre o ATAERO e a jurisprudência sobre o IPTU das áreas aeroportuárias (6.3.4). As seções 6.4 e 6.5 apresentam as implicações para a prática jurídica e a síntese conclusiva.

CAPÍTULO 7

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, CRISES, RELICITAÇÃO E INSOLVÊNCIA

7.1. PROBLEMA, TESE E PERCURSO

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é simultaneamente uma garantia constitucional, um princípio regulatório e um instrumento prático de gestão de crises, e é, não por acaso, o tema que mais intensamente mobiliza os operadores do Direito Aeroportuário em situações de estresse. A promessa do equilíbrio está no núcleo da lógica concessória: o poder concedente delega ao particular a exploração de uma infraestrutura pública porque acredita que o concessionário privado vai geri-la com mais eficiência do que o Estado diretamente, e o concessionário privado aceita essa delegação porque acredita que o Estado vai honrar as condições econômicas que tornaram o projeto viável. O equilíbrio econômico-financeiro é o instrumento jurídico que formaliza essa promessa mútua e confere ao concessionário o direito de exigir sua preservação quando eventos de risco alteram as condições originais do contrato.

Três problemas estruturam a análise deste capítulo. O primeiro é conceitual: o que exatamente a garantia do equilíbrio econômico-financeiro protege? A resposta intuitiva (que o concessionário tem direito a receber o retorno financeiro que esperava ao licitar) é incorreta, ou ao menos incompleta. O equilíbrio não é garantia de lucro: é garantia de que as condições econômicas essenciais do contrato não sejam alteradas por ação ou omissão do poder concedente sem a devida compensação. O concessionário que subestimou os custos, que superestimou a demanda ou que tomou decisões de gestão equivocadas não tem direito ao reequilíbrio por essas razões, porque são riscos de sua alçada. O segundo problema é instrumental: quais são os mecanismos jurídicos pelos quais o equilíbrio é preservado ou recomposto quando se perde? O Direito das Concessões

oferece instrumentos gerais – a revisão tarifária, a extensão do prazo e a compensação financeira –, mas a aplicação concreta desses instrumentos aos aeroportos concedidos envolve complexidades que somente se revelam nos casos reais. O terceiro problema é o da crise e da saída: quando o desequilíbrio é tão profundo que os instrumentos de recomposição não são suficientes, quais são os mecanismos jurídicos para a saída ordenada do concessionário, e como proteger a continuidade do serviço durante a transição?

A tese central deste capítulo é que o equilíbrio econômico-financeiro deve ser compreendido não como uma garantia estática, que preserva as condições econômicas do dia da licitação ao longo de toda a vida da concessão, mas como uma garantia dinâmica de que o contrato de concessão permaneça, ao longo de seu prazo, um instrumento capaz de alinhar os interesses do concessionário com os objetivos de serviço público, mesmo em face de eventos que as partes não previram. Essa compreensão dinâmica tem consequências práticas: ela fundamenta a preferência pelos instrumentos de renegociação e de adaptação contratual sobre os instrumentos de extinção; ela orienta o TCU e os tribunais a privilegiarem soluções que preservem a continuidade do contrato sobre soluções que maximizem a punição do concessionário inadimplente; e ela justifica a criação de instrumentos como a relicitação (que permite, a pedido do próprio contratado, a extinção amigável do contrato e a celebração de novo contrato, com novo concessionário, mediante licitação) como alternativa às formas litigiosas de extinção da concessão.

O percurso do capítulo é o seguinte. A seção 7.2, que constitui a Parte I, examina o equilíbrio econômico-financeiro em seus fundamentos e em seus instrumentos de recomposição: a definição do que o equilíbrio protege (7.2.1 e 7.2.2), os instrumentos de recomposição disponíveis (7.2.3), os tipos de crise que afetam as concessões aeroportuárias (7.2.4), as formas de inadimplemento, inviabilidade e saída (7.2.5), as soluções consensuais no âmbito do TCU (7.2.6), os casos brasileiros como tipos de problema (7.2.7) e o método para examinar um pleito de reequilíbrio (7.2.8). A seção 7.3, que constitui a Parte II, examina os mecanismos de crise extrema (o *step-in*, a insolvência e a relicitação) em perspectiva jurídica e empírica (7.3.1 a 7.3.3). A seção 7.4, que constitui a Parte III, examina a qualidade do serviço como dimensão do equilíbrio regulatório (7.4.1 e 7.4.2). As seções 7.5 e 7.6 apresentam as implicações para a prática jurídica e a síntese conclusiva.