

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

DESCENTRALIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA:
INTERFACES COM GESTÃO; REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Mestrando: Denis Ribeiro Franca

Orientadores: Professor Doutor Marcos Juruena Villela Souto

Professor Doutor Manoel Messias Peixinho

RIO DE JANEIRO

2011

DESCENTRALIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA:
INTERFACES COM GESTÃO; REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Denis Ribeiro Franca

UCAM 2011

DESCENTRALIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA:
INTERFACES COM GESTÃO; REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação de Dissertação ao Programa de Mestrado da Universidade Candido Mendes, na área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, seguindo a linha de pesquisa Regulação, Concorrência, Inovação e Desenvolvimento, como condição parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

FRANCA, Denis Ribeiro

DESCENTRALIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA:
INTERFACES COM GESTÃO; REGULAÇÃO E POLÍTICAS
PÚBLICAS: **FRANCA, Denis Ribeiro. Rio de Janeiro.**

Universidade Candido Mendes, Mestrado em Direito, 2011.

Orientadores: Prof. Dr. Marcos Juruena Villela Souto
Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho

Dissertação (Mestrado) – UCAM, Mestrado em Direito, 2011.

Referências Bibliográficas, f. 94-100. 1. Gestão Aeroportuária 2. Direito Administrativo 3. Direito Regulatório. 4. Serviços Públicos

DESCENTRALIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA:
INTERFACES COM GESTÃO; REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito,
submetida à aprovação da Banca Examinadora composta pelos
seguintes membros:

Orientador: Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho

Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão

Prof. Dr. Firly Nascimento Filho

Dedicatórias

Dedico este trabalho aos meus pais, Neiva e Vivaldo, à minha esposa Lília, que sempre me apóiam no alcance dos meus desafios, e aos meus filhos Vinícius e Amanda, esta preciosidade que nasceu durante a elaboração deste trabalho.

Em memória ao eterno professor e amigo Marcos Juruena Villela Souto, Juruena ou Marquinhos, como era tratado pelos amigos, que sempre foi uma pessoa dedicada plenamente ao engrandecimento do conhecimento jurídico aplicado à melhoria e estabilidade das relações sociais e econômicas.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo incentivo constante nos estudos e por não medirem esforços para me proporcionar a melhor formação possível.

À minha esposa Lilia pela compreensão e incentivo aos incontáveis finais de semana e noites dedicados às leituras necessárias ao desenvolvimento desta dissertação.

Ao eterno professor, amigo e orientador, Prof. Dr. Marcos Juruena Villela Souto, por ter acreditado no meu potencial, pelos ensinamentos e constante atenção, dedicação e paciência essenciais durante o início da orientação deste trabalho, alinhando as minhas idéias que eu tinha para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Ao Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho por aceitar ser o meu orientador e tanto contribuir positivamente no prosseguimento da orientação iniciada pelo Prof. Juruena.

Aos funcionários, alunos e professores do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes e, em especial, ao Doutor João Marcelo de Lima Assafim, por me apoiar e incentivar nesta empreitada acadêmica.

E a todos aqueles que contribuíram de alguma forma para o término deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho visa abordar os aspectos operacionais, regulatórios e políticos que potencialmente impactam o processo de descentralização da exploração da infraestrutura aeroportuária. Verificou-se que esta atividade é complexa, com características marcantes de gestão e que deve ser integrada, exigindo regulação multisetorial, transnacional e plurifederativa. Portanto, é imperativo verificar, também, as competências dos entes federados para disporem sobre atividades que possam interferir substancialmente no desenvolvimento da operação de um aeroporto. Neste estudo, verifica-se quais instrumentos jurídicos foram disponibilizados expressamente, bem como seus pressupostos, que o Poder Concedente tem para descentralizar tal atividade. Faz-se ainda uma análise do estado da arte da gestão da infraestrutura aeroportuária nacional, verificando o processo, em curso, da concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante; dos instrumentos de convênio existentes; e, por fim, faz-se algumas considerações sobre a segurança jurídica dos processos existentes frente ao que foi discorrido.

Palavras-chave: 1. Regulação Aeroportuária; 2. Descentralização aeroportuária; 3. Infraestrutura aeroportuária

ABSTRACT

This thesis aims to approach the operational, regulatory and political aspects that potentially impact the process of decentralization of the airport infrastructure exploitation. Such activity was found to be complex, with remarkable characteristics of management and that it should be integrated in the light of “multisectoral”, transnational e “plurifederative” regulation. Therefore, it is imperative to also verify the competence of all federative stakeholders to legislate on activities that may interfere substantially with the development of an airport operation. This study analyzes which legal instruments, as well as their assumptions, were expressly available to the grantor in the sense of decentralizing the mentioned activity. Besides, an analysis of the state of the art in the national airport infrastructure management is also made by alluding to the current concession process of “São Gonçalo do Amarante Airport” and of existing agreements. At last, some considerations are made on the legal security of existing processes on the grounds of what has been presented.

Keywords: 1. Airport regulation 2. Airport decentralization 3. Airport infrastructure

LISTA DE TABELAS

TABELA	PÁGINA
Tabela 1 – Pesquisa no Banco de Teses e Dissertações CAPES	06
Tabela 2 - Convênios vigentes por Entidade	88
Tabela 3 - Convênios vigentes celebrados com aeroclubes	93
Tabela 4 - Melhoria na qualidade do serviço de Porto Seguro	93
Tabela 5 - Variação do faturamento do aeroporto de Cabo Frio	94

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACI	Airport Councils International
AENA	Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea
AGERBA	Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia
AGESUL	Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos
ANA	Aeroportos de Portugal
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ARSA	Aeroportos do Rio de Janeiro S.A.
ASGA	Aeroporto de São Gonçalo do Amarante
BAA	British Airports Authority
CAA	Civil Aviation Authority
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBA	Código Brasileiro de Aeronáutica
COMAER	Comando da Aeronáutica
COMAR	Comando Aéreo Regional da Aeronáutica
CENIPA	Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos
CONAC	Conselho de Aviação Civil
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
DAC	Departamento de Aviação Civil
DAESP	Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo
DECEA	Departamento de Controle do Espaço Aéreo
GIG	Aeroporto Internacional Galeão Maestro Antônio Carlos Jobim
IATA	Associação Internacional de Transporte Aéreo
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IAC	Instrução de Aviação Civil
ICAO	International Civil Aviation Organization
INFRAERO	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
IPTU	Imposto Predial Territorial Urbano
ISS	Imposto sobre serviços
OACI	Organização de Aviação Civil Internacional
OCDE	Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômicos
ORSNA	Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos
PANS	Procedures for Air Navigation Services
PBL	Plano Básico de Linhas
PNAC	Política Nacional de Aviação Civil
SAC	Secretaria de Aviação Civil
SARPs	Standards e Recommended Practices
SARS	<i>Severe Acute Respiratory Syndrome</i>
SDE	Secretaria de Desenvolvimento Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SNA	Sistema Nacional de Aeropuertos
SNV	Sistema Nacional de Viação
SUPP	Regional Supplementary Procedures
TCU	Tribunal de Contas da União

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO 1 – A DISPONIBILIDADE AEROPORTUÁRIA – POLÍTICA E REGULAÇÃO	9
1.1. Gestão Aeroportuária integrada	10
1.2. Normas internacionais de operação aeroportuária.....	17
1.3. Normas aeronáuticas de instalação e operação aeroportuária no Brasil.....	22
1.3.1 Das fontes políticas setoriais para o sistema aeroportuário.....	24
1.3.2 Das competências regulatórias setoriais	28
CAPÍTULO 2 – ATIVIDADE AEROPORTUÁRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO.....	34
2.1. O tratamento da operação aeroportuária pela Constituição Federal de 1988.	35
2.2. O exercício da competência normativa no Direito Aeronáutico	37
2.3. Operação aeroportuária, zoneamento urbano brasileiro e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.	39
2.3.1. Operação aeroportuária e Direito Urbanístico.....	41
2.3.2. O impacto das normas ambientais na atividade aeroportuária.	47
CAPÍTULO 3 – DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS	56
3.1 movimento mundial de desestatização do setor aeroportuário.....	56
3.2 Formas de Prestação de Serviço Público.....	60
3.3 A exploração aeroportuária no Brasil e seu processo de descentralização ...	62
3.3.1 Da Outorga	64
3.3.2 Dos Instrumentos de Delegação	65
3.3.2.1 Concessão de Serviço Público.....	65
3.3.2.2 Das Parcerias Público Privadas	72
3.3.2.3 Da Autorização.....	74
3.3.2.4 Dos Convênios e Consórcios Administrativos	76
CAPÍTULO 4 – APLICAÇÃO CONCRETA DA DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS.....	84
4.1 ASGA – Seu processo de Concessão	84
4.1.1 - Características do ASGA	86
4.1.2 Da Licitação e do Contrato.....	87
4.2 O Estado da Arte dos Convênios Delegação vigentes.....	90
4.3 Da Autorização para Exploração de aeródromo público	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	100
REFERÊNCIAS	102

INTRODUÇÃO

O governo federal sinalizou a intenção de delegar à iniciativa privada a administração aeroportuária de alguns aeroportos internacionais, seja na modalidade de concessão de algumas unidades (Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, Galeão e Viracopos)¹, seja com a privatização² parcial da estatal Infraero³, que administra os principais aeroportos do país, através da abertura do capital desta empresa pública⁴, a fim de atrair a iniciativa privada para investir nesses principais aeroportos. O modelo de delegação, porém, ainda não está plenamente definido⁵.

Alega-se⁶ a necessidade de mudança de paradigma na infraestrutura aeroportuária, a fim de atacar a defasagem gerencial⁷ do modelo estatal, afirmando que este está ultrapassado, bem como é defendida a observância obrigatória ao mandamento constitucional da subsidiariedade do Estado à iniciativa privada, modelo adotado pelo

¹ Resolução do Conselho Nacional de Desestatização (CND), publicada no Diário Oficial da União no dia 09 de outubro de 2008, recomenda ao presidente Luiz Inácio Lula da Silva que autorize a inclusão dos aeroportos do Galeão (Rio de Janeiro) e Viracopos (Campinas – SP) no Programa Nacional de Desestatização (PND). O Conselho Nacional de Desestatização, por meio da Resolução nº 07/12/10, aprovou a concessão como modalidade operacional para a construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante.

² A referência à privatização de uma estatal não pressupõe a privatização da atividade, mas a possibilidade de em se privatizando a estatal, pode o vencedor do certame ter o direito de prestar o serviço público por ela prestado, durante um determinado tempo, nas condições estipuladas no edital de privatização e reproduzidas no contrato de delegação da atividade. Por isso ao se referir à privatização do aeroporto, no mínimo, soa de forma atécnica, pois a CF determinou que a exploração aeroportuária, em regra, tem natureza de serviço público. Logo, independente do instrumento viabilizador da participação do capital privado na exploração de serviços públicos, este não perde a sua característica, salvo se a CF for modificada nesse sentido. Para mais, ver (SOUTO, 2004:49-51).

³ Apesar dos rumores, até o momento, não ocorreu a decisão de privatizar a Infraero. Disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/02/28/materia.2008-02-28.1615180777/view>.

⁴ A idéia foi debatida no dia 14/11/2008, em São Paulo, no seminário “Concessão de Aeroportos: oportunidades e Desafios para o Crescimento Econômico”.

⁵ O Anexo VII da lei nº12379/11, que dispôs sobre o Sistema Nacional de Viação foi vetado. Este trazia os Aeroportos que poderiam ser delegados aos Estados e Municípios a sua exploração ou o poder de subdelegação. O Aeroporto de São Gonçalo do Amarante entrou no PND em dez de 2010. O processo de desestatização está sendo paulatino.

⁶ O ex-presidente da Infraero, Sr. Sergio Maurício Brito Gaudenzi, se manifestou a favor da abertura do capital da Infraero, mas contrário a concessão dos aeroportos internacionais supramencionados em entrevista: *in Aviação em revista*, Ed. 696, outubro de 2008.

⁷ A Gestão da infraestrutura aeroportuária é realizada direta ou indiretamente pela União, como será explicado melhor ao longo deste trabalho. À Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC compete tão somente regular a sua prestação.

Brasil. Porém cabe verificar, frente à complexidade da atividade⁸, a juridicidade do processo administrativo de mudança do paradigma supracitado.

A análise das bases jurídicas que pautam o processo de transferência à iniciativa privada da gestão da infraestrutura aeroportuária é de relevante importância, pois tal atividade é o núcleo essencial da logística necessária ao desenvolvimento da aviação civil; e esta atividade, particularmente o transporte aéreo, representa uma relação maior e diretamente proporcional ao crescimento do Produto Interno Bruto⁹, garantindo ou prejudicando a soberania econômica nacional¹⁰.

Para potencializar o interesse com a juridicidade¹¹ e a perenidade do ato administrativo de delegação da gestão aeroportuária, deve ser considerado que o Brasil é um país de dimensões continentais com intermodalidades e qualidades de transportes rodoviário, ferroviário e aquaviário funcionando precariamente, além da característica marcante do aeroporto ser uma unidade de um sistema logístico que atua como pólo de desenvolvimento e integração regionais, atendendo aos objetivos da República.¹²

Nesse sentido, há relevância da valoração de se analisar o aeroporto como parte de um sistema, pois hoje o Brasil possui 739 aeródromos públicos, que são assim explorados: 67 são administrados pela Infraero¹³; 387 são delegados¹⁴ aos Estados e

⁸ A demonstração da complexidade da atividade será explorada em capítulo próprio da Monografia, onde serão descritas as características do aeroporto.

⁹ IPEA. Panorama e Perspectivas para o Transporte Aéreo no Brasil e no Mundo. Comunicados IPEA n° 54. Série Eixos do Desenvolvimento Brasileiro. 2010.

¹⁰ A soberania aqui citada se refere ao primeiro princípio citado na CRFB, quando trata da Ordem Econômica (art. 170, I da CRFB).

¹¹ O conceito de legitimidade do ato administrativo está sofrendo, a cada dia, mutações, no sentido de buscar não apenas a subsunção do ato à norma, mas a eficácia do resultado alcançado, à luz de uma interpretação sistemática da Constituição em um Estado pós-positivista (MOREIRA NETO: 2005)

¹² CRFB: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...) ainda, como princípio que norteia a Ordem Econômica, repete o mandamento axiológico no art. 170, VII - redução das desigualdades regionais e sociais.

¹³ Hoje a situação dos principais aeroportos superavitários, que são administrados pela Infraero, são responsáveis por 97% do transporte aéreo regular do país.

¹⁴ O entendimento da CONJUR/MD é de que a espécie do instrumento utilizado para esses casos é o convênio delegação e que tem natureza jurídica de autorização. No presente trabalho não se vai ater a discutir tal posicionamento doutrinário, mas apenas a segurança jurídica que proporciona.

Municípios por meio de convênios (com ou sem a possibilidade de subdelegação¹⁵); e os demais são explorados diretamente pela União. Sendo todos importantes para o sistema aeroportuário¹⁶.

Ainda, além do estado da arte brasileira, várias particularidades sobre a gestão aeroportuária devem ser discutidas antes de iniciar o processo de concessão dos aeroportos, pois não há o que se falar de delegação de um serviço à iniciativa privada, através de instrumentos jurídicos negociais, sem que o considere uma atividade de regulação internacional, cabendo, inclusive, uma análise das boas práticas internacionais de gestão aeroportuária¹⁷.

Logo está claro que há necessidade de se enfrentar o potencial **problema**: se os processos de descentralização hoje adotados atende à segurança jurídica da atividade e à atratividade do capital privado.

Para tal, o presente trabalho deverá testar as seguintes **hipóteses**: (i) a exploração aeroportuária é uma atividade complexa; (ii) há um potencial conflito regulatório federativo que exige uma coordenação em seus três âmbitos na prestação desta atividade; (iii) o desenho político de descentralização deve considerar os fatores individuados dos aeroportos, a fim do poder concedente adotar os instrumentos adequados; e (iv) o modelo atual adotado promove a segurança jurídica necessária à prestação da atividade.

Diante disso, o **objetivo** do presente trabalho é fazer uma análise jurídica do processo de delegação da infraestrutura aeroportuária do Brasil e verificar se o estado da arte atende à segurança jurídica necessária a efetividade da prestação desta atividade.

Justificando-se tal empreitada, visto que o marco regulatório setorial da atividade aeroportuária, que está em vigor, tem como matriz o Código Brasileiro de

¹⁵ O Departamento Aeroportuário do Estado de São Paulo – DAESP administra diretamente diversos aeroportos do estado. Já a Bahia subdelegou à iniciativa privada o aeroporto de Porto Seguro.

¹⁶ O avião decola de um aeroporto com destino a outro aeroporto. Ainda, existem cidades no Brasil que o transporte de correspondências, do dinheiro e da evacuação médica de emergência somente são efetivos por meio do modal aéreo (Ex: São Félix do Xingu e Óbidos – PA).

¹⁷ No presente trabalho será apresentado não só modelos de desestatização adotados, mas o papel da Organização de Aviação Civil Internacional – OACI (Agência Especial da ONU).

Aeronáutica (CBA - lei nº 7.565/86), que é anterior à Constituição Federal de 1988 (CF), com ela conflitando em parte¹⁸; logo, apesar de alguns dispositivos não mais poderem ser aplicados, o seu conjunto ainda se adequa. Entretanto há várias normas que disciplinam a atividade, bem como os processos de delegação de serviços públicos, que foram editadas pós-Constituição.

Por outro lado, mas corroborando com a necessidade de uma pesquisa mais acurada, a gestão aeroportuária é uma atividade que exige elevado conhecimento técnico-gerencial e um aporte de recursos financeiros de grande vulto, tendo como principal característica financeira a baixa taxa de retorno ao capital investido ; por isso, a atividade, por si só, já se consubstancia em um investimento de risco alto. Sabe-se que quanto maior o risco ao investimento, mais caro fica a remuneração do capital.

Ainda, não basta que exista o Marco Regulatório dando a segurança jurídica ao capital investido, mas que esse respeite os interesses equitativos do povo, do Governo e setoriais, ou seja, deve ter efetividade, promover o equilíbrio da prestação e viabilidade da publicização da atividade.

Porquanto, para se falar em delegação do serviço público, deve-se conhecer bem as características da administração da infraestrutura aeroportuária e quais as fontes de atratividade (lucratividade e perenidade) à iniciativa privada se apresentará. A partir desse conhecimento, verificar quais os anseios técnicos, econômicos e sociais para materializá-los nas Políticas Setoriais, a fim de que ditem as regras e modelos a serem seguidas pela ANAC.

Por fim, amplia a justificativa diante da parca literatura nacional existente sobre o tema aqui explorado, eis que a consulta ao banco de teses da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) é central para situar a presente pesquisa no cenário da produção do conhecimento na área em nível nacional. A tabela abaixo mostra o quantitativo de teses obtido quando se lançam as principais palavras-chave relacionadas ao foco do presente estudo.

¹⁸ Pode-se citar como exemplo, que o CBA determina ser a exploração aeroportuária prestada sob o regime de monopólio da União, à luz do disposta a Constituição de 1967, “art. 163 . São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais” - esse dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal, que determina, em rol taxativo (arts. 177 e 30), as atividades que devam ser prestadas nesse regime.

PALAVRA	OCORRÊNCIAS
Descentralização	2746
Descentralização aeroportuária	1
Regulação	16995
Regulação aeroportuária	25
Infraestrutura	4506
Infraestrutura aeroportuária	37
Descentralização e Regulação aeroportuária	0
Descentralização e Infraestrutura aeroportuária	0
Regulação e Infraestrutura aeroportuária	0

Tabela 1 – Pesquisa no Banco de Teses e Dissertações CAPES

O Trabalho adotou como fonte teórica (i) a literatura internacional sobre a gestão aeroportuária; (ii) as normas rígidas e axiológicas que disciplinam a atividade frente ao ordenamento jurídico pátrio, (iii) decisões judiciais sobre o objeto do presente estudo; (iv) literaturas que tratem, particularmente, dos assuntos de descentralização e serviços públicos; e (v) os processos administrativos no âmbito da ANAC sobre delegação da atividade.

Para tal adotou-se a metodologia de se fazer uma pesquisa bibliográfica nos sítios eletrônicos abaixo relacionados, com base nos parâmetros citados na Fundamentação Teórica.

1. Banco de Teses da Capes. <http://servicos.capes.gov.br/capesdw/>
2. Portal de Periódicos da Capes.
<http://www.periodicos.capes.gov.br/portugues/index.jsp>
3. Scielo - <http://www.scielo.org/php/index.php>
4. BDTD - Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações.
<http://bdtd.ibict.br/>
5. Amazon - <http://www.amazon.com/>
6. Sebo Virtual - <http://www.estantevirtual.com.br/> e <http://www.abebooks.com/>
7. ZOTERO - <http://www.zotero.org/>
8. Biblioteca do Congresso Norte-Americano - <http://www.loc.gov/index.html>.
9. Na fonte de Jurisprudência Unificada <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>

Após a leitura dos sumários das obras escolhidas, e das decisões judiciais sobre o problema em pauta, foram selecionadas as partes mais pertinentes. As

bibliografias citadas ao final foram todas citadas ou parafraseadas no trabalho. Já que o trabalho é jurídico, ou seja, pautado em normas jurídicas, logo as normas que embasaram qualquer desenvolvimento de raciocínio, foram citadas ao longo do texto. Assim também se deu com textos e apresentações em seminários sobre o tema.

Portanto há necessidade de se verificar as bases normativas para a delegação da infraestrutura aeroportuária¹⁹, não só para o ato de delegação em si, mas quais os instrumentos jurídicos se adéquam ao modelo a ser desenhado. Ainda verificar, diante do federalismo brasileiro, quais as competências constitucionais que interferem diretamente na disponibilidade aeroportuária, pois apesar de ser de interesse federal, o aeroporto é um equipamento urbano, que necessita de acessibilidade e impacta potencialmente o meio ambiente ecologicamente equilibrado. São fatores de coordenação pública que afetam o interesse ao capital privado.

Para se falar em delegação do serviço público, devem-se **conhecer** bem as características da administração da infraestrutura aeroportuária e quais as fontes de **atratividade** (lucratividade e perenidade) à iniciativa privada se apresentará. A partir desse conhecimento, verificar quais os anseios técnicos, econômicos e sociais para materializá-los nas Políticas Setoriais, a fim de que ditem as regras e modelos a serem seguidas pela ANAC.

O Capítulo 1 se propõe a buscar foco nas características da gestão aeroportuária, bem como de suas fontes normativas setoriais, verificando o que a doutrina internacional defende como principais características das operações aeroportuárias. Diante disso, analisar a amplitude de suas disponibilidades e apresentar a regulação transnacional, de como se estabelece essas relações jurídicas na infraestrutura aeroportuária.

O Capítulo 2 faz uma análise focada e sistemática da Constituição Federal brasileira, a fim de verificar as competências dos entes federados para disporem sobre atividades que impactem a prestação do serviço de transporte aéreo e identificar

¹⁹ Constitui a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, para efeito de orientação, coordenação, regulação e fiscalização, o conjunto de órgãos, instalações ou estruturas terrestres de apoio à aviação civil, para promover-lhe a segurança, a regularidade e a eficiência (art. 5º do Decreto nº 5731/06). Apesar do conceito abrangente dado pelo decreto de instalação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, interessa, para o tema estudado, os aeródromos abertos ao tráfego público, pois estes oferecerão disponibilidades, em regra, para um serviço público, e poderão, em tese, ser explorados economicamente.

potenciais conflitos de competências que possam comprometer o desempenho adequado da atividade ou o equilíbrio das relações jurídicas do aeroporto com o seu entorno, tomando como parâmetros as exigências de disponibilidade aeroportuária para o transporte aéreo frente a obrigação da manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e as normas de Direito Urbanístico.

O Capítulo 3 faz uma apresentação do processo evolutivo, a nível mundo, da delegação da atividade, a fim de buscar possíveis boas práticas já adotadas. Apresenta as formas de delegação de serviço público no ordenamento brasileiro, explorando as principais particularidades do instrumento da concessão, comum e especial, além de apresentar as principais características dos modelos de consórcios públicos e convênios.

O Capítulo 4 trará uma análise dos processos de delegação que estão em prática frente ao estado da arte, verificando pontualmente o processo, em curso, da concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante; também dos instrumentos de convênio delegação existentes e suas principais características; e por fim fazer algumas considerações sobre a utilização do instrumento de autorização para a exploração de um aeródromo público.

Por fim concluir a pesquisa realizada no sentido de confirmar ou refutar as hipóteses levantadas e propor algumas medidas para ampliar a segurança jurídica do processo de descentralização, se assim for possível.

CAPÍTULO 1 – A DISPONIBILIDADE AEROPORTUÁRIA – POLÍTICA E REGULAÇÃO

A inter-modalidade e a multimodalidade de transportes viabilizam projetos de integrações e desenvolvimento regionais. Os países estão se tornando cada vez mais integrados no sistema global de transportes com a criação de ligações ferroviárias e rodoviárias de alta velocidade; viabilizando o transporte aquaviário; promovendo um sistema aeroportuário operativo, ou seja, considerando o transporte como uma atividade meio essencial à soberania e sustentabilidade da econômica estatal.

Nesse viés, além de exercer um papel crucial na logística do setor de transporte aéreo, os aeroportos são de importância estratégica para as regiões que servem. Nesse sentido, podem trazer maior riqueza, fornecer substanciais oportunidades de emprego por meio do incentivo e do desenvolvimento das economias locais - estes fatores podem ser a única possibilidade, em curto prazo, para comunidades isoladas²⁰.

Um aeroporto tem um efeito muito significativo, tanto no ambiente em que está localizado, sobre a qualidade de vida dos moradores que vivem nas proximidades, quanto na viabilização do sistema aeroportuário, ampliando as possibilidades de origem e destino, já que um avião decola de um aeroporto com destino a outro aeroporto.

Esta infraestrutura concentra os impactos ambientais da atividade de transporte aéreo: (i) com a emissão de ruídos aeronáuticos; (ii) ruídos pelos equipamentos de pista de apoio às aeronaves; (iii) emissões de gases no solo; (iv) ampliação da concentração de transporte terrestre; (v) alto consumo de energia e água; (vi) concentração de produção de resíduos sólidos, dejetos, que serão despejados no meio ambiente; (vii) além da atratividade urbana, devido à infraestrutura no seu entorno e sua área patrimonial livre de obstáculos.

Entende-se, então, que a atividade aeroportuária é, ao menos, complexa, exigindo uma intervenção indireta na livre iniciativa, com várias fontes de normas sobre

²⁰ Alguns aeroportos do norte do país (Ex: Tarauacá - AC; Oiapoque - AP; São Gabriel da Cachoeira e Carauari - AM; Óbidos e São Félix do Xingu - PA; Vilhena e Ji-Paraná-RO; Caracarái-RR; Porto Nacional-TO) são essenciais às respectivas comunidades que apóiam, pois, por vezes, não há transporte rodoviário arteriais de acesso e nem ferroviário, e o aquaviário é muito perigoso, além de demandar muito tempo para o deslocamento, logo o único meio efetivo de se transportar valores e evacuações aeromédicas são por meio do transporte aéreo.

o desenvolvimento da atividade, que influenciam direta ou indiretamente em sua disponibilidade²¹.

Diante do acima exposto, a proposta desse capítulo é descrever a complexidade desta atividade de exploração econômica, a fim de apontar as suas principais características e analisar os limites a sua prestação, verificando a regulação direta da atividade, para fornecer base crítica ao Capítulo 2, que analisa as competências constitucionais dentre os entes federativos para disciplinar e administrar atividades que potencialmente implicam na disponibilidade aeroportuária; daí passar a análise dos instrumentos jurídicos legítimos para delegar a sua exploração no (capítulo 3); e por fim fazer uma análise dos processos de delegar da atividade que vêm ocorrendo (capítulo 4).

1.1. Gestão Aeroportuária integrada

WELLS e YOUNG (2004: 50) defendem que o grande desafio na gestão aeroportuária é criar uma estrutura organizacional que satisfaça as necessidades de cada uma das unidades aeroportuárias, desde os usuários do aeroporto até a comunidade local, para o melhor emprego deste equipamento. Além disso, o regime jurídico da propriedade e da estrutura organizacional de um aeroporto deve ser flexível para se adaptar à evolução das necessidades dos seus clientes²².

Segundo ADYR DA SILVA (1990:128-133) a criação, manutenção e ampliação da infraestrutura aeroportuária dependem da observância de dois problemas distintos: “(i) de que maneira será determinada a utilidade da infraestrutura aeroportuária para o desenvolvimento” e “(ii) de que maneira será concebida uma política aeroportuária para esse desenvolvimento”.

²¹ Há uma discussão sobre a amplitude necessária da regulação econômica da exploração do aeroporto, com base na afirmativa de constituir um monopólio natural. A tendência é afirmar que o monopólio é mais por falta de melhor gestão da rede. Para mais ver: Fiuza:2008 e Pioner, 2009.

²² Pode-se extrair, ainda, das palavras desses autores o reforço à tese do tratamento individualizado de cada unidade aeroportuária, ao utilizar o modelo norteamericano como exemplo, que, nesse caso, pode ser aplicado com as devidas ressalvas de competência legislativa brasileira. Informam que cada aeroporto nos Estados Unidos é único na sua organização e estrutura de administração; além disso, cada aeroporto é exclusivamente sujeito às regras, regulamentos, e políticas aplicáveis às características operacionais do aeroporto e as leis do município local, região e estado em que ele está localizado. Por outro lado, cada aeroporto está sujeito a regulamentações fundamentais definidas pela *Federal Aviation Administration* (FAA), a *Transportation Security Administration*, Departamentos Estaduais dos Transportes, e as funções básicas no âmbito de estruturas organizacionais, que permitam a circulação segura e eficiente de aeronaves, passageiros e de carga no interior e ao redor do aeroporto.

Cada aeroporto, em regra, é ou passa a ser um equipamento eminentemente urbano, singular dentre outros assim classificados. Porém, é um elo do sistema de infraestrutura aeroportuária necessário à operação do transporte aéreo, já que são elementos indissociáveis. Com isso pode-se afirmar que se trata de uma infraestrutura complexa, que deve ser tratada hora individualmente, ora sistematicamente. Nesse sentido, passa-se a análise de suas principais características quanto à sua finalidade.

ANNE GRAHAM (2008:2) leciona que a base das infraestruturas aeroportuárias consiste do conjunto de pistas, pistas de táxis, pátios, portões de embarque e desembarque, terminais de passageiros e de carga, e intercâmbio aos outros modais de transportes terrestres. Os Aeroportos ainda proporcionam uma vasta gama de facilidades e serviços agregados, dentro da indústria do transporte aéreo. Estes serviços incluem suporte ao controle de tráfego aéreo, serviços de segurança, bombeiro e salvamento no lado ar²³. Ainda disponibilizam instalações para as empresas que prestam serviços aéreos auxiliares, bem como também oferecem uma grande variedade de instalações comerciais, que abarcam lojas e restaurantes, hotéis, salões de conferência, e áreas empresariais.

JOSÉ ESTEVE PARDO (2001:41-43), que dispõe pontualmente sobre as relações jurídicas deste equipamento urbano, divide as atividades acima dispostas em dois grandes grupos: “*componente servicial y componente comercial*”.

No caso do Brasil o aeroporto é um aeródromo civil, dotado de facilidades²⁴, variando o seu grau de importância frente à atividade aérea que apóia, têm finalidades diversas: segurança, conforto, celeridade, confiabilidade para os passageiros e seus acompanhantes; segurança, celeridade, redução de custos para as empresas aéreas; segurança para o sistema de aviação civil; possibilidades de prestação de outros serviços

²³ O lado ar, termo largamente utilizado quando se divide geograficamente o aeroporto em áreas de acesso livre (lado terra) e de acesso restrito no aeroporto (lado ar). O lado ar é a parte do aeroporto destinada às operações aéreas em sentido estrito, logo é a área que compreende do portão de embarque, no saguão, para a parte interna da área patrimonial do aeroporto (salas de embarque, pátio, pistas e etc).

²⁴ As facilidades são proporcionadas por: pistas de pouso; pistas de táxi; pátio de manobras; terminais de passageiros e de carga; área de estadias. Estão definidas e foram regulamentadas pelas: Portaria N° 1592/GM5, 07/11/1984; ICA 92-1, de 13 de outubro de 2005; Portaria N° 9/DIRENG, de 25 de outubro de 2005; Estas configuram base para a categorização aeroportuária, a fim de pressupor seu custo operacional e fixar as tarifas a serem cobradas.

públicos diversos, etc. A manutenção dessas áreas entra como custo para a composição tarifária²⁵.

Dado o efeito jurídico dessa classificação, de interesse do explorador aeroportuário, JOSÉ ESTEVE PARDO (2001:41-43) coloca uma questão: “¿qué actividades pueden caracterizarse como comerciales e cuáles como serviciales?” Define como *componente servicial* as atividades com grande relevância de interesse público, que se destinam essencialmente à sociedade, de espectros universais, logo sujeitas à égide do Direito Público; bem como defende que determinadas atividades são essencialmente comerciais, como uma cafeteria ou uma empresa de artigos de vestuários, que se colocam exclusivamente sob a égide do Direito Privado.

Entretanto, este em seu magistério afirma que em determinados casos a classificação não é tão simples, citando como exemplo a utilização dos *slots*²⁶ pelas empresas aéreas, pois em determinados “Estados se considera una actividad comercial, abierta a la negociación, mientras que em otros se considera una inequívoca función de autoridad”. Essa polêmica pode ser ampliada, já que, mesmo as atividades estritamente comerciais, podem ser obrigadas a um maior controle Estatal, por serem prestadas na área patrimonial do aeroporto, pois se este for considerado de domínio público, “puede necessitar de una concesión de dominio público”.^{27 28}

²⁵ A Regulação Tarifária está sendo modificada de Planificada (trabalha com um custo estimado e classifica o aeroporto em uma das quatro categorias existentes n/f do art. 37, parágrafo único do CBA) para uma tarifação com base em níveis e qualidades de serviços ofertados ao tomador do transporte aéreo (Resolução ANAC/2011 n° 180).

²⁶ Os *slots* – termo mundialmente utilizado para representar um período determinado e disponível de tempo para a empresa aérea utilizar o aeroporto para o transporte aéreo, que é definido pela Resolução n° 2/ANAC/2006 como “o horário estabelecido para uma aeronave realizar uma operação de chegada ou uma operação de partida em um aeroporto coordenado”. Este “é aquele onde a expansão de capacidade, a curto prazo, é altamente improvável e a demanda por facilidades excede as possibilidades aeroportuárias, causando saturação em determinadas faixas de horário e durante um período de tempo relevante, implicando em que as tentativas de resolver os problemas por meio de modificações voluntárias de horário normalmente não são bem sucedidas, tendo as empresas que receber a alocação de *slots* para operar no aeroporto”. (art. 2°, IV e II).

²⁷ Com a definição de José Esteve Pardo já se começa a verificar a possibilidade de mais de um regime jurídico dentro da exploração aeroportuária. Nesse caso cabe uma discussão sobre o regime jurídico das atividades empresariais e a forma de remuneração dos espaços destinados a essas atividades. Todavia não será explorado neste trabalho.

Ainda, o movimento presenciado, até o momento, de desestatização da exploração aeroportuária está quase sempre acompanhado por alguma forma de regulação dos preços praticados. Nesse caso são consideradas duas fontes de receitas, as provenientes das atividades aeronáuticas em si (atividades fim) e das atividades comerciais. As atividades aeronáuticas do aeroporto incluem as prestações dos serviços de embarques, desembarques, de estacionamento para aeronaves, etc. Atividades comerciais incluem, por exemplo, comércio varejista e estacionamento para carros. (CZERNY, 2004).

Diante do até aqui visto, consegue-se afirmar, já na classificação das áreas patrimoniais do aeroporto segundo a sua finalidade, que a atividade de exploração aeroportuária gera uma complexidade de interrelações jurídicas, com múltiplas fontes de instruções normativas, de um gradiente diversificado de interferência regulatória em sua exploração. A partir das características supramencionadas, pode-se tentar uma conceituação de aeroporto.

WELLS e YOUNG (2004: 100) conceituam aeroporto como um complexo de facilidades para o transporte aéreo, concebido para servir às aeronaves, aos passageiros, às cargas e aos veículos de superfície. Todos esses usuários são servidos por diferentes componentes do aeroporto.

ANNE GRAHAM (2008:2) conceitua aeroporto como sendo uma parte essencial do sistema de transporte aéreo, pois este equipamento fornece toda a infraestrutura necessária para permitir a transferência dos modais de transporte de

²⁸ Além do regime jurídico, segundo Anne GRAHAM (2008: 10-58), a forma como os operadores escolhem em gerir a variada gama de instalações aeroportuárias tem um impacto importante sobre a sua situação econômica e operacional, bem como o seu desempenho sobre o relacionamento com seus respectivos clientes. Assim, os operadores de cada aeroporto têm uma identidade única – assumem o controle global e de responsabilidade no aeroporto (no Brasil vai depender do modelo desenhado e do contrato de concessão, como será oportunamente visto). Cada operador aeroportuário enfrenta a difícil tarefa de coordenar todos os serviços necessários para ativar o sistema aeroportuário em busca da eficiência. As empresas aéreas, regulares ou não, de transporte de carga ou passageiros, são apenas algumas das partes interessadas no aeroporto, que os operadores necessitam considerar, outros incluem acionistas, os utilizadores do aeroporto, funcionários, residentes locais, lobistas ambientais, bem como órgãos governamentais. Uma situação complexa existe com muitos destes grupos com diferentes interesses e, eventualmente, exploração conflito de opiniões sobre as orientações estratégicas papel do aeroporto. Um bom relacionamento com todas as partes interessadas é muito importante, mas, claramente, o desenvolvimento de um bom relacionamento com as companhias aéreas é crítica, pois, em última análise, isto irá determinar em grande parte o nível de oferta dos serviços aéreos do aeroporto.

superfície para os modais de transporte aéreo, de passageiros e de mercadorias, bem como permite que as companhias aéreas possam decolar e pousar suas aeronaves.

Com uma visão mais empresarial RIGAS DOGANIS (1992: 6-7) conceitua aeroportos como empresas complexas, que agem num fórum onde diversos e diferentes elementos e atividades são reunidos para facilitar a prestação e recebimento da atividade, para passageiros e mercadorias, bem como promover o intercâmbio entre os transportes aéreos e de superfície.

Já o conceito brasileiro que o CBA oferece é que o aeroporto é um aeródromo civil público, aberto ao tráfego geral, dotado de instalações para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas, através de exploração econômica da atividade²⁹. Todavia, para o CBA, o aeródromo público, mesmo sem instalações e facilidades, logo não classificado para fins tarifários, está aberto ao tráfego geral, logo é potencialmente um prestador de serviço público, pois está homologado como tal. A natureza jurídica do serviço independente da propriedade ser privada ou pública³⁰.

Quanto à operação propriamente dita, de oferecer disponibilidade ao transporte aéreo, que é um modal tipicamente internacional, estende-se a previsão de ser regulado por outros órgãos e entidades de controle de atividades³¹ relacionadas, inclusive a organismos internacionais. Esse fato, por si só, já tem o condão de possibilitar um conflito de normas, inclusive entre interesses de governo e de Estado, no seu cumprimento³².

²⁹ Conceito legal brasileiro retirado da inteligência dos artigos: 28; 29, *caput* e §2º e 31, I, todos do CBA.

³⁰ Art. 36, §5º c/c art. 38, §§ 1º e 2º do CBA.

³¹ Vários são os órgãos e entidades de controle: Comando da Aeronáutica; Receita Federal; Polícia Federal; Juizado de Menores; ANVISA; Ministério da Agricultura; Municipalidade; órgãos públicos, dos três níveis da federação, de licenciamento ambiental; dentre outros – não será objeto do trabalho a exploração das interferências políticas existentes na administração aeroportuária.

³² Não vai ser objeto desse trabalho discutir políticas setoriais, mas cabe ressaltar que o Conselho de Aviação Civil – CONAC, ou por provocação da Secretaria de Aviação Civil – SAC, deverá promover discussões sobre o atuar dos órgãos nos aeroportos, pois há um potencial conflito de poderes exercidos pela Receita Federal e Polícia Federal com relação às suas exigências em face da necessidade de facilitação no transporte aéreo internacional, como: áreas superdimensionadas e suas condições a serem disponibilizadas; utilização do aeroporto como depósito da Receita Federal para material em perdimento; etc.

O transporte aéreo é um transporte ponto-a-ponto, logo precisa de outros modais de transporte porta-a-porta³³ integrados. Então, além da infraestrutura aeroportuária apropriada (áreas administrativas públicas; áreas vinculadas à exploração de serviço aéreo público e áreas comerciais³⁴), tem a singularidade de exigir uma logística específica e complexa, inter-relacionada às outras atividades, com critérios de segurança e utilidades mínimas necessárias à sua operação, com a exigência de normas específicas da prestação desta atividade, bem como a desejável sinergia regulatória e de planejamento entre os diversos órgãos e entidades do governo na formulação das políticas necessárias a essa prestação.

Isso gera a plena dependência da inter-modalidade³⁵ de transportes, sendo que, como já exposto, o transporte aéreo é regulado pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, vinculada ao Ministério da Defesa, tendo como conselho de políticas públicas o Conselho de Aviação Civil – CONAC. Os demais modais existentes são regulados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT (rodoviário e ferroviário) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ambas

³³ Os modais de transportes podem ser classificados em: **porta a porta; ponto a ponto** e de **linha**. Transporte de linha tem como exemplo o transporte ferroviário. No mundo temos vários exemplos de integração desse modal ao modal aéreo: Aeroportos Heathrow, Stansted e Luton – Inglaterra; Aeroporto Orly e Charles de Gaulle – Paris; Aeroporto de Frankfurt (integração Cargas/metrô); Aeroporto de Schiphol – Amsterdam; Aeroportos de Atlanta e São Francisco; Aeroportos de Narita e Haneda – Tóquio; Kansai - Osaka; Hong-Kong - China. O Aeroporto Salgado Filho, em Porto Alegre, possui uma integração com o transporte ferroviário para o centro da cidade e demais municípios vizinhos. Já para o Aeroporto Congonhas e Internacional de Guarulhos, há um Plano Integrado de Transporte Urbano, através de trem de grande velocidade (TGV), previsto para estar funcionando até 2020, a ser realizado pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo, a fim de viabilizar o aeroporto de Viracopos como aeroporto secundário, com vocação, também, para passageiros. No Rio de Janeiro também já foi sugerido uma estação do Metrô no Galeão. Já o transporte porta a porta é o mais utilizado (táxi e transporte urbano). No Rio de Janeiro, pensou-se na integração através do transporte aquaviário, com um projeto de ligar os aeroportos Santos Dumont e Galeão. Foram realizados testes utilizando veículo de resgate anfíbio do tipo *hovercraft* do Serviço de Salvamento Marítimo do Galeão. O percurso seria realizado em cerca de 10 minutos, variando de acordo com as condições meteorológicas. Se fosse implementado, poder-se-ia melhorar a utilização do Galeão como grande *hub* (segundo classificação de hub da *Federal Aviation Administration* – FAA), ou seja, em tese o passageiro de viagem internacional poderia chegar ao seu destino nacional, no Sudeste, através de uma conexão direta com o Santos Dumont – o problema é que este está saturado e funcionando com vocação de Ponte Aérea. Não se discutirá o esgotamento operacional deste aeroporto como aeroporto regional.

³⁴ Para mais, ver a Resolução n° 113/ANAC, que dispõe sobre a classificação das áreas aeroportuárias.

³⁵ Entende-se por inter-modalidade de transportes a utilização de mais de um modal para efetuar um deslocamento, sendo que cada deslocamento, com modais diferentes, gera um contrato específico para cada modalidade. A multimodalidade é a utilização de mais de um modal de transportes, com apenas um documento de viagem.

vinculadas ao Ministério dos Transportes e o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT é o conselho de políticas públicas comum.

Essa multirregulação ocasiona, por si só, uma dificuldade de planejamento da inter-modalidade e multimodalidade de transportes para levar alguém ou algo, utilizando-se, também, do transporte aéreo, de um local ao seu destino final de forma adequada.

Ainda, os órgãos de planejamento dos transportes rodoviários, que têm maior relevância no apoio ao transporte aéreo, no caso do Brasil, são de competência local. O trânsito nas imediações do aeroporto para acessibilidade local, se mal planejado, pode gerar a sua ineficiência, impactando na demanda pelo transporte aéreo³⁶.

Sob um aspecto econômico, os aeroportos, em sua ampla maioria, são deficitários, logo, estes não geram atratividade à iniciativa privada. É uma característica do setor a nível mundial, se consideradas apenas as suas receitas principais³⁷.

No que tange à parte econômica, no caso do Brasil, o que hoje existe de planejamento financeiro, em se tratando da Infraero, é o subsídio cruzado, ou seja, suas unidades rentáveis mantêm toda sua rede de aeroportos, que são responsáveis por dar suporte à quase totalidade dos pousos e decolagens dos voos regulares no Brasil³⁸.

Também, devido à multiplicidade de relações jurídicas, potencializadas pela concentração dos impactos ambientais já mencionados, o risco econômico por responsabilizações civis por danos a terceiros é, de certa forma, quase insuportável, se não mitigada, diante do longo tempo em que deve vigor o contrato da exploração.

³⁶ No Rio de Janeiro, há uma indisposição das autoridades locais em relação à operação do Aeroporto Santos Dumont, sob a alegação de que o tráfego aéreo é perigoso e gera incômodo à população de seu entorno, já que está situado no centro da cidade, mas o que somatiza forças nessa fundamentação é o fortalecimento do Aeroporto Internacional do Galeão, um pouco mais afastado. Com isso a falta de harmonia entre autoridades locais e administrador aeroportuário, o que parece, gera uma falta de planejamento de trânsito rodoviário no entorno do aeroporto, onde há constantes congestionamentos de veículos para o estacionamento da Infraero, que impacta no trânsito de chegada ao centro da cidade nos horários de pico, ou seja, prejudica o transporte aéreo e toda a população que por ali transita, independentemente do aeroporto.

³⁷ Porém, mesmo não sendo rentáveis, tais aeroportos são essenciais à existência do transporte aéreo, pois são responsáveis por viabilizar grande parte do fluxo de voos para os aeroportos principais, a fim de garantir a integração da malha aérea.

³⁸ Ainda, como exemplo, existem os aeroportos de Porto Seguro e Cabo Frio, operados pela iniciativa privada, que apresentam resultados superavitários.

Logo, para despertar o interesse da iniciativa privada, ao delegar a gestão aeroportuária, o Poder Concedente tem que esclarecer e demonstrar perenidade nas políticas setoriais, principalmente sobre as fontes de receita do administrador e na harmonia entre órgãos e entidades reguladoras. Porém, ao se iniciar um planejamento de concessão de unidades rentáveis, questões da subsistência da malha aeroportuária deficitária devem ser previamente definidas no modelo escolhido para a delegação, principalmente com relação à partilha de riscos, pois “maiores riscos significam, necessariamente, maiores custos transferidos ao usuário” (PEREZ, 2006:105).

1.2. Normas internacionais de operação aeroportuária

Para se oferecer disponibilidade de instalações aeroportuárias aos pousos e decolagens, diante da evolução tecnológica das aeronaves existentes, e com base no que foi supramencionado, faz-se necessário atender aos padrões internacionais de requisitos de procedimentos mínimos na prestação desta atividade.

Nesse sentido, para poder tirar partido das potencialidades que o transporte aéreo pode oferecer, as companhias aéreas precisam, não só dispor de infraestruturas de outras facilidades aeronáuticas necessárias, mas também de ser fortemente apoiadas por competentes serviços públicos em terra.

Com relação aos aeroportos internacionais, a Convenção de Aviação Civil Internacional (arts. 28 e 37) estabelece que cada Estado está obrigado a prover, em seus territórios, aeródromos e outras instalações ou serviços de navegação aérea de acordo com os Padrões e Práticas Recomendadas - *SARPs (Standards and Recommended Practices)*, a fim de alcançar não apenas a segurança e qualidade do serviço, mas a maior uniformidade possível nos regulamentos, normas, práticas e métodos adotados.

A Convenção de Aviação Civil Internacional³⁹, criou (art. 43) a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI) com a finalidade, em pequena síntese, de coordenar a padronização das condutas seguras e contínuas do transporte aéreo dentre os seus países signatários.

³⁹ Convenção de Chicago foi realizada nesta cidade em 07 de dezembro de 1944. O Brasil é um dos Estados fundadores tendo ratificado tal Convenção pelo Decreto nº 21.713 de 27 de agosto de 1946, sendo aprovada pelo Decreto-Lei 7.952, de 11 de novembro de 1945. Daí estar formalmente legitimada a aceitação do Brasil à regulação internacional.

A OACI tem natureza jurídica de órgão público internacional, sendo uma agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU). Comandada por uma Assembléia Geral (Doc nº 8186/OACI), com reuniões ordinárias a cada 3 anos; com 189 Estados Membros signatários, cada um com direito a um voto, sendo a decisão proferida por maioria simples.

No art. 54, “ℓ” da Convenção conferiu-se competência ao Conselho da OACI para adotar as normas internacionais (padrões) e as práticas recomendadas por meio de Anexos à Convenção. Em regra, os padrões são normas menos restritivas, visando ao atendimento do mínimo de segurança necessária; para cada padrão existe uma recomendação, de maior restrição, e o Estado verifica a sua necessidade de adotá-la se verificar necessária ampliação de sua segurança.

Nesse caso, os Estados signatários se comprometem a implantar todos os Padrões (*Standards*) e é aconselhável que também implante as Práticas Recomendadas (*Recommended Practices*) estabelecidas pela OACI. Apesar da obrigação do signatário em aplicar as normas internacionais se limitar aos aeroportos internacionais, por vezes, em decorrência da conectividade do transporte aéreo ou por similaridade das disponibilidades dos aeroportos, alguns padrões internacionais são aplicados a toda infraestrutura aeroportuária. Com relação às operações aeroportuárias, os principais anexos⁴⁰ são:

- Anexo 14, que é apresentado em dois volumes: Volume 1 – Projeto e Operação de Aeródromos e Volume 2 – Trata dos Heliportos;
- Anexo 9 – dispõe sobre a facilitação – traz requisitos e procedimentos para garantirem a maior efetividade nos setores de alfândega, imigração e demais órgãos que impactem a celeridade da atividade de transporte aéreo internacional de cargas e pessoas;
- Anexo 16 – Trata da proteção do meio ambiente – dispõe sobre especificações para certificação de aeronaves quanto ao grau de ruído aeronáutico produzido; bem como o monitoramento de ruído durante os pousos e decolagens; e

⁴⁰ Não será objeto do presente estudo todas as áreas que os Anexos abordam, nem as circunstâncias que disciplina. Também não será explorado o procedimento para a elaboração do conteúdo técnico dos anexos e nem de sua promulgação.

- Anexo 17 – Trata das questões de Security da aviação – dispõe sobre especificações de proteções contra atos de interferência ilícita, ou seja, visa a dificultar ações intencionais contra a segurança da atividade.

Caso o país signatário não atenda ao padrão determinado em um dos anexos deverá depositar na OACI a diferença, que consiste além da informação de desconformidades, na justificativa pelo não cumprimento. Também, essas não conformidades podem ser verificadas por meio das auditorias feitas pela OACI nos países membros. Nesse caso a OACI disponibiliza um relatório para os países membros sobre o Estado auditado.

Uma vez de posse das notificações de diferenças, a OACI as compila e as publica como apêndice do próprio Anexo respectivo, dando assim publicidade à aceitação dos Estados contratantes, às normas e práticas recomendadas. Os Estados, além de notificarem a OACI, deverão também publicar as diferenças nos seus respectivos Manuais de Informações Aeronáuticas (*Aeronautical Information Publication – AIP*).

Há uma forte discussão sobre o poder coercitivo das normas constantes dos Anexos frente à soberania dos Estados Membros. António de AZEVEDO JÚNIOR informa que “a doutrina internacional majoritariamente tende a considerá-las como meras recomendações da Organização a que os Estados têm o compromisso de aderir se assim o entender⁴¹”. Por outro lado, mesmo diante desta interpretação literal, há uma condicionante ao seu exercício (art. 38), que é a necessidade de notificar as diferenças entre os regulamentos ou regras do Estado e as normas ditadas pela OACI em seus Anexos.

Este autor defende que a natureza jurídica dos Anexos é de regulamento internacional, que contém “normas jurídicas necessárias ao desenvolvimento e aplicação de certas disposições da Convenção de Chicago”. Com isso conclui se não houver o respeito a essas normas, o acordo internacional fica esvaziado e inócuo, inviabilizando o alcance do objetivo colimado.

⁴¹ A fundamentação deste posicionamento se baseia na interpretação literal art. 54, “l” da Convenção, que sugere a aplicação dos Anexos tão somente se forem convenientes, em respeito a um de seus princípios basilares, que é o respeito à Soberania dos Estados expressado em seus artigos 12, 13, 25, 26, 28, 33, 34, 35 e 37.

Ainda, para a plena efetividade destas normas, os destinatários da Convenção extrapolam os Estados contratantes, aplicando-se, também, aos particulares que operam os serviços ou seus utentes; aos pilotos e a todos os proprietários e operadores de aeronaves, bem como aos que oferecem disponibilidades para as operações aéreas.

Nesse sentido, apesar de não haver um poder coercitivo direto da OACI nos seus membros, os efeitos das não conformidades são potencialmente de ordem econômica, pois pode ocorrer das empresas aéreas do país em desconformidade ficarem proibidas de voar para alguns países signatários, por parte destes; bem como podem não receber voos internacionais em alguns de seus aeroportos. Daí passa a ser uma ação unilateral dos signatários impor ou não restrições às operações para o Estado com diferenças, bem como ações empresariais, forçadas por seguros mais onerosos, a fim de garantir a segurança de suas operações aéreas ou de infraestrutura.

Tudo isso com base na necessidade de demonstração de segurança da atividade, pois essas diferenças, declaradas ou descobertas em processo de auditorias, podem, diante da ampliação do risco, gerar inviabilidade econômica da atividade, seja pelo aumento do seguro das aeronaves, como pelo potencial risco de responsabilidade civil por danos a terceiros.

Além da OACI, há ainda diversos órgãos internacionais não governamentais ou associações privadas, que atuam em colaboração com a OACI na elaboração de novas normas ou alterações destas, bem como promovem a autorregulação entre os seus associados no sentido de garantir a eficiência operacional e econômica destes. Destacam-se a *International Air Transport Association* ou Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA)⁴² e *Airport Council International*⁴³

⁴² A Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) é formada por 230 empresas aéreas que representam 93% (noventa e três por cento) do tráfego aéreo internacional. Quanto as suas funções, esta produz normas que serão adotadas de forma uniforme pelas empresas aéreas associadas, representa os interesses das empresas aéreas na OACI e nos órgãos de aviação civil de cada Estado membro da OACI, promove a cooperação entre as empresas aéreas com intuito de simplificar os processos, aumentar a conveniência dos passageiros por meio da redução de custos e aumento da eficiência. Em relação à exploração dos aeroportos, tem atuação focada nas tarifas internacionais aeroportuárias; na qualidade e níveis de serviço disponibilizados, na efetividade das normas sobre facilitação e nos níveis de segurança contra atos de interferência ilícita.

No entanto, as normas de Direito Aeronáutico não estão limitadas apenas as da OACI, uma vez que os Estados-membros podem elaborar suas próprias normas, desde que respeitadas seus padrões mínimos estabelecidos. Além disso, os signatários podem editar normas em conjunto, por força dos artigos 64 a 66 da Convenção Internacional de Aviação Civil⁴⁴, daí os acordos bilaterais com procedimentos que visem ampliar a segurança e utilidade da atividade.

Nesse sentido, estes vêm buscando a convergência regulatória tanto na parte operacional quanto na parte econômica. Nas operações, destacam-se a *Federal Aviation Authority* (FAA)⁴⁵ nos Estados Unidos e a Agência Européia para a Segurança da Aviação (EASA) na Comunidade Européia.

Quanto à parte econômica, as autoridades que regulam a concorrência de mercado vêm adotando práticas uniformes, tais como aprovar as alianças entre companhias aéreas⁴⁶.

⁴³ A *Airport Council Internacional* (ACI) representa os interesses dos aeroportos, produz normas que serão adotadas de forma uniforme pelos aeroportos associados e promove a excelência no gerenciamento e operações dos aeroportos no sentido de torná-lo comercialmente viável.

⁴⁴ art. 64 dispõe sobre os *acordos de segurança* – “Em relação a questões de aviação, de sua jurisdição, que afetem diretamente a segurança mundial, a Organização, por voto da Assembléia, poderá proceder a entendimentos convenientes com qualquer organização geral estabelecida pelas nações do mundo para a manutenção da paz”. Art. 65 – “Entendimentos com outras entidades internacionais: O Conselho, em nome da Organização, poderá entrar em acordos com outras entidades internacionais para a manutenção de serviços comuns e relativamente a entendimentos conjuntos concernentes ao pessoal, e, com a aprovação da Assembléia, poderá ainda entrar em convênios destinados a facilitar o trabalho da Organização. Art. 66 dispõe sobre funções relativas a outros acordos: “a) A Organização deverá desempenhar as funções que lhe forem atribuídas pela Convenção Relativa ao Trânsito dos Serviços Aéreos Internacionais e a Convenção sobre Transporte Aéreo Internacional, elaborados em Chicago a 7 de dezembro de 1944, de acordo com os termos e condições neles estabelecidas; b) Os membros da Assembléia e do Conselho que não aceitarem o Acordo e Trânsito do Serviço Internacional Aéreo ou o Acordo de Transporte Internacional Aéreo, feitos em Chicago em 6 de dezembro de 1944, não terão o direito de voto em qualquer questão referida à Assembléia ou ao Conselho de conformidade com as disposições do acordo respectivo.”

⁴⁵ Os Regulamentos Brasileiros de Aviação Civil – RBAC são editados na forma e numeração vinculado a determinados temas dos FAR, normas da FAA. Alguns RBAC consistem na tradução literal destes. Não se vai discutir aqui a legitimidade dessa forma, frente ao que dispõe a LC nº 95, nem enfrentar a juridicidade de aplicabilidade de normas internacionais traduzidas e publicadas no ordenamento pátrio sem um acurado estudo fundamentado da compatibilidade de circunstâncias.

⁴⁶ Vide os casos de aprovação da imunização das alianças aéreas (*Star Alliance e One World*) pelas autoridades da concorrência nos Estados Unidos e na Comunidade Européia. Disponível em: http://www.panrotas.com.br/noticia-turismo/aviacao/continental-e-star-alliance-ganham-imunidade-antitruste_49149.html. Acesso em 12/12/2010.

1.3. Normas aeronáuticas de instalação e operação aeroportuária no Brasil

A fonte de edição de normas aeronáuticas de instalação e operação aeroportuária no Brasil é múltipla, sendo as principais: a ANAC, como agente regulador e implementador de Políticas Públicas; o Comando da Aeronáutica (COMAER), que se subordinam o Departamento de Eletrônica e Controle do Espaço Aéreo (DECEA) e COMAER (Comando Aéreo Regional – em número de sete) órgãos de regulação e gestão do tráfego e vias aéreas; e as Políticas Públicas ditadas pela Secretaria de Aviação Civil e o Conselho de Aviação Civil – CONAC, como segue.

Os aeródromos públicos e privados serão abertos ao tráfego através de processo, respectivamente, de homologação e registro (art. 30, §1º do CBA), sendo que os públicos poderão ser usados por quaisquer aeronaves, sem distinção de propriedade ou nacionalidade, mediante o ônus da utilização, salvo se, por motivo operacional ou de segurança, houver restrição de uso por determinados tipos de aeronaves ou serviços aéreos (art. 37 do CBA).

Com relação ao patrimônio os aeroportos constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União propriedade de todos os imóveis em que se situam⁴⁷ (art. 38 do CBA). Cabe ressaltar que as atividades de transporte aéreo remunerado ou atividades de capacitação em aviação são considerados como serviços de natureza pública, logo estende-se tal prerrogativa aos aeródromos públicos, pela potencialidade.

O Anexo I do Decreto nº 7364/2010 dispõe sobre a estrutura regimental e as competências do Ministério da Defesa. No caso da aviação civil, o Ministério da Defesa influencia na política de defesa nacional, estratégia nacional de defesa e na infraestrutura aeroespacial, aeronáutica e aeroportuária conforme dispõe, respectivamente, os incisos I e XXV do art. 1º do Decreto supra.

A Lei Complementar nº 97/1999, que instituiu o Ministério da Defesa, colocando as Forças Armadas a ele subordinadas, definiu como competências

⁴⁷ Os aeródromos públicos, em sua grande maioria, têm seus patrimônios sob a responsabilidade do Comando da Aeronáutica. Logo qualquer modificação estrutural, que altere as suas características físicas, depende de prévia autorização dos COMAR (COMAER) da região em que estiver situado e da ANAC, para ver se não compromete o Plano Diretor Aeroportuário.

exclusivas da Aeronáutica: orientar, coordenar e controlar as atividades de Aviação Civil e estabelecer, equipar e operar, diretamente ou mediante concessão, a infraestrutura aeroespacial, aeronáutica e aeroportuária (art. 18, I e IV).

A lei também previu a criação da Agência Nacional de Aviação Civil como órgão regulador e fiscalizador da Aviação Civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, estabelecendo, entre outras matérias institucionais, quais, dentre as atividades e procedimentos referidos nos incisos I e IV do art. 18, serão de sua responsabilidade (art. 21).

A Lei nº 11.182/05 criou a ANAC como autarquia especial, com atribuição de regular e fiscalizar a infraestrutura aeroportuária; conceder no todo ou em parte a exploração aeroportuária, observando o Plano de Outorgas elaborado e aprovado pela SAC; homologar e registrar os aeródromos. Com isso, a ANAC deverá Regular e Fiscalizar os aeroportos, bem como implementar Políticas Públicas setoriais.

Por outro lado compete ao COMAER controlar o espaço aéreo, incluído aí não apenas a navegação aérea (aerovias e fluxos destas), mas, também, os obstáculos de solo que podem influenciá-la ou limitá-las, dentro ou fora do aeródromo. Cabe ressaltar que a fauna, que tem como principal expoente os pássaros, também cabe lhe cabe dispor. Nesse sentido, as atividades extra muros, Torre de Controle e Rampas de Decolagem e Transição são de competência do Comando da Aeronáutica dispor, além do controle do patrimônio aeroportuário público, civil e militar.

Vê-se então que há necessidade de tentar separar o que são atos de Política dos atos de Regulação da Atividade. Em apertada síntese, pode-se falar que os atos de política visam a garantir a efetividade do sistema aeroportuário, sua disponibilidade e utilidade; determinar onde e quando se vai investir dinheiro público; determinar quais os aeródromos poderão ser explorados pela iniciativa privada, delegados às outras esferas de governo ou explorados por sua administração indireta, bem como a forma que será adotada.

Porém, diante do acima referenciado, já suscitam questões a serem enfrentadas, pois se uma Política não for muito bem elaborada, compromete todo o setor. Hoje a Política de Aviação Civil, instituída pelo Decreto nº 6780/09 apresenta diretrizes abstratas e, ainda, pouco claras, pois se cabe à ANAC aprovar a abertura do

aeródromo ao tráfego e à SAC determinar quais aeródromos são de interesse do sistema aeroportuário, aquele estará condicionado a este, necessariamente deverá haver instrumentos editados em conjunto, já que não há grau de subordinação, para cumprirem suas atribuições.

1.3.1 Das fontes políticas setoriais para o sistema aeroportuário

A SAC⁴⁸ foi elevada ao *status* de Ministério, por meio de Medida Provisória⁴⁹, retirando sua subordinação do Ministério da Defesa. Com a criação de seu novo desenho institucional, aproveitou-se para fazer alguns ajustes no ordenamento jurídico, alterando não só a organização da Presidência da República e seus Ministérios (Lei n° 10683/03), como a Legislação que criou a ANAC (Lei n° 11.182/05) e que Instalou a Infraero (Lei n° 5862/72).

Compete à SAC decidir, elaborar e aprovar o plano de outorgas, com isso definirá quais aeródromos serão explorados diretamente pela União ou terão descentralizadas as suas explorações. Nesse sentido, além de se definir quais aeródromos receberão ingresso de capital e gestão privados, deverá determinar quais destes serão de interesse federal, para que os demais possam ser delegados aos entes da federação⁵⁰ se assim desejarem.

⁴⁸ Até a criação da SAC com status de Ministério, existia como órgão responsável pela implementação e atualização da política nacional de aviação civil subordinada ao Ministério da Defesa, bem como tinha a atribuição de exercer a função executiva do Conselho de Aviação Civil (CONAC) – órgão, então, de assessoramento do Presidente da República para a formulação da política de ordenação da aviação civil – com uma estrutura desconcentrada no Ministério da Defesa. As competências destas estavam divididas entre quatro departamentos: Departamento de Política de Aviação Civil, o Departamento de Infraestrutura Aeroportuária Civil, o Departamento de Infraestrutura de Navegação Aérea Civil e Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia – CENSIPAM.

⁴⁹ No presente trabalho, com o intuito de focar, não se vai apresentar pontualmente a Medida Provisória n°527/11, com regulamentação dada pelo Decreto n°7476/11, comparativamente ao Marco Regulatório do setor, mas comentar as principais diferenças que geraram na estrutura política da regulação da atividade aeroportuária.

⁵⁰ Aqui reside o primeiro impasse, pois se previu que compete à SAC “transferir para Estados, Distrito Federal e Municípios a implantação, administração, operação, manutenção e exploração de aeródromos públicos, direta ou indiretamente” (Lei n° 10823/03, art. 24-D, VI, com redação dada pela MP n° 527/2011), pois a transferência não pode ser entendida, aqui, como da titularidade, mas sim da possibilidade de explorar diretamente à subdelegar sua exploração, porém, o controle político e regulatório permanecem com a União. Como é a possibilidade, ou seja, deve haver a manifestação do interesse em sentido contrário, o termo correto seria “delegar”. Ainda nesse sentido, previu que compete a esta Secretaria elaborar e aprovar o Plano de outorgas. O que parecia ter mantido a atecnicidade jurídica, frente ao dispositivo alterado (art. 3° da Lei n° 11.182/05), pois em se entendendo que não é possível

O Sistema Nacional de Viação - SNV (lei nº 12.379/11) teve vetado seu anexo que previa os aeroportos de interesse federal para apoiar o subsistema de transporte federal aeroviário. Contudo para inclusão ou alteração da relação mencionada exigiu-se ato administrativo da autoridade competente⁵¹.

Cabe ressaltar que dos 739 aeródromos públicos existentes, 67 são explorados pela Infraero; 387 são explorados por convênio com Entes da Federação⁵² e os demais, segundo o que dispõe o art. 18, IV da LC nº 97/99, são explorados pelo COMAER.

O CBA (art. 2º) prevê como autoridade aeronáutica as do Ministério da Aeronáutica, conforme regulamentos internos específicos. Com a edição da LC nº 97 essas atribuições continuaram a ser exercidas pelos mesmos órgãos, mas agora subordinados ao Comando da Aeronáutica. A criação da ANAC como Autoridade de Aviação Civil (art. 5º da Lei nº 11.182/05), algumas dessas atribuições de regulação da atividade lhe foram outorgadas.

Entretanto, compete à SAC formular, coordenar e supervisionar as políticas para o desenvolvimento do setor de aviação civil e das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil, em articulação, no que couber, com o Ministério da Defesa, bem como atribuir a infraestrutura aeroportuária a ser implantada, administrada, operada e explorada pela Infraero⁵³.

Nesse caso, então, compete à SAC indicar a relação de aeródromos que serão de interesse federal e quais destes terão delegadas as suas explorações à iniciativa

transferir por lei competências federativas dadas pela Constituição Federal, o Plano de Outorgas deve contemplar as diretrizes da “delegação” aos entes federados e à iniciativa privada.

⁵¹ Apesar de referenciar a Lei Complementar 97, e lá somente consta a autoridade aeronáutica como o Comandante da Aeronáutica. Lá referenciou a ANAC (art. 22), que é a Autoridade de Aviação Civil (art. 5º da Lei nº 11.182/05). Agora se tem a autoridade para estabelecer a Política de Aviação Civil, que é o Secretário de Aviação Civil. Este, então, que definirá os aeroportos de interesse federal. A questão é que referida Lei que trata do Sistema Nacional de Viação elencou as características, com grande grau de elasticidade, que revestem os aeródromos públicos de interesse federal, cabendo este, com pouco exercício de fundamentação subsumi-lo em um dos oito incisos do art. 36 dessa Lei.

⁵² Aqui se verifica um problema - não será objeto do presente trabalho discorrer sobre o mesmo – que é o passivo assumido pela ANAC, pois vários desses convênios de delegação foram firmados com aeroclubes (Ex: Santa Vitória do Palmar – RS) ou Empresas Públicas que foram privatizadas (Usiminas – aeroporto arrecadador de tarifas). Nesse caso caberá à ANAC encaminhar os processos para a SAC, para que esta regularize essas situações, mas sempre dependente de uma orientação do Plano de Outorgas.

⁵³ Essas atribuições serão revistas no capítulo 3 deste trabalho.

privada ou à Infraero. Também, quais os aeródromos públicos serão delegados aos demais entes federativos, bem como a amplitude da subdelegação. Compete à ANAC apenas delegar à iniciativa privada os aeródromos elencados como de interesse federal.

Com isso uma atribuição política deverá ser executada pela SAC com a maior brevidade possível, que é a elaboração e aprovação do plano de outorgas da infraestrutura aeroportuária brasileira, quando deverá contemplar todos os aeródromos públicos, existentes ou potenciais, indicando o interesse público de sua prestação, o nível de interferência regulatória e qual ente da federação terá prioridade na sua prestação.

Com relação à minimização dos conflitos de competência foi relevante a transferência da competência da ANAC para a SAC para (i) aprovação dos Planos Aeroviários Estaduais, (ii) para gerir os programas de investimentos e (iii) para propor ao Presidente da República a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à construção, manutenção e expansão da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária⁵⁴.

A Medida Provisória supra trouxe mais uma novidade, pois instituiu o Fundo Nacional de Aviação Civil - FNAC, de natureza contábil, vinculado à SAC para destinação dos recursos do sistema de aviação civil. Constitui sua fonte de recursos

⁵⁴ Essas três competências estão interligadas, já que a Lei nº. 7.920, de 12 de dezembro de 1989, que cria o Adicional de Tarifa Aeroportuária, estabelece em seu art. 1º, § 1º, que este adicional se destina à aplicação em melhoramentos, reaparelhamento, reforma expansão e depreciação de instalações aeroportuárias e da rede de telecomunicações e auxílio à navegação aérea. Adicionalmente, a Lei nº 8.399, de 07 de janeiro de 1992, em seu Art. 1º, § 3º, especifica que serão contemplados com os recursos do adicional tarifário os Aeroportos Estaduais constantes dos Planos Aeroviários, e que sejam objeto de convênio específico firmado entre o Governo Estadual interessado e o Departamento de Aviação Civil, do Ministério da Aeronáutica. Finalmente, a Portaria nº 1.047/GM4, de dezembro de 1992, Art. 1, institui o Programa Federal de Auxílio a Aeroportos (PROFAA) cujo objetivo é o melhoramento, o reaparelhamento, a reforma e a expansão dos aeroportos e aeródromos de interesse estadual e regional. Seu Art. 4º define que serão beneficiários dos recursos do PROFAA os aeroportos e aeródromos que constem de planos aeroviários estaduais estabelecidos através de convênios celebrados entre os Governos Estaduais e o Departamento de Aviação Civil (leia-se, hoje, ANAC). Com a criação da Agência Nacional de Aviação Civil, até a edição da MP supra tratada, competia à ANAC aprovar os planos diretores dos aeroportos e os planos aeroviários estaduais. Apenas a aprovação dos Planos Diretores permaneceram em sua esfera de competência. Em 2008, considerando que não é tarefa da ANAC executar os trabalhos de revisão dos Planos Aeroviários, pois antes o DAC assim fazia, foi publicada a Resolução nº 028, autorizando os governos Estaduais a procederem à atualização de seus Planos Aeroviários Estaduais. Considerando o conteúdo da Lei nº. 7.920, de 12 de dezembro de 1989, da Lei nº 8.399, de 07 de janeiro de 1992 e da Portaria nº 1.047/GM4, de dezembro de 1992, pode-se afirmar que o objetivo dos planos aeroviários estaduais é conter os aeródromos públicos que serão beneficiários dos recursos do PROFAA, e que esses recursos destinam-se à aplicação em melhoramentos, reaparelhamento, reforma expansão e depreciação de instalações aeroportuárias e da rede de telecomunicações e auxílio à navegação aérea.

aqueles referentes ao Programa Federal de Auxílio a Aeroportos (Lei nº 8399/92), bem como demais recursos que lhe forem atribuídos. O destino dos recursos são o desenvolvimento e o fomento das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civis. Ainda, as despesas do FNAC correrão à conta de dotações orçamentárias específicas alocadas no Orçamento Geral da União (art. 16 e §§).

Com relação ao Conselho de Aviação Civil (CONAC) é órgão de assessoramento do Presidente da República, que tem como Presidente o Ministério da Defesa (art. 3º, §1º do Decreto nº 3.564/2000). Suas principais funções deverão ser realinhadas após a regulamentação da SAC, mas se pode afirmar que deverá continuar a promover a coordenação entre as atividades de proteção de voo e as atividades de regulação aérea, bem como deverá ser fundamental seu atuar na interregulação da atividade, frente à complexidade do setor regulado e da plurifonte normativa existente no seu disciplinamento.

Além disso, a Secretaria de Aviação Civil atuava em conjunto com o Comando da Aeronáutica (COMAER) na elaboração e acompanhamento da implantação do plano aeroviário nacional e na proteção das áreas do entorno dos aeroportos brasileiros (arts. 33, XII e 35, e do Decreto supra). Nestes casos, a SAC também atuará em conjunto com a Agência Nacional de Aviação Civil, com os administradores aeroportuários e demais entes, Estados e com os Municípios.

Um exemplo de política pública é a Política Nacional de Aviação Civil, disposta no Decreto nº 6.780/2009, que fora formulada pelo CONAC (art. 1º) e a implementação desta, por parte dos órgãos e entidades responsáveis pela gestão, regulação e fiscalização da aviação civil, da infra-estrutura aeroportuária civil e da infra-estrutura de navegação aérea civil vinculados àquele Ministério, era acompanhada pela SAC (art. 2º). Esta política é composta de objetivos e ações estratégicas (específicas e gerais).

Vê-se que o novo desenho institucional ainda exige algum aperfeiçoamento, pois o Decreto de criação do CONAC deverá sofrer algumas alterações, bem como a ANAC depende das diretrizes políticas para a sua implementação por meio das concessões e demais atos de delegação da infra-estrutura aeroportuária nacional. Todavia, cabe verificar as normas regulatórias que afetam diretamente as atividades

aeroportuárias com grande linha de contato e interdependência entre os seus principais reguladores: ANAC e COMAER.

1.3.2 Das competências regulatórias setoriais

Seguindo um norte do Estado Regulador, foram separadas em pessoas distintas e independentes, as competências de Gestão das de Regulação da exploração da infraestrutura aeroportuária. Todavia, apesar de estar clara a impossibilidade da ANAC em gerir um aeroporto, a separação não foi completa, pois sua lei criadora manteve a competência para o Comando da Aeronáutica Regular e para executar o controle do Tráfego Aéreo, pois assim determinou: compete à ANAC regular e fiscalizar a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos (art. 8º, XXI da lei nº 11182/05).

Ainda, com relação à regulação da infraestrutura aeroportuária, “quando se tratar de aeródromo compartilhado, de aeródromo de interesse militar ou de aeródromo administrado pelo Comando da Aeronáutica, o exercício das competências previstas nos incisos XXII, XXIII, XXIV, XXVI, XXVIII e XXIX⁵⁵ do caput deste artigo, dar-se-á em conjunto com o Comando da Aeronáutica” (art. 8º, §3º da Lei nº 11182/05).

Constata-se que há uma competência comum entre COMAER e ANAC para produzirem atos em conjunto para aprovar planos diretores, exercício do Poder Concedente, homologar e fiscalizar, expedir normas que visem a integração do sistema. Também se verifica que os aspectos técnicos, os padrões e práticas internacionais editados pela OACI, são de competência exclusiva da ANAC, devendo os aeródromos compartilhados, militares e os explorados diretamente observarem tais comandos de polícia.

O papel da ANAC é de regular os aeródromos nas características físicas e operacionais, tais como: o projeto de aeródromos (RBAC nº 154), a autorização prévia

⁵⁵ XXII – aprovar os planos diretores dos aeroportos (com alteração dada pela MP nº 527/2011); XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte; XXV – estabelecer o regime tarifário da exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte; XXVI – homologar, registrar e cadastrar os aeródromos; XXVIII - fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego; (Redação dada pela Medida Provisória nº 527, de 2011).; XXIX – expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão de informações entre aeródromos;

de construção de aeródromos (Res. nº 158/2010)⁵⁶, a certificação aeroportuária para os aeródromos que processem mais de um milhão de passageiros por ano (RBAC nº 139⁵⁷) e os ruídos (RBAC nº 161⁵⁸). Enquanto as atribuições do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) são de gerir e regular o espaço aéreo a partir do momento em que a aeronave decola até o momento de sua aterrissagem por meio de Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo, sendo que a competência deste Órgão passa a ser comum com os órgãos de controle da infraestrutura aeroportuária no momento em que a aeronave realiza um sobrevoo dentro do perímetro do aeroporto.

Neste sentido, cabe ressaltar que à ANAC, compete apenas aprovar os Planos Diretores Aeroportuários, sendo este o documento elaborado pelo operador de aeródromo, que estabelece o planejamento para a expansão da infraestrutura aeroportuária em consonância com a regulamentação de segurança operacional expedida pela ANAC (Resolução Nº 153, de 18 de junho de 2010).

Com relação ao projeto de aeródromos, a ANAC estabelece os requisitos mínimos, tais como os arquitetônicos e relacionados à infraestrutura para a implementação ideal de medidas de segurança da aviação civil. O projeto deverá considerar os documentos específicos referentes às restrições ao uso do solo e as medidas mitigadoras de impacto ambiental no entorno dos aeródromos. No entanto, o projeto só poderá ser aprovado pela ANAC após a aprovação do DECEA das coordenadas geográficas (latitude e a longitude) do aeródromo.

Outra exigência é a elaboração do plano de ruído do aeródromo⁵⁹. A última etapa será a inspeção de homologação onde a ANAC verifica e aceita as características

⁵⁶ A Lei nº 11.182/05 foi alterada e não mais exige prévia autorização de construção de aeródromos. Nesse sentido a Resolução nº 158/ANAC deverá ser adequada a essa flexibilização. Cabe ressaltar que a Resolução ANAC nº 158 já foi uma flexibilização à IAC 2328, que exigia um processo muito mais denso para cumprir o que determina o CBA: *Art. 34. Nenhum aeródromo poderá ser construído sem prévia autorização da autoridade aeronáutica.*

⁵⁷ O RBAC 139 está em processo de adequação, pois o RBAC 156, que está encaminhado para entrar em consulta pública, abarca e revoga seus dispositivos.

⁵⁸ O RBAC 161 está em consulta pública.

⁵⁹ Cabe ressaltar que o RBAC 161 exige o plano de ruídos para todos os aeródromos, sendo que os compartilhados (operações civil e militar no mesmo sítio aeroportuário), o operador deverá consultar o Comando da Aeronáutica (COMAER). A Portaria nº 1.141/GM5/1987 será substituída pelo RBAC 161 que atualmente se encontra disponível em Audiência Pública.

físicas e operacionais do aeródromo, segundo o estabelecido no RBAC 154 e emite ato administrativo (Portaria) que autoriza a abertura do aeródromo ao tráfego aéreo público.

No caso do perigo aviário, o Comando da Aeronáutica (COMAER) formula o Plano Básico de Gerenciamento de Risco Aviário, documento este que define um conjunto de critérios e ações visando eliminar ou mitigar os riscos à operação de aeronaves, representados pela presença de aves, de focos atrativos de aves e de atividades com potencial de atração de aves, nas proximidades de aeródromos (art. 1º Portaria N°- 906/Gc5, de 22 de dezembro de 2010).

A COMAER também estabelece critérios para a definição das áreas sujeitas às restrições especiais nele especificadas (art. 2º Portaria Normativa MD nº 1.887/2010 e Portaria nº 256/GC5/11) para que os Municípios, Estados e demais entes públicos observem as restrições especificadas no documento (art. 2º,§3º Portaria Normativa MD nº 1.887/2010 e estes deverão compatibilizar o zoneamento do uso do solo, nas áreas vizinhas aos aeródromos, às restrições especiais, constantes dos Planos Básico e Específico, nos termos do § 4º do art. 44 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986⁶⁰). Assim sendo, as diversas competências dos entes reguladores em relação ao perigo aviário pode impactar inclusive na homologação do aeródromo. A título de exemplo, o Município poderá fornecer parecer favorável à construção do aeródromo e o DECEA negar alegando falta de segurança devido ao perigo aviário. Logo, a interação entre os órgãos pode ser um caminho para garantir agilidade na operação de um aeródromo.

Após o breve relato dos principais órgãos envolvidos tanto na implementação quanto na regulação da aviação civil, percebe-se que há potenciais conflitos regulatórios no setor seja por força da abrangência das competências comuns dispostas na Constituição Federal e/ou das normas específicas para aviação civil. Dentre os potenciais conflitos regulatórios na infraestrutura aeroportuária destaca-se o perigo aviário.

⁶⁰ “**Art. 44.** As restrições de que trata o artigo anterior são as especificadas pela autoridade aeronáutica, mediante aprovação dos seguintes planos, válidos, respectivamente, para cada tipo de auxílio à navegação aérea: (...) § 4º As Administrações Públicas deverão compatibilizar o zoneamento do uso do solo, nas áreas vizinhas aos aeródromos, às restrições especiais, constantes dos Planos Básicos e Específicos”.

Outra matéria de interregulação é quanto à disponibilidade aeroportuária naqueles aeródromos que já estão com a sua capacidade próxima de seu esgotamento, pois ao estipular normas de planejamento de capacidade de pista, o DECEA passa a interferir na regulação da ANAC em seus processos de homologação, quanto nas operações dos aeródromos.

Em relação aos RBAC 154 e Resolução ANAC 158, os parâmetros de capacidade física de pista serão adotados, uma vez que a movimentação de aeronaves está condicionada ao controle de tráfego aéreo tanto em solo quanto no ar. Logo, o operador do aeródromo antes de ser homologado pela ANAC é obrigado, por força da MCA 100-14, a informar um número de pousos e decolagens que não comprometam as operações, bem como a demanda. Se houver uma necessidade de alteração do comprimento de pista ou de ampliação do aeródromo (RBAC 157), a capacidade física de pista será refeita, pois os números da capacidade/demanda serão alterados.

No momento em que um aeródromo apresentar uma tendência de congestionamento, a medição será nos parâmetros de capacidade teórica da pista. Logo, a ANAC será obrigada a alocar os horários de chegadas e partidas das aeronaves, por meio de slots, com o intuito de evitar o congestionamento do tráfego aéreo (Resolução nº 002/2006). Se faz imperioso nos aeródromos onde a expansão de capacidade, a curto prazo, é altamente improvável e a demanda por facilidades excede as possibilidades aeroportuárias⁶¹, causando saturação em determinadas faixas de horário e durante um período de tempo relevante, implicando em que as tentativas de resolver os problemas por meio de modificações voluntárias de horário normalmente não são bem sucedidas, tendo as empresas que receber a alocação destes espaços de tempo para operarem no aeroporto.

⁶¹ O DECEA estabeleceu dois métodos para o cálculo de Capacidade do Sistema de Pistas: capacidade física de pista” e “capacidade teórica de pista”. O primeiro será aplicado aos aeródromos que ainda não tenham uma demanda significativa a tal ponto de comprometer a operação e sua finalidade será estabelecer um parâmetro básico entre demanda e Capacidade do Sistema de Pistas. Este método apresenta uma forma simplificada de se obter uma estimativa da capacidade horária, levando em consideração, principalmente, a ocupação da área de pouso e de decolagem. O segundo decorre da evolução do tráfego nos aeródromos onde a demanda esteja aproximando-se de níveis que indiquem uma tendência de congestionamento e levará em consideração não só o tempo de ocupação de pista, mas também outros parâmetros que interferem significativamente na capacidade de operação da pista (MCA 100-14). Exemplo claro é que o sistema de pistas do aeroporto de Congonhas permite ampliar além das 44 frequências por hora, mas o Centro de Gestão de Navegação Aérea – CGNA (Órgão do DECEA) entende que o pátio de Congonhas está limitado a essa frequência máxima, sendo que dessas, apenas 40 são para a Aviação Regular. Para mais, sobre a interregulação dos *slots* ver as normas do DECEA ICA100-12/2009; RICA 21-220/2009 e ICA 100-22/2010 e Resolução ANAC nº02/2006.

Pode-se concluir parcialmente pelas conceituações postas, que o aeroporto é um pólo concentrador de atividades, com a finalidade de oferecer disponibilidade para o transporte aéreo e integrar uma logística sistêmica viabilizadora deste modal de transporte. Com isso cabe explorar mais suas características e finalidade de sua operação.

Sendo difícil precisar qual o regime jurídico que recairá sobre a exploração aeroportuária, já que está se falando de relações complexas e interreguladas e em plena evolução. Logo, diante do recorrido, vai depender da vocação do aeroporto e de sua eficiência financeira, bem como do modelo a ser elaborado e aprovado pela SAC, com menor ou maior grau de interferência, embora esta sempre exista. No atual marco regulatório do setor, a exploração aeroportuária, em regra, será sempre como serviço público. Porém, nada obsta que aeroportos com determinadas características sejam regidos preponderantemente por normas de direito privado.

As normas que regulam a atividade aeroportuária emanam diretamente de múltiplas fontes. A fonte internacional OACI se manifesta pelos anexos à Convenção de Chicago, sendo os de nos 09, 14, 16 e 17, que determinam os padrões e recomendações para os aeroportos internacionais. O não acatamento das destas normas pelo Estado signatário deve ser informada a diferença, bem como estas não conformidades podem ser identificadas por meio de suas auditorias. As diferenças e não conformidades desse país em hipótese são publicadas e, como efeito, pode gerar a impossibilidade de suas empresas aéreas voarem para determinados países mais exigentes, gerando uma diminuição de sua malha aérea.

Com relação á política versus a regulação setorial, a estrutura está sendo redesenhada. Porém, ainda não foram respondidas todas as questões de potencial conflito de competências. Também deve-se elaborar e aprovar, com a maior brevidade possível, o Plano de Outorgas, quais os aeródromos serão de interesse federal e como será a “transferência” ou delegação para os demais entes da federação explorar e subdelegar a atividade; ainda, definir qual será a amplitude de atribuições dos Agentes Reguladores (ANAC e COMAER) para a implementação das políticas públicas.

Daí, a ANAC e o COMAER deverão produzir um regulamento de como será implementado os atos conjuntos de regulação e delegação quando de competência comum entre ambos, trazidas pelo art. 8º, §3º da lei 11.182/05.

CAPÍTULO 2 – ATIVIDADE AEROPORTUÁRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO.

Na Federação⁶², os estados-membros gozam de autonomia política (art. 18 da CF), por isso cada um tem o seu Poder Constituinte, decorrente desta condição, exercido nos limites da Carta Magna Federal, “que atuam como sistema completo de poder, com legislação, governo e jurisdição própria, nada tolhendo o exercício das faculdades de organização e competência atribuídas pela Constituição Federal” (BONAVIDES, 2000: 212).

Nesse caso, a autonomia decorrente do Estado brasileiro plural, de federalismo cooperativo, com superposições de poderes, implica a consensualidade entre entes federativos na autogestão nos limites de suas respectivas competências⁶³.

A Constituição Federal (CF) determina a forma organizativa do Estado brasileiro, separando as competências legislativas e administrativas dos entes federados segundo o nível e amplitude de impacto de cada atividade, seguindo o princípio do interesse⁶⁴. Todavia, para algumas atividades determina obrigações comuns para tutelarem, e, ainda, garante direitos contrapostos, como: a propriedade desde que utilizada de acordo com a sua função social (art. 5º, XXII e XXIII; art. 170, II e III da CF); e a valorização da livre iniciativa como seu fundamento federativo republicano (art. 1º, IV da CF), desde que exercido com respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 170, VI e art. 225 da CF).

⁶² A forma federativa de Estado é caracterizada por (i) haver separação de competências entre a União federal e os entes federados; (ii) haver autonomia política e de autogestão dos entes federados; e (iii) haver concorrência das vontades locais na vontade nacional (FERRARI, 2003:38).

⁶³ A Constituição brasileira adota um sistema complexo na repartição das competências, dentre os entes, na busca do equilíbrio federativo, enumerando as competências da União (arts. 21 e 22); os poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º) e “*poderes indicativos* para os Municípios” (art. 30), atividades de competências comuns (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados, cabendo à União estabelecer as normas gerais, “enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar” (SILVA, 2005:479).

⁶⁴ Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, o princípio que norteia a repartição de competências na CF é o da predominância do interesse, “segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominate interesse geral, nacional, ao passo que aos estados tocarão os assuntos de interesse regional e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local” (SILVA, 2005:478).

2.1. O tratamento da operação aeroportuária pela Constituição Federal de 1988.

O desempenho da atividade aeroportuária encontra amparo no Direito Aeronáutico, o qual tem competência constitucional a União para legislar a respeito (art. 22, I da CF). Isto porque o transporte aéreo é uma atividade global, seguindo padrões internacionais de conduta; nesse sentido o interesse maior é deste ente federado, pois tem a competência para “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (art. 21, I da CF/88).

Porém o aeroporto, em regra, é um equipamento urbano⁶⁵, logo deve conviver com o planejamento local da organização municipal de onde está situado; em regra, o transporte aéreo é de interesse nacional e regional⁶⁶, bem como, a infraestrutura aeroportuária, por concentrar impactos ao meio ambiente de grandes magnitudes, está sujeita às necessárias licenças ambientais dos respectivos órgãos dos entes federativos.

Também é uma infraestrutura destinada a disponibilizar um meio de transporte que necessita de uma intermodalidade, gerando a necessidade de um plano de acessibilidade local a ser desenhado para atender às necessidades do aeroporto⁶⁷.

⁶⁵ ABNT NBR 9284 conceitua equipamento urbano como sendo: “todos os bens públicos ou privados, de utilidade pública, destinados à prestação de serviços necessários ao funcionamento da cidade, implantados mediante autorização do poder público, em espaços públicos e privados”. Categoria do Aeroporto: Infraestrutura. Já Lei nº 7565/86 assim o classifica: “Art. 38. Os aeroportos constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União a propriedade de todos os imóveis em que se situam”.

⁶⁶ O aeroporto apóia principalmente o transporte aéreo realizado por aeronaves de asas fixas (aviões), sendo os de maior impacto aqueles destinados a vôos regulares, que normalmente percorrem longas distâncias; nesse sentido quando se afirma que o aeroporto é o concentrador da poluição e degradação ao meio ambiente urbano e natural, essas atividades aéreas intermunicipais, interestaduais e internacionais, extrapolam o interesse local. Todavia, cabe lembrar o volume de tráfego dos helicópteros na cidade de São Paulo, que geram impactos locais significativos. Por exemplo, o Campo de Marte, que é o aeroporto mais próximo do centro da cidade de São Paulo, destinado à aviação militar e executiva, abriga a maior frota nacional de helicópteros, que tem os seus vôos, principalmente, para os principais helipontos espalhados na cidade. Fonte: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/visitadopapa/mapa/campodemarte.htm>. Acessado em 05/02/2010.

⁶⁷ Raramente um passageiro de transporte aéreo não necessita de outro transporte antes ou depois para se deslocar da origem para o seu destino. Os modais de transportes podem ser classificados em: porta a porta; ponto a ponto e de linha. Transporte de linha tem como exemplo o transporte ferroviário. No mundo temos vários exemplos de integração entre o transporte aéreo e o de linha: Aeroportos Heathrow, Stansted e Luton – Inglaterra; Aeroporto Orly e Charles de Gaulle – Paris; Aeroporto de Frankfurt (integração cargas/metrô); Aeroporto de Schipool – Amsterdam; Aeroportos de Atlanta e São Francisco; Aeroportos de Narita e Haneda – Tóquio; Kansai - Osaka; Hong-Kong - China. O Aeroporto Salgado Filho, no Brasil, em Porto Alegre, possui uma integração incipiente e pouco explorada com o transporte ferroviário para o centro da cidade e demais municípios vizinhos. Já para o Aeroporto Congonhas e Internacional de Guarulhos, há um Plano Integrado de Transporte Urbano, através de trem de grande

Ainda, por ser o transporte aéreo uma atividade complexa, exige uma infraestrutura tão complexa quanto e de relevante interesse público; logo é uma atividade regulada pelo poder Público. Tal regulação é de competência da União, já que esta tem o seu domínio na prestação (art. 21, XII, “c”). Portanto o desenvolvimento da atividade de transporte aéreo, bem como de sua infraestrutura, é de titularidade da União, logo depende de autorização prévia⁶⁸ de âmbito federal (art. 21, XII, “c”).

Por isso deve ser considerado que as diretrizes para o desenvolvimento do transporte urbano é de competência da União instituir (art. 21, XX da CF), bem como legislar sobre trânsito, transporte e diretrizes para a política nacional de transportes (art. 22, IX e XI da CF).

Entretanto, o domínio da prestação do transporte público brasileiro é distribuído nos três âmbitos da federação de acordo com o planejamento de sua abrangência: sendo intramunicipal, particular ou coletivo, regular ou alternativo, é de competência municipal (art. 30, V da CF); sendo de abrangência intermunicipal será de

velocidade (TGV), previsto para estar funcionando até 2020 – um projeto a ser implementado pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo, a fim de viabilizar o aeroporto de Viracopos como aeroporto secundário, com vocação, também, para passageiros e assim diminuir o gargalo hoje existente no transporte aéreo no principal aeroporto brasileiro. Nesse sentido, o Decreto nº 6.256/07, o Governo Federal incluiu no Programa Nacional de Desestatização – PND a Estrada de Ferro – 222 destinada à implantação de trem de alta velocidade, o que foi confirmado com a edição da Lei nº 11.772/08, que modificou a Relação Descritiva das Ferrovias do Plano Nacional de Viação, constante do Anexo da Lei nº 5.917/73, incorporando esse trecho ferroviário, a fim de interligar as cidades do Rio de Janeiro, São Paulo e Campinas, destinado a operar o sistema de trem de alta velocidade, ampliando a possibilidade de integração dos modais. Disponível em: <http://www.tavbrasil.gov.br/>, acesso em 03 mar. 2010. No Rio de Janeiro também já foi sugerido uma estação do Metrô no Galeão. O transporte porta a porta é o mais utilizado (táxi e transporte urbano). Também como transporte ponto a ponto está o transporte aquaviário, que, no Rio de Janeiro, pensou-se na integração através dessa modalidade - um projeto de ligar o aeroporto Santos Dumont e Galeão - foram realizados testes utilizando veículo de resgate anfíbio do tipo hovercraft do Serviço de Salvamento Marítimo do Galeão. O percurso seria realizado em cerca de 10 minutos, variando de acordo com as condições meteorológicas. Se fosse implementado, poder-se-ia melhorar a utilização do Galeão como Grande Hub (segundo classificação de Hub da Federal Aviation Administration – FAA), ou seja, em tese o passageiro de viagem internacional poderia chegar ao seu destino nacional, no Sudeste, através de uma conexão direta com o Santos Dumont.

⁶⁸ No ordenamento jurídico brasileiro a livre iniciativa é a regra (art. 170, parágrafo único), devido à necessidade da subsidiariedade do Estado empresário (art. 173, caput da CF), todavia, ressaltou que algumas atividades que a lei assim exige ou aquelas de titularidade do Poder Público prestados em regra pela iniciativa privada por meio de delegação (art. 175 e lei nº 8.987/95). Não cabe discorrer sobre as características dos institutos jurídicos de delegação, para tal ver em: SOUTO, 2004. Porém apenas para dirimir dúvidas sobre o instituto citado, o Conselho de Aviação Civil (CONAC), na forma do que dispõe o art. 3º, V da Lei nº 11.182/05 (Lei de criação da ANAC), através da Resolução nº 07/2008, declarou, acertadamente ao nosso sentir, que o instituto da autorização é o mais adequado para a outorga de serviços aéreos, determinando ao Ministério da Defesa a propositura de alteração da legislação que prevê o instituto da concessão (arts. 180 e seguintes da lei nº 7565/86).

competência estadual, já extrapolando território de um estado, sendo interestadual, passa à competência da União (art. 21, XII, “e” da CF).

Isso demonstra que determinada atividade de interesse nacional, que dependa, seu desenvolvimento e sua adequada prestação, de outras atividades de interesse local ou intermunicipal, envolverá um bloco normativo composto por normas editadas em mais de um ente federativo, que além do respeito às respectivas competências, exige um cooperativismo pelos entes interessados, a fim de melhor alcançar o interesse público nacional na prestação da atividade.

Logo, o marco regulatório, em sentido amplo, da exploração econômica da unidade aeroportuária, envolve grupos de normas emitidos nos três âmbitos federativos, o que deve ser editado no maior espectro de cooperação possível.

2.2. O exercício da competência normativa no Direito Aeronáutico⁶⁹

A CF tratou o Direito Aeronáutico como um ramo autônomo do Direito devido às suas especificidades. Manteve a previsão de ser a União o ente federativo com competência privativa para legislar a respeito. Por isso a Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA) foi, em tese, recepcionada com o mesmo status de Lei Ordinária Federal⁷⁰.

Esta lei prevê que o “Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar” (art. 1º do CBA).

⁶⁹ Na Constituição de 1934 já previa que competia privativamente à União legislar sobre Direito Aéreo (art. 5º, XIX, “a” da CF/34) e repetido na Constituição de 1937 (art. 16, XVI da CF/37). A Constituição de 1946 modificou a nomenclatura para Direito Aeronáutico, mantendo a competência da União para legislar a respeito (art. 5º, XV, “a” da CF/46). A Constituição de 1967 retornou à nomenclatura de Direito Aéreo, mantendo a mesma competência para legislar (art. 8º, XVII, “b” da CF/67), voltando à nomenclatura Direito Aeronáutico com a EC 01/69 (art. 8º, XVII, “b”), e por fim, a Constituição de 1988 manteve a nomenclatura Direito Aeronáutico e a competência da União para legislar a respeito do tema (art. 22, I, “a”). Vê-se que independente da nomenclatura, se Direito Aéreo ou Aeronáutico, o interesse sempre foi nacional para dispor a respeito. Ver Apêndice 1 sobre a competência da ANAC editar normas de conduta, bem como medidas coercitivas através de ato regulamentar.

⁷⁰ O conflito aparente de competência para legislar se determinada matéria está sob a égide ou não do Direito Aeronáutico, logo de competência da União, já foi discutida pelo TJ/RJ, que assim declarou lei municipal inconstitucional, na ADI 131 RJ 2008.007.00131, por “ausência de competência municipal para legislar sobre matéria aeronáutica, navegação aérea e serviços de infra-estrutura aeroportuárias reserva privativa da união federal - vulneração do artigo 358, incisos i e ii, da carta estadual”.

Essa determinação do CBA de incluir, no marco regulatório setorial da Aviação, as normas internacionais que o Brasil seja signatário, está em perfeita simetria com a atenção dada pela CF/88 nesse sentido, visto que esta determina que lei ordinária disponha sobre a ordenação do transporte aéreo, devendo, quanto ao transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendendo o princípio da reciprocidade (art. 178 da CF).

A exigência constitucional do Princípio da reciprocidade é considerado no transporte aéreo devido às liberdades do ar⁷¹, garantidas pelo princípio da soberania estatal, assim tratadas pela Convenção de Chicago⁷². O que vem vigorando, no Brasil, são os acordos bilaterais, que para ser concedido o direito de uma empresa aérea estrangeira explorar uma rota aérea para o Brasil, as mesmas condições deverão ser dadas para uma empresa nacional fazê-lo pelo país em acordo.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), como Autoridade de Aviação Civil e órgão regulador técnico da atividade no Brasil (lei nº 11.182/05), observando as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo Conselho de Aviação Civil (CONAC) se manifestará, no âmbito de suas competências, elaborando relatórios e emitindo pareceres sobre acordos, tratados, convenções e outros atos relativos ao transporte aéreo internacional, celebrados ou a serem celebrados com outros países ou organizações internacionais (arts. 3º e 8º, II e III da Lei nº 11.182/05).

O explorador aeroportuário da unidade internacional para a qual o parceiro internacional deseja operar a sua rota aérea, apesar de não participar dos acordos

⁷¹ As Liberdades do Ar servem para garantir a soberania econômica dos Estados. Os Estados Unidos propuseram um acordo de total liberdade, mas os Ingleses foram os maiores opositores. Houve uma unanimidade em aceitar multilateralmente as duas primeiras liberdades (de sobrevoos e pouso técnico), mas as outras liberdades ditas mercantis dependerão de acordos internacionais bilaterais, com pelo menos um pouso comercial no território estrangeiro (GANDRA em BARÁ. coord, 2007: 235-237)

⁷² Convenção de Aviação Civil Internacional de 7/12/1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, em 29/05/1945; promulgada, no Brasil, pelo Decreto Nº 21.713 de 27/08/1946, reconheceu a soberania do espaço aéreo. O seu art. 6º assim determina: “Serviços aéreos internacionais regulares não poderão funcionar no território ou sobre o território de um Estado contratante, a não ser com a permissão especial ou outra autorização do mesmo Estado e de conformidade com as condições de tal permissão ou autorização”.

internacionais com voz ativa, deverá ser consultado, a fim de informar da disponibilidade de *slots*⁷³ para os dias e horários desejados no acordo⁷⁴.

Concluí-se, parcialmente, pela análise da necessidade da intermodalidade para a perfeita operação do transporte aéreo, que existem potenciais conflitos de competências legislativas, que aumenta o risco jurídico na prestação da atividade da operação aeroportuária, pois se verifica que o aeroporto é equipamento urbano de grandes dimensões e exige um planejamento de acessibilidade e logística de transportes para garantir a sua eficiência.

Porém há outras competências constitucionais de organização do Estado brasileiro distribuídas entre seus entes, que afetam diretamente a operação aeroportuária. Nesse sentido, faz-se necessário averiguar as competências de cada um para disporem sobre a relação do aeroporto com o seu entorno, bem como de que forma poderão cooperar para a consecução do interesse público, a fim de atender políticas públicas traçadas para o sistema aeroportuário, sem que afete desproporcionalmente os interesses locais onde se instalará a unidade objeto deste referido estudo.

2.3. Operação aeroportuária, zoneamento urbano brasileiro e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre Direito Urbanístico⁷⁵, cabendo à União estipular,

⁷³ Termo mundialmente utilizado para representar um período determinado e disponível de tempo para a empresa aérea utilizar o aeroporto para pouso, desembarque/embarque e decolagem, para o transporte aéreo regular, em unidades com disponibilidade concorrida, que é definido pela Resolução nº2/ANAC/2006 como “o horário estabelecido para uma aeronave realizar uma operação de chegada ou uma operação de partida em um aeroporto coordenado”.

⁷⁴ Não cabe discorrer sobre Acordos de Serviços Aéreos (ASA) neste trabalho, apenas citar que estão sendo cada vez mais utilizados em decorrência da soberania dos Estados sobre o espaço aéreo e seus territórios. Porém, com o crescimento desenfreado desse meio de transporte e o não acompanhamento pela oferta de disponibilidade de infraestrutura, como será demonstrado ao longo desse trabalho, espaços de tempo para as operações de pouso – permanência – decolagem das aeronaves estão cada vez mais sendo disputados. Daí a necessidade da participação dos operadores dos aeroportos de origem e destino internacionais demonstrarem a capacidade de logística para cumprir o acordo.

⁷⁵ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (2009:574) informa que “há competência dos três graus federativos no que respeita ao Direito Urbanístico, distinguindo-se os Planos Nacionais Urbanísticos, de caráter amplo e geral, em nível federal; nos Planos Estaduais Urbanísticos, em nível estadual; e os Planos Diretores, em nível municipal”.

prioritariamente e restritivamente ⁷⁶, as normas gerais, de forma não excludente, com relação às competências suplementares dos Estados para atender às suas respectivas peculiaridades (art. 24, I e §§ da CF).

Porém, aos Municípios foram delegadas competências expressas para executarem a respectiva política de desenvolvimento urbano local (art. 182 da CF), que será realizada ao promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII da CF)⁷⁷, nesse sentido, também, de forma complementar às normas gerais, e privativamente no que tange aos interesses locais.

Já com relação ao meio ambiente, a CF brasileira dedicou um capítulo exclusivo à tutela desse bem, garantindo a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, alçando-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida; também determinando como obrigação do Poder Público, dos três âmbitos federativos, e à sociedade em geral, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225 da CF), tutelando-o como um Direito difuso e transgeracional.

Por isso determina que todos os entes federativos devem “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, VI); o que deve ser realizado de maneira harmoniosa e solidária. Todavia a Lei Complementar exigida pela Carta Suprema para disciplinar a divisão de competências e áreas de atuação de

⁷⁶ Outras limitações são estabelecidas pela Constituição ao exercício da competência pela União na elaboração de normas gerais sobre o Direito Urbanístico: a competência privativa dos Estados para instituir regiões metropolitanas (art. 25, §3º) e a competência dos Municípios para legislar sobre interesse local (art. 30, I). Logo não pode a União exacerbar do seu poder de editar normas gerais sobre direito urbanístico.

⁷⁷ Com uma orientação para um Estado Gerencial, na busca do melhor resultado, é exigido um planejamento dessa ordenação através de um Plano Diretor para as cidades com mais de 20 mil habitantes, devendo ser utilizado como um instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

⁷⁸ A Lei nº 10.257/01 estabelece diretrizes gerais da política urbana, determinando que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (art. 2º, *caput*), adotando como diretrizes gerais a “ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental”.(art. 2º, VI)

cada ente no exercício da tutela ao meio ambiente, “tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (art. 23, §), ainda não foi editada.

Diante disso, a CF/88 prevê “um condomínio legislativo de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas a serem editadas pelos Estados-membros”. Com relação aos Municípios, que têm o poder de auto-organização, o que significa um Poder Constituinte derivado (art. 29), cabe a cada um deles dispor sobre matérias expressamente elencadas e implícitas que decorrem do interesse local (BRANCO e outros, 2008: 822-823).

Vê-se que há uma competência privativa da Municipalidade em legislar sobre assuntos de interesse local para a ordenação urbana; já para a proteção ambiental, a competência é verificada por uma hermenêutica sistemática da Carta. Em ambos os casos há um potencial conflito legislativo para disporem sobre matérias que afetam diretamente a disponibilidade da operação aeroportuária.

2.3.1. Operação aeroportuária e Direito Urbanístico

A operação aeroportuária, ao oferecer disponibilidade logística ao transporte aéreo, depende de uma série de fatores específicos: (i) áreas planas, de grandes dimensões e sem restrições verticais nos limites de suas rotas de pouso e decolagens, de acordo com a predominância do sentido do vento na região, no que tange à segurança da atividade; (ii) bem como não utilizar a instalação privada das suas circunvizinhanças para fins diversos do qual foi previamente autorizado pelo órgão competente⁷⁹ (utilizada

⁷⁹ A Zona de Proteção aeroportuária considera o nível de ruído da região nas circunvizinhanças da área patrimonial do aeroporto, por isso a grande polêmica da interdição, em 2007, do hotel Bahamas na Cidade de São Paulo. Cabe ressaltar que a construção na área de proteção do aeroporto, prescinde de autorização, hoje, da ANAC. Nesse caso, “Um primeiro pedido foi indeferido pela Aeronáutica porque o empresário queria construir um flat residencial no local e o zoneamento de ruído não permite. Só que ele mudou o projeto para edifício comercial de escritórios e, por isso, conseguiu a autorização. E ele usou esse documento para construir um hotel. Um prédio de escritórios não é um hotel”, afirmou o secretário” de obras de São Paulo. Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL77687-5605,00.html>. Acesso em 01 fev. 2010. Por outro lado, o Opaba Hotel fica localizado numa das cabeceiras do aeroporto de Ilhéus - A ANAC alegando falta de aérea de escape durante operações de pousos e decolagens comprometia a segurança, determinando o encurtamento de pista em 110m, com o deslocamento da sua cabeceira, proibindo operações por instrumentos nos voos, pousos e decolagens (Instruments Flight Rules - IFR), substituindo-as pelas operações por vôo visual (Visual Flight Rules - VFR), inviabilizando a operação de inúmeras aeronaves comerciais naquele aeroporto. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/144427/procuradorias-mantem-determinacao-da-anac-para-garantir-seguranca-no-aeroporto-de-ilheus>. Acesso em 06/03/2010. Após obras exigidas cumpridas a ANAC manteve apenas restrição para voos instrumentos.

como: residência, comércio específico, escolas, hospitais, hotéis, etc.), a fim de não se sujeitar ao nível elevado de poluição sonora do transporte aéreo ali operado, observando as normas técnicas setoriais, dentre outras exigências específicas.

O planejamento da operação de uma infraestrutura aeroportuária deverá constar também do planejamento urbanístico da localidade. Nesse sentido, cabe ao Plano Diretor Municipal prever os limites de segurança da área e operação da unidade aeroportuária instalada em sua região de domínio. Por ser essa uma atividade de interesse nacional, com uma série de necessidades naturais especiais para sua perfeita operação, restringe o exercício do direito à propriedade privada, da construção⁸⁰ e utilização da mesma, nos limites necessários à operação e ampliação planejada desta infraestrutura.

Portanto, apesar de ser competente o Município para conceder licença de obra, depois de editado e aprovado o Plano Diretor do aeroporto⁸¹, bem como a sua incorporação ao Plano Diretor Municipal, qualquer obra de ampliação na unidade aeroportuária dispensa licença prévia da Municipalidade, desde que não afete potencialmente a biótica local. Todavia, mesmo em não havendo tal incorporação por inércia ou inexigência para a municipalidade, persiste a competência da União, pelo interesse nacional, sobre a local em matéria de gestão aeroportuária e urbanismo⁸².

⁸⁰ O Direito Urbanístico não se confunde com o direito de construir, nem com o direito de vizinhança, a nível infraconstitucional, “embora mantenham íntimas conexões, pois seus preceitos muitas vezes se interpenetram, sem qualquer colisão” (MEIRELLES, 2000:13), visto que estes dois são ramos do âmbito do direito privado e o Direito Urbanístico tipicamente de ordem pública. Porém, para o presente trabalho, que a discussão está em âmbito constitucional, tem relevante interesse seus pontos de contato, frente a se verificar as devidas competências constitucionais dos entes federados para cobrar o exercício do direito pelos administrados nos limites do dever social de construir e usar a propriedade privada.

⁸¹ PLANO DIRETOR AEROPORTUÁRIO - documento que contém as diretrizes para a implantação, o desenvolvimento e a expansão de uma unidade aeroportuária, de maneira ordenada e ajustada à evolução do transporte aéreo, tendo como principal objetivo orientar adequadamente a aplicação de investimentos (IAC 184-1001 – ANAC).

⁸² Em estando constante previsão de obras no Plano Diretor aeroportuário não necessita de licença municipal para executá-la, assim já decidido pelo TRF 1ª Região: “(...) parece-me evidente que a aprovação, pela INFRAERO, de um projeto de construção de marquise no Aeroporto de Santa Geneveva/GO, com a finalidade de propiciar maior conforto aos usuários do aeroporto, insere-se na esfera de sua competência delegada pelo Poder Público. A obra ameaçada pela fiscalização municipal está localizada em área abrangida por aeroporto (art. 39, Lei 7.565/86), por isso, sua construção dependerá das instruções, coordenação e controle da autoridade aeronáutica, não do Município, uma vez que este não possui competência constitucional para interferir na política aeroportuária nacional. O poder de polícia municipal é indiscutível, entretanto, deve ficar adstrito à sua área de competência. O sítio aeroportuário pertence à União, cabendo a INFRAERO, na qualidade de sua legítima representante, a administração do

Independente dessa clara competência da União em planejar o sistema aeroportuário, qualquer ação nesse sentido, em regra, envolverá os três níveis de governo⁸³. De âmbito nacional, quando da edição do Plano Aeroviário Nacional, que tem como objetivo nortear, orientar, integrar e induzir o Planejamento Estratégico da Infraestrutura Aeroportuária Pública de Interesse Nacional. Cada Estado possui o seu Plano Aeroviário⁸⁴, com a previsão de sua malha aeroportuária e cada Aeroporto possui o seu Plano Diretor.

Nesse sentido, verifica-se que no caso da gestão aeroportuária, por haver multifontes de domínios prestacionais de serviços públicos ou um plurifederalismo atuando na consecução de uma atividade pública, será necessária a atuação da União em definir e fundamentar a necessidade desta infraestrutura, determinando o local e o seu tamanho e, com isso, qual a amplitude dos serviços públicos necessitará para o seu desenvolvimento.

Com isso, para atender às necessidades da prestação essa gestão dependerá, em regra, não só dos contratos de delegação realizados ou a realizar para intermodalidade⁸⁵ do transporte rodoviário urbano, ferroviário, metroviário, até

aeroporto, o que inclui a aprovação de projetos de construções na sua área” TRF 1ª Região em apelação em MS nº 20000100062675-2/GO.

⁸³ Quando da previsão da instalação de um aeroporto, devido à necessidade de sua operação: de acessibilidade (planejamento do tráfego, vias, intermodalidade de transportes); energia dedicada; sistema de telefonia fixa; água potável e sistema de esgoto; tudo isso associado à grande área plana e livre de obstáculos naturais, há uma dependência de atividades interligadas, de competências distribuídas nos três âmbitos federativos.

⁸⁴ “O Plano Aeroviário Nacional englobará todo planejamento relativo ao projeto e execução dos Aeródromos e aeroportos, edificações, pistas de pouso, instalações necessárias à operação aérea, serviços dentro e fora da área dos aeroportos e aeródromos, destinados a facilitar e tornar seguro a navegação aérea, tráfego aéreo, telecomunicações, meteorologia, coordenação de busca e salvamento, informações aeronáuticas, bem como as instalações de auxílio rádio e visuais” (Decreto-Lei nº 270/1967) e PLANO AEROVIÁRIO ESTADUAL - Instrumento macrodiretor do desenvolvimento da Rede Aeroportuária Estadual, aprovado pela ANAC, que determina as diretrizes e metas fundamentais para o pleno desenvolvimento da infraestrutura aeroportuária do estado. O Plano é elaborado, sempre, em conformidade com as ações e normas emanadas pela Autoridade de Aviação Civil e pelo Governo do Estado, para um horizonte de até vinte anos. (IAC 184-1001 – ANAC n/f da Lei nº 11.182/05, art. 8º, XXII).

⁸⁵ Envolve competências dos três entes da federação, dependendo do itinerário da linha concedida, que cada transporte adotar (art. 22, XII, “d” e “e”; art.30, V; e 25, §1º, todos da CF). Exemplo: reclamações acirradas com relação à acessibilidade nos aeroportos pelos passageiros: (i) em Brasília, o transporte por taxi pode ficar mais caro que a passagem aérea; (ii) em São Paulo, o aeroporto de Cumbica (Guarulhos) tem como principal acesso a Marginal do Rio Tietê, permanentemente congestionada, além da falta de taxi nas horas de grande movimento, e para o aeroporto de Congonhas, há também problemas, com

aquaviário. Também necessitará da possibilidade de contratos especiais de fornecimento de energia elétrica; água e tratamento de esgoto⁸⁶; serviço de telefonia fixa, etc.

Há que se repisar a característica do aeroporto, que, em regra, será instalado inicialmente em área de baixa densidade demográfica, a qual antes não necessitava dessa logística dedicada de serviços públicos, mas que com sua operação assim passará a exigir. Com isso, as circunvizinhanças de um aeroporto sempre estarão revestidas, principalmente no início, de atratividade e valorização imobiliária.

Por isso, toda essa infraestrutura favorece a urbanização no seu entorno, que, se desordenada, gera limitações na atividade de interesse público, que é a exploração da infraestrutura aeroportuária. Desse modo não há o que se falar em atuação urbanística sem imposição legal, pois a instalação de uma unidade aeroportuária gerará limitações ao uso da propriedade.

Por isso a Municipalidade, que detém a competência para conceder alvarás de construção e utilização comercial do imóvel em sua região, deverá cumprir e fiscalizar o cumprimento da norma pelo administrado, do Plano Diretor municipal⁸⁷, em que consta o Plano Diretor do aeroporto, com previsão de suas futuras ampliações. Também exigindo o respeito às limitações do exercício do Direito à propriedade privada nas suas áreas de proteção, presentes e futuras, a fim de evitar onerar desnecessariamente os cofres públicos, ou inviabilizar planejada ampliação⁸⁸ da

permanentes congestionamentos no seu acesso. A solução seria o metrô, afirma um dos entrevistados. Fonte: Jornal O Globo da 03/01/10, pp.29-30.

⁸⁶ O Aeroporto de São Paulo/Congonhas (SP) e a Sabesp - Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo formalizaram um contrato de fidelização para fornecimento de água e serviço de coleta do esgoto. O acordo prevê fornecimento mensal mínimo de 12,5 milhões de litros de água potável, coleta e tratamento do esgoto gerado pelo aeroporto, e assim, colaborar para o desenvolvimento sustentável e para a preservação do meio ambiente. A Sabesp fornecia, até então, cerca de 70% da água consumida no aeroporto e o restante era originário de poço artesiano, sendo a Infraero responsável por seu tratamento, de acordo com as normas legais. Fonte: <http://www.tgonline.com.br/noticias/aviacao/infraero-assina-contrato-com-sabesp-para-abastecimento-de-congonhas/> acessado em 05/02/10. Cabe ressaltar que a utilização de poços artesanais para a coleta de água potável dependerá também de autorização estadual (art. 26, I da CF).

⁸⁷ Também suscita conflito de competência quando da operação das áreas comerciais necessárias à sustentabilidade da atividade pública de oferta de disponibilidade das operações de transporte aéreo, pois os alvarás de funcionamento devem ser autorizados pelo âmbito federativo local, já os aeroportos são de competência, em regra, federais.

⁸⁸ Hoje é o que está ocorrendo com os principais aeroportos brasileiros, como: a impossibilidade da construção da terceira pista de Guarulhos. Segundo o Ministro da Defesa, “uma nova pista em Guarulhos seria ‘tecnicamente inviável’, já que os poucos ganhos de eficiência não fariam jus aos custos financeiro e

logística física existente, inclusive evitar repelir o investimento privado pelo risco da restrição operacional por adensamento urbano desordenado.

Logo, não se podem planejar atividades, mesmo que de serviço público, que necessite de uma instalação concorrente com a do aeroporto, como um hospital público na zona de proteção do aeródromo⁸⁹, particularmente nas rampas de aproximação e decolagem das aeronaves e nem dentro das curvas de ruídos aeronáuticos, pois o custo público da instalação de um aeródromo é muito superior, devido às suas características, do que a maioria das outras atividades.

Por isso um consentimento de polícia não ilide a necessidade do outro, ou seja, necessita concomitantemente de autorização da municipalidade e do gestor aeroportuário para o desempenho de atividade econômica ou não em área situada no sítio aeroportuário de acordo com o seu respectivo planejamento. Porém em havendo incompatibilidade dentre os Planejamentos municipal e federal, prevalecerá este⁹⁰.

Em prol da busca do interesse público, a propriedade privada é uma garantia constitucional relativa⁹¹, pois o Direito à propriedade urbana somente cumpre sua

social da obra”; isso devido à necessidade de desapropriação do complexo adensamento desordenado que se formou na área necessária a sua construção. Fonte: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/01/21/materia.2008-01-21.0240302817/view>, acessado em 10/12/2009. Também, em decorrência da necessidade da ampliação da pista do aeroporto Salgado Filho em Porto Alegre, e agora uma exigência da FIFA para a Copa do Mundo de futebol em 2014, no Brasil, deverá ser removida uma comunidade de 1476 famílias. A obra está orçada em R\$ 122 milhões. Fonte: Jornal O Globo da 03/01/10, pp.29-30.

⁸⁹ É o que ocorre com um hospital construído na lateral da pista do aeroporto de Parati, no Rio de Janeiro. A Municipalidade, mesmo depois do erro deverá optar pela disponibilidade aeroportuária e remover o hospital para outro local na cidade, desenvolvendo alguma atividade de natureza industrial naquele prédio, com o devido tratamento acústico, para que seja tolerada a sua existência e mantenha a disponibilidade aeroportuária, já que o interesse público, nesse caso é maior pela dificuldade de construção de um aeródromo.

⁹⁰ Assim decidiu o TJP, na Apelação Cível nº 106339-2, processo nº 0106339-2: “(...) É bem verdade que a União deve obediência às normas locais de limitação administrativa, no que tange ao plano diretor do município, devendo se comportar, nesse aspecto, como qualquer particular. Assim, deverá observar as restrições quanto a altura dos prédios, recuos, dimensões mínimas das edificações etc. Mas, por outro lado, o Município não pode interferir sobre serviços desenvolvidos pela União, pois nesse caso, em havendo interesse público, prevalece o interesse do ente público nacional, em detrimento do periférico local. Os aeroportos e os serviços de infra-estrutura que os suportam, sem dúvida alguma, destinam-se a fornecer serviços de relevância pública, que superam os lindes estreitos do Município, à evidência, não estão abrangidos na competência legislativa do ente periférico, que, com primazia, só pode legislar restritivamente sobre assuntos de interesse local (CF art.30, I (...)).”

⁹¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, quando trata do Direito à propriedade privada do imóvel, como absoluto, exclusivo e perpétuo, pois ao proprietário lhe é garantido a liberdade de dispor com exclusividade e por

função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no respectivo Plano Diretor.

O aeroporto tem um raio de influência necessário à segurança da atividade do transporte aéreo que apóia, imputando limitações públicas às propriedades no seu entorno. As limitações afetam os caracteres do direito de propriedade, podendo ser esse caráter: privado (direito de vizinhança) e público (urbanísticas e administrativas), com as espécies: restrições, servidões e desapropriações (SILVA, 2005:279).

A infraestrutura aeroportuária, em nível mundial, sofre com o adensamento desordenado na sua área de proteção, gerando um impacto negativo significativo nos limites à disponibilidade do serviço ofertado⁹². Essa questão está atrelada diretamente às funções do Estado de equilibrar as relações sociais⁹³, a fim de garantir o Direito Subjetivo à propriedade⁹⁴.

As restrições condicionam o proprietário a utilizar a propriedade de acordo com o planejamento aeroportuário, constante do plano urbanístico para a região onde está situado o seu imóvel, pois quanto mais próximo das cabeceiras da pista de pousos e

prazo ilimitado, defende que “*as restrições limitam o caráter absoluto da propriedade; as servidões, o caráter exclusivo e a desapropriação, o caráter perpétuo*” (1995: 359).

⁹² Dois são os principais fatores de maior impacto e relevância na preocupação com o planejamento urbano na instalação e operação de um aeródromo: (i) o ruído aeronáutico provocado, principalmente, no momento da aproximação, pousos e decolagens das aeronaves; e (ii) os obstáculos verticais nas rampas de pousos e decolagens ou qualquer obstáculo nas áreas de segurança aeroportuária – caso de aeronave, em emergência sair da pista. Hoje se vê, no Brasil, questões desta ordem, na maioria dos principais aeroportos: Santos Dumont (RJ); Congonhas (SP); Cumbica (Guarulhos – SP); Augusto Severo (Porto Alegre – RS), dentre outros. Em nível internacional, a título de exemplo, o problema da percepção do ruído aeronáutico impediu três aeroportos de serem privatizados na Austrália (GRAHAM, 2008:41-44).

⁹³ Por isso esse Direito foi tutelado a nível constitucional, bem como a limitação do seu exercício, que o previu como garantia constitucional condicionada, pois se diz que é garantido o direito à propriedade, desde que esta cumpra a sua função social, sob pena de possível desapropriação, ou seja, possibilidade de perda do direito (art. 5º, XXII e XXXIII c/c art. 182, §4º e art. 184 – CF/88). “*A propriedade é um fenômeno sociológico reconhecido pelo Direito como legítima expressão dos direitos fundamentais inerentes às pessoas, por isso posto sob garantia da Constituição, daí só se validar no sistema jurídico brasileiro qualquer instituto interventivo que sobre ele incida, se contar, do mesmo modo, com expresso suporte constitucional*” (MOREIRA NETO, 2009: 412-413).

⁹⁴ Outras intervenções no direito à propriedade foram previstas na CF/88 (arts. XXIV a XXX, 170, II e III; 176 a 178; 182 a 186, 191 e 222). “*Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição de Direito Privado* (SILVA, 2005: 270). Porém, a tutela a este Direito é muito antiga, visto que o Código de Hamurabi, o Código de Manu, o Decálogo, a Lei das XII Tábuas já traziam expressamente regras de proteção à propriedade, bem como, no art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é tutelado que “*ninguém pode se privar dela, a não ser em caso de necessidade pública comprovada e sob a condição de justa e prévia indenização*”(SANTOS).

decolagens, maiores serão as restrições; bem como com relação à dimensão do imóvel e, também, frente à atividade que ali pretenda desenvolver.

Cabe ressaltar que a Zona de Proteção⁹⁵ do aeroporto não tem o condão, por si só, de gerar limitações de ordem absoluta no direito ao exercício da propriedade no entorno de sua área patrimonial, ou seja, uma desapropriação indireta, pois como já afirmado, um aeroporto ao ser planejado, em regra, ocupa área de baixa densidade demográfica, plana e livre de obstáculos e constará do Plano Diretor da municipalidade onde se instalará⁹⁶.

Além do conflito controlador das relações do aeroporto com seu entorno em decorrência do planejamento deste e a urbanidade, outro campo de pesquisa que demanda a mesma atenção conjunta dos entes políticos e técnicos, do governo ou não, é o campo das relações jurídicas que tutelam o meio ambiente, como limite ao desenvolvimento da disponibilidade dos serviços aeroportuários.

2.3.2. O impacto das normas ambientais⁹⁷ na atividade aeroportuária.

Edis Milaré defende que “todo e qualquer projeto de desenvolvimento interfere no meio ambiente, e, da mesma forma, certo que o crescimento sócio-econômico é um imperativo, insta, pois, discutir os instrumentos e mecanismos que os conciliem” (MILARÉ, 2007:354).

⁹⁵ “Lei nº 7656/86, art. 43. As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais. Parágrafo único. As restrições a que se refere este artigo são relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embarçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais”.

⁹⁶ O processo de adensamento urbano desordenado se inicia após o planejamento e instalação da unidade aeroportuária, logo, em regra, os impactos sofridos, principalmente pelo ruído aeronáutico, pela população que convive em seu entorno optou por ali se instalar. É o que ocorre com loteamentos ou construções de condomínios residenciais nas áreas de afetação do ruído aeronáutico posteriores às atividades aeroportuárias terem dado início. Nesse sentido: TJRS Reexame Necessário nº 70007577893/2004; TJSP Apelação nº 2707372600/1998; TJSC MS 124076 SC 2001.012407-6.

⁹⁷ ÉDIS MILARÉ (2007:759), após fazer uma ressalva sobre parte da doutrina que não admite a disciplina jurídica Direito Ambiental, conceitua-o como sendo o “complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”.

Considerando a imprescindibilidade do aeroporto para o transporte aéreo, bem como a necessidade da manutenção do equilíbrio ecológico, várias ações devem ser tomadas, por múltiplas fontes, no sentido de mitigarem os efeitos danosos ao meio ambiente natural e urbano, das atividades desenvolvidas na área patrimonial do aeroporto ou no seu entorno.

O estudo de impacto ambiental, que após a edição da CF/88 passou a ser exigido daqueles que pretendam desenvolver atividade potencialmente causadora de impacto ou degradação ambiental, integra um processo de licenciamento complexo, com a participação de diversos atores interessados no empreendimento: os diversos atores públicos; a equipe técnica multidisciplinar, responsável pelo estudo do potencial impacto ambiental e emissão do respectivo relatório; o empreendedor; e a população afetada através de consultas e audiências públicas (MACHADO, 2003: 226-227).

A Lei nº 9.605/98, art. 60, prevê como crime ambiental desenvolver atividades potencialmente poluidoras, em qualquer parte do território nacional, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes. Porém, no caso dos aeroportos existentes⁹⁸, a maioria já operava desde data anterior às exigências do licenciamento ambiental prévio para as atividades potencialmente degradantes do meio ambiente⁹⁹.

Com base no princípio da segurança jurídica, a MP nº 2.163-41/01, alterou a Lei nº 9.605/98 (79-A, §§), para autorizar a celebração de termo de compromisso com os responsáveis pelo desenvolvimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, suspendendo as eventuais sanções, desde que o poluidor cumprisse o referido termo de compromisso firmado. Nesse sentido o termo de compromisso devia ser, à época, celebrado com os órgãos competentes para licenciar a atividade objeto deste acordo.

⁹⁸ Internacional do Galeão – RJ: Construção em 1924, ampliação do Terminal de Passageiros (TPS) 1 em 1977 e construção do TPS 2 em 1992; Internacional de Guarulhos – SP: início do processo de construção – desapropriação de áreas, aprovação do Plano Diretor aeroportuário idos de 1977; Internacional de Viracopos – SP: construção desde a década de 30, com operações comerciais desde a década de 60; dentre os demais.

⁹⁹ Ministro GILMAR MENDES ao se referir ao conflito de competência em matéria ambiental, manifesta-se que o cúmulo de competências é em todas as áreas de atuação, por exemplo, saúde, produção industrial. “Portanto, temos também esse embaralhamento de competências (...)” (ADI 3.937-MC/SP/07, fl.77).

O exercício da competência desse consentimento de polícia, exercido em comum pelos entes federados, deve observar as diretrizes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)¹⁰⁰, atendendo à ordem de atribuições constitucionais solidárias de responsabilidades na preservação deste bem jurídico.

Nesse sentido, o órgão competente para licenciar, é, também, o órgão competente para analisar os estudos de acordo com a sua legislação, que deverá estar afinado com o referido Sistema, bem como fiscalizar o seu cumprimento e sancionar, se for o caso, as não conformidades assim previstas¹⁰¹.

ÉDIS MILARÉ (2007:411-418) configura o âmbito de interesse pela amplitude do impacto ambiental direto, pois o indireto não se tem como precisar, sendo (i) federal quando a estimativa do impacto é nacional – o que afeta todo o país, ou regional – o que afeta a mais de dois estados; (ii) é estadual ou distrital quando o impacto é microregional ou intermunicipal; e (iii) é municipal quando o impacto é local.

¹⁰⁰ Já sob os mandamentos da CF/88, com a alteração da Lei nº 7.804/89, a Lei nº 6938/81, em seu art. 10 assim prevê: “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. PAULO DE BESSA ANTUNES defende que a criação do SISNAMA tem por finalidade principal “a organização de atribuições diferenciadas e a descentralização administrativa de forma cooperativa e harmônica” (1992:766). ÉDIS MILARÉ defende a recepção da Lei nº 6938/81, pois esta acompanha a “autonomia dos diversos entes da Federação (arts. 1º e 18)” deixando claro que a responsabilidade sobre as questões ambientais deverá ser partilhada entre eles, no que tange às competências legislativa e administrativa (2007:412). Já PAULO AFONSO LEME MACHADO defende que lei federal ordinária não “pode retirar dos Estados, Distrito Federal e Municípios poderes que constitucionalmente lhes são atribuídos”, porque somente lei complementar poderia fazê-lo, nem Resolução do CONAMA poderia instituir licenciamento único (2006:269).

¹⁰¹ Em nível infraconstitucional, segundo normatização do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA, o âmbito federativo que deverá exercer o Poder de Polícia de licença, ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental, será o órgão estadual competente; o IBAMA; ou, quando couber, o Município, que fixará as diretrizes adicionais segundo as peculiaridades do projeto e as características ambientais da área, se assim forem julgadas necessárias, inclusive com relação aos prazos para conclusão e análise dos referidos estudos (Resolução CONAMA 001/86). Nesse sentido, com base na distribuição coerente de competências em matéria ambiental, em regra, caberá aos órgãos ou entidades do Poder Executivo dos Estados-membros promoverem o licenciamento ambiental, salvo nos casos em que se referir à atividade de impacto de âmbito nacional, que o âmbito de competência será federal, ou, se for de interesse local, caberá ao Município (MILARÉ, 2007:376). Para isso caberá a cada um dos integrantes do SISNAMA promover a adequação de sua estrutura administrativa “com o objetivo de cumprir essa função, que decorre, insta-se, diretamente da Constituição” (MILARÉ, 2007:412).

Adotando-se o parâmetro da abrangência dos efeitos diretos¹⁰², os aeroportos em si degradam e impactam o meio ambiente mais pelas atividades neles desempenhadas. Ao se separar em três grandes grupos de impactos: emissões de gases pelas aeronaves, ruídos aeronáuticos e resíduos sólidos produzidos no aeroporto, têm-se que a amplitude do impacto destes, em regra, será local¹⁰³; e, com relação às emissões, a extensão é transnacional.

Logo, se for considerado os efeitos diretos na prestação da atividade aeroportuária, bem por que não se exige qualquer tipo de licença dessa natureza, ainda, para o transporte aéreo, o interesse público é de âmbito nacional e será competente, em tese, o órgão ou entidade de controle ambiental de nível Federal, já que a tutela é ao meio ambiente global¹⁰⁴, pois a licença ambiental considerará tanto a curva de ruído aeronáutico¹⁰⁵, como a quantidade de gases emitidos na atmosfera, além da ampliação da quantidade de resíduos com a operação da unidade aeroportuária em estudo.

O parâmetro da dominialidade da atividade, do bem que nele é desenvolvida ou do bem que recai os seus efeitos danosos, é rechaçado pela doutrina¹⁰⁶. Porém, ao

¹⁰² Neste sentido, também, Parecer nº 1853/Conjur/MMA/98: “Verificada a legislação incidente sobre o tema, pode-se afirmar que a competência dos integrantes do SISNAMA para realizar o licenciamento ambiental tem como fundamento o ‘impacto ambiental’ do empreendimento ou atividade”.

¹⁰³ Considerando, aqui, a área patrimonial do aeroporto, com a zona de proteção, não ultrapassar os limites de um Município, como é o caso de Santos Dumont (RJ) e Congonhas (SP), que são os dois aeroportos brasileiros com maiores problemas devido ao ruído aeronáutico.

¹⁰⁴ O Conselho Europeu salientou que a União Européia está empenhada em transformar a Europa numa economia de alta eficiência energética e com baixas emissões de gases com efeito de estufa e, até à celebração de um acordo global e abrangente para o período pós-2012, assumiu o compromisso firme e independente no sentido de a UE reduzir até 2020 pelo menos 20% das emissões de gases com efeito de estufa em relação a 1990 (...). Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0333+0+DOC+XML+V0//PT#title2>. Acessado em 20/06/2009. Nesse sentido a DIRETIVA 2008/101/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 19 de Novembro de 2008 alterou a Directiva 2003/87/CE de modo a incluir as atividades da aviação no regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade, pois considerou que “a aviação tem um impacto no clima mundial através das emissões de dióxido de carbono, de óxidos de azoto, de vapor de água e de partículas de sulfato e de fuligem”(19); por isso cobrará uma taxa proporcional à quantidade de combustível consumido ou gases emitidos dos operadores de transportes aéreos comerciais que efetuem mais de 243 voos por período ao longo de três períodos consecutivos de quatro meses, para ou da, CE (18). Logo uma aeronave que decola do aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro, em direção a Portugal, pagará lá uma taxa de compensação climática em decorrência das emissões a partir do Brasil, pois entendem que se trata de um problema sem fronteiras.

¹⁰⁵ A Curva de Ruído Aeronáutico é estabelecida no Plano de Zoneamento de Ruído aeronáutico (PZR), um dos instrumentos das Zonas de Proteção dos aeródromos (art 44 da Lei 7565/86).

¹⁰⁶ O fato da atividade ou empreendimento atingir negativamente bens da União (art. 20, III, VI, IX e X da CF) ou suas áreas de conservação, bem como de suas entidades, não é suficiente para deslocar a competência para a União, pois o direito é difuso e transpassa a sua titularidade (MIRRA, 2002:156)

considerá-lo como possível¹⁰⁷, em regra, deverá, também, ser de âmbito federal, já que a União é quem tem a titularidade de explorar a infraestrutura aeroportuária, salvo nos casos onde houver acordos entre a União e ente federado para operá-la ou se o projeto abrange área de proteção sob a tutela ou domínio de outro ente. Então, no caso dos aeroportos administrados pela INFRAERO competirá ao órgão de âmbito Federal as funções de polícia administrativa em meio ambiente, salvo se houver uma delegação da exploração por parte da União a outro ente da federação.

Ainda, a licença ambiental legitimamente concedida é um direito relativo ao desempenho da atividade no prazo nela estipulado, pois está condicionada à manutenção de todas as condições naturais que embasaram o consentimento de polícia. Logo poderá sofrer modificações, com base em situações imprevisíveis, de natureza econômica, social ou política, que podem impactar a atividade econômica ao longo do período de sua validade. “Nestes casos, enseja-se a excepcional possibilidade de se modificar o ato autorizativo, a fim de tornar possível o prosseguimento da atividade econômica licenciada, desde que isso não implique em prejuízos não-mitigáveis ao meio ambiente”, tratando-se de uma vedação ao “direito adquirido de poluir” (MILARÉ, 2007:421-428).

Ainda, cabe destacar a competência administrativa derivada do licenciamento, pois há unidades que ainda não regularizaram suas licenças ambientais, visto que não parece haver uma sincronia nos critérios utilizados para definirem quem exercerá tal atribuição de fiscalização¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Algumas ações públicas entendem dessa forma, como exemplo: a licença ambiental do aeroporto das Hortênsias, processo 2003.04.01.013124-4, em 2003, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região concedeu, por unanimidade, liminar que suspendeu a licença-prévia autorizada pela Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luis Roessler – FEPAM, por questionamento do Ministério Público Federal, alegando que “Nos termos do artigo 7º da Lei nº 9.985/2000, as unidades de uso sustentável são de conservação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC); e, segundo o artigo 14 da aludida Lei, as Florestas Nacionais integram o grupo de Unidade de Uso Sustentável, administradas, portanto, pela União, logo, é unidade de conservação de domínio da União. Sendo assim, a competência para expedição da licença é do IBAMA”. No mesmo sentido, o aeroporto São Gonçalo do Amarante – RN está sendo licenciado pelo IBAMA, bem como o Aeroporto de Maragogi – AL, que o IBAMA delegou formalmente a atribuição de licenciar a obra ao Instituto do Meio Ambiente do Estado de Alagoas (IMA), ambos por se tratar de atividades de domínio federal.

¹⁰⁸ O Instituto Estadual do Ambiente do Rio de Janeiro exerce fiscalização acirrada sobre o Aeroporto Santos Dumont, com base em reclamações dos moradores do seu entorno devido ao ruído aeronáutico, logo de impacto ambiental local; aeroporto esse que é administrado pela Infraero, as margens do mar territorial, logo, em princípio, de competência Federal; nesse sentido o órgão estadual não deveria agir, com tal motivação, salvo por delegação do órgão teoricamente competente, o que não há. Disponível em

Diante de uma pluralidade de fontes de obrigações, surgem dúvidas do empreendedor sobre a quem responder em matéria referente ao Direito Ambiental, quando do desempenho de um serviço público em sentido estrito, como no caso, em regra, da exploração aeroportuária; pois há, para a operação de cada unidade aeroportuária, três possíveis grupos de normas a respeito, editadas nos três âmbitos federativos¹⁰⁹.

CARLOS ARI SUNDFELD (2008:92) ao tratar da questão da má atuação da Administração Pública, classificou-a como procedimentos exagerados, o que chamou de problema do “Direito Administrativo do *Clips* (DAC)” em matéria de licenciamento, remetendo-o à origem, como um temor ao mau uso da liberdade, esta que é exigida pelo novo Estado Regulador, pois o agente público, ao regular, não ganha nada por ser eficiente e é severamente punido se decidir contra as normas postas, nesse sentido “acabam desenvolvendo práticas administrativas de autoproteção que formam o núcleo de *DAC*”¹¹⁰.

A questão é buscar, com responsividade, um equilíbrio entre os exageros, entre as mazelas humanas na ambição de multiplicação do capital e, de outro lado, da desconfiança excessiva dos ambientalistas com o desenvolvimento social, garantindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado e, também, o desenvolvimento social.

http://www.inea.rj.gov.br/noticias/noticia_dinamica1.asp?id_noticia=678. Acesso em 18 fev. 2010. Por outro lado, o órgão ambiental do Município de São Paulo é quem está promovendo o processo de licenças ambientais do aeroporto de Congonhas em São Paulo, unidade aeroportuária com características similares ao Santos Dumont, ou seja, concentra-se na Cidade de São Paulo e é administrado pela INFRAERO, porém não afeta nenhuma área de preservação estadual ou federal. Disponível em http://portal.prefeitura.sp.gov.br/noticias/sec/meio_ambiente/2009/04/0001. Acesso em 10 fev. 2010.

¹⁰⁹ PAULO AFONSO LEME MACHADO, com base no art. 11, §1º da Resolução CONAMA leciona no sentido de que “nos três níveis de poder podem existir Ministérios, Secretarias de Estado ou órgãos da Administração indireta, que atuem paralelamente ao órgão especificamente ambiental”, devendo todos se manifestar em um único processo de licenciamento. Porém a questão é o prazo para cada um se manifestar, que pode gerar a procrastinação da decisão final, por falta de imposição normativa nesse sentido. (2006:259)

¹¹⁰ Cita exemplos dessas práticas: “decidir rapidamente não é importante, ao contrário, pois demora é prudência; pouco importa o custo do processo para o Estado, muito menos para o particular; entre deferir e não deferir, melhor não decidir; na dúvida, o pedido deve ser negado; devem se manifestar nos autos o máximo de agentes e órgãos estatais; (...). essas convenções nem constam de manuais, nem têm defensores teóricos explícitos, mas são adotadas no cotidiano administrativo e conseguem apoio judicial, pela óbvia razão de que os juízes também são agentes públicos e, como administrativos, carecem de incentivo para agirem de outra forma. Há um discurso jurídico elegante para sua justificação no campo da regulação, como o princípio da *supremacia do interesse público* e o da *prevenção*”.

Em sentido contrário, PAULO AFFONSO LEME MACHADO (2009:8) defende que a cumulação de iniciativas de licenciamento é legítima, desde que previstas em lei dos respectivos entes, citando que várias leis outorgaram ao IBAMA competências para licenciarem algumas atividades específicas¹¹¹, defendendo que estas não são competências exclusivas ou privativas do órgão ou entidade de âmbito federal, podendo os Estados, também, criar seus sistemas administrativos de autorizações para estes casos. Apesar da intervenção pelo órgão federal ser obrigatória em razão da outorga legislativa, “a duplicidade de autorizações, de licenças e de registros poderá existir”.

Diante de tantas discussões e divergências, com a aviação crescendo numa velocidade bem superior ao coeficiente de crescimento da economia mundial, suportada, no Brasil, por um sistema aeroportuário atrasado e saturado, potencializado pela proximidade de dois eventos mundiais de grande magnitude e exigência dessa logística no Brasil, tais divergências tendem a dificultar a garantia da soberania econômica nacional e o atendimento do interesse público.

Cabe repisar que a atividade administrativa na busca pelo interesse público, “frequentemente exige o sacrifício de interesses privados para melhor ordenação da vida social”, nesse sentido os administrados devem suportar encargos normais e universais, em prol dos benefícios que a atividade traz à coletividade (MIRRA, 2002:79-80). Logo, a função de polícia deverá reprimir os incômodos excessivos ou singulares¹¹².

Ainda, “o fato de o licenciamento se fundar nas razões do estudo de impacto ambiental, não torna o ato administrativo imune ao controle judicial”, bastando o “estudo” não ser suficiente para motivar o ato administrativo de licenciamento, bem

¹¹¹“1. licença para uso da configuração de veículos ou de motor (Lei n. 8.723/1993); 2. autorização de importação de OGM – organismo geneticamente modificado e seus derivados para uso comercial (Lei n.11.105/2005); 3. registro da liberação comercial de OGM – organismo geneticamente modificado e seus derivados (Lei nº 11.105/2005); 5. Registro de agrotóxicos e seus componentes (Lei n.7.802/1989)” (MACHADO, 2009:8).

¹¹² Em análise imponderada de quem adquiriu um imóvel situado na área de proteção do aeroporto de Congonhas – SP, nos últimos anos, que já apresenta saturação de disponibilidade desde a década de 60, em regra, deveria suportar o ruído aeronáutico, bem por que as aeronaves construídas após a década de 70, que ali operam, tornaram-se menos ruidosas (Anexo 16, V1 à Convenção de Aviação Civil Internacional – classifica as aeronaves a jato quanto a ruído produzido). Diferente deve ser a análise, por exemplo, de um dano causado a terceiros nessa mesma área geográfica, por uma aeronave ao decolar, por ser singular – assim entendeu o STJ, Resp. 772248/2006, pois considerou que as vítimas atingidas em solo por uma aeronave que prestava serviço devem ser consideradas, por equiparação, consumidores.

como ser mal interpretado, ou estar com algum vício. “Ora, um estudo que não pode ser visto como íntegro para o controle do risco ambiental, evidentemente não pode servir de base para a motivação do licenciamento” (MARINONI, 2010).

Vê-se que as discussões são muitas e as respostas escassas para a questão do conflito de competência legislativa e administrativa sobre as principais questões ambientais que afetam diretamente a exploração da infraestrutura aeroportuária, não restando outra solução, senão o efetivo exercício do federalismo cooperativo em prol do interesse público.

Assim, a competência para legislar e promover o transporte aéreo e da infraestrutura aeroportuária, no Brasil, é da União. Porém, a atividade de promoção global da logística ao transporte aéreo é extremamente complexa, de ingerência internacional e nacional, esta com órgãos dos três âmbitos federativos atuando no controle das atividades interdependentes; estando a unidade aeroportuária, principal equipamento promotor dessas disponibilidades, em um contexto de múltiplas fontes normativas com diversas instituições de controles públicos e privados da atividade que desempenha.

O aeroporto é um pólo de desenvolvimento urbano, mas sofre limitações a sua completa e eficaz operatividade da própria comunidade que convive em seu entorno e se beneficiam dessa organização, pela própria desídia local ou falta de comunicação entre entes de governo, seja por falta de planejamento, seja por não cumprimento do que está planejado para o zoneamento urbano onde está inserido esse equipamento.

Outra questão que impacta sobremaneira a prestação dos serviços aeroportuários é a imperatividade do respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Porém o grande problema em se respeitar esse direito difuso e transgeracional é a falta de definição de quem, em cada caso, atuará com o poder de polícia disciplinador, fiscalizador e sancionador no controle ambiental.

Nesse sentido, o que poderá mitigar tais adversidades é uma gestão conjunta da atividade, por meio de uma possível conferência de serviços públicos das operações aeroportuárias, sentando à mesa, entes de governo dos três âmbitos federativos, com representantes dos respectivos órgãos ambientais, gestão de tráfego, de saúde pública, e

demais instituições com interesse na atividade, para discutirem a execução da política setorial traçada, juntamente com Ministérios Públicos Estadual e Federal, a fim de acordarem as respectivas divisões de competências, conseqüentemente obrigações a serem assumidas, para o eficaz desempenho da atividade.

CAPÍTULO 3 – DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS

3.1 O movimento mundial de desestatização do setor aeroportuário

A década de noventa do século passado foi marcada por um incremento global da participação dos operadores e investidores privados na construção e manutenção das infraestruturas de transporte. Este aumento da participação do setor privado reflete, muitas vezes, necessárias mudanças ideológicas na visão do papel do Estado, em decorrência da desconfiança gerada do Estado Empresário vivenciado até esse momento, quando este interveio como um produtor direto de bens e serviços (ESTACHE, 2003: Capítulo 1).

Segundo a *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD – ou OCDE)¹¹³, muitos países vêm enfrentando um duplo desafio: a crescente demanda pelas atividades e o envelhecimento efetivo das instalações. Tais desafios exigem uma grande capacidade de gestão pública com poucos recursos para tantas demandas. Isto pode se tornar um obstáculo ao crescimento sustentado. Nesses casos também se deve considerar a necessidade da atualização tecnológica de cada setor.

Em muitos países essa necessidade não pode ser suprida pelo erário público. Nessa situação, além do fator positivo da ajuda financeira pela participação do capital privado na prestação de atividades relevantes, há uma melhora na qualidade e utilidade do serviço ofertado.¹¹⁴

A desestatização de grandes aeroportos teve início no Reino Unido em 1987, com três aeroportos londrinos (Heathrow, Gatwick e Stansted) e quatro aeroportos escoceses (Aberdeen, Edimburgo, Glasgow e Prestwick). Esta bem sucedida privatização gerou discussões a respeito da viabilidade de se adotar tal modelo como paradigma.

¹¹³ OECD - PRINCIPLES FOR PRIVATE SECTOR PARTICIPATION IN INFRASTRUCTURE © OECD 2007, disponível em http://www.oecd.org/document/62/0,3343,en_2649_34893_38429374_1_1_1_1,00.html, acessado em 26/06/09.

¹¹⁴ *Ibid.*

Já no ano de 1996¹¹⁵ parecia ser outro marco para a indústria aeroportuária, pois foi quando se viu, após a privatização, o aeroporto se tornar uma opção muito mais popular em muitas regiões do mundo. (GRAHAM, 2008. p.23-24).

Contudo, a mudança de paradigma de gestão, de pública para privada, das infraestruturas aeroportuárias está sendo acompanhada pela mudança de paradigma do próprio estilo de gestão aeroportuária, que deixa de ter atividade primária e quase única de prestação de serviço público de disponibilidade de logística, passando para o conceito de aeroporto-empresa (POOLE Jr, 1994).

As diversas experiências em privatizações têm mostrado que o futuro tende a ser mais promissor para este modelo, devido às informações colhidas com o empirismo. Os processos de privatização tendem a ser mais bem informados, o que deverá ajudar a reduzir alguns dos problemas e conflitos entre governo e iniciativa privada, embora claramente outros riscos e incertezas externas aparecerão; dentre outros (i) relacionadas com a segurança, (ii) com crescimento do tráfego aéreo, (iii) com as estratégias das companhias aéreas, (iv) com a concorrência entre aeroportos, e fatores outros diversos ainda não previsíveis (GRAHAM, 2008:23-25)¹¹⁶.

¹¹⁵ Nesse ano, exemplifica ANNE GRAHAM (2008:24), os aeroportos de Bournemouth e Cardiff foram privatizados no Reino Unido, bem como se abriu à participação privada no novo aeroporto de Atenas. E continuou a onda de privatização, com Düsseldorf, Sandford Orlando, Nápoles, Roma, Birmingham, Bristol, Melbourne, Brisbane, Perth, que foram total ou parcialmente privatizados em 1997. Outras privatizações tiveram lugar em 1998 na Austrália, assim como na África do Sul, Argentina e outros destinos, como Luton, Estocolmo, Skavsta, Auckland, Wellington, e Hannover. Em 1999 e 2000, aeroportos no México, República Dominicana, Chile, Costa Rica e Cuba foram privatizados, bem como partes flotações para malaio Aeroportos, Beijing Capital International Airport (BCIA), e Zürich Airport. O primeiro aeroporto parcialmente privado e financiamento indiano foi inaugurado em Cochin, Kerala no sul da Índia, tendo sido financiadas 26% do estado de Kerala e do resto dos não-índianos residentes (NRIs), instituições financeiras e serviços aeroportuários prestadores de serviços. Em 2001, a privatização ocorreu em aeroportos tão variados como Frankfurt, Newcastle, Seeb e Salahah em Omã, e Sharm El Sheikh, no Egito. Depois da estagnação nos processos de privatização, em 2006, uma série de outros aeroportos como o de Paris, Kosice, na Eslováquia, e Varna Burgas, na Bulgária, e os aeroportos regionais no Peru foram parcialmente ou totalmente privatizadas. No mesmo ano, a participação privada nos principais aeroportos indianos de Delhi e Mumbai foi acordado. Mais recentemente, em 2007, a privatização aeroportuária teve lugar no aeroporto Xi'an na China, em Pisa, Leeds, Bradford, Antalya e de Amã; e foi anunciado que um novo aeroporto privado será construído em Múrcia, na Espanha. Além disso, houve a venda do primeiro aeroporto russo, ou seja, a venda do aeroporto de Mukhino aos investidores estrangeiros.

¹¹⁶ A Autora cita como exemplos da vantagem do aproveitamento do conhecimento empírico: (i) a empresa Fraport, exploradora do aeroporto de Frankfurt, estava envolvida também com um projeto de privatização do Aeroporto do Porto Filipinas, o que levou a uma complexa e alargada disputa com o governo filipino; (ii) em Berlim, houve várias tentativas de utilização separada de investidores privados para desenvolver um novo aeroporto para servir a cidade até que esta abordagem foi abandonada após uma série de desafios legais entre os licitantes e queixas de residentes locais; (iii) na Argentina, o novo

Cabe ressaltar, que ao se utilizar modelos exemplares, principalmente os ingleses, terá que se fazer um filtro no aproveitamento do seu conhecimento empírico. Eis que, na Inglaterra adotou-se a postura de privatização ou desestatização plena¹¹⁷, ou seja, toda a infraestrutura aeroportuária existente na Inglaterra foi vendida à iniciativa privada. Lá não foram utilizados os institutos jurídicos que preservam a infraestrutura como bem público e a atividade de titularidade estatal, como a (i) concessão de uso de bem público e a delegação da exploração de atividade pública, que estão previstas para o Brasil; ou (ii) arrendamento mercantil (*leasing*), que é utilizado nos Estados Unidos – exemplo do aeroporto de Chicago-Midway.

Para o Brasil, segundo ALMIRO DO COUTO E SILVA, a importação de métodos e idéias praticadas no mundo sem uma prévia e acurada análise da perfeita adequação às suas estruturas sociais e jurídicas, deve ser previamente questionado se é possível conciliar ideias, conceitos e institutos jurídicos, muitos deles de matriz européia, com transplantes retirados do tecido econômico-jurídico americano (COUTO E SILVA: 2009)¹¹⁸.

Com relação ao processo de desestatização da atividade aeroportuária no Brasil, apesar de iniciante, está ocorrendo após grandes reformas da Administração¹¹⁹. A Reforma Gerencial teve um marco regulatório, composto por vários atos legislativos, de Emendas à constituição a Decretos do Executivo, sendo a Política Nacional de

operador aeroportuário superestimou os lucros que poderiam ser gerados a partir dos aeroportos, que resultou na obrigação do reequilíbrio do contrato de privatização.

¹¹⁷ Como informam WELLS e YOUNG (2004:32), a privatização refere-se ao deslocamento das funções e responsabilidades governamentais, no todo ou em parte, ao setor privado. A mais extensa das privatizações envolve a venda ou locação de bens públicos. A privatização do aeroporto, em particular, normalmente envolve a locação do imóvel onde funcionará o aeroporto. Nos Estados Unidos, apenas os aeroportos não comerciais foram completamente privatizados, o que na Inglaterra foi a regra, ou seja, não há mais qualquer gerência governamental nos aeroportos ingleses.

¹¹⁸ Apesar do texto referenciado não tratar especificamente da desestatização dos aeroportos, tem plena aplicabilidade analógica, pois o modelo de precedente adotado no presente trabalho utiliza o referencial europeu de desestatização dos aeroportos, pois foi o precursor desse movimento. Mas não é o caso de se copiar os procedimentos utilizados por eles e aplicá-los no Brasil diretamente, sem uma prévia adequação, já que no Brasil, a tendência é pela desestatização da atividade e não pela venda dos ativos do aeroporto como foi realizado em parte da Europa. No Brasil a titularidade da atividade é da União (art. 21, XII, “c” da CF/88), logo para haver privatização apenas com Emenda à Constituição.

¹¹⁹ O Estado brasileiro passou por duas grandes reformas da sua Administração, a burocrática e autoritária, esta iniciada em 1937, que implementou um Estado Interventor, com a assunção de grandes responsabilidades prestacionais sociais; e a Gerencial e consensual foi iniciada em 1995, com o intuito de transformar o Estado inchado e já incapaz de atender às necessidades, cada vez mais complexas, da sociedade, num aparelho estatal mais efetivo. (PEREIRA: 2009)

Aviação Civil (PNAC)¹²⁰, o principal marco para amparar e assegurar o “desenvolvimento de sistema de aviação civil amplo, seguro, eficiente, econômico, moderno, concorrencial, compatível com a sustentabilidade ambiental, integrado às demais modalidades de transporte (...)” a nível nacional e internacional.

Com relação à infraestrutura aeroportuária civil, a PNAC determina: (i) a promoção da concorrência no setor, de forma a garantir aos usuários melhor qualidade de serviços e menores tarifas; da (ii) participação da iniciativa privada na construção, operação e exploração de aeroportos, no todo ou em partes¹²¹; e (iii) medidas que permitam a utilização eficiente da infraestrutura aeroportuária, tais como diferenciação tarifária entre os diversos aeroportos ou em um mesmo aeroporto nos horários de maior demanda.

Logo, fazendo uma introdução sistêmica dos dispositivos supracitados, a descentralização da exploração da infraestrutura aeroportuária se tornou uma medida de compromisso governamental, na senda do que determina a Constituição Federal¹²², que

¹²⁰ A PNAC foi aprovada pelo Decreto Presidencial nº 6780/09 e formulado pelo Conselho de Aviação Civil (CONAC), sendo a Secretaria de Aviação Civil (SAC) do Ministério da Defesa responsável por acompanhar a implementação por parte da Agência Nacional de Aviação Civil, Infraero e Comando da Aeronáutica das políticas setoriais por ela traçadas. A inclusão da Infraero no rol dos agentes que devem implementar as Políticas traçadas pela PNAC, deve-se à complexidade de sua atuação, pois ela exerce atividade de forma monopolizada de fato, administra aeroportos superavitários e deficitários e é responsável por manter o sistema aeroportuário operante. Por isso não cabe em nota de rodapé enfrentar discussão tão complexa, ou seja, em determinados momentos pode ser entendido que a Infraero, apesar de explorar atividade econômica, assim o faz por seguir uma política governamental previamente traçada.

¹²¹ Apesar do CBA determinar que a exploração aeroportuária seja atividade monopolizada da União, esse dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal, que determina, em rol taxativo, as atividades que devam ser prestadas nesse regime (nesse sentido, MEIRELES, 1989:542; GASPARINE, 2003:630; DI PIETRO, 2003: 26). Bem porque, o monopólio da atividade aeroportuária já foi instituído de forma controversa, pois apesar da Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/69, previa que os monopólios da União seriam instituídos por lei, o CBA ao instituí-lo, também previu a possibilidade de exploração da atividade pela iniciativa privada através do contrato de concessão (art. 36, I).

¹²² A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) traz em seu art. 21, XII, “c” a competência da União para explorar diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão a infraestrutura aeroportuária. Também, no art. 175, dispõe que os Serviços Públicos serão prestados diretamente pelo Poder Público ou através de concessão ou permissão. No caso brasileiro da desestatização dos aeroportos, o Poder Concedente deverá, além de coadunar o processo ao ordenamento jurídico, considerar as especificidades da atividade, pois a seleção do tipo mais apropriado de desestatização envolve um complexo processo de tomada de decisão que irá, em última análise, depender dos objetivos governamentais com a adoção dessa política.

o planejamento setorial é determinante ao Poder Público¹²³, a ser implementado pela ANAC (Art 3º da lei 11182/05).

Nesse caso há o incentivo à delegação da exploração à iniciativa privada pela PNAC e a adoção do consensualismo devido à necessidade do aperfeiçoamento do relacionamento entre Poder Público e sociedade, potencializado pela necessidade da demonstração da boa fé pública no convite à participação do capital privado.

Por fim, em observância ao ordenamento jurídico, a PNAC foi instituída por Decreto do Chefe do Executivo Federal, e teve sua base, no que tange aos aeroportos, no Marco Regulatório já existente do setor de Aviação Civil. A matriz normativa é a Carta Magna, que determina o domínio da União para a exploração da infraestrutura aeroportuária, diretamente ou indiretamente, esta que se deva dar através de outorga legal ou delegação pelos institutos da concessão, permissão, autorização (art. 21, XII, “c”), bem como outros instrumentos jurídicos legítimos para tal, possibilitando outros entes federativos ou a iniciativa à privada prestar uma atividade de titularidade pública.

3.2 Formas de Prestação de Serviço Público

Os serviços públicos¹²⁴ prestados pelo Estado podem ser de forma direta (centralizada) ou indireta (descentralizada). Segundo Alexandre Santos de ARAGÃO (2008:556) a prestação centralizada pressupõe que a Administração Pública o faça diretamente através de seus próprios órgãos, cumulando as posições de titular e de prestador do serviço.

Por sua vez, Diógenes GASPARINE (2003:283) defende que a prestação ou a execução dos serviços públicos é centralizada quando a atividade é desempenhada por órgão que integra o aparelho administrativo do Estado, em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade. “O serviço vai da Administração Pública, que o executa e explora, ao administrado, seu beneficiário último, sem passar por interposta pessoa”.

¹²³ O art. 174 da CRFB é o principal dispositivo que fundamenta o Estado Regulador e legitima a existência das Agências Reguladoras, pois determina: “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (grifou-se).

¹²² No Presente trabalho não se vai discorrer sobre a taxonomia dos Serviços Públicos. Por todos ver ARAGÃO, 2008.

Já ODETE MEDAUAR (2007:317-318) discorre que há serviços públicos prestados diretamente pela Administração Pública, executados por seus próprios servidores, como é o caso do ensino fundamental e médio nas escolas públicas; outros, “são executados por particulares, mediante contrato de prestação de serviços, remunerados pelos cofres públicos”, citando como exemplo a coleta de lixo em diversos municípios. Porém, não cita como exemplo qualquer serviço de natureza eminentemente econômica prestado diretamente pelo poder público.

Normalmente, para Alexandre Santos de ARAGÃO (2008:557) “na forma descentralizada de prestação de serviço público, o poder público transfere ou a **sua titularidade**¹²⁵, ou simplesmente a **sua execução**, esta por outorga ou delegação, à entidade da administração indireta ou a particular” (grifou-se).

Complementando, considerando serviço público comercial ou industrial, no que tange à prestação direta, pela Administração dessas atividades, MARCELO CAETANO (*usto* ARAGÃO, 2008: 556) defende que por serem eminentemente atividades econômicas, a forma centralizada de prestação não é adequada, por ter cunho empresarial, onde se demanda uma autonomia e agilidade de gestão só alcançáveis por pessoas jurídicas, não por meros órgãos.

Ainda, ao tratar do processo de descentralização, Marcos Juruena Villela SOUTO (2004:11) lecionou no sentido de que o aumento exagerado do número de empresas públicas, controladas e subsidiárias culminou em um grande impacto negativo nos cofres públicos, posto que, na maioria das vezes não havia preocupação com o lucro ou falência, ante a facilidade de obtenção de recursos. O que se presenciava era uma concorrência desleal entre iniciativa privada e as estatais, incompatível com o princípio da livre iniciativa.

Quando a CF proíbe a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado, ressaltando os casos previstos no seu próprio texto (art. 170), aplica-se o caso

¹²⁵ O autor defende que para a transferência da titularidade, sem implicar em privatização, o outorgado deve ser pessoa jurídica de Direito Público. Odete MEDAUAR (2007:318) não difere entre transferência de titularidade e de execução, apenas defende que a transferência à administração indireta é feita através de outorga legal, elencando as quatro espécies de entidades da administração indireta (autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública); ou através de delegação por contrato ou ato administrativo, cujas formas típicas são: concessão, permissão e autorização. Cita também a possibilidade da prestação descentralizada de serviços públicos serem por meio de consórcios públicos.

da infraestrutura aeroportuária, pois há previsão expressa para a sua exploração direta pela União (art. 21, XII, “c”).

Ao seguir a doutrina, tentando uma interpretação mais sistemática, conclui-se que não cabe a prestação de serviço público de cunho econômico de forma centralizada pelo Estado, ou seja, por seus próprios órgãos, principalmente se a atividade expressar qualquer possibilidade de produzir riqueza, inviabilizando a exploração direta pela União quando essas se mostram rentáveis.

Nesse caso, diante do acima visto, deve-se analisar o sistema aeroportuário existente com suas características (capítulo 1), o planejamento de exploração aeroportuária deve contemplar a relação de aeródromos públicos em um gradiente quanto as suas respectivas possibilidades de produzir riquezas confrontando com o interesse público que cada infraestrutura representa para a comunidade local e para o sistema.

Para o estudo em tela, essa discussão acima faz sentido, visto que existem: (i) aeroportos que podem ser classificados em gradiente de deficitários a extremamente lucrativos; (ii) possibilidades de construção ou ampliação de novos aeroportos por iniciativa do Poder Público ou por iniciativa privada; bem como (iii) construções de novos aeroportos, com possibilidades de grande a pequena movimentação de carga ou fluxo de passageiros, em áreas inicialmente privadas ou públicas. Logo, o processo de licitação, que não tem a finalidade de apenas assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, mas sim de viabilizar a delegação de um serviço público ou autorizar¹²⁶ uma atividade econômica regulada, deverá considerar todas essas variáveis e parâmetros na elaboração do edital e/ou contrato de consentimento.

3.3 A exploração aeroportuária no Brasil e seu processo de descentralização

No Brasil há 739 aeródromos civis homologados, logo aeródromos¹²⁷

¹²⁶ Aqui se está adotando o entendimento de que o instrumento de autorização pode ser utilizado para delegar um serviço público, mas que exige muito pouca interferência regulatória, basicamente apenas de ordem técnica.

¹²⁷ Os aeródromos podem ser civis e militares. Os civis podem ser públicos ou privados, segundo a sua destinação. Todo aeródromo civil deve ser cadastrado pela autoridade de aviação civil, sendo os privados registrados e os públicos homologados (CBA). Compete à ANAC fiscalizar a construção, reforma e

públicos abertos ao transporte aéreo regular e não regular. Estes aeródromos podem estar preparados para receber um gradiente de tipos de aeronaves¹²⁸.

Hoje há 184 aeródromos públicos arrecadadores¹²⁹. Os aeroportos administrados pela iniciativa privada constantes deste rol tiveram o processo de descentralização por meio de convênios entre a União e entes da federação, com possibilidade destes subdelegarem a exploração através de contrato.

Ao se falar de delegação de aeroportos à iniciativa privada dos já operantes ou de novos aeroportos, cabe verificar quais os instrumentos jurídicos melhor representarão a relação jurídica do investimento privado na exploração da atividade aeroportuária, que se trata, em regra, de serviço de natureza pública.

O art. 175 da CF, topograficamente colocado no Capítulo que trata dos Princípios da Ordem Econômica Constitucional, determinou que, os atos de delegação dos serviços públicos são: a **permissão** e a **concessão**. Porém a delegação da infraestrutura aeroportuária pode ser feita por concessão, permissão ou autorização (art. 21, XII, 'c'). Ainda trouxe a possibilidade da gestão associada de serviços públicos através de consórcios e convênios públicos (art. 241).

Já o CBA (art. 36) determina que “*os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados:*

I - diretamente, pela União;

II - por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias, vinculadas ao Ministério da Aeronáutica;

ampliação de aeródromos e aprovar a sua abertura ao tráfego (art. 8, XXVIII, com redação dada pela MP nº 527/2011), que se dá pela homologação.

¹²⁸ Deste total, apenas um heliporto está homologado como tal. Isto significa, que no Brasil, apenas uma infraestrutura destinada às aeronaves de asas rotativas está legitimamente aberta exclusivamente ao tráfego de helicópteros. Todavia há inúmeros heliportos instalados dentro dos aeroportos, que funcionam como tal, porém não são exclusivos, por isso fazem parte da infraestrutura aeroportuária.

¹²⁹ Para o aeródromo público ser classificado como aeroporto deve possuir instalações e facilidades a fim de promoverem um serviço público adequado. Dependendo do seu nível de serviço, considerando os tipos de instalações que disponibiliza, ele é classificado para fins de cobrança de tarifas. Logo o aeródromo público pode ser ou não classificado para ter serviços tarifados. A classificação é graduada em quatro categorias, sendo a de primeira categoria a que garante a maior tarifa, decrescendo pelas demais categorias. São assim explorados os categorizados: 01 diretamente pelo Comando da Aeronáutica, 67 pela Infraero e 116 por meio de convênio com Estados e Municípios. No item 3.5 será abordado com maiores detalhes o instrumento de convênio. Para mais detalhes, ver em http://www.infraero.gov.br/images/stories/Arquivos/Tarifas/1_tarifario_port_fev_2011x.pdf. Acessado em 20 de fev 2011.

III - mediante convênio com os Estados ou Municípios;

IV - por concessão ou autorização.

Constata-se então, que quatro são as espécies de instrumentos jurídicos colocados expressamente à disposição do Poder Concedente para descentralizar a exploração da infraestrutura aeroportuária: outorga ou delegação.

A outorga se dá por lei à entidade criada por ente da federação e integrante de sua Administração Indireta (na forma do art. 37, XIX da CF/88). Nada obsta, porém, que Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista venham a participar de um certame como proponente concessionário de serviços públicos. Já na delegação o estado transfere por contrato ou ato administrativo a execução de serviço a particular sob as condições regulamentares e controle público (ARAGÃO, 2008:560)¹³⁰.

3.3.1 Da Outorga

No Brasil, todos os aeroportos eram administrados diretamente pelo então Ministério da Aeronáutica quando, em 1973, ocorre a criação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO (Lei nº 5862/72 e Decreto nº 72219/73) com a finalidade de implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária atribuída pelo então Ministério da Aeronáutica.

Nesse sentido não foi a Lei que transferiu os aeroportos para a Infraero, pois os 67 aeroportos, hoje, sob sua administração, foram recebidos, por etapas, em um programa de transferência destes, das instalações, das áreas e dos serviços correlatos ou afins, que passaram à sua esfera de competência ou de suas subsidiárias por meio de atos administrativos.

Logo, houve uma ordem legal de transferência da execução de uma atividade de titularidade da União a uma Empresa Pública, mas atos administrativos

¹³⁰ É uma discussão inócua sobre a taxinomia da outorga, pois o próprio Alexandre Aragão, na mesma obra em referência (p.576) refere-se a esta como o valor pago pelo concessionário ao concedente pela possibilidade da exploração do serviço público, logo delegado por contrato. Nesse caso, o presente trabalho não pretende enfrentar tal discussão, adotando tal classificação, apresentada pela doutrina mais tradicional, para organizar a discussão e melhor explicar as características dos instrumentos contratuais e legais de anuência da exploração indireta de um serviço público.

implementaram o comando legal abstrato, indicando quais os aeroportos seriam explorados pela Infraero.

3.3.2 Dos Instrumentos de Delegação

Os instrumentos de delegação¹³¹ podem ter como delegatários entes da federação, entidades públicas ou iniciativa privada. O instrumento a ser escolhido pelo Poder Concedente deverá considerar o resultado esperado com a descentralização e o interesse público que reveste a atividade específica delegada. Ditando então os instrumentos trazidos pelo marco normativo: concessão, autorização e convênios.

3.3.2.1 Concessão de Serviço Público

Com relação à evolução do instituto da concessão, Alexandre Santos de ARAGÃO (2008:564) defende que as concessões surgiram com a necessidade do Estado em controlar algumas atividades essenciais (transporte, energia, etc.), quando o movimento iluminista, no século XVIII, gerou o liberalismo econômico. Tal instituto passou a ser utilizado desde o século XIX na Europa, sobretudo na França, para a prestação de serviços que exigiam grandes investimentos financeiros e expertise, encargos estes que o Estado não podia assumir (MEDAUAR, 2007:318).

Logo, desde o início, o que justificava a existência de Concessões de Serviço Público era a falta de tecnologia e recursos por parte do Estado (principalmente nas estradas de ferro, produção e distribuição de energia e setor de iluminação pública), além da necessidade de sua abstinência empresarial em face do modelo liberal. Nesse caso, apesar do Estado não ter lucro com a exploração econômica de serviços públicos, não corria o risco de sofrer prejuízos, pois esses eram suportados pelo concessionário, que repassava o custo do risco para o povo.

A causa do desuso pelo Estado da concessão foi a teoria da imprevisão, pois o povo não recebia a repartição dos lucros obtidos pelos riscos não efetivados

¹³¹ A mesma discussão sobre taxinomia da nota anterior pode aqui ser apresentado, pois o instrumento da delegação é o contrato. Porém se verá que acordos de interesses convergentes (divergindo de contrato) também podem ser utilizados para delegação. Nesse caso será apresentado neste tópico as características dos instrumentos expressados pelo legislador para anuir a exploração indireta da infraestrutura aeroportuária, que não por empresa pública.

(JURUENA, 2004:11), por falta de uma regulação da prestação da atividade de relevante interesse coletivo.

No Brasil, o instituto da concessão já estava previsto desde a Constituição Federal de 1934, art. 137, porém pendente da edição de lei federal que regulasse a sua efetivação. As Constituições subsequentes de 1946, 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969, repetindo, previram a edição de lei federal para a regulação da utilização de concessão de serviços públicos. Como se vivia em um período de Estado provedor, essas leis nunca foram promulgadas, mantendo o viés de remeter à lei federal a regulação do regime de delegação.

A CF/88 determinou qual legislação disporá sobre o regime jurídico das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, além de tratar do regime especial dos contratos, das condições de prorrogação; dos direitos dos usuários; da política tarifária; e da obrigação de manter serviço adequado (art. 175, parágrafo único). Nesse ínterim, antes mesmo da regulamentação exigida pelo do art. 175 da CF, foi editada a lei nº 8.031/90, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização (PND), como um planejamento para um viés estatal menos empresarial e mais regulador. Esta lei foi revogada pela lei nº 9.491/ 97, que prevê a concessão como forma de desestatização (art. 2º).

Como já mencionado, em 1995 foi editada a lei nº 8.987 que regulamentou os institutos da Concessão e Permissão, ambos de natureza contratual de direito público, mas, que segundo Marcos Juruena Villela SOUTO (2004:14), atenuou o impacto negativo das cláusulas exorbitantes nos contratos de concessão, fator que gera “para os particulares um temor em relação à possibilidade de arbítrio dos administradores; daí porque o *risco* como fator de decisão de investir grandes quantias em infraestruturas de serviços públicos”.

Alexandre ARAGÃO (2008:566-568) ao tratar da natureza jurídica das concessões de serviços públicos elenca seis correntes doutrinárias¹³², aderindo aos que

¹³² As seis correntes são: ato unilateral; dois atos unilaterais; contrato de direito privado; contrato de direito público; contrato de direito público e privado e teoria mista. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (*usto* SOUTO, 2004:10 – nr 6) quando se refere à discussão sobre a natureza da concessão no século XIX, classifica em três correntes: ato unilateral; ato complexo e contrato. Ainda, sobre tal discussão, com maiores detalhes, ver BITTENCOURT, 2006: 45-52.

sustentam se tratar de um contrato de direito administrativo, “com a peculiaridade de nem todas as suas condições constarem no instrumento do contrato”, podendo estar disciplinadas diretamente por “leis ou regulamentos já editados ou a serem editados no futuro”.

Nesse sentido, concessão, nos termos da lei nº 8.987/95, trata-se de delegação contratual, onde o Poder Concedente transfere a um particular a realização e exploração, por sua conta e risco, da execução de uma obra ou serviço público, remunerado pelo usuário por tarifa, além das receitas auxiliares, por prazo certo, com cláusulas essenciais e privilegiadas para a Administração¹³³.

A concessão do serviço público não muda a sua natureza, apesar da execução ser realizada pela iniciativa privada. Por isso, se o órgão regulador e fiscalizador da atividade apontar irregularidades na sua prestação, estas configuradoras de hipóteses de extinção do contrato, bem como identificar motivos relevantes que são essenciais ao atendimento do interesse público e não estão sendo cumpridos, faculta ao Poder Concedente, observando as formalidades devidas, retomar a prestação.

Porém, apesar do acima afirmado, o autoritarismo da Administração cedeu espaço para a consensualidade. Com isso a noção de “interesse público” extrapola a necessidade da presença do Estado nas relações jurídicas que o clama. Isto porque, o verdadeiro interesse público pertence à sociedade e, esta sim, figura como detentora do interesse público primário. Portanto deve, tal valor, agora, ser perquirido em cada caso concreto, não bastando apenas a sua alegação como motivação do ato administrativo.

Com isso, a supremacia do interesse público, que legitima as cláusulas exorbitantes nos contratos de concessão, é relativizada de acordo com o gradiente da necessidade do capital privado, a fim de transmitir a maior segurança ao investimento na prestação dos serviços públicos, ao aperfeiçoá-lo.

Bem coloca Marcos Augusto PEREZ (2006:14-17) que a concessão é um dos instrumentos jurídicos captador de investimentos privados na prestação de serviços

¹³³ Tais cláusulas denominadas de cláusulas exorbitantes “são aquelas que seriam ilícitas no âmbito do direito privado, pois colocam uma das partes em supremacia em relação à outra, mas que no contrato administrativo são plenamente possíveis”, que decorre da **supremacia do interesse público** sobre o particular, “ainda que não escritas nos contratos, são plenamente aplicáveis” (GARCIA, 2007:148) ao tratar das cláusulas exorbitantes nos contatos administrativos em geral. .

públicos. Porém, tais contratos, rotineiramente, enfrentam constantes problemas econômico-financeiros¹³⁴, o que demanda reflexão jurídica, pois não cabe mais a hermenêutica administrativista tradicional, já que esses contratos administrativos têm equações diferentes de riscos, o que desborda dos limites da tradicional teoria das áleas do contrato administrativo.

Prossegue o autor informando que o risco é quantificável pelo concessionário e repassado para o usuário do serviço público, ou seja, quanto maior o risco, maior o custo transferido para as tarifas. Porém não há concessão sem riscos para o concessionário, mas também não há aquela em que o concessionário suporte integralmente os riscos da atividade. Por isso afirma que a interpretação da lei nº 8.987/95 quando determina que a prestação deve ser executada “por conta e risco do concessionário”, deva ser no sentido de “transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar” (PEREZ, 2006:105 e 130).

Por fim, segundo Alexandre Santos de ARAGÃO (2008:655); os contratos firmados em uma sociedade dinâmica, quando as relações sociais são constantemente variáveis, diante das inovações tecnológicas e variações econômicas, não podem os contratos ter a pretensão de congelarem determinadas relações jurídicas no momento de sua celebração, adaptáveis apenas a fatos imprevisíveis.

Nesse sentido, o instituto da concessão vem sofrendo uma adaptação à evolução das relações jurídicas entre o poder público e a iniciativa privada na prestação de serviços públicos. Vem, assim, repensando a obrigatoriedade das cláusulas de império ou extravagantes exigidas aos contratos administrativos.

Ainda, não se trata de um contrato público típico, que instrumentaliza a contratação da iniciativa privada para prestação de um serviço eminentemente privado a ser remunerado pelos cofres públicos, mas é um instituto que instrumentaliza uma

¹³⁴ “Há uma multiplicidade de fatores a provocar esses desequilíbrios e problemas de execução, dos quais são exemplos: a ausência de regulação ou regulação indevida do serviço prestado; a interferência de interesses políticos paroquiais no curso das concessões ou na fixação de tarifas; as deficiências de planejamento do serviço concedido, como a falta do correto dimensionamento da demanda, dos investimentos em universalização de modernização e, em função disso, do prazo contratual; a superveniência de condições sócio-econômicas imprevistas ou de proporção incalculável; e a incúria ou má administração dos serviços pelos concessionários”. Ainda sobreleva várias questões, como a proteção exacerbada do consumidor pela judicialização da regulação; etc. Para a questão das áleas, ver ARAGÃO, 2008: 640-643.

relação complexa, que serve para possibilitar a prestação de serviços públicos com investimentos privados. Logo, a repartição dos riscos não é apenas autorizada, como deve ser implementada em determinada medida, quando assim se fizer necessário.

Firmada entre poder concedente¹³⁵ e o concessionário¹³⁶, observa, além das características normais do contrato em geral, como supra-informado, as formas, o procedimento e as cláusulas essenciais, devendo sofrer uma releitura da necessidade das cláusulas exorbitantes. Exige-se, também, a modalidade concorrência de licitação para a concessão (arts. 14 a 22 da lei nº 8987/95). Subsidiariamente deve-se aplicar a lei nº 8.666/93 (art. 18, *caput*, da lei nº 8987/95) e eventuais leis setoriais¹³⁷.

Alexandre Santos de ARAGÃO (2008: 576), com base em análise sistemática da lei nº 8.987/95, elenca algumas particularidades que cabe citar integralmente, dentre elas, com relação à modalidade licitatória necessária da concorrência, informa que “a lei que aprovou o Programa Nacional de Desestatização (lei nº 9.491/97) permite, contudo, que as concessões abrangidas por esse Programa sejam precedidas de leilão”; com relação ao aspecto econômico, este se subdivide em dois: “as tarifas a serem cobradas dos usuários, e o valor da outorga devido pela concessionária ao poder concedente. O ‘preço’ nas concessões de serviço público refere-se, pois, tanto ao valor da tarifa, como ao valor da outorga”.

Marcos Juruena Villela SOUTO (2005:217) informa que a licitação é um meio a se alcançar uma finalidade pública, que por ser requisito meramente formal,

¹³⁵ Apesar da previsão de ser poder concedente um dos entes federados (União, Estado, Distrito Federal ou Município), que é o real titular do serviço público a ser concedido (art. 2º, I – lei nº 8987/95), na doutrina, discute-se a juridicidade do poder concedente ter sido outorgada a algumas das Agências Reguladoras, como no caso da ANAC (Lei nº 11.182/05, art. 8º, XXIV e XXV).

¹³⁶ Com relação à outra parte do contrato de concessão, o concessionário deverá sempre ser a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização. As pessoas jurídicas são as formas elencadas no arts. 40 a 44 do Código Civil. Quando se fala em consórcios de empresas não há que se confundir com consórcios públicos, embora apresentem uma similaridade no nome, o ato que enseja os consórcios administrativos ou consórcios públicos não se submete mais às regras dos convênios administrativos, pois aquele instrumento foi disciplinado pela nº lei 11.107/05, que regulamentou o art. 241 da CF; enquanto que o consórcio comercial, o previsto na lei nº 8987/95 contém base legal no art. 278 da lei nº 6404/76 – Lei das Sociedades Anônimas (DURÃO, 2007:118). Se o delegatário parcial for um consórcio ou convênio público, o instrumento não será a concessão, mas sim o próprio instrumento de convênio ou consórcio, como melhor será explorado nesse capítulo.

¹³⁷ A lei nº 8987/95, §1º, do art. 1º assim determinou: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

pode ser afastado diante de princípios de maior conteúdo valorativo, “como é o caso do princípio da continuidade dos serviços públicos, da segurança jurídica e do próprio interesse público¹³⁸. No entanto, em sendo inviável, a realização de processo licitatório, não há que exigi-la. Todavia, em sendo possível, não há o que se falar em dispensa de licitação (ARAGÃO, 2008:577)¹³⁹.

O poder concedente deve ter em mente que um edital mal elaborado pode gerar uma licitação deserta ou a necessidade de revisão contratual futura, por impossibilidade de prestação de um serviço adequado, pois a prestação do serviço concedido será regido pela lei nº 8987/95, pelas normas legais pertinentes e **pelas cláusulas dos indispensáveis contratos** (art. 1º da lei nº 8.987/95).

A lei nº 8987/95 não fixa prazo máximo para a celebração dos contratos de concessão, mas como se trata de contrato administrativo, deverá haver algum prazo estipulado no contrato. Também não há o que se falar na aplicabilidade do prazo limite estipulado pelo art. 57 da lei nº 8.666/93, pois tal prazo é para regular os contratos que a Administração Pública se compromete em realizar despesas, que não se coaduna com o objeto da concessão (Aragão, 2008:579). Assim, caberá uma normatização setorial a respeito para os serviços públicos.

No caso dos projetos de infraestruturas é sabido que para a prestação de serviços públicos se exige grandes aportes financeiros, além da alta tecnicidade para a gestão de um aeroporto¹⁴⁰ e impossibilidade de dar garantia real ao financiamento do investimento. Nesse sentido os projetos em geral de financiamento de infraestruturas similares àquelas são realizadas sob a modalidade de *project finance*, em que a garantia

¹³⁸ Com o mesmo discurso Marçal JUSTEM FILHO (2008:65) defende que é “obrigatório, porém, que a Administração defina o conteúdo da vantagem, antes de promover a licitação. É necessário ter consciência de que a licitação tem natureza instrumental. É via prevista para o Direito para atingir certo fim, com observância de certos princípios e satisfação de valores específicos”.

¹³⁹ O autor elenca duas exceções à impossibilidade de dispensa: Relevância Urgência e Baixo Valor (art 24, I e IV), citando Marçal JUSTEM FILHO. Apesar dos dois renomados autores, parece que não há como aplicá-las à concessão aeroportuária, pois além da própria lei de concessões prever a necessidade de um planejamento motivador da concessão (art. 5º da lei nº 8987/95), o aeroporto é um equipamento altamente complexo e que exige grande aporte financeiro.

¹⁴⁰ Apesar de que as atividades estão atraindo, cada vez mais, investimentos despidos da tecnicidade (ARAGÃO, 2008:587), pois a tecnicidade pode ser contratada de necessários colaboradores, assim como o financiamento, ou seja, a busca pela diversificação ou pulverização de investimentos com a finalidade de maximizar a rentabilidade.

é o fluxo de caixa previsto para saldar a dívida. Com essa dificuldade apresentada de se captar financiamentos de grandes volumes de recursos de longo prazo, a lei nº 11.196/05, alterou a lei nº 8987/95 (art. 27, §§2º a 4º) instituindo a possibilidade do *step-in rights*¹⁴¹ e (art. 28-A) a cessão fiduciária¹⁴².

No caso dos aeroportos, ambas as cláusulas podem ser eficazes, já que com relação ao *step-in rights*, não há questionamentos; e com relação à cessão fiduciária, também poderá ser operacionalizada, já que as tarifas aeroportuárias são processadas pelo Sistema Único de Cobrança de Tarifa Aeroportuária (SUCOTAP).

Todavia, resta a questão das receitas acessórias, o que pode ser equacionado com a obrigação de depósitos por parte do concessionário das receitas alternativas na conta vinculada ao contrato de concessão. Cabe ressaltar que o aeroporto é uma universalidade de bens equiparados a bem público, independentemente de suas titularidades (art. 36, §5º do CBA).

Em sendo o patrimônio público de direito, no caso dos aeroportos já existentes, em se desestatizando a sua operação total, ou seja, do lado ar e terra, a cessão das áreas comerciais¹⁴³ entre concessionário e terceiros não exigirá processo de licitação, já que este já existiu para a exploração da atividade numa área patrimonial pública, e se ali houver áreas comerciais, não há o que se falar em sujeitar o delegatário a novo processo de licitação para a exploração das atividades comerciais.

¹⁴¹ A cláusula de *step-in rights* deverá estar prevista no contrato de concessão, ou seja, o poder concedente autorizará o **controle da concessionária por seus financiadores** para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, se as condições previamente estabelecidas no contrato de concessão forem implementadas. Para o exercício desse direito os financiadores deverão atender às exigências de regularidade jurídica e fiscal, para assumirem o controle da concessionária até a quitação da dívida, desde que não se altere as obrigações da controlada e de seus controladores frente ao poder concedente.

¹⁴² É um instituto que garante um direito sobre os recebíveis do concessionário, assemelhando-se a um penhor, que coloca o agente financeiro numa situação mais confortável, visto que ele terá um direito real, *erga omnes*, sobre os recebíveis, pois o banco em que o concessionário movimenta os seus ingressos financeiros pode criar uma conta vinculada, que o agente financiador tem acesso no caso do implemento da condição de inadimplente, pois não cabe a exceção do contrato não cumprido: consumidor x concessionário.

¹⁴³ As áreas patrimoniais, para fins de exploração econômica, se dividem em administrativas públicas (destinadas aos órgãos e entidades públicas, necessárias ao funcionamento do aeroporto), vinculadas às atividades aéreas (ambas as espécies há um limite mínimo a ser observado e comerciais – está aqui se falando destas (Resolução n 113/ANAC/2009).

Por isso, as normas que recairão sobre tais relações jurídicas serão tipicamente de direito privado, quais sejam, as leis de locação e Código Civil, não devendo a Entidade Reguladora interferir nesse sentido. Todavia, nos casos em que se tratar de concessão na modalidade de Parceria Público Privada, ou outra modalidade que o aeroporto se apresente como deficitário e haja subsídio da atividade, deverá ser muito bem pactuada a normatização dessa relação, visto que a omissão levará ao entendimento pela obrigatoriedade da aplicação da lei federal de Licitações e contratos, se for o caso.

3.3.2.2 Das Parcerias Público Privadas

As parcerias público-privadas, espécie de concessão, surgem com a tentativa do Estado em chamar, como parceiro, a iniciativa privada para investirem e dividirem os custos de se implementar e manter a infraestrutura, com os quais nenhum deles teria condições de arcar individualmente. O Estado por não ter condições financeiras e a iniciativa privada por não ser a atividade lucrativa, ou seja, as receitas tarifárias acrescidas das receitas acessórias não seriam suficientes para cobrir o custo da atividade (ARAGÃO, 2008:664-665).

No direito positivo brasileiro, a parceria público-privada está disciplinada na lei nº 11079/04 e Decreto n 6.017/07. Tais normas vieram para transmitir maior segurança jurídica, tanto aos administradores legalistas, que não conseguiam flexibilizar o risco dos contratos de concessão, bem como para os investidores privados, que observando a conduta temerosa e conservadora da Administração não se interessavam em investir, pensando ser o risco muito grande.

E a prova disso pode-se retirar da literalidade da própria lei nº 11.079/95, dispondo que “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Todavia, pode-se entender que a concessão “é gênero que abriga as múltiplas formas de parcerias público-privadas”, adequando-a ao caso e possibilitando a atratividade do capital privado para a “montagem de projetos de financiamento que

viabilizem a implantação, manutenção, ampliação e modernização de serviços públicos”, buscando a modernização do estado por meio de um instrumento adequado (PEREZ, 2006:97)

Dois são os modelos de PPP: patrocinada e administrativa. No caso da infraestrutura aeroportuária o modelo que se mostra mais apropriado é a PPP patrocinada, pois foi desenhada para instrumentalizar a delegação das atividades econômicas titularizadas pelo Estado e que sejam suscetíveis de exploração pela iniciativa privada, mas, em regra, deficitárias¹⁴⁴.

Já as “concessões administrativas”, prestam-se às atividades em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente ou juridicamente vedada, como no caso dos serviços sociais (saúde e educação prestados pelo poder público), ou ainda porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado (sistema prisional). Pode ser o caso da exploração dos aeródromos públicos de baixo movimento, mas de grande relevância social¹⁴⁵, o que era realizado por instrumento de convênio delegação com Estados e Municípios.

Vê-se que há uma proximidade com as concessões tradicionais da lei nº 8.987/95, canalizando parte da doutrina a concluir que a instituição de uma lei disciplinadora da modalidade de parceria patrocinada de concessão seria dispensada, pois “mesmo sob a égide apenas da lei nº 8.987/95, já seria possível ao Poder Público complementar direta ou indiretamente o valor arrecadado com as tarifas para viabilizar a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada” (ARAGÃO, 2008:698).

Além da concessão, a Constituição previu os instrumentos da permissão e autorização para delegação de serviços públicos. Todavia, o próprio texto constitucional determinou que o conteúdo desses contratos de delegação da gestão de serviços públicos devem ser fixados por lei, “abre-se a possibilidade de criação legislativa de diferentes modalidades contratuais de concessão e permissão”, com isso vários outros

¹⁴⁴ Vide o artigo de SOUTELINO sobre PPPs em aeroportos. Disponível na obra coletiva: Âmbito de aplicação das Parcerias Público-privadas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009.

¹⁴⁵ Provavelmente, próximo dos 50% dos aeródromos públicos, hoje, estão nessa situação.

instrumentos jurídicos podem ser utilizados, como: arrendamento, gestão interessada ou gerência. (PEREZ, 2006:92)¹⁴⁶.

Com relação à delegação da infraestrutura aeroportuária, a lei nº 11.182/05 ao se referir ao modelo de delegação da exploração da infraestrutura aeroportuária utilizou o termo **concessão** (art. 3º, II). Essa é uma característica que se vem notando no Legislador em não se apegar à tecnicidade jurídica para se referir aos seus instrumentos formais de delegação¹⁴⁷, bem porque a própria lei outorga à ANAC o poder de **conceder** ou **autorizar** a exploração da infraestrutura aeroportuária (art. 8, XXIV).

Apesar do instrumento da concessão figurar como centro de atratividade do capital privado para financiamento que viabilize a implantação, a manutenção, a ampliação e a modernização de infraestruturas destinadas a serviços públicos, é cada vez mais comum a utilização de instrumentos menos revestidos de formalidades, como é o caso da **autorização administrativa** (PEREZ, 2006:97).

3.3.2.3 Da Autorização

O conceito de autorização como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, com ampla discricionariedade ao juízo de conveniência e oportunidade, vem sofrendo uma releitura que a legislação está lhe dando, como por exemplo, a autorização para o setor de energia ou telecomunicações, e tem natureza de ato bilateral ou contrato de autorização. Além dos institutos da concessão e da permissão, também a autorização é figura que vem sendo utilizada para a delegação de serviços públicos (ROCHA, 1996:175-181)

Maria Silvia Zanella DI PIETRO (2007:236) entendia que a autorização não se prestava à delegação de serviço público. Porém reportou expressamente a sua mudança de entendimento, pois mesmo que o ato de autorização seja de interesse

¹⁴⁶ No presente trabalho não se explorará as diversas formas de descentralização da atividade aeroportuária.

¹⁴⁷ Para comprovar o acima afirmado, leia-se um dispositivo do texto constitucional: art. 177, “V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser **autorizadas sob regime de permissão** (...)”(grifou-se).

predominantemente do autorizatário, não ilide o interesse público na prestação da atividade¹⁴⁸.

Cabe ressaltar que com relação à autorização, que está prevista na CF, no CBA e na lei nº 11182/05, não há legislação brasileira, conceituando-a abstratamente como - ato da administração ou ato administrativo, discricionário e precário, realizado com base no juízo da conveniência e da oportunidade¹⁴⁹. A motivação dos atos administrativos limita a discricionariedade frente ao interesse público de seus efeitos a ser praticado, para aprovar a prestação de serviço pela iniciativa privada.

A necessidade de estabilidade e segurança jurídica é o que justifica a tendência ao surgimento de autorizações vinculadas e não precárias, que habilitam o exercício de atividades econômicas por particulares, garantindo a continuidade, a sustentabilidade e adequabilidade do direito e da estrutura estatal intervencionista para regulatória.

A título exemplificativo pode-se citar a telefonia fixa comutada que pode ser prestada em regime público e privado, neste caso por meio da autorização, de forma vinculada, porém desregulada economicamente, podendo o autorizatário praticar livre preço. Também é um bom exemplo o setor portuário (Lei n 8630/2003), trazendo a necessidade de prévia autorização a exploração dos terminais portuários privados.

Isto posto, a intenção não é de privatizar uma atividade por ato infraconstitucional, mas dar efetividade e eficiência aos atos administrativos de contratação com a iniciativa privada para que invistam em serviços públicos¹⁵⁰.

O Instituto pode ser aplicado aos aeródromos de propriedade privada que queiram explorar economicamente o seu excedente de disponibilidade. Todavia,

¹⁴⁸ Para mais sobre o assunto de autorização de serviços públicos, ver: FARIAS, 2005.

¹⁴⁹ Marcos Juruena Villela SOUTO (2004:233-234) conceitua autorização clássica, quando trata de autorização de serviços públicos, como um “ato administrativo unilateral, discricionário e precário, incluído na categoria dos atos negociais ou receptícios, porque envolve uma provocação do interessado, a cuja aceitação fica condicionada a sua eficácia”.

¹⁵⁰ Pode-se citar como exemplo uma situação hipotética de um produtor agrícola ou industrial desejar em sua área explorar um aeródromo privado, comercializando o seu excedente aos industriais do seu entorno, já que a produção da região é escoada por caminhos por estradas em estado precário, impactando no custo da mercadoria ou na inviabilidade da ampliação do seu seguimento. Qual instrumento seria utilizado? Qual a natureza dessa exploração? Poderia o aeródromo privado receber um ou outro voo regular? Caberia controle tarifário?

dependendo de sua vocação: vôo regular, aviação geral, carga, etc, poderá variar o instrumento jurídico a ser utilizado.

Sendo assim, visto às características do aeroporto, o ato mais provável para a delegação do serviço aeroportuário de pouco movimento, logo de baixa rentabilidade, tende a ser a autorização vinculada a uma Resolução da ANAC, que discipline o processo de delegação. Dependendo da região e de interessados, devido à necessidade (tanto para garantir a isonomia e a concorrência, quanto a tecnicidade) de haver cláusula de raio na autorização, caberá à ANAC promover os atos com base na ampla participação da sociedade interessada, agir consensualmente com os demais órgãos de controle e respeitar o contrato a ser firmado.

3.3.2.4 *Dos Convênios e Consórcios Administrativos*

Outra forma de delegação é por meio de convênios. Ao tratar do tema, Helly Lopes MEIRELLES (1989:334), definiu que houve uma evolução cronológica da forma de prestação dos serviços públicos, de centralizados para a delegação aos particulares; destes, avançou-se para a outorga às autarquias; daí defletiu-se “para os serviços transpassados a entidades paraestatais, e finalmente chegou-se aos serviços de interesse recíproco de entidades públicas e organizações particulares realizados em mútua cooperação, sob as formas de convênios e consórcios administrativos”.

Isto porque a CF/88 veio prevendo, em seu art. 241¹⁵¹, a criação de convênios e consórcios administrativos¹⁵² para a gestão associada de serviços públicos entre os entes da Federação, com a possibilidade da transferência total ou parcial de

¹⁵¹ A CF prevê, quando trata de competências federativas comuns, que “**leis complementares** fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”; mas prevê também que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de **lei** os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos” (grifou-se). Logo, quando se tratar dos instrumentos de gestão associada, o disciplinamento será por lei ordinária editada em cada ente federado.

¹⁵² Não há o que se confundir consórcio administrativo (art. 241 da CF, lei nº 11107/05 e Decreto nº 6017/07) com consórcio empresarial (art. 278 da lei nº 6404/76). O Consórcio empresarial é composto por pessoas jurídicas de direito privado, não tem personalidade jurídica e visam maximizar a rentabilidade de seus empreendimentos. Já o consórcio administrativo é uma associação de entes federativos, pessoas jurídicas de direito público, que visam a otimizar recursos na consecução de um objetivo comum.

encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Tal mandamento constitucional é depreendido do federalismo cooperativo, dispondo sobre uma forma de implemento e desenvolvimento de ações de cooperação entre os entes federados, na execução dos serviços públicos (DURÃO, 2007:72).

Até 2005, não havia regulamentação desse dispositivo e o Convênio, apesar de não ser espécie de contrato, era citado na lei nº 8.666/93 (art. 116 e ss)¹⁵³, o que foi feito apenas com relação aos convênios e contratos de repasse, que envolvem transferência voluntária de recursos orçamentários por parte do órgão concedente (disciplinamento em âmbito federal), prevendo uma contrapartida por parte do conveniente, que pode ser pessoas jurídica de direito público ou privado, este sem fins econômicos.

Já com a edição da lei nº 11.107/2005 (art.6º, caput, I e II) os consórcios públicos passaram a ser disciplinados como o instrumento jurídico hábil à celebração de um contrato entre entes da federação, com objeto de interesse comum. Todavia, somente os entes federados¹⁵⁴ podem ser sujeitos de um consórcio público, não podendo participar do ajuste entidades privadas ou da administração indireta¹⁵⁵, conforme dispõe o art. 1º da lei 11.107/05. Até a edição dessa lei, os consórcios administrativos eram confundidos com os convênios, que podem ter a mesma finalidade.

Segundo Alexandre Santos de ARAGÃO (2008:762) com o disciplinamento legal dos consórcios administrativos, novo instrumento jurídico foi introduzido para atender à evolução dos meios de prestação dos serviços públicos, “adotando uma

¹⁵³Com regulamentação pela Portaria nº 01 da Secretaria do Tesouro Nacional. Em 2007 foi editado o Decreto nº 6170 (com alterações posteriores), disciplinado as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse; disciplinado pela Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/2008.

¹⁵⁴ Nesse sentido, em havendo uma atividade de titularidade pública e de interesse de mais de um ente público (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), dois ou mais desses entes podem se juntar para gerir ou prestar diretamente essa atividade. Para isso, deverão constituir essa pessoa jurídica na forma de associação de direito privado ou associação de direito público (arts. 1º, §1º; 4º, IV; 6º da lei nº 11.107/05).

¹⁵⁵ Apesar de não poderem fazer parte, as entidades da Administração Indireta, estas poderão contratar com os consórcios (art. 2º, §1º, II e III, §2º - lei nº 11.107/05), para promoverem a realização de seus objetivos, sendo dispensada a realização de procedimento licitatório. Por outro lado, os consórcios devem realizar procedimento licitatório para subdelegar a atividade a ele delegado, por meio dos instrumentos de concessão ou permissão (art. 2º, §3º; 4º, XI, “c” da lei nº 11107/05). Mas é vedado atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, por ele mesmo, prestados (art.13, §3º da lei nº 11.107/05). Logo, o contrato de programa estará extinto se a entidade que o celebrou deixar de integrar o acordo

fórmula original de prestação descentralizada por entidade plurifederativa da administração indireta” e tendo os privilégios e prerrogativas das pessoas jurídicas de direito público, passando a integrar a Administração Indireta de todos os entes da Federação que fazem parte do consórcio (art. 6º, §1º).

Nesse caso, para os consórcios administrativos de direito público poderá ser delegada atividade típica de Estado. Há também previsão em lei que o consórcio administrativo possa adquirir natureza jurídica de direito privado de qualquer espécie¹⁵⁶, mediante o atendimento dos requisitos legais, conforme o art. 6º, II da lei nº 11.107/2005.

O início da criação de um consórcio administrativo se dá por meio do Protocolo de Intenções em celebrar um acordo (art.4º da lei nº 11.107/05), estabelecendo cláusulas para a concretização do mesmo. Este deve ser ratificado mediante lei de cada um dos entes da Federação que o subscrevem. Após a ratificação poderá ser celebrado o contrato de constituição do consórcio, no qual deverá ser utilizado para a aprovação do Estatuto do consorcio, que atenderá todas as cláusulas do contrato, sob pena de nulidade. Dando assim uma estabilidade maior às intenções políticas de um determinado momento.

O art.12 da lei 11.107/2005 determina que a alteração ou extinção do Consórcio dependerá de instrumento aprovado pela Assembléia Geral e ratificado mediante lei por todos os entes consorciados. Assim, o consorciado não pode ser obrigado a se manter no consórcio, mas caso queira o ente retirar-se, depende de ato formal de seu representante na Assembléia Geral, na forma prevista em lei, e seus bens utilizados no consórcio somente serão revertidos ou retrocedidos para este se houver previsão expressa no contrato de consórcio ou no instrumento de transferência ou alienação¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cabe ressaltar que qualquer espécie deve ser lido com muito cuidado, pois o caso posto é para delegação de uma atividade pública, que, no caso em estudo, trata-se de uma Infraestrutura aeroportuária, e como partícipes entes federados, logo ao se analisar as espécies de pessoas jurídicas de direito privado possíveis, ver-se-á que apenas caberão as espécies de sociedade limitada ou sociedade anônima

¹⁵⁷ Essa previsão normativa, apesar de que deveria estar internalizada no administrador público, que é a boa fé e o comprometimento com o atendimento ao interesse público, fez-se necessário, já que havia um risco elevado de um dos consorciados desistir do consórcio, principalmente por mudança de governo, e comprometer a prestação do serviço público.

Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2009:38), ao comentar sobre a integração administrativa no federalismo brasileiro afirma que o consórcio reúne meios para a execução de atividades em regime de cooperação com atividades de **competência de todos os pactuantes**; já o convênio institui uma cooperação administrativa para a execução de atividade que seja de competência **de uma das partes**.

Diante do acima exposto pode-se ousar em tentar flexibilizar a lição do professor Moreira Neto, com base não da competência titularizada pela CF/88, mas no relevante interesse que circunda o objeto do consórcio. Isto porque, no caso em tela, a Secretaria de Aviação Civil pode, por meio de Portaria, determinar os aeroportos de Interesse Federal¹⁵⁸ e qual o regime que serão explorados, ou seja, os que serão administrados: pela Infraero, diretamente pelo COMAER (LC nº 97/99, art. 18, IV), quais poderão ser delegados aos demais entes federativos e quais poderão ser delegados diretamente e indiretamente à iniciativa privada.

Logo, nada obsta que a SAC indique grupos de aeródromos que podem ser delegados aos Estados, por meio de consórcios administrativos, por ser um instrumento mais perene, diferente do convênio que é um direito potestativo da parte denunciá-lo, podendo comprometer a continuidade da atividade por interesses políticos diversos entre políticos. Cabe ressaltar, que os consórcios possibilitam a subdelegação.

Com relação ao **convênio**, a análise do tratamento jurídico conferido às modalidades de exploração da infraestrutura aeroportuária aponta a modificação dos termos utilizados nos últimos anos, o que exige a investigação acerca de eventuais incompatibilidades entre a previsão do convênio delegação no CBA (art. 36, III) e o texto Constitucional.

O posicionamento da ANAC sobre o tema foi materializado pela Diretoria da Agência em reunião deliberativa, ocorrida em 17 de março de 2010, na qual se

¹⁵⁸ Ao elaborar e aprovar o Plano de Outorgas, a SAC pode determinar, por ato administrativo, quais os aeródromos são de interesse federal (Lei 12379/11, art. 10, II n/f da Lei nº 10683/03, art. 24-D, IV e VIII, incluído pela MP nº 527/11). Como já falado, há poucos aeródromos rentáveis, alguns podem se tornar atraentes à iniciativa privada por meio de atos de gestão, mas, em regra, todos os aeródromos operantes, lucrativos ou não, são de interesse nacional. (Ex. Uma das possibilidades é com o Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo, podendo prever ou não a possibilidade de subdelegação para o consórcio).

aprovou o Parecer nº 89/2010/PGFPP/ANAC¹⁵⁹, de 10 de março de 2010. Em apertada síntese, o fundamento deste parecer foi que a ANAC não tem competência legal para explorar a atividade. Como o instrumento de convênio se presta a acordo entre concedente e conveniente para a exploração de atividades de competências comuns, logo a ANAC não pode ser partícipe de instrumento dessa natureza com tal objeto.

Voltando ao posicionamento supracitado do professor Diodo de Figueiredo, no que tange ao convênio, parece ter total pertinência, pois este pode funcionar como instrumento de delegação de atividade de titularidade apenas de uma das partes.

Essa afirmativa está alinhada com o processo de descentralização previsto no Decreto-Lei nº 200/67, que prevê que as atividades da Administração Federal deverão ser amplamente descentralizadas para as demais unidades federadas mediante convênio.

Também, em parte, nesse entendimento está o Parecer nº 899/2010/CONJUR-MD/AGU¹⁶⁰, aprovado pelo Despacho Decisório nº 08 de 15/12/2010 nos termos do que dispõe o art. 42 da lei complementar nº 73/93, logo de caráter vinculativo. Tal determinação não só reconheceu que caberia à ANAC instrumentalizar os convênios, como a competência da antiga SAC para identificar os aeródromos que deverão ser explorados mediante tal instrumento, isto porque a natureza do convênio é de delegação e o Poder Concedente da Infraestrutura aeroportuária foi outorgada à ANAC.

Porém com a criação da SAC pela MP nº 527/11, passou a competir-lhe “transferir para Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de convênios de delegação, a implantação, administração, operação, manutenção e exploração de aeródromos públicos, direta ou indiretamente” (art. 24-D da Lei nº 10683/03). Tal transferência poderia ser entendida como os contornos regulatórios que a SAC definiria

¹⁵⁹ O Parecer versa sobre a “*definição de competência para a celebração de convênios para a administração de aeródromos com base no disposto no art. 36, III, da Lei 7.565/86 (CBA) bem como para a sua fiscalização e acompanhamento*”. Disponível em <http://www2.anac.gov.br/transparência/pdf/Ata%2017032010.pdf>. Acesso em: 25/11/2010.

¹⁶⁰ Ver pág. 89-90 infra. O referido parecer defende que a CF/88 trouxe os instrumentos jurídicos para a delegação da prestação de serviços públicos e que o convênio previsto no CBA (art. 36, III) não se coaduna ao convênio de cooperação previsto no art. 241 da CF, mas ao instrumento da autorização prevista no art. 21, XII, “c”.

em seu campo de políticas públicas, para que a ANAC instrumentalizasse as delegações, afinando-se ao Parecer supramencionado último.

Porém, o Decreto Federal nº 7476/11 determinou que compete à SAC elaborar convênios de delegação da infraestrutura aeroportuária a serem celebrados entre a União e os Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 9º, IV).

O Convênio é firmado por meio da assinatura de um Termo de Convênio, onde constam as condições da delegação da atividade. Trata-se de um pacto público, onde há manifestação de vontade de um lado de assumir a responsabilidade de prestar a atividade e de outro a anuência da União para que outro ente federado possa prestar a gestão aeroportuária de algum aeródromo público. Por isso, caso o ente federado queira não mais assumir tal prestação, deve denunciar o convênio, que colocará fim ao acordo, não podendo a União exigir a continuidade da atividade prestada pelo conveniente. Esse fator pode gerar uma instabilidade ao instrumento.

Então, o Termo de Convênio deve ser de acordo com as diretrizes determinadas pela Secretaria de Aviação Civil no plano geral de outorgas, como: prazo, possibilidade de subdelegação, amplitude da regulação econômica, dentre outras cláusulas que julgar necessárias no termo de convênio.

Cabe ressaltar que o parágrafo acima não se aplica apenas aos convênios, mas aos instrumentos de delegação em geral, pois compete à SAC estabelecer os parâmetros políticos para a exploração da infraestrutura aeroportuária, em conjunto com o CONAC. Já ao DECEA e à ANAC cabem a regulação técnica da atividade e a esta a regulação econômica e a instrumentalização dos aeródromos públicos civis, agora apenas os de âmbito federal.

Nesse caso, ao se comparar os instrumentos quanto à sua factibilidade, parece ser adequado se pensar na utilização do consórcio administrativo para a descentralização de um conjunto de aeródromos para o mesmo ente federado, pois haverá um compromisso maior a ser assumido. Todavia, alguns municípios estão submetendo às respectivas Câmaras Legislativas a aprovação de celebração pelo Executivo dos convênios com a União para exploração dos aeroportos locais. Isso, por si só, não apenas gera um maior comprometimento político na prestação de um serviço público quanto à estabilidade do instrumento, mas como potencialmente maior

efetividade na atividade, com a inclusão do aeródromo no Plano Diretor da municipalidade, evitando o adensamento desordenado no seu entorno, culminando em sua restrição operacional.

Foram apresentados os institutos jurídicos de outorga e delegação que previstos em lei para a descentralização da infraestrutura aeroportuária, bem como os consórcios e as parcerias público-privadas, a fim de demonstrar que existem outros instrumentos jurídicos capazes de funcionar na prestação de tal atividade.

O processo de descentralização dependerá do plano de outorgas a ser elaborado e aprovado pela SAC, a ser implementado em parte pela ANAC, em parte por ela mesma, que lançará mão dos instrumentos de delegação disponíveis e específicos para alcançar o interesse público desenhado no respectivo plano e na Política Nacional de Aviação Civil – PNAC.

O instrumento da concessão se aproxima da parceria público-privada na medida em que se diminui a atratividade ao capital privado na exploração do aeroporto, com a relativização das cláusulas exorbitantes e o parcelamento dos riscos. Já a autorização, apesar de estar revestida da confiança legítima na delegação, esta se presta, em regra, aos aeroportos pequenos, em propriedade privada e sem outros interessados em sua prestação.

Já o convênio de delegação tem as suas particularidades e, apesar de não haver um disciplinamento legal específico e nem se coadunar plenamente ao convênio de cooperação previsto na CF/88, é legítima sua utilização para a delegação da atividade aeroportuária, pois a sua previsão decorre do CBA, na forma do Decreto-Lei 200/67 e potencialmente alcança ao fim proposto. Cabe ressaltar que é um Direito Potestativo do ente federado denunciar o convênio, nesse sentido deverá a SAC se planejar para dar a destinação para o aeródromo, já que quem explora diretamente a atividade é o COMAER e não há mais qualquer grau de subordinação entre tais órgãos.

Com relação aos consórcios administrativos, este se mostra possível e viável para a exploração da infraestrutura aeroportuária, já que demonstra maior perenidade o seu contrato, evitando a descontinuidade da atividade em decorrência de troca de interesse político.

Porém a transferência da atribuição de instrumentalizar os convênios delegação da ANAC para a SAC, pareceu ir de encontro à separação de formular políticas públicas setoriais das de implementar tais políticas em pessoas diversas, por isso competirá à ANAC apenas delegar os aeroportos de interesse federal, mas vai ainda ficar sem respostas os aeródromos públicos explorados por meio de autorização. Deverá a SAC também contemplá-los no Plano Geral de Outorgas.

CAPÍTULO 4 – APLICAÇÃO CONCRETA DA DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS

Discorreu-se, nos capítulos anteriores, sobre a complexidade da gestão aeroportuária; sua regulação setorial, nacional e internacional; a influência das competências constitucionais da federação brasileira na disponibilidade aeroportuária; bem como sobre a evolução do processo de delegação deste equipamento urbano e os instrumentos jurídicos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para implementá-la.

No presente capítulo se pretende fazer uma análise do processo de concessão do Aeroporto São Gonçalo do Amarante - ASGA, que é o primeiro a ser implementado pela União diretamente à iniciativa privada; bem como o estado da arte dos termos de convênios de delegação existentes, apresentando as principais cláusulas que os caracterizam e trazer uma apresentação dos resultados alcançados por dois dos aeroportos administrados pela iniciativa privada decorrentes de subdelegações destes convênios. Por fim apresentar a fundamentação adotada pela ANAC ao utilizar o instituto da autorização para a delegação de exploração de um aeródromo público, com voo regular.

4.1 ASGA – Seu processo de Concessão¹⁶¹

O Aeroporto de São Gonçalo do Amarante - ASGA foi planejado para substituir a infraestrutura destinada às operações civis do Aeroporto Internacional Augusto Severo (SBNT), que hoje opera a aviação militar e civil, com vistas a este passar a operar exclusivamente como Base Aérea de Natal (BANT). As obras tiveram início ainda em meados dos anos 1990, visando a atender antiga reivindicação da Aeronáutica, que entendia que o SBNT deveria funcionar apenas como base militar.

O Aeroporto Internacional Augusto Severo localiza-se no município de Parnamirim/RN, a 18 km do centro de Natal e 11 km da praia de Ponta Negra, principal destinação turística da capital potiguar. A parte civil tem vocação turística, sendo o 17º mais movimentado do país em quantidade de passageiros processados. Em 2010,

¹⁶¹ Dados do item 4.1 retirados do Processo ANAC nº 60800.018840/2010-15 e do Processo TC-034.023/2010-0. Cabe ressaltar que toda análise foi feita sobre as minutas dos documentos a instrumentalizarem a contratação da delegação do ASGA.

passaram pelo SBNT 2.415.833 passageiros, representando um crescimento de 28,2% em relação à movimentação de 2009 (1.894.113)¹⁶². A capacidade do atual TPS é de 1,5 milhão passageiros/ano.

As obras do ASGA foram iniciadas pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). O primeiro pedido de licença prévia para os órgãos ambientais do Estado do Rio Grande do Norte foi apresentado em 1997. A Infraero está executando as obras de terraplenagem, pista de pouso, taxiway e pátio de aeronaves por meio de convênio com o 1º Batalhão de Engenharia de Construção (1º BEC) do Exército, com um investimento estimado na obra, até o fim de 2010, em cerca de R\$ 155 milhões. Outros R\$ 95 milhões ainda serão aplicados pela Infraero, por meio do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), até o início de operação do ASGA, perfazendo um montante global da ordem de R\$ 250 milhões.

O ASGA foi incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND) por intermédio do Decreto Federal n.º 6.373/08, designando (i) a ANAC como responsável pela execução e acompanhamento do processo de desestatização do aeroporto e (ii) o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES como responsável por contratar, coordenar os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA), depois de ouvida a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, para prover o apoio técnico necessário à execução e ao acompanhamento deste processo.

Assim, por meio da Concorrência n.º PND 1/2008, contratou o Consórcio Potiguar, formado pela Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda. (Ernst & Young), CELP Consultoria Técnico Comercial Ltda. (CELP) e Aeroservice Consultoria e Engenharia de Projeto Ltda. (Aeroservice) e pelas subcontratadas ERM Brasil Ltda. (ERM) e Albino Advogados Associados, para a elaboração dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA) e a estruturação da delegação da exploração e manutenção do ASGA, precedida de obra parcial.

Foi formado um Grupo de Trabalho (GT) vinculado ao Grupo Executivo do Programa de Aceleração do Crescimento (GEPAC) formado por representantes da

¹⁶² Disponível em <http://www.infraero.gov.br/index.php/br/aeroportos/rio-grande-do-norte/aeroporto-internacional-augusto-severo.html>. Acessado em 05/03/2011.

Secretaria de Orçamento Federal (SOF) e Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos (SPI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda (MF), da Secretaria de Aviação Civil (SAC) do Ministério da Defesa (MD), da ANAC, do BNDES e do Governo do Estado do Rio Grande do Norte (GRN), sob a coordenação do representante da Casa Civil, tendo em vista a inserção do referido aeroporto no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), a fim de definir a modelagem da delegação do ASGA.

4.1.1 - Características do ASGA

O Plano de Exploração Aeroportuária - PEA, a ser parte integrante do contrato (Anexo 2), que será apresentado pelo Poder Concedente, detalha o objeto da concessão e estabelece os parâmetros mínimos das obras, investimentos e dos indicadores de qualidade e dos serviços a serem realizados pela Concessionária durante a execução contratual

O sítio aeroportuário do ASGA ocupa área de 15 km² (6 km de comprimento por 2,5 km de largura). Situa-se a aproximadamente a 40 km do centro de Natal. A demanda estimada¹⁶³ para o início das operações, em 2014, é da ordem de 3 milhões de passageiros/ano, chegando, de acordo com as estimativas dos estudos, a 11,4 milhões de passageiros/ano ao final da concessão, no ano de 2038¹⁶⁴.

A pista de pouso e decolagem, com dimensões de 3.000 x 60m¹⁶⁵, com acostamento de 7,5m de cada lado, deverá atender adequadamente a demanda durante

¹⁶³ Verifica-se que é um estudo de demanda proposto sem vincular responsabilidade ao seu não implemento ao Poder Concedente. Assim, está expresso no item 1.28 da Minuta do Edital.

¹⁶⁴ O estudo de demanda constitui-se ponto fundamental quanto à viabilidade do empreendimento e determinante do valor mínimo de outorga. A ANAC escolheu um modelo intermediário como cenário base. Existem diversas metodologias, com diferentes premissas, que podem ser adotadas pelo poder concedente, desde que sejam consistentes e estejam bem fundamentadas. Logo, as projeções desse não vinculam os proponentes, que deverão fazer seus próprios estudos para determinar a viabilidade econômica do empreendimento.

¹⁶⁵ É a única pista de pouso do Brasil que atende às exigências para a operação do A380 e B 747-8 F (com tranquilidade), aeronaves com grande envergadura e capacidade de transporte. Há estudos europeus no sentido de aumentar os acostamentos com 45 m de largura, a fim de produzirem a mesma proteção às turbinas que ficam nas extremidades das asas do A 380. A Boeing sabiamente, apesar da envergadura do

todo o período da concessão; bem como o conjunto de pistas de táxi, saídas de pista, pátio de aeronaves - com área prevista para o primeiro ciclo de investimento de 65.221 m², chegando a 123.711 m² ao final da concessão, de acordo com os estudos. Também a previsão da torre de controle do espaço aéreo e o núcleo de proteção ao voo (DTCEA).

No lado terra¹⁶⁶, situam-se: o TPS, com área total projetada, nos estudos da ANAC, para entrar em operação de 41.254 m², chegando a 72.803 m² ao final da concessão; o estacionamento, com área total de 46.271 m² no primeiro ciclo de investimento e de 87.649 m² no segundo ciclo; o edifício de manutenção; o terminal de cargas (Teca); o serviço de salvamento e combate a incêndios (SESCINC); a central de utilidades (CUT); e áreas comerciais externas (locadoras de veículos, hotéis, centro de convenções, postos de combustíveis automotivos, shoppings e outros). Esses dimensionamentos constam do pré-projeto da ANAC apenas como sugestão, pois não vinculam a futura concessionária.

4.1.2 Da Licitação e do Contrato¹⁶⁷

Embora o Decreto 7.205/2010 tenha definido o prazo máximo da concessão em 35 anos, os EVTEA e a minuta do edital do leilão estabelecem o prazo da concessão em 28 anos, podendo ser prorrogado, apenas uma vez, por cinco anos, desde que justificável para reequilíbrio econômico. Esse prazo de exploração é dividido em duas fases: a primeira fase corresponde ao término das obras necessárias à abertura do ASGA ao tráfego aéreo em geral e está prevista para durar no máximo 03 (três) anos¹⁶⁸. A

B 747-8F ser o mesmo do A 380, projetou o posicionamento das turbinas similar ao 747-400, por isso não exige, em regra, uma largura total de pista, mais os acostamentos, de 75 m de largura.

¹⁶⁶ A principal obra de responsabilidade da concessionária é o TPS, com todos os seus componentes operacionais (Ex: salas de embarque e desembarque, áreas de *check in*, pontes de embarque) e não operacionais (como gerência de operações, supervisão, centro de operações aeroportuárias, serviço médico de emergência, área para os órgãos públicos). Ver ref.22 sobre lado ar e lado terra.

¹⁶⁷ O Edital, bem como todas as informações, estudos e projetos disponíveis sobre o Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante serão disponibilizados, aos interessados, na sede da ANAC em Brasília, em sua ouvidoria, e no seu endereço eletrônico www.anac.gov.br/transparência, assim que se iniciar o processo de licitação.

¹⁶⁸ Caso o concessionário consiga homologar o ASGA antes dos 36 meses e comece a operar, esse tempo de arrecadação não será computado para nenhum efeito em relação ao contrato, ou seja, funciona como um incentivo ao concessionário terminar com a maior brevidade as obras necessárias à abertura ao tráfego. Por isso não há penalidade prevista caso não consiga cumprir o prazo, pois ele estará pagando a outorga, mesmo sem operar.

segunda fase tem início 36 meses após o início da concessão, prevista para durar os 25 (vinte e cinco) anos restantes.

A modalidade é a concorrência (art.2º, II e III, lei nº 8.987/95), com a possibilidade de realização de leilão em viva voz (lei nº 9.491/97), a inversão de fases com critério de julgamento o maior valor de outorga¹⁶⁹.

As regras de participação: pessoas jurídicas brasileiras e estrangeiras (isoladas ou em consórcio – estes desde que crie uma Sociedade de Propósito Específico); limitações (empresas aéreas isoladas e, quando em consórcio, com até 10% do capital), bem como a impossibilidade de subcontratação do operador aeroportuário¹⁷⁰. Constituem documentos condicionantes ao proponente: garantia da proposta, plano de negócios, metodologia de execução e requisitos de habilitação (jurídica, fiscal, econômico-financeira e técnica).

Com relação à assunção de riscos, há previsão de sua divisão entre União e concessionário nas seguintes áreas: projeto de engenharia, construção, performance, operacionais, demanda, término antecipado, ambientais e outros riscos. Para alocação dos riscos, o princípio geral aplicado é o da atribuição do risco à parte que dispuser de melhores condições de gerenciá-lo. Além disso, conforme estabelecido no Capítulo V da minuta do contrato de concessão, os riscos do poder concedente são aqueles exaustivamente listados no contrato. Todos os demais são de inteira e exclusiva responsabilidade da concessionária. Não existem riscos suportados de forma compartilhada pelo poder concedente e pela concessionária¹⁷¹.

Cabe ressaltar que apesar do modelo de delegação da infraestrutura aeroportuária para o ASGA ter sido a utilização da concessão comum, características marcantes do instituto da Parceria Público Privada estão presentes neste processo,

¹⁶⁹ A Concessionária se obrigará a pagar a União parte da outorga, em 25 parcelas anuais, a partir do 37º (trigésimo sétimo) mês, contado da data de eficácia do contrato de concessão.

¹⁷⁰ Inicialmente, a minuta de edital de licitação submetida à audiência pública previa a possibilidade de que o operador aeroportuário pudesse ser subcontratado pela futura concessionária, com fundamento da ampliação da possibilidade de concorrência, porém a Diretoria da ANAC se manifestou em votação, decidida pelo voto de qualidade da presidente da Agência, pela impossibilidade. O TCU acolheu, pois a matéria foi tecnicamente fundamentada pela ANAC com base no alto grau de risco da atividade, priorizando então a segurança da aviação. Item 69 TC - 034.023/2010-0.

¹⁷¹ Ver itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2 deste trabalho.

como: partilha de riscos; inversão de fases; criação de SPE (art. 9º, da lei nº 11.079/04). Demonstrando a adaptabilidade dos instrumentos jurídicos de acordo com a gradação de interesse que reveste a atividade delegada.

Continuando, com relação às receitas aeronáuticas¹⁷², foi considerado que a exploração dos serviços de telecomunicações aeronáuticas na área terminal (torre de controle), com a correspondente arrecadação da Tarifa de Uso das Comunicações e Auxílios Rádio e Visuais em Área Terminal de Tráfego Aéreo (TAT), seriam exercidas pela concessionária, conforme já possibilitava o art. 14 do Decreto 7.205/2010, e confirmado por meio da Portaria Normativa 1.443/MD, de 9/9/2010. As receitas não aeronáuticas decorrentes da exploração de atividades comerciais foram projetadas começando na ordem de 30%, em 2013, até atingir 35% das receitas totais em 2031, permanecendo nesse patamar até o final da concessão.

A Lei Municipal nº 1232/2010 estabeleceu a redução da alíquota do imposto sobre serviços para 2%. Para estimativa dos investimentos a cargo da concessionária, foram considerados os benefícios fiscais previstos no Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (Reidi), instituído pela Lei 11.488/2007, o qual prevê a desoneração da Contribuição para o PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) do valor de determinadas linhas de investimento. O setor aeroportuário foi incluído nesse Regime por meio do Decreto 7.367, de 25/11/2010.

Os bens reversíveis serão todos aqueles necessários à prestação do serviço de exploração aeroportuária, já disponibilizados pelo poder concedente e a ser incorporados pela concessionária. A ANAC considerou que todos os investimentos realizados durante a concessão são classificados no ativo permanente como intangíveis e serão completamente amortizados durante o prazo de concessão. Com isso, ao término do contrato, por decurso do tempo, todos os bens necessários à operação do ASGA serão revertidos ao poder concedente, não cabendo indenização à concessionária. Porém, caso o contrato seja terminado nas demais situações previstas no art. 35 da Lei

¹⁷² A concessionária não fará jus aos adicionais incidentes sobre as tarifas (Adicional de Tarifa Aeroportuária – ATAERO, instituído pela lei nº 7.920/1989, e Adicional do Tesouro, instituído pela Lei 9.825/1999 – tarifas internacionais), os quais serão cobrados juntamente com as tarifas e recolhidos pela concessionária tempestivamente na forma definida na legislação.

8.987/1995, como encampação, caducidade e rescisão contratual, o poder concedente deve estar em condições de assumir a concessão a qualquer tempo. Para tanto, é imprescindível que disponha de lista atualizada dos bens reversíveis, e que esses bens só possam ser alienados com autorização da ANAC. Ainda, os bens reversíveis resultantes de investimentos da concessionária não poderão ser dados em garantia (Decreto Federal nº 7.205/10). Portanto, a concessionária deverá manter inventário atualizado de todos os bens reversíveis da concessão, contendo informações sobre o seu estado de conservação e disponível, a qualquer tempo, para eventuais consultas e fiscalizações do poder concedente.

O ASGA funcionará como modelo para os demais aeroportos que deverão ser delegados diretamente pela União à iniciativa privada. Os Aeroportos do Galeão – RJ e de Viracopos – SP, ainda estão pendentes de autorização presidencial para inclusão no Plano Nacional de Desestatização, mas outros aeroportos de interesse federal certamente também o serão. Porém outro instrumento que vem sendo largamente utilizado é o Convênio, assim cabe uma digressão sobre algumas características julgadas interessantes para o presente trabalho.

4.2 O Estado da Arte dos Convênios Delegação vigentes

387 (trezentos e oitenta e sete) aeródromos públicos são explorados, no Brasil, por meio de convênios, figurando como conveniente: Estados, Municípios, aeroclubes e até a iniciativa privada. Já como Poder Concedente, nos instrumentos vigentes, aparecem o Ministério da Aeronáutica; Comando da Aeronáutica e ANAC. Assim demonstra a tabela 2¹⁷³:

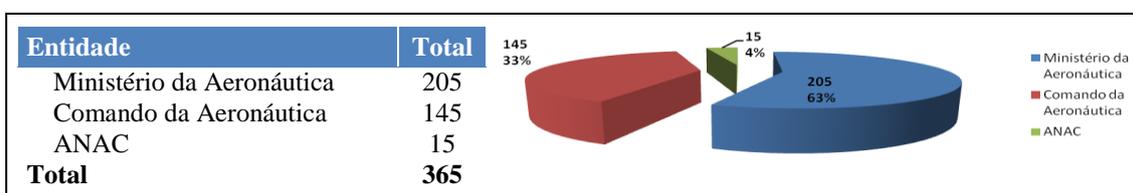


Tabela 2 - Convênios vigentes por Entidade

A lei 11.182/05 determinou à ANAC que todos os contratos de concessão ou convênios de delegação, relativos à administração e exploração de aeródromos,

¹⁷³ Dados obtidos junto à Agência Nacional de Aviação Civil.

celebrados pela União com órgãos ou entidades da Administração Federal, direta ou indireta, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deveriam ser adaptados no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data de instalação da ANAC às suas disposições (era. 47, II).

Fácil constatar que tal dispositivo não foi implementado, já que, segundo dados constantes da tabela 2, a grande maioria dos termos de convênio vigentes, consta o Ministério da Aeronáutica ou o Comando da Aeronáutica como partícipes. Cabe repisar a criação do Ministério da Defesa (LC n° 97/99) extinguiu o Ministério da Aeronáutica e instituiu o Comando da Aeronáutica, logo se conclui que 205 aeródromos são explorados com termos de convênios celebrados há mais de 12 anos com um órgão que não mais existe.

Essa inércia por si só não vicia os atos administrativos do acordo entre a União e os demais entes federativos, já que continua competindo àquela a titularidade da atividade, apenas modificando a representação no exercício da competência para delegá-la. A criação do Ministério da Defesa, com as forças Armadas a ele subordinadas, constituiu-se numa reengenharia organizacional de concentração da Presidência da República, mantendo-se as mesmas atribuições e competências militares. Já a criação da ANAC foi revestida não apenas da descentralização da regulação setorial com a criação dessa autarquia, mas da promoção de um modelo de estado regulador, afastando os atos de regulação dos atos de gestão da prestação de atividades econômicas e elaboração de políticas públicas.

Foi com esse entendimento e com base em análise restrita do que se explorava doutrinariamente o instrumento de convênio, que a Procuradoria da ANAC emitiu o parecer n° 89/2010/PGFPE/ANAC defendendo¹⁷⁴, em apertada síntese, que (i) a Lei n° 11.182/05 não transferiu à ANAC as atribuições de exploração da infraestrutura aeroportuária, logo esta não poderia praticar atos sem previsão legal; e (ii) que é característica do convênio a mútua cooperação, visando realizar objetivo comum entre os partícipes; (iii) que a previsão para firmar convênios de cooperação técnica (art. 8º,

¹⁷⁴ Não será objeto de discussão as teses defendidas nos instrumentos jurídicos que serão apresentados neste tópico, apenas apresentar suas conclusões e avaliar os seus efeitos para o setor.

XLVIII¹⁷⁵ da Lei 11182/05) não se coaduna com o instrumento previsto no art. 36, IV do CBA - celebrar convênio; concluindo que (iv) se a ANAC não pode administrar um aeródromo, não pode firmar um convênio para a exploração, por lhe faltar competência material, bem como legal – por fim opinou que os instrumentos de convênio deveriam ser encaminhados a Secretaria de Aviação Civil do Ministério da Defesa, pois era deles tal atribuição¹⁷⁶. Este parecer foi acatado pela Diretoria da ANAC por meio da Decisão exarada em Reunião no dia 17/03/2010. Dai se iniciou a transferência dos processos referentes aos convênios para a SAC.

A Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa se manifestou, com relação ao acima exposto, por meio do Parecer n° 899/2010/CONJUR-MD/AGU, aprovado pelo Despacho Decisório MD n° 08 vinculante (nos termos do art. 42 da Lei Complementar n° 73/93), a fim de dissipar o aparente conflito de competência, entendendo que o objeto do termo de convênio é a transferência da atividade de exploração de aeródromos a Estados e Municípios, logo de delegação de um serviço público e não a celebração de um ajuste de cooperação (gestão associada). Ainda, defendeu que, como prescinde de processo licitatório o termo de convênio, este instrumento tem natureza de autorização (art. 21, XII, “c” da CF/88). Nesse sentido opinou que cabe à Secretaria de Aviação Civil elaborar a Política para o setor de infraestrutura aeroportuária, ao CONAC aprovar e ao Chefe do Executivo Federal decretá-la, cabendo à ANAC implementar tal política.

Com relação aos convênios em vigor, recomendou que estes deverão ser revistos pela ANAC, promovendo os ajustamentos que julgar necessários, bem como se utilizar do Termo de Ajustamento de Conduta (art. 5° e 6° da Lei n° 7437/85) para ajustar prazos e condições de adequação. Caso a ANAC julgar a impossibilidade da

¹⁷⁵ “firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades governamentais, nacionais ou estrangeiros, tendo em vista a descentralização e fiscalização eficiente dos setores de aviação civil e infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária”.

¹⁷⁶ Não parece razoável afirmar a necessidade de trazer expressamente os instrumentos jurídicos que a ANAC pode se valer para se relacionar com pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, nacionais ou internacionais, em sua lei criadora, pois há normatizações específicas para tal. Nesse sentido, como exemplo, ao prever que “a ANAC poderá credenciar (...) para expedição de laudos, pareceres ou relatórios que demonstrem o cumprimento dos requisitos necessários à emissão de certificados ou atestados relativos às atividades de sua competência” (art.8°, §1°), não foi realizado um credenciamento público, mas, com base no princípio de autogestão e na sua discricionariedade técnica, celebrou um Termo de Parceria com uma OSCIP (DCA-BR) para cumprir parte dessa necessidade, apesar de em nenhum lugar ter-lhe sido outorgada especificamente tal competência em sua lei criadora.

manutenção do acordo, deverá extingui-lo, apurando eventuais perdas e danos, devendo comunicar imediatamente ao Ministro da Defesa. Todavia isso depois de publicada a Política Pública acima mencionada. Nesse caso os processos permaneceram sobrestados.

Logo após tal decisão, mais uma reestruturação administrativa no âmbito do Poder Executivo Federal foi realizada e a SAC foi descentralizada, a função, dentre outras, de “transferir para Estados, Distrito Federal e Municípios a implantação, administração, operação, manutenção e exploração de aeródromos públicos, direta ou indiretamente (Lei nº 10.823/03, art. 24-D, VI, com redação dada pela MP nº 527/2011). Novamente surgiu o impasse, pois não se sabe ao certo qual amplitude normativa do dispositivo se deseja com a utilização do termo transferência, já que continuou a competência da ANAC em ser Poder Concedente.

Tal dúvida decorre do liame entre atos de regulação e atos de política. Alguns pontos parecem tranquilos de se definir, como é o caso de indicar quais aeródromos poderão ser explorados regionalmente, bem como quais destes poderão sê-lo pela iniciativa privada, ou seja, a possibilidade de subdelegação. Outras cláusulas, como tempo de vigência dos instrumentos firmados e possibilidade de prorrogação; se vai ou não receber recursos públicos, demonstram estar no âmbito da elaboração de políticas públicas. Ainda se deve considerar que a PNAC traz diretrizes políticas para o setor, logo este ato a ser editado pela SAC não poderá contrariá-la.

Já as obrigações operacionais, de segurança, de nível e qualidade de serviços aeroportuários, são cláusulas a serem desenhadas pela Agência Reguladora. Ainda, a definição de quais aeródromos poderão receber voos regulares com base em análise econômica de mercado ou graduação de regulação tarifária desses aeródromos transferidos às esferas regionais, deverá continuar com a ANAC, pois a ela foi assim outorgado.

Diante do acima exposto, e sabendo que compete à ANAC “implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil” (art. 8º, I) estabelecidas, em âmbito federal, pelos Poderes Legislativo e Executivo”, não deve continuar subsistindo a inércia com base no aparente conflito negativo de competência, mas sim, a SAC deverá definir quais os aeródromos públicos são de interesse federal, bem como

localidades que deverão ser assistidos por aeródromos dessa natureza; possibilitando a delegação dos demais, desde que haja interessado como delegatário.

Esse impasse já está produzindo efeitos negativos: (i) há manifestação de interesse em denunciar o convênio em alguns aeródromos (Bauru-Centro por parte do DAESP e Governador Valadares), há outras em sentido contrário, querendo celebrá-los (São Gabriel da Cachoeira - AM, Guaratinguetá – SP, Jaboticabal - SP¹⁷⁷).

Outro efeito negativo é que a maioria dos termos de convênio não permitem a subdelegação, devendo o conveniente solicitar anuência da União para assim o fazer. Caber[a à SAC definir tal possibilidade em abstrato ou casuisticamente. Quando a solicitação se refere à denúncia do instrumento, trata-se de um direito potestativo, desde que arque com eventuais responsabilizações; porém quando a solicitação está acompanhada de fechar o aeroporto, tal decisão deverá ser com base na política para o setor.

Hoje se verifica outra questão que deverá ser considerada – se a natureza do instrumento é de delegação e o objeto é um serviço público, deverá se definir como se dará essa adequação dos termos existentes, apesar de que a legislação, nesse sentido não foi alterada¹⁷⁸. Contudo é fato que alguns aeródromos são explorados por Aeroclubes, que tem natureza de associação, mediante instrumento de convênio, conforme tabela 3.

UF	Data	Concedente	Conveniente	Município	Prazo	Condições	Val.
RS	15/10/2002	COMAER	Aeroclube	Santa Vitória do Palmar	15 anos	aut 5 anos	vigente
MG	18/03/2004	COMAER	Aeroclube de Almenara	Almenara	15 anos	aut 5 anos	vigente
GO	18/02/1994	MAER	Aeroclube de Brasília	Luziânia	15 anos	aut 5 anos	vigente
RS	20/10/1993	MAER	Aeroclube de Cruz Alta	Cruz Alta	15 anos	aut 5 anos	vigente
RS	20/03/2003	COMAER	Aeroclube de Jaguarão	Jaguarão	15 anos	aut 5 anos	vigente
RS	02/02/1992	MAER	Aeroclube de Planadores Albatroz	Osório	15 anos	aut 5 anos	vigente
AM	12/08/2003	COMAER	Aeroclube do Amazonas	Flores/Manaus	15 anos	aut 5 anos	vigente

Tabela 3 – Convênios vigentes celebrados com aeroclubes

¹⁷⁷ Lei Municipal nº 4107 de 03/11/2010 autoriza a Prefeitura a celebrar convênio com a ANAC para administração, manutenção, operação e exploração do aeródromo de Jaboticabal. Cabe ressaltar que quando há lei estadual ou municipal anuindo a celebração de convênio, há uma potencial harmonia do aeroporto com o Zoneamento Urbano, gerando a manutenção da garantia das limitações no uso das propriedades privadas no seu entorno, dando perenidade à disponibilidade.

¹⁷⁸ Assim dispunha a legislação vigente á época da celebração Decreto-Lei nº 200/67: Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º (...) b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Como, ao tentar adequar o instrumento de convênio aos de delegação previstos no art. 21, XII da CF, a CONJUR-MD entendeu que sua natureza jurídica é de autorização, nada obsta que a ANAC adote o instituto da autorização para tais aeródromos, ou outros que tenham características semelhantes.

Com relação ao exercício da subdelegação por parte dos partícipes em termos de convênio, pode-se citar, em particular, dois aeroportos que estão sendo administrados pela iniciativa privada, apresentando resultados satisfatórios segundo os seus operadores. São eles os aeroportos de Porto Seguro – BA e de Cabo Frio – RJ.

Através de um convênio entre o Comando da Aeronáutica e o Governo do Estado da Bahia, o aeroporto internacional de Porto Seguro foi concedido no ano de 2000 à CINART Aeroportos. O contrato de concessão teve como objeto, depois de aditivado, o desenvolvimento, manutenção, administração, operação e exploração comercial do aeroporto por prazo de 13 anos. Após a concessão, algumas melhoras na prestação do serviço foram apresentadas¹⁷⁹ conforme tabela 4:

	ANTES	DEPOIS
Destinos Internacionais	Argentina e Uruguai	Argentina, Uruguai, Portugal, Holanda, Itália, França e Chile.
Alfândega Imigração	Aberta 8 horas / dia	Aberta 24 horas
Passageiros / Ano	300.000	800.000
	Não havia detectores de metais e raio x	Além de detectores e raio x, implantadas salas climatizadas, enfermaria, equipamento contra incêndio, painéis de plasma, tratamento de esgoto e lixo.

Tabela 4: Melhoria na qualidade do serviço de Porto Seguro

Com relação ao aeroporto de Cabo Frio, este é explorado pela empresa Costa do Sol Operadora Aeroportuária. De início, a operação visava o atendimento de passageiros internacionais da Argentina, o que não teve êxito devido à crise econômica daquele país. Como o aeroporto é internacional, priorizou-se a nacionalização de cargas, passando a atuar como Porto Seco. Com isso, em 2006/07 foi ampliada a sua pista para 2.550 m X 45 m, a fim de permitir a operação do Boeing 747 cargueiro (Jumbo). A Prefeitura e o operador privado complementaram as instalações com outras melhorias (R\$ 10 milhões em investimentos), ampliando a arrecadação de ICMS na

¹⁷⁹ Disponível em www.fiesp.com.br/sindical-juridica/pdf/aeroportos/luiz_felipe.pdf. Acessado em 25/05/2009.

nacionalização de cargas importadas. Assim foi o crescimento da exploração econômica da carga aérea internacional naquele aeródromo após a desestatização, conforme Tabela 5¹⁸⁰ abaixo:

	2004	2005	2006	2007	2008
Peso (T)	1815,4	4163,6	8485,9	10376,3	9492,9
Valor FOB (US\$ mi)	44,4	107,7	231,4	283	304,6
ICMS arrecadado (R\$ mi)	7,1	26,1	33,1	28,5	38,2
Outros Tributos arrecadados (R\$ mi)	8,8	33,6	66	45,8	57,1

Tabela 5: Variação do faturamento do aeroporto de Cabo Frio

Como se pode ver, houve um movimento de desestatização dos aeroportos iniciados no Reino Unido, movimento que se espalhou para o resto do mundo, guardando suas devidas particularidades, demonstrando que a participação do capital privado na infraestrutura aeroportuária é fato, e que no Brasil, a CRFB determinou que o Estado Regulador é pautado no planejamento, o que foi feito pela PNAC ao prever a necessidade de se atrair o capital privado para investimento na exploração aeroportuária, logo a desestatização saiu do campo da faculdade de prestar diretamente ou delegá-la, para o campo da obrigação do governo em fazê-lo.

Essas diretrizes estão sendo consideradas com a desestatização do ASGA, ao buscar o melhor resultado no processo de delegação de serviço público, flexibilizando as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e se utilizando de normas que disciplina as concessões especiais (PPP) para aumentar a atratividade ao capital privado.

Com relação aos convênios, este deve ser lido como instrumento de delegação de serviços públicos, cabendo à nova SAC, dentro da maior brevidade possível, estabelecer quais os aeródromos são de interesse federal, bem como as áreas que deverão ser assistidas por aeródromos dessa natureza; bem como quais os

¹⁸⁰ Disponível em www.fiesp.com.br/sindical-juridica/pdf/aeroportos/julio_lopes.pdf. Acessado em 25/05/2009.

aeródromos regionais poderão ser explorados pela iniciativa privada, o tempo a ser avençado no ajuste e da possibilidade de prorrogação.

4.3 Da Autorização para Exploração de aeródromo público

O estudo apresentado neste tópico tem base na autorização¹⁸¹ de inclusão do aeródromo SBTC (designativo OACI) do Hotel Transamérica, situado na Ilha de Comandatuba - BA, no cadastro de aeródromos públicos. Isto porque, trata-se de um aeródromo privado, com interesse em apoiar voos regulares para o seu empreendimento hoteleiro.

Todavia, apesar de aplicação imediata, condicionou tal exceção ao cumprimento de exigências jurídicas e técnicas para a operação de um aeródromo público, como: (i) a homologação do aeródromo como público e sua afetação a essa finalidade; (ii) respeito à antecedência de 1 (um) ano para solicitar a descontinuidade da prestação do serviço e informar dessa descontinuidade aos possíveis tomadores do serviço; e (iii) atender aos aspectos técnicos de engenharia e operações¹⁸².

Ainda, a referida decisão, exigiu que a exploração do aeródromo privado, mas homologado, logo aberto ao tráfego em geral, deveria se adequar á regulamentação específica a ser editada pela ANAC, disciplinando essa espécie de relação jurídica, sob pena de caducidade da anuência.

Assim dispunha a IAC 2328¹⁸³:

Autorização - ato administrativo unilateral, revogável a qualquer tempo, do Diretor-Geral do Departamento de Aviação Civil, pelo qual torna possível ao

¹⁸¹ Foi autorizado pelo Colegiado da ANAC, constante da Decisão nº 50, de 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/biblioteca/decisooes/2010/DA2010-0050.pdf>. Acesso em 22/01/2011.

¹⁸² À época estava em vigor a IAC nº 4301 – Instrução para construção e de registro de aeródromos privados, aprovada pela Portaria DAC nº 1593/DGAC/2001 e IAC 2328/DGAC/90 que dispõe sobre Instruções para **concessão** e **autorização** de construção, homologação, registro, operação, manutenção e exploração de **aeródromos civis** e aeroportos brasileiros (grifado). Ambas normas estavam em vigor, visto o que assim dispõe o art. 47, I da Lei 11.182/05: “os regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela ANAC, sendo que as concessões, permissões e autorizações pertinentes a prestação de serviços aéreos e a exploração de áreas e instalações aeroportuárias continuarão regidas pelos atuais regulamentos, normas e regras, enquanto não for editada nova regulamentação”. Disponível em <http://www2.anac.gov.br/legislacao/>. Acesso em 25/01/2011.

¹⁸³ A IAC 2328 foi derogada pela Resolução ANAC n 158, que nada disciplinou nesse sentido.

interessado realizar, de modo total ou parcial, as atividades de construir, operar, manter e explorar aeroportos mediante as condições previstas no ato em que a consubstanciar, para a exploração de aeródromo público.

(...)

Art. 3º- Os aeródromos públicos serão construídos em terrenos pertencentes ao patrimônio público.

Parágrafo Único – Em casos especiais, a critério do Ministério da Aeronáutica, poderá ser autorizada a construção de aeródromo público em terreno de propriedade particular, desde que haja compromisso formal do requerente à concessão ou autorização de fazer a sua aquisição e do proprietário de fazer a sua venda ao requerente, caso em que o proprietário deverá, ainda, autorizar formalmente o uso da propriedade como aeródromo público.

(...)

Art. 10 – Os aeródromos, objeto de autorização, serão os aeródromos públicos não constantes do Plano Nacional de Aviação e os aeródromos privados abertos ao tráfego público, de interesse comunitário.

Vê-se que a Decisão da ANAC se coaduna com a norma existente à época. Porém as IAC 2328 e 4301 foram revogadas pela Resolução nº 158/2010, que não tratou das questões de delegação da infraestrutura aeroportuária, mas tão somente dos requisitos de autorização prévia para a construção de aeródromos e seu cadastramento junto à ANAC.

Com relação à regulamentação técnica da atividade, aplicam-se as mesmas regras para a operação dos aeródromos públicos, logo o regime é público da atividade desempenhada; mas no que se refere à regulação econômica, ou seja, sobre o regime tarifário, para que o operador possa cobrar pelas instalações aeroportuárias, este aeródromo deverá ser classificado para tal.

A Resolução nº 180/ANAC/2011 dispõe sobre o modelo de regulação das tarifas aeroportuárias, todavia a sua aplicabilidade se restringe aos aeroportos públicos que não estejam sob condições tarifárias específicas definidas em ato de autorização ou contrato de concessão (art. 1º).

O que se pode verificar é que, com relação ao aeródromo SBTC, explorado por instrumento de autorização, há uma grande precariedade no ato administrativo, já que ainda não foi editada uma norma específica que disponha sobre o regime jurídico do

desempenho da atividade, ampliando o risco ao investimento privado na exploração de um aeródromo privado, mas aberto ao tráfego em geral.

Com relação aos instrumentos de convênio, a nova Secretaria de Aviação Civil deverá estabelecer o Plano de Outorgas, elencando os aeródromos de interesse federal. Também, dos que puderem ser transferidos aos demais entes da federação, indicar e justificar quais os que não poderão ser explorados pela iniciativa privada; bem como quais as condicionantes políticas revestirão essencialmente os termos de convênio, como: possibilidade de sub-delegação sem prévia anuência; quais os aeródromos serão delegados às Municipalidades; qual o tempo máximo e condições de prorrogação dos termos de convênio, etc.

Já com relação ao ASGA, verifica-se que apesar do desenho de sua desestatização ter sido o instrumento da concessão comum, a minuta de contrato e edital tem características marcantes das Parcerias Público-Privadas, como a parcela de riscos. Apesar de estar expresso na lei 8987/95 que a concessão é o regime que a iniciativa privada explora economicamente um serviço público por sua conta e risco, o que está em jogo são o interesse público e a efetividade dos atos administrativos norteados pelo princípio da boa administração, que relativiza não só as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, mas exige uma releitura do atuar do Poder Público na busca do melhor resultado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A competência para legislar e promover o transporte aéreo e da infraestrutura aeroportuária, no Brasil, é da União. Porém, a atividade de promoção global da logística ao transporte aéreo é extremamente complexa, de ingerência internacional e nacional, esta com órgãos dos três âmbitos federativos atuando no controle das atividades interdependentes; estando a unidade aeroportuária, principal equipamento promotor dessas disponibilidades, em um contexto de múltiplas fontes normativas com diversas instituições de controles públicos e privados da atividade que desempenha.

O aeroporto é um pólo de desenvolvimento urbano, mas sofre limitações a sua completa e eficaz operatividade da própria comunidade que convive em seu entorno e se beneficiam dessa organização, pela própria desídia local ou falta de comunicação entre entes de governo, seja por falta de planejamento, seja por não cumprimento do que está planejado para o zoneamento urbano onde está inserido esse equipamento.

Outra questão que impacta sobremaneira a prestação dos serviços aeroportuários é a imperatividade do respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Porém o grande problema em se respeitar esse direito difuso e transgeracional é a falta de definição de quem, em cada caso, atuará com o poder de polícia disciplinador, fiscalizador e sancionador no controle ambiental. Porém com a edição do Sistema Nacional de Viação, pode ser que o entendimento com base no princípio do interesse, mitigue o conflito existente para as ações de licenciamento ambiental.

Com relação á política versus a regulação setorial, a estrutura está sendo redesenhada. Porém, ainda não foram respondidas todas as questões de potencial conflito de competências. Nesse sentido, há necessidade de se acelerar a elaboração e sua do Plano de Outorgas, indicando quais os aeródromos serão de interesse federal e como será a “transferência” ou delegação para os demais entes da federação explorar e subdelegar a atividade; ainda, definir qual será a amplitude de atribuições dos Agentes Reguladores (ANAC e COMAER) para a implementação das políticas públicas.

A nível técnico setorial, a ANAC e o COMAER deverão produzir um regulamento de como será implementado os atos conjuntos de regulação e delegação quando de competência comum entre ambos, trazidas pelo art. 8º, §3º da lei 11.182/05.

É difícil precisar qual o regime jurídico que recairá sobre a exploração do sistema aeroportuário, já que está se falando de relações complexas e interreguladas e em plena evolução. Logo, diante do discorrido, vai depender da vocação do aeroporto e de sua eficiência financeira, bem como do modelo a ser elaborado e aprovado pela SAC, com menor ou maior grau de interferência, embora esta sempre exista. No atual marco regulatório do setor, a exploração de aeródromos públicos, em regra, será como serviço público. Porém, nada obsta que aeródromos abertos ao tráfego em geral sejam regidos preponderantemente por normas de direito privado (daí as cláusulas contratuais ditarão as regras: (i) da assunção total dos riscos pelo gestor privado à partilha total destes com o Poder Público; da interferência indireta na ordem econômica máxima à mínima).

O que poderá mitigar as adversidades promovidas pelos potenciais conflitos regulatórios é uma gestão conjunta da atividade, por meio de uma possível conferência de serviços públicos das operações aeroportuárias, sentando à mesa, antes de governo dos três âmbitos federativos, com representantes dos respectivos órgãos ambientais, gestão de tráfego, de saúde pública, Receitas dos três âmbitos Federativos, e demais instituições com interesse na atividade, para discutirem a execução da política setorial traçada, juntamente com Ministérios Públicos Estadual e Federal, a fim de acordarem as respectivas divisões de competências, conseqüentemente obrigações a serem assumidas, para o eficaz desempenho da atividade, cabendo, dependendo do acordo firmado, um dos órgãos coordenar as discussões ou ao CONAC assim fazê-lo. Cabe ressaltar que é inerente ao Consórcio Administrativo a conferência de serviços.

Por fim, cabe à ANAC estabelecer, por meio de Resolução, após a edição do Plano de Outorgas pela SAC, com as formalidades que exige a edição daquela espécie de norma (a participação pública), em comum com o COMAER quando assim exigir, regras claras da exploração econômica dos aeródromos que lhe couber instrumentalizar a delegação.

REFERÊNCIAS

ANASTÁSIA, Fátima; NUNES, Felipe. A reforma da representação em Avritzer, Leonardo; Anastásia, Fátima (org). Reforma Política No Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2006. pp. 17-34.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. RDA n 236, abr./jun. Rio de Janeiro: 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Banco Interamericano de Desarrollo. Background paper: análisis del contexto de inversión privada en infraestructura en américa latina y el Caribe, 1995-2003. Washington, D.C. Diciembre, 2004.

BARAK, Aharon. Purposive interpretation in law. Translated from the Hebrew by Sari Bashi. New Jersey-USA: Princeton University, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Temas de direito constitucional, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n^o9 – mar/abr/maio – 2007. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acessado em: 10/06/2008.

BETANCOR, O.; RENDEIRO, R. Regulating privatized infrastructures and airport services. Washington, DC: World Bank, 1999 (Policy Research Working Paper, n. 2.180).

BITTENCOURT, Marcos Vinicius Corrêa. Controle das Concessões de Serviços Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste C. L. dos Santos. 6 ed. Brasília: UNB, 1995.

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Tradução Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. v1. 8 ed. Tradução: Carmen C. Varriale; Gaetano Lo Mônaco; João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cacais; Renzo Dini. Brasília: UNB, 1995.

BOSCO, Maria Goretti Dal. Discrecionabilidade em Políticas Públicas: um olhar garantista da Lei de Improbidade Administrativa. Curitiba: Juruá, 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício das funções públicas por particulares. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/revistas.asp>. Acessado em 17/06/2009.

CZERNY, Achim I. Price-cap regulation of airports: single-till versus dual-till. Berlin University of Technology, Workgroup for Infrastructure Policy (WIP). Berlin, 2004. Disponível em www.wz.tu-berlin.de/diskussionspapiere/2004/dp13-2004.pdf, acessado em 25/05/2009.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na Administração Pública. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agencias diante do Princípio da Legalidade. In Di Pietro, M.S.Z. Direito Regulatório: Temas Polêmicos. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 19-50.

DOGANIS, Rigas. The airport business. London: Routledge, 1992.

DURÃO, Pedro. Convênios e Consórcios Públicos. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

FIUZA, Eduardo P S. Governança, custos e subsídios cruzados no sistema INFRAERO. Rio de Janeiro: 2008. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1365.pdf. Acessado em 15/01/2011

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Em CARBONELL, Miguel (Coordenador). Neoconstitucionalismo. Tradução: Pilar Allegue. Madri: Trota, 2003. pp 13-29.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Introdução ao Direito: Introdução. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos (casos polêmicos).

GRAHAM, Anne. Managing Airports: an international perspective. 3ed. Oxford OX2 8DP, UK: Elsevier, 2008.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitação e contratos administrativos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

LIJPHART, Arend. Thinking about Democracy: power sharing and majority rule in theory and practice. USA: Routledge, 2008.

- LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MAZZONI, Cesar Augustus. O plano diretor municipal e as restrições impostas pelas áreas aeroportuárias. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10204>. Acessado em 15 nov 2008.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n°11 – set/out/nov – 2007. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acessado em: 10/06/2008.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de setembro de 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n°13 mar/abr/maio, 2008. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acessado em: 10/06/2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo. O Pós-positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um constitucionalismo de transição. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n°6 – jul/ago/set – 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acessado em: 10/06/2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Infraestruturas: Nuevo Marco Legal, em CARELLO, L.A. (Dir.) Derecho Constitucional y Administrativo. n° 3. Argentina: Juris, 2002. pp.31-48.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Princípios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. 3 ed. Granada: Comares, 2004.

PARDO, José Esteve. Regimen Jurídico de los aeroportos: serviço público y explotación comercial. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2001.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Os primeiros passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/revistas.asp>. Acessado em 17/06/2009.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PIONER, Heleno M. Análise da experiência internacional em regulação de aeroportos. 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/9_capt05_Heleno_11.pdf. Acessado em 02/01/2011.

POOLE Jr, Robert W. Guidelines for Airport Privatization. How-To Guide, n° 13, October 1994 Disponível em: <https://www.policyarchive.org/bitstream/handle/10207/5983/htg13.pdf?sequence=1>, acessado em 11/06/2009.

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. A Democracia na América Latina rumo a uma Democracia de cidadãos e cidadãs. Tradução: Mônica Hirts. Santana do Parnaíba, SP: LM&X, 2004.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Os Regulamentos Jurídicos e os Regulamentos de Aplicação: breve estudo de sua aplicação no direito brasileiro. In Di Pietro, Maria Silvia Z.. Direito Regulatório: Temas Polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 517-540.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Concessão e Permissão de serviço público no Direito brasileiro: estudo sobre. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto: Regulação e Desenvolvimento em Regulação e Desenvolvimento (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2002. pp 33-63.

SILVA, Adir da. Aeroportos e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: ICAER, 1990.

SOUTELINO, André Luis Dias. Aplicabilidade das Parcerias Público-Privadas ao Setor Aeroportuário. Em PEIXINHO, M.M.; CANEN, D. Âmbito de Aplicação das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp 39-64.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das concessões. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das Parcerias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WELLS, Alexander T.; YOUNG, Seth B. Airport planning and management. 5 ed. USA – New York: McGraw-Hill, 2004.