



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TRIBUTAÇÃO NO SETOR DE CONCESSÕES: IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO  
SOCIAL, ECONÔMICO E DE INFRAESTRUTURA E DISCUSSÃO SOBRE A  
NECESSIDADE DE NOVOS RUMOS

Gilmara Rodrigues do Nascimento

Rio de Janeiro  
2018

GILMARA RODRIGUES DO NASCIMENTO

TRIBUTAÇÃO NO SETOR DE CONCESSÕES: IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO  
SOCIAL, ECONÔMICO E DE INFRAESTRUTURA E DISCUSSÃO SOBRE A  
NECESSIDADE DE NOVOS RUMOS

Artigo Científico apresentado como  
exigência de conclusão de Curso de Pós-  
Graduação *Lato Sensu* da Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professora Orientadora:  
Tatiana dos Santos Batista

Rio de Janeiro  
2018

## TRIBUTAÇÃO NO SETOR DE CONCESSÕES: IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, ECONÔMICO E DE INFRAESTRUTURA E DISCUSSÃO SOBRE A NECESSIDADE DE NOVOS RUMOS

Gilmara Rodrigues do Nascimento

Graduada em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Tributário pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A Tributação no setor de concessões, se apresenta como desafio para os investidores do setor de infraestrutura aeroportuária, diante da complexidade do Sistema Tributário Nacional, aliada à insegurança jurídica, na regulamentação, na fiscalização e na interpretação, sendo condição *sine qua non* rever novos rumos de política fiscal e administrativa para o desenvolvimento econômico e social do país.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. Impacto econômico-financeiro. Direito Administrativo. Concessões de Serviços Público. Parceria Pública Privada.

**Sumário** – Introdução. 1. Concessão de Serviços Públicos: análise da Parceria Pública Privada e a sua interação com o Setor de Infraestrutura Aeroportuária. 2. Ponderação do marco legal para contratos administrativos de infraestrutura aeroportuária frente ao Princípio da Supremacia do Interesse Público. 3. Programa de Parcerias de Investimento - PPI no fomento de Política de Estado.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz a reflexão o desenvolvimento do país através da infraestrutura implementada e fomentada pelo Estado, com a análise em paralelo da tributação como medida de fomento e de impacto para o efetivo desenvolvimento de políticas públicas de infraestrutura aeroportuária.

No Brasil o setor de infraestrutura era desenvolvido quase que exclusivamente com investimentos públicos, sendo esta realidade alterada na década de 1990, com as privatizações e parcerias entre setores público e privado, assim, empresas nacionais e internacionais tem investido em infraestrutura através de contratos de concessões.

Denota-se que o setor de infraestrutura é de suma importância para o Estado, por ser esta a base para o desenvolvimento de outras atividades.

Na medida em que um país apresenta infraestrutura pouco desenvolvida, atrelada à tributação complexa e marcos regulatórios não muito claros, os produtos podem encarecer nos mercados interno e externo, dificultando as exportações em função da concorrência

internacional, bem como retrain investimentos não só de infraestrutura, diante a insegurança jurídica, seja ela de âmbito fiscal e administrativo.

A tributação é um duplo desafio para as concessões diante o seu peso, pois pode gerar entraves para a atração de investimentos e a criação de novas concessões. O atual Sistema Tributário Nacional compromete montante significativo do retorno financeiro da concessionária, bem como impõem processos burocráticos extremamente complexos, que tornam os processos morosos e custosos, além da guerra fiscal praticada entre os Estados para atrair determinadas empresas com condições tributárias especiais, no entanto, gera desequilíbrio ao pacto federativo e aumenta as desigualdades de serviços.

E neste contexto há necessidade de inovação no marco regulatório para contratações pela Administração Pública, em especial no setor de infraestrutura com regras translúcidas para o efetivo desenvolvimento social e econômico do Estado.

O sistema tributário nacional, diante a multiplicidade de normas, regras e princípios, traz a seguinte ponderação, será a reforma tributária o instrumento efetivo para a solução de todas essas questões para proporcionar ao país o avanço necessário.

O tema abordado tem por escopo salientar a importância de se rever novos rumos de política fiscal, financeira, conjugada a necessidade de repensar paradigmas administrativos no que toca à políticas de infraestrutura no Brasil, o qual não poderia ser outro caminho senão o setor de concessões, e neste sentido, abordaremos o Projeto Crescer, é uma política pública de Estado, pensada pelo Governo Federal com o intuito de restabelecer a confiabilidade de investimentos no país, em especial no setor de infraestrutura, através de Parcerias Pública Privada, com o Programa de Parcerias de Investimento – PPI.

Para melhor compreensão do tema no primeiro capítulo abordaremos de forma breve o conceito de concessão de serviços públicos, cuja a espécie ora analisada é a Parceria Pública Privada e a sua interação com o setor de infraestrutura aeroportuário.

No segundo capítulo a ponderação do marco legal para contratos administrativos de infraestrutura aeroportuária frente ao princípio da supremacia do interesse público, atrelado aos impactos tributários e toda a sua repercussão no desenvolvimento social e econômico.

E o terceiro capítulo destina-se a examinar o Programa de Parcerias de Investimento – PPI, como elemento fomentador de política de Estado para o desenvolvimento e crescimento do país.

Objetiva-se com o presente estudo a necessidade de se repensar paradigmas de Direito Administrativo, por ser o instrumento de atuação da Administração, e no mesmo sentido o Direito Tributário ou Fiscal, sendo este instrumento hábil e necessário para a consecução dos

objetivos do Estado, para a efetiva implementação de políticas desenvolvimentista social, econômica e de infraestrutura para a evolução do Estado.

Para tanto, comprovar a importância do marco legal bem definido, com regras claras, objetivas sem o excesso de burocracia, em especial no que toca à regulação, interpretação e fiscalização. Necessidade de rever o Sistema Tributário Nacional, diante a sua complexidade, composto por três paradigmas à serem superados: insegurança, incerteza e imprevisibilidade. E por fim a definição de papéis pelo poder concedente e concessionário, com fito de otimização para a atuação, desenvolvimento e resultado do serviço.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a sua tese.

## 1. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ANÁLISE DA PARCERIA PÚBLICA PRIVADA E A SUA INTERAÇÃO COM O SETOR DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUARIA

Primeiramente, toda e qualquer contratação decorrente da Administração Pública Direta ou indiretamente observam necessariamente, de forma prévia, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas em Lei, o procedimento administrativo licitatório.

Trata-se em regra de procedimento prévio a qualquer contratação em que o Estado pactue com o particular, em atenção ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, a Lei nº 8.666/1993<sup>1</sup>, regulamentada pelo art. 37, inciso XXI da CRFB/1988<sup>2</sup>, institui normas gerais, e de alcance nacional para licitações e contratos da Administração Pública. Tal assertiva decorre da CRFB/88, especificamente do art. 22, inciso XXVII, que define a competência para legislar sobre o tema à União Federal, cabendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios a edição de normas suplementares, em obediência ao regramento geral, e não

---

<sup>1</sup>BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> Acesso em: 12 dez. 2017.

<sup>2</sup>\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 12 dez. 2017.

dispondo o ente federativo de norma suplementar, será aplicada integralmente a todos os contratos administrativos a Lei Geral, *in casu* a Lei nº 8.666/1993.

Insta consignar que além do regramento geral para contratação de serviços pela Administração, existe inúmeras Leis específicas, de regramento geral, que tratam de modalidades contratuais diversas, tais como: a Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos (Lei 8.987/1995), a Lei de Licitações e Contratos de Parcerias Públicas Privadas (Lei 11.079/2004), Normas Gerais de Contratação de Consórcios Públicos (Lei 11.107/2005), etc.

No presente trabalho vamos abordar a modalidade contratual, concessão de serviço público, trata-se de contrato administrativo, regido sob o regime jurídico de direito público, onde não há horizontalidade na relação jurídica, e sim um desequilíbrio contratual, demandando uma verticalidade na relação jurídica, ou seja, regime diferenciado da relação contratual privada, em atenção ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, característica comum a todos os contratos administrativos. Para tanto, se faz necessário conceituar o que venha a ser concessão de serviço público, bem como as suas especificidades.

Segundo o Professor Matheus Carvalho<sup>3</sup>, concessão de serviço público, trata-se de atividades públicas, que tanto podem ser executados pelo próprio Estado, através dos entes políticos, neste caso, de forma centralizada, ou mediante a descentralização de serviços públicos, esta, por sua vez, têm por escopo, à busca de maior eficiência e especialização na execução da atividade de interesse coletivo, onde, o ente estatal, descentraliza a prestação de determinados serviços públicos à pessoas estranhas da Administração Direta, seja, para os entes da Administração Indireta, pessoas jurídicas constituídas sob o regime de direito público ou por direito privado, criadas por lei específica, e sob controle do ente que o instituiu para a execução de atividades específicas, ou à particulares, através do contrato de concessões de serviços públicos.

Aponta o autor que a doutrina majoritária preconiza que a descentralização pode se dá por outorga ou por delegação de serviços, o primeiro, também é denominado de descentralização por serviço, e o segundo, designado como descentralização por colaboração, que tanto pode ser efetivado através da Administração Indireta, de direito privado, delegação legal ou mediante contrato administrativo de concessão de serviços públicos, delegação

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 10; p. 618-635.

negocial, com fundamento no art. 175 da CRFB/88, e regulamentada pela Lei nº 8.987/1995<sup>4</sup>, são as chamadas concessões comuns.

As concessões comuns, podem ser divididas em duas espécies: I) concessão de serviços públicos propriamente dita (art.2º, II, da lei 8.987/1995), tem por fim um único objeto, a delegação de serviço público; e II) concessão de serviços públicos precedida de obra pública (art.2º, III, da lei 8.987/1995), esta observa objeto complexo, uma vez que o concessionário antes de prestar o serviço, tem a obrigação de realizar uma obra<sup>5</sup>.

No que tange a forma de remuneração dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, as empresas concessionárias não são remuneradas pela Administração, e sim pelo usuário do serviço, ou seja, o investimento da concessionária de serviço público será remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço, através da tarifa<sup>6</sup>, razão pela qual não prescinde de previsão na Lei Orçamentária, pois não geram despesas para Administração Pública, diferente dos contratos comuns de prestação de serviços, em que o poder público paga pelo serviço contratado (Lei 8.666/1993), exceção à regra para as concessões especiais, uma vez que há contraprestação do parceiro público em pecúnia.

A Lei nº 11.079/2004<sup>7</sup> inova no direito interno, quando institui duas novas modalidades de concessão de serviço público, designada pela própria Lei de Parceria Público-Privada (PPP), nas modalidades patrocinada e administrativa, denominada pela doutrina de natureza especial, diante as inovações das modalidades contratuais denotadas em Lei. Com o advento da Lei de Parceria Público-Privada (PPP), expedido Decreto Federal nº 8.428/2015<sup>8</sup> para regulamentar e minudenciar as normas apresentadas em Lei, em especial o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº-11.079/ 2004. E em conformação ao art. 14 da Lei nº 11.079/2004, que dispõe de diretrizes a serem observadas pelo Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP, instituído através do Decreto nº 5.385/2005.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)> Acesso em: 12 dez. 2017.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, v. 4; p. 272.

<sup>6</sup> Os termos preço público e tarifa são utilizados pela doutrina e a jurisprudência como sinônimos, para significar o ingresso não-tributário devido ao Estado Administrativo Intervencionista como contraprestação por benefício recebido. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. IX; p. 188.

<sup>7</sup> \_\_\_\_\_. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)> Acesso em: 12 dez. 2017.

<sup>8</sup> \_\_\_\_\_. Decreto n. 8.428, de 02 de abril de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8428.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8428.htm#art20)> Acesso em: 12 dez. 2017.

Segundo Rafael Oliveira<sup>9</sup> a modalidade concessão especial foi inspirada no formato utilizado no direito comparado, na *Private Finance Initiative* (PFI) inglesa, lançada em 1992, mas a sua existência remonta ao ano de 1987, era uma forma especial de concessão, em que a remuneração do parceiro privado, em vez de ser necessariamente proveniente dos usuários, através da tarifa, advém do próprio Poder Público. No ordenamento jurídico interno a modalidade de concessão especial se justifica pelos seguintes motivos, conforme bem relaciona o Autor: I) limitação ou esgotamento da capacidade de endividamento público, em observância os limites dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº 101/2000), pois limita a capacidade de investimento pelo Poder Público na prestação direta dos serviços públicos e na criação de infraestrutura adequada; II) necessidade de prestação de serviços públicos não autossustentáveis e III) princípio da subsidiariedade e necessidade de eficiência do serviço, ressalta, que o Estado subsidiário valoriza a atuação privada, entende ser mais eficiente que a atuação estatal direta, supostamente observa a especificidade conjugada a técnica para a execução do serviço público.

O Professor Carvalho Filho<sup>10</sup> tece crítica a expressão parceria utilizado no texto da Lei nº 11.079/2004, para designar modalidades contratuais de concessão de serviços públicos, sob o regime especial, haja vista, tratar-se de relação contratual, em que estão participando entidades com interesses divergentes, não se confundindo com convênios ou parcerias firmadas com a Administração, os quais tem por finalidades interesses convergentes, ressalta, que onde há contrato tipicamente considerado não há parceria em seu sentido verdadeiro, tendo em vista que o denominado parceiro privado nada mais é do que uma pessoa comum, do setor privado, que como tal, persegue lucros e vantagens na execução do serviço ou obra pública.

A concessão patrocinada se caracteriza pelo fato de o concessionário perceber recursos de duas fontes, uma decorrente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, e outra, de caráter adicional, oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado.

Já a segunda modalidade, concessão administrativa, é a prestação de serviço “de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

---

<sup>9</sup> OLIVEIRA, op. cit., p.282.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. rev. amplia. atual. São Paulo: Atlas, 2012, v. 5; p.424.

O professor Matheus Carvalho<sup>11</sup>, salienta crítica a modalidade concessão especial administrativa, diante a proximidade dos contratos de prestação de serviços públicos, regidos pela Lei nº 8.666/1993, onde a empresa prestadora do serviço é integralmente remunerada pelo ente Estatal. E neste sentido, apresenta ponderação de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>12</sup>, que caracteriza a concessão administrativa, como falsa concessão, dispõe que “a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a de realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão – segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos”. Já para o Professor Carvalho Filho<sup>13</sup>, a dificuldade encontra-se na compreensão do dispositivo, em especial, o que significa ser “usuário direto ou indireto” do serviço. Entende que a expressão utilizada pelo legislador é vaga e de difícil inteligência, ressalta, que a Lei pretendeu dar maior amplitude para a modalidade concessão administrativa para abarcar as diversas atividades tipicamente administrativas, prospectando o investimento privado. Acresce, a justificativa do Projeto de Lei do Executivo, já sinalizava que as parcerias públicas-privadas permitiriam um amplo leque de investimentos, em especial nas áreas de infraestrutura, assim, potencializou-se a modalidade contratual para admitir a contratação de variada gama de serviços públicos de natureza administrativa, tratando-se, de única hipótese, em que se possa entender o fato de ser a Administração usuária direta ou indireta desses serviços. Pontua ainda, que embora semelhantes os instrumentos contratuais, em face ao objeto, qual seja, a Administração como usuária do serviço, o contrato de concessão administrativa não tem perfil idêntico ao do contrato de serviços regulado pela Lei nº 8.666/1993, neste caso, o particular contratado, limita-se à prestação do serviço, cabendo a Administração pagar o respectivo preço pela contraprestação, enquanto que na concessão administrativa, o concessionário presta serviço, mas se lhe exige que faça investimento na atividade, além da contraprestação pecuniária pelo poder concedente, que pode variar de acordo com o art. 6º da Lei nº 11.079/2004, conclui, que a modalidade concessão administrativa, trata-se de delegação da gestão de determinada atividade de infraestrutura administrativa, a qual reclama grau de autonomia empresarial, para que a atividade possa se desenvolver com maior eficiência e metas alcançadas, razão pela qual, dissente dos doutrinadores que identificam concessão administrativa com contrato de prestação de serviços.

---

<sup>11</sup> CARVALHO, op. cit., p. 638.

<sup>12</sup> MELLO apud CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 638.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 425-428.

A Lei nº 11.079/2004 possui algumas peculiaridades que a distinguem da concessão comum, o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>14</sup> aponta três características, vejamos: I) o compartilhamento de riscos, com previsão no art. 5º, inciso III da lei 11.079/2004, pontua que a solidariedade é reforçada, principalmente para os contratos de grande complexidade e longa duração; II) garantia das obrigações pecuniárias, com o respectivo estabelecimento contratual a cargo do Poder Público, na forma do art. 5º, inciso VIII da lei 11.079/2004, devem ser suficientes e compatíveis com os respectivos ônus e riscos assumidos, e III) a pré-constituição de uma sociedade de propósito específico, com a incumbência de implantar e de gerir o objeto da parceria.

É de fácil percepção que as parcerias público-privadas têm importância para o direito interno, em que pese alguns aspectos confusos na disciplina jurídica, como bem pontua o Professor Carvalho Filho<sup>15</sup> – “é mais uma das tentativas que ultimamente se têm apresentado para que o Poder Público obtenha do setor privado parcerias, recursos e formas de gestão no intuito de executar atividades estatais e prestar serviços públicos, tarefas nas quais o Estado, sozinho, tem fracassado.” Traz à reflexão, através do direito comparado, a experiência adotada em diversos ordenamentos jurídicos, como Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda, tendo como justificativa dois pontos fundamentais, o primeiro, a falta de disponibilidade de recursos financeiros, e segundo, a eficiência da gestão do setor privado, e sob outra perspectiva, são instrumentos adequados para investimentos no setor privado, além de servirem para importantes ações de infraestrutura.

Neste momento, este esforço deve ser aplicado, por exemplo, à área de aeroportos, na qual o Brasil está reconhecidamente muito atrasado, e as Parcerias Públicas Privadas mostram-se como instrumento possível para o incremento e otimização dos serviços de infraestrutura aeroportuária.

No direito interno, à gestão em infraestrutura no setor aeroportuário tem por referência, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO)<sup>16</sup>, trata-se de empresa de grande expressão no mercado, com mais de 40 anos de experiência, consta entre as três maiores operadoras aeroportuárias do mundo, com mais de 100 milhões de passageiros transportados ao ano, representando cerca de 60% do movimento aéreo no país, o que

---

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. VII; p. 387.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 423.

<sup>16</sup>BRASIL. Lei n. 5.862, de 12 de dezembro de 1972. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L5862.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5862.htm)> Acesso em: 12 dez. 2017.

à coloca em posição de destaque no cenário da aviação nacional<sup>17</sup>. Segundo dados disponibilizados pela Empresa Pública, ao longo das duas últimas décadas a demanda por transporte aéreo registrou significativo crescimento no ano de 2011, com movimento de aproximadamente 180 milhões de embarques e desembarques nos principais aeroportos do país. Destaca-se, deste fluxo evolutivo, a Empresa Pública concentrava aproximadamente 97% (noventa e sete por cento) do movimento do transporte aéreo regular do país, nos principais aeroportos que administrava, momento pelo qual, o setor aéreo brasileiro apresentava verdadeiro colapso com as dificuldades de infraestrutura aeroportuária, diante os gargalos, saturações e limitações na prestação do serviço. Acresce-se, a isto, à ascensão das classes menos favorecidas, impulsionadas pelo crescimento econômico, com a redução de preços de passagens aéreas e inserção de passageiros das classes B e C em um mercado até então restrito a esses segmentos. Outro fato que também contribuiu para o colapso, mesmo que a longo prazo, foi a liberdade tarifária proporcionada pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), com a sua instituição, inova no mercado aéreo com a livre concorrência tarifária.

Diante as dificuldades existentes na infraestrutura aeroportuária, e a necessidade proeminente de reestruturação e desenvolvimento do setor, a Empresa Pública, diante a sua incapacidade, demandava à Administração uma resposta imediata, optando à Administração pela concessão de alguns dos principais aeroportos brasileiros, em parceria com a iniciativa privada.

Desta forma, surge as primeiras concessões aeroportuárias do país, divididas em três lotes, e sob a modalidade licitatória leilão. O primeiro aeroporto concedido foi o de São Gonçalo do Amarante, em Natal, no Rio Grande do Norte, realizado em agosto de 2011 e a concessão iniciada em janeiro de 2012, e em sequência o segundo lote, com os aeroportos Internacional de Brasília, Presidente Juscelino Kubitschek, Internacional de Guarulhos, André Franco Montoro e o Internacional de Viracopos, em Campinas, realizado em 07 de fevereiro, dando início em 11 de julho de 2012. O terceiro e último lote de concessões, contemplou os aeroportos Internacional do Rio de Janeiro, Galeão Antônio Carlos Jobim e o Internacional Tancredo Neves Confins, em Minas Gerais, realizado em 22 de novembro de 2013, sendo homologado em 23 de janeiro de 2014.<sup>18</sup> Convém informar que os recursos arrecadados com

---

<sup>17</sup>Disponível em: < <http://www4.infraero.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/> > Acesso em: 12 dez. 2017.

<sup>18</sup> Disponível em: < <http://www.infraero.gov.br/index.php/br/transparencia/concessao.html> > Acesso em: 12 dez. 2017.

o arremate dos leilões passaram a integrar o Fundo Nacional da Aviação Civil (FNAC)<sup>19</sup>, cujo o escopo é o fomento em infraestrutura aeroportuário. Já com os contratos administrativos em vigor, a operacionalização dos aeroportos cedidos à iniciativa privada, durante o processo de transição, a gestão se deu de forma simultânea, INFRAERO e o concessionário, mantendo a Empresa Pública a gestão dos demais aeroportos não cedidos, e permanecendo com ingerência nos contratos cedidos, sob nova perspectiva, agora como sócia detentora de 49% (quarenta e nove) por cento das quotas de ações dos concessionários investidores.

A partir deste arcabouço vamos analisar o modal escolhido pela Administração, cujo o objetivo precípua é alavancar a economia, através do investimento em infraestrutura aeroportuária, de iniciativa privada, sob a modalidade concessão de serviço público, com o intuito de trazer otimização e efetividade para o setor; para tanto, especularemos se a experiência se mostra favorável para o desenvolvimento econômico e social do país, em especial, no que concerne ao marco regulatório utilizado e a importância de cada um dos atores com os seus papéis bem definidos.

## 2. PONDERAÇÃO DO MARCO LEGAL PARA CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUARIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Como a execução do serviço passou à empresas da iniciativa privada, mas a titularidade do serviço continuou sendo do Estado, conforme já demonstrado no tópico anterior, através do processo de descentralização de serviços públicos, foi necessário instituir um sistema específico para manter o controle Estatal, agora de modo mais particularizado, sobre os concessionários e os serviços públicos concedidos, sendo reservado a certas entidades típicas do Estado o controle sobre determinados segmentos de serviços concedidos<sup>20</sup>.

À vista disso, a cargo da Administração Indireta, através das agências reguladoras, as denominadas autarquias sob regime especial, caracterizadas por sua independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes, cuja destinação prioritária consiste no exercício do controle estatal sobre os numerosos serviços prestados sob o regime de concessão, que não raras vezes, diante a

---

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p. 366-368.

especificidade exigida para a execução de alguns serviços, se mostram necessárias frente a tecnicidade exigida para melhor atingir o interesse público.

E neste diapasão, em consequência as diversas transformações no setor aéreo brasileiro, ao longo dos últimos anos, em especial no aparato institucional responsável pela regulação, têm como marco regulatório no setor de aviação civil brasileira a Lei n.º 11.182/2005<sup>21</sup>, a qual institui no direito interno a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), ente que se tornou autoridade na aviação civil e regulador do transporte aéreo no país.

De acordo com o Professor Gustavo Binenbojm<sup>22</sup>, as agências independentes possuem importante relevância para o direito interno, pois rompe com o modelo tradicional de Administração Pública, cujo a ideia é de unidade político-administrativo, de paradigma piramidal, e passa para uma configuração de Administração policêntrica<sup>23</sup>, pois constam imunizadas das ingerências político-partidárias, convolvando em controlabilidade (*accountability*) social de atuação da burocracia, tratando-se de “*contraponto democrático da chamada crise da lei e da notável expansão das margens decisórias da Administração na definição de políticas públicas*”.

O Autor, em breve reflexão, acerca da internalização do instituto no direito interno, apresenta algumas ponderações que merecem atenção, ressalta que passada a primeira onda de criação de agências reguladoras setoriais no país, com expressa atenção aos mecanismos institucionais e jurídicos assecuratórios de independência às agências em relação aos agentes políticos, entende que o legislador nacional seguiu na contramão de sua fonte inspiradora, as agências independentes norte-americanas. Informa que o desenho institucional norte-americano *pós-New Deal*, emerge de uma estrutura administrativa mais assemelhada aos padrões clássicos da Europa continental, orientada pelo princípio da separação de poderes, onde a estrutura do Poder Executivo é bem definida, pois as decisões políticas de Estado não guardam qualquer espécie de influência nos atos e decisões das agências independentes. Para tanto, têm como contraponto à sua autonomia reforçada, mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três Poderes, e por grupos econômicos e sociais organizados, tudo para diminuir o risco de captura dos entes reguladores por agentes

---

<sup>21</sup>BRASIL. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm)> Acesso em: 12 dez. 2017.

<sup>22</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. VI; p. 257-269.

<sup>23</sup>Vide Nota 22: Noção de Administração Pública Policêntrica através do trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, do STF, no RE 603.583/RS.

ou grupos econômicos organizados. Também abarca a perspectiva de aumentar o grau de responsividade social e legitimidade democrática da função regulatória.

Já no Brasil, a proposta se apresenta mitigada, parti do princípio que o objetivo precípua das desestatizações, da chamada reforma de Estado, é atração de investimentos privado, notadamente de capital internacional, condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações com a Administração Pública. A ideia consiste na garantia do *status quo*, ou seja, têm como missão apenas assegurar a plenitude das decisões das agências reguladoras contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros<sup>24</sup>. Acresce, em consequência da disfunção do instituto quando de sua criação para atender objetivos imediatos, diferentemente da experiência e cautela norte-americana, denota, que permanecemos com a falta de exatidão no controle político, de responsividade social, e legitimidade democrática.

E sob a perspectiva ora apresentada, trago a ponderação do Ministro de Estado, Moreira Franco, em abertura do Seminário Concessões e Investimentos no Brasil: Novos Rumos<sup>25</sup>, entende, que o Brasil está passando por importante processo de revisão de modelos institucionais e conceituais no seguimento de infraestrutura, em especial nos instrumentos disponibilizados pela Administração, *in casu*, os contratos administrativos de concessões de serviço público, o qual tese críticas ao modelo adotado pela Administração, em especial as concessões realizadas no setor aéreo no período de 2011 à 2014.

Tal ponderação deriva da transfiguração da proposta do marco legal das concessões de serviço público, ressalta, a metodologia aplicada não corresponde com à essência da Lei de concessões, tendo em vista que o gestor público ainda não consegue distinguir concessão dos contratos comuns de prestação e ou aquisição de serviços regidos pela Lei n. 8.666/1993. Pontua a necessidade de mudança profunda no modelo de concessão adotados no país nos últimos anos, tendo como premissa dois objetivos específicos, o primeiro é dar maior transparência ao processo, criando um ambiente de concorrência em que a competência seja uma referência nas opções e nas escolhas, e o segundo, mudança em toda modelagem de financiamento para que o país possa sair deste processo que os colocou como reféns de seis ou sete grandes empresas que atuam no atual mercado, e que se fizeram presente em todos os setores de infraestrutura no país. Sinaliza que diante de temas tão complexos não parece

---

<sup>24</sup>BINENBOJM, op. cit., p. 269-280.

<sup>25</sup>QUINTELLA, Sergio Franklin; MOREIRA, Franco; ZYMLER, Benjamin; RAMOS, Marilene; CAMPOS, Cesar Cunha; DINIZ, Orlando; ZANON, Jailton. SEMINÁRIO CONCESSÕES E INVESTIMENTOS NO BRASIL: NOVOS RUMOS, 2017, FGV PROJETOS, ABERTURA. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

razoável que somente essas empresas tenha condições de atuar em todas estas áreas com a expertise necessária para o desenvolvimento de cada uma das atividades. Ainda sob a perspectiva do ministro, o mesmo apresenta à título de exemplo, a concessão aeroportuária do terceiro lote de leilão, especificamente o aeroporto internacional do Galeão, Antônio Carlos Jobim, no Rio de Janeiro, arrematado por 19 bilhões, ressalta, tratar-se de contra senso, tendo em vista o retorno esperado do investimento pelo concessionário no período concedido, afirma que demandaria uma “eternidade” para o concessionário reaver seu investimento, e que evidentemente não poderia apresentar resultado positivo, o que de fato não ocorreu.

Conclui, que os contratos de concessões até então realizados no Brasil, não se tratavam de contratos de concessão efetivamente, mas, meramente contratos de obras, diante a vulgarização e o abuso na utilização do instrumento por gestores públicos, implicando dificuldades até para o controle, fosse ele exercido pelas as agências reguladoras ou Tribunal de Contas, diante a ausência de métricas claras e bem definidas. Entende que a obrigatoriedade para os investidores em associarem-se à uma empresa brasileira, se apresenta nociva para o interesse público, por fomentar um ambiente diverso do esperado, ao invés de proteger a empresa brasileira, capital brasileiro, a economia brasileira, criou um ambiente de cumplicidade, de interesses escusos, inexistindo a defesa dos interesses nacionais. Cita ainda, a Infraero, empresa estatal que compõe o quadro societário com 49% (quarenta e nove por cento) do capital social das concessionárias aeroportuárias no período de 2011 a 2014. Pontua, que a Estatal, realiza investimentos com subsídio público, o que é uma barbárie, apresenta-se completamente contrário à natureza do instituto de concessões, uma vez que cabe ao particular o efetivo investimento e desenvolvimento da atividade diante a sua expertise, e ao Estado, cabe a sua fiscalização e regulação, discorre que há uma verdadeira confusão dos atores envolvidos no exercício de suas atividades na relação jurídica de concessões de serviços aeroportuários.

Nesta perspectiva, o Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>26</sup>, em monitoramento dos subitens 9.4, 9.5 e 9.6 do Acórdão 548/2014 TCU Plenário, que tratou de auditoria de natureza operacional realizada na Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e na Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO) com o objetivo de examinar a atuação dessas entidades no acompanhamento dos contratos de concessões aeroportuárias, referente aos primeiros, segundos e terceiros lotes, o qual ratifica a necessidade de se rever paradigmas e conceitos institucionais e organizacionais até então implementados. O relatório

---

<sup>26</sup> Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/monitoramento-aponta-que-infraero-deixou-de-seguir-orientacoes-nas-concessoes-de-aeroportos-1.htm>> Acesso em: 12 dez. 2017.

de auditoria do TC 009.780/2013-0 registrou carências relativas à estruturação e aos meios necessários ao melhor acompanhamento da execução dos contratos de concessão pela ANAC, sendo observado que a estruturação da agência para acompanhar os contratos de concessão era provisória e incompleta. Constatou-se ainda que a publicidade e transparência da gestão dos contratos de concessão ainda era incipiente. No que toca à atuação da INFRAERO, enquanto detentora de 49% (quarenta e nove por cento) do capital social das concessionárias, foram identificados problemas como: a ausência de estruturação interna para o alcance dos objetivos (recebimento de dividendos e fortalecimento de sua gestão); falta de definição clara de procedimentos para avaliar o retorno financeiro dos aportes de capital; ausência de definição de ações para assimilar as melhores práticas das concessionárias; e limitações para verificar se os contratos assinados com partes relacionadas às concessionárias estão de acordo com os termos e condições de mercado.

Convém aduzir, o argumento apresentado pela empresa estatal no processo, a qual se limita a informar que a sua participação se restringe a aportar recursos financeiros nas concessões e que não lhe caberia examinar tecnicamente os projetos, e, em manifestação ao argumento apresentado, o Ministro Augusto Nardes, relator do processo, assim dispõe: “a argumentação está em desacordo com o disposto no Protocolo de Governança, que confere à Infraero poder de veto nos contratos firmados”, também revelou que durante o período de monitoramento a Infraero sonegou informações ao Tribunal de Contas, tratando-se de episódio inusitado, bem como injustificado e de extrema gravidade.

E neste sentido, o Professor Marçal Justen Filho<sup>27</sup>, faz ponderação acerca da segurança jurídica e a necessidade de se entender o que venha a ser segurança jurídica, diante a análise do contrato administrativo de concessão, em que prevê relação jurídica de longa duração, cuja o prazo de vigência é de 25 (vinte e cinco) à 35 (trinta e cinco) anos, com investimento de milhões ou bilhões, ou seja, não é razoável que o contrato desta monta preveja todas as possibilidades da relação jurídica diante à sua complexidade, não pode ser o contrato completo, acabado, predeterminado e exaustivo desde logo. Entende que é da inerência dessas espécies de contrato a sua incompletude, portanto, quando se fala em segurança jurídica é importante a definição de marcos legais bem definidos, mas não significa necessariamente que a segurança jurídica seja estática, pois envolve uma concepção dinâmica, conclui, a solução é transpor o conteúdo para forma. Em termos práticos, enfatiza o Professor Marçal, o

---

<sup>27</sup>ZYMLER, Bejamin; JUSTEN FILHO, Marçal; SUNDFELD, Carlos Ari; BELLIZZI, Marco Aurélio. SEMINÁRIO CONCESSÕES E INVESTIMENTOS NO BRASIL: NOVOS RUMOS, 2017, FGV PROJETOS, PAINEL 1: MARCO LEGAL. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

que é preciso fazer no Brasil, a primeira questão é, dissociar competências de cunho regulatório e a condição do poder concedente, diante o reconhecimento imediato de que não é possível que uma mesma autoridade política cumulasse atividades executivas e competências regulatórias, para que não deflúa influência de cunho político-partidário.

A tributação no setor das concessões não se mostra diferente do que foi apresentado, a especialista tributarista e pesquisadora Dra. Ana Carolina Monguilod<sup>28</sup>, aponta as complexidades do sistema tributário como fator de ineficiência e de improdutividade para o desenvolvimento da atividade econômica pelo investidor no setor de infraestrutura através das concessões. Dispõe que o melhor seria se nós tivéssemos uma legislação tributária mais simples e menos complexa. Para tanto, aponta três fatores que podem ser vislumbrados sob o ponto de vista tributário nas concessões, e destaca três paradigmas: a insegurança, a incerteza e a imprevisibilidade. A especialista sinaliza que o investidor busca a segurança jurídica para a atuação de seus negócios, e, em se tratando de investidor de infraestrutura, o mesmo apresenta uma curiosidade, informa, que o investidor de infraestrutura costuma comparar o investimento de renda fixa à expectativa em relação ao retorno do investimento, até porque, como já foi dito, os contratos de concessões, são contratos de longuíssimo prazo e de investimentos intensivos no início. Desta forma, o investidor, prospecta-se para que nos próximos 10, 20 e 30 anos ele tenha retorno previsível e estável, em que pese em sua essência, no exercício da atividade econômica demandar riscos do negócio, e que normalmente esses riscos são precificados.

Informa que o risco tributário poderia ser precificado, o problema é que muitas vezes esse risco não é estimado, e esse investidor por não conseguir precificar esse risco tributário oferece um valor ruim para o negócio, ou nem mesmo participa, e conclui, o problema aqui não é o risco que conseguimos antecipar e precificar, é o risco que não são precificáveis, diante a insegurança jurídica. Aduz ainda que não é o risco de aumento da carga tributária, porque esse poderia ser eventualmente ajustado posteriormente, o problema é o risco na regulamentação, na fiscalização, e na interpretação. São esses os riscos para o investidor, que são praticamente imensuráveis, entende que o benefício fiscal não é uma solução, para tanto, em provocação a reflexão na busca de uma possível solução, traz uma frase que é atribuída a um pensador jornalista americano que dizia “para todo problema há sempre uma solução simples elegante e errada”. A especialista em desafio a frase supracitada, expressa a primeira

---

<sup>28</sup>AFONSO, José Roberto; MONGUILOD, Ana Carolina; AMORIM, Livia; SIMONSEN, Ricardo. SEMINÁRIO CONCESSÕES E INVESTIMENTOS NO BRASIL: NOVOS RUMOS, 2017, FGV PROJETOS, PAINEL 7: TRIBUTAÇÃO NO SETOR DE CONCESSÕES. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

ideia de uma possível solução ou mitigação do risco tributário, tal solução é atribuída ao direito alienígena, são os *advance tax rulings*, trata-se de acordos fechados pelo poder público com os investidores, de maneira geral, esses acordos são feitos sob a égide de regras bem definidas para contratos de longa duração, seja ela fiscal ou administrativa. Assim, o risco do negócio é mensurável pelo investidor, uma vez que saiba qual é a tributação e o sistema que serão submetidos. Informa, o *advance tax rulings* são extremamente comuns na Holanda, Luxemburgo e na Áustria, discorre que são diversos países desenvolvidos que regularmente celebram e executam este tipo de acordo, trata-se de atração de investimento estrangeiro, onde o investidor de forma prévia saiba que tipo de tributação e sistema sofrerá ao longo deste processo. E de maneira conjugada, a especialista apresenta a ideia do “simples” para o setor de infraestrutura. Pontua que quando fala em simples, não é no sentido de simples com baixa tributação, não necessariamente, mas de um sistema racional, fácil e menos complexo, cita como exemplo negativo, o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura (REIDI)<sup>29</sup>, trata-se de benefício fiscal concedido ao setor de infraestrutura, como excessivamente burocrático e sistêmico.

E neste sentido, em recente artigo publicado pelas professoras e coordenadoras do Grupo de Estudos de Políticas Tributárias (GEP) da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Melina Rocha Lukic, Vanessa Rahal Canado e Ana Carolina Monguilod, no jornal O Estado de S. Paulo, intitulado "Quatro mitos sobre a reforma tributária"<sup>30</sup>, neste *paper* as autoras abordam a reforma tributária e os fatores que impediram o avanço para a reformulação da norma tributária. Neste ensaio é defendido pelas autoras a adoção de um imposto nacional sobre o valor acrescentado (IVA) em substituição à pluralidade de incidências criadas pela Constituição sob a forma de impostos e contribuições. Tem por abordagem a tributação sobre o consumo, ressalta as autoras que nada adianta uma reforma que não traga maior simplificação tributária, e esta só será atingida se o novo modelo não comportar exceções, regimes especiais e alíquotas diversificadas, nem diferenciação de qualquer natureza entre os setores, para tanto demonstra incongruência do atual sistema, através de quatro falácias: I) a diferenciação de alíquotas por produto, II) o princípio da essencialidade como solução para correção de desigualdades, III) a diferenciação dos modelos por setores da economia e IV) a inadequação dos tributos sobre o consumo diante as novas tecnologias.

---

<sup>29</sup>BRASIL. Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111488.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111488.htm)> Acesso em: 11 de março de 2018.

<sup>30</sup>Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral/quatro-mitos-sobre-a-reforma-tributaria,70002171807.html>> Acesso em: 11 março 2018.

Diante o exposto, não cabe a utilização do princípio da supremacia do interesse público para legitimar escolhas equivocadas pela Administração no processo de governança, a ideia de supremacia como norma jurídica não se coaduna com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade para dirimir interesses em conflito, de acordo com o Professor Gustavo Bininbojm<sup>31</sup>, parte da premissa que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, denota que a regra de prevalência, impõe tanto ao interprete ou aplicador do direito um percurso ponderativo, considerando a pluralidade de interesses jurídicos em questão. Aponta que é essa ponderação de valores coexistentes que atribuirá máxima realização aos direitos envolvidos como critério decisivo para a atuação administrativa.

### 3. PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS – PPI NO FOMENTO DE POLÍTICA DE ESTADO

Segundo o Ministro Moreira Franco<sup>32</sup>, diante a experiência negativa nas concessões aeroportuárias de 2011 à 2014, surge a necessidade de reformulação de dogmas e paradigmas legais para o restabelecimento do interesse coletivo, através do fomento em infraestrutura sob nova perspectiva dos instrumentos dispostos pela Administração. Assim, surge o Projeto Crescer<sup>33</sup>, uma política pública de Estado, pensada pelo Governo Federal, com o propósito de restabelecer a confiabilidade de investimentos no país, em especial no setor de infraestrutura, através do Programa de Parcerias de investimentos (PPI), para impulsionar a geração de empregos e melhor prestação de serviços públicos aos seus administrados.

Ainda de acordo com o Ministro, a reformulação de paradigmas legais, com o auxílio e parceria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Tribunal de Contas da União (TCU) e de juristas e pesquisadores especializados na área, como o Professor Carlos Ari Sunfeld, para o desenvolvimento e implementação de novas tecnologias, a partir de um novo olhar dos instrumentos e experiências já desenvolvidas pela Administração, mas não exitosas, nasce o Projeto Crescer, nome simplificado para o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), constituído através de Medida Provisória nº 727/2016, e posteriormente

---

<sup>31</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 83-104.

<sup>32</sup> QUINTELLA, Sergio Franklin; MOREIRA, Franco; ZYMLER, Benjamin; RAMOS, Marilene; CAMPOS, Cesar Cunha; DINIZ, Orlando; ZANON, Jailton. SEMINÁRIO CONCESSÕES E INVESTIMENTOS NO BRASIL: NOVOS RUMOS, 2017, FGV PROJETOS, ABERTURA. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

<sup>33</sup> Disponível em: <<http://www.avancarparcerias.gov.br/>> Acesso em: 15 de fev. de 2018.

convertida em Lei nº 13.334/2016<sup>34</sup>, cujo a ideia é ter um novo fluxo de decisões para a priorização e o acompanhamento dos projetos que serão executados por meio de Parceria Público-Privada (PPP) e privatizações, além de garantir um ambiente propício à expansão da infraestrutura, do desenvolvimento econômico e das oportunidades de investimento e emprego no país.

Aduz ainda, que em recente experiência do atual governo nas concessões aeroportuárias, estas realizadas em quatro aeroportos: de Fortaleza, Salvador, Porto Alegre e Florianópolis, já demonstra êxito em razão ao modelo profundamente modificado, diante a colaboração do CADE, TCU e especialistas do setor. Acresce, que dentre as modificações de muita relevância, ressalta dois pontos importantíssimos para o êxito do serviço concedido, o primeiro, não tem empreiteiro participando, só operador de aeroporto, especialistas com experiência na gestão de grandes aeroportos, e o segundo ponto, é a ausência da INFRAERO nos atuais contratos, além do fato dos contratos concedidos tratarem de voos internos (domésticos).

E no mesmo sentido, o especialista Dr. Fernando Villela de Andrade Vianna, em entrevista ao Jornal O GLOBO<sup>35</sup>, em análise ao Edital dos aeroportos supramencionados, reitera a importância das alterações realizadas pela atual gestão, sinaliza como ponto fulcral a retirada da INFRAERO dos novos contratos de concessões, denota como atrativo para os futuros investidores. A outra mudança é o pagamento de outorga pelo concessionário ao direito de explorar a atividade concedida de forma antecipada, ou seja, o futuro concessionário deverá antecipar 25% (vinte e cinco por cento) do valor ao poder concedente, na assinatura do contrato, tendo como contrapartida cinco anos de carência, para que nesse período a concessionária possa investir no ativo, objeto da concessão. Ao contrário do modelo anterior, onde o investidor realiza o pagamento anual de parcelas fixas e variáveis sobre as receitas geradas pelos aeroportos, o que de certa forma impacta o investimento no objeto concedido, além da restrição de liberdade de empreender, diante a intervenção estatal de forma endógena, bem como atração do controle externo, através do Tribunal de Contas da União, em razão da participação do erário público pela INFRAERO.

O Programa observa algumas diretrizes, uma delas informa que somente os projetos maduros serão leiloados, tem como foco o planejamento, a modelagem e o licenciamento dos

---

<sup>34</sup>BRASIL. Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm)> Acesso em: 12 dez.2017.

<sup>35</sup>Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/2017/03/14/2270-especialista-comenta-leilao-de-aerportos>> Acesso em: 15 de fev. 2018.

projetos. Também é enfatizado o nível de serviço requerido para as concessões, ao invés de necessidades de obras. Observa ainda maior concorrência para a realização dos leilões, uma vez que dispõe de prazos de 100 (cem) dias no mínimo entre os editais e a realização dos leilões; também apresenta clara segregação de papéis, as agências reguladoras cuidam do monitoramento e *compliance* dos contratos, bem como reequilíbrios quando necessários; os Ministérios propõe projetos e os leiloam, além de tomar decisões políticas; o Conselho do PPI aprova projetos e condições dos leilões. Apresenta maior racionalidade nos investimentos, com previsão de gatilhos de demanda para investimentos, a viabilidade ambiental é pré-condição para aprovação do projeto, a taxa interna de retorno (TIR) dependerá do perfil de cada projeto e não será predeterminada; somente projetos financiáveis serão apoiados, com distribuição dos riscos no contrato e transparência, com a disponibilidade de minutas de edital e contratos submetidos a consulta pública e ao TCU, antes da aprovação do Conselho do PPI, formado pelo Presidente e seis Ministros, além dos Presidentes dos bancos públicos.

O Projeto Crescer<sup>36</sup> prevê ainda no PPI a prorrogação ou a relicitação instituída pela Lei nº 13.448/2017<sup>37</sup>, onde estabelece diretrizes para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334/ 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal, e altera a Lei nº 10.233/2001, e a Lei nº 8.987/1995, trata-se de inovação no direito interno, haja vista que o instituto da prorrogação nos contratos de concessão tratar-se-ia de excepcionalidade, bem como debatido entre os doutrinadores<sup>38</sup> por entenderem que o termo de prorrogação, do ponto de vista jurídico, proporciona ao concessionário vantagem incompatível com o princípio da isonomia, e sob o ponto de vista econômico a prorrogação não se sustenta, haja vista que o lapso temporal do contrato de concessão lhe possibilita reaver o seu investimento, o que ratifica a excepcionalidade do instituto.

Segundo o site do Projeto Crescer, com a qualificação dada pela Terceira Reunião do Conselho do PPI, em agosto de 2017, passaram a fazer parte do Programa (PPI), através do Decreto nº 9.180/2017<sup>39</sup>, treze aeroportos que poderão ser concedidos, tem por escopo alcançar qualidade em infraestrutura, e permitir investimento na ordem de R\$ 4,6 bilhões, através das concessões, que serão disputadas por players como operadores aeroportuários,

---

<sup>36</sup> Disponível em: < <http://www.avancarparcerias.gov.br/>> Acesso em: 15 de fev. de 2018.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm)> Acesso em: 15 fev. 2018.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 274.

<sup>39</sup>BRASIL. Decreto n. 9.180, de 24 de outubro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9180.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9180.htm)> Acesso em: 15 fev. 2018.

investidores financeiros e outros interessados, com o fito de otimizar a prestação do serviço aos administrados, e desonerar a Administração, quanto as obrigações financeiras e administrativas advindas da operação dos respectivos terminais aeroportuários.

## CONCLUSÃO

Depreendemos que a matéria aqui tratada cuida especificamente de Direito Público, onde o Estado nas suas mais variadas funções submete-se ao direito posto, razão pela qual a prevalência do interesse público sobre os interesses privados. Diante tal premissa, denotamos que para a Administração realizar o interesse público, se faz necessário a adequação dos atos administrativos, com o ordenamento jurídico para a sua efetiva legitimação, não sendo diferente com o procedimento administrativo licitatório, tendo em vista, que o instrumento de limitação de Estado, nada mais é que uma série concatenada de atos, cujo o fim é contratar com o particular na consecução do interesse público. E sob este aspecto se faz necessário a utilização da burocracia administrativa, não aquela denominada de forma pejorativa, que privilegia a morosidade, definida pela falta de eficiência, mas, àquela, necessária ainda, diante da impossibilidade do Estado atuar de forma deliberada, imotivada, através de seus agentes, com o fito de concretizá-los no mundo real, sempre subsidiado por diretrizes normativas e principiológicas sistematizadas, onde há definição e organização dos serviços e tarefas à serem realizadas, cujas as funções hierárquicas, em consonância com a ordem de prioridades, estão bem demarcadas. Tal formalismo tem o intuito de garantir à coletividade que a relação que se faz presente, demanda de ações condizentes com a materialidade e formalidade exigida pela norma matriz do direito interno. Todavia, essa sistemática não tem se mostrado suficiente na consecução do interesse público, em especial em políticas públicas de infraestrutura desenvolvimentista, conjugada à incentivos administrativo e fiscal, por vezes equivocada, fosse em razão da ausência no domínio da matéria ou por ausência de moralidade jurídica, como bem preleciona o TCU, no caso concreto da ANAC e INFRAERO.

O presente ensaio também demonstra que o impacto da carga tributária nos investimentos de infraestrutura, através de contratos administrativos de concessões de serviço público, não é o elemento determinante por si só para o insucesso do serviço concedido, em que pese a carga tributária no Brasil alcançar países com alto índice de desenvolvimento econômico e social, sendo conclamado por especialistas e pesquisadores o custo Brasil, frente a insegurança jurídica, na regulamentação, na fiscalização e na interpretação, tanto de âmbito fiscal como administrativo. Também foi prelecionado que o benefício fiscal não é uma solução, e que os investidores do setor de infraestrutura não possuem interesse, por óbvio que

o benefício fiscal sozinho não tem essa força, diante da complexidade do próprio sistema tributário nacional aliada a insegurança jurídica, de forma que a solução sugerida é extraída do direito alienígena, mas o que seria *advance tax rullings*, se não um conjugado de benefícios.

Conclui-se, ratificando por tudo o que foi demonstrado no presente ensaio, a importância e a necessidade de marcos regulatórios bem definidos, assim como um sistema tributário nacional menos complexo, mais simplificado, mas não é só isso, há urgência na superação de paradigmas no que toca a relação do agente público com a coisa pública, o clientelismo político-partidário, a falta de probidade administrativa já não é mais suportado por seus administrados, diante políticas públicas forjadas para atender interesses de uma pequena minoria, de forma que coloca em xeque a higidez do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 13.334, de 13 de setembro de 2016. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. Salvador: Juspodium, 2015.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TORRES. Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SEMINÁRIO CONCESSÕES E INVESTIMENTOS NO BRASIL: NOVOS RUMOS, NÚMERO (?), 2017, CENTRO CULTURAL DA FGV, PRAIA DE BOTAFOGO, 186, Rio de Janeiro.