

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em**  
**Direito Administrativo**

**Moisés Rubbioli Cordeiro**

**Outorga de autorização da**  
**exploração aeroportuária**

**Brasília – DF**

**2012**

**MOISÉS RUBBIOLI CORDEIRO**

## **Outorga de autorização da exploração aeroportuária**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: MsC. Marilda de Paula Silveira

Brasília - DF

2012

# MOISÉS RUBBIOLI CORDEIRO

## Outorga de autorização da exploração aeroportuária

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## **DEDICATÓRIA**

À minha esposa pelo carinho, paciência e companheirismo. Aos meus pais, pelo amor, educação e valores repassados. Aos meus irmãos, pelo modelo de comportamento, que me inspira sempre.

## **AGRADECIMENTO**

Ao Ronei, que me abriu a mente para este trabalho, fazendo as perguntas certas para desenvolvê-lo. À orientadora Marilda, porque é uma grande educadora, sempre disponível.

## RESUMO

O presente estudo tem como foco propor um modelo jurídico para o instituto da autorização da exploração aeroportuária em razão da ausência da regulamentação do artigo 21, inciso XII, alínea “c” da Constituição Federal de 1988. Tal instituto está previsto nas legislações ordinárias desde 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA (Lei n.º 7.565/86), mas jamais foi regulamentado. O setor aeroportuário ressen-te-se de um modelo mais simplificado de exploração, que contemple serviço seguro aos usuários e segurança jurídica aos investimentos privados. Neste sentido, a precariedade e a discricionariedade tradicionalmente atribuída ao instituto da autorização pela doutrina clássica foi aqui criticada e revista. O modelo proposto assenta-se em premissas de exploração pela iniciativa privada, em regime jurídico de direito público, de natureza declaratória, vinculada e voltada ao interesse público.

**Palavras-chave:** Infraestrutura Aeroportuária, Autorização, Vinculada, Exploração, Regulamentação.

## **ABSTRACT**

The present study focuses on proposing a model law of authorization for the institute of airport operations, due to the lack of regulation of article 21, section XII, paragraph "c" of the Federal Constitution of 1988. This institute is referred in the ordinary law since 1986 - Brazilian Aeronautical Code - CBA (Law nº. 7.565/86), but has never been regulated. The airport sector suffers from a more simplified model of operation that includes safe service to the general users and legal security for private investment. In this sense, the insecure and discretionary traditionally attributed to the institute of authorization by the classical doctrine here was criticized and revised. The proposed model is based on assumptions of exploitation by private investment, the legal regime of public law, a declaratory nature, bound and dedicated to the public interest.

Keywords: Airport Infrastructure, Authorization, Bound, Exploration, Regulation.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1 – BREVES LINHAS SOBRE O SETOR AÉREO.....	08
1.1. A exploração da atividade aeroportuária no Brasil: breve introito.....	08
1.2. Conceitos Básicos.....	15
1.2.1. Aeródromo público e privado. Aeródromo civil e militar. Aeroporto. O critério do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA.....	15
1.2.2. Competências e modalidades de exploração aeroportuária.....	19
CAPÍTULO 2 – O INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO.....	25
2.1. Introdução.....	25
2.2. Previsão Legal.....	28
2.3. Autorização: conceito.....	29
2.4. Autorização: natureza jurídica.....	35
2.5. Classificação das autorizações.....	37
2.6. Autorização para desenvolvimento de atividade econômica.....	41
2.7. A legislação da autorização em outros setores.....	43
2.8. Conclusões Parciais.....	46
CAPÍTULO 3 – O INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO COMO OUTORGA DA EXPLORAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA.....	48
3.1. Introdução.....	48
3.2. Previsão legal.....	49
3.3. A necessidade, utilidade e adequação do instituto da autorização para a exploração da infraestrutura aeroportuária.....	51
3.4. O modelo ideal.....	54
3.4.1. Condições para a obtenção de uma autorização de exploração de infraestrutura aeroportuária.....	55
3.4.2. Classificação jurídica do modelo.....	62
3.5. O resultado esperado do modelo de exploração sugerido.....	64
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

## INTRODUÇÃO

A infraestrutura aeroportuária do Brasil atravessa por uma fase de crise e de oportunidades jamais vistas na história do país. Não obstante soe aparentemente contraditória tal afirmação, o fato é que os aeródromos públicos brasileiros estão abandonados em termos de investimento há décadas, o que resulta, exatamente por este aspecto, num ambiente inteiramente propício para novas oportunidades de exploração, não só para o próprio setor público, mas principalmente para o setor privado.

E o que se nota facilmente é que quando o Brasil é testado a responder à altura por eventos de massa fica demonstrado que está realmente no limite da capacidade operacional de muitos aeroportos.

Como é de se imaginar, esse cenário advém de vários fatores, a maioria deles, imputáveis ao próprio Estado, seja porque agiu incorretamente em determinado período histórico, seja porque foi omissa, quando deveria atuar apenas de forma estratégica, ou ainda como simples agente regulador. Há certo consenso que, cada uma dessas medidas tem seu tempo e seu lugar em cada civilização moderna.

Feita essa premissa, nota-se que o tema apresentado na presente pesquisa científica passa, necessariamente, pela análise do papel do Estado em determinado momento histórico vivenciado pelo setor aéreo.

Desde o início, porém, alerta-se que não é nosso objetivo realizar um estudo dos erros do Estado brasileiro nessa área, mas sim analisar uma das *alternativas de gestão* que se apresenta disponível para solucionar *parte* dos problemas de infraestrutura nesta atividade: a outorga da *autorização* da exploração desses serviços públicos.

Segundo se infere do art. 21, XII, “c”, da CF/88, “**compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária**”.

Referido dispositivo constitucional, aparentemente de simples interpretação, detém discussões bastante controvertidas na doutrina, principalmente quando se coloca em confronto com o artigo 175 da CF/88, que se ficou omissa quanto à

forma de prestação de serviço público por intermédio de autorização, prevendo apenas a concessão e a permissão de serviço público<sup>1</sup>. Por tal motivo, alguns autores controvertem-se quanto à possibilidade jurídica de se explorar *serviço público* mediante *autorização*.

Ademais, a polêmica se acentua porque - até o presente momento - a União não realizou qualquer regulamentação para a exploração aeroportuária mediante o instituto da autorização, permanecendo ainda sem qualquer definição legal neste setor. E tal omissão, advirta-se, não advém desde a Constituição de 1988, uma vez que, desde a Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA), já se falava em *autorização* para a exploração da infraestrutura aeroportuária<sup>2</sup>.

Neste sentido, será abordada a necessidade de regulamentação deste instituto jurídico e a sua relação direta com as chamadas “externalidades positivas” que a autorização aeroportuária poderá atrair não somente para o setor da aviação civil, mas também para vários outros.

Em regra, num Estado Democrático de Direito, somente o princípio da legalidade legitima as ações do poder público, significando, a *contrario sensu*, que a inexistência de instrumento jurídico torna ilegítima qualquer política pública realizada com base em instrumento jurídico ainda pendente de regulamentação. Assim, a omissão na regulamentação do instituto da autorização da exploração da infraestrutura aeroportuária, por si só, é fato relevante não só para o mundo jurídico, mas, principalmente, para a sociedade e a economia nacional.

Noutro giro, será verificado ainda como a regulamentação *açodada* ou *inadequada* de institutos jurídicos pode se mostrar prejudicial ao Estado, à sociedade e também ao mercado, podendo culminar até mesmo na ruína de relações já consolidadas. O equilíbrio, portanto, é o difícil ponto a ser encontrado nas regulamentações de instrumentos jurídicos que afetem diretamente o mercado de consumo.

---

<sup>1</sup>Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

<sup>2</sup>Art. 36, III, CBA: Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados:

(...)

IV - por concessão ou *autorização*.

Assim, no estudo será identificado se a União, uma vez desprovida de um *instrumento jurídico formal* capaz de suprir demandas setoriais do mercado da aviação civil, estaria possivelmente deixando de promover algumas finalidades legais já prescritas para o setor, dentre elas: o aumento da disponibilidade de infraestrutura aeroportuária; o aumento do fluxo de pessoas e bens; novas oportunidades de investimento; o aumento da oferta de serviços de transporte aéreo e a abertura de outros novos; a criação de empregos; o provimento de novas infraestruturas de intermodalidade de transportes; o desenvolvimento de incentivos regulatórios para otimizar a demanda e os serviços de transporte aéreo; a promoção da concorrência no setor; a participação da iniciativa privada na exploração de aeródromos, dentre vários outros aspectos.

Assim, é possível imaginar que a ausência de regulamentação *adequada* dessa modalidade de outorga de exploração possa vir a se traduzir em algum obstáculo ao desenvolvimento econômico, social e turístico para o setor aéreo, fato que será oportunamente identificado ao longo deste estudo.

De imediato, importa alertar que a exploração *direta* pela União da infraestrutura aeroportuária não será alvo de nossa análise, sobre a qual apenas será feita referência de forma a contextualizar o tema objeto deste trabalho. Afinal, é notório que a exploração direta de serviços públicos pela União não traz tantas novidades, já que referido ente político atua no exercício de seu mister constitucional, estando este assunto já amplamente regulamentado, seja por lei geral, seja por legislações setoriais<sup>3</sup>, e bastante difundido na doutrina.

Situação diversa, porém, ocorre quando a União deseja *compartilhar* atividades que lhe são próprias a terceiros interessados, mediante a chamada exploração *indireta*.

Levando-se em consideração esse cenário, a presente pesquisa teveo cuidado de suscitar apenas os questionamentos jurídicos mais relevantes acerca da outorga de autorização da exploração da infraestrutura aeroportuária a outras pessoas jurídicas.

---

<sup>3</sup>Nesse sentido, a título de exemplo, citamos apenas algumas normas que tratam de serviços públicos no âmbito federal: Lei 8.987/95; Lei n.º 9.074/95; Lei n.º 9.491/97; Lei n.º 11.079/2004; Lei n.º 11.107/05; Decreto n.º 2.271/97; Decreto n.º 7.174/2010; Lei n.º 8.630/93; Lei n.º 9.277/96; Lei n.º 6.538/78.

Nesse ponto, desde já nos cumpre fazer um alerta importante: não será abordado no presente estudo as delegações de exploração de aeródromos públicos aos demais *entes federativos*, conhecidos como “convênios de delegação” da infraestrutura aeroportuária. Este assunto, por si só, mereceria ser objeto de estudo a parte, porque também detém suas próprias nuances jurídicas.

Feito essa premissa, delimita-se mais ainda o objeto deste trabalho: analisar os aspectos mais polêmicos relativos a uma *proposta* de modelo jurídico de outorgas de *autorizações* da infraestrutura aeroportuária a pessoas jurídicas de direito *privado*. Tal premissa, como se percebe, também exclui as *demais formas* de exploração indireta: *concessão* e *permissão* de serviços públicos, temas cuja literatura é vasta a respeito, e não serão objeto de análise.

Não obstante, quanto ao tema “autorização de serviço público”, ainda não há grande número de autores *renomados* que tenham se debruçado com profundidade sobre o tema, sendo, quando muito, objeto de pequenos capítulos em literaturas específicas, ou de algumas poucas obras sobre o assunto.

Muito provavelmente, este interesse mitigado dos doutrinadores pátrios quanto ao instituto da autorização reflita o caráter historicamente centralizador dos modelos de gestão de serviços públicos no país, seara onde o Estado brasileiro tem um extenso histórico *empresarial*. Vê-se, assim, uma literatura mais voltada ao serviço público explorado na sua modalidade direta ou indireta mediante concessão e permissão, mas não sob a denominada “autorização” de serviço público.

Contudo, a progressiva evolução da sociedade brasileira desafia o Estado a responder de forma efetiva pelas novas demandas de serviços públicos, forçando-o a inovar nas alternativas de gestão de serviços a seu encargo constitucional. Assim, dentro em pouco, um assunto sem muita importância na literatura jurídica terá sua vez.

E têm-se, nessa matéria, infindáveis assuntos polêmicos. Várias situações complexas e inimagináveis poderão surgir quando da efetivação de uma autorização para a exploração da infraestrutura aeroportuária<sup>4</sup>. Algumas serão enfrentadas

---

<sup>4</sup>Conforme Voto do Ministro Bento José Bugarin, embora analisando caso de delegação da infraestrutura *portuária*, “esta Egrégia Corte de Contas não pode desconhecer que o assunto suscitado nos autos é extremamente complexo, envolvendo desdobramentos não apenas sob o aspecto jurídico, mas também econômico para o País” (Decisão 292/1999 – Plenário).

oportunamente, das quais as jurídicas, econômicas, concorrenciais são apenas alguns exemplos.

De início, portanto, o alerta: embora aparentemente simples, o estudo aprofundado do tema traz algumas questões à mente do pesquisador: afinal, na atual conjuntura, exatamente **em que medida poderia a União autorizar a gestão** de aeródromos públicos civis à iniciativa privada? Quais deveriam ser os **limites** dessa autorização? De que **forma** deveria se dar esta autorização: precária ou com alguma segurança jurídica ao interessado? Nesse último caso, qual seria o prazo ideal para a outorga de autorização? Seria importante prever **prazos diferenciados** para cada operador aeroportuário – público ou privado? Seria constitucional ou legal essa diferenciação? Qual o **equilíbrio** desejado nesse tipo de mercado, de forma a fomentá-lo sem criar assimetrias e responsabilidades ao ente estatal? Deveria ser, por isso, totalmente discricionária ou com alguns parâmetros objetivos? Haveria o **dever de indenizar** no caso de rompimento do ajuste por parte do Estado? Seria possível prever hipóteses de exclusão da responsabilidade por fatores não a ele atribuíveis, quando este o regulamenta? Em quais casos? Seria possível ao particular autorizado investir no setor e ser obrigado a suportar o ônus da precariedade deste instrumento de outorga? Poderiam ser pensadas hipóteses em que assumiria o risco do investimento sem qualquer direito a indenização? Poderia o Poder Público **desapropriar** a infraestrutura aeroportuária autorizada? Tal situação mereceria uma **regulamentação** mínima ou poderia ocorrer com base em argumentos discricionários? No tocante à utilização da infraestrutura aeroportuária a outorga deveria se dar mediante **licitação**? Em qualquer hipótese, ou somente quando a infraestrutura pertencer, ainda que em parte, ao domínio estatal? A análise da autorização deveria seguir critérios totalmente discricionários ou algumas premissas deveriam desde já serem estabelecidas pela União? No **campo tarifário**, haveria necessidade de se estabelecer tarifas diferenciadas para os aeródromos outorgados sob o regime da autorização? Se afirmativo, quais as **regulações assimétricas** necessárias para se alcançar o equilíbrio nesse tipo de mercado? Com relação ao **tráfego**: poderia haver algum tipo de discriminação? Isso seria interessante ou pernicioso para o mercado? Qual o impacto dessa medida para os aeródromos explorados com espécie distinta de outorga? Tal lógica seria compatível com a Constituição e com a legislação federal já existente? Aliás, seria salutar para a sociedade impor limites a esta forma de exploração ou seria melhor a

franca **competição** no setor? Quais os **riscos envolvidos**? Se há necessidade de se impor limites, qual é esta medida? Qual o **melhor caminho** a ser seguido para a sociedade brasileira, na conjuntura atual?

Tais questionamentos naturalmente permeiam a mente daqueles que começam a estudar o setor, não havendo, jamais, uma única resposta para todas estas questões, graças à interconexão de todos estes assuntos no setor aéreo. Evidentemente, responder a todas a essas perguntas seria fugir do propósito de uma monografia, razão pela qual serão apreciados os assuntos jurídicos, e também os de natureza técnica, quando forem necessários.

Pelo que se denota, crê-se ser possível elencar várias páginas de polêmicas para o tema ora proposto, razão pela qual se faz necessário delimitá-lo ao máximo em seus pontos mais essenciais, sob pena de se perder completamente no mundo das infundáveis dúvidas que o tema propicia. Não há apenas um assunto a tratar na presente pesquisa, mas teve-se o propósito de elencar os mais importantes, como se verá ao longo dos capítulos.

Desse modo, não obstante todas estas questões levem a interconexões com o tema da autorização da infraestrutura aeroportuária, nosso objetivo neste estudo consiste exatamente em saber ***qual o modelo jurídico de autorização adequado para a exploração aeroportuária brasileira, com base no artigo 21, inciso XII, alínea “c” da CF/88.***

Como já se alertou, é importante salientar que, por se tratar de tema pouco discutido no ambiente acadêmico, o objeto da pesquisa ressenete-se de farta literatura especializada, tendo havido um esforço em conseguir colacionar ideias num assunto tão controvertido.

Ademais, quando foi verificada a dificuldade na obtenção de literatura sobre o tema, mais um alerta é importante apontar: não se deve descuidar e tratar como sinônimos a expressão “*crise aérea*” de “*crise da infraestrutura aeroportuária*”. Aquela é bem mais ampla (envolve, além dos problemas da infraestrutura aeroportuária, as empresas que operam no setor, aviação regular, aviação geral, custos de operação, projeção de demandas de passageiros e cargas, etc.), e seria incabível tratar tema de tamanha complexidade neste trabalho.

Assim, o presente estudo apresenta um panorama geral sobre a exploração da infraestrutura aeroportuária brasileira, de forma a contextualizar o instituto da

autorização como uma *alternativa possível* para o peso que a infraestrutura aeroportuária representa para o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

Para tanto, expôs-se ao longo do texto assuntos relacionados ao atual modelo de exploração da infraestrutura aeroportuária, a disponibilidade de transporte de pessoas e de bens, os novos normativos para o setor e sua relação com novas oportunidades de investimento, competências e formas de exploração, o regime jurídico adequado para o instituto da autorização de exploração da infraestrutura aeroportuária, e, por fim, os efeitos esperados com a regulamentação do instituto da autorização da exploração aeroportuária.

O trabalho teve como fonte teórica a literatura jurídica sobre a exploração de serviços públicos e infraestrutura aeroportuária<sup>5</sup> e estudos sobre o setor aéreo, publicados por consultoria internacional e pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

Enfim, todo o cenário ora apresentado demonstra o quanto a omissão do Estado na regulamentação de um simples instituto jurídico pode repercutir em uma sociedade democrática, tolhendo-a da oferta de serviços e de novas oportunidades de negócios.

Ao contrário do que já ocorreu em outros setores<sup>6</sup>, ficou de fora já há tempo demais a regulamentação da exploração da infraestrutura aeroportuária por meio de autorização, razão pela qual se vêm tentar contribuir com o presente estudo, senão com boas ideias, com boas reflexões.

---

<sup>5</sup>O setor ressenha-se de muitos autores capacitados para escrever sobre o direito aeronáutico. Embora estejam à venda três obras que fazem comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, apenas um trata o assunto com uma “razoável” profundidade, carecendo ainda de atualizações há quase seis anos.

<sup>6</sup>A propósito, veremos que o instituto da autorização já detém regulamentação em alguns setores, como o de telecomunicações, portos e energia elétrica.

## CAPÍTULO 1 – BREVES LINHAS SOBRE O SETOR AÉREO.

### 1.1. A exploração da atividade aeroportuária no Brasil: breve introito.

Dentre as várias formas de se transportar pessoas e bens por longas distâncias, ainda não se descobriu nenhuma outra forma mais eficiente do que a via aérea. Não se discute aqui a economicidade desse modal de transporte, mas sim a sua eficiência, qualidade que necessariamente passa pelo fator tempo, elemento precioso num mundo cada vez mais veloz e globalizado<sup>7</sup>.

Para que tal modalidade de transporte permaneça como alternativa viável à população, necessário se faz que os aeroportos se situem em regiões de *fácil* acesso. Não adianta uma tarifa módica para um aeroporto localizado a centenas de quilômetros, já que quanto maior a distância, maior o estímulo para a busca de alternativas de transporte.

Todavia, estar um aeroporto situado num local de fácil acesso significa mais do que estar próximo de grandes centros urbanos. É mais complexo: é ter meios de transporte eficientes (fator tempo), capazes de interligar rapidamente a *demanda* com a *oferta* do serviço.

E nessa linha, o Brasil possui um longo caminho a trilhar. Primeiramente, é preciso que haja uma interconexão satisfatória e eficiente, mediante disponibilidade de linhas de metrô, trens (inclusive suspensos<sup>8</sup>), ônibus, taxis, etc. Quanto maior a segurança quanto à previsibilidade de horários de partida e de chegada num aeroporto, mais eficiente é o meio de transporte em interconexão com o modal aéreo. Isso porque é comum, em grandes centros urbanos, a ocorrência de eventos que impendem ou atrasam o acesso das pessoas aos aeroportos<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup>Embora os custos do modal aéreo de transporte sejam, em regra, superiores aos demais, verificou-se ultimamente que o mesmo se tornou competitivo até mesmo com o rodoviário. Passagens aéreas para longas distâncias ficaram mais módicas do que vários trechos até então dominados pelo sistema rodoviário.

<sup>8</sup>Um alternativa ao metrô tem sido o veículo leve sob trilhos – VLT, leve, eficiente, ambientalmente adequado e capaz de transportar um grande de numero de pessoas, tendo um custo de instalação e manutenção ainda mais módico.

<sup>9</sup>Podemos citar: engarrafamentos, acidentes, chuvas, alagamentos, movimentos sociais, etc.. Ainda que sejam eventos naturais, tais fatores externos não se compatibilizam com política de estorno de bilhetes, em razão dos custos da operação aérea.

Um segundo ponto traduz-se no adequado planejamento da disponibilidade de sítios aeroportuários, preservando terrenos para futuras instalações, que deverão ser alocados estrategicamente, de acordo com as particularidades do modal aéreo de transporte. Tal planejamento se faz relevante em cenários futuros, onde o nível de saturação de aeroportos implica na necessidade de se buscar sítios aeroportuários alternativos para suprir o crescimento da demanda pelo serviço aéreo de transporte.

Percebe-se, portanto, que a eficiência de serviços de transporte está intimamente ligada a fatores urbanos, portanto, a investimentos, públicos ou privados. De nada adianta destinar-se elevadas somas de recursos à construção de melhorias e ampliações em aeroportos se não forem criadas também condições de acesso viário satisfatórias.

Noutro giro, também não é possível pensar que um só aeroporto eficiente seja capaz de assumir o tráfego aéreo de grandes conurbações. A construção de grandes aeroportos, capazes de assumir um grande número de passageiros e cargas, pode ser adequada para locais onde ainda é possível falar-se na respectiva expansão de acesso viário, situação que, todavia, normalmente não se torna mais possível ou por demais onerosa nos grandes centros urbanos<sup>10</sup>. Assim, uma vez esgotada a capacidade de operação em determinado aeródromo, faz-se necessário pensar em novas disponibilidades de infraestrutura aeroportuária.

De tal modo, verifica-se que projetos básicos dessa infraestrutura devem contemplar também investimentos dos mais variados para que um complexo de relações sociais e econômicas se interajam e sejam atraídas pelas oportunidades advindas da construção de grandes aeroportos. Tais aspectos são por demais técnicos e complexos e, por razões óbvias, não serão objeto de profunda análise nesta pesquisa.

Tais considerações iniciais já nos auxiliam a concluir – até mesmo por constatação - que dos grandes aeroportos do país, poucos foram idealizados e construídos com um correspondente acesso viário de transporte eficiente. Embora muitos deles tenham sido construídos afastados dos grandes centros urbanos, somente os aeroportos mais modernos contam com um eficiente sistema de acesso viário.

---

<sup>10</sup>Normalmente, por razões técnicas desfavoráveis e elevados custos de medidas desapropriatórias.

Percebe-se que o planejamento da infraestrutura viária ocorrida décadas atrás, ao menos no quesito localização, teve acertos louváveis, afastando dos grandes centros urbanos o movimento de aeronaves, meios de transporte causadores de ruído, poluição e perigo potencial à população. Referido acerto, em que pese ser constatado em grandes aeroportos do país, se faz menos notado em médios e pequenos aeródromos, onde se vê que algumas cidades acabam aproximando por demais as populações dos limites do sítio aeroportuário, criando limitações e dificuldades de expansão da infraestrutura aeroportuária.

Noutro giro, os investimentos nos meios de acesso a esse modal de transporte restou paralisado nas últimas décadas, forçando os usuários a se utilizarem de veículos pessoais em detrimento dos transportes de massa (trem, metrô, ônibus, etc.).

Assim, os grandes aeroportos brasileiros vêm concentrando grande volume de tráfego de pessoas e cargas. Como o volume de investimentos nesse modal de transporte é elevado, bem como o fato de a União ser o ente federativo constitucionalmente competente para a exploração direta da infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”, CF/88), optou-se pela construção de grandes aeroportos, ficando a aviação regional relegada aos investimentos realizados pelos governos estaduais e, em menor grau, aos municipais, cuja exploração hoje se dá por intermédio de autorização federal mediante celebração de convênios de delegação<sup>11</sup>.

Nessa lógica, os Estados brasileiros economicamente mais fortes, algumas vezes em parcerias com Municípios, ergueram seus aeroportos regionais, de forma a ofertar à população do interior alternativas de transporte aéreo, existentes somente nas capitais federais. Esse processo ocorreu paulatinamente, expandindo a disponibilidade da infraestrutura aeroportuária pelas cidades com economias mais fortalecidas e mais populosas.

Assim, *situações de ocasião* foram conduzindo a política pública da infraestrutura aeroportuária brasileira, ora seguindo um planejamento estratégico, ora simplesmente respondendo às demandas do setor, na medida em que foram ocorrendo.

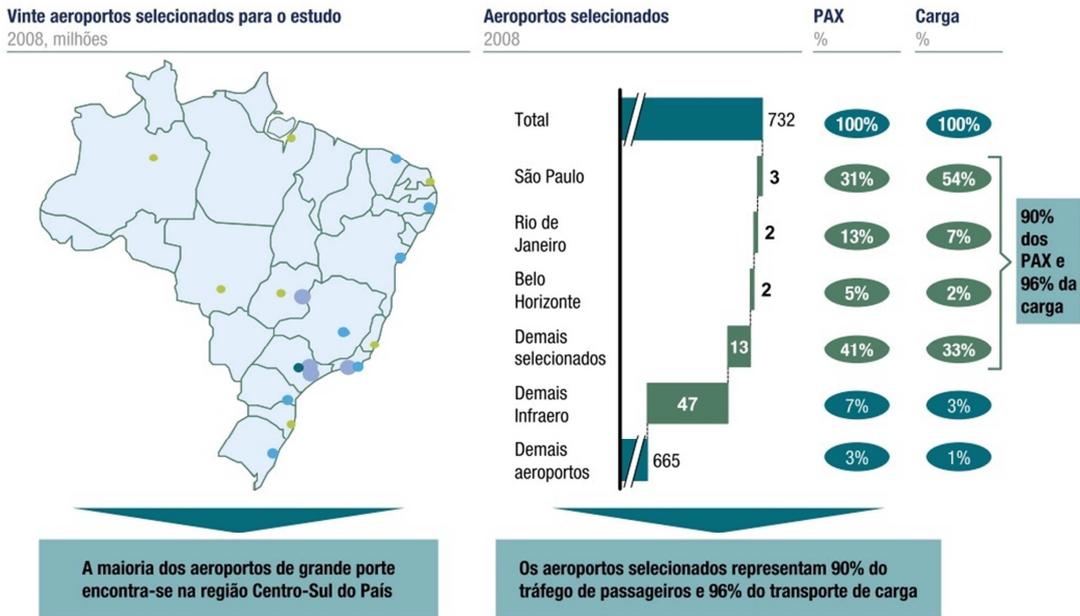
---

<sup>11</sup>Tais convênios são celebrados com fundamento no Art. 36, III do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA (Lei n.º 7.565/86) e, mais recentemente, no art. 37 da Lei n.º 12.379/2011 – Lei do Sistema Nacional de Viação – SNV.

Apenas para ilustrar esse cenário bem sintético do que foi a história do surgimento da infraestrutura aeroportuária brasileira, ocorrida sob demanda, um estudo realizado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES<sup>12</sup> demonstra de maneira clara como a centralização dos aeroportos brasileiros ocorreu e repercute ainda hoje no movimento de cargas e de passageiros:

**Os 20 aeroportos selecionados representam 90% do movimento de passageiros e 96% da carga**

- Mais de 8 milhões PAX
- Entre 3 e 8 milhões PAX
- Entre 1 e 3 milhões PAX
- Menos de 1 milhão PAX



Pelo que se observa da figura acima, a configuração atual da infraestrutura aeroportuária brasileira nos permite verificar a centralização do movimento de cargas e passageiros nas principais capitais da região Sudeste, área onde se localiza o polo econômico mais importante do país.

O outro dado mais curioso - e que nos interessa de sobremaneira para o presente estudo – é que seiscentos e sessenta e cinco aeródromos públicos brasileiros representam apenas três por cento do movimento de passageiros do país, e apenas um por cento do movimento de cargas.

Assim, uma conclusão que se poderia extrair, a *contrario sensu*, é que o transporte de cargas e passageiros pelo restante do país afora é

<sup>12</sup>Infraestrutura Aeroportuária. Estudo realizado pelo BNDES nos vinte maiores aeroportos do país, disponível em [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf)

realizado principalmente por outros dois modais de transporte, qual seja, o rodoviário e o aquaviário, e, em menor grau, pela aviação regional.

Esse desequilíbrio nos meios de transporte no Brasil já traz um alerta significativo: para que se possa alcançar objetivos fundamentais da república (desenvolvimento nacional, redução das desigualdades sociais e regionais), e a integração nacional do país, é preciso (além dos vários investimentos em educação, saúde e distribuição de renda, etc.) repensar-se os investimentos voltados ao setor de transporte aéreo, de forma a ampliar a disponibilidade da infraestrutura aeroportuária no Brasil.

Outro estudo promovido pela Consultoria Internacional McKinsey&Company sobre a infraestrutura aeroportuária no Brasil, publicado em 25 de janeiro de 2010<sup>13</sup>, revela perspectivas de crescimento e saturação da infraestrutura aeroportuária até 2030, revelando a necessidade de se promover urgentes investimentos em vários aeroportos brasileiros:

**O crescimento acelerado trouxe para a infraestrutura aeroportuária desafios de capacidade já em 2009**

Utilização na hora-pico para pista/pátio e no ano para TPS

■ Com restrições hoje  
■ Necessidade de investimento até 2030  
■ Capacidade atual suficiente até 2030  
 ( ) Ano limite para saturação

Aeroporto	Lado ar <sup>1</sup>			Lado terra
	Pista DECEA	Pista ITA	Pátio <sup>2</sup>	TPS
<b>SP</b>				
▪ Guarulhos	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="color: red;">■</span> Saturado
▪ Congonhas	<span style="color: red;">■</span> Limitado	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2014)	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="color: red;">■</span> Saturado
▪ Viracopos	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2020)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2020)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2014)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2014)
<b>RJ</b>				
▪ Galeão	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)
▪ Santos Dumont	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)
<b>BH</b>				
▪ Confins	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2020)	<span style="color: red;">■</span> Saturado
▪ Pampulha	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2014)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2014)
<b>Demais</b>				
▪ Brasília	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="color: red;">■</span> Saturado
▪ Porto Alegre	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="color: red;">■</span> Saturado
▪ Curitiba	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2020)
▪ Recife	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2020)
▪ Salvador	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2020)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2014)
▪ Fortaleza	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="color: red;">■</span> Saturado
▪ Manaus	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2020)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)
▪ Cuiabá	<span style="background-color: green;">■</span> (2030)	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="color: red;">■</span> Saturado
▪ Natal	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2014)
▪ Florianópolis	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="color: red;">■</span> Saturado
▪ Vitória	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="color: red;">■</span> Saturado
▪ Belém	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2014)	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)
▪ Goiânia	<span style="background-color: yellow;">■</span> (2030)	<span style="background-color: green;">■</span>	<span style="color: red;">■</span> Saturado	<span style="color: red;">■</span> Saturado

1 Considera mesmo nível de crescimento tanto para aviação geral quanto para aviação regular  
 2 Não considera equipamento para movimentação de passageiros (p.ex., ônibus, escada) que pode afetar o nível de serviço percebido pelo passageiro  
 FONTE: ITA; DECEA; análise da equipe

<sup>13</sup>Disponível em [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario\\_executivo.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf)

A expansão da infraestrutura aeroportuária no Brasil, além dos benefícios diretos (aumento das alternativas de transporte à população, alternativa para socorrer situações de emergências, calamidade públicas e combates a incêndios, melhoria na segurança pública, etc.), repercute profundamente nas economias regionais, bastando pensar, por exemplo, na vastidão do território brasileiro e no potencial de turismo cultural, gastronômico, ecológico, dentre outros.

Atualmente, é comum que Estados e Municípios que queiram atrair investimentos adotem mecanismos de isenção fiscal (isenção de ICMS, ISS, etc.), uma oferta variada de serviços públicos (energia, telecomunicações, saneamento básico, etc.) e de infraestrutura de acesso (rodovias, ferrovias, etc.).

Ocorre, muitas vezes, que para que tais fomentos estatais deem o esperado retorno, faz-se necessário apostar também em infraestrutura aeroportuária. Isso porque, nesse contexto, há nichos de mercado que necessitam de meios de transporte mais eficientes, os quais podem significar viabilidade ou inviabilidade do investimento. Pode-se citar: a) o ecoturismo, onde paraísos naturais ficam afastados e em regiões de difícil acesso, limitando a exploração do local a veículos especiais ou a empresas especializadas<sup>14</sup>; b) cargas valiosas ou perecíveis, cujo custo do transporte aéreo acaba se tornando viável em razão do valor do produto; c) encomendas, cujo volume do produto em regra é baixo, mas a sua importância atrai a opção do consumidor pelo modal aéreo por sua eficiência.

Pelo que se denota, são inúmeros os fatores econômicos e sociais capazes de interagir/subsistir em razão do modal de transporte aéreo. Sua importância normalmente é sentida quando em sua falta, pelos mais variados motivos – econômicos, sociais, turísticos e humanos.

No Brasil - é importante frisar para os fins do presente estudo – além da malha aeroportuária explorada pela estatal Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO (66 aeroportos, que se assentam sobretudo nas capitais), tem-se mais seiscentos e sessenta quatro aeródromos públicos

---

<sup>14</sup>Um primeiro cenário que normalmente se sobressai nessas situações é a região amazônica, onde o modal aéreo é fundamental naquela região. Todavia, há várias regiões do Brasil onde essa importância é muito sentida, com potencial turístico inegável, podendo citar: no Ceará, Jericoacoara (local turístico do nordeste pertencente ao município de Jijoca de Jericoacoara, cujo acesso é feito por ônibus sem conforto nem segurança aos turistas); Costa do Sauípe (região famosa de belas praias, localizada a 76 km de Salvador); Itacaré (local turístico distante a 96 Km do aeroporto de Ilhéus). Há dezenas de locais turísticos no país já consagrados, mas não servidos ainda por infraestruturas aeroportuárias próximas, situação que desencoraja investimentos.

*homologados* pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, espalhados por todos os Estados Brasileiros<sup>15</sup>.

Tal quantitativo pode, a princípio, remeter a uma interpretação que signifique suficiência de disponibilidade de infraestrutura aeroportuária no Brasil. Todavia, um ponto é quantidade, outro é aeroporto que ofereça serviço adequado<sup>16</sup>. Ademais, não se pode confundir aeródromo *homologado*, com aeródromo *aberto ao tráfego regular*, situação que passa pela análise de segurança operacional, segundo requisitos regulamentares estabelecidos pela ANAC e pelo DECEA. Isso porque existem centenas de aeroportos com infraestrutura precária de pistas, de terminais de passageiros, de instrumentos de segurança, com as mais variadas irregularidades que sequer permitem ser *abertos* ao tráfego aéreo<sup>17</sup>.

Referido cenário acontece com maior frequência em pequenas e médias cidades, cujos aeródromos são administrados por municípios com orçamentos insuficientes para fazer frente aos custos mais elementares de manutenção da infraestrutura aeroportuária. Destaca-se ainda que este panorama não é “privilégio” dos municípios, mas até mesmo de alguns estados brasileiros, que não têm a menor condição técnica nem financeira para administrarem seus aeroportos regionais e locais.

Toda essa construção que se vem tentando ilustrar nesse capítulo serve-se para apenas um propósito: demonstrar o quanto a infraestrutura aeroportuária é importante para o desenvolvimento de economias locais e regionais, e que, por tal motivo, quando não conseguem ser viabilizadas por entes estatais devem poder receber *parcerias privadas*, uma das formas de desonerar orçamentos públicos.

Exatamente nesses casos é que se faz importante pensar em *alternativas de gestão* mediante parcerias com entidades privadas. Afinal, se os governos locais não detêm recursos suficientes para disponibilizar uma infraestrutura aeroportuária capaz de operar com a segurança regulamentar e confortos exigidos, é possível se pensar que a soma de recursos humanos e financeiros com agentes econômicos

---

<sup>15</sup>Fonte: lista de aeródromos públicos da ANAC, disponível em [www.anac.gov.br](http://www.anac.gov.br).

<sup>16</sup>A grande maioria desses aeroportos apresentam estruturas precárias de pistas e de terminais de passageiros. Aliás, a grande maioria sequer possuem terminais de passageiros, mas tão somente pista e hangares, em razão do quantitativo inexpressivo de movimento.

<sup>17</sup>Como se percebe, aeroporto homologado não é sinônimo de aeroporto aberto a pousos e decolagens, ou seja, aeroporto *operacional*.

diretamente interessados possam reverter alternativas viáveis à realização de negócios.

Todavia, como se tratam de aeródromos pequenos, cujo movimento de passageiros e cargas não é significativo para que haja sucesso na empreitada de uma concessão comum, há que se pensar numa alternativa que possa oferecer *serviços menos complexos*, atrelados a uma exploração mais simples do que aquelas decorrentes de concessões, mas suficientes para atender a uma determinada demanda local de forma satisfatória.

Nesses casos, se não é possível pensar numa parceria via *concessão economicamente sustentável* para tais categorias de aeródromos, aí se faz importante pensar num instrumento capaz de regulamentar relações jurídicas entre o poder público e o privado, que ofereça exatamente o serviço demandado para uma realidade local. Em outros termos, precisa ser idealizado um instrumento jurídico que possa reger a relação de explorações mais simplificadas dessa infraestrutura, uma vez que aqueles que são disponibilizados pelo arcabouço jurídico atual não suprem as necessidades de gestão para algumas categorias de aeroportos.

E nesse ponto - como foi dito no introito dessa pesquisa - ainda não se tem no país a regulamentação do instituto da *autorização* para a exploração da infraestrutura aeroportuária, instrumento de outorga que poderá se encaixar com razoável adequação, como tentar-se-á demonstrar em nossa análise no capítulo três.

## **1.2. Conceitos básicos**

Por se tratar de tema pouco difundido no ambiente jurídico, interessante situar o leitor na linguagem técnica e jurídica do setor aéreo, de forma que alguns conceitos se fazem importantes para que seja compreendida adequadamente a terminologia e algumas peculiaridades, sem as quais se torna pouco compreensível o tema enfrentado na presente pesquisa científica.

### **1.2.1. Aeródromo público e privado. Aeródromo civil e militar. Aeroporto. O critério do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA.**

Segundo dispõe o artigo 27 do Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA, “Aeródromo é toda área destinada a pouso, decolagem e movimentação de aeronaves”. Assim, segundo leciona JOSE DA SILVA PACHECO, aeródromo “é toda extensão terrestre ou aquática, adequada à permanência, manobra, saída ou chegada de aeronaves”<sup>18</sup>. O mesmo autor cita ainda a conceituação do termo pela Organização de Aviação Civil Internacional (ICAO), segundo a qual aeródromo é “determinada área de terra ou de água (que inclui todas as suas edificações, instalações e equipamentos) destinada, total ou parcialmente, à chegada, partida, movimento e serviço de aeronaves”<sup>19</sup>.

O CBA ainda define outras classificações para aeródromos: civis e militares, públicos e privados.

Os aeródromos civis são destinados às aeronaves civis, ao passo que os aeródromos militares são destinados às aeronaves militares. Todavia, independentemente do registro da aeronave como civil ou militar, ambos os aeródromos – civis ou militares - podem ser utilizados por quaisquer aeronaves, obedecidas as prescrições estabelecidas pela autoridade aeronáutica (art. 28, §§1º a 3º, CBA). Desde já, salienta-se que os aeródromos militares não são objeto de interesse da presente pesquisa, mas tão somente os aeródromos civis e suas espécies.

O CBA ainda classifica os aeródromos civis em mais duas espécies: os aeródromos *privados* e os aeródromos *públicos*.

Neste ponto, é preciso cautela, já que muitos associam tal classificação com o titular do domínio da área do aeródromo, ou seja, se em terras públicas seria aeródromo público, se em terras particulares seria aeródromo privado.

Tal entendimento está apenas *parcialmente* correto, porque é possível *coincidir* uma dessas situações. O CBA, quando da classificação dos aeródromos em públicos ou privados, não adotou o critério da titularidade da área do sítio aeroportuário, mas sim “o da *acessibilidade do povo e dos serviços aéreos públicos em geral ou do uso restrito do proprietário*”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup>PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.80.

<sup>19</sup>*Ibid.*

<sup>20</sup>*Ibid.*, p. 81.

Tem-se, portanto, perfeitamente possível que o Estado seja proprietário de aeródromos *privados*, ainda que situados em terras *públicas*, isto é, somente poderão ser utilizados com permissão do seu proprietário, no caso, a própria figura estatal. É o que ocorre, por exemplo, com alguns helipontos localizados em prédios de alguns governos estaduais<sup>21</sup>. Ressalva-se ainda que a utilização de referidos aeródromos, uma vez autorizadas por seus proprietários, jamais poderão ser onerosas, mas sempre gratuitas, dado que é vedada a exploração comercial desses bens (art. 30, §2º, CBA).

Assim, o que define um aeródromo ser classificado como público ou privado é exatamente o interesse de torna-lo aberto ao uso público ou restrito de seu operador. No primeiro caso, tais espécies de aeródromo estão ao encargo de operação por entes públicos (União, Estados e Municípios) ou privados (atualmente, somente concessionários), que *não poderão restringir a sua utilização a quem quer que seja*, podendo até cobrar tarifas, se atendidas as regulamentações do setor. No caso de aeródromos privados, cujo operador aeroportuário pode ser uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, é possível restringir seu tráfego somente às pessoas *por ele autorizadas*, embora jamais possa exercer exploração comercial (cobrar tarifas, aluguel, arrendamentos, etc.).

Há ainda algumas particularidades quanto aos aeródromos públicos. De início, cumpre mencionar que todos os aeródromos públicos “*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*” (art. 38, CBA).

Assim, qualquer patrimônio afetado ao uso de um aeródromo público pertence, enquanto nessa condição, ao patrimônio da União. Se o bem imóvel sobre o qual se assenta o aeródromo público pertence a particular, ou este faz doação ou qualquer negócio jurídico oneroso à União, Estado ou Município para que aquela área sirva como sítio aeroportuário, ou ainda se dá efeito a uma desapropriação indireta, devendo a União indenizar o particular pela apropriação de sua área.

---

<sup>21</sup>Como exemplo, pode ser citado o heliponto Palácio das Mangabeiras em Belo Horizonte (SIEY), de propriedade do Governo de Minas Gerais. Por outro lado, o heliponto Palácio dos Bandeirantes (SDPM) em São Paulo está homologado como *público*, o que significa que não poderá restringir o acesso a qualquer helicóptero que deseje nele pousar (não pode restringir tráfego, pois é aeródromo *público*).

De todo o modo, portanto, não se pode confundir propriedade do bem imóvel com a classificação dos aeródromos civis dada pelo CBA. Isso porque, como foi dito, a classificação de um aeródromo como público em nada tem a ver com a propriedade do imóvel, mas sim com a sua *abertura ao tráfego público*.

Nesse sentido, “os aeródromos públicos podem ser utilizados 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”, nos termos do art. 37, CBA.

Por tal motivo, enquanto os aeródromos *privados* são submetidos a simples registro junto à ANAC, os aeródromos *públicos* estão sujeitos a *homologação* (art. 30, §1º, CBA). Ademais, é perfeitamente possível que um aeródromo privado venha a se tornar público, desde que atenda à regulamentação exigível para aeródromos dessa natureza, embora a propriedade do mesmo continue a ser privada<sup>22</sup>.

Assim, para que seja de fácil compreensão, quando falar-se em aeródromo público ou privado, mister desvincular desse conceito a titularidade do sítio aeroportuário, mas pensar simplesmente em tráfego aberto ao público ou de uso restrito a um particular ou seus autorizados (vedada a exploração comercial destes últimos – aeródromos privados), embora a titularidade da área dessas figuras jurídicas possam *coincidir* com a sua destinação.

Já os *aeroportos* são aeródromos públicos, dotados de instalações e facilidades para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas. É aberto ao público e ao tráfego através de homologação (art. 31 c.c art. 30, §1º, CBA).

Assim, como se percebe, aeródromo é gênero, enquanto aeroporto é espécie, razão pela qual todo *aeroporto* é um *aeródromo*, mas nem todo *aeródromo* é um *aeroporto*.

Assim, enquanto se tem atualmente setecentos e vinte *aeródromos públicos* no país (sem mencionar o quantitativo de dois mil, seiscentos e sessenta e quatro aeródromos *privados*)<sup>23</sup>, apenas algumas dezenas destes podem ser classificados como *aeroportos*, conceito que tem como requisito a existência de instalações e

---

<sup>22</sup>*Ibid.*, p. 81.

<sup>23</sup>Fonte: Lista de Aeródromos Públicos e Privados, disponível em [www.anac.gov.br](http://www.anac.gov.br).

facilidades para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas (art. 31, I, CBA).

Referido conceito permite ainda uma última conclusão que pode passar despercebida: se aeroporto é todo aeródromo *público*, significa dizer, necessariamente, que o conceito de *aeroporto* não se compatibiliza com aeródromos *privados*. Significa dizer: embora não seja incomum escutar, é incorreto mencionar que “fulano de tal tem um aeroporto *particular* em sua propriedade (...)”, já que somente um aeródromo público pode receber a denominação de *aeroporto*, por força de lei (art. 31, I, CBA). Não é correto falar-se, portanto, em *aeroporto privado*.

### 1.2.2. Competências e modalidades de exploração aeroportuária

Visando conhecer o modelo de exploração constitucionalmente formatado para o setor de infraestrutura aeroportuária, mister fazer um breve histórico de como foi regulamentado pela legislação brasileira, volvendo a uma oportuna abordagem preliminar quanto aos responsáveis de direito por zelar pela manutenção e administração de aeródromos públicos no Brasil.

Num breve resumo da legislação pátria quanto ao setor aéreo, antes do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, a soberania do espaço aéreo e a respectiva infraestrutura aeroportuária eram regidas pelos Decretos Leis nº 438, de 08 de junho de 1938<sup>24</sup>, e o Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966<sup>25</sup>. Tais diplomas normativos foram sucessivamente revogados uns pelos outros, sendo que o último restou expressamente revogado pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, este em pleno vigor.

---

#### **24Decreto-Lei nº 438, de 08 de junho de 1938:**

Art. 1º Os Estados Unidos do Brasil exercem completa e exclusiva soberania sobre o espaço situado acima do seu território e respectivas águas territoriais.

(...)

Art. 3º O direito aéreo é privativamente da competência federal, para os efeitos legislativos e administrativos.

Parágrafo único. **Só poderão ser delegados aos Estados da União atribuições de caráter administrativo, desde que sejam exercidas sob fiscalização das autoridades federais respectivas.**

#### **25Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966:**

Art. 50. **Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados diretamente pela União, ou mediante concessão ou autorização, obedecidas as condições nelas estabelecidas.**

(...)

§ 2º As autorizações previstas neste artigo serão dadas separadamente uma para cada aeroporto, podendo, em casos excepcionais serem outorgadas em conjunto.

A Constituição de 1988 assim estabelece a competência da União no que se refere à exploração da infraestrutura aeroportuária:

Art. 21. Compete à União:

(...)

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

(...)

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

Por seu turno, o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, aprovado pela Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, prevê a possibilidade de a construção, a administração e a exploração aeroportuária serem realizadas (i) diretamente pela União, (ii) por empresas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias, (iii) mediante Convênios com os demais entes federados, e, por fim, (iv) mediante concessão ou autorização:

Art. 36. Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados:

I - diretamente, pela União;

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

III - mediante convênio com os Estados ou Municípios;

IV - por concessão ou autorização.

No que se refere à prestação direta pela União, verifica-se hoje a exploração da infraestrutura aeroportuária pela INFRAERO e pelo COMAER. No que concerne à prestação indireta, abrem-se, portanto, as possibilidades de delegação da exploração a Estados e Municípios e a de delegação por meio de concessão ou autorização.

Já o novo Sistema Nacional de Viação (SNV), aprovado por meio da Lei nº 12.379, de 06 de janeiro de 2011, também autoriza a União a delegar para Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante convênio, a completa instalação e gestão de aeroportos, assim como a exploração da infraestrutura delegada por tais entes, seja diretamente, seja mediante concessão, autorização ou arrendamento<sup>26</sup>, respeitada a legislação vigente que normatiza o setor, veja-se:

---

<sup>26</sup>A figura do *arrendamento* como forma de outorga para a exploração aeroportuária não foi prevista pela CF/88 (art. 21, XII, “c”). Todavia, a constitucionalidade do dispositivo legal não será objeto de abordagem no presente trabalho. De qualquer modo, optamos por não inseri-la como uma alternativa de gestão aeroportuária em nosso esquema, adiante mencionado.

Art. 6º. A **União** exercerá suas competências relativas ao SFV, **diretamente**, por meio de órgãos e entidades da administração federal, ou mediante:

I – (VETADO);

II - **concessão, autorização ou arrendamento a empresa pública ou privada;**

III - parceria público-privada.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Os **Estados**, o **Distrito Federal** e os **Municípios** poderão explorar a infraestrutura delegada, **diretamente ou mediante concessão, autorização ou arrendamento a empresa pública ou privada**, respeitada a legislação federal.

(sem grifos no original)

Art. 37. Fica a **União autorizada a transferir para Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante convênio**, a implantação, administração, operação, manutenção e exploração de aeródromos públicos, de acordo com esta Lei, com a Lei nº 8.399, de 7 de janeiro de 1992, e com a legislação aeronáutica em vigor.”

(sem grifos no original)

Em resumo, conforme se denota das normas acima mencionadas, a exploração dos aeródromos civis públicos poderá se dar das seguintes maneiras:

- (i) Diretamente:
  - (a) Por meio da administração pública federal direta, exercida pelo Ministério da Defesa – MD, por meio do Comando da Aeronáutica - COMAER; ou
  - (b) Por meio da INFRAERO, empresa pública com propósito específico, vinculada à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República;
- (ii) Indiretamente:
  - (a) Por meio de concessão da União a empresa pública ou privada;
  - (b) Por meio de **autorização** da União a empresa pública ou privada; ou
  - (c) Por meio de delegação da União a Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante celebração de convênio. Uma vez delegada ao Estado/Distrito Federal/Município a infraestrutura do aeródromo, poderá o Delegatário explorá-la:
    - c.1) Diretamente:
      - c.1.a) Pela administração pública direta estadual/municipal; ou
      - c.1.b) Por entidade pública estadual/distrital/municipal, com propósito específico.
    - c.2) Indiretamente, mediante outorga:
      - c.2.a) Por meio de concessão do Estado/Distrito Federal/Município a empresa pública ou privada; ou
      - c.2.b) Por meio de **autorização** do Estado/Distrito Federal/Município a pessoa jurídica de direito público ou privado.

Referido contexto histórico e o quadro esquemático acima se apresentam oportuno para a presente análise. A uma porque demonstra que a União Federal sempre foi a detentora do poder-dever de legislar exclusivamente sobre a aviação

civil. A duas, porque também ilustra que *a responsabilidade pela implantação, administração, operação e manutenção da infraestrutura aeroportuária sempre foi de competência direta da União*. A três porque referida responsabilidade historicamente veio sendo *compartilhada* com os demais entes federativos, de forma que a desejada capilaridade aeroportuária somente se tornou possível graças às parcerias de gestão formalizadas mediante Convênios de Delegação dessa infraestrutura com Estados e Municípios.

Nesse último caso, em que pese a União ter sido partícipe delegante de vários Convênios com os Estados e Municípios, autorizando<sup>27</sup> a exploração de aeródromos civis mediante condições previamente acertadas em instrumentos denominados “convênios”, atribuindo-se obrigações de mera supervisão, é certo que muitas dessas autorizações, na prática, vêm sendo negligenciada por muitos parceiros federados<sup>28</sup>, ora porque a infraestrutura não reverte benefícios diretos, ora porque os custos para sua manutenção se demonstram elevados, principalmente para alguns municípios carentes de recursos financeiros, materiais e humanos.

Pelas razões apresentadas, basta conhecer apenas um pouco da realidade de alguns governos estaduais e municipais, donde se é possível imaginar, com algum grau de confiança, que o cenário atual da exploração da infraestrutura aeroportuária brasileira demonstra-se ainda bastante aquém do modelo ideal de exploração pensado para o setor.

Por razões históricas, muitos entes federados, ante a qualquer dificuldade de gestão, sempre entenderam que a manutenção da rede aeroportuária nacional não era um “questão” regional ou local. A simples presença de um cenário mais incômodo e espinhoso nesse setor, ocorrido com certa frequência na infraestrutura delegada mediante os Convênios da União, era motivo suficiente para denunciá-los, sob o argumento de que, em última análise, aeródromos públicos são ativos públicos de responsabilidade da União, por força constitucional.

---

<sup>27</sup>A expressão aqui se refere à natureza jurídica dos convênios de delegação da infraestrutura aeroportuária, cuja doutrina, acórdãos do TCU, e pareceres jurídicos de Consultoria do Ministério da Defesa entendem que os mesmos detêm natureza de autorização. Contudo, a presente pesquisa tem foco na outorga de autorização, instrumento jurídico autônomo previsto no art. 21, XI, “c” da CF/88, art. 36, IV do CBA e art. 8º, XXIV da Lei n.º 11.182/2005.

<sup>28</sup>Fala-se aqui em ausência de investimentos na melhoria, reforma e manutenção da própria infraestrutura aeroportuária.

Felizmente, porém, as novas modalidades de gestão de ativos públicos vêm abrindo oportunidades para o desenvolvimento nas mais diversas áreas, inserindo-se, nesse contexto, a exploração aeroportuária, passível de concessões e parcerias público-privadas, impulsionando fortemente a economia e o desenvolvimento dessas sociedades.

Manifesto que referido cenário torna-se atrativo para todos os entes da federação, na medida em que se delega elevados custos de gestão, tal situação também se demonstra oportuna o setor da aviação civil. A manutenção de modelos de exploração desatrelados de qualquer instrumento jurídico de delegação serve-se apenas para favorecer efeitos não desejados pelo governo federal, realidade que infelizmente é quase a regra no setor<sup>29</sup>.

Deveras, a manutenção de explorações de aeródromos públicos de forma clandestina e marginal à legislação pátria, propicia relações jurídicas precárias, dando azo à manutenção da informalidade, dificuldades na atuação fiscalizatória dos mais diversos agentes públicos (ANAC, COMAER, ANVISA, IBAMA, etc.), favorecendo um cenário de irresponsabilidade administrativa, civil, penal e ambiental.

Tais ocorrências, uma vez confirmadas e acaso insuscetíveis de ações saneadoras, necessariamente implicariam em ações de governo voltadas ao indesejado fechamento de aeródromos civis públicos, ocorrência que não se coaduna com os interesses nacionais de integração nacional e regional. Em última análise, o fechamento de um aeródromo pode significar até mesmo o isolamento de determinado município das ações públicas mais básicas para uma população<sup>30</sup>.

Ora, se a atual infraestrutura aeroportuária está abandonada pelos estados e municípios delegatários da União, por razões notadamente econômicas e de gestão; se a economia brasileira atravessa por um momento favorável para novos investidores; se estes desejam explorar o setor, em parceria com os entes

---

<sup>29</sup>Atualmente, a União detém duzentos e setenta e seis aeródromos públicos “delegados” aos demais entes federativos sem qualquer instrumento jurídico de outorga (delegação “de fato”). Tal situação, concernente na administração “de fato”, sem o correspondente instrumento jurídico, é irregular. Tais aeródromos, como não estão sob a administração federal, deveriam estar *delegados mediante convênio* a estados e municípios (art. 36, III, CBA), ou ainda, *autorizados* pela União (art. 36, IV, CBA). Esta última modalidade, razão de ser da presente pesquisa, por não estar ainda regulamentada, não poderia ser vista como uma *alternativa* para a regularização dessas administrações aeroportuárias.

<sup>30</sup> Referido panorama pode ser mais visto em regiões de difícil acesso, como na região amazônica.

federados, tem-se a conjugação dos fatores essenciais para que seja pensado um novo modelo de exploração do setor aéreo, ressentindo-se, porém, de um *modelo jurídico* adequado a formatar esses interesses com a segurança jurídica necessária.

Compreendidas tais observações iniciais – sem as quais se torna impossível ao leigo compreender as repercussões do tema da presente pesquisa – passemos à análise dos temas relativos à outorga de autorização de aeródromos públicos.

## CAPÍTULO 2 – O INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO.

### 2.1. Introdução.

O instituto da *autorização* se torna um dos vários temas polêmicos do direito administrativo, quando a análise se volta à sua possível utilização para a exploração de serviços públicos<sup>31</sup>.

Embora tenha sido previsto pela Constituição Federal (art. 21, incisos XI e XII) como uma modalidade de exploração ao lado da *concessão* e *permissão* (175, CF/88), a outorga de autorização *para serviço público* sofre críticas de alguns doutrinadores pátrios, notadamente em relação à regulamentação que já foi concebida para a exploração de determinados setores pelo instituto da autorização.

A polêmica já se instaura com relação à clássica dificuldade de se qualificar o rol das atividades descritas nos incisos XI e XII art. 21 como sendo *serviço público* ou simples *atividade econômica em sentido estrito*<sup>32</sup> ou atividades privadas regulamentadas<sup>33</sup>.

Este tema caminha por uma zona tão cinzenta que alguma doutrina chega a criar dificuldades para aceitar a exploração das atividades descritas nos referidos dispositivos pelo instituto da autorização. Deveras, o cotejo do art. 175 com o art. 21, XI e XII, ambos da CF/88, já sinaliza uma diferença entre eles: enquanto aquele qualifica o serviço como “público”, este faz simples menção a “serviço”. Seriam, por tal motivo, atividades sujeitas a tratamento jurídico distinto?

---

<sup>31</sup>Conforme mencionado pelo Ministro Valmir Campelo na relatoria da Decisão n.º 292-Plenário, Sessão de 02 de junho de 1999, do Tribunal de Contas da União, ao tratar de tema referente à delegação no setor de Portos, assim se expressou quanto à dificuldade e importância do tema: “*esta Egrégia Corte de Contas não pode desconhecer que o assunto suscitado nos autos é extremamente complexo, envolvendo desdobramentos não apenas sob o aspecto jurídico mas também econômico para o País*”. Ainda no mesmo acórdão, continuou: “*com relação à autorização são poucos os administrativistas que estudam a amplitude do campo de abrangência da autorização, o que torna o tema um dos mais complexos do direito administrativo*”.

<sup>32</sup>Já em 1953, CHENOT, advertia que o conceito de serviço público “*é o exemplo mais claro de uma dessas noções ditas fundamentais cujo conteúdo só pôde ser precisado em breves períodos de tempo e cujos contornos logo começam a se quebrar com as contradições das leis e das decisões jurisprudenciais. A história do serviço público demonstrou que o único sentido do termo é o que a ele foi dado pelas fantasias titubeantes do legislador e pelos esforços pragmáticos do juiz*”. CHENOT, B. “*L'Existencialisme et le Droit*”, in *Revue Française de Science Politique*, p. 60, 1953. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 119.

<sup>33</sup>ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 191.

Desde já alertamos que - em que pese reconhecer ser tênue a linha que separa “serviço público” de “atividade econômica” - não foi objeto de preocupação analisar o *significado jurídico* desta distinção no presente estudo. Sendo a autorização da exploração aeroportuária encarada como *serviço público* ou *atividade econômica em sentido estrito*, frisa-se - *especificamente para o propósito da presente pesquisa* – o modelo de exploração sugerido para o instituto da autorização aeroportuária deve ser resolvido tão somente por meio de sua adequada regulamentação. Oportuna as palavras de ARAGÃO<sup>34</sup> quando destaca que

A questão é, sobretudo, de nomenclatura ("atividades privadas de interesse público" *versus* "serviços públicos virtuais"), uma vez que a distinção de regime jurídico entre essas atividades e as atividades de interesse coletivo exercidas ou titularizadas pelo Estado (serviços públicos propriamente ditos) é, como já exposto, evidente. **Assim, se o regime jurídico - que é o que importa - é diverso, a inclusão das duas categorias de atividades no mesmo conceito (de serviço público) faria com que este, por sua amplitude, acabasse ficando sem conteúdo.** (sem destaques no original)

Nesse diapasão - para os fins do presente estudo - independentemente da natureza das *atividades* ou *serviços* descritos nos incisos XI e XII do art. 21, o que irá definir a sua *adequada regulamentação* – que é o que se propõe nesta pesquisa - não é a disposição geográfica do instituto na Constituição Federal de 1988 ou mesmo as lições doutrinárias sobre o tema, mas sim o *regime jurídico a que tais atividades devam ser submetidas*, considerando-se, para tanto, o *contexto* do desenvolvimento da atividade, bem como *princípios básicos* sobre o qual cada uma delas deva se assentar para um adequado desenvolvimento.

Nesse sentido, destaca ARAGÃO<sup>35</sup> que a escolha pelo regime a ser adotado – *prestação de serviço público* ou *atividade privada de interesse público sujeita a regulamentação* - deverá ser objeto de *escolha do Legislador* em relação às atividades elencadas no art. 21, XI e XII da CF/88.

Assim, seja o que for que a doutrina resolver *classificar* como o *apropriado* (*serviço público* ou *atividade econômica em sentido estrito*), o fato é várias dessas atividades se revestem ora com uma feição, ora como outra, mas sempre visando atender a *alguma* finalidade pública, o que, por tal motivo, atrai *algum tipo* de regulamentação pelo poder público.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 226.

Tal assertiva, portanto, demonstra alguma fragilidade (muita conhecida) do debate “serviço público” x “atividade econômica”, já que a *noção de serviço público*, com ensinam os doutrinadores modernos, *evoluiu longo do desenvolvimento das demandas da sociedade*.

Aliás, nesse sentido, ARAGÃO<sup>36</sup>, na abertura do capítulo V de sua obra “Direito dos Serviços Públicos”, no qual intitula *Atividades Privadas Regulamentadas*, já opina que há algumas atividades que não são *propriamente* serviços públicos, mas se sujeitam a *alguma forma* de regulamentação.

Tais atividades, segundo o mesmo autor, “*constituem a linha fronteira entre a esfera público-estatal (serviços públicos) e a esfera privada (livre mercado), (...) acarretando mais uma crise às várias pelas quais já passou o conceito de serviço público*”<sup>37</sup>. Expõe ainda o referido autor<sup>38</sup>:

As atividades que constituem o objeto deste Capítulo podem ser denominadas atividades privadas de interesse público, de relevância pública ou simplesmente atividades privadas regulamentadas, observando, naturalmente, que toda atividade privada é de alguma forma regulamentada. Quando se utiliza a expressão “atividades privadas regulamentadas” está-se referindo a uma regulamentação específica, setorial e funcionalizada. Por vezes, sobretudo em parte da doutrina europeia, essas atividades podem também ser referidas como serviços públicos impróprios ou virtuais. De toda sorte, isto é, independentemente da nomenclatura, são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, face à sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo ainda a sua contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial. (grifos nossos)

Na mesma obra, ARAGÃO<sup>39</sup> ainda faz referência em nota de rodapé do entendimento da doutrina italiana de RANGONE, que ilustra bem esse “meio termo” em que se situam algumas atividades nas esferas público e privadas, *verbis*:

“No âmbito do ‘serviço público subjetivo’ (...), a doutrina constata a existência não apenas de serviço público em sentido próprio (enquanto desenvolvido por sujeitos públicos), mas também de serviços que, ‘sob o aspecto subjetivo são atividades privadas, mas que, em razão da sua função, são atividades particulares sujeitas a um especial regime publicístico’; há, em outras palavras, atividades que não são imputáveis à Administração Pública, mas sim à iniciativa privada, mas que se sujeitam a um especial regime publicístico não derivado de uma concessão (serviço

---

<sup>36</sup>Ibid., p. 191.

<sup>37</sup>Ibid., p. 189.

<sup>38</sup>Ibid., p. 191-2.

<sup>39</sup>Ibid., p. 191.

público em sentido impróprio). A evolução destas considerações levou à formulação da teoria dos ordenamentos setoriais" (RANGONE, Nicoletta. *IServiziPubblici*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1999, p. 304).

Feito o alerta, no presente capítulo, teremos por objetivo analisar algumas críticas da doutrina quanto ao instituto da autorização para serviços sujeitos a *regime publicístico* e comentar alguns de seus pontos mais polêmicos, visando, ao final da pesquisa, sugerir um modelo ideal para a regulamentação da exploração da infraestrutura aeroportuária mediante autorização da União, à luz do que prevê o art. 21, XII, "c" da CF/88.

Para tanto, precisaremos enfrentar alguns paradigmas da doutrina, de forma a demonstrar que há determinadas atividades ou serviços que, em razão de suas nuances peculiares, deverão receber tratamento legislativo que nem sempre se compatibilizam com as opiniões da doutrina *clássica* para o assunto.

## 2.2. Previsão Legal

Conforme anunciamos no introito deste capítulo, o instituto da *autorização de exploração de serviço* é matéria constitucionalmente prevista no art. 21, incisos XI e XII da CF/88, *verbis*:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - **explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações**, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

XII - **explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:**

a) os **serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os **serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água**, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a **navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária**;

d) os **serviços de transporte ferroviário e aquaviário** entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os **serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros**;

f) os **portos** marítimos, fluviais e lacustres;

De plano, nota-se haver escolha pelo legislador constituinte quanto ao *âmbito de atividades* para os quais se estaria admitindo - a par da concessão e da permissão de serviços públicos - a exploração mediante o instituto da autorização. São os seguintes setores passíveis de exploração nas referidas modalidades: telecomunicações, radiodifusão sonora, de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário, e, por fim, rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

Salienta-se já haver alguns setores suscetíveis de exploração mediante autorização que já se encontram devidamente regulamentados<sup>40</sup>.

Todavia, dentre aqueles listados pelo art. 21, XII, CF/88 resente-se de regulamentação a exploração da *infraestrutura aeroportuária* mediante autorização, fato que vem repercutindo sensivelmente no setor da aviação civil, o qual pressupõe a existência de aeródromos públicos para o desenvolvimento adequado da atividade.

No Capítulo 4 passaremos a aprofundar o estudo voltado exclusivamente à autorização para a exploração da infraestrutura aeroportuária.

### **2.3. Autorização: conceito.**

A *autorização* é um daqueles termos polissêmicos, que, no mundo jurídico, também se revelam de conteúdo bastante diversificado. Já a *autorização “de serviço”* é uma modalidade de exploração constitucionalmente prevista para determinadas atividades, consoante prescrito originariamente na Constituição Federal de 1988<sup>41</sup>.

Assim, um ponto de partida para o presente estudo é asseverar que, embora se reconheça entendimentos em contrário<sup>42</sup>, não serão apresentadas teses visando argumentar a constitucionalidade do instituto como forma de prestação de serviços públicos. Isso porque - veremos adiante - há também autores que defendem a sua

---

<sup>40</sup>São eles: Telecomunicações (Leis n.ºs 4.117/65, 9.295/96 e 9.472/97); Rodovias e Portos Federais (Leis n.ºs 8.630/93 e 9.277/96); TV a Cabo (Lei n.º 12.485/2011).

<sup>41</sup>Conforme se mencionou, a autorização como forma de exploração de serviços está prevista no art. 21, incisos XI e XII da CF/88. Reitera-se mais uma vez que existe dissenso doutrinário na expressão *autorização “de serviço público”*, dado haver respeitados doutrinadores que mencionam que a expressão seria de certa forma inadequada, como será visto adiante.

<sup>42</sup>Conforme será visto a seguir, José dos Santos Carvalho Filho não admite a autorização para a exploração de serviços *públicos*.

constitucionalidade. Desse modo, parte-se diretamente para a análise direta de sua *regulamentação*, cujos pontos mais polêmicos serão estudados casuisticamente ao longo do presente trabalho.

Partindo como pressuposto inicial da constitucionalidade do instituto para a outorga de serviços públicos, caberá ao legislador infraconstitucional, seja mediante lei ordinária, seja mediante decreto, ater-se ao cuidado de regulamentá-lo *adequadamente*, tendo como premissa a natureza e a forma pelo qual *quer* regulamentar a atividade, bem como as peculiaridades do setor - infraestrutura aeroportuária - que em muito se difere da maioria das atividades previstas nos incisos XI e XII do art. 21<sup>43</sup>.

Enquanto as *concessões* de serviço público já detêm uma lei geral para toda a atividade concedida<sup>44</sup>, a *autorização* deve ter uma regulamentação específica *para cada setor*, em razão da *natureza diversificada e das peculiaridades de cada atividade* sujeita a autorização pelo poder público.

A doutrina brasileira é rica em definições quanto ao tema em estudo. Prefaciando a primeira edição da clássica obra de CID TOMANIK POMPEU intitulada “Autorização Administrativa”, CAIO TÁCITO já expõe um conceito antigo e consagrada na doutrina italiana quanto ao tema<sup>45</sup>:

Ranelletti, em obra de 1894 (Teoria generale delle autorizzazioni e concezioniamministrativi, p. 21”), define, pioneiramente, autorização administrativa como “verdadeira remoção dos limites que a lei coloca ao livre exercício da atividade individual por motivo de ordem pública”.

Denota-se, portanto, um conceito já secular para o instituto da autorização, o qual remete à ideia de um direito *preexistente, condicionado* à autorização estatal por motivos de interesse público. Em outros termos, SARA JANE LEITE DE FARIAS explica a clássica noção de serviço público italiana, de forma que a autorização concede “vida atual a direito existente só potencialmente. Desse modo, a autorização

---

<sup>43</sup>A atividade cujo modelo mais se aproximaria da infraestrutura aeroportuária é a portuária, já regulamentada pela Lei n.º 8.630/93 e seu Decreto n.º 6.620/2008.

<sup>44</sup>Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

<sup>45</sup>POMPEU. Cid Tomanik. *Autorização Administrativa*. 3ª ed. Revisão., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

remove o limite, não absoluto, imposto pela lei para o exercício de um poder individual”<sup>46</sup>.

Demonstrando a dificuldade de se obter um conceito único e preciso quanto ao instituto da autorização, POMPEU, citando doutrina italiana, menciona:

Na linguagem jurídica, a palavra autorização é usada com significado amplíssimo, impreciso e de variado conteúdo<sup>47</sup>, não raro referindo-se atos administrativos de natureza diversa (...). É o caso das autorizações de polícia, chamadas de licença pelo direito italiano<sup>48</sup>. Embora pretenda conceituar como licença somente certas espécies de autorização, tais como as que, discricionárias na emanção, são vinculadas no conteúdo, o direito italiano usa indistintamente os termos autorização, licença, permissão e nada-obsta.

Na doutrina pátria, HELY LOPES MEIRELLES<sup>49</sup> assim conceitua o instituto em estudo:

Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, **serviço** ou utilização de determinados bens **particulares ou públicos**, de seu **exclusivo ou predominante interesse**, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração. (grifos nossos)

Por seu turno, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>50</sup> apresenta três “acepções” para autorização administrativa:

No direito brasileiro, a autorização administrativa tem várias acepções:

1. Num primeiro sentido, designa o ato **unilateral** e **discricionário** pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de **atividade material** ou a **prática de ato** que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. (sem grifos no original)  
(...)
2. Na segunda acepção, autorização é o ato **unilateral** e **discricionário** pelo qual o Poder Público **faculta** ao particular o **uso privativo de bem público**, a **título precário** (sem grifos no original). Trata-se da **autorização de uso**.
3. Na terceira acepção é o ato **unilateral** e **discricionário** pelo qual o Poder Público **delega** ao particular a **exploração de serviço público**, a **título**

<sup>46</sup>FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro:Lumen Iuris, 2005, p. 60.

<sup>47</sup>AngelloNattini. Il negozio autorizativo. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale e delle Obligazioni*, n° 10, parte 1, Milano, Vallardi, 1912, p. 485 *Apud* POMPEU, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>48</sup>VIGNOCCHI, Gustavo. *La natura giuridica dell' autorizzazione amministrativa*. Padova:Cedam, 1944 *Apud* POMPEU, *Op. cit.*, p. 58.

<sup>49</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993,p. 354.

<sup>50</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 226-76.

**precário.** (sem grifos no original). Trata-se de **autorização de serviço público.**

A referida autora ainda aponta sua mudança de entendimento a partir da 18ª edição de sua obra, uma vez que até então não vinha entendendo ser a autorização uma modalidade de delegação de serviço prestado ao público, dado que, em seu entender, o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizatário. Assim, reformula seu entendimento:

Até a 17ª edição, vínhamos entendendo que a autorização não existe como forma de delegação de serviço prestado ao público, porque o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizatário. A partir da 18ª edição, esse entendimento foi reformulado. **Os chamados serviços públicos autorizados, previstos no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionária do poder público;** e essa delegação pode ser para atendimento de **necessidades coletivas**, com prestação a terceiros (casos da concessão e da permissão), ou para execução **no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser também de interesse público** (sem destaques no original). A essa conclusão chega-se facilmente pela comparação entre os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros referidos no artigo 21, XI e XII, com os serviços não exclusivos do Estado, como educação e saúde. Estes últimos, quando prestados pelo Estado, são **serviços públicos próprios**; quando prestados por particular, são **serviços públicos impróprios**, porque abertos à iniciativa privada por força da própria Constituição; no primeiro caso, existe **autorização de serviço público**; no segundo, existe **autorização como ato de polícia**.

Ao que se denota da reformulação do entendimento da ilustre professora, havia um entendimento por ela defendido segundo o qual a autorização não seria instrumento hábil a regulamentar as relações decorrentes de serviço público, pelo fato de o mesmo estar mais voltado ao atendimento de interesses *privados* do que ao interesse *público*. Entendemos que a reformulação do referido entendimento, além de demonstrar a modéstia esperada para qualquer profissional das ciências jurídicas e, ainda, sinalizar a complexidade mencionada no assunto em estudo, corrobora com a mencionada *crise do clássico conceito da autorização administrativa*.

Deveras, o clássico conceito de *autorização*, sempre voltado para “*ato administrativo discricionário e precário, voltado para o atendimento de interesses particulares*”, vem sendo completamente revisto pela doutrina moderna, mesmo porque a Constituição faz menção expressa quanto à possibilidade de se explorar *serviços* mediante tal instituto. Assim, “discricionariedade”, “precariedade” e

“interesse particular” podem traduzir noções incompatíveis com o desenvolvimento de algumas atividades.

A discussão de alguns doutrinadores gira justamente em torno da *natureza dessesserviços*: para alguns, a autorização jamais seria cabível para a prestação de serviços *públicos*, haja vista que o art. 175 da CF/88 menciona expressamente a necessidade de *concessão* ou *permissão* para a delegação dos mesmos; outros defendem que, a despeito da dicção do art. 175, o constituinte originário elencou um rol de atividades passíveis de exploração mediante concessão, permissão e autorização.

Assim, percebe-se que, para alguns doutrinadores, o debate passa necessariamente pela *natureza* da atividade a ser autorizada: se exercida como serviço público ou se desenvolvida para o atendimento de fins exclusivamente particulares.

Ora, em se tratando de serviços públicos prestados mediante autorização, de plano há que se desconsiderar a finalidade de atendimento a interesses *exclusivamente* privados, ainda que o serviço tenha sido delegado para um particular executá-lo. Do contrário, não se falaria de exploração de serviço público, mas tão somente de atividade econômica em sentido estrito, embora, mesmo nesses casos, inegavelmente, haja algum grau de satisfação a interesse público<sup>51</sup>.

Nesse ponto, aliás, a *contrario sensu*, seria até mesmo incongruente admitir-se que a prestação de serviços públicos mediante concessão ou permissão atenderia a interesses *exclusivamente* públicos. É evidente que não é assim, mesmo porque o interesse do concessionário ou permissionário na atividade pouco tem a ver com a satisfação de interesses públicos, senão o próprio lucro que a atividade pode reverter ao proveito pessoal da pessoa jurídica que explora a atividade. A bem da verdade, ainda nas concessões, que revelariam o atendimento a interesses públicos (serviços públicos), são delegados ao particular para o atendimento de *seu exclusivointeresseprivado*, revestido pelo retorno financeiro da atividade.

---

<sup>51</sup> Tal discussão, aliás, demonstra como sempre foram tênues os limites entre “serviço público” e “atividade econômica”, bastando fazer remissão ao célebre julgamento pelo STF da atividade postal (ADPF 46), muito assemelhada a uma atividade econômica qualquer, mas considerada pela Suprema Corte como sendo um “serviço público”, notoriamente, por motivos políticos.

Por sua vez, JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO<sup>52</sup> é bastante categórico em sua opinião quanto a inexistência da figura de “serviços públicos autorizados”. Menciona, de forma pragmática, que se a atividade está voltada para o atendimento de interesses do particular, jamais haveria que se falar em autorização de serviço público. O autor, portanto, vincula o conceito ao critério do interesse exclusivo ou predominante do indivíduo que explora a atividade, afastando, nessas hipóteses, a natureza pública do serviço. Assim, mesmo diante do texto constitucional (art. 21, XI e XII), nem sempre a atividade autorizada estaria, no seu entender, voltada ao atendimento de interesse público, razão pela qual haveria que se falar em autorização da União para o desempenho de atividade *privada*.

Com a máxima vênia ao ilustre professor, sem embargo do respeitável raciocínio, a atividade por ele citada para justificar a ausência de serviço público e sim o interesse exclusivo do particular (no caso, cita como exemplo a exploração de transporte coletivo de *vans*) detém certo interesse público, vislumbrado no interesse da sociedade em escolher a forma mais eficiente de transporte (ou até mesmo a única forma possível).

Assim, no exemplo em que cita, salvo quando o proprietário está a transportar familiares como qualquer carro de passeio, quando sua atividade se volta ao atendimento de uma *coletividade*, está se falando de atendimento a interesse público, serviço público, portanto. Aliás, a razão de existir da atividade de transporte coletivo de pessoas é exatamente o atendimento ao público, mediante remuneração, tal como ocorre com as concessões.

Entendo ainda que o autor, ao utilizar o serviço de táxi para demonstrar que se trata de hipótese de autorização (e não de permissão) de serviço, já que seria, sob sua ótica, um serviço de transporte *privado* de passageiros, esquece-se que a referida atividade, na verdade, em nada difere do transporte coletivo de passageiros, salvo no quesito exclusividade do transporte e maior ônus pela utilização. No fundo, ainda que se trate de um serviço diferenciado do serviço de transporte coletivo, atende invariavelmente a um interesse público, revelado na escolha do cidadão pela modalidade mais onerosa de transporte.

---

<sup>52</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 408-9.

Assim, com as vênias de estilo à respeitada doutrina em sentido contrário, não há falar-se em *exclusividade* de interesse *público* ou *particular* quando da execução de “serviços públicos” ou “atividades particulares regulamentadas”, em quaisquer de suas modalidades de sua prestação. Haverá apenas uma *mudança de grau de interferência do Estado* na regulamentação e fiscalização do serviço.

Como será visto oportunamente, sempre, em algum nível, um interesse *misto* faz-se presente na prestação dessas atividades mediante autorização, cujo *nível de satisfação de interesses* - públicos ou privados - é que irá determinar o regime jurídico ideal da prestação da atividade.

Assim, a dificuldade de se manter hígidos conceitos no Direito Administrativo ante a velocidade com o qual ocorrem os fatos sociais foi destacada por ODETE MEDAUR<sup>53</sup> e ARAGÃO<sup>54</sup>:

Assim, considerando estarmos vivendo um momento de forte "evolução do Direito Administrativo", **é natural que os seus conceitos tradicionais necessitem de alguma atualização para se manterem operacionais.**

(...)

Os conceitos tradicionais do Direito Administrativo se caracterizam pelos pressupostos ideológicos de supremacia da Administração Pública sobre o particular e do papel do Estado como o grande provedor das necessidades sociais. **Não são necessários maiores esforços para constatar que, se esses pressupostos ideológicos não foram totalmente ultrapassados, encontra-se pelo menos seriamente comprometidos, inquinando também, como não poderia deixar de ser, os conceitos que deles defluíam.**(grifos nossos)

Desse modo, sem desmerecer os clássicos ensinamentos sobre o instituto da autorização, entende-se que a reformulação do conceito é inevitável, não somente com relação à destinação da atividade *autorizada* (interesse público ou privado na exploração), mas também com relação à precariedade e discricionariedade, conforme será visto adiante.

## 2.4. Autorização: natureza jurídica.

---

<sup>53</sup>MEDAUR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 123.

<sup>54</sup>*Ibid.*, p. 123

A discussão quanto a natureza jurídica da autorização gira em torno de considerá-la como sendo um ato *declaratório* ou *constitutivo* de direito.

A primeira teoria possui intrínseca ligação com o conceito inicial no instituto exposto pela doutrina italiana, no sentido de haver um direito em potencial, *preexistente*, mas somente pendente de fruição mediante a autorização, que declara a existência desse direito. Assim, como destaca FARIAS<sup>55</sup>, “aqueles que entendem que o direito já pertenceria ao administrado, estando seu exercício condicionado à concordância da Administração, não fazem efeito constitutivo à autorização administrativa”.

Referida autora faz ainda críticas a tal posição, entendendo-a como doutrina superada, dado que,

na prática é que **o direito é constituído apenas no momento da outorga da autorização**, ou seja, a autorização é ato administrativo pelo qual a autoridade competente **cria situação jurídica** concernente a pessoa determinada. Esse ato tem o poder de dar nascimento a situação jurídica nova, pessoal e subjetiva. (sem grifos no original)

Com vistas a corroborar tal tese, FARIAS cita entendimento de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO<sup>56</sup>, segundo o qual,

(...) a autorização, ao contrário da licença, é apenas um **ato constitutivo e discricionário**, o que significa dizer que o particular pode pleitear algo que não afeta o interesse público (ex.: não é direito do particular fazer uso de calçadas de ruas públicas para instalar cadeiras e mesas para ampliação de seu bar; todavia, se este uso não interferir no atendimento do interesse público, poderá receber uma autorização).

Assim, segundo esse autor, é do juízo da Administração que vai nascer a autorização, surgindo (constituindo) o direito do administrado. A mesma opinião é compartilhada por POMPEU<sup>57</sup>, segundo o qual “a autorização é constitutiva de direito e não declaratória, pois, o beneficiário, antes da outorga, dela não tinha direito, mas somente interesse”.

Todavia, no que se refere à **autorização de natureza vinculada**, a situação é distinta. Isso porque já há uma situação jurídica preexistente, devidamente regulamentada, com condições pré-estabelecidas. Nesses casos, não há falar-se em

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>56</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 72. *Apud* FARIAS. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 80.

concessão de autorização, mas sim *reconhecimento* de uma situação jurídica já *devidamente regulamentada*, razão pelo qual a natureza jurídica de tais atos é meramente *declaratória*.

## 2.5. Classificação das Autorizações

A importância de se sistematizar o instituto da autorização, ainda que em breves linhas, revela-se na utilidade de seus efeitos práticos, resumindo toda uma ideia central que se deseja passar. Passemos a uma análise de algumas classificações existentes<sup>58</sup>.

### Autorizações *simples* e *operativas*.

As autorizações *simples* são aquelas conferidas no âmbito da atividade de polícia, em que se impõe limites ao exercício de determinados direitos, como ocorre com as limitações administrativas<sup>59</sup>.

Por seu turno, a mesma autora ainda destaca a função de controle das autorizações *operativas*:

(...) as autorizações operativas, sem renunciar à função primária de controle, vão mais além, **conduzem e orientam positivamente a atividade de seu titular** na direção previamente definida pelos planos ou programas setoriais. Estas se fundamentam na complexidade dos fins que perseguem, pelo fato da norma reservar a Administração certas faculdades discricionárias em ordem de outorgar as autorizações, possibilitando também sua sujeição a determinadas condições, que são, precisamente, os instrumentos em que se substancia essa função de condução e direção da atividade autorizada e cujo descumprimento pode dar lugar a imposição de sanções e a própria revogação da autorização outorgada. (destaques nossos)

### Autorizações *por operação* e *de funcionamento*.

As autorizações por operação e de funcionamento estão ligadas aos efeitos do ato, segundo sua duração no tempo.

Na *autorização por operação*, estas são conferidas para um ato determinado, cuja relação é episódica, não criando vínculo entre as partes. São

---

<sup>58</sup>Pela clareza e simplicidade pela qual trata do assunto, este tópico terá como base a obra de Sara Jane Leite de Farias intitulada “*Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados*”, publicada pela Editora Lumen Iuris, 2005.

<sup>59</sup>FARIAS. Sara Jane Leite de. *Op. cit.*, p. 106.

exemplos citados pela autora: a poda de uma árvore, a importação de um produto, a construção de um prédio e outras<sup>60</sup>.

Por sua vez, a *autorização de funcionamento* cria um vínculo que se prolonga indefinidamente no tempo, embora tal relação jurídica não seja imutável. Diz a autora que também recebem o nome de *autorização de efeito continuado*. Presente a discricionariedade na expedição do ato e salvo a ocorrência de óbices específicos, a revogação é possível, se as mudanças das circunstâncias de fato o recomendarem (ex.: autorização para porte de arma de fogo). Nessa linha, segundo ainda alerta SUNDFELD<sup>61</sup>,

se o ato tiver sido produzido vinculadamente (ex.: autorização para funcionamento de indústria), nem por isso o empreendedor adquire imunidade contra eventuais alterações da lei, visto que o ato administrativo o coloca em situação estatutária, passível de modificação por via de lei, sem que se possa invocar direito adquirido.

#### Autorizações ***discricionárias*** e ***vinculadas***.

Conforme FARIAS<sup>62</sup>, o surgimento das autorizações vinculadas vieram ao mundo jurídico por intermédio da Lei Geral de Telecomunicações.

Desse modo, depreende-se que um instituto que até então era considerado pela doutrina como de natureza *discricionária*, passou a ser estudado em sua forma *vinculada*. Sobre as autorizações *discricionárias*, comenta FARIAS<sup>63</sup>:

A autorização discricionária (...) constitui-se um ato administrativo unilateral e precário, pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem consentimento, seriam legalmente proibidos, mediante a análise dos critérios de conveniência e oportunidade.

Já as autorizações *vinculadas*, objeto de análise do presente estudo, nasceu de uma necessidade de avanço no campo do direito administrativo, em razão da necessidade de fomento a determinado setor de serviços públicos, implicando em inovações no mundo jurídico.

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>61</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 50-1.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p 108-9.

<sup>63</sup> *Ibid.*

Assim, no campo do direito das telecomunicações, foi introduzida a prestação de serviço em regime de direito público ou privado, ou ainda, em regime híbrido (art. 65, Lei n.º 9.472/95 - LGT). No primeiro regime público manteve-se a necessidade de se promover concessões e permissões de serviço, ao passo que no regime de direito privado, este se deu mediante simples autorização (art. 131).

A convivência da prestação de serviço em regime público ou privado, destaca FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO<sup>64</sup>, nasceu da necessidade de promoção de equilíbrio no sistema entre a *competição* e a *universalização* do serviço.

Assim, a atividade exercida sob o *regime de direito privado* não assume compromissos de universalização, promovendo a inserção de serviços onde até então o mercado consumidor apenas o ambicionava, atuando livremente segundo os princípios constitucionais da atividade econômica.

Já o serviço prestado sob *regime público*, ainda segundo aquele autor, alcança uma série de vantagens, principalmente porque já recebe uma cartela de clientes, uma rede já instalada, um fluxo de caixa, etc.. Por outro lado, o serviço prestado nesse modelo possui compromissos de universalização do serviço, modicidade tarifária, etc..

Assim, enquanto o serviço prestado no regime privado (mediante autorização), tem como foco promover a competição, aquele prestado no regime público tem em mira promover a universalização do serviço.

Assim, o art. 131 da LGT deu os contornos jurídicos do instituto da autorização do serviço:

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º **Autorização de serviço de telecomunicações** é o ato administrativo **vinculado** que faculta a exploração, **no regime privado**, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando **preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias**.

---

<sup>64</sup>MARQUES NETO. Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações ANATEL. *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sundfeld (Org.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 300. *Apud* FARIAS, *Op. cit.*, p. 111.

Como se denota da dicção do texto legal, embora o serviço esteja sujeito a prévia autorização, a sua concessão<sup>65</sup> ao particular não está sujeito ao simples talante da autoridade pública (inexiste discricionariedade absoluta). Ao contrário, trata-se de um ato vinculado, o qual deverá ser conferido desde que preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

Sobre as autorizações vinculadas, muito coerentes são as conclusões de FARIAS<sup>66</sup>, sendo oportuno transcrevê-las:

Do exposto, algumas ponderações podem ser realizadas: **em primeiro lugar, a previsão do instituto da autorização no que diz respeito à execução de alguns serviços públicos é constitucional**, o que pode ser comprovado da leitura do artigo 21, incisos XI e XII da Constituição da República. Trata-se, na verdade, de uma **discricionariedade legislativa a utilização dos regimes de direito público e privado**. Em segundo lugar, **não houve a privatização da atividade, uma vez que esta continua a ser de titularidade pública, apenas foi adotado o regime de direito privado**. Significa que, **ontologicamente, as atividades arroladas no art. 21, incisos XI e XII** (quando executadas mediante autorização), **continuam a ser tratadas como serviços públicos, entretanto, sua disciplina legal pode atender a um outro regime, pautado nos princípios inerentes às atividades econômicas que, por conta do princípio da livre iniciativa - art. 1º, inciso IV da CRFB -não pode ser afastado pela noção de serviço público naquilo que não seja indispensável para o atendimento do interesse geral**. Há ainda a questão de **viabilizar investimentos privados**, que não ocorreriam num quadro de precariedade do vínculo. Esclareça-se ainda que o legislador pode fazer uso das autorizações clássicas, conferindo o tratamento jurídico adequado à característica da discricionariedade (...)

**Aduza-se que o caráter vinculado conferido à autorização deve-se ao fato de que se trata de atividade cuja natureza constitucional é de serviço público, portanto, de titularidade pública;** desta forma não poderia ser utilizada a licença, uma vez que esta se destina somente às atividades de titularidade privadas. (sem destaques no original)

Perfeitas as observações da ilustre professora. Realmente, em primeiro lugar, não há que se discutir quanto à constitucionalidade da autorização para o serviço público, haja vista que assim está previsto expressamente no texto constitucional (art. 21, incisos XI e XII). Em segundo, como bem observou, ainda que o serviço seja prestado sob o regime privado, tal fato não furta o serviço das mãos da União, a qual sempre detém sua titularidade (a não ser que, em algum dia, haja mudança do texto constitucional). Outro terceiro aspecto, e de igual importância, é que o texto constitucional, em nenhum momento, disse *qual* deveria o regime

<sup>65</sup>O termo aqui não está empregado em seu sentido jurídico.

<sup>66</sup>*Ibid.*, p. 116.

jurídico de exploração que deveria ser adotado, deixando à escolha do legislador qual é o mais adequado ao atendimento público: regime público, privado ou híbrido.

Em última análise, tais considerações servem ainda para ensinar que, a despeito do que diz ou possa vir a dizer a doutrina mais *respeitada* sobre determinados temas, esta, muitas das vezes, esquece-se que antes de qualquer consideração a ser feita com base em conceitos “consagrados”, o pressuposto para a consumação de qualquer opinião sobre institutos inovadores é a adequada interpretação do *próprio texto constitucional*.

É, *datamaximavenia*, um equívoco *engessar* a Constituição a partir de conceitos doutrinários, até porque o histórico de nossa Constituinte não nos remete a congressistas tão familiarizados com o Direito; o filtro jurídico de alguns termos foi realizado por alguns poucos juristas<sup>67</sup>.

Assim, com a devida vênua às opiniões ora mencionadas no presente trabalho, é inconcebível querer fazer de refém as normas constitucionais, em face de preceitos ontológicos, seculares. Não havendo qualquer obstáculo no texto constitucional, as legislações modernas devem operar livremente, ao alvedrio das necessidades sociais, mas sempre em respeito aos princípios constitucionais, já que o Direito deve evoluir em compasso com todos os avanços da sociedade.

## **2.6. Autorização para o desenvolvimento de atividade econômica**

O “livre exercício da atividade econômica” assumiu *status* constitucional sendo uma noção indissociável dos princípios inerentes da ordem econômica constitucional, descritos nos incisos do art. 170 da CF/88.

Segundo prevê o art. 170, parágrafo único, da CF/88, “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Referida norma constitucional nos permite ao menos três conclusões.

A primeira delas se traduz na liberdade concedida aos particulares de exercer livremente atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos. Evidentemente, esta liberdade não é absoluta, porque a lei deverá

---

<sup>67</sup>Recomenda-se assistir um excelente Documentário sobre a constituinte de 1988 denominada “A Constituição da Cidadania”, produzida pela TV Senado, disponível em [www.youtube.com](http://www.youtube.com), no qual se verifica os bastidores da produção da Carta Magna de 1988.

vedar determinadas atividades (esfera civil, penal, empresarial, etc.), em apreço à garantia de determinadas liberdades e valores da sociedade.

A segunda regra volta-se ao próprio Estado, impondo-lhe um *não fazer*: não poderá desenvolver qualquer tipo de atividade em concorrência com o particular, *salvo* nos casos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173, CF/88). A vedação do comércio ao Estado (com a ressalva das hipóteses mencionadas), garante ao particular uma competição mais equânime pelo mercado, com um mínimo de igualdade de prerrogativas, direitos e deveres perante o seu concorrente (leis da concorrência, etc.), sem ter que suportar o “peso” do eventual competidor estatal.

A terceira regra impõe um limite ao particular, embora este esteja garantido pela limitação oponível apenas por uma *lei*: segundo o dispositivo final do parágrafo único do art. 170, a liberdade de ação do particular não depende de autorização nenhuma, salvo para os casos em que a lei assim prescrever. Esta terceira regra, apesar de aparentar *limitação* de ação, garante grande liberdade de ação ao particular, seja porque somente uma lei (e não um ato administrativo) poderá lhe impor condições, seja porque tais situações recebem a garantia de um prévio pronunciamento de fatores limitadores, promovendo a segurança jurídica para o desenvolvimento de atividades.

Entretanto, um ponto que se discute nessa limitação de ação imposta pela lei é justamente qual a baliza que o legislador deverá seguir para impor a necessidade de uma autorização para a realização de uma atividade econômica. Segundo FARIAS<sup>68</sup>,

Em regra, tais autorizações funcionarão como um **instrumento de implementação de uma política a ser desenvolvida naquele setor, por meio de uma regulação econômica, em que se pretenda configurar a atividade em si** (sua extensão, modalidades, mercados, zonas de atuação, preços dos produtos e serviços etc.).

(...)

Destaque-se como característica desta modalidade regulatória a sua **setorização**, ou seja, as **autorizações são emitidas tendo em consideração cada setor da economia a ele vinculado**, para o qual, via de regra, também há um específico órgão ou entidade estatal regulador. (sem destaques no original)

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 96-7.

Assim, uma vez verificada a necessidade de se impor limites à atuação do particular para uma determinada atividade, tem-se que tal limitação deverá ser imposta por uma lei, a qual irá nortear, no todo ou em parte, o desenvolvimento da atividade (regulação econômica).

## **2.7. A legislação de autorização em outros setores**

Conforme mencionamos no item 3.2, do rol de setores passíveis de exploração mediante autorização elencados no art. 21 XI e XII da CF/88, tem-se que já consta a regulamentação de alguns setores.

Nesta pesquisa, sob pena de desvirtuamento, não será nosso intuito elencar todas as atividades passíveis de exploração por intermédio de *autorização*, mas somente aquelas cuja regulamentação poderá se aproximar de algum modo da regulamentação pretendida para o setor de infraestrutura aeroportuária.

Será verificado ainda que estas legislações traçam alguns *limites* para o instituto, de forma a não se aproximar demais com os institutos da concessão e da permissão. Tais limitadores ora se voltam para o propósito de *fomentar o desenvolvimento da atividade* para o público em geral, ora para o *desenvolvimento de atividades no interesse próprio do particular*, ora para *atender a interesses privados e públicos*. Como defendeu-se alhures, cada setor autorizado a se desenvolver possui suas peculiaridades, devendo receber *regulamentação específica* com vistas a promover desenvolvimento, sem que haja desequilíbrio no mercado.

Será feito, destarte, breve análise dos textos legislativos referentes à autorização, de forma a trazer algumas de suas características para o setor da infraestrutura aeroportuária.

### **a) Telecomunicações – Lei n.º 9.472/95**

Conforme já alertamos, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT – inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao promover a figura da *autorização vinculada*, bem como permitiu que a atividade fosse desenvolvida tanto no regime *público* tanto no *privado*.

Interessante trazer a baila algumas de suas disposições:

Art. 19. **À Agência compete** adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

XI - **expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado**, fiscalizando e aplicando sanções;

(...)

Art. 48. A concessão, permissão ou **autorização** para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, para qualquer serviço, **será sempre feita a título oneroso**, ficando autorizada a cobrança do respectivo preço nas condições estabelecidas nesta Lei e na regulamentação, constituindo o produto da arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL.

(...)

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a **Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada**, assegurando que:

II - **nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante**;

(...)

Art. 131. A **exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência**, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§1º **Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.**

§2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

Da análise dos dispositivos supratranscritos, pode se concluir que: a) a competência para expedir outorga de autorização para a prestação de serviço privado de telecomunicações é da Anatel; b) a exploração da outorga de autorização deve ser feita sempre a título oneroso; c) a concessão da outorga de autorização é a regra, somente podendo ser negada por motivo relevante; d) a outorga de autorização é ato vinculado, devendo ser concedida sempre que o interessado preencher as condições objetivas e subjetivas necessárias, nos termos do arts. 132 e 133, devendo a Anatel ainda observar a mínima intervenção na vida privada; e) a exploração da outorga de autorização deve sempre ser realizada no regime privado.

Como observamos alhures, referido modelo foi concebido para permitir ampla concorrência no mercado de telecomunicações, objetivo que vem obtendo êxito graças à formatação da autorização segundo um regime *privado* de exploração.

#### **b) Portos – Lei n.º 8.630/93**

A lei n.º 8.630/93 dispõe sobre o regime jurídico de exploração dos portos organizados e das instalações portuárias. Por sua vez, a Lei n.º 9.277/96 autorizou a

União a delegar aos Municípios, Estados e ao Distrito Federal a administrativo e exploração de portos federais, mediante convênio (art. 3º), podendo a atividade ser exercida diretamente pela pessoa jurídica de direito público ou mediante concessão (art. 4º).

Em que pese os problemas que vinham ocorrendo neste setor, graças exatamente ao desvirtuamento do modelo de exploração via autorização<sup>69</sup>, nosso intuito é demonstrar o regime jurídico de exploração nessa modalidade. Podemos transcrever os dispositivos que autorizam a exploração dos portos via autorização:

Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:  
 II - de **autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo**, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado. (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007)

(...)

Art. 6º Para os fins do disposto no inciso II do art. 4º desta lei, **considera-se autorização a delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.**

§ 1º A **autorização de que trata este artigo será formalizada mediante contrato de adesão**, que conterà as cláusulas a que se referem os incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XV, XVI, XVII e XVIII do § 4º do art. 4º desta lei.

Cumpre alertar que a Lei n.º 10.233/2001 (que, dentre outras disposições, criou a Agência Nacional de Transporte Aquaviário - ANTAQ) , dispôs que constitui esfera de sua atuação os portos organizados e as Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte (art. 23, II).

### **c) Energia Elétrica – Lei n.º 9.074/95**

---

<sup>69</sup>O setor de exploração portuária apresentou alguns problemas em razão do desvirtuamento da autorização do terminal privativo misto, onde se percebeu a movimentação de cargas de terceiros em volume muito superior ao volume de carga própria. Maior detalhamento sobre o assunto pode ser encontrado no parecer lavrado por Clemerson Merlin Cléve intitulado “Relevância e imprescindibilidade da infraestrutura portuária. Desenvolvimento e soberania nacionais. Serviços públicos e preceitos constitucionais fundamentais (valores essenciais e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil). Terminais portuários privativos mistos, outorga de autorização e atividade econômica stricto sensu”. Revista forense, v. 105, n. 402, p. 329-356, mar./abr. 2009.

A Lei n.º 9.074/95 é uma daquelas leis que tratam de diversos assuntos em desprezo aos princípios da pertinência temática, afinidade e conexão de que trata a Lei Complementar n.º 95/1998<sup>70</sup>.

O seu capítulo segundo estabelece normas sobre concessões, permissões e autorizações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água. Em seu artigo 5º, estabelece quais atividades deverão ser objeto de licitação. Em seu artigo 11, estabelece a figura do produtor independente. Dispõe o citado artigo:

Art. 11. Considera-se **produtor independente** de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão **ou autorização** do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.  
Parágrafo único. O Produtor Independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, **atendido ao disposto nesta Lei**, na legislação em vigor e no contrato de concessão **ou no ato de autorização**, sendo-lhe assegurado o direito de acesso à rede das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição e das concessionárias do serviço público de transmissão. (Redação dada pela Lei nº 11.943, de 2009)

O artigo 7º traz ainda as hipóteses de exploração do serviço mediante autorização:

Art. 7º **São objeto de autorização:**  
I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;  
II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.  
Parágrafo único. As usinas termelétricas referidas neste e nos arts. 5º e 6º não compreendem aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear.

## 2.8. Conclusões parciais.

No presente capítulo buscamos trazer elementos mínimos para a discussão do modelo ideal de exploração para o setor da infraestrutura aeroportuária, mediante o instituto da autorização.

Para tanto, discorreremos sobre a evolução do conceito da autorização administrativa, desde seu conceito secular como rompimento de limites ao exercício

---

<sup>70</sup>Nos termos do art. 7º, II, da Lei Complementar n.º 95/1998.

da liberdade individual até sua evolução como outorga vinculada do poder público para o desenvolvimento de atividades.

Verificamos que o conceito ou noção de serviço público está em eterna evolução, razão pela qual não há se falar em um modelo ideal e fechado para sua exploração. Por tal motivo, aliás, alguns setores explorados por intermédio de autorização autorizada já vem adotando modelos especiais, visando fomentar atividades e suprir carências próprias de alguns setores.

Para tanto, alguns paradigmas do direito administrativo vem sofrendo reformulações doutrinárias, embora ainda haja certa resistência com as novidades introduzidas pela legislação brasileira. Nesse sentido, algumas legislações ousaram na adoção de regime misto de exploração para determinadas atividades, fomentando, a um só tempo, a competição em harmonia com a universalização de serviços.

Todas essas análises são pressupostos para o desenvolvimento do capítulo seguinte, onde será discutido o modelo ideal de exploração da infraestrutura aeroportuária por intermédio de autorização, considerando que o este setor também possui suas peculiaridades e falhas que somente poderão ser sanadas com uma adequada regulamentação do instituto.

## CAPÍTULO 3 – O INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO COMO OUTORGA DA EXPLORAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA

### 3.1. Introdução

No capítulo anterior tivemos o objetivo de demonstrar que, a despeito de algumas resistências da doutrina, é juridicamente possível a utilização do instituto da autorização para a exploração de alguns serviços públicos, nos termos do artigo 21, incisos XI e XII da CF/88.

A polêmica surgia em razão de alguns juristas entenderem não ser possível a exploração de atividades em prol da sociedade mediante autorização do poder público, mas tão somente para atender interesses próprios do autorizatário, face ao fato de que o artigo 175 da CF/88 prevê somente o instituto da concessão e da permissão para a exploração de serviços públicos. Buscou-se contrapor esse entendimento ao longo do capítulo anterior exatamente para chegar até este momento.

Como pano de fundo para toda a discussão, no capítulo 1 restou demonstrada a importância da regulamentação do modelo de autorização para a aviação civil, que se ressentia de um modelo mais *simplificado* de exploração aeroportuária para preencher lacunas insolúveis com o arcabouço jurídico atual.

Todavia – alertou-se – o modelo proposto não pode ser tão *aberto* a ponto de criar assimetrias no mercado da aviação civil, explorado mediante modelos mais compromissados com os princípios e regras descritas na Lei n.º 8.987/95 (art. 6º, §1º), que demandam do concessionário o dispêndio de elevados recursos financeiros para prestar *serviço adequado*. Se não houver equilíbrio na introdução de uma nova modalidade de exploração no mercado, contratos já firmados e explorações já em execução podem sofrer desequilíbrio, imputando responsabilidades à União.

No presente capítulo, uma vez demonstradas a situação fática a ser solucionada e a utilidade da exploração por autorização, tentaremos construir o modelo jurídico ideal e constitucionalmente aceito para a exploração da infraestrutura aeroportuária mediante autorização, com base no art. 21, XII, c, da CF/88.

### 3.2. Previsão legal

Conforme já visto alhures, o instituto da autorização para a exploração da infraestrutura aeroportuária é matéria constitucionalmente prevista no art. 21, inciso XII, “c” da CF/88, *verbis*:

Art. 21. **Compete à União:**

(...)

XII - **explorar**, diretamente ou **mediante autorização**, concessão ou permissão:

(...)

c) a navegação aérea, aeroespacial e a **infra-estrutura aeroportuária**;

Por seu turno, o artigo 36 do CBA traz as *formas* de exploração da infraestrutura aeroportuária, embora não trace qualquer tipo de regulamentação adicional nesse assunto, fazendo simples menção às modalidades possíveis, vejamos:

Art. 36. Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e **explorados**:

I - diretamente, pela União;

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

III - mediante convênio com os Estados ou Municípios;

IV - por concessão ou **autorização**.

Mais recentemente, a Lei n.º 12.379, de 06 de janeiro de 2011, dispôs sobre a possibilidade de a União, Estados e Municípios atuar como poder concedente ou *autorizatório* da infraestrutura aeroportuária delegada (no caso, recebida mediante convênio), nos termos do art. 6º, §2º. Veja-se:

Art. 6º A União exercerá suas competências relativas ao SFV, diretamente, por meio de órgãos e entidades da administração federal, ou mediante:

I – (VETADO);

II - concessão, **autorização** ou arrendamento a empresa pública ou privada;

III - parceria público-privada.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão explorar a infraestrutura delegada, diretamente ou **mediante** concessão, **autorização** ou arrendamento a empresa pública ou privada, respeitada a legislação federal.

Por fim, cumpre ainda alertar que, no âmbito da União, a competência para a concessão das autorizações da exploração da infraestrutura aeroportuária foi conferida pela Lei n.º 11.182, de 27 de janeiro de 2005, à ANAC<sup>71</sup>:

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

(...)

XXIV – conceder ou **autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária**, no todo ou em parte;

Percebe-se, portanto, que a CF/88 e as leis que regulamentam o setor aeroportuário por diversas vezes colocam a *autorização* ao lado da *concessão* e *permissão* de serviços. Contudo, enquanto as duas últimas modalidades possuem lei geral para delinear preceitos básicos de exploração nessas modalidades (Lei n.º 8.987/95, que regulamentou o art. 175 da CF/88), o instituto da autorização é *apenas mencionado* nessas legislações.

Esclarecidas as modalidades e as competências para a exploração atualmente previstas na legislação para o setor, cumpre lembrar – conforme mencionamos no capítulo 2 - que a infraestrutura aeroportuária brasileira já vem sendo explorada com *algum grau*<sup>72</sup> de satisfação pela Administração direta ou indireta da União. Conta-se, ainda, com as administrações aeroportuárias realizadas pelas Administrações diretas e indiretas dos Estados e Municípios, agindo na qualidade de delegatários das infraestruturas aeroportuárias regionais e locais, realizadas mediante Convênios, nos termos do art. 36, III do CBA.

Considerando-se que tais modelos são suficientes para suprir quase a totalidade da demanda da aviação civil brasileira, resta ainda viabilizar um modelo mais simples de exploração, voltado a atender demandas setoriais remanescentes, mas não menos importantes.

---

<sup>71</sup>Destaca-se que a ANAC não detém a prerrogativa de decidir de forma autônoma quanto às outorgas da infraestrutura aeroportuária, nos termos do art. 24-D, I, II e IV da Lei n.º 10.683/2003. Referida competência foi atribuída à Secretaria de Aviação Civil, órgão vinculado à Presidência da República – SAC-PR (Medida Provisória n.º 527/2011, convertida na Lei n.º 12.462/2011). Nesse sentido, as *diretrizes* referentes às concessões e autorizações são dadas pela SAC-PR, enquanto as *execuções* são feitas pela ANAC, entidade a ela vinculada (art. 2º, IV, “a”, do Anexo I, do Decreto n.º 7.476/2011).

<sup>72</sup>Conforme se expôs no capítulo 2 desta pesquisa, a INFRAERO já administra 20 (vinte) aeroportos federais que respondem por 90% (noventa por cento) do tráfego de passageiros e 96% (noventa e seis por cento) do volume de cargas.

### 3.3. A necessidade, utilidade e adequação do instituto da autorização para a exploração da infraestrutura aeroportuária.

Em 19 de fevereiro de 2009, foi publicado o Decreto n.º 6.780/2009, que aprovou a Política Nacional de Aviação Civil – PNAC<sup>73</sup>. Oportuno transcrever parte dessa Política, que estabelece diretrizes para o setor de aviação civil brasileira, em razão de sua total sintonia com o presente trabalho:

#### 1 – INTRODUÇÃO

A Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) corresponde ao conjunto de diretrizes e estratégias que nortearão o planejamento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da aviação civil brasileira, estabelecendo objetivos e ações estratégicas para esse setor, e integra-se ao contexto das políticas nacionais brasileiras.

O **principal propósito** da PNAC é assegurar à sociedade brasileira o desenvolvimento de sistema de aviação civil amplo, seguro, eficiente, econômico, moderno, concorrencial, compatível com a sustentabilidade ambiental, integrado às demais modalidades de transporte e alicerçado na capacidade produtiva e de prestação de serviços nos âmbitos nacional, sul-americano e mundial.

Cabe destacar que a aviação civil é fator de integração e desenvolvimento nacional. Um dos propósitos da PNAC é, pois, caracterizar a importância do desenvolvimento e aumento da disponibilidade de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária civis, com vistas a aumentar a oferta de serviços de transporte aéreo.

(...)

#### 3.5. O DESENVOLVIMENTO DA AVIAÇÃO CIVIL

##### Ações Gerais

- Incentivar a **integração da aviação civil com os setores do turismo e do comércio.**

(...)

##### Ações Específicas

(...)

##### **Infra-Estrutura Aeroportuária Civil**

(...)

- Desenvolver incentivos econômicos e **regulatórios** de forma a **gerir a demanda e otimizar o uso dos aeroportos**, ordenando os serviços de transporte aéreo.

(...)

- **Estimular o investimento privado na construção e operação de aeródromos.**

#### 3.6. A EFICIÊNCIA DAS OPERAÇÕES DA AVIAÇÃO CIVIL

##### Ações Gerais

(...)

- Buscar a **expansão antecipada e coordenada da oferta de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária civis** para atendimento da demanda de serviços aéreos.

##### Ações Específicas

##### **Infra-Estrutura Aeroportuária Civil**

<sup>73</sup>Diário Oficial da União, Seção 1, p. 2-6.

- **Promover a concorrência no setor**, de forma a garantir aos usuários melhor qualidade de serviços e menores tarifas.
- Promover a **participação da iniciativa privada na construção, operação e exploração de aeroportos**, no todo ou em partes.

Tais diretrizes detêm total correspondência com a presente pesquisa, já que com a adequada regulamentação do instituto da autorização estamos a um só tempo: a) promovendo o aumento da disponibilidade da infraestrutura aeroportuária; b) promovendo, ainda que em menor grau, a concorrência do setor; c) estimulando a integração da aviação civil com diversos setores, como o do turismo e do comércio; d) estimulando o investimento privado na construção e operação de aeródromos.

Como se alertou ao longo de todo o trabalho, o instituto da autorização encontra-se atualmente sem qualquer definição legal. Trata-se de um instituto totalmente vocacionado àquelas necessidades mais simplificadas de exploração de atividades, tal como pudemos verificar semelhanças também no setor de portos, telecomunicações e energia elétrica.

No setor de infraestrutura aeroportuária, as demandas pela regulamentação do instituto se fazem sentir com maior frequência em situações específicas, em regra, ligadas à indústria, comércio, turismo, prática desportiva, dentre outros.

No campo da indústria, verifica-se haver algumas instalações isoladas pelo país, seja porque se afastou para localidades em decorrência de incentivos fiscais, seja porque o produto econômico de sua exploração encontra-se naturalmente em locais de difícil acesso (petróleo, extração mineral, etc). Há casos, inclusive, que o único acesso ao local dessas instalações é realizado somente pela via aérea, inexistindo redes fluviais ou rodoviárias.

Tal cenário vem dificultando e até mesmo impossibilitando investimentos voltados à melhoria dessas infraestruturas, seja com vistas ao transporte de passageiros (funcionários e prestadores de serviços, principalmente) quanto também de cargas. Não raro, as operações aéreas nesses aeródromos ficam impossibilitadas em razão da precariedade das infraestruturas e das tecnologias empregadas, restringindo o tráfego aéreo a determinados horários, enquanto o investimento em tecnologias permitiria operações regulares com maior frequência e segurança.

Além do setor da indústria, o setor do turismo possui as mesmas razões de fundo. Difere-se um pouco porque o público usuário deste mercado possui algumas

peculiaridades. Além da própria segurança, item que deve estar presente em qualquer exploração de serviços, os elementos conforto e comodidade naturalmente devem acompanhar o desenvolvimento deste setor, cuja realização reclama igualmente por investimentos.

Como se mencionou ainda na introdução desta pesquisa, não obstante haver forte interesse privado na exploração de locais turísticos pelo país, a inexistência infraestrutura aeroportuária para receber passageiros é fator altamente desestimulante para o setor, dado que muitos desses potenciais turísticos estão afastados dos grandes aeroportos de capitais ou regionais, sem mencionar na precariedade da maioria dos acessos rodoviários brasileiros nesses locais de forte atração turística.

Assim, caso houvesse disponibilidade de infraestrutura aeroportuária para o acesso direto a estes locais, o setor ganharia forte impulso, atraindo também investimentos e empregos indiretos. Desse modo, é possível que empresários de um local turístico possam, por exemplo, querer formalizar parcerias para recebimento de voos regulares de passageiros num aeroporto próprio, já próximo à rede hoteleira, sem ficar dependente de outros aeroportos distantes, de rodovias em boas condições, de serviços de *transfer*, etc..

O setor desportivo, aqui falando dos aeroclubes, é outro setor que se tem verificado vários problemas entre tais entidades e o poder público delegatário (municípios convenientes, sobretudo). Isso porque normalmente quem assume a exploração de um aeródromo deve promover constantes ajustes à legislação do setor, altamente regulado, o que envolve recursos financeiros nem sempre disponíveis nessas administrações municipais para tal finalidade. Noutra giro, tais aeródromos são tão pouco utilizados pelas municipalidades que muitas questionam sua utilidade para a população local, face aos custos envolvidos. É como se os aeroclubes se beneficiassem de uma estrutura financiada pelos municípios.

Tal situação de conflito percebida entre municípios e aeroclubes poderia ser evitada se tais entidades pudessem figurar como autorizatários diretos da infraestrutura aeroportuária, isto é, desenvolver suas atividades sem depender do aval dos administradores públicos, promovendo melhorias e as adaptações necessárias nas instalações aeroportuárias.

Os exemplos acima mencionados nos setores da indústria, turismo e desportivo são apenas os exemplos mais comuns, que demandam com alguma

frequência modelos de exploração mais simples, como o da autorização. Contudo, pode-se imaginar que qualquer atividade que demande um transporte eficiente – seja para transportar pessoas, seja para o transporte cargueiro - pode ser beneficiária do modelo de exploração aeroportuária viabilizado por uma autorização.

Enquanto isso não ocorre, o que se verifica hoje é que quando estas infraestruturas aeroportuárias não estão sendo exploradas pelas modalidades legalmente existentes (direta ou indireta – concessão ou convênio), temos uma situação de exploração irregular, cujo maior problema é não permitir atrair investimentos voltados para a segurança e melhorias nas tecnologias de exploração.

Nesses casos, a inexistência de parte legitimada a responder pela relação jurídica - explorador “de direito”, poder público e aeródromo público - com os órgãos de regulação econômica acaba dificultando ou até mesmo impedindo a adoção de medidas de correção para aeródromos pendentes de algum tipo de regularização.

Em tais situações, nestes aeródromos mais simples, verifica-se com frequência a existência de uma estrutura física rudimentar, explorado “de fato” por alguém que não possui legitimação jurídica para responder às demandas de regulação do setor. Assim, a alegação do poder regulador é que, em não havendo um explorador “de direito” em determinados aeródromos, nega-se o atendimento a pleitos de fiscalização para homologação de novos equipamentos, isso quando não ocorre até mesmo a revogação da homologação pela ANAC para a operação de determinados aeródromos.

Nesses casos, onde não se verifica o interesse do poder público em assumir a administração dessas instalações (mediante as modalidades já estudadas), a única alternativa ao interessado seria socorrer-se de uma *autorização* da ANAC. Como a regulamentação do instituto ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro, muitos continuam explorando aeródromos públicos de forma irregular. De outro lado, a insegurança jurídica provocada pela inexistência de regulamentação afasta investimentos no setor. Tais aspectos demonstram a necessidade, utilidade e adequação do instituto da autorização para a exploração de infraestruturas aeroportuárias alcançadas por essas situações fáticas e jurídicas.

### **3.4. O modelo ideal**

Quando falamos aqui em “modelo ideal”, é preciso desde já alertar o risco desta afirmação. Isto porque – conforme mencionado ao longo do capítulo 3 – o mercado de aviação civil é tão dinâmico que poderá ser ideal para os dias de hoje, mas desatualizado para daqui a dez ou quinze anos.

O fato é que o setor aeroportuário é capaz de transformar de modo tão profundo uma economia local, regional ou até mesmo nacional que pode ser preciso rever o modelo, seja para retardar algum crescimento em prol do restabelecimento do equilíbrio do mercado, seja para impulsionar determinado setor.

Assim, a ressalva inicial neste item se faz necessária para dizer que modelo “ideal” hoje pode ser o modelo inadequado de amanhã.

Nesse sentido, o fato é que a lacuna hoje existente no setor - representada pela demanda de um modelo que não se enquadra nem na modalidade de exploração direta nem na de concessão - impede o desenvolvimento da malha aeroportuária, e, por conseguinte, o transporte regular de pessoas e cargas, o recolhimento de tributos, a criação de empregos as oportunidades de negócio, etc..

Com o intuito de promover o debate e sugerir um modelo de regulamentação dessa exploração, passamos a expor critérios mínimos que entendemos razoáveis para o desenvolvimento do setor, em sintonia com os modelos já existentes.

#### **3.4.1. Condições para a obtenção de uma autorização de exploração de infraestrutura aeroportuária**

Evidentemente, em apreço a princípios constitucionais básicos do Estado Democrático de Direito, é impossível pensar em autorizações totalmente discricionárias para a exploração de aeródromos públicos.

O estabelecimento de *condições objetivas* para a exploração aeroportuária via autorização do poder público traduz-se em dupla garantia: ao poder público saber que poderá, fundamentadamente, negar autorizações, e ao particular, que poderá exigí-las, inclusive judicialmente. Tais garantias são corolários do princípio da *segurança jurídica*.

Todavia, em razão da complexidade do setor e das mais variadas situações que poderá ensejar o controle estatal, haverá situações em que a regulamentação demandará *conceitos jurídicos indeterminados*, de forma a conceder algum nível de

controle discricionário, em prol da defesa da segurança e valores também constitucionalmente protegidos.

Assim, os critérios de obtenção de uma autorização devem, necessariamente, compreender condições *objetivas* e *subjetivas* de concessão. Esse modelo, como vimos, foi adotado pelas autorizações do setor de telecomunicações<sup>74</sup>.

No setor aeroportuário, aliás, a dificuldade em se depender tão somente de critérios objetivos para a concessão de uma autorização é ainda mais sensível. Isso porque a concessão de uma autorização para a exploração de infraestrutura aeroportuária atravessa pela análise de condicionantes naturais (relevo, vegetação, modelo urbanístico, existência de sítios aeroportuários próximos, etc.), de mercado, de segurança, de defesa aérea, dentre outros. Assim, não se dispensaria jamais nesse setor a análise de condicionantes discricionários (o que não dispensaria adequada fundamentação), mas sempre voltados à análise de sua concessão em confronto com o interesse público.

Destaca-se ainda que os condicionantes de segurança aeroportuária não deve variar conforme o modelo de exploração, seguindo padrões já regulamentados pela ANAC, não havendo outra alternativa senão manter, nesse setor, um modelo igual para qualquer tipo de exploração, conforme o porte e categoria dos aeródromos públicos.

---

<sup>74</sup>A Lei n.º 9.472/97 traz condições objetivas e subjetivas para a obtenção de autorização de serviço. Verifica-se, contudo, que o art. 132, inciso II, da LGT, dispõe como condição *objetiva* a “apresentação de projeto viável tecnicamente”, que, na verdade, impõe algum grau de subjetivismo nessa decisão pelo administrador, veja-se:

Art. 132. São **condições objetivas** para obtenção de autorização de serviço:

I - disponibilidade de radiofrequência necessária, no caso de serviços que a utilizem;

II - apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.

Art. 133. São **condições subjetivas** para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:

I - estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;

II - não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;

III - dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;

IV - não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.

Ante a esse cenário, podemos estabelecer algumas premissas iniciais para a concessão de autorizações de exploração da infraestrutura aeroportuária, conforme veremos a seguir.

**I. a exploração do aeródromo pode estar vocacionada ao atendimento a qualquer tipo de interesse público, jamais interesse exclusivamente particular.**

Como vimos no capítulo anterior, há forte resistência de grande parte da doutrina em admitir autorizações de serviço público, isso porque a maioria dos autores somente aceita a autorização para servir a interesse particular.

Toda aquela análise aqui se justifica para defender a tese de que não haveria impedimento constitucional para tanto, devendo apenas haver diferenciação do modelo, nos termos do regime a ser adotado<sup>75</sup>. Isso foi, aliás, o que foi feito pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT), onde se nota um interesse privado em uma das modalidades de exploração, embora mesmo assim este esteja voltado à prestação de um serviço fruível pelo público em geral.

Assim, para atender a uma necessidade local de receber um volume histórico limitado de passageiros ou cargas (voos regulares e aviação geral), o modelo público de exploração poderá subsistir, desde que, em nossa opinião: (a) não promova qualquer discriminação de tráfego; (b) obedeça a legislação em vigor (segurança, regras tarifárias, etc.); e, ainda, (c) obedeça às condições objetivas de exploração.

Ressalva-se que a não discriminação de tráfego aéreo em aeródromos públicos é uma imposição do CBA, nos termos do art. 37, podendo ser ou não tarifados, obedecidos sempre o teto estabelecido pela ANAC. Já os aeródromos privados jamais podem realizar exploração comercial, também por força do CBA, embora possam discriminar tráfego aéreo (art. 30, §2º).

Assim, o modelo de aeródromo autorizado que se deseja construir é aquele voltado para **atender interesse público (ainda que surgido pelo interesse privado de exploração), recebendo voos regulares ou da aviação geral, embora**

---

<sup>75</sup>Conforme destaca Sara Jane Leite de Farias: “*Posto isto, mister observar que, hoje, quando é feita alusão à prestação de serviço público mediante autorização, deve-se buscar a opção legislativa para aquele caso concreto, uma vez que pode existir autorização de serviço público discricionária ou vinculada, como forma de prestação do serviço em regime de direito público e em regime de direito privado*”. FARIAS, *Op. cit.*, p. 98.

**limitando o volume de passageiros e cargas**, de forma a não se tornar modelo equivalente e competitivo com o aeroporto concessionado.

Esse modelo, portanto, é incompatível com a exploração mediante a utilização de aeródromos *privados*, já que não podem discriminar tráfego aéreo, nem realizar exploração comercial (não podem cobrar tarifas, nem realizar qualquer atividade comercial vinculada).

Em face de tais condicionantes, a forma de diferenciar o modelo da autorização do modelo da concessão é, principalmente, limitar o tráfego de pessoas e cargas.

**II. a exploração de aeródromos públicos nas modalidades direta ou indireta (com exceção da modalidade de autorizações), deverá ter regime diferenciado de exploração dos aeroportos autorizados, mediante a imposição de maiores garantias ao usuários e deveres ao operador aeroportuário.**

Tal condicionante se faz necessário para garantir serviços mais sofisticados aos passageiros e companhias aéreas no regime de exploração direta pelo poder público ou por concessionários. Frise-se que a Lei nº 8.987/95 prevê uma série de exigências ao concessionário<sup>76</sup>, de forma que a contraprestação do poder concedente deve consistir na *segurança jurídica* necessária ao aporte de investimentos privados, na expectativa de que este promova qualidade na prestação de serviços com retorno lucrativo.

Assim, o autorizatário deverá também prestar serviços públicos com base em um rol mínimo de garantias ao usuário (segurança, eficiência, etc.), mas não ao ponto de ser obrigado a prover o *mesmo nível de serviços* de um aeroporto explorado nas modalidades mais complexas.

Desse modo, o modelo de exploração via autorização deverá se traduzir numa *exploração simplificada*, sem abrir mão da regulamentação mínima referente ao transporte adequado de pessoas e bens (inclusive no quesito segurança), mas limitado a um quantitativo que não ultrapasse os outros modelos

---

<sup>76</sup>Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a **prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários**, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º **Serviço adequado** é o que satisfaz as condições de **regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia** na sua prestação e **modicidade das tarifas**.

atuais de exploração, de forma a não tornar-se um modelo competitivo, com menor ônus de exploração.

**III. No modelo de exploração por autorização, haverá de se impor limites de operações de passageiros e de cargas, de forma a não se tornar modelo concorrente de aeroportos concessionados.**

Este é o ponto *fundamental* do modelo de exploração da infraestrutura aeroportuária mediante autorização. Isto porque somente através da imposição de uma limitação de tráfego de pessoas e cargas é que se poderá diferenciar o modelo de aeroporto *autorizado* do modelo de aeroporto *concessionado*, sem que um seja um modelo de exploração mais vantajoso do que o outro.

A dificuldade, porém, será estabelecer a exata medida dessa limitação, isto é, qual(quais) seria(m) o(s) quantitativo(s) ideal(is) de movimentação de passageiros e cargas para que o governo federal permita a exploração de um aeroporto pelo modelo de autorização?

Não podemos olvidar que tal medida tem como pano de fundo atingir exatamente aquelas diretrizes descritas no Plano Nacional de Aviação Civil – PNAC (item 4.3 deste Capítulo): promover a ampliação da disponibilidade aeroportuária, com vistas a aumentar a oferta de serviços de transporte aéreo; integrar a aviação civil com os setores do turismo e do comércio; estimular o investimento privado na construção de aeroportos; promover a participação da iniciativa privada na construção e exploração de aeroportos.

De qualquer modo, tais diretrizes precisam ser promovidas de forma equilibrada com os demais modelos de exploração de aeroportos, sob pena de se verificar exatamente o contrário: desequilíbrio e assimetrias no setor aeroportuário.

Ressalta-se, inclusive, um ponto importante e interessante para o crescimento do setor: no caso de um aeroporto autorizado crescer de forma exponencial, afastando-se dos limites de uma autorização, caberá ao poder público intervir, de forma a assegurar o equilíbrio da exploração do setor. Assim, futuramente, um aeroporto autorizado poderá vir a se tornar um aeroporto alvo de política pública de concessão, ou seja, caso o aeroporto autorizado se demonstre de elevada importância para o poder público, este poderá desapropriá-lo e explorá-lo direta ou indiretamente.

**IV. a concessão de autorização para aeroportos localizados em terrenos públicos pode ser gratuita ou onerosa, condicionada sempre ao chamamento público e, se for o caso, à licitação por critérios de técnica e preço.**

É possível que a infraestrutura aeroportuária se instale em terreno de domínio público ou privado. De qualquer forma, em ambos os casos, tais aeródromos estão afetados como bem público federal, nos termos do art. 38 do CBA<sup>77</sup>, enquanto mantida esta finalidade.

Neste último caso (imóvel *privado*), no modelo de autorização não haveria necessidade de se promover qualquer procedimento que visasse atender ao princípio constitucional da isonomia, pois o particular estaria a explorar atividade de interesse público, mas devidamente regulamentada e com recursos humanos e financeiros próprios, por sua conta e risco. Evidentemente, referido interesse passaria por análise e controle do poder público em relação aos requisitos objetivos e subjetivos de concessão (autorização vinculada).

Já no caso de aeródromos que se instalem em áreas *públicas*, haveria que se promover um procedimento que dê publicidade e igualdade de condições de exploração, em prol do princípio da isonomia. Nesses casos, é possível a realização de chamamento público para verificação de interessados e, em havendo, realizar-se certame licitatório com base em critérios de técnica e preço.

Nesses casos, tal como ocorre nas concessões, é possível até mesmo se cogitar algum *valor de outorga* para um aeroporto autorizado, caso este seja promissor para um volume de tráfego de pessoas e bens e já se encontre em condições ideais de exploração; caso contrário, isto é, se verifique a necessidade de se aportar investimentos para que a exploração dê resultados financeiros, é possível até mesmo ocorrer a chamada “outorga gratuita”, sem qualquer investimento privado, face ao risco do empreendimento que o investidor assumirá.

**V. O modelo de autorização de aeroportos deve ser vinculado a prazo de exploração, em prol da segurança jurídica.**

Como visto no item anterior, é possível que o autorizatário tenha que aportar recursos financeiros direcionados ao sucesso da exploração. Evidentemente,

---

<sup>77</sup>CBA, artigo 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”.

o que anima o investidor privado a se envolver com riscos empresariais é a potencial reversão destes em lucro.

Quando o investidor privado trava relações jurídicas com outras pessoas jurídicas de direito privado, ele tem a liberdade de negociar graus de risco do negócio, segundo as regras de direito privado.

Entretanto, quando o particular tem interesse na exploração de atividades relacionadas à prestação de serviços públicos, terá necessariamente como parceiro o próprio Estado, pessoa jurídica que atrai regras de direito público para essas relações.

De qualquer modo, sendo negócio jurídico de direito privado ou de direito público, o que atrai investimentos do setor privado na exploração de serviços públicos é justamente a segurança jurídica que o Estado Democrático de Direito garante e deve promover aos participantes do negócio.

Na exploração de serviços aeroportuários, evidentemente, não pode ser diferente.

Por mais simplificado que seja o futuro modelo de exploração aeroportuária via autorização do poder público, princípios constitucionais como o da legalidade, da impessoalidade e da segurança jurídica não podem estar afastados desse modelo.

Como é fácil depreender, somente mediante a presença dessas garantias pelo Estado é que faz com que o investidor privado se aventure nas relações negociais com o poder público. Desse modo, em se tratando de relações jurídicas que se protraem no tempo, a exploração aeroportuária poderá reverter positivamente ao interesse do particular somente após um determinado prazo, quando o balanço financeiro “investimento privado x receitas” começar a pender positivamente para este último, muitas vezes somente acontecido após longos períodos de exploração.

Assim, verifica-se que autorizações aeroportuárias desvinculadas de qualquer prazo de exploração garantido pelo poder público não se coadunam com a segurança jurídica necessária para o sucesso destes negócios.

Visto que a exploração aeroportuária não prescinde de um prazo garantido de exploração<sup>78</sup>, cumpre ainda asseverar que a encampação do serviço público não pode também ser dispensada, por razões de interesse público devidamente justificado, mediante pagamento de indenização.

Por fim, considerando-se que a distinção entre os modelos de exploração mediante *concessão* e *autorização* se mostra mais evidente no aspecto da limitação do desenvolvimento da atividade principal deste último, é possível conceber medidas semelhantes para as hipóteses de caducidade, intervenção, reversão e extinção dos termos de autorização de serviço público.

Tais premissas iniciais são a “pedra fundamental” de todo o modelo de exploração da infraestrutura aeroportuária mediante autorização. Isso porque este modelo deve ser concebido *em harmonia* com a exploração do setor mediante concessões, caracterizado por elevada regulação e sujeição a elevados investimentos públicos e privados.

Assim, o estabelecimento de limites no modelo de autorização de aeroportos se faz imperioso para permitir a sobrevivência dos grandes investimentos voltados aos grandes aeroportos do país. A autorização, portanto, deve recair somente em modelos de exploração mais simples, jamais se admitindo serem os aeroportos *autorizados* modelos *concorrenciais* com os aeroportos *concessionados*.

Nesse sentido, **uma das formas de se limitar o desenvolvimento desmedido dessas infraestruturas é atingir exatamente seu fluxo de pessoas e bens, razão de existir da atividade**<sup>79</sup>. Assim, ao se promover limites dessa natureza, garante-se a consecução das finalidades dos serviços autorizados – suprir lacunas de mercado onde grandes investimentos seriam *inviáveis* – sem promover a concorrência prejudicial com as atividades desenvolvidas sujeitas ao regime de concessão.

### 3.4.2. Classificação jurídica do modelo

---

<sup>78</sup>Evidentemente, não há abertura nem é o foco da presente pesquisa promover análises técnicas e sugerir prazos para a exploração aeroportuária mediante autorização.

<sup>79</sup>Verifica-se que a limitação da atividade do setor autorizado foi uma opção também do setor energético – Lei n.º 9.074/95, em que a atividade autorizada (produção de energia) foi limitada pelo potencial energético do produtor.

No item anterior, buscou-se demonstrar os contornos jurídicos e técnicos principais do modelo de exploração da infraestrutura aeroportuária mediante autorização. Com escólio nos estudos observados no capítulo 3, é possível agora classificar juridicamente o modelo descrito no item anterior, face às características apresentadas.

Em nosso sentir, pode-se classificar o modelo ideal de exploração da infraestrutura aeroportuária autorizada como sendo **unilateral, vinculada, declaratória, concedida para atender interesse público, submetida a regime jurídico de direito público de exploração.**

**Autorização unilateral.** Exploração qualificada pela delegação uniforme e unilateral do poder público, caracterizada pela remoção do obstáculo legal ou regulamentar para o exercício da atividade, que, se apresentada de outro modo, seria proibida. Não há espaço para negociar um modelo de exploração diferente a cada interessado dentro deste mesmo regime de exploração, em razão da necessidade de obedecer a modelos uniformes e padronizados.

**Autorização vinculada.** Como visto no capítulo anterior, autorizações vinculadas tiveram sua introdução no mundo jurídico com a publicação da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/97). O modelo de autorização vinculada, ao contrário da autorização discricionária, proporciona uma série de vantagens que se compatibilizam com o modelo de exploração reclamado pelo instituto da autorização aeroportuária: a) promove *segurança jurídica* necessária aos investimentos na exploração, dado que é conferida pelo poder público com base na *estabilidade* da relação jurídica, proporcionada pela fixação de condições, limites, prazos, etc.; b) permite uma adequação constante de seu conteúdo, com fundamento no interesse público.

**Autorização declaratória.** O ato que concede autorização pelo poder público é *declaratório* porque apenas *reconhece* o enquadramento de uma situação jurídica devidamente regulamentada, sujeita a deferência mediante o simples preenchimento dos condicionantes legais.

**Autorização concedida no interesse público.** Conforme mencionado alhures, a exploração de aeródromos públicos mediante autorização deverá ocorrer

para atender interesses públicos (aviação geral e regular), mesmo quando tais investimentos nasçam atraídos pelo interesse privado de exploração<sup>80</sup>.

**Regime jurídico de direito público.** Procuramos explicar que o modelo de autorização para a exploração da infraestrutura aeroportuária deve se revestir de garantias mínimas ao usuário e aos investidores privados, devendo o Estado figurar como agente garantidor da qualidade, do equilíbrio do sistema e do aperfeiçoamento dos serviços, mediante atos regulatórios.

Por outro lado, alertou-se também quanto à necessidade de se garantir essa exploração simplificada em convívio harmônico com os regimes de exploração mais complexos, sob pena de haver uma escolha natural do mercado pelo regime menos oneroso de exploração.

Nesse cenário, caso não seja adotado um regime público de exploração onde o Estado possa continuar mantendo o sistema segundo regras regulatórias mínimas, é possível que haja desequilíbrio indesejado no mercado, podendo o poder público ser chamado inclusive a reequilibrar contratos.

Assim, a exploração aeroportuária em regime de direito privado se demonstraria incompatível com os interesses públicos em jogo – seja com relação aos usuários do sistema, seja com relação aos seus investidores. Tais razões, portanto, repelem o regime privado de exploração, caracterizado pela liberdade econômica incabível no cenário atual de exploração aeroportuária.

### **3.5. O resultado esperado do modelo de exploração sugerido**

Após sugerir o modelo jurídico de exploração da infraestrutura aeroportuária mediante autorização, pretende-se alcançar alguns resultados positivos para o setor.

O primeiro deles é preencher a lacuna legal ainda existente quanto ao instituto da autorização da exploração aeroportuária, prevista como um modelo possível de ser adotado pela União, nos termos do art. 21, XII, “c” da CF/88; art. 36, IV do CBA; art. 6º, II e §2º da Lei n.º 12.379/2011 e art. 8º, XXIV da Lei n.º 11.182/2005.

---

<sup>80</sup>Necessário não confundir interesse privado com aeródromo privado, cujos conceitos não se confundem. Nesse sentido, ver Capítulo 2, item 2.2.1.

Nota-se que, a despeito de ser um instituto previsto desde o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986), a autorização para a exploração aeroportuária jamais foi objeto de estudos por parte do governo federal. Mesmo as sucessivas leis que remetem a tal modalidade de exploração, jamais houve qualquer detalhamento legal maior capaz de dar seus contornos jurídicos.

Todavia, afirmamos que, em razão das peculiaridades de alguns serviços públicos, é preciso que o modelo de exploração por autorização para alguns setores seja regulamentado de forma *sui generis*, concedendo *garantias mínimas* aos usuários e autorizatários, mas *limitando* o porte das atividades deste último.

Tais condicionantes se voltam para evitar práticas concorrenciais prejudiciais ao setor e o desvirtuando a finalidade do instituto, que se presta justamente para prover alternativas de gestão aeroportuárias menos complexas e voltadas ao preenchimento de alternativas de transporte para nichos de mercado específicos.

Assim, o modelo de autorização para a exploração aeroportuária, deveria assumir inegável natureza *vinculada*. Somente mediante este modelo, inspirado em regras de direito público, poderíamos atingir os resultados esperados com a regulamentação do instituto: a) preencher lacunas legislativas; b) descrever um modelo regulatório ideal e equilibrado para o setor; c) promover o aumento da disponibilidade aeroportuária; d) satisfazer interesses públicos vocacionados à exploração do turismo, indústria, comércio, dentre outros; e) promover o fluxo de pessoas e bens; f) contribuir para o progresso econômico e social do país.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa foi voltada à análise do instituto administrativo da *autorização*, em especial àquela prevista no artigo 21, XII, “c” da CF/88. Dispõe o citado dispositivo que compete à União explorar a infraestrutura aeroportuária, podendo, para tanto, dispor de tal modalidade para atribuir sua execução a terceiros, aqui denominados *autorizatórios*.

A pesquisa teve como pano de fundo a ausência de regulamentação do instituto da autorização para a exploração da infraestrutura aeroportuária que, a despeito de sua previsão no ordenamento jurídico datar de 1986 (art. 36, IV da Lei n.º 7.565/86 – Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA), jamais foi alvo de regulamentação pelo poder público.

Trata-se, portanto, de lacuna legislativa de mais de vinte e cinco anos. Ante a essa omissão legislativa, o setor vem sendo atualmente explorado nos *modelos tradicionais* pela própria União, pelos Estados e Municípios (que atuam como delegatários por instrumentos chamados *Convênios*), e, por fim, pelos concessionários dessa atividade.

Nesse diapasão, referida omissão vem repercutindo de forma bastante significativa no âmbito da aviação civil, notadamente em razão da *demandas por modelos mais simplificados* de exploração aeroportuária para suprir carências do setor de turismo, indústria, comércio, dentre outros.

Deveras, viu-se ao longo do trabalho que as modalidades de exploração atualmente regulamentadas não se compatibilizam com as necessidades mais *simplificadas* de exploração aeroportuária desses setores, porque se atrelam a modelos caracterizados por alto custo, forte demanda por passageiros e cargas, elevados investimentos, complexo sistema de relações jurídicas, etc.. Por tais motivos, os modelos de concessões aeroportuárias jamais seriam economicamente viáveis para explorações voltados a interesses menores dos setores alhures mencionados.

Desse modo, a regulamentação do instituto da autorização para a exploração da infraestrutura aeroportuária permitiria suprir com perfeição às necessidades desses setores, promovendo o aumento da disponibilidade dessas infraestruturas e do fluxo de pessoas e bens, novas oportunidades de investimento, o aumento da oferta de serviços de transporte aéreo e a abertura de outros novos, a

criação de empregos diretos e indiretos, o provimento de novas infraestruturas de intermodalidade de transportes, o desenvolvimento de incentivos regulatórios para aperfeiçoar a demanda e os serviços de transporte aéreo, a promoção da concorrência no setor, a participação da iniciativa privada na exploração de aeródromos, dentre vários outros aspectos.

Demonstradas as externalidades positivas e justificadas as necessidades do setor por um modelo mais simplificado de exploração, a autorização de serviços prevista no art. 21, XII, “c” da CF/88 apresenta-se como um modelo profundamente interessante para atender a essa demanda, graças à sua flexibilidade, característica já demonstrada na regulamentação de vários outros serviços autorizados (portos, telecomunicações, energia elétrica, etc.).

Verificou-se, ademais, que o setor aeroportuário reclama algumas condições especiais para que a iniciativa privada seja atraída pela possibilidade de prestar serviços com potencialidade de lucro.

Nesse sentido, constatou-se que os conceitos tradicionalmente concedidos pela doutrina ao instituto da autorização não atenderiam a contento as necessidades do modelo de exploração aeroportuária, haja vista que a “discricionariedade” e a “precariedade” da relação jurídica, características normalmente concedidas pela citada doutrina ao instituto, não se compatibiliza com os elevados investimentos necessários para que o setor privado seja atraído pelo desenvolvimento da atividade.

Todavia, foram encontrados alguns estudos mais modernos que conferem novos contornos ao instituto da autorização. Esse novo formato não vê problemas em incorporar alguma *vinculação objetiva* à *discricionariedade* na autorização do serviço, bem como substituir a *precariedade* pela *segurança jurídica* necessária para a exploração de determinados setores. Essa formatação, que se revela totalmente inovadora ao instituto da autorização de serviços de interesse público, demonstra ser mais compatível com as necessidades de exploração de alguns setores, inclusive o da infraestrutura aeroportuária.

Isso porque não há como conciliar a discricionariedade administrativa e uma relação jurídica marcada pela precariedade com os elevados custos que devem ser suportados pela iniciativa privada nestes investimentos, de forma que alguma *segurança jurídica* precisa - inarredavelmente - ser conferida aos agentes privados,

com vistas a poder contar com um rol mínimo de garantias, voltadas principalmente às eventuais amortizações de custos.

Ante a necessidade de releitura do instituto, buscou-se advogar a tese da *autorização vinculada*, modalidade de consentimento do poder público concedido ao particular, caracterizada pela previsão de condicionantes objetivos e subjetivos, pela estabilidade da relação jurídica e pela concessão unilateral pelo poder público, uma vez atendidos os requisitos para a concessão.

Ademais, construiu-se a ideia de que o regime jurídico deve ser necessariamente público, uma vez que os serviços de exploração aeroportuária recebem elevada regulamentação federal, dada a importância e complexidade do setor. Assim, um regime privado de exploração não se compatibilizaria com o regime atual, que, se fosse introduzido no setor, poderia ocasionar assimetrias concorrenciais indesejáveis, colocando em risco todo o sistema de exploração aeroportuária.

Além disso, a formatação de um regime público de exploração pode ser marcada pela regulação especial, setORIZADA, voltada ao atendimento de uma finalidade específica, como foi demonstrado. Desse modo, é possível pensar-se num modelo moderno de exploração, que seja incentivador da atividade, mas que também tenha a exata medida dos *limites* que devam ser impostos.

Nessa linha, restou demonstrado que a adequada regulação da atividade principal de uma autorização seria o ponto de destaque de um modelo ideal, de forma que o equilíbrio necessário em todo o sistema possa ser garantido exatamente com o *tamanho do serviço* que se pretende autorizar para um determinado setor.

Desse modo, caso o serviço autorizado cresça exponencialmente, com potencial possibilidade de ultrapassar os limites indicados em regulamento para uma autorização, tal situação passa a atrair a atenção da União, sendo possível inclusive a desapropriação da infraestrutura aeroportuária.

Assim, ao que tudo fora exposto ao longo desta pesquisa, procurou-se difundir as premissas doutrinárias básicas segundo as quais se entende serem indispensáveis para a regulamentação do instituto da *autorização da infraestrutura aeroportuária*, de forma a demonstrar - em que pese a forte resistência de vários doutrinadores - a possibilidade, a adequação e a necessidade desse modelo para o

desenvolvimento da aviação civil brasileira, preenchendo a lacuna legislativa de mais de vinte e cinco anos para o setor aeroportuário.

## REFERÊNCIAS

Infraestrutura Aeroportuária. Disponível em [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf)

Estudo Consultoria McKinsey&Company. Disponível em [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario\\_executivo.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf)

PACHECO, José da Silva. Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHENOT, B. L'Existencialisme et leDroit, inRevue Française de Science Politique, 1953.

POMPEU. Cid Tomanik. Autorização Administrativa. 3ª ed. Revisão., atual., eampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NATTINI, Angello. Il negozio autorizativo. RivistadeiDirittoCommerciale e delDirittoGenerale e delleObligazioni, n° 10, part e 1, Milano, Vallardi, 1912.

VIGNOCCHI, Gustavo. La natura giuridicadell' autrizazioneamministrativa. Padova: Cedam, 1944.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1993.

MARQUESNETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. Direito Administrativo Econômico. Carlos Ari Sundfeld (Org.). São Paulo: Malheiros, 2002.