

# OS CONTRATOS DE CONCESSÃO AEROPORTUÁRIA SOB A ÓTICA DA TEORIA DA INCOMPLETUDE CONTRATUAL<sup>1</sup>

Cleso da Fonseca

Sumário: 1. Introdução. Incompletude contratual e controle residual em ambientes multirregulados. 2. O novo modelo de exploração aeroportuária brasileiro. O contrato de concessão e o ambiente regulatório. 3. Os contratos de concessão aeroportuária sob a ótica da teoria do contrato incompleto. O quadro de controle residual disperso. Potenciais de convergência eficiente entre contrato e ambiente regulatório. 4. Primeiras conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo realizar uma primeira análise dos contratos de concessão aeroportuária no Brasil sob a ótica da teoria da incompletude contratual. A partir da ideia de *controle residual*, nos termos de Hart, propõe-se uma análise de um aspecto relevante dos contratos de concessão, que é a sua ampla interação com o ambiente regulatório, espaço em que encontramos um quadro de dispersão dos *poderes residuais* de completamento do contrato entre diversas instituições públicas. Para esse exercício investigativo, foi realizada a análise empírica dos contratos de concessão aeroportuária celebrados no Brasil, no ano de 2012, relativos a três grandes aeroportos: Guarulhos-SP, Viracopos-SP e Brasília-DF. A partir do exame de casos e sob a ótica da teoria da incompletude contratual, a abordagem proposta busca uma aplicação concreta de conceitos

---

<sup>1</sup> O presente artigo corresponde a relatório apresentado na Disciplina Seminário de Investigação em Análise Económica do Direito, sob a regência do Professor Doutor Fernando Araújo e da Professora Doutora Paula Vaz Freire, no Programa de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

relacionados à qualidade regulatória, fundamentais para a melhoria do ambiente de negócios associado aos investimentos em infraestrutura. Busca, ainda, uma convergência entre as perspectivas publicistas, que partem do ambiente regulatório com as posturas privatísticas, que partem do contrato.

**Palavras-Chave:** Contratos públicos, teoria da incompletude contratual, controle residual, regulação, coerência regulatória, concessões, aeroportos.

**Abstract:** This paper aims to develop a first analysis of airport concession contracts in Brazil from the perspective of the theory of contractual incompleteness. From the idea of residual control, in Hart's terms, we propose an analysis of a relevant aspect of concession contracts, which is their broad interaction with the regulatory environment, a space in which we find a framework of dispersion of the residual powers of completion of the contract between several public institutions. For this investigative exercise, the empirical analysis of the airport concession agreements signed in Brazil in 2012, related to three major airports: Guarulhos-SP, Viracopos-SP and Brasília-DF. From the examination of cases and from the perspective of the theory of contractual incompleteness, the proposed approach seeks a concrete application of concepts related to regulatory quality, fundamental for improving the business environment associated with infrastructure investments. It also seeks a convergence between the publicist perspectives, which depart from the regulatory environment with the privatist postures, which depart from the contract.

**Keywords:** Public procurement, contractual incompleteness theory, residual control, regulation, regulatory coherence, concessions, airports.

## 1. INTRODUÇÃO. INCOMPLETUDE CONTRATUAL E CONTROLE RESIDUAL EM AMBIENTES MULTIRREGULADOS



liver Hart, em estudo que retoma a questão da incompletude contratual, coloca uma pergunta elementar e de simplicidade apenas aparente: “quem tem o direito de decidir sobre as coisas que faltam?” Essa prerrogativa decisória é por ele designada como “controle residual ou direito de decisão.”<sup>2</sup> Tal questionamento evidencia desde logo uma das distinções da abordagem baseada na teoria da incompletude contratual em relação às teorias tradicionais sobre o contrato, ou mais precisamente, nas abordagens que assumem como premissa a completude contratual.

De facto, o ponto de partida da visão tradicional seria a crença na viabilidade de tratar *ex ante* todas as contingências futuras, o que se somaria a uma certa negligência ou displicência em relação à fase de execução e governança contratual.<sup>3</sup> Dentre outras fragilidades decorrentes da ilusão da completude – como a desconsideração de aspetos de eficiência, dos incentivos produzidos em cada desenho contratual e dos custos de transação envolvidos –, a visão tradicional ignora a questão fundamental relativa à distribuição do poder de barganha entre as partes,<sup>4</sup> fundamental para a dinâmica relacional estabelecida no contrato. Na abordagem tradicional, assumida a premissa da completude, o referido poder de controle residual seria irrelevante, “uma vez que todas as decisões são especificadas no contrato.”<sup>5</sup>

Em linha similar, a explicar a negligência ou mesmo

---

<sup>2</sup> HART (2017), 1732.

<sup>3</sup> AL-NAJJAR (1995), 432; ARAÚJO (2007), 158.

<sup>4</sup> HART (2017), 1742.

<sup>5</sup> HART (2017), 1740.

um “papel menor” conferido pelas teorias tradicionais à teoria da incompletude, Al-Najjar aponta uma lacuna nas primeiras em relação ao processo de *enforcement* e de governança relativa à execução dos contratos. Assim, ao limitar seus esforços ao contrato escrito e naquilo que nesse estaria explicitamente clausulado como um “único método de governança”, restariam ignorados outros instrumentos de governança,<sup>6</sup> ou ainda, ao papel do contrato incompleto como uma ponte para outras formas de governo.<sup>7</sup>

A partir dos questionamentos desenvolvidos no âmbito da teoria da incompletude contratual e do conceito de *controle residual*, o presente estudo tem por objetivo realizar uma primeira análise dos contratos públicos de concessão de aeroportos no Brasil. Cabe lembrar que, a partir de 2011, estes contratos são o elemento novo no sistema aeroportuário brasileiro. Após sucessivas rodadas de leilões, de um modelo baseado na intervenção estatal direta do Estado por meio de uma empresa pública monopolista, a Infraero,<sup>8</sup> consolida-se e passa a ser dominante um sistema em que grandes aeroportos em todas as regiões do Brasil passam a ser explorados sob a regência de um contrato de concessão, nos termos da Lei Federal n. 8.987, de 1995 (conhecida como Lei de Concessões).<sup>9</sup> Observadas as características monopolistas da exploração aeroportuária, as questões relacionadas ao desenho e à governança contratual, junto à intervenção regulatória, afiguram-se essenciais para o sucesso do novo modelo.

Inicialmente, podemos identificar três dimensões relevantes para análise do ambiente jurídico em que se inserem as concessões aeroportuárias: (1) a dimensão contratual, formalizada nos instrumentos firmados entre a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e os concessionários,

---

<sup>6</sup> AL-NAJJAR (1995), 432.

<sup>7</sup> ARAÚJO (2007), 154.

<sup>8</sup> <http://www4.infraero.gov.br/>

<sup>9</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)

disciplina jurídica imediata da relação entre o Estado e a iniciativa privada; (2) o ambiente regulatório setorial, composto por um expressivo volume de atos que disciplinam a atividade aeroportuária,<sup>10</sup> em especial as inúmeras normas setoriais produzidas pela própria ANAC, voltadas a lidar com os aspectos técnicos e econômicos da atividade aeroportuária; (3) e o regime regulatório,<sup>11</sup> a incluir o universo de normas produzidas pelo legislador primário e que regem a própria atividade da referida Agência Reguladora. Neste último, que seria uma espécie de ambiente regulatório em sentido *lato*, consideramos ainda as normas e os atos estatais praticados por outros órgãos e entidades públicas.

A partir da teoria da incompletude contratual e do referido conceito de controle residual, em termos exploratórios, propõe-se uma primeira análise dos efeitos de um ambiente de intervenção regulatória caracterizado pela complexidade e fragmentação, a ensejar o que pode ser designado como um *controle residual fragmentário, ou disperso*. Em outros termos, no contexto do processo de *completamento* do contrato de concessão e de incidência da hétéro-disciplina, cabe analisar a questão da qualidade governança contratual e da coerência das intervenções regulatórias do Estado, e impactos específicos desses elementos na execução do contrato.

Ou seja, o enfoque proposto envolve, identificar as falhas verificadas tanto no desenho contratual quanto no regime regulatório e na ação regulatória e seus específicos impactos na execução contratual.<sup>12</sup> Busca-se, assim, explorar a potencial convergência entre as investigações relativas à teoria do contrato e da sua incompletude e o conjunto de

---

<sup>10</sup> A expressão “ambiente regulatório” é aqui utilizada em termos amplos, e abrange os atos normativos de diferentes níveis (leis, decretos e atos de regulação), além dos atos administrativos de *enforcement*.

<sup>11</sup> AZEVEDO (2017), 66.

<sup>12</sup> AZEVEDO (2017), 66 e ss.

investigações desenvolvidas no âmbito da teoria regulatória. Para essa potencial convergência, podemos identificar desenvolvimentos doutrinários relevantes tanto na Teoria dos Contratos quanto na Teoria Regulatória.<sup>13</sup>

No âmbito da Teoria Económica do Contrato, vale destacar a perspectiva “normativa”, com ênfase no papel da ordem jurídica em tutelar o vínculo obrigacional materializado no contrato, ou ainda, ao papel atribuído ao Estado de “regular os contratos em seu inacabamento.”<sup>14</sup> Conforme destaca a doutrina, no contexto da *teoria normativa*, três grandes valores de eficiência estariam associados ao processo de contratação: (1) a gestão de riscos; (2) o alinhamento dos incentivos; e (3) a redução dos custos de transação.<sup>15</sup> Segundo Fernando Araújo, o desenho contratual e o resultado da interpretação deste “dependerão da predominância de algum desses objetivos no quadro de cada contrato.”<sup>16</sup>

Nessa linha de pensamento, afigura-se promissor analisar, por exemplo, o desenho contratual envolvido na concessão de infraestrutura aeroportuária, a alocação de riscos ali estabelecida, e as relações entre o clausulado e o ambiente regulatório sob a ótica dos referidos valores de eficiência. Um exemplo disto seria a análise da relação entre as deficiências regulatórias em termos gerais e o aumento dos custos de transação, ou ainda, os efeitos de uma titularidade dos poderes residuais dispersa e sem coerência no aumento de impostos e na elevação dos custos de gestão ou de governo, incluídos os custos na especificação da forma de partilhar e

---

<sup>13</sup> O ponto de principal referência neste estudo é o elemento contratual. A perspectiva estritamente regulatória foi objeto de análise em relatório desenvolvido para a disciplina Seminário de Investigação de Políticas Públicas e Governação.

<sup>14</sup> ARAÚJO (2007), 105, e ss.

<sup>15</sup> ARAÚJO (2007), 106.

<sup>16</sup> ARAÚJO (2007), 107.

gerir riscos,<sup>17</sup> substrato fundamental para a modelagem da matriz de riscos. Cabe também lembrar, por sua relação com este ponto, a relevância do elemento *confiança* para a vida contratual, e sua especial relação com a disponibilidade de informações pelas partes, e ainda, como fator determinante para a redução dos custos de transação.<sup>18</sup>

No âmbito da Teoria Regulatória o tema igualmente assume relevância, valendo lembrar que o próprio direito supletivo também possui características de incompletude<sup>19</sup> e fragmentação. Neste último sentido, a doutrina aponta para fragmentação do exercício dos poderes regulatórios e sua dispersão entre distintos atores, públicos e privados, e dentro do próprio Estado.<sup>20</sup> Na presente análise, a ênfase incide na coerência interna do ambiente regulatório, ou mais especificamente, do conjunto de normas que distribuem parcelas o referido *poder residual*.

A existência de distintos ambientes “em que a regulação se processa,”<sup>21</sup> as dificuldades de articulação entre entidades reguladoras setoriais e outros órgãos e entidades estatais e os seus efeitos nas atividades de exploração de infraestrutura não é ignorada pela doutrina. Além das áreas de potencial interação ou mesmo de atuação sobreposta de distintas agências setoriais especializadas, a questão também se coloca no caso de organizações estatais de tutela de interesses gerais com características de transversalidade (defesa da concorrência e do meio ambiente, por exemplo). O problema se amplia quando consideramos a falta de definição clara das fronteiras e dos mecanismos de articulação entre a atividade de formulação de políticas públicas e a atividade

---

<sup>17</sup> ARAÚJO (2007), 150.

<sup>18</sup> MACKAAY e ROUSSEAU (2015), 430 e ss.

<sup>19</sup> MACKAAY e ROUSSEAU (2015), 421.

<sup>20</sup> BLACK (2001), 108.

<sup>21</sup> AZEVEDO (2017), 70.

regulatória.<sup>22</sup> Não é sem razão que a doutrina aponta a existência, nesse campo, de um autêntico vácuo legislativo, e a necessidade de criação de instâncias de integração e de processos de articulação entre as instituições públicas.<sup>23</sup>

Em resumo, a partir das contribuições da teoria da incompletude dos contratos, a análise dos contratos de concessão e suas interações com o ambiente regulatório – espaço em que o referido poder residual do Estado está distribuído de um modo amplo e fragmentado – apresenta-se como relevante e com um potencial investigativo capaz de indicar novas abordagens em relação ao desenho e à governança eficiente de tais contratos.

De um modo inicial, busca-se colocar luz nos contratos de concessão aeroportuária a partir dos referidos questionamentos básicos quanto ao referido poder residual, com enfoque na problematização quanto às interações do contrato com o ambiente regulatório. Considerados os poderes específicos que o Estado brasileiro e suas unidades administrativas possuem e que são relevantes para a execução de um contrato complexo, de longo prazo, e com um extenso e heterogêneo<sup>24</sup> panorama de contingências, é necessário compreender que poderes são estes, quem efetivamente os exerce e como os exerce, os incentivos existentes, e ainda, como isto pode impactar em termos de custos – em um sentido amplo, a abranger custos de informação, de transação e de governança – e de eficiência na execução do contrato. Estes são apenas alguns dos pontos que merecem melhor consideração da doutrina, em perspectiva que claramente se afasta da possibilidade prática de completude dos contratos.

---

<sup>22</sup> MARQUES NETO (2005), 92 e ss.

<sup>23</sup> MARQUES NETO (2005), 135.

<sup>24</sup> No caso, a “heterogeneidade de contingências” explica que “muitas situações da vida tornarão inevitáveis as estipulações contratuais complexas, bastando pensar-se em casos de elevado número e heterogeneidade de contingências que dependa a onerosidade contratual”, ARAÚJO (2007), 191.



Por fim, algumas ressalvas. O presente estudo não se propõe a avançar na discussão tradicional sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou, mais especificamente, na tradicional teoria da imprevisão, cujas limitações para lidar com a dinâmica dos contratos de concessão têm sido indicadas pela doutrina.<sup>25</sup> Tal ressalva não exclui a relevância do tema e a necessidade de seu enfrentamento. Entretanto, o que se pretende aqui, a partir da teoria econômica do contrato, é colocar luz a um conjunto de questões que tem ficado “invisíveis” ou que são negligenciadas nos debates acadêmicos no âmbito do Direito Público e das análises tradicionais dos contratos administrativos, ou ainda, na realidade prática de modelagem e gestão de contratos públicos de concessão, apesar de possuírem impacto na eficiência destes, sejam ou não enquadráveis nos critérios que atualmente ensejam o reequilíbrio econômico-financeiro.

## 2. O NOVO MODELO DE EXPLORAÇÃO AEROPORTUÁRIA BRASILEIRO. O CONTRATO DE CONCESSÃO E O AMBIENTE REGULATÓRIO.

O debate público sobre o papel do Estado no domínio econômico, no Brasil, em especial nas décadas seguintes à Constituição de 1988, por vezes é pontuado por simplificações, visões dicotômicas ou puramente maniqueístas. De um lado, a defesa da manutenção ou mesmo ampliação da intervenção direta do Estado na economia, a partir da premissa de que a exploração estatal de alguma atividade seria um sinônimo de garantia do interesse coletivo. No extremo oposto, as visões que assumem a inadequação e a ineficiência da atuação do Estado em toda e qualquer atividade econômica, com postulações de uma limitação mais ampla dos poderes de intervenção econômica pelo Estado. Essas duas

---

<sup>25</sup> ARAGÃO (2013), 56.

visões extremas não encontram respaldo na realidade fáctica ou no sistema jurídico brasileiro, não alcançam de modo crítico os pormenores e o amplo espectro de questões associadas ao tema e, por fim, não oferecem resposta para os problemas envolvidos em qualquer que seja a opção adotada.

Diante dessa temática, propõe-se neste trabalho um primeiro exercício investigativo a partir da utilização das ferramentas oferecidas pela Análise Económica do Direito e, especificamente, pela Teoria Económica dos Contratos, haja vista o processo de contratualização envolvido nas desestatizações em geral.

De facto, a partir de um processo evolutivo da intervenção do Estado na economia observado a partir do século XVIII, e sua singular expansão no século XX (com a consolidação do conceito de *Welfare State*), chega-se aos processos de liberalização e desestatização iniciados na década de 1970, com destaque para a busca de soluções de carácter contratual em relação ao exercício das funções estatais e da prestação de serviços públicos.<sup>26</sup> Os debates sobre os distintos modelos não perdem a sua atualidade e muitas vezes seguem, como exposto, um caminho dicotômico incapaz de oferecer respostas adequadas e baseadas em evidências empíricas.

Em sentido inverso, a partir das teorias económicas, a questão básica sobre a conveniência de o Estado conduzir diretamente ou privatizar determinada atividade (questão semelhante à que surge na fronteira entre a verticalização das firmas ou a busca de soluções no contrato), pode ser analisada empiricamente, com a análise concreta das experiências postas, onde a resposta sobre delegar ou não determinada atividade (considerada pública, o que por si só já pode ser objeto de debates) à iniciativa privada ganha a sua devida complexidade. Não é sem razão que Hart propugna a abordagem do tema em termos de eficiência, e não a partir de

---

<sup>26</sup> ARAÚJO (2007), 90.

visões ideológicas pré-concebidas.<sup>27</sup>

No Brasil, as balizas jurídicas para esse debate foram fixadas no extenso texto da Constituição (CRFB),<sup>28</sup> conforme consta em seu Título VII, que cuida da Ordem Económica e Financeira. Tais parâmetros constitucionais, longe das posições extremas ou das referidas simplificações, consagram a propriedade privada e a livre iniciativa, sem prejuízo do seu convívio com outros valores como o trabalho, a defesa da concorrência, a proteção ao consumidor e ao meio ambiente, dentre outros.

Ademais, no que toca especificamente à intervenção *direta* do Estado na vida económica, prevê a Carta Constitucional, em seu art. 173, que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade económica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” Ou ainda, no seu art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade económica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

E ainda, especificamente para o caso dos serviços públicos, em seu art. 175, determina a Constituição que “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.”

Os termos relativamente abertos, característicos das normas constitucionais, a demandar um processo de concretização nas fontes normativas inferiores, podem contribuir para afastar as referidas visões dicotómicas e simplificadoras do problema – ao menos é esta a leitura aqui proposta. Não

---

<sup>27</sup> Um exemplo claro disto é colhido na experiência de privatização de presídios, função usualmente associada ao Estado. Vide HART (2017), 1741.

<sup>28</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

há, perante o texto constitucional, e nem na legislação infraconstitucional, um compromisso pétreo do Estado brasileiro com um modelo baseado na explora o estatal direta de atividades econ micas (nem para os chamados serviços públicos, como se v  no art. 175), nem uma presun o de que essa explora o direta representa, de modo automático, a preserva o do interesse público. Por outro lado, ainda que a partir de termos gerais, vale lembrar que a Constitui o impõe, para as atividades econ micas em geral, justificativas específicas para a interven o estatal direta (art. 173).

No caso dos chamados serviços públicos, por sua vez, diante do teor do art. 175, observa-se uma liberdade conferida ao Estado quanto   explora o direta ou por meio de um regime de concessão ou permissão.   nesse espaço de indefini o que as disputas ideológicas e críticas aos processos de desestatiza o tem se apresentado nas últimas três décadas. E no mesmo espaço afigura-se promissor um livre e permanente debate quanto às escolhas feitas pelo Estado quanto ao modelo de explora o dos serviços constitucionalmente definidos como públicos, sem partir da premissa de que uma determinada op o seja, em termos definitivos, imune   crítica.

Não se pretende, no âmbito deste estudo, avançar na discussão quanto aos fundamentos políticos que forjaram os dispositivos constitucionais sobre a ordem econ mica. No caso dos serviços públicos – considerado o objeto da presente análise, as concessões aeroportuárias (art. 21, XII, “c”, da CRFB) – o que se pretende   destacar o facto de que, aos olhos do sistema constitucional brasileiro, a pergunta sobre a adequa o ou não da desestatiza o de determinada atividade econ mica não   compatível com perguntas ou respostas simplificadoras, nem alheia ao princípio da eficiência, que no Brasil tem previsão constitucional (art. 37). Ao contrário, tendo em vista o atendimento aos ditames

constitucionais da ordem económica (mas não só), tal questão demanda uma análise mais complexa do ambiente regulatório e, no caso de delegação da atividade à iniciativa privada, dos instrumentos contratuais específicos, sem isentar de crítica qualquer que seja o modelo adotado, tanto em abstrato quanto em sua execução. Outro aspeto fundamental se refere à conformação desse regime constitucional no âmbito legislativo, em especial na Lei n. 8.987, de 1995 (Lei de Concessões), também a incorporar expressamente o valor da eficiência económica,<sup>29</sup> de modo a que é razoável adotar a premissa que tal valor deve ganhar expressão efetiva nas contratações previstas em tal diploma normativo.

No caso dos aeroportos, a partir de 2011, a decisão do Estado brasileiro no sentido de se avançar em um processo amplo de concessões ganhou forma por meio de sucessivos leilões, o que resulta na delegação à iniciativa privada de um número expressivo de aeroportos em todas as regiões do Brasil. Resulta, ademais, em um conjunto de contratos de concessão que estabelecem as balizas jurídicas imediatas para uma atividade de exploração aeroportuária que durará por cerca de duas ou três décadas.

Sem desconsiderar a complexidade do sistema aeroportuário brasileiro, onde podemos encontrar resultados positivos, do ponto de vista do desempenho operacional,<sup>30</sup> tanto

---

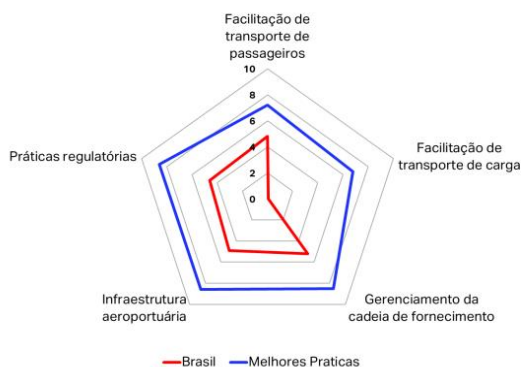
<sup>29</sup> Lei n. 8.987, de 1995. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)  
Cf.: “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta 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. (...)”

<sup>30</sup> Sobre a perspectiva de eficiência aeroportuária, cabe observar a escassez de estudos empíricos sobre o tema e, especificamente, de estudos comparativos sobre modelos de exploração estatal e exploração privada. Não há, ademais, consenso sobre o conceito de eficiência aplicado a aeroportos. Sobre as distintas abordagens possíveis para o conceito de eficiência aplicado a aeroportos, e também para uma visão geral dos estudos de referência sobre eficiência aeroportuária, recomenda-se: PÉRICO, A. E.; SANTANA, N. B.; CAPELATO, E. (2015), 83-96.

em aeroportos ainda explorados pela Infraero quanto em aeroportos que já se encontram sob o regime de concessão,<sup>31</sup> o facto é que ainda há desafios relevantes a serem enfrentados. Um bom exemplo disto é a questão da logística de transporte de cargas, uma fragilidade que a rigor se apresenta em todos os modais de transporte no Brasil, com impactos diretos na atividade económica.

Nesse sentido, observa a IATA: “Com relação à facilitação do transporte de carga, o Brasil está em último lugar, não apenas entre os países da região, mas entre todos os países do índice. Esse pilar de facilitação do transporte de cargas avalia a simplicidade e a eficiência dos processos de envio de carga aérea. Claramente, o fraco desempenho do Brasil nessa área é um obstáculo à realização de negócios dos exportadores brasileiros.” Graficamente, tal situação é assim representada pela IATA:

Figura 9: Competitividade regulatória segundo indicadores.



Fonte: IATA Economics

<sup>31</sup> Um dos estudos oficiais que merecem menção é o Relatório de Desempenho Operacional de Aeroportos, realizado sob a supervisão do Ministério da Infraestrutura. Note-se que aqui é a coleta e análise de dados a partir da visão dos passageiros usuários da infraestrutura aeroportuária: [https://www.infraestrutura.gov.br/images/AVIA-CAO\\_CIVIL/PESQUISA\\_SATISFACAO/2019/1T/Relatorio-trimestral---1-Tri-2019---GERAL.pdf](https://www.infraestrutura.gov.br/images/AVIA-CAO_CIVIL/PESQUISA_SATISFACAO/2019/1T/Relatorio-trimestral---1-Tri-2019---GERAL.pdf)

A baixa eficiência da infraestrutura e da logística de transportes usualmente é apontada como uma das fragilidades que afetam a competitividade da economia brasileira. Cabe anotar que dentro do universo de atividades que integram o conceito de logística, os custos associados ao transporte representam a maior parcela. E é nos elevados custos da atividade de transporte em que o Brasil se diferencia negativamente em relação a outros países com características semelhantes e considerados como referência em logística.<sup>32</sup>

Tal realidade pode ser associada aos três modais de transportes: terrestre, aquaviário e aéreo. Sem a pretensão de identificar todos os elementos que levam a tal quadro, cabe colocar luz em um aspecto que se mostra relevante para esse debate, qual seja, a coerência e a articulação das instituições públicas que compõem o ambiente regulatório incidente sobre o setor aeroportuário, e especialmente, considerado o novo cenário da exploração aeroportuária no Brasil, como esses elementos do ambiente regulatório se expressam e interferem na execução eficiente dos contratos de concessão.

Como exposto, o setor aeroportuário brasileiro, que há décadas se baseava na atuação de uma grande empresa estatal,<sup>33</sup> com atuação em todo o território nacional, com uma rede de mais de sessenta aeroportos, passou a ser objeto de um amplo processo de desestatização a partir do ano de 2011. Dentre os antecedentes que marcam este processo, pode ser destacado o aumento extraordinário da demanda por serviços aéreos na primeira década deste século,<sup>34</sup> sem que houvesse uma resposta adequada do modelo anterior, de exploração estatal direta da infraestrutura aeroportuária. O gráfico abaixo evidencia esse processo de expansão de demanda:<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> FUMAGALLI e MARKOSKI (2012), 139.

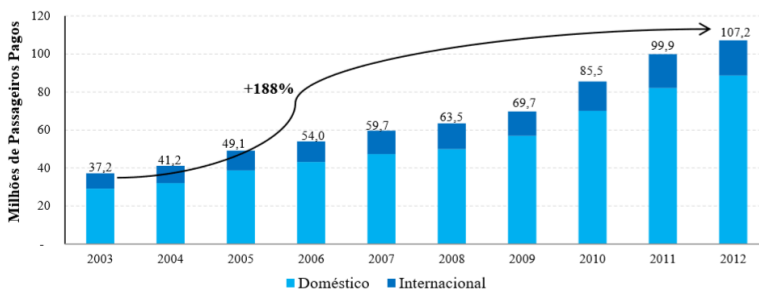
<sup>33</sup> Infraero - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, empresa pública federal cuja criação foi autorizada pela Lei Federal n. 5.862, de 12 de dezembro de 1972

<sup>34</sup> Sobre a crise de 2006/2007, vide: OLIVEIRA, ONUKI E AMORIM (2009).

<sup>35</sup> ANAC, Anuário do Transporte Aéreo, 2013.

## Passageiros Pagos Transportados

Figura 4.1: Evolução da quantidade de passageiros pagos transportados, 2003 a 2012



Assim, diante de tal quadro,<sup>36</sup> optou-se por uma revisão do modelo em favor da busca de parceiros privados para ampliar e gerir a infraestrutura aeroportuária. Após as sucessivas rodadas de leilões (2011, 2012, 2013, 2017 e 2019), já foram objeto de concessão vinte e dois aeroportos, vários deles situados em grandes capitais e com movimentação expressiva. Consolida-se, assim, um novo paradigma, baseado na exploração de serviços aeroportuários por empresas privadas e sob o regime de contratos de concessão, nos termos da Lei Federal 8.987, de 1995.

Referidos contratos, complexos e de longo prazo, além das características gerais dos contratos públicos (em que não há, propriamente um ambiente de negociação em bases bilaterais simétricas), não deixam de enfrentar um amplíssimo panorama de contingências. Possuem, além disto, um número relevante de cláusulas que remetem à atuação supletiva e unilateral do Estado contratante. Tal atuação não se limita à submissão geral à legislação, ou ainda, aos atos

<sup>36</sup> Há na verdade um conjunto amplo de elementos relevantes no processo político que antecedeu a decisão de Estado no sentido das concessões. Um aspeto muito lembrado foi proximidade com dois grandes eventos que elevariam a demanda por serviços aéreos (a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016). Mas é certo que a constatação da incapacidade do modelo antes vigente (baseado na atuação da Infraero) de lidar com o aumento da demanda não se limitou à proximidade de tais eventos. Cf., MCKINSEY Company, *Estudo do Setor Aéreo do Brasil*, Rio de Janeiro, 2010.



regulatórios da autoridade pública responsável pela contratação, e por vezes envolve outras autoridades com poderes específicos, como as organizações de segurança pública, aduaneiras e sanitárias. Esse ambiente de múltipla intervenção estatal enseja desafios específicos para a execução do contrato.

De facto, ao conviver com o ambiente normativo e de fiscalização, em um sentido amplo, o contrato de concessão fica também exposto aos riscos de falta de coordenação e de atuações sobrepostas ou incoerentes por parte das autoridades públicas. Caberia avaliar, ainda, sob a perspectiva dos chamados poderes residuais, a distribuição do poder de barganha entre as partes para fins de renegociação em face do enfrentamento das contingências futuras, e os efeitos disto tanto na precificação do ativo quanto em termos de custos de transação ao longo da execução contratual. Considerado referido contexto, destaca-se aqui, dentro do universo das teorias da incompletude contratual, a incidência das normas supletivas,<sup>37</sup> com enfoque voltado a explorar as singularidades de tal fenómeno quando considerados os contratos públicos de concessão de infraestrutura.

Propõe-se, assim, uma primeira análise de tais contratos, para fins de mapear como o desenho contratual se relaciona com as normas supletivas e analisar os potenciais impactos do ambiente normativo (incluídos poderes de regulação e fiscalização) na execução do contrato, e ainda, examinar os potenciais efeitos de atuações descoordenadas e incoerentes por parte do Estado na execução contratual.

Como objeto de análise, foram utilizados como referência os contratos de concessão de aeroportos celebrados no Brasil, no ano de 2012, relativos a três grandes aeroportos: Guarulhos-SP, Viracopos-SP e Brasília-DF (doravante referidos como Contratos). A primeira razão para tal escolha

---

<sup>37</sup> ARAÚJO (2008), p. 85.

decorre da relevância de tais aeroportos para o sistema aeroportuário brasileiro. Cabe observar, entretanto, que em relação ao universo de cláusulas analisadas, não se observa significativa mudança em relação aos contratos firmados nas demais rodadas de concessão.

### 3. OS CONTRATOS DE CONCESSÃO AEROPORTUÁRIA SOB A ÓTICA DA TEORIA DO CONTRATO INCOMPLETO. ANÁLISE DE CONTRATOS. O QUADRO DE CONTROLE RESIDUAL DISPERSO. POTENCIAIS DE CONVERGÊNCIA EFICIENTE ENTRE CONTRATO E AMBIENTE REGULATÓRIO.

Ao se analisar os referidos Contratos,<sup>38</sup> destaca-se uma pormenorizada disciplina contratual que busca fazer frente a uma atividade especializada e sujeita a um panorama de contingências ao mesmo tempo extenso e heterogêneo, algo esperável, haja vista as características da atividade aeroportuária. Nesse exame do instrumento contratual, encontramos uma estrutura que cobre os pontos tradicionais de um contrato e os pontos mais específicos relativos à exploração aeroportuária. A estrutura é composta, em termos gerais, pelos seguintes itens: disposições gerais e definições, descrição do objeto, prazo de vigência, valor do contrato, remuneração da concessionária, fases de realização do objeto, direitos e deveres, responsabilidades e seguros, garantias de execução, alocação de riscos, equilíbrio econômico-financeiro, fiscalização, penalidades, regras sobre utilização de espaços do complexo aeroportuário, regras sobre extinção da concessão, e eleição de foro. Além das 65 páginas do corpo principal do contrato, este é acompanhado de 11 anexos técnicos, que

---

<sup>38</sup> Adota-se como referência numérica para a análise e indicação de cláusulas o contrato de Viracopos. Cabe registrar, entretanto, que apesar dos aprimoramentos verificados nas rodadas seguintes, na temática aqui examinada não são observadas mudanças significativas.

cuidam de temas mais específicos, pertinentes às singularidades do ativo objeto de exploração, como por exemplo o Plano de Exploração Aeroportuária (Anexo 2), ou de temas como o regime de tarifas (Anexo 4) e fluxo de caixa marginal (Anexo 5), este último fundamental nas análises de reequilíbrio económico financeiro.

O exame de tais contratos, além de explicitar um panorama de contingências amplo, mostra um quadro de excessiva ação unilateral por parte do Estado, com direto impacto na execução contratual, a caracterizar evidente assimetria – uma assimetria na incompletude, para usar a expressão de Al-Najjar.<sup>39</sup> Note-se que não se está a falar aqui sob a perspectiva da incidência geral de normas estatais sobre a atividade económica, que alcançam a generalidade das relações entre agentes do mercado, mas sim do universo de potenciais intervenções estatais indicadas expressamente no instrumento contratual e que possuem efeitos diretos na atividade de exploração aeroportuária.

O enfoque proposto é específico, e parte da premissa de que, no caso, houve a escolha do contrato como instrumento imediato de fixação das “regras do jogo” na relação entre Estado e o explorador de uma infraestrutura,<sup>40</sup> de modo a que essas intervenções supletivas mais visíveis e as falhas do regime regulatório deveriam ser objeto de uma especial atenção nas análises quanto aos riscos e custos regulatórios envolvidos em tais processos. Busca-se, enfim, ir além da constatação geral no sentido de que as características de

---

<sup>39</sup> AL-NAJJAR (1995), 433.

<sup>40</sup> Questão interessante (mas que não será desenvolvida aqui), refere-se aos critérios relevantes para se adotar a opção contratual no lugar de outros modelos não contratuais. De facto, superada a opção estatizante (que se assemelharia a uma solução de integração vertical), poder-se-ia investigar a eficiência de outros modelos de delegação à iniciativa privada, como por exemplo a adoção do instituto da autorização. A discussão se assemelha àquelas relativas às fronteiras da opção pela integração vertical, por meio de uma firma, ou pela via contratual. Sobre o tema dos modelos de exploração de aeroportos, cf.: GONÇALVES (2011).

assimetria afastam e desnaturam a natureza contratual do vínculo entre o poder público e o particular.

Não se ignora, por certo, o mecanismo contratual de alocação de riscos,<sup>41</sup> que oferece os parâmetros para os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em relação a algumas hipóteses de práticas ou omissões atribuíveis ao poder público, incluídas as intervenções de caráter legislativo, com a relevante ressalva de que os riscos não atribuídos expressamente ao Poder Concedente correm por conta do Concessionário.<sup>42</sup> No lugar de avançar nas discussões tradicionais da doutrina jurídica sobre o equilíbrio econômico financeiro, busca-se aqui enfrentar, ainda que de maneira inicial, de um modo mais concreto o que tem sido colocado em termos genéricos como uma espécie de risco regulatório incidente sobre a execução contratual.

Nessa linha, a análise das cláusulas do Contrato evidenciou que o tema exposto, relacionado à eventual ineficiência decorrente da falta de articulação interna da organização estatal ou relacionadas à ausência de coerência regulatória, não é alcançado claramente pela modelagem contratual adotada.<sup>43</sup>

No mesmo sentido, outro ponto que pode alcançar uma maior clareza a partir da análise aqui proposta se refere aos efeitos específicos dos custos de regulação no contrato. Conforme aponta a doutrina, a atividade regulatória enseja

---

<sup>41</sup> No Contrato considerado, o tema é objeto do Capítulo V – Da Alocação de Riscos.

<sup>42</sup> No Contrato considerado, no capítulo V, sobre a alocação de riscos, após um rol de riscos atribuídos ao Poder Concedente, consta:

“5.3. Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão.”

<sup>43</sup> No item 5.2.3 do Contrato de referência, por exemplo, é atribuído ao poder concedente o risco relacionado a “restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;” Em que pese o esforço do Contrato em alcançar esse tipo de fato relacionado a falhas de atuação eficiente do Estado, não se parece alcançar os quadros decorrentes da falta de coerência e articulação institucional expostos no presente trabalho.

dois tipos básicos de custos. O primeiro é o custo relacionado ao financiamento da própria estrutura estatal dedicada à regulação, e será coberto pelos mecanismos de financiamento da atividade estatal (em especial a tributação). O segundo tipo se refere aos custos de regulação, pertinentes propriamente às limitações impostas pelas intervenções regulatórias no universo de regulados. Estes últimos custos, mais difíceis de identificar e contabilizar, podem gerar perdas económicas relevantes, com impactos nos investimentos e na capacidade de inovação.<sup>44</sup> A abordagem aqui proposta, tal como referido quanto aos riscos regulatórios, tem por objetivo tornar mais visíveis os elementos que ensejam o aumento de custos regulatórios e das perdas económicas associadas, com um enfoque específico nos custos associados a um quadro de fragmentação e incoerência dos chamados poderes residuais..

Superadas as discussões sobre os distintos modelos de exploração, e a partir da consideração de que a escolha feita pelo Estado se dirige a um modelo contratual público que se soma à regulação estatal, caberia compreender de maneira mais clara e estruturada como efetivamente ocorre o controle residual relativo ao processo de “acabamento” do contrato, o que no caso envolve investigar por meio de quais organizações a atuação do Estado pode ocorrer, os instrumentos concretos de intervenção envolvidos (o que inclui os procedimentos burocráticos), e ainda, como ela pode interferir na execução da relação contratual em termos de custos de transação, além dos impactos possíveis na eficiência logística do empreendimento concedido.

Como exposto, as competências de intervenção supletiva atribuídas ao Estado, no caso das concessões aeroportuárias, não se resumem à atuação da Agência Nacional de Aviação Civil, que subscreve o contrato, e na verdade alcançam um número significativo de outras instituições

---

<sup>44</sup> AZEVEDO (2017), 71.

públicas. Em outros termos, além da submissão à disciplina do contrato, a exploração aeroportuária é objeto da intervenção reguladora do Estado em dois distintos campos. O primeiro deles envolve a regulação especializada, produzida pela própria ANAC, com um conjunto significativo de regulações setoriais relativas à construção e à operação aeroportuária (dentre outros, vale mencionar os Regulamentos Brasileiros de Aviação Civil n.ºs. 139, 153, 154, e 161),<sup>45</sup> muitas delas objeto de diversas remissões no Contrato. O segundo campo, a partir do exame do Contrato, vai além da regulação setorial da ANAC e alcança outras áreas de atuação normativa, reguladora ou de fiscalização do Estado, a partir do exercício de competências atribuídas a outras instituições públicas.

Somam-se, assim, ao universo de intervenção regulatória especializada, sob a gestão da ANAC, um conjunto mais extenso de intervenções, fenómeno que poderia ser descrito como uma espécie de *controle residual disperso*. Alguns exemplos de cláusulas extraídas do contrato permitem uma melhor ilustração do problema:

3.1.27. *sem prejuízo de eventual regulamentação futura expedida pela ANAC*, dispor de banco de dados atualizado, em base eletrônica, apto a gerar relatório contendo as informações da Concessão, assegurando à ANAC o acesso ininterrupto, irrestrito e imediato ao referido banco de dados;

3.1.69. A caução em títulos da dívida pública federal deverá ser prestada por títulos emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia *autorizado pelo Banco Central do Brasil* e avaliados pelos seus valores econômicos, *conforme*

---

<sup>45</sup> Para que se tenha uma dimensão dos temas tratados em minúcia pelos referidos Regulamentos, seguem as suas descrições básicas: RBAC 139, Certificação operacional de aeroportos; RBAC 153, Aeródromos - Operação, manutenção e resposta à emergência; RBAC 154, Projeto de aeródromos; RBAC 161, Planos de Zoneamento de Ruído de Aeródromos - PZR. <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac>

*definido pelo Ministério da Fazenda.*

(...)

3.1.70.1. A contratação do seguro-garantia deverá ser feita com seguradora e resseguradora *autorizadas pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP*, entidade vinculada ao Ministério da Fazenda, ou com seguradora e resseguradora de primeira linha, assim entendidas aquelas cuja classificação de risco esteja compreendida na categoria “grau de investimento” em, pelo menos, uma das seguintes agências: Fitch, Standard & Poors ou Moody’s.

(...)

10.2. Dependerão de prévia aprovação da ANAC a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da concessionária, *sem prejuízo das competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE previstas em lei.*

Esses são apenas alguns exemplos de um conjunto muito maior. De facto, a partir de uma triagem do Contrato foram identificadas 116 (cento e dezasseis) cláusulas que preveem, de modo expresse, algum tipo de atuação estatal supletiva ao contrato. Além das referências a poderes da própria ANAC, e das instituições mencionadas nos exemplos acima (Banco Central, Ministério da Fazenda, SUSEP e CADE) podemos encontrar no contrato a referência expressa à atuação de instituições como o Comando da Aeronáutica, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Polícia Federal, Receita Federal, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, e a Comissão de Valores Mobiliários, dentre outros.

Há, ademais, hipóteses em que a intervenção estatal está legitimada sem qualquer menção expressa a uma autoridade pública. Um bom exemplo disto se refere ao regime de tarifação das cargas em regime de perdimento, nos termos do Anexo 4 do Contrato.<sup>46</sup> Neste caso, a referência ao Decreto-

---

<sup>46</sup> No Anexo 4, consta:

“1.2.1.8. Carga sob pena de perdimento: a carga estará sob pena de perdimento conforme as situações descritas no Decreto-Lei 1.455, de 07 de abril de 1976;”

2.2.6.14. Tarifa de Armazenagem e Capatazia da Carga sob Pena de Perdimento - a

Lei n. 1.455, de 1976, traz para dentro da execução contratual um procedimento complexo e sujeito formalmente à autoridade da Receita Federal do Brasil, que interpreta e conduz o referido procedimento legal. Além dos valores envolvidos, tais procedimentos são altamente relevantes para a eficiência logística relativa à movimentação de cargas no aeroporto. Foi dentro desse universo de cláusulas contratuais e de normas que se verificou um dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro por parte da concessionária de Viracopos.<sup>47</sup> No caso examinado, a despeito da solução adotada (com base na disciplina contratual da alocação de riscos), pode-se dizer que a execução das cláusulas contratuais fica sob uma espécie de *poder residual* atribuído à autoridade aduaneira (alheia à relação contratual).

Assim, considerado esse contexto de amplos poderes de intervenção do Estado *fora do contrato*, o ponto que aqui se destaca para fins de análise específica é o convívio da disciplina contratual com o ambiente regulatório – e a eficiência deste arranjo –, o que ocorre por meio de cláusulas contratuais que expressamente remetem a uma atuação supletiva (normativa, reguladora e de fiscalização) da ANAC ou de outras instituições públicas, ou ainda, pela incidência geral de atos normativos do poder público, ainda que não tenham alguma previsão contratual expressa.

Esse fenômeno por certo também se verifica nas contratações privadas, em especial pela incidência das chamadas normas de ordem pública. Entretanto, o que se quer enfatizar aqui é o modo como se verifica essa convivência singular do

---

Tabela 13 estabelece as Tarifas a serem cobradas pela Armazenagem e Capatazia da carga sob pena de perdimento:

Tabela 13 - Tarifa de Armazenagem e de Capatazia da Carga sob Pena de Perdimento (Alterada pela Decisão nº 80, de 9 de julho de 2018) Períodos de Armazenagem Percentual sobre o valor FOB 1º Até 45 dias 1,50% 2º De mais de 45 dias a 90 dias 3,00% 3º De mais de 90 dias a 120 dias 4,50% 4º De mais de 120 dias 7,50%. “

<sup>47</sup> Processo Administrativo n. 00066.524035/2017-21.



ambiente regulatório<sup>48</sup> com a disciplina específica dos contratos de concessão aeroportuária, haja vista o fato de que apenas uma de suas partes possui um extraordinário e unilateral poder de completamento, a evidenciar uma assimetria no campo dos chamados poderes residuais, ou ainda, na distribuição do poder de barganha. Tais aspetos, no limite, poderiam ensejar até mesmo o questionamento quanto ao que seria completa desnaturação do elemento *contratual*, haja vista o nível de assimetria e agigantamento dos poderes residuais atribuídos ao Estado.

Como já indicado, para enfrentar esse quadro, que envolve o convívio do contrato com o universo de intervenção regulatória, entende-se como adequado buscar a aplicação complementar e convergente a teoria da incompletude contratual, e ainda, dentro das atuais teorias regulatórias, os conceitos de boa governança e de coerência regulatória. Nessa linha, valeria indagar, por exemplo, no lugar do esvaziamento ou desnaturação do instrumento contratual, sobre o papel deste como elemento de reforço e concretização da agenda de coerência do ambiente regulatório, como mecanismo fundamental para gerar incentivos para o próprio Estado mitigar de um modo mais concreto os riscos regulatórios.

Não é difícil perceber, assim, as potencialidades explicativas e críticas das teorias da incompletude contratual quando consideramos suas aplicações a um contrato de concessão de infraestrutura aeroportuária.<sup>49</sup> A abordagem é relevante desde logo quando considerados os contornos da

---

<sup>48</sup> Utilizaremos aqui a expressão “ambiente regulatório” de um modo amplo, a abranger a legislação geral, os atos regulamentares do Poder Executivo, os atos de regulação propriamente praticados pelas Agências Reguladoras, e também os atos de fiscalização e *enforcement*.

<sup>49</sup> HART aponta a relevância da teoria da incompletude contratual na discussão elementar relativa ao *trade-off* entre a opção de o Estado prover diretamente bens e serviços ou de transferir tais atividades a um agente privado. HART (2017), 1739/1740.

chamada “insuficiência *ex ante*” para lidar com a descrição de contingências em uma contratação complexa e de longo prazo, ainda que estejamos a falar de uma relação baseada em boa-fé<sup>50</sup> e sujeita a um rito público. Estes últimos elementos – complexidade e relação de longo prazo –, como visto, ganham especial relevância quando estamos a considerar os contratos de concessão aeroportuária, e sua mencionada inserção em um ambiente caracterizado pela multiplicidade de organizações com poderes regulatórios, e ainda, por uma assimetria informativa e de poder.

Outro evidente contributo decorre já do afastamento da ilusão formal da completude contratual, visão que faz lembrar as perspectivas de completude do ordenamento jurídico, ou ao “horror ao vácuo” associado ao legalismo.<sup>51</sup> No caso, ainda que chegássemos à conclusão de que os poderes residuais atribuídos ao Estado levam, em última instância, a alguma resposta às futuras contingências, distribuindo adequadamente os riscos, por certo ainda restaria indagar sobre os custos e a eficiência desse processo de completamento, o que leva ao tema da qualidade da intervenção regulatória, atualmente objeto de um amplo debate acadêmico e também de políticas públicas específicas. O que se propõe aqui, a partir do exame de casos e sob a ótica da teoria da incompletude contratual, é a busca de uma aplicação mais efetiva e concreta desses conceitos relacionados à qualidade regulatória, fundamentais para a melhoria do ambiente de negócios associado aos investimentos em infraestrutura.

Assim, a partir do carácter “regulador” do conceito de contrato completo, apresenta-se a possibilidade de se avançar de um modo mais estruturado na discussão de problemas que ocorrem nos espaços em que a disciplina contratual *ex ante* não foi possível, consideradas as singularidades desse

---

<sup>50</sup> ARAÚJO (2007), 148.

<sup>51</sup> ARAÚJO (2007), 176.

tipo de avença. No caso das concessões de Direito Público, tal abordagem envolve um complexo exame dos mecanismos contratuais e regulatórios voltados a lidar com as contingências futuras, a começar pela matriz de distribuição de riscos e a disciplina contratual que baliza os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro. Envolve, ainda, o mapeamento efetivo da distribuição dos chamados *poderes residuais* de completamento e a identificação de suas falhas e custos.

Nos termos já expostos, o que se sublinha é o desafio de se desenhar instrumentos contratuais e regulatórios voltados a lidar de um modo eficiente com o referido cenário de fragmentação e de eventual falta de coerência das organizações estatais com *poderes residuais* ou *competências de completamento*. Nesse contexto, sob a ótica da incompletude, caberia questionar em termos mais concretos sobre o modo como o exercício do controle residual ocorre nas contratações públicas e em que medida essa espécie de *processo de completamento* conduzido pelo próprio Estado interfere nos custos e na execução eficiente do contrato, de modo a tornar mais explícitos os contornos do chamado risco regulatório.

Em outras palavras, propõe-se aqui, uma visão mais pragmática e realista, quanto ao próprio desenho contratual, que começa pelo desafio de se estabelecer a extensão do que seria efetivamente a “área de estipulação”<sup>52</sup> em um contrato com o Estado, ou ainda, o desafio subsequente de se avaliar de um modo mais racional e ao menor custo possível o que seria um *grau de acabamento ótimo*, consideradas as singularidades desses contratos disciplinados pelo Direito Público. Para alcançar tais objetivos, por certo uma premissa básica é a necessidade de se reduzir os custos de informação envolvidos, o que no caso envolve uma maior transparência e a maior precisão possível quanto aos poderes residuais do

---

<sup>52</sup> ARAÚJO (2007), 150/151.

Estado, valendo aqui lembrar que “os contratos baseados em informação completa têm melhores possibilidades de gerar ganhos de Pareto.”<sup>53</sup>

Nessa linha, no lugar das visões “coirmãs” de *completude contratual* e de *completude do ordenamento jurídico*, ou ainda, de uma visão de um mundo de execução contratual “não friccional”,<sup>54</sup> a teoria da incompletude permite uma abordagem estruturada e construtiva a partir do referido conceito de “controle residual”, na referida formulação de Hart, e um escrutínio racional dos específicos desenhos contratuais e do conjunto de regras supletivas que concretizam o referido poder decisão *ex post* atribuído ao Estado. Assim, da análise do clausulado contratual caminhamos para a análise complementar do próprio ambiente regulatório legitimador da intervenção estatal no contrato, espaço em que o referido controle residual efetivamente ocorre.

Por fim, considerada a opção estatal pela via do contrato, e por coerência com o papel fundamental desse instrumento, é fundamental indagar, no caso, sobre as possibilidades de se estabelecer uma resposta contratual estabilizadora, de modo a mitigar a discricionariedade e as falhas no exercício da referida atuação estatal supletiva. Por certo, o conjunto de cláusulas contratuais pertinentes à alocação de riscos e aos mecanismos de garantia de equilíbrio se apresentam como balizas fundamentais para a incidência da *hétero-disciplina*. A construção de um mapeamento mais claro quanto ao efetivamente representa um risco regulatório, para além daquilo que já se encontra clausulado, certamente permitiria uma reflexão mais racional e voltada à construção de uma disciplina mais eficiente dos contratos de concessão nos diferentes planos aqui colocados, o contrato e o ambiente regulatório que o cerca.

---

<sup>53</sup> MACKAAY e ROUSSEAU (2015), 439; ARAÚJO (2007), 161.

<sup>54</sup> ARAÚJO (2007), 157-158

#### 4. PRIMEIRAS CONCLUSÕES

A perspectiva do contrato completo como um conceito regulador, ou ainda, como uma espécie de “arquétipo de um estado de coisas não friccional”,<sup>55</sup> permite-nos, em um sentido inverso, escrutinar os espaços deixados pelo contrato para o que podemos designar por um processo dinâmico de acabamento. No caso específico dos contratos de exploração de infraestrutura aeroportuária, para além das atividades de integração e interpretação usualmente associadas à concretização contratual, vislumbra-se o campo de intervenção estatal, especialmente por meio de mecanismos regulatórios, com as características assinaladas de atuação multidimensional do Estado, o que caracterizamos como um ambiente multirregulado.

Este universo de atuação estatal, a permitir uma amplíssima produção de atos supletivos ao contrato por apenas por uma de suas partes, a caracterizar assimetrias de informação e de poder, pode ser analisado sob diferentes perspectivas oferecidas pelas teorias económicas, mas especialmente com um olhar voltado à eficiência da arquitetura contratual e o seu acervo de mecanismos voltados a lidar com seu respetivo “mundo friccional”.

Considerado o conceito regulador de contrato completo, em que o contrato se apresenta como capaz de enfrentar, *ex ante*, todo o panorama de contingências, quando caminhamos no sentido inverso, e admitida a realidade de incompletude dos contratos, apresenta-se a perspectiva de se examinar a eficiência do desenho contratual a partir dos instrumentos que este estabelece para o enfrentamento *ex post* das contingências verificadas em concreto ao longo da execução contratual. E é nesse campo que destacamos esse

---

<sup>55</sup> ARAÚJO (2007), 157 e ss.

singular universo de normas supletivas produzidas pelo próprio Estado, as quais formam aquilo que, operacionalmente, designamos por “ambiente multirregulado”, conjunto de intervenções que merece ser mapeado e categorizado, ou ainda, objeto de um tratamento contratual ou normativo, de modo a mitigar os custos de informação e de governo envolvidos. Em certa medida, a proposta de análise aqui apresentada se aproxima das visões que buscam a convergência das abordagens de caráter publicista (top down) com aquelas mais privatísticas (bottom up).<sup>56</sup>

Nessa linha, vale também mencionar a abordagem proposta pela teoria dos custos de transação, de modo a se buscar, no lugar das dicotomias extremas, a possibilidade de gradações no completamento, de modo a reformular o conceito de completude, “fazendo-o descer, de conceito regulador, para o plano de concretização de um máximo de acabamento dentro das possibilidades abertas por um específico quadro de custos de transação.”<sup>57</sup>

No presente estudo, de um modo preliminar, partimos dessa perspectiva mais abstrata para o exame de um conjunto de contratos de concessão em plena vigência. Observou-se, nesta primeira análise dos contratos de exploração aeroportuária em vigor no Brasil, um controle residual fragmentário, exercido por múltiplas organizações e a partir de diversos instrumentos (norma, ato administrativo, procedimentos administrativos, etc.). Observou-se, ainda, a inexistência de mecanismos jurídicos efetivos para promover a coordenação e a atuação coerente das organizações estatais com poderes residuais relevantes no processo de completamento do contrato.

Nesse contexto, entende-se que há espaços para o

---

<sup>56</sup> Utiliza-se, aqui, a referência da busca de convergência entre a Law and Economics com a Economics of Contracts. Cf. ARAÚJO (2007), 2004. No presente estudo, no espectro publicista, coloca-se especial ênfase no Direito Regulatório.

<sup>57</sup> ARAÚJO (2007), 161.

aprimoramento de tais contratos e das normas supletivas relevantes, a começar por uma avaliação quanto à alocação de riscos. Sem dúvida, é na modelagem dos contratos que se estabelecem os critérios atribuir a uma das partes contratantes a responsabilidade por absorver os eventos que impactem o equilíbrio contratual. Na visão tradicional da doutrina, o risco deve ser atribuído a quem tem a melhor condição de gerenciá-lo.<sup>58</sup> As diversas hipóteses possíveis de exercício concreto do poder residual do Estado, conforme exposto, não estão alcançadas pelas cláusulas contratuais relativas à alocação de riscos. O mapeamento de tais hipóteses é relevante na reflexão quanto à eficiência dos modelos atuais de alocação de riscos, ou alternativamente, para a busca de outras alternativas para a sua melhor gestão. Admitindo-se que as hipóteses em que a intervenção reguladora represente um risco relevante, a mera alocação ao Estado obviamente não oferece resposta suficiente em uma perspectiva de eficiência. Isto porque não resolveria o problema primário e gerador de incerteza, que é basicamente a ineficiência estatal materializada na desarticulação entre as unidades administrativas, os custos económicos e os impactos logísticos decorrentes. Neste último ponto, cabe deixar claro que a perspectiva aqui adotada não coloca as normas legislativas ou regulatórias como um dado fixo. Ao contrário, a visão de convergência aqui exposta tem como premissa uma perspectiva reformista também no plano normativo.<sup>59</sup>

Por fim, outro aspeto fundamental a ser enfrentado neste debate é a necessidade de uma redução da assimetria informativa existente, no contrato e no ambiente regulatório, fator essencial para mitigar as condutas oportunistas e as perdas de eficiência. Vale lembrar, novamente, da ideia fundamental que associa o contrato à proteção da confiança entre

---

<sup>58</sup> NÓBREGA (2011), 5 e ss.

<sup>59</sup> ARAÚJO (2007), 204-205.

as partes e à “promoção, em estabilidade de um programa combinado de condutas.”<sup>60</sup> Acredita-se que um mapeamento dos poderes residuais dispersos em diferentes organizações estatais é um primeiro passo, tanto para se alcançar ganhos imediatos de maior disponibilidade de informação (de modo a dar espaço a um autêntico programa colaborativo), quanto para um enfrentamento mais pragmático dos eventuais quadros de incoerência da intervenção estatal, seja para fins de aprimoramento contratual, seja para balizar uma reforma regulatória efetiva e capaz de dar resposta aos anseios de melhoria do ambiente de negócios no setor de infraestrutura no Brasil.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AL-NAJJAR, Nabil I., *Incomplete Contracts and the Governance of Complex Contractual Relationships*, The American Economic Review, vol. 85, nº 2, 1995.
- ARAGÃO, Alexandre Santos, *A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs*, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago, 2013
- ARAÚJO, Fernando, *Análise Económica do Direito – Programa e Guia de Estudo*, Coimbra, Almedina, 2008.
- BLACK, Julia. *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World*, Current Legal Problems. 54. 10.1093/clp/54.1.103. (2001)
- BRASIL, ANAC, Anuário do Transporte Aéreo, 2013,

---

<sup>60</sup> ARAÚJO (2007), 185-186.



<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/dados-do-anuario-do-transporte-aereo>

BRASIL, ANAC, RBAC 139, Certificação operacional de aeroportos; RBAC 153, Aeródromos - Operação, manutenção e resposta à emergência; RBAC 154, Projeto de aeródromos; RBAC 161, Planos de Zoneamento de Ruído de Aeródromos - PZR. <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac>

BRASIL, Infraero, <http://www4.infraero.gov.br/>

BRASIL, Ministério da Infraestrutura, Relatório de Desempenho Operacional de Aeroportos, [https://www.infraestrutura.gov.br/images/AVIACAO\\_CIVIL/PES-QUISA\\_SATISFACAO/2019/1T/Relatrio-trimestral---1-Tri-2019---GERAL.pdf](https://www.infraestrutura.gov.br/images/AVIACAO_CIVIL/PES-QUISA_SATISFACAO/2019/1T/Relatrio-trimestral---1-Tri-2019---GERAL.pdf)

BRASIL, Presidência da República, Lei 8.987, de 1995, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)

BRASIL, Presidência da República, Constituição da República Federativa do Brasil, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

FUMAGALLI E MARKOSKI, *A Competitividade Logística do Brasil: Um Estudo com Base na Infraestrutura Existente*, Revista de Administração, FW, v. 10, n. 17, 2012. <http://revistas.fw.uri.br/index.php/revista-deadm/article/download/949/1406>

GONÇALVES, Sandro Silva, *Modelos de exploração do mercado de aeroportos no Brasil*, Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasil, setembro de 2010. [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema14/2009\\_2172.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema14/2009_2172.pdf)

HART, Oliver, *Incomplete Contracts and Control*, 1732,

- American Economic Review, 107(7): 1731–1752, 2017 (<https://doi.org/10.1257/aer.107.7.1731>)
- MCKINSEY Company, *Estudo do Setor Aéreo do Brasil*, Rio de Janeiro, 2010.
- NÓBREGA, Marcos, *Riscos Em Projetos De Infraestrutura: Incompletude Contratual; Concessões de Serviço Público e PPP*, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico n.º 24, 2011.
- OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2018*, OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/9789264303072-en>
- PÉRICO, A. E.; SANTANA, N. B.; CAPELATO, E. *Eficiência financeira dos aeroportos brasileiros: uma análise evolutória de dados*. GEPROS. Gestão da Produção, Operações e Sistemas, Bauru, Ano 10, nº 3, jul-set, 2015.
- MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane, *Análise Econômica do Direito*, 2ª. ed., Trad. Rachel Sztajn, São Paulo, Atlas, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Agências Reguladoras Independentes*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005.
- OLIVEIRA, Amâncio; ONUKI, Janina; e AMORIM, Sônia David, *A crise do transporte aéreo no Brasil – 2006 e 2007*, ENAP: Casoteca de Gestão Pública, <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/304/13/A%20crise%20do%20transporte%20a%20C3%A9reo%20no%20Brasil%202006-2007.pdf>