

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

**Análise Jurídica da Política Regulatória de Transporte
Aéreo no Brasil
(2000-2010)**

MARCELO PACHECO DOS GUARANYS

Brasília
2010

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Análise Jurídica da Política Regulatória de Transporte
Aéreo no Brasil
(2000-2010)

MARCELO PACHECO DOS GUARANYS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Economia

Orientador: Prof. Marcus Faro de Castro

Brasília
2010

Nome: GUARANYS, Marcelo Pacheco dos.

Título: Análise jurídica da política regulatória de aviação civil no Brasil (2000-2010)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.
Julgamento:

Instituição:
Assinatura:

Prof. Dr.
Julgamento:

Instituição:
Assinatura:

Prof. Dr.
Julgamento:

Instituição:
Assinatura:

Aos meus pais, por tudo que sou hoje.
À Carol, pelo apoio sempre incondicional.

Agradecimentos

Esta dissertação foi realizada num dos momentos mais difíceis da minha vida, no qual cumulei Mestrado e ANAC. Muitos foram os que me ajudaram a sobreviver a este período. Tentarei agradecer a alguns aqui.

Agradeço primeiramente ao Professor Marcus Faro, por acreditar no meu projeto e na minha capacidade de desenvolver sua Análise Jurídica da Política Econômica, mesmo que ainda não integralmente. No âmbito acadêmico, importante agradecer também ao saudoso Professor Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, incentivador desde a minha pós-graduação na Fundação Getúlio Vargas.

A todos os profissionais, chefes ou não, que me apoiaram e me incentivaram, de uma forma ou de outra, a entrar no Mestrado e a concluí-lo: Marcelo Saintive, Carlos Ragazzo, Pricilla Santana, Antônio Henrique e Nelson Barbosa.

Às equipes da SEAE e da ANAC, pelo fornecimento de dados e informações e por todo apoio durante esses anos, em especial: Juliano Noman, Danielle Crema, Clarissa Barros, Paula Bicudo, Rogério Coimbra, Ronei Glanzmann, Gustavo Oliveira, Miguel Ragone e Fernando Soares.

Aos meus pais, pelo apoio logístico e incentivo constante.

À Carol, apoiadora e revisora, por todo tempo dedicado a mim e a este projeto.

Não sabendo que era impossível, foi lá e fez.
Jean Cocteau (1889-1963)

RESUMO

Até o início da década de 1990, a regulação do transporte aéreo no Brasil era protecionista e não permitia uma concorrência efetiva entre as empresas. Nos últimos anos, a política regulatória do transporte aéreo buscou incentivar o aumento de concorrência no setor, por meio da eliminação de barreiras à entrada nesse mercado. Do ponto de vista econômico, tal política está de acordo com as características observadas, uma vez que não há falhas de mercado relevantes que justifiquem uma regulação econômica muito restritiva. Sob a ótica do Direito, no entanto, é importante analisarmos se os efeitos dessa política são também benéficos. Nesse intuito, essa dissertação busca apresentar, com fundamento na Análise Jurídica da Política Econômica, os efeitos jurídicos dessa política pública sobre a fruição de direitos fundamentais na sociedade.

Palavras-chave: Transporte Aéreo. Concorrência. Regulação. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Until the early 1990s, air transport regulation in Brazil was considered protectionist and would not allow effective competition among airlines. In recent years, air transport regulatory policy has begun to increase competition in the sector, through the elimination of barriers to entry. From an economic point of view, such policy is consistent with the observed features, since there are no relevant market failures that justify an economic regulation too restrictive. However, it is important to analyze if the effects of this policy also benefit the exercise of rights. To that end, this essay presents, based on the Legal Analysis of Economic Policy, the effects of that public policy on the exercise of fundamental rights in the society.

Keywords: Air Transport. Competition. Regulation. Fundamental rights. Law & Economics.

Sumário

1. Introdução	10
2. Histórico da Regulação econômica do Transporte Aéreo no Brasil	16
2.1. Primórdios da Regulação da Aviação Civil no Brasil.....	16
2.2. Década de 1960: início do regime de competição controlada	18
2.3. Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986	22
2.4. Início do processo de liberalização	23
2.5. Re-Regulação.....	28
2.6. Lei de criação da ANAC	30
3. Análise Econômica da Regulação do Transporte Aéreo	38
3.1. Análise Econômica da Regulação.....	38
3.2. Pressupostos econômicos	40
3.3. Abordagens da análise econômica	43
3.4. Problemas nos pressupostos neoclássicos	45
3.4.1 Falhas de mercado	45
3.4.2. Custos de Transação e Direitos de Propriedade	54
3.5. Objeto de Análise Econômica da Regulação.....	61
3.6. Análise Econômica da Regulação do Transporte Aéreo.....	63
3.6.1. Análise das falhas de mercado no transporte aéreo	64
4. Análise Jurídica da Política Regulatória do Transporte Aéreo	74
4.1. Análise Jurídica da Política Econômica	75
4.2. Análise Jurídica da Política Regulatória Econômica do Transporte Aéreo	84
4.2.1. Identificação da política pública.....	85
4.2.2. Identificação dos direitos subjetivos atingidos.....	89
4.2.3. Análise dos componentes prestacionais decorrentes das relações contratuais	94
4.2.4. Quantificação dos elementos de fruição empírica	97
4.2.5. Elaboração de um índice de fruição empírica	112
4.2.6. Recomendações derivadas da análise jurídica.....	117
5. Considerações Finais	127
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

1. INTRODUÇÃO

A regulação do setor aéreo no País tem estado no foco de discussões na sociedade nas últimas duas décadas. A saída de grandes empresas do mercado, o aumento do poder de mercado das remanescentes e a dificuldade de consolidação por parte do novo órgão regulador, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), intensificaram ainda mais a atenção pública sobre o setor, expuseram deficiências institucionais e geraram efeitos que puderam ser percebidos por toda a sociedade: precariedade da infraestrutura; regulação sem preocupações concorrenciais; deficiência na proteção aos usuários.

Tais efeitos podem ser preliminarmente atribuídos ao fato de que a agência reguladora do setor foi criada sem que houvesse conjuntamente uma revisão, ainda que mínima, do marco regulatório. Com isso, tem-se uma evolução da estrutura institucional desacompanhada da evolução da regulação, que continua baseada no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer), de 1986, notadamente “protecionista”, e despreocupada com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, presentes na Constituição de 1988.

De fato, até o início da década de 90, a política regulatória vigente para a aviação civil objetivava a concentração de empresas e o controle das tarifas, o que poderia caracterizá-la como uma regulação voltada para a política industrial, dada a intenção de proteção da indústria¹. A partir de 1991, foi adotada uma política de maior abertura de mercado, conforme era observada em vários países. O foco da regulação, gradualmente, deixava de ser a proteção das empresas para se preocupar com os usuários dos serviços aéreos². Exemplo disso foi a liberalização gradual das tarifas de transporte doméstico, em que, desde a primeira medida de flexibilização

¹ OLIVEIRA, Alessandro. *A Experiência Brasileira na Desregulamentação do Transporte Aéreo: um balanço e proposição de diretrizes para novas políticas*. Documento de Trabalho n ° 45, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Ministério da Fazenda. Brasília: 2007. p. 10.

² RODRIGUES, Rodrigo Augusto. *O Mercado de Aviação Doméstica no Brasil: o processo de desregulação comparado com a experiência norte-americana, sob o enfoque da Teoria Política Positiva da Regulação*. Dissertação de Mestrado em Economia da Regulação. Brasília: Universidade de Brasília. 2003.

das tarifas (estabelecimento de um sistema de bandas tarifárias) em 1989, até a liberalização total em agosto de 2001, mais de dez anos se passaram³.

Antes da criação da ANAC, o marco regulatório do setor consistia no CBAer e em diversos dispositivos infralegais, editados pelo Comando da Aeronáutica e pelo seu Departamento de Aviação Civil (DAC), com capacidade de alterar o ambiente de negócios encontrado pelas empresas. Um exemplo disso foi a interrupção da abertura do mercado em 2003, quando, diante da crise da Varig, o Comando da Aeronáutica editou atos normativos que limitaram a concorrência no setor⁴.

Com a lei de criação da ANAC (Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005), o legislador optou por instalar a agência sem dispor sobre a regulação do setor aéreo, diferentemente das leis de criação das agências reguladoras de outros setores. De fato, poucas alterações foram feitas no conjunto de regras que regem o setor. Merecem destaque duas medidas previstas apenas nas disposições finais da lei: a liberdade de oferta e a liberdade tarifária, que dispõem que as empresas poderão ofertar seus serviços em qualquer aeroporto, desde que haja capacidade e ofertem o serviço de forma adequada, e que as tarifas podem ser livremente definidas pelas empresas. Ao lado desses dispositivos, a lei também definiu que a competência para a análise de condutas anticoncorrencias seria do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)⁵, dirimindo um conflito que era recorrente entre órgão regulador e órgãos de defesa da concorrência.

Ainda que esses pequenos avanços tenham sido notados, a maior parte dos dispositivos regulatórios do setor ainda são regidos pelo CBAer e mantêm uma regulação com viés fortemente protecionista e burocrático para as empresas do setor. Por exemplo, empresas aéreas,

³ LOVADINE, Débora, e OLIVEIRA, Alessandro V. M.. *A Desregulamentação da Aviação Civil no Brasil*, in SALGADO, Lucia Helena e MOTTA, Ronaldo Seroa (Editores). *Marcos Regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005. pp. 251-255.

⁴ GUIMARÃES, Eduardo Augusto e SALGADO, Lúcia Helena. *A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil*. Notas Técnicas, IPEA. Rio de Janeiro: outubro de 2003, pp. 9-11. Os atos normativos em questão são as Portarias n.º 243/CG5 e n.º 731/CG5 de 2003.

⁵ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça.

apenas para serem registradas na junta comercial como tal, sem ainda estar em operação, necessitam de autorização prévia da ANAC, que analisa a proposta de constituição da empresa com base em aspectos jurídicos, econômico-financeiros, técnico-operacionais e administrativos. Cumprida essa etapa, a empresa deve proceder à aquisição de aeronaves, registrá-las no Registro Aeronáutico Brasileiro (RAB) e ainda solicitar à ANAC o Certificado de Homologação de Empresa de Transporte Aéreo (CHETA). Após a empresa ser autorizada quanto ao seu funcionamento jurídico e realizar esses três atos, poderá então solicitar à Diretoria da Agência a outorga da concessão para explorar serviços de transporte aéreo regular⁶. Somente então poderá pleitear as linhas que deseja operar, que se consubstanciam em autorizações específicas para cada linha pretendida.

O excesso de burocracia para a atuação no setor gera barreiras à entrada, que são ainda agravadas por outros dispositivos do CBAer. O Código proíbe a cabotagem, isto é, a atuação de empresas aéreas estrangeiras transportando passageiros entre dois pontos do território brasileiro, e limita ainda a participação de capital estrangeiro em empresas brasileiras, o que torna esse setor extremamente protegido⁷. Nos transportes aquaviários, por exemplo, a cabotagem também é proibida, mas qualquer empresa estrangeira pode abrir uma filial no País, desde que a registre como empresa brasileira, sem limitação da participação do seu capital⁸.

⁶ No transporte aéreo, a concessão se assemelha a uma autorização ou licença, uma vez que é colocada pela legislação como ato vinculado, que ocorre após a comprovação de uma série de requisitos. Independe, portanto, de licitação. Veremos com mais detalhes esse assunto adiante.

⁷ Conforme o art. 181, apenas 20% das ações com direito a voto podem pertencer a estrangeiros:

Art. 181. A concessão somente será dada à pessoa jurídica brasileira que tiver:

I - sede no Brasil;

II - pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto, pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social;

III - direção confiada exclusivamente a brasileiros.

⁸ Anexo da Resolução n.º 843-ANTAQ, de 14 de agosto de 2007, que aprova a norma para outorga de autorização à pessoa jurídica que tenha por objeto o transporte aquaviário, constituída nos termos da legislação brasileira e com sede e administração no País, para operar nas navegações de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário:

Art. 3º A autorização para operar nas navegações de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário somente poderá ser outorgada a pessoa jurídica constituída nos termos da legislação brasileira, com sede e administração no País, que tenha por objeto o transporte aquaviário, e que atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos nesta Norma, na legislação complementar e nas normas regulamentares pertinentes e, quando for o caso, nos Tratados, Convenções e Acordos Internacionais, enquanto vincularem a República Federativa do Brasil.

A esse quadro, adiciona-se ainda a ausência de uma regulação adequada para o acesso à infraestrutura aeroportuária por parte das empresas aéreas. Enquanto em outros setores regulados o acesso a infraestruturas essenciais é ponto de suma importância para a regulação⁹, no transporte aéreo, tal acesso é fracamente regulamentado, o que inibe a atuação de novos participantes do mercado, dada a insegurança do ambiente de negócios.

Sob o ponto de vista da análise econômica, essa regulação é extremamente ineficiente, pois impede a alocação ótima de recursos na economia e garante a manutenção do poder de mercado das empresas incumbentes¹⁰. Isso impossibilita que os preços alcancem níveis mais baixos, o que permitiria o acesso aos serviços aéreos por parte de um maior número de consumidores. A análise econômica desse setor é objeto de estudo de diversos economistas¹¹.

Se, sob a ótica da Economia, a regulação vigente é inadequada, pois, mesmo após a Lei de criação da ANAC, permanecem em vigor determinados comandos jurídicos que não buscam a eficiência econômica, do ponto de vista jurídico, no entanto, é necessário analisarmos se há adequação do marco regulatório vigente aos direitos que se pretende tutelar. Afinal, como podemos verificar se uma determinada política regulatória possui efeitos benéficos para a sociedade sob o enfoque jurídico?

À primeira vista, a regulação do transporte aéreo produz efeitos contrários aos princípios constitucionalmente estabelecidos pelo menos sob dois aspectos: (i) limita a efetividade dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência; e (ii) restringe o exercício da liberdade do indivíduo, ao impedir que ele tenha acesso ao serviço de transporte aéreo com

⁹ Para mais informações sobre regulação de acesso a infraestruturas essenciais nos setores de telecomunicações, energia e transportes, ver NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infraestruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. pp. 257-268.

¹⁰ “Empresas incumbentes” é o termo utilizado na legislação antitruste para designar as empresas já estabelecidas no mercado, em contraponto com aquelas que tentam entrar (que seriam as “entrantes”).

¹¹ Para maiores detalhes, vide: GUIMARÃES, Eduardo Augusto e SALGADO, Lúcia Helena, op. cit.; OLIVEIRA, Alessandro V. M.. *Performance dos Regulados e Eficácia do Regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo*. NECTAR/ITA. São José dos Campos: novembro de 2005; OLIVEIRA, Alessandro V. M.. *A Experiência Brasileira na Desregulamentação do Transporte Aéreo: um balanço e propositura de diretrizes para novas políticas*. Documento de Trabalho n° 45, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Ministério da Fazenda. Brasília: 2007; ROCHA, Bolívar Moura e TAVARES, Márcia Prates. *Crise, Concorrência e Regulação no Transporte Aéreo Doméstico Brasileiro*, in ROCHA, Bolívar Moura (organizador). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003; dentre outros.

preços mais baixos, o que seria resultado de uma maior concorrência no setor. A análise jurídica da política regulatória, nesse caso, deve considerar a adequação da regulação econômica aos princípios constitucionalmente estabelecidos.

Nesse contexto, entra em cena a Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), uma nova proposta de abordagem do Direito sobre a Economia, que pretende verificar a validação de instituições econômicas como instituições também jurídicas. Para isso, é necessário que a política econômica possua também caráter jurídico no sentido constitucional, sendo compatível com os princípios e direitos dispostos na Constituição¹². Por meio da utilização de métodos de decomposição analítica de direitos e mecanismos de avaliação da fruição empírica desses, busca-se evidenciar se o nível de fruição dos direitos constitucionais está adequado ou se deve ser aprimorado.

Temos, portanto, que o objetivo inicial desse trabalho é realizar uma análise crítica sobre a política regulatória adotada para o transporte aéreo no Brasil, no período 2000-2010, sob o enfoque de direitos constitucionalmente estabelecidos. Para que esse objetivo seja atendido, será necessário, preliminarmente, descrevermos, no Capítulo 1, o histórico do marco regulatório do setor e a sua situação atual. Tal levantamento é importante para analisarmos o contexto histórico da regulação e seus efeitos sobre o mercado em cada período.

No Capítulo 2, apresentaremos os fundamentos da Análise Econômica do Direito e os resultados alcançados pelos estudos já realizados sobre a adequação da regulação do transporte aéreo à busca pela eficiência econômica. Trata-se de um capítulo com viés para a Economia, no qual serão introduzidos conceitos relevantes para a análise da regulação, tais como falhas de mercado e custos de transação.

Tendo em mente o resultado da análise econômica, o Capítulo 3 apresentará preliminarmente os fundamentos da Análise Jurídica da Política Regulatória. A partir de então, será possível decompor as principais medidas que formaram a política regulatória de promoção

¹² CASTRO, Marcus Faro de. *Instituições Econômicas: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado*. Revista de Direito Empresarial, nº 6, jul/dez, 2006. p. 42.

da concorrência, adotada a partir de 2005, e observar os efeitos gerados por ela sobre a fruição dos direitos constitucionalmente estabelecidos. Servirão de base para o nosso estudo dados recentes sobre o mercado de aviação civil no Brasil, com a finalidade de nos ajudar a quantificar a eventual evolução do exercício desses direitos. Esperamos, com isso, sermos capazes de mostrar que a utilização de instrumentos típicos de análise econômica não precisa ser restrita apenas à busca de uma maior eficiência econômica, sendo possível a sua utilização para a avaliação da capacidade de fruição empírica de direitos e para a prescrição de políticas públicas que aumentem essa capacidade.

2. HISTÓRICO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DO TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL

A história do transporte aéreo no Brasil teve início na década de 1920, com a fundação das primeiras empresas voltadas para a aviação comercial¹³. Concomitantemente, iniciou-se também a atuação do Estado como regulador dessa atividade. Assim, desde os primórdios do transporte aéreo brasileiro, duas características se destacaram e permaneceram até hoje: a importância da participação da iniciativa privada no desenvolvimento do setor aéreo e a participação do Estado como ente regulador. Durante o exercício do poder regulador, nas décadas seguintes, a atuação do governo, no tocante à regulação econômica, oscilou entre políticas intervencionistas e liberalizantes, como será visto neste capítulo.

2.1. PRIMÓRDIOS DA REGULAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL NO BRASIL

O primeiro regulamento brasileiro sobre o modal aéreo de transporte foi o Decreto n.º 16.893, de 22 de julho de 1925, baseado nos princípios da Convenção de Paris de 1919 e nos trabalhos desenvolvidos pela Comissão Iberoamericana de Navegação Aérea (Ciana). Apresentava dois aspectos importantes que serviriam de base para o balizamento da atividade que ainda estava por se iniciar no País: do ponto de vista técnico-operacional, dispunha que as aeronaves, salvo em caso de força maior, apenas pousariam ou decolariam nos aeródromos e campos de pouso; sob o aspecto jurídico-econômico, determinava que o transporte de passageiros ou cargas entre dois pontos no território brasileiro somente poderia ser realizado por

¹³ As primeiras companhias aéreas brasileiras foram: Sindicato Condor, Varig – Viação Aérea Riograndense, Aéropostale – Companhia Aéropostale Brasileira, as três autorizadas a operar em 1927; Panair do Brasil, autorizada em 1929; Aerolloyd Iguassu e Vasp – Viação Aérea São Paulo, ambas fundadas em 1933 (CASTRO, Newton de e LAMY, Philippe. *Texto para Discussão nº 319 - Desregulamentação do setor transporte: o subsetor transporte aéreo de passageiros*. IPEA: outubro de 1993. Disponível em: <http://getinternet.ipea.gov.br/pub/td/1993/td_0319.pdf>. Acesso em: 18 out. 2009. pp. 2-5).

companhias nacionais¹⁴. Trata-se da proibição de cabotagem por empresas estrangeiras, que ainda vigora atualmente¹⁵.

O primeiro órgão regulador da aviação civil surgiu logo em sequência. Por meio do Decreto n.º 19.902, de 22 de abril de 1931, o Governo Federal criou o Departamento de Aeronáutica Civil (DAC¹⁶), subordinado ao Ministério da Viação e Obras Públicas. Nesta primeira fase, o órgão regulador possuía natureza civil, e não militar. Em seguida, por meio do Decreto n.º 20.914, de 6 de janeiro de 1932, disciplinou-se a execução dos serviços aeronáuticos civis que seriam supervisionados e fiscalizados pelo DAC¹⁷. O primeiro Código Brasileiro do Ar foi instituído seis anos depois, em 8 de junho de 1938, pelo Decreto-Lei n.º 483.

Já em 1941, o Decreto-Lei n.º 2.961, de 20 de janeiro, dispôs sobre a criação do Ministério da Aeronáutica, que centralizou, sob sua direção, as aviações naval, militar e civil, retirando essa última do Ministério da Viação e Obras Públicas, o que representou o início da militarização da regulação da aviação civil, situação que perdurou até 2006. O DAC passou a se denominar Diretoria de Aeronáutica Civil, nome que permaneceu até 1967, quando voltou a se chamar Departamento. Em 1969, o DAC passou a se chamar Departamento de Aviação Civil, nomenclatura que foi mantida até a autorização legal para a sua extinção em 2005.

Foi com o final da Segunda Guerra Mundial que a aviação comercial teve um grande crescimento no País. Dois motivos foram determinantes para isso: a expansão da infraestrutura aeroportuária e a existência de aeronaves excedentes de guerra. De fato, a tecnologia aeronáutica daquela época não possibilitava a realização de voos diretos sobre o Oceano Atlântico, com exceção do trecho entre o Brasil e a África Ocidental, notadamente entre a cidade de Natal e Dakar, no Senegal. Em razão disso, aeródromos existentes foram expandidos e outras bases aéreas foram construídas e equipadas, o que propiciou uma expansão dos aeródromos e criou a base para a instalação da infraestrutura aeroportuária brasileira. Aliado a isso, foi ofertada ao

¹⁴ CASTRO e LAMY, op. cit., pp. 1-2.

¹⁵ Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, art. 216: “Os serviços aéreos de transporte público doméstico são reservados às pessoas jurídicas brasileiras.”

¹⁶ A sigla “DAC” permaneceu a mesma até o advento da Agência Nacional de Aviação Civil, em 2005, ainda que o seu significado tenha mudado mais de uma vez, assim como a sua vinculação com a estrutura administrativa federal, como será visto a seguir.

¹⁷ CASTRO e LAMY, op. cit., p. 6.

País, como excedente de guerra, uma grande quantidade de aeronaves que se encontrava em território brasileiro¹⁸.

A regulação vigente à época do fim da Segunda Guerra Mundial era de livre concorrência para o transporte aéreo¹⁹. Assim, com a grande oferta de aeronaves e de peças aeronáuticas, houve o surgimento de diversas empresas novas²⁰. No entanto, apesar de inicialmente benéfica à ampliação do número de localidades servidas²¹, a expansão da oferta não observou um crescimento da demanda no mesmo nível e, com isso, um grande número de empresas não obteve viabilidade. Em dez anos, de 1950 a 1960, houve um decréscimo de 22 companhias aéreas para apenas 10.

O excesso de empresas atuando em um ambiente desregulamentado gerou uma redução dos níveis de qualidade na prestação do serviço. Houve concentração das atividades em rotas mais lucrativas (especialmente as do litoral), guerra tarifária e redução da taxa de ocupação das aeronaves. Conseqüentemente, observou-se uma redução dos níveis de segurança e regularidade no transporte aéreo²².

2.2. DÉCADA DE 1960: INÍCIO DO REGIME DE COMPETIÇÃO CONTROLADA

No início da década de 1960, a expansão de oferta aliada à desregulamentação havia gerado um cenário de crise no setor aéreo. Das mais de vinte companhias fundadas na década de 1940, restavam apenas quatro de grande porte.

Para encontrar soluções para esse cenário, o governo e as companhias realizaram três encontros objetivando desenhar políticas de estímulo ao setor e regulação. Foram as

¹⁸ Ibid., p. 6.

¹⁹ Entendemos que a regulação não era propositadamente de livre concorrência, mas dados os altos custos de entrada no mercado antes do fim da Segunda Guerra, não havia preocupação sobre controle de entrada no mercado ou de guerra tarifária. Isso somente passou a ser notado com a redução desse custo gerado pelo aumento de oferta de aeronaves.

²⁰ De 1945 a 1954, 62 novas concessões para a exploração de serviços aéreos foram outorgadas.

²¹ De 148 localidades atendidas pelo transporte aéreo em 1948 para 346 localidades em 1954.

²² RODRIGUES, op cit., p.12.

Conferências Nacionais de Aviação Comercial – CONAC, que ocorreram em 1961, 1963 e 1968. Era o início de uma prática peculiar entre Estado e empresas aéreas que denominamos aqui de “regulação por consenso”.²³

Como resultado das CONACs, ocorreu a primeira reversão ao processo de livre concorrência no setor aéreo. Foi iniciada uma fase de estímulo à concentração entre as empresas e de formação de um ambiente de competição controlada, com medidas contra a competição ruinosa. O objetivo era gerar a redução do número de empresas no mercado para três no transporte doméstico e duas no transporte internacional, no máximo²⁴.

Além disso, o governo federal passou a intervir nas decisões empresariais das companhias, como a escolha das linhas, a precificação das passagens e a renovação da frota. O foco de tal política regulatória era assegurar a viabilidade das empresas aéreas nacionais e a competitividade no mercado internacional²⁵. Por fim, em 1963, foi criado um sistema de subsídios para linhas sem viabilidade econômica da Rede de Integração Nacional – RIN, cujo objetivo era desenvolver linhas alimentadoras para as linhas principais²⁶. Como consolidação da nova política, surgiu um novo Código Brasileiro do Ar, editado pelo Decreto-Lei n.º 32, de 18 de novembro de 1966, alterado posteriormente pelo Decreto-Lei n.º 234, de 28 de janeiro de 1967²⁷.

A fixação de tarifas domésticas e internacionais era regida pelo Decreto n.º 38, de 19 de dezembro de 1961, que determinava que essas eram aprovadas pelo DAC, de acordo com

²³ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *A Formação do Estado Regulador*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002006000300007&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 set. 2010.

²⁴ Pode-se dizer que tal objetivo foi alcançado. Na década de 1960, a Varig incorporou a Real e assumiu as rotas internacionais da falida Panair. Em 1975, a empresa incorporou também a Cruzeiro. Assim, em meados da década de 1970, havia apenas três empresas domésticas de âmbito nacional – Varig, Transbrasil e Vasp – e uma internacional, a própria Varig.

²⁵ RODRIGUES, op. cit. p. 14.

²⁶ O governo concedia subsídios especiais para as empresas que utilizassem aeronaves DC-3, Catalina ou C-46 nas rotas de médio e baixo potencial de tráfego, que não apresentavam viabilidade econômica. Linhas de baixo potencial de tráfego eram aquelas que transportavam até 5.000 passageiros/ano. As de médio tráfego eram aquelas que transportavam entre 5.000 e 20.000 passageiros/ano (BNDES. *Aviação Regional Brasileira*. Informe Infra-estrutura: área de logística, telecomunicações e complexo eletrônico n.º 50, novembro/2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/infra/Inf02-50.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2010. p.1).

²⁷ Para RODRIGUES (op. cit., pp.14-15), a política regulatória adotada neste período resguardava somente os interesses econômicos das companhias aéreas, sem levar em consideração os interesses dos usuários dos serviços aéreos.

critérios fixados pelo Ministério da Aeronáutica. Os parâmetros de cálculo de reajustes eram definidos mediante proposta do DAC. Era proibida a concorrência através da concessão de descontos, abatimento ou qualquer redução de tarifa. Até mesmo a venda de passagens por crediário dependia de aprovação prévia do órgão regulador²⁸.

A preocupação com a diminuição do número de localidades atendidas pelo transporte aéreo levou o governo a adotar outras medidas de competição controlada em meados da década de 1970²⁹. Por meio do Decreto n.º 76.590, de 11 de novembro de 1975, foram instituídos os Sistemas Integrados de Transporte Aéreo Regional (SITAR), com o objetivo de prover transporte aéreo para cidades de menor porte e localidades remotas. Em número de cinco, cada Sistema era constituído de linhas e serviços aéreos de uma determinada região, para atender a localidades de médio e baixo tráfego.

O Decreto n.º 76.590/75 autorizou o Ministério da Aeronáutica a outorgar as concessões para a exploração das linhas aéreas regionais regulares e definir os critérios para as empresas candidatas. Empresas regionais não poderiam se transformar em empresas de âmbito nacional, mas empresas nacionais poderiam ter participação de até 1/3 do capital das regionais³⁰. Foram designadas, então, cinco empresas aéreas regionais, cada qual incumbida de operar em uma das cinco áreas, sob regime de exclusividade³¹.

Com vistas a permitir a suplementação tarifária das linhas de baixa viabilidade, foi criado também um adicional de 3% sobre tarifas domésticas, destinado ao Fundo Aeroviário³². As

²⁸ CASTRO e LAMY, op. cit., pp. 33-34.

²⁹ De fato, houve uma redução de 335 localidades atendidas em 1958 para apenas 92 em 1975. Contribuiu para isso a evolução tecnológica, que permitiu que as empresas aéreas adotassem aeronaves mais modernas e de maior porte. Alguns efeitos dessa alteração de perfil da frota das empresas foram: redução da necessidade de pousos técnicos em cidades intermediárias; busca por cidades mais densamente povoadas; e abandono de cidades com aeroportos precários (RODRIGUES, op. cit., p. 15).

³⁰ Art. 10, §§ 1º e 2º, da Portaria n.º 22/GM5, de 7 de janeiro de 1976.

³¹ As empresas, que eram majoritariamente oriundas do setor de táxi aéreo, e suas respectivas áreas de atuação eram as seguintes: i) Nordeste Linhas Aéreas S.A. – Região Nordeste e parte dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo; ii) Rio-Sul Serviços Aéreos Regionais S.A. – Região Sul e parte dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo; iii) TABA Transportes Aéreos da Bacia Amazônica S.A. – Região Norte; iv) TAM Transportes Aéreos Regionais S.A. – atual Estado do Mato Grosso do Sul e partes dos Estados do Mato Grosso e São Paulo; v) VOTEC Serviços Aéreos Regionais S.A – Estado de Goiás, parte dos Estados do Pará e do Maranhão, a região do Triângulo Mineiro e o Distrito Federal (BNDES, op. cit., p. 2).

³² RODRIGUES, op. cit., p. 16.

empresas regionais recebiam essa suplementação de acordo com seu custo unitário e a quilometragem voada, dado um volume mínimo de passageiros pré-estabelecido pelo governo³³.

A regulação instituída em 1975 apresentava diversas restrições à concorrência e à livre iniciativa. Afinal, como já dito aqui, tratava-se de um regime de competição controlada. Estava proibida a concorrência em diversas dimensões, que podem ser resumidas em quatro aspectos:

- i) proibição de concorrência entre companhias nacionais e regionais;
- ii) proibição de concorrência entre companhias regionais;
- iii) vedação de entrada de novas empresas em ambos os mercados;
- iv) vedação da transformação de uma empresa regional em nacional.

Com isso, a única concorrência possível era entre companhias nacionais (que na época eram apenas três, Varig, Vasp e Transbrasil). Era vedada a concorrência de qualquer gênero com as empresas regionais. Também não era possível a entrada de novos agentes no setor. Por fim, havia uma limitação no tamanho das aeronaves utilizadas pelas empresas regionais, o que, por um lado, eliminava a possibilidade de pressão para entrada no mercado nacional e incentivava a adoção de aeronaves nacionais³⁴, mas, por outro, impedia que ganhos de escala³⁵ importantes fossem obtidos nesse nicho de mercado³⁶.

³³ BNDES, op. cit., p. 4.

³⁴ Segundo estudo do BNDES, a adoção dos SITAR incentivou a adoção da aeronave Bandeirante EMB-110, lançada alguns anos antes pela Embraer, na época, ainda uma empresa estatal. (BNDES, op. cit., p. 2)

³⁵ Aeronaves maiores permitiriam que mais passageiros fossem transportados com custos proporcionalmente menores do que ocorreria com aeronaves menores, em razão da diluição de custos por um número maior de passageiros.

³⁶ Dadas as características da regulação desse período, OLIVEIRA denomina-o como “Regulação com Política Industrial”. Ao nosso ver, a denominação é acertada, pois se pretendia, por meio do arcabouço regulatório notadamente interventivo – no qual tarifas, linhas servidas e frequências eram determinadas pelas autoridades – incentivar o desenvolvimento do transporte aéreo no Brasil, aumentando o seu âmbito geográfico de incidência (atendimento de um número maior de localidades), e até mesmo a utilização de aeronaves nacionais. (OLIVEIRA, Alessandro V. M. *A Experiência Brasileira na Desregulamentação do Transporte Aéreo: um balanço e propositura de diretrizes para novas políticas*. Documento de Trabalho n.º 45, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Ministério da Fazenda. Brasília: 2007. p. 134).

2.3. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA DE 1986

Em meados da década de 1980, o Congresso Nacional aprovou uma nova regulação para a aviação civil brasileira. O agora denominado Código Brasileiro de Aeronáutica – CBAer (Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986) revogou o antigo Código Brasileiro do Ar, de 1966, e continua vigente até hoje.

Assim como seu antecessor, o CBAer de 1986 possui um amplo âmbito de incidência e dispõe sobre a regulação técnica, econômica e jurídica de praticamente todos os aspectos da aviação civil: tráfego aéreo, infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, sistemas de controle de tráfego aéreo e de segurança de voo, aspectos técnicos das aeronaves e da tripulação, prestação dos serviços aéreos, responsabilidade civil e infrações, dentre outros.

Do ponto de vista da regulação econômica do transporte aéreo, o CBAer pouco alterou as barreiras à entrada e a competência da autoridade aeronáutica para regular e intervir economicamente no mercado³⁷. A exploração de serviços de transporte aéreo público regular de passageiros continuou dependendo sempre de concessão prévia do Poder Público, somente dada a pessoa jurídica brasileira com sede no Brasil, com pelo menos 4/5 do capital votante nas mãos de brasileiros e direção da empresa apenas para brasileiros³⁸. Assim, manteve-se a restrição à livre iniciativa de atuação no setor de transporte regular de passageiros e cargas, submetendo-o a uma concessão prévia, e impedindo a atuação de estrangeiros do País, seja por participação direta (proibição da atuação de pessoa jurídica estrangeira) ou indireta (restrição de participação acionária estrangeira no capital das empresas brasileiras e impedimento de estrangeiros no quadro diretivo das companhias).

O regime de competição controlada presente no CBA de 1966 também foi mantido, como pode ser visto no art. 193³⁹:

³⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 17.

³⁸ Arts. 180 e 181 da Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

³⁹ CASTRO e LAMY (op. cit., p. 34) criticam a manutenção do regime de competição controlada ao afirmar que: “A participação histórica (via subvenções e financiamentos a fundo perdido) à viabilidade econômica das companhias

*Art. 193. Os serviços aéreos de transporte regular ficarão sujeitos às normas que o Governo estabelecer para impedir a competição ruinosa e assegurar o seu melhor rendimento econômico podendo, para esse fim, a autoridade aeronáutica, a qualquer tempo, modificar frequências, rotas, horários e tarifas de serviços e outras quaisquer condições da concessão ou autorização.*⁴⁰

Com isso, a autoridade aeronáutica, entendida aqui como órgão regulador do setor, manteve seu poder de total intervenção na atuação das empresas e em suas decisões empresariais, sob o pretexto de evitar a competição ruinosa e assegurar o equilíbrio econômico das companhias aéreas.

2.4. INÍCIO DO PROCESSO DE LIBERALIZAÇÃO

Logo no início da década de 1990, pelo menos três fatores foram determinantes para que se desse início ao processo de liberalização do transporte aéreo no Brasil.⁴¹

Primeiramente, o Poder Legislativo, por meio de recomendações da Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados, sugeriu que houvesse uma abertura maior no setor. Em razão disso, o Ministério da Aeronáutica iniciou a implementação de algumas inovações, que permitiram a adoção de descontos tarifários para alguns grupos de consumidores (estudantes e idosos, por exemplo) e a entrada de novos competidores na ponte aérea Rio de Janeiro – São Paulo e nas linhas internacionais para os Estados Unidos⁴².

poderia explicar a pouca simpatia do Poder Público para a possibilidade de aparição de situações de concorrência desenfreada entre as companhias e sua prudência no que diz respeito à desregulamentação”.

⁴⁰ Redação idêntica ao do art. 74 do Decreto-Lei n.º 32, de 1966: *Os serviços aéreos de transporte regular ficarão sujeitos às normas que o Governo estabelecer para impedir a competição ruinosa e assegurar o seu melhor rendimento econômico podendo, para esse fim, a autoridade aeronáutica competente, a qualquer tempo, modificar rotas, frequências, horários e tarifas de serviço e outras quaisquer condições de concessão ou da autorização.*

⁴¹ Sobre as políticas econômicas de liberalização no início da década de 1990, ver CASTRO, Marcus Faro de e CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. *Globalization and Recent Political Transitions in Brazil*. In *International Political Science Review* (IPSR, 2003), Vol. 24, n.º 4, 465-490. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1601633>>. Acesso em: 15 set. 2010.

⁴² CASTRO e LAMY, op. cit., pp. 36-37.

Em segundo lugar, as próprias empresas aéreas, restritas à competição apenas por meio do aumento da qualidade do serviço ofertado (visto que não era possível praticar descontos para atrair novos consumidores), e diante da evolução tecnológica (que permite a redução de custos) e da implementação de novas práticas comerciais (como o gerenciamento de receitas⁴³), passaram a pleitear maior flexibilidade nas regras governamentais⁴⁴.

Por fim, o Governo Collor instituiu, por meio do Decreto n.º 99.179, de 15 de março de 1990, o Programa Federal de Desregulamentação⁴⁵, com fundamentos e diretrizes incompatíveis com a regulação vigente para o transporte aéreo, como a redução do papel do Estado e a limitação da interferência estatal na economia⁴⁶.

Esse conjunto de fatores levou o governo federal a utilizar novamente o modelo de “regulação por consenso” iniciado na década de 1960 e realizar, em novembro de 1991, a quinta edição da CONAC (V CONAC). No entanto, dessa vez, o resultado foi o desenho de uma política consonante com as tendências de desregulamentação do setor observadas em diversos países do mundo. O foco agora não era mais a simples manutenção dos interesses econômicos das empresas. Passou-se a se incorporar o interesse dos usuários, o que culminou na adoção de medidas para uma maior flexibilização de funcionamento das empresas e para a eliminação de barreiras à entrada.

⁴³ Do inglês *yield management*, que é a prática de preços diferenciados de acordo com determinadas características da demanda. Por exemplo, uma pessoa que compra uma passagem com semanas de antecedência pode pagar mais barato do que alguém que compra um bilhete para o mesmo dia.

⁴⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 20. Os efeitos da regulação tarifária praticada pelo DAC conjugados com os diversos planos econômicos da década de 1980 geraram ações judiciais das empresas aéreas contra a União, com a alegação de quebra de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão (Ibidem, p. 17).

⁴⁵ *Art. 1º Fica criado o Programa Federal de Desregulamentação, fundamentado no princípio constitucional da liberdade individual, com a finalidade de fortalecer a iniciativa privada, em todos os seus campos de atuação, reduzir a interferência do Estado na vida e nas atividades do indivíduo, contribuir para a maior eficiência e o menor custo dos serviços prestados pela Administração Pública Federal e sejam satisfatoriamente atendidos os usuários desses serviços.*

Art. 2º O programa de que trata este Decreto será formulado e executado com a observância das seguintes diretrizes:

(...)

II - somente serão mantidos os controles e as formalidades imprescindíveis;

III - a atividade econômica privada será regida, basicamente, pelas regras do livre mercado, limitada a interferência da Administração Pública Federal ao que dispõe a Constituição;

⁴⁶ CASTRO e LAMY, op. cit., p. 36.

A partir de então, diversas normas infralegais deram início ao processo de revisão do marco regulatório com a introdução do princípio da concorrência⁴⁷. Pode-se destacar uma série dessas medidas que passaram a modificar as diretrizes do transporte aéreo nacional⁴⁸:

- a gradual eliminação das restrições associadas à operação das linhas aéreas domésticas nacionais, regionais e especiais, permitindo que empresas regionais passassem a atuar nas linhas nacionais e que empresas nacionais pudessem entrar em linhas especiais⁴⁹;
- a flexibilização dos voos *charter*, com o objetivo de fomentar o turismo, provocar a exploração de novas rotas e ampliar a competição no segmento turístico do mercado de transporte aéreo;
- o incentivo ao processo de alocação de novas linhas ou alteração de linhas existentes; e
- a implantação do sistema de bandas tarifárias, dentro do qual as empresas aéreas era livres para precificar seus serviços, dando início à liberalização tarifária implementada de forma gradual ao longo de toda a década.

Em suma, nessa primeira rodada de liberalização⁵⁰, foram abolidos os monopólios regionais, criados pelo SITAR⁵¹, e houve incentivo para a entrada de novas empresas em mercados até então segregados.

⁴⁷ GUIMARÃES e SALGADO, op. cit., p. 13.

⁴⁸ Para maiores detalhes sobre as portarias editadas pelo Ministério da Aeronáutica no início da década de 1990, ver CASTRO e LAMY, op. cit. pp. 38-39.

⁴⁹ Entendia-se por linhas aéreas domésticas nacionais aquelas que ligavam as capitais e as cidades com mais de um milhão de habitantes. Linhas aéreas domésticas regionais as que faziam a ligação entre as demais cidades e aquelas servidas pelas linhas aéreas nacionais. Linhas aéreas domésticas especiais aquelas entre os aeroportos Santos Dumont no Rio de Janeiro, Congonhas em São Paulo, Pampulha em Belo Horizonte e o aeroporto de Brasília. Essas últimas correspondiam aos “voos diretos ao centro – VDC”, que foram instituídos em janeiro de 1986 e eram operados exclusivamente pelas empresas regionais. Única exceção a isso era a ponte aérea Santos Dumont – Congonhas que era operado pelas empresas nacionais (LOVADINE e OLIVEIRA, op. cit., p. 259).

⁵⁰ A expressão “rodada de liberalização” é utilizada por OLIVEIRA e LOVADINE (op. cit., pp. 258-259).

⁵¹ As concessões das empresas regionais foram renovadas por portaria, na qual foi determinado que o âmbito de atuação estava estendido para todo território nacional. Na prática, tal medida acabou com o SITAR, no qual cada empresa detinha exclusividade sobre uma região.

A liberalização tarifária gradual merece ser tratada de forma destacada. Iniciada em 1989, com a implementação de um sistema de bandas⁵², apenas a partir de 1997 é que novas medidas passaram a ser adotadas para uma maior flexibilização tarifária, com a ampliação da possibilidade de descontos. No ano seguinte, a banda foi eliminada⁵³, restando ainda o limite representado pela tarifa básica, isto é, uma tarifa mínima abaixo da qual passagens aéreas não poderiam ser comercializadas. Esse é o início da segunda rodada de liberalização que ainda levaria alguns anos para ser consolidada.

Também merece destaque, no final da década de 1990, o início da desmilitarização da aviação civil que gerou mudanças no ambiente institucional de regulação do setor. Como já visto, o transporte aéreo estava inicialmente sob a competência de um órgão civil, o Ministério da Viação e Obras Públicas, e, em 1941, passou a ser tratada pelo Ministério da Aeronáutica. Tinha-se então uma atividade econômica de entes privados regulada e fiscalizada por instituições militares.

Apenas com a criação do Ministério da Defesa, por meio da Lei Complementar n.º 97, de 9 de junho de 1999, é que esse cenário começou a se reverter. Tal norma tratava da organização das forças armadas, colocando-as em posição administrativa subordinada ao Ministro da Defesa. Lançava também as fundações para a desmilitarização da aviação civil, ao prever que lei ordinária criaria a Agência Nacional de Aviação Civil⁵⁴.

Dentro desse contexto, em 17 de agosto de 2000, o Decreto n.º 3.564 dispôs sobre a criação do Conselho de Aviação Civil (também denominado de CONAC, como eram as Conferências), órgão de assessoramento do Presidente da República para a formulação da política nacional de aviação civil. O CONAC é presidido pelo Ministro da Defesa e possui como

⁵² Sistema no qual o regulador estabelecesse um preço mínimo e um preço máximo, deixando livre a variação entre esses limites.

⁵³ Portaria n.º 701/DGAC, de 30 de dezembro de 1998, que determinou que os valores das tarifas domésticas fossem estabelecidas livremente pelas empresas de transporte aéreo regular, em função da classe dos serviços por elas prestados e de conformidade com os seus índices tarifários líquidos registrados no DAC.

⁵⁴ *Art. 21. Lei criará a Agência Nacional de Aviação Civil, vinculada ao Ministério da Defesa, órgão regulador e fiscalizador da Aviação Civil e da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, estabelecendo, entre outras matérias institucionais, quais, dentre as atividades e procedimentos referidos nos incisos I e IV do art. 18, serão de sua responsabilidade.*

membros o Comandante da Aeronáutica e os seguintes Ministros: das Relações Exteriores; da Fazenda; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; do Turismo; da Casa Civil da Presidência da República; do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Justiça; dos Transportes⁵⁵. Com a competência para estabelecer diretrizes para a regulação da aviação civil como um todo, o efeito prático da criação do Conselho foi a necessidade de observância, pelo Comando da Aeronáutica, das resoluções aprovadas, ao elaborar políticas regulatórias.

Assim, atendendo à determinação do CONAC, em março de 2001, portarias concomitantes do DAC e do Ministério da Fazenda levaram à total liberdade tarifária em determinadas linhas aéreas, que foram monitoradas para aferição dos efeitos de tal medida. Com o resultado positivo obtido, em agosto do mesmo ano, novamente portarias paralelas implementaram a liberação integral das tarifas aéreas para o transporte de passageiros e de carga⁵⁶. Ressalte-se que tal liberdade tarifária era somente para o mercado doméstico. No transporte internacional, continuou vigorando ainda por alguns anos uma política de preço mínimo, abaixo do qual não poderiam ser comercializados bilhetes, sob pena de multa pelo órgão regulador.

Além da liberdade tarifária, no mesmo ano, o DAC passou a flexibilizar o processo para a entrada de novas empresas e para pedidos de novas linhas aéreas, frequências e aeronaves. Houve, portanto, redução de barreiras institucionais à entrada no setor aéreo⁵⁷.

Como consequência desse conjunto de medidas, abriu-se a possibilidade para que empresas já estabelecidas tivessem maior liberdade para concorrer entre si e para que novas

⁵⁵ Inicialmente, o CONAC era composto apenas pelo Comando da Aeronáutica e dos seguintes Ministros: da Defesa; da Casa Civil da Presidência da República; da Fazenda; e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Os demais foram adicionados gradativamente: em 2001, o Ministro das Relações Exteriores (Decreto n.º 3.955, de 5 de outubro); em 2005, os Ministros do Turismo e Planejamento, Orçamento e Gestão (Decreto n.º 5.419, de 13 de abril); e em 2009, os Ministros da Justiça (Decreto n.º 6.815, de 6 de abril) e dos Transportes (Decreto n.º 6.970, de 29 de setembro).

⁵⁶ A Resolução CONAC n.º 07, de 28 de março de 2001, gerou a liberdade tarifária para o primeiro grupo de linhas, por meio da Portaria MF n.º 90, de 5 de abril de 2001, e da Portaria n.º 672/DGAC, de 16 de abril de 2001. Já a liberdade tarifária doméstica total foi ocasionada pela Resolução CONAC n.º 08, de 10 de agosto de 2001, que orientou a edição da Portaria MF n.º 248, de 10 de agosto de 2001, e da Portaria n.º 1.213/DGAC, de 16 de agosto de 2001.

⁵⁷ OLIVEIRA, Alessandro V. M. *A Experiência Brasileira na Desregulamentação do Transporte Aéreo: um balanço e proposição de diretrizes para novas políticas*. Documento de Trabalho n.º 45, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Ministério da Fazenda. Brasília: 2007., p. 139.

empresas passassem a oferecer serviços nas rotas regulares, o que acabou gerando uma alteração na repartição das participações de mercado. De fato, com o crescimento de uma empresa anteriormente regional, a TAM, e a entrada de uma nova empresa aérea atuando no âmbito nacional, a Gol Linhas Aéreas⁵⁸, ocorreu uma substancial redução da participação de mercado das incumbentes⁵⁹.

2.5. RE-REGULAÇÃO

A redução da participação de mercado das empresas tradicionais e a situação pré-falimentar em que se encontravam geraram, já no início de 2003, primeiro ano de mandato do Presidente Lula, questionamentos aos resultados que o processo de implementação de concorrência no transporte aéreo havia produzido. Alguns grupos no governo passaram a defender novas medidas para diminuir a possibilidade de concorrência no setor⁶⁰.

⁵⁸ A entrada da Gol, em 2001, apresentou um novo conceito de empresa que estava sendo adotado no mundo, mas que até então não era conhecido no Brasil: a empresa de *low-cost low-fare* (baixos custos e baixas tarifas). Esse tipo de empresa apresenta altos padrões de eficiência possibilitando a prestação de serviços com custos mais baixos.

⁵⁹ A participação de mercado conjunta das empresas Vasp, Varig e Transbrasil passou de 74% em 2000 para 55,23% em 2002, tendo a Transbrasil parado de operar em dezembro de 2001. Nesse sentido, ROCHA e TAVARES identificam três movimentos que podem ser identificados como caracterizadores da estrutura do setor aéreo até o início do ano de 2003: (i) a entrada de novas empresas nas rotas regulares; (ii) a redução da participação de mercado de algumas empresas tradicionais; e (iii) a racionalização das operações das empresas com base na rentabilidade das rotas. (ROCHA, Bolívar Moura e TAVARES, Márcia Prates. *Crise, Concorrência e Regulação no Transporte aéreo Doméstico Brasileiro*. In ROCHA, Bolívar Moura (organizador). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003. p. 275).

⁶⁰ Alguns desses argumentos podem ser vistos no Voto n.º 002/2003 do Ministro da Defesa, que apresentou as suas razões para o estabelecimento das diretrizes da política de aviação civil aprovadas em reunião do CONAC em outubro de 2003:

A atuação do poder público sobre o setor aéreo volta a ganhar importância diante do quadro de crise que atinge as empresas de transporte aéreo, exigindo do governo decisões claras na busca de soluções para a superação do atual momento, que sejam rápidas, efetivas e ao mesmo tempo não interfiram na construção de um cenário estável, porém competitivo, para o futuro.

O transporte aéreo foi submetido, como política de governo, a cenários competitivos sem que se propiciasse gestão regulatória adequada na condução da transição entre ambientes não-competitivos, onde a iniciativa empresarial volta-se exclusivamente para o operacional e o ambiente desregulado de mercado.

Concomitantemente ao processo de desregulamentação, a liberalização do mercado de combustíveis, insumo crítico na formação dos custos da atividade, e os sucessivos períodos de instabilidade no câmbio e as medidas de liberalização do acesso a mercados ocasionaram sucessivas “guerras tarifárias” e, por fim, a crise que atingiu o setor aéreo no mundo inteiro, após os atentados de 11 de setembro de 2001 e, mais recentemente, a Guerra do Golfo.

O quadro de dificuldades, gerado pelos eventos citados, levou à adoção de medidas emergenciais, hora em vigor, de controle da oferta mediante restrições à importação de aeronaves e outros procedimentos de intervenção sobre a oferta.

Assim, em 13 de março de 2003, observou-se uma primeira medida sinalizando a reversão na política concorrencial que estava sendo implantada no setor aéreo. O Comando da Aeronáutica, com base na “crise econômica que se abate sobre o transporte aéreo brasileiro”, publicou a Portaria n.º 243/CG5, que determinou que o Departamento de Aviação Civil (DAC) adotasse as medidas necessárias para a adequação da oferta de transporte aéreo à demanda disponível no mercado e que a autorização para a importação de aeronaves comerciais, emitida pelo DAC, deveria se sujeitar à comprovação de real necessidade pelo requerente. Na prática, tal comando autorizava o órgão regulador a intervir no mercado para reduzir a concorrência por meio da capacidade já instalada e coibir a entrada no País de novas aeronaves, que permitiriam o aumento da concorrência por meio da expansão da capacidade de oferta de algumas empresas.

Novamente em 31 de julho de 2003, o Comando da Aeronáutica publicou a Portaria n.º 731, que assim como a Portaria n.º 243, também apresentava um viés restritivo, dessa vez, com abrangência maior, visto que alterava dispositivos da “Política para os Serviços de Transporte Aéreo Comercial do Brasil”. Havia, nessa portaria, determinação de que a oferta deveria se adequar à demanda, que a criação de novas empresas deveria observar a situação daquelas já existentes e que deveria ser evitada a sobreposição de linhas com proximidade de horários, dentre outras medidas.

Com base nessas duas portarias, o órgão regulador passou a controlar a oferta no setor, por meio da exigência de estudos de viabilidade econômica prévia para pedidos de importação de novas aeronaves, para atuação em novas linhas e mesmo para entrada de novas companhias aéreas⁶¹. Assim, utilizando-se de mecanismos discricionários de controle, o DAC passou a impedir a criação de novas empresas e o crescimento de empresas incipientes, dificultando, com isso, a contestação de poder de mercado em diversas linhas. Era a volta do regime de competição controlada, com a reintrodução da regulação das variáveis de oferta e de preço no setor⁶².

⁶¹ OLIVEIRA, Alessandro V.M. *A Regulação da Oferta no Transporte Aéreo: do comportamento de operadoras em mercados liberalizados aos atritos que emergem da interface público-privado*. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico: Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 159.

⁶² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O Processo de Flexibilização e as Fusões e os Acordos de Cooperação no Mercado de Transporte Aéreo de Passageiros*. Documento de Trabalho n.º 32. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Fev 2006. Disponível em

Em maio de 2004, uma última medida feita pelo DAC tentou retornar, ainda que parcialmente, ao controle tarifário. Sob a alegação de ter detectado indícios de preço predatório da empresa Gol, o órgão regulador suspendeu a comercialização de bilhetes promocionais⁶³. Para respaldar tal medida, o DAC publicou, três dias depois, a Portaria n.º 447/DGAC, que determinava que certos descontos deveriam ser comunicados com cinco dias úteis de antecedência⁶⁴.

Além das restrições à concorrência causadas por tais medidas, observou-se ainda um problema institucional. Houve, de fato, uma alteração na política para o setor por um ato do órgão regulador. Essa atribuição, desde 2000, era de competência do CONAC, que estava, durante vários meses de 2003, discutindo se deveria ou não haver uma reversão nas condições de concorrência do transporte aéreo⁶⁵.

2.6. LEI DE CRIAÇÃO DA ANAC

<http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006/documento-de-trabalho-no-32-carlos-joppet-ragazzo.pdf>. Acesso em 20 fev 2010.

⁶³ Folha Online, 10 de maio de 2004: “DAC suspende venda de bilhete de R\$ 50 da Gol”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u84057.shtml>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

⁶⁴ Portaria n.º 447/DGAC, de 13 de maio de 2004:

Art 5º. Como regra geral, as empresas de transporte aéreo regular deverão registrar no DAC, para fins de monitoramento, os valores de suas tarifas, no máximo até o 5º dia útil após a data de início de sua aplicação.

Parágrafo único Para tarifas promocionais de passageiros cujos valores sejam inferiores a 35% (trinta e cinco por cento) da Tarifa de Referência, calculada com base nos Índices Tarifários de Referência a que se refere o artigo 4º desta Portaria, o registro de que trata o caput deste artigo deverá ser feito junto ao DAC com uma antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis em relação à data prevista para o início de sua vigência. Nessa hipótese, o registro de cada tarifa promocional deverá ser instruído com, no mínimo, as seguintes informações: valor da tarifa, vôos e trechos em que será aplicável, condições de aplicação (regras e restrições), período de validade, quantidade de assentos a ser disponibilizada por vôo, e outras informações consideradas relevantes para a análise do registro por parte do DAC.

⁶⁵ Em 2 de abril de 2003, o CONAC, por meio da Resolução n.º 001, instituiu o Comitê Técnico de Políticas Públicas (CTPP), coordenado pelo Ministério da Defesa e com a participação de entidades civis, empresas aéreas e outros órgãos do governo, visando à elaboração de proposta de medidas estruturais para a formulação de um novo marco legal, institucional e regulatório para o transporte aéreo. Era mais uma vez uma tentativa de regulação por consenso. Como resultado das reuniões do CTPP, foram aprovadas, em 30 de outubro de 2003, 18 resoluções, dentre as quais apenas uma se destacava para a discussão regulatória: a Resolução n.º 002, que tratava da regulação econômica. Essa resolução, no entanto, não determinava a alteração da tendência de implantação de um ambiente concorrencial no transporte aéreo e transferia para um momento posterior a definição de mecanismos de intervenção de mercado, o que acabou nunca ocorrendo.

Em 2005, após ampla discussão no Congresso Nacional, foi finalmente aprovada a lei de criação da ANAC. Apesar de algumas versões iniciais terem sido desenhadas para criar a agência reguladora e também instituir um novo marco regulatório (a exemplo das leis de criação de outras agências reguladoras, como a ANEEL, ANATEL e ANP⁶⁶), a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, trata quase que exclusivamente de aspectos relacionados à instalação da Agência, suas competências, seu funcionamento e as atribuições dos diretores.

Ainda que não tenha trazido um novo marco regulatório, a lei de criação da ANAC dispôs sobre alguns poucos aspectos regulatórios pontuais, mas extremamente importantes para a implantação da concorrência no transporte aéreo. A seguir, veremos três desses aspectos: liberdade tarifária, liberdade de oferta e papel do órgão regulador diante de práticas anticoncorrenciais.

É fato que a liberdade tarifária para linhas domésticas já havia sido instituída em 2001, mas, por ter sido realizada por norma infralegal, permaneceu sujeita a alterações da mesma forma. Isso criava instabilidade na atuação das empresas, como visto no episódio com a Gol em 2004, citado na seção anterior. Desse modo, como meio de reduzir essa insegurança jurídica, o art. 49 da Lei da ANAC dispôs o seguinte:

Art. 49. Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime de liberdade tarifária, as concessionárias ou permissionárias poderão determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à ANAC, em prazo por esta definido⁶⁷.

§ 2º (VETADO)⁶⁸

⁶⁶ A Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica. A Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações. A Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, hoje Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

⁶⁷ Regulamentado atualmente pela Resolução n.º 140, de 9 de março de 2010, que substituiu a Portaria n.º 447/DGAC, de 13 de maio de 2004.

⁶⁸ O § 2º original previa que: “constatando aumento abusivo das tarifas ou práticas prejudiciais à competição, a ANAC poderá estabelecer tarifas máximas ou mínimas para as linhas onde verificar irregularidade, sem prejuízo das sanções cabíveis”. Isso justificava a utilização da forma verbal “prevalecerá” presente no *caput*. O veto a este parágrafo foi proposto pelos Ministérios da Fazenda e da Justiça e foram justificados com base no conflito de

§ 3º A ANAC estabelecerá os mecanismos para assegurar a fiscalização e a publicidade das tarifas.

Com essa redação, a liberdade tarifária foi consagrada legalmente, sem possibilidade de intervenção pelo órgão regulador, e tornou-se irrestrita para os segmentos doméstico e internacional⁶⁹.

O segundo aspecto foi disposto pelo art. 48, § 1º:

Art. 48 (VETADO)

§ 1º Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC.

Trata-se da garantia de liberdade de oferta para as empresas aéreas, também agora assegurada legalmente. A partir de tal dispositivo, o órgão regulador não poderia mais negar a exploração de uma linha aérea por razões econômicas ou concorrenciais. Motivos operacionais oriundos de restrição de infraestrutura poderiam limitar a exploração de linhas, como é o caso de falta de espaço num determinado aeroporto em alguns momentos do dia ou de espaço aéreo congestionado. Nesse caso, por falta de capacidade física, a legislação permite a limitação da exploração da linha, devendo a empresa buscar outro horário ou outro aeroporto para operar.

A prestação de serviço adequado também pode ensejar a limitação da exploração de linhas⁷⁰. Assim, a ausência de condições de segurança por parte do operador e índices baixos de

competência que poderia ser gerado com as atribuições Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Com o veto, a liberdade tarifária passou a vigorar de forma irrestrita.

⁶⁹ A liberdade tarifária para o segmento internacional ainda demorou algum tempo para ser implementada, como veremos a seguir.

⁷⁰ Não há, no transporte aéreo, norma que regulamente especificamente o que seja serviço adequado. Utiliza-se como referência a definição presente no art. 6º, § 1º, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (que dispõe sobre o regime de concessão e permissão dos serviços públicos): “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

pontualidade ou regularidade autorizam o órgão regulador a restringir o acesso à implantação de novas linhas ou até mesmo a manutenção da operação em linhas já servidas.

Por fim, a Lei n.º 11.182/2005, trouxe a institucionalização do papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência⁷¹ (SBDC) para a repressão dos ilícitos concorrenciais no setor:

Art. 6º Com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais na área da defesa e promoção da concorrência, a ANAC celebrará convênios com os órgãos e entidades do Governo Federal, competentes sobre a matéria.

Parágrafo único. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANAC tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades referidas no caput deste artigo para que adotem as providências cabíveis.

Buscou-se, com isso, impedir que o órgão regulador interviesse no mercado quando diante de qualquer suspeita de conduta anticoncorrencial. Cabe à ANAC apenas a comunicação do indício de infração aos órgãos de defesa da concorrência, que deverão, eles sim, analisar e julgar os fatos, e adotar as sanções cabíveis⁷².

Esse conjunto de medidas pôs fim à possibilidade legal de se reinstaurar o regime de competição controlada. Assim, a partir da Lei n.º 11.182, de 2005, não é mais permitido controlar níveis de descontos, impedir a entrada de empresas em qualquer mercado ou intervir no mercado por razões concorrenciais ou econômicas. Faltava, no entanto, adequar a regulamentação para que as disposições legais passassem a vigorar sobre o setor aéreo. Esse foi o trabalho da ANAC, no que concerne à regulação econômica, nos primeiros quatro anos da sua existência.

⁷¹ Formado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça.

⁷² Os acordos de cooperação técnica da ANAC com a SEAE e com o CADE foram publicados no Diário Oficial da União do dia 03/06/2009. O com a SDE ainda se encontra em fase de elaboração.

Para a adoção completa da liberdade tarifária, duas medidas foram aprovadas pelo órgão regulador: a efetivação da liberdade tarifária no mercado internacional e a alteração na regra de registro de tarifas. Veremos ambas a seguir.

A liberdade tarifária para o mercado internacional, ainda que decorrência do disposto no art. 49 da Lei n.º 11.182/2005, levou cinco anos para vigorar completamente. Foi necessário que o CONAC determinasse a revisão da política tarifária, com base nesse dispositivo legal⁷³, para que a ANAC iniciasse o processo de liberalização, que foi implementado de forma gradual.

A regulação vigente para esse segmento estabelecia um piso tarifário abaixo do qual os bilhetes não poderiam ser comercializados. Assim, inicialmente, foram flexibilizadas as tarifas para a América do Sul, por meio da Resolução n.º 016, de 27 de fevereiro de 2008, e implementada a possibilidade de descontos graduais sobre o piso tarifário que seriam ampliados a cada período de três meses, até a total liberação dos preços para a América do Sul, que ocorreu em 1º de setembro de 2008⁷⁴.

Logo em seguida, a ANAC iniciou o processo para a liberalização das tarifas para o resto do mundo, também de forma gradual. A Resolução n.º 83, de 22 de abril de 2009⁷⁵, autorizou a prática de descontos de 20% a partir da data da sua publicação, 50% em 23 de julho e 80% em 23 de outubro do mesmo ano⁷⁶. Finalmente, em 23 de abril de 2010, todas as tarifas em ambos os segmentos estavam livres.

⁷³ Resolução CONAC n.º 007, de 20 de julho de 2007 (do Mercado Internacional):

1.5.1 Considerando o disposto no art. 49 da lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005, a regulamentação dos preços para o mercado internacional deverá ser revista pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, com vistas a maior promoção da liberdade de mercado e ao maior acesso dos usuários ao transporte aéreo internacional.

⁷⁴ A partir de 1º de março de 2008 foram permitidos descontos de até 50% do piso tarifário e, em 1º de junho, a possibilidade de descontos se ampliou para 80%. Cabe ressaltar que a Resolução em tela passava a permitir os descontos e não determinava que os preços deveriam ser reduzidos. Tratava-se de uma medida de liberalização dos preços e não de intervenção para a sua redução. A diminuição efetiva dos preços seria decorrente do processo concorrencial.

⁷⁵ Inicialmente a segunda fase da liberalização tarifária havia sido iniciada pela Resolução n.º 061, de 20 de novembro de 2008. No entanto, questionamento judicial suscitado pelas empresas aéreas levou a ANAC a revogar a resolução, em 27 de janeiro de 2009, e elaborar uma nova norma.

⁷⁶ A gradualidade da ampliação dos descontos visava não gerar instabilidades no mecanismo de precificação e permitir que as empresas aéreas fossem se preparando gradativamente para um maior nível de concorrência.

A segunda medida para consolidar o fim da possibilidade de intervenção do órgão regulador na precificação foi a revogação da Portaria n.º 447/DGAC, de 2004, extinguindo a necessidade de informação prévia pelas empresas das tarifas com desconto a serem comercializadas. Ainda que, na prática, os descontos não fossem mais objeto de análise pela ANAC, subsistia a necessidade regulamentar de submissão prévia, o que impedia descontos de última hora. Com a Resolução n.º 140, de 9 de março de 2010, as empresas passaram a ter a obrigação apenas de informar ao órgão regulador as tarifas praticadas no mês anterior, para efeitos de acompanhamento das condições de mercado.

Com relação à liberdade de oferta, merecem destaque as medidas que acabaram com o direcionamento das destinações dos voos com origem nos aeroportos centrais⁷⁷. Isso porque, mesmo com o fim das restrições para operação em linhas regionais, especiais e nacionais, subsistiam limitações de destinos de voos oriundos dos aeroportos de Santos Dumont, Congonhas e Pampulha, em decorrência da publicação das Portarias 187, 188 e 189/DGAC, respectivamente, todas de 8 de março de 2005. Assim, em razão desse conjunto de atos normativos, o Aeroporto de Congonhas deveria ser prioritariamente utilizado para voos para o Santos Dumont⁷⁸ e esse, por sua vez, somente poderia ter voos para Congonhas e voos regionais para o Estado do Rio de Janeiro e para estados limítrofes. Restrição semelhante vigorava também para voos com origem em Pampulha, que poderiam ter como destino apenas cidades do Estado de Minas Gerais e de estados limítrofes⁷⁹. Para ambos os aeroportos, havia ainda uma limitação de que, nas linhas aéreas domésticas, somente poderiam ser utilizadas aeronaves turbo-hélice com capacidade de até cinquenta assentos, com exceção dos voos da ponte aérea entre Rio e São Paulo.

⁷⁷ Assim denominados aqueles que se localizam nas zonas centrais das cidades do Rio de Janeiro (Aeroporto de Santos Dumont), São Paulo (Aeroporto de Congonhas) e Belo Horizonte (Aeroporto de Pampulha).

⁷⁸ A Portaria n.º 188/DGAC, de 8 de março de 2005, estabelecia critérios de utilização dos aeroportos situados nas Áreas de Controle Terminal (TMA) de São Paulo. Além de determinar a prioridade de utilização do Aeroporto de Congonhas, dispunha sobre a utilização de outros aeroportos do estado e proibia o tráfego de voos regulares no Aeroporto de Campo de Marte.

⁷⁹ As Portarias 187 e 189/DGAC, de 8 de março de 2005, estabeleciam critérios de utilização dos aeroportos situados nas Áreas de Controle Terminal (TMA) do Rio de Janeiro e de Belo Horizonte. Além das restrições de destino dos voos oriundos dos aeroportos de Santos Dumont e Pampulha, estabeleciam outras limitações.

A vigência de tais restrições ia de encontro ao determinado pelo art. 48 da Lei da ANAC, pois limitava a entrada de empresas em determinadas linhas por motivos não relacionados à capacidade operacional do aeroporto ou à prestação de serviço adequado. Com base nesse entendimento, a ANAC eliminou essas limitações por meio da revogação das Portarias 187 e 188/DGAC, de 2005, e pela declaração de nulidade da Portaria ANAC n.º 993, de 17 de setembro de 2007, que substituiu a Portaria n.º 189/DGAC, de 2005⁸⁰. A partir de então, apenas limitações da capacidade de infraestrutura e falta de prestação de serviço adequado podem ser observadas na recusa à autorização para a exploração de uma linha aérea.

Juntamente com a legislação, o conjunto de medidas adotadas pela ANAC representou a liberalização quase total do transporte aéreo no Brasil. Com a liberdade de oferta e a liberdade tarifária há uma regulação mais favorável à livre concorrência e à livre iniciativa, permitindo uma entrada maior de empresas existentes em novas linhas e de novas empresas no mercado, dentro do que o arcabouço legal vigente possibilita. Restaram ainda algumas restrições impostas pelo CBAer de 1986 que não foram superadas pela Lei da ANAC, como a limitação da participação de capital estrangeiro em até 20% das ações com direito a voto e a necessidade de contrato de concessão para o transporte aéreo regular.

Com a liberalização do transporte aéreo, feita por meio da desregulamentação econômica, a atuação da ANAC passou a ser concentrada na regulação de outras áreas onde se sentia a necessidade da sua presença. Nesse sentido, podemos citar as três principais áreas de atuação da Agência nos últimos quatro anos:

- i) regulação técnica, focada em aspectos de segurança das empresas aéreas, de aeronaves e de aeroportos, como a exigência de medidas de contraincêndio em aeroportos⁸¹;

⁸⁰ A Portaria ANAC n.º 993, de 17 de setembro de 2007, revogou a Portaria n.º 189/DGAC, de 2005, mas manteve restrições semelhantes para a utilização do Aeroporto de Pampulha. A opção do órgão regulador pela declaração de nulidade (Decisão ANAC n.º 49, de 17 de março de 2010) e não pela revogação foi baseada no fato de essa ser um ato normativo editado pela própria ANAC (e não pelo DAC) e estar confrontando o diploma legal ao estipular “limitação sem fundamento em aspectos de segurança operacional ou de efetiva capacidade operacional da infraestrutura aeroportuária”.

⁸¹ Resolução n.º 115, de 6 de outubro de 2009, que estabelece critérios regulatórios quanto à implantação, operação e manutenção do Serviço de Prevenção, Salvamento e Combate a Incêndio em Aeródromos Civis (SESCINC), no âmbito da ANAC.

- ii) regulação jurídica, com o intuito de preservar determinados direitos que não estão sendo garantidos pelas empresas aéreas, como a regulação da obrigação de as empresas prestarem assistência aos passageiros nos casos de atraso e cancelamento de voos⁸²;
- iii) regulação econômica de infraestrutura aeroportuária, com a elaboração do modelo de concessão de aeroportos⁸³, alterações na regulação tarifária de aeroportos⁸⁴ e regulação de acesso à infraestrutura escassa⁸⁵.

⁸² Resolução n.º 141, de 9 de março de 2010, que dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte aplicáveis aos atrasos e cancelamentos de voos e às hipóteses de preterição de passageiros e dá outras providências.

⁸³ Aprovação pela Diretoria da ANAC, em reunião no dia 9 de março de 2010, de proposta de decreto dispondo sobre o regime jurídico de concessão para exploração do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, no Estado do Rio Grande do Norte, a ser encaminhada, por intermédio do Ministério da Defesa, à Presidência da República, nos termos do art. 3º, inciso II, da Lei n.º 11.182, de 2005. Foi aprovado pelo Presidente da República como Decreto n.º 7.205, de 10 de junho de 2010.

⁸⁴ Resolução n.º 017, de 7 de março de 2008, que aprova os valores das Tarifas Aeroportuárias de Embarque, Pouso, Permanência e dos Preços Unificados domésticos para o Aeroporto Internacional de São Paulo/Congonhas, e estabelece procedimentos de cobrança.

⁸⁵ Resolução n.º 2, de 3 de julho de 2006, que aprova o Regulamento Sobre a Alocação de Horários de Chegadas e Partidas de Aeronaves em Linhas Aéreas Domésticas de Transporte Regular de Passageiros, nos aeroportos que menciona, e dá outras providências.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DA REGULAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO

O capítulo anterior apresentou resumidamente a história da política regulatória do transporte aéreo no Brasil, desde a década de 1920 até as medidas adotadas recentemente pelo órgão regulador, a ANAC, criada em 2005. Como visto, tal história contou com diversos episódios de alterações normativas, que tornaram o setor mais ou menos competitivo, a depender dos conteúdos das políticas.

As variações das condições de concorrência do mercado em virtude das normas editadas pelo órgão regulador são uma evidência de como a Economia e o Direito estão intrinsecamente ligados. De fato, normas influenciam comportamentos econômicos e características econômicas também influenciam e justificam a criação de novas normas e a alteração daquelas vigentes. Portanto, para uma análise mais profunda de determinados fatos observados na sociedade é necessário utilizarmos as duas áreas de conhecimento. Isso é ainda mais relevante em setores mais extensamente regulados da economia, nos quais, por definição, as normas determinam o comportamento dos agentes.

A análise da política regulatória vigente no setor aéreo é de suma importância para que se possa adequar os instrumentos adotados para os fins que se busca. Assim, deve-se entender se uma nova resolução do órgão regulador é benéfica para a sociedade ou não. Com esse intuito, traremos à tona neste capítulo a perspectiva econômica de análise da política regulatória e analisaremos, sob esse prisma, a regulação do setor.

3.1. ANÁLISE ECONÔMICA DA REGULAÇÃO

A análise da regulação do ponto de vista econômico é objeto de estudo de diversas áreas da Microeconomia⁸⁶ e possui uma vasta gama de enfoques. Nesta seção, apresentaremos algumas dessas abordagens.

⁸⁶ Microeconomia é a parte da Economia que estuda o comportamento das unidades econômicas individuais (consumidores, trabalhadores, investidores, empresas etc.) e como tais unidades interagem para formar unidades

A relação entre Direito e Economia tem se estreitado desde meados do século passado, quando começaram a ser consolidados os fundamentos do movimento conhecido como *Law & Economics*. De fato, apesar de ser possível identificar indícios desse pensamento já em Adam Smith⁸⁷, foi nas últimas quatro décadas do século XX que a utilização do instrumental econômico para a análise de fenômenos jurídicos passou a ser tratada com disciplina intelectual⁸⁸, fazendo com que o estudo do Direito e das decisões judiciais passasse a ser permeado por um objetivo típico das Ciências Econômicas: a busca pela eficiência econômica.

O movimento *Law & Economics* teve início, portanto, na década de 1960, na Universidade de Chicago, notadamente uma escola econômica liberal, estendendo-se a partir daí para diversas faculdades de Direito em outras universidades. Era o início de uma visão do direito como um sistema de regras que promove a alocação de incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico e que, como tal, poderia ser analisado à luz de critérios econômicos, como a busca pela eficiência econômica⁸⁹. Métodos típicos da análise econômica, como estudos econométricos⁹⁰, por exemplo, passaram a ser utilizados para a resolução de problemas legais e para a análise de como o direito e as regras legais exercem impacto sobre a economia e seu desenvolvimento. Em suma, *Law & Economics* pode ser definido como a aplicação da teoria

maiores, como mercados e indústrias (PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5ª Edição. Tradução e revisão técnica: Professor Eleutério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002. p. 3).

⁸⁷ *Más llamativa, por la importancia e influencia de la obra, es la presencia del análisis económico del Derecho en “La Riqueza de las Naciones”, de Adam Smith. Gran parte de esta obra – y por cierto, no la menos tediosa – está dirigida a analizar los mecanismos de recolección de impuestos y otros aspectos del Derecho Tributario, y sus consecuencias sobre la economía. También analiza Adam Smith: la importancia y efectos del derecho de propiedad; la importancia y efectos de la administración de justicia; múltiples aspectos de Derecho Constitucional; diversas instituciones del Derecho Procesal; la importancia e viabilidad del Derecho antimonopólico, entre muchas otras instituciones jurídicas.* (KLUGER, Viviana (org.). *Análisis Económico del Derecho*. 1ª Ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 23.)

⁸⁸ MERCURO, Nicholas e; MEDENA, Steven G.. *Economics and the Law - From Posner to Post-Modernism*. 3ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1997. p. 51.

⁸⁹ Preliminarmente, podemos considerar a eficiência econômica como o melhor resultado que se pode alcançar com os menores custos possíveis. Esse conceito, no entanto, possui várias nuances para a Economia. Algumas delas serão vistas a seguir de forma um pouco mais detalhada.

⁹⁰ A Econometria é uma ferramenta quantitativa das ciências econômicas que se utiliza de métodos estatísticos e funções matemáticas, com vistas a verificar a influência de variáveis diversas para um determinado resultado. Um exemplo disso seria utilizar uma série de dados sobre variações nos salários dos trabalhadores e da produção industrial para se entender o crescimento do produto interno bruto (PIB) de um país.

econômica para se examinar a formação, a estrutura e o processo dos fenômenos econômicos e o impacto econômico das leis e das instituições legais⁹¹.

Apesar de possuir diversas correntes de interpretação, muitas vezes denominadas de “escolas”⁹², *Law & Economics* pode ser visto como um só movimento, uma só escola de fato. Essas correntes competem entre si, mas se complementam⁹³, no que se consolida como a Análise Econômica do Direito. Convergem em relação à utilização do instrumental econômico para a análise do problema jurídico, mas podem divergir sobre o ponto de partida para a aplicação desses instrumentos. A Escola de Chicago, por exemplo, entende que os agentes econômicos buscam maximizar sua satisfação nas suas relações sociais, enquanto a escola da *Public Choice* crê que o que se busca é a maximização da reputação⁹⁴.

Não importando qual seja a corrente, a Análise Econômica do Direito foi concebida dentro do referencial analítico da Microeconomia Neoclássica⁹⁵, cujas premissas serão descritas brevemente a seguir. O entendimento, ainda que superficial de tais premissas, é de fundamental importância para que se compreenda a ótica adotada pelos economistas e juristas da Análise Econômica do Direito.

3.2. PRESSUPOSTOS ECONÔMICOS

O ponto de partida do pensamento neoclássico é um postulado sobre a racionalidade dos agentes econômicos. Como premissa, entende-se que os indivíduos possuem todas as informações necessárias para fazer suas escolhas e que eles sempre vão escolher o que lhes gera

⁹¹ MERCURO e MEDEMA, op. cit., p. 1.

⁹² MERCURO e MEDEMA (op. cit.), em sua obra, elencam algumas dessas correntes: a Escola da Chicago, Teoria da *Public Choice*, Economia Institucional, Nova Economia Institucional, dentre outras.

⁹³ Ibid., p. 2.

⁹⁴ Noções gerais de *Law & Economics* retiradas de PINHEIRO, Armando C. e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. pp. 84-88.

⁹⁵ Para saber mais sobre a relação entre *Law & Economics* e Microeconomia Neoclássica, ver COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007. Paper 050107'10. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

a maior satisfação possível. Isso, em linguagem econômica, equivale a dizer que se pressupõe que os indivíduos têm racionalidade ilimitada e sempre buscam, em seus comportamentos, a maximização da sua satisfação pessoal.

Além disso, presume-se que os indivíduos conhecem as suas preferências, sabem ordená-las e nunca ficam saciados com a quantidade consumida de um determinado bem. Em todas as situações, prefere-se sempre consumir mais quantidade de um bem ou serviço a se consumir menos, o que significa que, sempre que for possível aumentar a quantidade de um bem sem diminuir a quantidade dos outros, o indivíduo estará mais satisfeito. O mesmo pode acontecer se esse aumento ocorrer reduzindo a quantidade de outro bem, desde que a satisfação gerada pelo bem aumentado seja maior do que a do bem perdido⁹⁶.

Nesse contexto, são importantes ainda os incentivos e desincentivos. Indivíduos racionais que maximizam sua satisfação devem responder a incentivos e desincentivos para um determinado comportamento. O maior exemplo de incentivos é derivado do custo. Afinal, se houver uma redução do custo de um produto que gera satisfação para um consumidor, ele vai comprar mais daquele bem. Um exemplo disso seria a redução do preço das passagens aéreas, que presumivelmente faz consumidores viajarem mais.

Por outro lado, a percepção de um aumento de custo ou da criação de um novo custo pode levar um indivíduo a reduzir a quantidade consumida de um determinado bem. Assim, as pessoas viajarão menos caso o preço da passagem aumente. No mesmo sentido, caso o governo queira desestimular viagens internacionais – seja para evitar a saída de dólares do País, seja para incentivar o turismo interno –, poderá ser criado um imposto sobre passagens internacionais, que causará um desestímulo para a compra de passagens pelos consumidores.

Isso porque outro pressuposto da teoria econômica é a existência de restrição orçamentária. Dessa forma, ainda que os indivíduos desejem consumir quantidades infinitas do

⁹⁶ PINHEIRO e SADDI, op. cit., pp. 43-44.

que lhes gera satisfação, eles não podem, pois possuem recursos limitados para a aquisição de bens e serviços⁹⁷.

O mercado – entendido como o local no qual se encontram produtores e consumidores de um determinado produto ou serviço – possui a função de determinar os preços dos bens, uma vez que este seria o resultado do encontro das vontades de dois grupos: vendedores, que determinam o preço de cada quantidade dos bens com base nos seus custos de produção, e compradores, que dizem quanto querem comprar de cada produto a cada preço com base na satisfação ou utilidade que eles percebem daquele bem.

O modelo de mercado que mais se enquadra nos pressupostos neoclássicos é o de “concorrência perfeita”, no qual há muitos consumidores e produtores, pequenos em relação ao mercado como um todo. Supõe-se que todos possuem informações completas sobre os preços e sobre quantidades, que todos os custos de produção são percebidos por consumidores e produtores (em linguagem econômica, não há externalidades⁹⁸) e que não há cooperação entre os membros de cada grupo, isto é produtores realmente concorrem entre si e consumidores não se juntam para negociar condições diferenciadas⁹⁹.

O equilíbrio alcançado em um mercado como esse gera o máximo possível de bem-estar para a sociedade, pois o máximo de produtos é vendido com o menor preço possível, deixando satisfeitos consumidores e produtores. Nesse ponto, segundo a teoria econômica neoclássica, atinge-se uma situação de eficiência econômica.

A eficiência econômica é o grande objetivo almejado pelos economistas, pois representa a situação de máxima satisfação dos agentes. Ela é considerada como o ponto de maximização

⁹⁷ Ibid., p. 44.

⁹⁸ Veremos o conceito de externalidade mais a frente, ainda neste capítulo.

⁹⁹ VISCUSI *et al* detalha os pressupostos principais de um modelo de concorrência perfeita. São eles: (i) consumidores são perfeitamente informados sobre todos os bens; (ii) todos os bens são considerados privados (isto é, são consumidos de forma individualizada); (iii) as funções de produção dos produtores não possuem retornos crescentes de escala e alterações tecnológicas; (iv) consumidores maximizam suas preferências dadas as suas restrições orçamentárias; (v) produtores maximizam seus lucros dadas as suas funções de produção; (vi) todos os agentes são tomadores de preço (não conseguem individualmente influenciar no preço do mercado); (vii) não há cooperação entre agentes. (VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. e HARRINGTON JR., Joseph E. *Economic Regulation and Antitrust*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press. 2005. p. 79).

do excedente do consumidor (diferença entre o que consumidor desejava pagar por um bem e o que ele realmente paga) e do produtor (soma das diferenças entre o preço de cada bem e o custo de produzi-lo) em conjunto¹⁰⁰. Nesse contexto, mercados totalmente competitivos se mostram economicamente eficientes, uma vez que a soma do total do excedente do consumidor e do produtor¹⁰¹ será a maior possível, desde que não haja externalidades e que nada impeça o seu funcionamento, tal como uma lei regulamentando o mercado, por exemplo¹⁰².

No ponto de eficiência econômica em mercados competitivos, segundo o argumento da teoria econômica neoclássica, há uma situação de equilíbrio na qual não há possibilidade de se melhorar o bem-estar de um grupo sem piorar o de outro. É o que se denomina como “eficiência de Pareto”¹⁰³, que ocorre quando os recursos estão alocados na sociedade de maneira que a melhora de uns necessariamente gerará uma situação pior para os outros, em relação ao ponto de equilíbrio.

A preocupação dos economistas com a eficiência reside em analisar se as diversas situações estudadas são eficientes de Pareto. Caso não sejam, é possível elaborar, na perspectiva da economia neoclássica, alguma política econômica que possa gerar uma melhoria de Pareto, ou seja, pode-se buscar alguma medida governamental que cause a melhora da situação de um determinado grupo sem prejudicar o outro.

3.3. ABORDAGENS DA ANÁLISE ECONÔMICA

Duas são também as formas de abordagem da análise econômica. A primeira é a análise chamada “positiva”, que procura entender os fatos com o objetivo de descrever relações de causa e efeito e formatar explicações e previsões sobre o comportamento humano dentro de um

¹⁰⁰ PINDYCK e RUBINFELD, op. cit., p. 292.

¹⁰¹ O excedente do consumidor corresponde à diferença entre o montante que o consumidor estaria disposto a pagar por uma determinada quantidade de um bem e quanto ele efetivamente paga. Mede a satisfação que o consumidor tem a pagar menos do que ele estava disposto por um determinado bem. O excedente do produtor, por sua vez, mede a diferença entre o preço que o produtor recebe e o preço mínimo que ele exige para vender o bem. Mede a satisfação que o produtor tem ao vender um produto por um preço maior do que ele estava disposto a praticar.

¹⁰² PINDYCK e RUBINFELD, op. cit., p. 424.

¹⁰³ Designação alusiva a Vilfredo Pareto (1848-1923), político, sociólogo e economista italiano.

determinado contexto. Descreve como os agentes reagem às mudanças de situações econômicas e, principalmente, qual a reação diante de regras e suas alterações. Assim, a análise positiva deve possuir a utilidade de prever quais são os efeitos de uma determinada norma sobre o comportamento dos indivíduos e servir de instrumento para se determinar qual situação pode gerar maior eficiência econômica. É a análise dos fenômenos econômicos e de seus efeitos.

A segunda forma de abordagem é a chamada “análise normativa”. Por meio deste tipo de análise, tomando-se por base uma determinada situação inicial, procura-se estabelecer recomendações de políticas e normas com vistas a gerar alteração no comportamento dos agentes. Serve para projetar formas de intervenção do Estado na economia a fim de se alcançar um determinado objetivo, como, por exemplo, uma situação de maior eficiência econômica. Nesse caso, podem ser analisadas diversas opções de norma para se alcançar aquela que presumivelmente gera um efeito mais eficiente. Trata-se, portanto, da análise dos efeitos das possíveis alterações dos fenômenos econômicos, com o objetivo de fazer recomendações de como tais fenômenos podem ser alterados para se atingir uma determinada finalidade¹⁰⁴.

Considerando as duas formas de abordagem da análise econômica, tem-se que as regras podem ser avaliadas com base na eficiência econômica gerada pela sua aplicação, por meio da análise positiva, e que também podem estar sujeitas a prescrições que tenham o intuito de aumentar essa eficiência, papel da análise normativa¹⁰⁵.

É importante notar que ambas as abordagens são instrumentais e podem ser influenciadas pelos parâmetros utilizados para a análise. Afinal, busca-se analisar uma situação ou criar uma determinada política que atinja certa finalidade. É necessário que se determine qual é essa finalidade. Para os economistas neoclássicos, a eficiência econômica é o conceito a partir do qual se deve analisar a realidade dos fatos, seja pela ótica normativa ou positiva. Para outros campos de estudo pode-se buscar a satisfação ou concretização de outros valores, como a equidade ou o aumento do usufruto de direitos¹⁰⁶.

¹⁰⁴ PINDYCK e RUBINFELD, *op. cit.*, p. 6-7.

¹⁰⁵ PINHEIRO e SADDI, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁶ Veremos mais sobre isso no próximo capítulo.

3.4. PROBLEMAS NOS PRESSUPOSTOS NEOCLÁSSICOS

Como visto, segundo a teoria econômica neoclássica, numa situação de concorrência perfeita, as interações entre consumidores e produtores no mercado levam a uma situação de maximização do bem-estar social e de eficiência econômica. Ocorre que, no mundo real, dificilmente tais situações são encontradas e é difícil atingir um equilíbrio econômico eficiente como o observado num mercado perfeitamente competitivo.

A Economia se preocupa, portanto, em estudar todos os fatores que interferem no funcionamento dos mercados. Tudo o que faz com que o mercado não funcione em concorrência perfeita é objeto de estudo econômico: monopólios e oligopólios; ausência de informação sobre os produtos e sobre produtores e consumidores; custos não apropriados nos bens comercializados (como a poluição gerada na produção de um automóvel); regulamentações governamentais que limitam a atuação de empresas etc. Procura-se entender os problemas que interferem no mercado e o que se pode fazer para se resolver estes problemas.

São dois os principais grupos de fatores perturbadores do funcionamento teórico do mercado que são objeto de estudo da análise econômica: as falhas de mercado e os custos de transação. Ambos serão vistos de forma mais detalhada a seguir.

3.4.1 Falhas de mercado

Grosso modo, podemos considerar como falha de mercado tudo aquilo que impede que o equilíbrio observado no modelo perfeitamente competitivo seja verificado. De fato, no estudo da Economia, utiliza-se a expressão “falha de mercado” para as situações em que o mercado, por si só, não consegue alocar recursos de forma eficiente¹⁰⁷. Isso significa que se entende que o mercado falha todas as vezes em que se observa a ausência de um dos pressupostos do modelo neoclássico de concorrência perfeita, como visto: completa informação dos agentes; todos os custos de produção englobados pelo preço dos produtos; consumidores e produtores pequenos

¹⁰⁷ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p.10.

em relação ao mercado, sem poder de influenciar na determinação dos preços de forma individual; e bens individualizáveis no seu consumo. Para cada um desses pressupostos há uma falha de mercado correspondente.

i. Poder de mercado

O poder de mercado é a capacidade que os agentes econômicos, consumidores ou produtores, possuem de influenciar a determinação de preços da economia. Ora, como visto, num mercado de concorrência perfeita, o preço de um bem é o resultado do encontro da intenção com que os vendedores querem vendê-lo, dados os custos de sua produção, com a disponibilidade que os consumidores possuem para pagar por ele, dada a sua utilidade e a satisfação gerada. Não há possibilidade de que um único produtor consiga impor o preço que deseja para todos os consumidores, nem que um único consumidor consiga determinar aos produtores o quanto deseja pagar pelo bem¹⁰⁸.

Um bom exemplo disso é a venda de cerveja por ambulantes na porta de estádios em dias de jogo de futebol. Em todo evento, há centenas de vendedores de cerveja e milhares de torcedores com vontade de consumi-la. Suponha que os vendedores tenham adquirido cada lata de cerveja por cerca de R\$ 0,70 nos supermercados da cidade¹⁰⁹ e que estejam vendendo a R\$ 1,00, o que os consumidores entendem que é razoável para se pagar por uma cerveja (e ainda facilita o troco para ambos os lados). Esse é o preço de equilíbrio do mercado.

Caso um vendedor resolva passar a vender a cerveja por R\$ 2,00, ele não conseguirá fazer com que esse seja o preço de todo o mercado, porque os consumidores vão buscar os outros

¹⁰⁸ A definição do que é o mercado relevante para um determinado bem é fundamental para a análise de poder de mercado. É, na verdade, a extensão do mercado, referente aos seus limites geográficos e em termos da gama de produtos que nele são oferecidos (PINDYCK e RUBINFELD, op. cit., p. 9). “O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (...) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do ‘monopolista hipotético’, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços” (SEAE/SDE. *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração*. Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 50, de 1º de agosto de 2001. Disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias/portconjseae-sde.pdf Acesso em 3 mar. 2010).

¹⁰⁹ Alguns podem ter comprado por R\$ 0,65, outros por R\$ 0,80, mas consideraremos aqui um preço representativo para facilitar o exemplo.

muitos vendedores que estão vendendo a R\$ 1,00 e faturando com isso. Além disso, não conseguirá vender nenhuma lata e acabará tendo que baixar seu preço para o de equilíbrio.

Também não é possível que um comprador resolva passar a pagar apenas R\$ 0,90 pela lata de cerveja, pois não conseguirá convencer os vendedores desse novo preço, visto que há diversos outros consumidores que estão dispostos a pagar R\$ 1,00. Logo o comprador terá que voltar a oferecer R\$ 1,00 pela cerveja, caso contrário ficará sem. Nesse exemplo, compradores e vendedores não possuem poder de mercado, pois não conseguem, individualmente, influenciar na determinação do preço de equilíbrio.

No entanto, esse poder passa a existir na hipótese de se começar a reduzir o número de agentes de qualquer um dos lados. Se, ao invés de centenas de vendedores de cerveja na porta do estádio, houvesse apenas um, esse vendedor passaria a poder influenciar no preço do mercado. Afinal, todos os torcedores querem cerveja e não possuem outra forma de adquiri-la. Essa seria a situação de monopólio, onde apenas um produtor (nesse exemplo, apenas um vendedor) atua naquele mercado e pode determinar o preço da venda do produto sem levar em consideração quanto os consumidores estão dispostos a pagar. Em escala um pouco menor, o mesmo poderia ocorrer caso, ao invés de um só vendedor de cerveja, houvesse três (numa situação de oligopólio), pois, ainda assim, haveria um número enorme de consumidores desejando comprar cerveja de poucos fornecedores, que teriam o poder de determinar o preço da bebida.

O poder de mercado também pode residir nas mãos dos compradores. É o que ocorreria caso os compradores estabelecessem que apenas a torcida organizada compraria as cervejas e distribuiria para os torcedores. Assim, haveria um grande consumidor, personificado por meio dos diretores da torcida organizada, com o qual as centenas de vendedores teriam que negociar para conseguir vender suas cervejas. A torcida provavelmente conseguiria condições de compra melhores para os consumidores, mas prejudiciais aos vendedores. Essa situação caracteriza o poder de monopsonio, que é a estrutura de mercado na qual há apenas um comprador, chamado de monopsonista, e inúmeros vendedores.

Tem-se, portanto, que o poder de mercado é determinado em parte pelo número de agentes (consumidores ou produtores) que competem no mercado, o que pode resultar numa estrutura de mercado concentrada (monopólio, oligopólios ou monopsônios). O mesmo efeito pode ser emulado por meio da conduta concertada dos agentes, que podem permanecer como sendo centenas, mas agindo como apenas um. Seria o caso, por exemplo, de os vendedores acordarem, em reunião do sindicato dos vendedores de cerveja, que deveriam vender cada lata a R\$ 1,50, preço bem acima do determinado na interação competitiva. Por meio de um comportamento combinado, caracterizado como cartel, centenas de vendedores passariam a agir como se fosse um monopólio.

A capacidade de exercício de poder de mercado define os limites do chamado “mercado relevante”, elemento essencial para a análise dos efeitos gerados pelas condutas dos agentes econômicos. Podemos dizer que o mercado relevante possui duas dimensões, geográfica e do produto. A primeira se refere aos limites geográficos do mercado em análise, enquanto que a segunda é referente à determinação de que conjunto de produtos pode ser considerado como concorrente do outro. No exemplo dado, visto que os torcedores não substituem cerveja por refrigerante, nem estão dispostos a andar mais de alguns quarteirões para procurar bebida mais barata, podemos afirmar que o mercado relevante é o de venda de cerveja (dimensão produto) nas imediações do estádio.

Se o modelo de concorrência perfeita gerava a eficiência econômica e a maximização do bem-estar, o mesmo não se pode dizer das estruturas de mercado concentradas, nas quais os agentes possuem poder de mercado. De fato, monopólios, oligopólios, monopsônios e cartéis resultam em níveis de produção mais baixos e preços mais altos do que os resultantes de um processo competitivo. Em linguagem econômica, há perda de excedente do consumidor e do produtor, o que resulta numa perda para toda a sociedade.

Há ainda situações em que o monopólio pode ser resultado das características da produção de um determinado bem. É o caso do que economistas designam “monopólio natural”, que ocorre quando há um custo muito grande para se iniciar uma atividade produtiva e se entrar num mercado e economias crescentes de escala, ou seja, quanto maior a quantidade produzida,

menor o custo de produzi-la. Isso porque há setores nos quais, para se atuar, é necessário um investimento inicial muito elevado. Assim, os custos de se produzirem as primeiras unidades é muito alto, mas decresce quanto mais se produz, uma vez que não há necessidade de se investir pesadamente de novo. Isso dificulta a entrada de uma segunda empresa no mercado num momento posterior, pois ela terá que cobrir seus altos custos iniciais concorrendo com a empresa incumbente que já não mais precisa fazer isso¹¹⁰.

Um exemplo de monopólio natural seria a instalação de uma usina hidrelétrica de grande porte num rio para a produção de energia. Para o início da produção da primeira unidade de energia é necessário um grande volume de investimentos na construção da barragem e das comportas e na aquisição de turbinas e geradores. Uma vez que o investimento foi feito, é só deixar a água passar pelas turbinas, e essas, por sua vez, conduzirão o gerador a produzir energia elétrica. Ou seja, se o custo inicial derivado do investimento é de grande vulto, os custos para operação são relativamente muito baixos, permitindo que quanto mais se produza energia, mais seja possível diluir os custos. Se uma segunda hidrelétrica for construída cinco anos depois para atender a mesma comunidade, dificilmente conseguirá competir com a usina já instalada. Esse problema observado no setor elétrico é muito comum em atividades que necessitam da instalação de uma rede para funcionar, como é o caso da distribuição de água, de esgoto, de telefonia fixa e mesmo de distribuição de energia elétrica¹¹¹.

Mercados concentrados podem também ser causados pela presença de barreiras à entrada de novos competidores. Tais barreiras podem ser definidas como qualquer fator num mercado que coloque um potencial competidor em situação de desvantagem com relação a empresas já

¹¹⁰ Segundo VISCUSI *et al.* (op. cit.), o principal problema derivado dos monopólios naturais é o conflito entre a busca da eficiência produtiva (eficiência gerada internamente à firma, buscando reduzir seus custos de produção) e da eficiência alocativa (eficiência gerada pela combinação de insumos e produtos em proporções ótimas, dados os seus preços). De fato, numa situação de monopólio natural, para se alcançar a eficiência produtiva, é necessário que apenas uma única empresa atue no mercado, de forma que ela possa minimizar seus custos. No entanto, com uma única firma atuando na indústria, essa, ao maximizar seus lucros, terá incentivos para colocar seus preços acima de seus custos, o que, por sua vez, gerará ineficiências alocativas.

¹¹¹ Ressalta-se que se utiliza neste exemplo uma usina hidrelétrica de grande porte com o objetivo de atender uma determinada comunidade. Nesse caso, não seria viável a construção de uma segunda usina. Se considerarmos o sistema elétrico como um todo, levando em conta a demanda de energia de toda a sociedade, a hipótese de monopólio natural fica relaxada pois pode haver demanda para mais energia do que aquela primeira usina gera, o que viabiliza o investimento numa segunda planta energética.

atuantes no mercado. Com isso, a entrada de novos concorrentes se torna mais difícil, por aumentar os custos necessários para se iniciar a produção do bem consumido naquele mercado.

Podem ser considerados como barreira à entrada os seguintes fatores, dentre outros¹¹²:

- a. Barreiras legais ou regulatórias – em alguns setores, o acesso à produção pode ser objeto de regulamentação. Um claro exemplo de barreira legal é a prestação de serviços públicos, que, via de regra, somente pode ocorrer por meio de concessão, permissão ou autorização estatal, muitas vezes precedida de licitação.
- b. Recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas – caso da patente, que consiste num título de propriedade temporário, regulamentado por lei¹¹³, que é outorgado pelo Estado ao inventor de um determinado produto para impedir que terceiros usufruam comercialmente da sua inovação.
- c. Fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas – o que gera um maior gasto em publicidade e propaganda para a divulgação do produto e a conquista dos consumidores.
- d. Existência de custos irrecuperáveis – em determinados setores, são necessários ativos específicos para a produção que não podem ser utilizados em outras atividades. Assim, uma vez que se investe nesse tipo de ativo, o investimento fica vinculado à produção daquele bem, não podendo ser adaptado para outro¹¹⁴. É o caso de plataformas de exploração de petróleo, que podem até ser transferidas para outro poço, mas somente poderão ser utilizadas para esse fim¹¹⁵. Ainda mais restrita é a construção de um aeroporto ou de uma rodovia, que sempre ficará destinada àquela finalidade, o que limita a possibilidade de saída de um

¹¹² A sistematização das barreiras à entrada foi retirada de SEAE/SDE, op. cit., pp. 13-14. O Guia elenca de forma mais completa as barreiras a entrada: (a) custos irrecuperáveis; (b) barreiras legais ou regulatórias; (c) recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; (d) economias de escala e/ou de escopo; (e) o grau de integração da cadeia produtiva; (f) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (g) a ameaça de reação dos competidores instalados.

¹¹³ Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

¹¹⁴ Custos irrecuperáveis na entrada são também conhecidos como custos de saída, pois limitam a possibilidade do produtor deixar de atuar naquele setor sem incorrer na perda do seu investimento.

¹¹⁵ Outro exemplo de custo irrecuperável é o investimento na construção de um aeroporto, para a prestação de serviços de facilidades aeroportuárias. Caso o dono da empresa que o construiu resolva mudar de ramo, não poderá levar seu investimento para outro lugar ou utilizá-lo para outra atividade.

competidor do mercado. Afinal, a venda de um aeroporto somente interessaria a um administrador aeroportuário, que mantivesse a operação naquele mesmo local.

Quanto maiores forem as barreiras à entrada num setor da economia, maior será o poder de mercado da empresa ou empresas já estabelecidas, ou seja, maior será a capacidade de essas empresas influenciarem no preço dos bens comercializados. De fato, como a entrada de novos competidores é dificultada, os agentes já estabelecidos no mercado se sentem mais confortáveis para precificarem seus produtos com preços mais elevados do que os observados no modelo de concorrência perfeita. Quanto menor for a probabilidade de que uma nova empresa possa atuar e competir com preços mais baixos, maior será esse poder de mercado dos incumbentes.

No intuito de reduzir os efeitos nocivos causados pelo poder de mercado na obtenção da eficiência econômica, o Estado se utiliza de políticas públicas que visam a coibir condutas anticompetitivas por parte das empresas. Nesse sentido, a legislação antitruste¹¹⁶ inibe concentrações que resultem em participações de mercado elevadas, para reduzir a possibilidade de exercício de poder de mercado, e prevê a aplicação de multas para casos como formação de cartéis e divisão de mercado entre concorrentes.

Outra forma de se controlar o exercício de poder de mercado é por meio da regulação econômica, pois, ao se impor um controle tarifário, limita-se o poder que a empresa possui de colocar o preço que quiser no bem ou serviço. Setores de prestação de serviço público geralmente possuem características de monopólio natural e, por isso, são submetidos a controle tarifário.

ii. Assimetria de informações

O pressuposto neoclássico de que todos os agentes da economia possuem informações completas sobre os bens comercializados e seus custos raramente ocorrem. Pelo contrário, é

¹¹⁶ No Brasil, é a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

comum que consumidores não possuam informações completas sobre os produtos ofertados e que produtores não possuam informações sobre seus consumidores.

Essa falta de informações completas por parte de um dos grupos pode gerar ineficiência econômica, uma vez que consumidores podem acabar adquirindo quantidades diferentes de um determinado produto do que fariam em outra situação ou então pagar preços mais altos do que realmente estariam dispostos a pagar. Do mesmo modo, produtores, por falta de informação sobre os desejos dos consumidores, podem ofertar quantidades excessivas de alguns produtos e insuficientes de outros¹¹⁷.

O exemplo mais tradicional de informações assimétricas é o mercado de carros usados, no qual raramente o consumidor está corretamente informado sobre os reais defeitos do veículo que pensa em adquirir. Já um caso de falta de informações sobre os consumidores por parte dos empresários é o mercado de seguro para automóveis, em que há grande dificuldade de se obter informações sobre o perfil de risco do segurado.

Diversas regulamentações são feitas pelo Estado com vistas a reduzir a assimetria de informações. A exigência da tabela com componentes nutricionais e quantidade de calorias em alimentos e a obrigação de se declarar o prazo de validade de produtos perecíveis são exemplos da atuação estatal nesse sentido. O aumento da quantidade de informações que dispõem os indivíduos é inclusive um dos pilares do Código de Defesa do Consumidor.

Outra forma de se reduzir os efeitos da falta de informação dos agentes é a exigência regulamentar de padrões mínimos para a produção de um bem ou a prestação de um serviço. No transporte aéreo, por exemplo, essa é a fundamentação econômica para a regulamentação técnica de segurança. Como é quase impossível que os passageiros disponham de informações sobre as condições técnicas das aeronaves na hora do voo, o Estado exige padrões mínimos a serem cumpridos pelas empresas aéreas, como a periodicidade em que cada manutenção deve ocorrer.

iii. Externalidades

¹¹⁷ PINDYCK e RUBINFELD, op. cit., p. 597.

Externalidades são observadas nos casos em que ações de agentes econômicos em interação num determinado mercado afetam agentes externos, que não estavam participando daquela relação econômica. Nesse caso, uma firma pode estar impondo um custo a outra sem realizar a devida compensação, ou então gerar um benefício a outra sem receber algo por isso¹¹⁸. Os efeitos das ações dos agentes são externos à relação entre aqueles que estão participando daquele mercado específico. São efeitos indiretos.

Assim, é denominada como externalidade negativa a ação desenvolvida pelos agentes envolvidos na transação que gera custos para indivíduos estranhos àquela relação, que não são arcados por quem os causou. Exemplo disso é a poluição gerada por uma fábrica de detergentes por meio de dejetos jogados num rio, que prejudica os pescadores que exercem suas atividades nas águas poluídas. O custo dessa poluição para os pescadores é considerável, mas não é arcado pelo produtor de detergente nem pelo consumidor. É um custo que não é ressarcido e, por isso, não compõe o preço do produto. Com preços mais baixos, o produto provavelmente é vendido em quantidades maiores do que seria se o custo fosse interiorizado. A quantidade excessiva produzida, sem gerar ressarcimento de custos aos prejudicados, representa uma situação de ineficiência econômica.

Já a externalidade positiva ocorre quando alguém externo a uma relação econômica recebe os benefícios gerados por ela sem pagar por isso. Um caso de externalidade positiva é a abertura de um centro comercial de alto luxo numa área degradada. A construção do centro foi arcada pelos empreendedores e pelos proprietários dos estabelecimentos comerciais, mas gera uma valorização de toda área ao seu redor, o que não é ressarcido pelos vizinhos. Tal resultado também é ineficiente, visto que os construtores e proprietários tiveram que desembolsar mais do que precisariam caso os vizinhos houvessem ressarcido os benefícios gerados em suas propriedades.

¹¹⁸ O conceito geral de externalidade, bem como os de externalidade negativa e positiva estão baseados em STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3 ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 80.

A atuação estatal para reduzir os problemas gerados pelas externalidades consiste na interiorização dos custos ou benefícios nas relações econômicas. Assim, no caso da poluição do rio, poder-se-ia cobrar uma taxa para a emissão de poluentes¹¹⁹. Tal medida faria com que o produtor considerasse o custo de poluir nas suas decisões sobre o nível produtivo.

iv. Bens públicos

Um bem público, na sua concepção econômica, é um produto ou serviço que, uma vez provido, não se pode excluir ou limitar àqueles que dele vão usufruir. Trata-se de um bem cujo consumo não pode ser individualizado¹²⁰. Como não pode haver a exclusão de consumidores, é difícil fazer com que todos paguem pelo benefício gerado. Afinal, mesmo se um indivíduo não pagar, ele acabará se beneficiando do bem. Exemplos de bens públicos são a iluminação pública e a defesa nacional, serviços que são prestados para toda a sociedade, sem ser possível excluir uma pessoa do seu usufruto.

O problema econômico gerado pelo bem público é semelhante ao encontrado nas externalidades: se não é possível cobrar de quem é beneficiado, não se consegue ressarcir os custos devidos. Com isso, não há incentivos para que os mercados produzam quantidades suficientes desses bens¹²¹.

Com o intuito de resolver isso, muitas vezes bens públicos são fornecidos pelo próprio Estado, como é o caso dos dois exemplos aqui citados (defesa nacional e iluminação pública)¹²². Ou então, são elaboradas políticas de incentivo ao fornecimento desses bens pela iniciativa privada.

3.4.2. Custos de Transação e Direitos de Propriedade

¹¹⁹ PINDYCK e RUBINFELD, op. cit., p. 636.

¹²⁰ Ibid., p. 598.

¹²¹ STIGLITZ, op. cit., p. 80.

¹²² VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 7ª Ed. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. 10ª Reimpressão. p. 720.

Além das falhas, há outros fatores que interferem no funcionamento dos mercados, como concebido pelos neoclássicos, e que são objeto de estudo pela Economia. Custos de transação e a forma de alocação de direitos de propriedade – cujos conceitos serão apresentados a seguir – têm sido o foco de estudos econômicos e são o núcleo da *Law & Economics*, desenvolvida na segunda metade do século XX, que traz novos aspectos e questões para o tratamento da relação entre a Economia e o Direito.

Pode-se considerar como marco referencial inicial para a escola de *Law & Economics* a idéia desenvolvida por Ronald Coase em seu texto “*The Problem of Social Cost*”¹²³, que ficou conhecida como o Teorema de Coase. Tal teorema enuncia que, quando os direitos de propriedade são bem definidos entre as partes e os custos de transação são iguais a zero, a negociação gerará uma solução final sempre eficiente, independente de como estão divididos os direitos de propriedade. Avançando nessa idéia de forma lógica, tem-se então que, se existirem custos de transação, as possíveis alocações dos direitos de propriedade podem não gerar um resultado eficiente. Nesse contexto, a regra legal deve atuar para alocar os direitos de propriedade de forma a minimizar os efeitos dos custos de transação sobre as decisões dos agentes econômicos¹²⁴.

Ainda que tal enunciado esteja carregado de linguagem econômica, o significado dele é simples. Para isso, inicialmente, é necessário se apresentar os conceitos de direitos de propriedade e custos de transação, fundamentais para a *Law & Economics*.

i. Direitos de Propriedade

Direitos de propriedade podem ser vistos como “uma relação entre um *indivíduo* (sujeito ativo) e um *sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo”, revelando-se como “um modo de imputação jurídica de

¹²³ Publicado originalmente em 1960 e republicado mais recentemente, após correção ortográfica, como um dos capítulos de COASE, Ronald H. *The Firm, the Market, and the Law*. 1ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

¹²⁴ PINHEIROe SADDI op. cit., pp. 105 e 108.

uma coisa a um sujeito”¹²⁵. Assim, tem-se que, para o Direito, o direito de propriedade engloba os direitos de uso e usufruto, conferindo ao seu detentor o exercício de exclusão sobre a coisa, permitindo ainda afastar terceiros que dela pretendam se apropriar ou gozar¹²⁶.

De fato, tanto em Economia quanto em Direito, a definição dominante de direitos de propriedade é a de um conjunto de direitos sobre um determinado bem, sendo livre ao proprietário exercê-los de maneira protegida da atuação de outros agentes. Quanto maior a segurança exigida para o exercício dos direitos, maior deve ser o custo de mantê-los¹²⁷.

O termo “direito de propriedade” pode ainda ser utilizado para se referir a dois tipos subsidiários de direitos: direitos de posse e direitos de transferência¹²⁸. O direito de posse é aquele que permite que indivíduos utilizem um determinado bem e previna que outros o utilizem. Pode também ser visto como o direito de se praticar um determinado ato ou de impedir que outros o cometam.

Arranjos de direito de propriedade podem conter uma considerável aglomeração de direitos possessórios, e esses podem incluir certas limitações no seu exercício. Por exemplo, quando se diz que uma pessoa tem direito de propriedade sobre um imóvel rural, significa que ela pode utilizá-lo como quiser. Pode edificar construções, plantar culturas diversas ou mesmo destiná-lo para o pasto do gado. Pode também impedir que outras pessoas utilizem o terreno, cercando-o. No entanto, há determinadas limitações impostas ao uso que podem vir até mesmo a extinguir o direito de propriedade. Duas possibilidades previstas na Constituição Federal de 1988 são exemplos disso. A primeira é a desapropriação para fins de reforma agrária, quando imóvel

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 117. Apesar de esse conceito ser considerado pelo próprio autor como dotado de uma perspectiva muito civilista, ele é suficiente para o momento. Em um momento imediatamente posterior, no mesmo texto, o autor reconhece que o direito de propriedade deve ser concebido com base na sua função social.

¹²⁶ SZTAJN, Rachel, ZILBERSTAJN, Decio e MUELLER, Bernardo. *Economia dos Direitos de Propriedade* in ZILBERSTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (Organizadores). *Direito & Economia / Análise Econômica do Direito e das Organizações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 85.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 92.

¹²⁸ Tradução livre dos termos *possessory rights* e *rights of transfer* utilizados por SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge e Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. pp. 9-11

rural não estiver cumprindo sua função social¹²⁹. A segunda é a expropriação dos imóveis nos quais forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas¹³⁰.

Direitos de transferência, por sua vez, consistem na faculdade que um direito de propriedade pode dar ao seu proprietário para transferir um direito de posse para outra pessoa, o que ocorre geralmente por troca por alguma coisa. Pode incluir ainda a possibilidade de essa segunda pessoa transferir o direito a um terceiro e assim sucessivamente, podendo ou não ser irrestrito. Um exemplo disso é o proprietário de um apartamento, que pode vendê-lo para outra pessoa, enquanto o mesmo não pode ser feito pelo locatário, que detém apenas o direito (de posse) de habitar o imóvel, sem possuir o direito de transferência.

Do ponto de vista econômico, os direitos de propriedade passam a ser necessários com a constatação da escassez. Afinal, se um bem é abundante e todos têm acesso a ele, não é necessário garantir sua propriedade. Por outro lado, se o bem é escasso, é importante proteger sua propriedade para evitar que agentes econômicos vivam em constante disputa por ele¹³¹.

Nesse sentido, ainda sob a perspectiva econômica, a existência de direitos de propriedade gera uma situação melhor de bem-estar social, trazendo vantagens para a economia, como: incentivos à produção, uma vez que se é proprietário do que se produz; incentivos para manter e aprimorar os bens, pois o proprietário também possui propriedade sobre o aprimoramento; incentivos para a troca de bens, possível porque indivíduos envolvidos na troca possuem a segurança de que todos são proprietários dos direitos que estão transacionando, fazendo assim com que ocorram as relações econômicas e se alcancem novos pontos de equilíbrio na economia;

¹²⁹ Art. 184. *Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.*

¹³⁰ “Art. 243. *As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei*”. Pode-se pensar, ainda, em outras limitações à fruição da propriedade, tais como limitações de caráter ambiental, por exemplo.

¹³¹ SZTAJN, ZYLBERSTAJN e MUELLER, op. cit., pp. 95-96.

redução das disputas pelos bens e dos esforços para protegê-los, uma vez que os direitos são garantidos pelo Estado¹³².

Numa situação de ausência de direitos de propriedade, a distribuição de renda seria garantida pela capacidade de cada indivíduo de tirar bens dos outros e de defendê-los. A existência desses direitos, assegurados pelo Estado, torna possível a obtenção de uma distribuição de renda mais adequada, baseada no resultado do esforço produtivo de cada indivíduo. Permite até mesmo que o Estado atue com vistas a melhorar a distribuição, pois o resultado de políticas públicas dessa redistribuição também será garantido¹³³.

ii. Custos de Transação

Custos de transação podem ser inicialmente conceituados como os custos de se fazer o sistema econômico (de uma economia de mercado) funcionar¹³⁴. Diferem dos custos de produção por não serem custos relativos aos insumos necessários para se produzir um determinado bem, mas sim os custos presentes nas relações econômicas, que acabam dificultando-as ou até mesmo impedindo que elas ocorram, como se fosse uma força de atrito de natureza econômica¹³⁵.

São, portanto, todos os custos envolvidos na efetivação das relações econômicas entre indivíduos, incluindo a busca de informações sobre o mercado e seus participantes e o monitoramento do cumprimento do que foi prometido por cada parte. Podem ser divididos como custos relativos às seguintes atividades¹³⁶:

¹³² SHAVELL, op. cit., pp. 11-21.

¹³³ *Associated with any given measure of social welfare will be a socially optimal distribution of the available wealth, one that maximizes social welfare. In the absence of property rights, however, the distribution of wealth would be unlikely to tend toward the optimal, because it would be determined by the ability of individuals to take things from another, to protect what they have, and by chance elements. By contrast, under a regime of property rights any desired distribution of wealth is achievable in principle, for the state may redistribute wealth and the new distribution will be maintained due to enforcement of property rights.* (Shavell, op. cit., p. 21).

¹³⁴ ARROW, Kenneth J. . *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*. Disponível em: < <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/ArrowNonMktActivity1969.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2010. p. 1.

¹³⁵ Oliver Williamson faz uma interessante analogia ao dizer que custos de transação são o equivalente econômico para a fricção nos sistemas estudados pela Física (WILLIAMSON, Oliver E.. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nova York. The Free Press, 1985. p. 19).

¹³⁶ Sistematização dos custos de transação por atividades retirada de PINHEIRO e SADDI, op. cit., p. 62.

- i) busca por informações necessárias para a negociação, como preços e qualidade das mercadorias, insumos de trabalho, potenciais compradores e vendedores e seus comportamentos;
- ii) negociação dos termos contratuais;
- iii) realização e formalização dos contratos, incluindo registros nos órgãos necessários;
- iv) monitoramento do cumprimento das cláusulas contratuais pelas partes.

Especificamente para os direitos de propriedade, os custos de transação seriam aqueles empregados para medir e definir o título de propriedade, adicionados dos custos de se utilizar e impor seu direito perante o resto da sociedade. Quando considerada a possibilidade de negociação desse direito, devem ser incluídos, como custos de transação, os custos de informação, negociação e imposição.

iii. Teorema de Coase

Esclarecidos os conceitos e retomado o Teorema de Coase, percebe-se que o que ele quer dizer é que, em todas as relações econômicas, estão presentes custos derivados da própria natureza da relação. Se não existissem custos na manutenção e negociação dos direitos de propriedade, os agentes, na sua interação, sempre chegariam a um resultado eficiente. Contudo, diante da existência desses custos, pode ser que não se chegue a um resultado eficiente, sendo cabível ao Direito o papel de alocar os direitos de propriedade entre os agentes de forma a minimizar os efeitos dos custos de transação sobre as suas decisões.

De fato, por meio de suas idéias, Coase demonstrou para economistas e advogados que, num mundo baseado em trocas por acordos, são os custos e benefícios de cada acordo que vão nortear as decisões dos agentes¹³⁷. Assim, inseriu a idéia dos custos de transação na Economia e levou ao reconhecimento do Direito como determinante para os resultados econômicos¹³⁸.

¹³⁷ STIGLER, George J. *Law or economics?* Journal of Law and Economics, Vol. 35, No. 2, Oct.,1992. pp 455-468. Disponível em: < <http://www.jstor.org/pss/725548?cookieSet=1>>. Acesso em: 19 mar. 2010. p. 456.

¹³⁸ Nesse sentido, como bem notam ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, “no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos

De acordo com a visão derivada de Coase, portanto, a economia não funciona, como no modelo neoclássico, porque, mesmo se considerarmos a ausência das falhas de mercado apresentadas aqui, devem ser considerados os custos presentes nas relações entre indivíduos, não derivados dos custos de produção, e direitos alocados aos agentes que impedem que as forças de mercado atuem como se estivessem em concorrência perfeita¹³⁹.

Como consequência desses argumentos, ganham relevância as instituições e as organizações, bem como os arranjos e arcabouços institucionais existentes na sociedade, que podem gerar maiores ou menores “custos de transação”. Instituições podem ser conceituadas como as regras do jogo, formais ou informais, que definem como serão as relações entre as organizações, que, por sua vez, são compostas por grupos de indivíduos que possuem o mesmo objetivo comum, como firmas, órgãos reguladores, partidos políticos etc.¹⁴⁰

O conjunto de regras (instituições) que incidem sobre as organizações e moldam seu comportamento é o arcabouço institucional. São as instituições agindo externamente sobre as organizações, exercendo influência sobre o desempenho econômico e o comportamento dos agentes. Já arranjos institucionais são as instituições utilizadas pelas organizações para permitir que as relações entre elas ocorram. Seriam instituições utilizadas internamente na relação entre organizações, criadas pelos próprios agentes econômicos para reduzir custos de transação¹⁴¹.

O resultado pretendido dessa elaboração seria uma aproximação maior entre o mundo teórico dos economistas neoclássicos e o mundo real, fazendo com que as relações econômicas possam ser analisadas com maior propriedade. Assume-se que agentes econômicos tomam suas

tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos” (ZILBERSTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações* in ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, op. cit., pp. 2-3).

¹³⁹ Sobre a relação entre falhas de mercado e custos de transação, tem-se que: *Market failure has been presented as absolute, but in fact the situation is more complex than this. A more general formulation is that of transaction costs, which are attached to any market and indeed to any mode resource allocation. Market failure is the particular case where transaction costs are so high that the existence of the market is no longer worthwhile* (ARROW, op. cit., p. 12).

¹⁴⁰ NORTH, Douglass C. *Institutions and the Performance of Economies Over Time*. Disponível em: <[http://www.atlas.org.ar/eBooks/Douglass%20North-Institutions%20and%20 Performance .pdf](http://www.atlas.org.ar/eBooks/Douglass%20North-Institutions%20and%20Performance.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2010. p. 3

¹⁴¹ PINHEIRO e SADDI, op. cit., p.63.

decisões dentro de um determinado arcabouço institucional e encontram custos de transação em suas relações. Com o objetivo de alcançar situações melhores, podem buscar uma melhor forma de organização e um melhor arranjo institucional, que possibilite a redução dos custos de transação.

Das idéias de Coase, surgem as principais correntes que estudam a relação entre Direito e Economia atualmente: a Análise Econômica do Direito, com enfoque notadamente normativo, e a Nova Economia Institucional, com enfoque preponderantemente positivo. A primeira, portanto, busca determinar como as leis devem ser escritas para que se possa alcançar a maximização do bem-estar social. Já para a Nova Economia Institucional, é importante perceber como a alocação dos direitos de propriedade interfere no comportamento dos agentes¹⁴².

Apesar de se observar que ambas as correntes se preocupam com o ambiente institucional propiciado pelo ordenamento jurídico, deve-se ter em mente que, por serem áreas notadamente vinculadas à Ciência Econômica, possuem preocupação majoritária com a eficiência, ou com o ganho de eficiência, a ser alcançado pelos agentes econômicos.

3.5. OBJETO DE ANÁLISE ECONÔMICA DA REGULAÇÃO

Como apresentado neste capítulo, se todos os mercados possuíssem as características previstas pelos pressupostos da escola neoclássica de Economia para um mercado com concorrência perfeita, teríamos uma situação de eficiência econômica, com maximização do bem-estar social. Essa é a razão pela qual, conforme o pensamento neoclássico, diante da livre oferta e da livre demanda, e existindo informação disseminada sobre os bens e seus custos, o mercado deve ser considerado o melhor alocador de recursos, e os agentes econômicos devem ser vistos sempre como os melhores juízes de seus próprios interesses.

¹⁴² SZTAJN, ZILBERSTAJN e MUELLER, op. cit., p. 93.

O raciocínio neoclássico considera ainda que, com a dinâmica de mercado, a intenção dos agentes de melhorar seu próprio bem-estar acaba por atender a interesses de outros agentes. Nessa mesma lógica, os produtores, na expectativa de maximizar seus próprios lucros, melhoram a situação de todos, pois oferecem bens ao público que são, ao mesmo tempo, de melhor qualidade e com o menor custo de aquisição possível.

Para que essa situação realmente ocorra, é necessário que os efeitos das decisões econômicas dos agentes sejam arcados por eles mesmos¹⁴³, sendo os incentivos econômicos¹⁴⁴ corretamente distribuídos àqueles que assumem os riscos do negócio. Assim, os agentes devem ser premiados por decisões consideradas “acertadas” e penalizados por decisões reputadas “equivocadas”¹⁴⁵. É justamente por meio desse mecanismo que supostamente se estabelece a adequação entre oferta e demanda, levando a uma situação em que não há escassez de oferta ou acumulação de estoques. A economia produz exatamente o que consome. A não-adequação entre o resultado econômico dos agentes e os riscos das suas decisões pode levar, segundo a teoria neoclássica de Economia, a comportamentos ineficientes de sobreprodução ou de sobredemanda, nos quais não haverá uma maximização do bem-estar da sociedade.

O problema de todo esse raciocínio é que raramente encontramos um mercado em situação de concorrência perfeita. A regra geral é que os mercados possuam alguma distorção ou discrepância de fato, em relação às premissas neoclássicas teóricas de um mercado concorrencial. Tais distorções, como visto, podem ser intelectualmente representadas como falhas de mercado, mas também sendo decorrentes de “custos de transação” ou de arcabouços institucionais que aloquem direitos de forma “inapropriada”. Nesse caso, a intervenção do governo por meio de políticas públicas, argumentam os economistas de persuasão neoclássica, pode auxiliar a redução das distorções e buscar maior eficiência econômica.

¹⁴³ Em linguagem econômica: devem ser internalizados por eles mesmos.

¹⁴⁴ Incentivos econômicos são considerados aqui como sistemas de recompensa ou de punição derivados da ação do agente econômico, no sentido utilizado por VARIAN, op. cit., pp. 758-759.

¹⁴⁵ Os termos “acertadas” e “equivocadas” devem ser entendidos no contexto das decisões empresariais relacionadas à produção. Assim, se a decisão de se produzir um novo bem, a um determinado preço, como resposta à demanda de um grupo de indivíduos, mostrar-se como “certa”, no sentido de dar bons resultados, o produtor, e somente ele, receberá seus benefícios. Da mesma forma, se a decisão se demonstrar “equivocada”, ou seja, gerar prejuízos, ele será o único a arcar com esses.

Ocorre que as diversas formas de intervenção governamental sobre o mercado, dentre as quais se encontra a regulação, envolvem a existência de uma autoridade decisora que tutela interesses alheios. Passa a existir, portanto, um descompasso entre a decisão e a assunção de riscos, pois quem decide é o governo, mas quem sofre os riscos é o agente econômico. Por isso, do ponto de vista econômico, a regulação somente deve ser utilizada quando a alocação de recursos na economia por mecanismos de mercado não responde ao interesse social na busca pelo bem-estar. Ou seja, a regulação de setores produtivos somente deverá ocorrer caso existam falhas de mercado que não possam ser solucionadas pelas interações entre os agentes. Poderá ainda buscar a redução dos custos de transação ou uma melhor alocação de direitos. Do contrário, substitui-se o mecanismo descentralizado do mercado pela tutela arbitrada de interesses.

É nesse contexto que a análise econômica da regulação se enquadra. Pelo lado da análise positiva, a Economia investiga as condições presentes num determinado mercado para verificar se alguma regulação é justificável. Caso seja de fato necessária, pode-se verificar se a regulação vigente está adequada à falha de mercado que se deseja corrigir ou se, por estar mal dimensionada, está causando uma distorção indevida na economia. Pode ainda buscar aferir se uma determinada regulação adotada gera uma situação de eficiência econômica.

Sob o viés normativo, a análise econômica busca propor novos arcabouços institucionais que possibilitarão situações de maior eficiência econômica. É o lado propositivo da análise que pode sugerir maior ou menor âmbito de regulação a depender do resultado da análise positiva. Afinal, a regulação pode não ser necessária nos casos em que já existe, ou ser necessária nos casos em que não existe, ou ainda estar mal dimensionada para o problema que busca corrigir. Nos três casos, é possível que se proponham novas políticas regulatórias que almejarão maior eficiência.

3.6. ANÁLISE ECONÔMICA DA REGULAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO

Nesta seção, mostraremos o resultado da aplicação da análise econômica da regulação do transporte aéreo, a partir dos pressupostos acima delineados. Para tanto, é necessário,

inicialmente, apresentarmos a discussão sobre a existência de “falhas de mercado” no setor, para, em seguida, por meio da análise positiva, verificarmos se o arcabouço institucional regulatório está adequado ao tratamento dessas falhas e se contribui para que seja alcançada uma situação de maior eficiência econômica. Ao final dessa etapa, utilizaremos a análise normativa para apresentar algumas medidas que podem contribuir para aumentar a eficiência do setor.

3.6.1. Análise das falhas de mercado no transporte aéreo

Como visto, diversas falhas de mercado podem ser encontradas num determinado setor da economia, mas nem sempre a mera existência dessa falhas gera a necessidade de regulação econômica, ou seja, de intervenção no domínio econômico de forma a alterar o comportamento dos agentes na livre oferta, livre demanda e precificação. Nesse sentido, é importante verificarmos se o transporte aéreo no Brasil possui características de “monopólio natural”, o que justificaria a política de controle e limitação da concorrência que era realizada até 2005. Com esse intuito, analisaremos, a seguir, a existência de três características: barreiras à entrada, custos afundados e retornos crescentes de escala.

i. Barreiras à entrada

Diversas barreiras à entrada, de diversas magnitudes, podem ser encontradas pelos empresários que desejam atuar no transporte aéreo no Brasil¹⁴⁶. Afinal, para iniciar uma empresa aérea, vários são os fatores necessários: aquisição ou arrendamento de aeronaves, obtenção de áreas em aeroportos, treinamento da tripulação, investimento em publicidade e propaganda, cumprimento das exigências regulatórias etc. Para fins desta análise, podemos agrupar as barreiras à entrada mais relevantes em três grandes grupos: físicas, econômicas e regulatórias.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Como veremos a seguir, barreiras à entrada podem variar de acordo com as características de um determinado país. Por esse motivo, optamos aqui por deixar evidente que serão apresentadas as barreiras observadas no Brasil.

¹⁴⁷ Análise das barreiras à entrada baseada em TAVARES, Márcia Prates. *O Transporte Aéreo Doméstico e a Lógica da Desregulamentação*. Documento de Trabalho n.º 04. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Nov 1999. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/1999-1/documento-de-trabalho-no-04.pdf>. Acesso em: 31 out. 2009.

a. Barreiras físicas

Podemos considerar como barreira física qualquer adversidade que impeça a entrada de um novo competidor no transporte aéreo, dadas as dimensões físicas da infraestrutura disponível, seja no ar ou no solo. Nesse contexto, constataríamos a existência de barreiras físicas caso não houvesse espaço disponível nos aeroportos ou no espaço aéreo para mais competidores. Considerando que ainda estamos bem distantes de uma situação de espaço aéreo no Brasil¹⁴⁸, resta-nos analisar a existência de entraves nos aeroportos.

A infraestrutura aeroportuária é composta de três fatores que permitem a operação das empresas aéreas: A restrição em qualquer um desses fatores pode impedir a entrada de novas empresas no mercado:

- i. Pista – utilizada para pousos e decolagens, pode ser projetada para permitir uma operação mais rápida, o que possibilita a sua utilização por um número maior de aeronaves numa determinada unidade de tempo. Além disso, um determinado aeroporto pode possuir mais de uma pista, possibilitando operações simultâneas.
- ii. Pátio – local de manobras e estacionamento das aeronaves, seu tamanho condiciona a quantidade de aeronaves que pode ocupar simultaneamente um determinado aeroporto.
- iii. Terminal – de passageiros ou de cargas, dimensiona a quantidade de pessoas ou mercadorias que pode ter acesso simultaneamente às aeronaves no pátio.

Em levantamento contratado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e divulgado no início de 2010, demonstrou-se que, apesar da existência de gargalos nos terminais de passageiros de alguns aeroportos, ainda há razoável disponibilidade de espaço físico nos vinte principais aeroportos nacionais¹⁴⁹. É fato que, em determinados

¹⁴⁸ Ressalta-se que, diferentemente de uma rodovia, o espaço aéreo possibilita a alocação das aeronaves num espaço tridimensional, o que permite que haja separação numa mesma via aérea ou em vias paralelas distantes lateralmente ou em alturas diferentes. Mesmo em regiões de aproximação de aeroportos, onde a operação é mais concentrada, não há que se falar em barreira física para a operação, pois isso dependerá do modo operacional de como é realizado o controle do tráfego aéreo.

¹⁴⁹ Os vinte aeroportos brasileiros, considerados como principais no estudo são: Guarulhos, Congonhas, Viracopos, Galeão, Santos Dumont, Confins, Pampulha, Brasília, Porto Alegre, Curitiba, Recife, Salvador, Fortaleza, Manaus,

aeroportos, a entrada é consideravelmente limitada, como é o caso de Congonhas e Guarulhos, mas não se pode dizer que há barreiras físicas a entrada de novas empresas aéreas no mercado nacional. Tais barreiras valem apenas para a atuação em localidades específicas, como é hoje o caso da cidade de São Paulo, o que limitaria a prestação de serviço em voos com origem e destino na capital paulista¹⁵⁰.

b. Barreiras econômicas.

Configuram-se como barreiras econômicas os custos necessários para o início da operação de uma nova empresa. No caso do transporte aéreo, os seguintes fatores compõem esses custos: contratação de pessoal, treinamento de tripulação, aquisição de aeronaves, locação de áreas operacionais e comerciais, aquisição de *software* e publicidade. A maioria desses custos é encontrada em qualquer atividade econômica. O diferencial no transporte aéreo é a necessidade de obtenção de aeronaves, que analisaremos a seguir.

Análise concorrencial realizada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, em 2007, indicou que, para uma entrada efetiva no mercado de transporte aéreo nacional, seria necessária a operação de pelo menos três aeronaves¹⁵¹. Considerando que, na aviação comercial brasileira, há aeronaves de pequeno, médio e grande porte, podemos estimar o custo de entrada como cerca de US\$ 5 milhões, para aeronaves de menor porte, até US\$ 140 milhões para as de maior porte¹⁵².

Ainda que tais investimentos possam ser considerados elevados, atualmente, existem práticas que reduzem substancialmente o custo desse desembolso inicial, como o arrendamento mercantil (*leasing*), largamente utilizado pelas empresas aéreas. Ao optar pelo arrendamento, os

Cuiabá, Natal, Florianópolis, Vitória, Belém e Goiânia. (MCKINSEY&COMPANY. *Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado*. Rio de Janeiro: McKinsey&Company, 2010).

¹⁵⁰ Mesmo diante das restrições encontradas nos aeroportos de Congonhas e Guarulhos, que tradicionalmente servem a cidade de São Paulo, uma nova empresa, a Azul Linhas Aéreas, passou a oferecer, a partir do final de 2008, ligações a essa localidade, por meio da operação no Aeroporto de Viracopos, em Campinas.

¹⁵¹ Parecer n.º 06041/2008/DF COGTL/SEAE/MF, de 20 de março de 2008, referente ao Ato de Concentração n.º 08012.003267/2007-14 entre GTI S/A e VRG Linhas Aéreas S/A.

¹⁵² Estimativa baseada em dados da ANAC para o custo de três aeronaves LET, modelo L410UVP-E20, no caso das aeronaves de pequeno porte, e de três Boeing 737-800 para aeronaves de maior porte utilizadas no mercado doméstico.

custos de obtenção de aeronaves podem ser diluídos por mais de dez anos, o que reduz a magnitude dessas barreiras à entrada¹⁵³.

As barreiras econômicas podem ser agravadas caso sejam de natureza não-recuperável. Tal situação ocorre quando, ao decidir deixar aquela operação, o empresário não consegue recuperar o investimento realizado. Exemplo típico de custo irrecuperável é o realizado com propaganda e publicidade.

Custos irrecuperáveis geralmente são associados a ativos específicos utilizados no setor. No transporte aéreo, as aeronaves seriam esses ativos. No entanto, tendo em vista a sua mobilidade inerente, uma aeronave pode ser rapidamente repassada a outra empresa, dentro ou fora do país, razão pela qual não há que se falar em custos de saída relevantes gerados por ela.

c. Barreiras regulatórias ou institucionais

Barreiras regulatórias ou institucionais são aquelas derivadas da regulação, isto é, “artificialmente” impostas pelo ordenamento jurídico. Como apresentado no Capítulo 1, diversas foram as barreiras adotadas durante a história da regulação do setor aéreo brasileiro, notadamente a partir da década de 1960, como o impedimento de que novas empresas fossem criadas e de que empresas nacionais atuassem nos mercados das regionais e vice-versa. Outras medidas que merecem destaque no mesmo sentido foram: o controle da concessão de descontos nos preços das passagens; a necessidade de autorização prévia para importação de aeronaves; a busca para se evitar a sobreposição de linhas com proximidade de horários. Todas essas medidas podem ser consideradas como barreiras regulatórias, pois limitavam de forma artificial a entrada de novas empresas no mercado. Restringiam também a expansão das empresas já estabelecidas, que, quando não estavam expressamente impedidas de atuar em determinadas linhas, eram impossibilitadas de oferecer preços mais baixos para atrair novos clientes.

¹⁵³ Conforme dados da ANAC, a parcela mensal do *leasing* de uma aeronave LET L410UVP-E20 é de cerca de US\$ 30 mil, em 120 parcelas. Para um Boeing 737-800, esse valor é de cerca de US\$ 800 mil mensais para o total de 60 parcelas.

Diante disso, podemos considerar que antes de 2005, havia um grande número de barreiras derivadas da regulação do setor. Com o advento da Lei da ANAC e a determinação legal de que deveria haver liberdade tarifária e de oferta, os regulamentos restritivos à concorrência deveriam ser revistos para que se tornassem compatíveis com o novo ordenamento. Foi justamente isso que a ANAC fez ao implementar o fim das limitações de utilização de aeroportos centrais e a liberalização das tarifas internacionais.

Ainda assim, algumas barreiras estabelecidas pelo CBAer, e não revogadas pela nova lei, permaneceram vigentes. São exemplos disso a necessidade de concessão prévia para a mera figuração como empresa de transporte aéreo regular de passageiros e carga e a limitação para a participação de capital estrangeiro no capital votante das empresas.

Pelo seu caráter artificial, as barreiras regulatórias não devem ser consideradas como válidas para a análise da existência de um monopólio natural. Afinal, esse decorre das características naturais da atividade econômica que se analisa. As barreiras regulatórias são o próprio resultado da regulação e não podem ser justificativa para mais regulação.

d. Conclusões sobre barreiras à entrada

A mera existência de barreiras à entrada não configuraria um mercado como monopólio natural. É necessário conjuntamente que se tenham economias de escala, o que significa dizer que os custos de produção decaem quanto mais se produz. A presença de barreiras à entrada associadas a economias de escala gera uma situação na qual é inviabilizada a entrada de novos concorrentes, uma vez que esses enfrentariam custos iniciais elevados para entrar no mercado, enquanto a empresa incumbente já teria condições de oferecer preços mais reduzidos devido à redução do custo de produção. Na ausência de barreiras a entrada, a existência de economias de escala não impede que o mercado obtenha um resultado eficiente¹⁵⁴.

¹⁵⁴ BAUMOL, W., PANZAR J. e WILLIG R.. *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. New York: Harcourt Brace Javanovich, 1982.

Diante do que foi aqui apresentado, conclui-se que não há, no transporte aéreo brasileiro, significativas barreiras físicas e econômicas à entrada. As barreiras relevantes existentes são de natureza regulatória. Não se pode, portanto, considerar o setor como monopólio natural, o que lhe torna potencialmente competitivo caso as barreiras regulatórias sejam removidas.

Na hipótese de ser considerado como monopólio natural, o transporte aéreo exigiria uma regulação que buscasse limitar preços altos e que criasse condições que simulassem a concorrência para que as empresas buscassem maior eficiência. No entanto, o que se observava antes de 2005 era uma regulação de caráter restritivo que buscava proteger as empresas aéreas atuantes e impedir a concorrência excessiva. Não se procurava proteger os consumidores do poder de mercado das empresas aéreas, mas sim proteger os oligopolistas atuantes no mercado dos eventuais ataques de novos concorrentes. Ou seja, ainda que se sustentasse que no setor aéreo estão presentes falhas de mercado que demandam regulação econômica, a política regulatória até 2005 não era apropriada para isso.

De fato, a defesa de um aparato regulatório restritivo com vistas a dar uma suposta maior sustentabilidade às empresas ou diminuir os efeitos da concorrência excessiva não permite a melhoria da eficiência do setor e nem a ampliação do número de passageiros a serem transportados pelo mesmo. Diante da ausência de falhas de mercado, no transporte aéreo, como em qualquer outro mercado competitivo, a ineficiência deve ser punida com perda de mercado e a eficiência com ganhos. Se o regulador protege o concorrente (e não a concorrência), mantém-se o incentivo à ineficiência, enquanto o agente eficiente é punido, pois, a ele caberia ampliar sua participação de mercado, ocupando o eventual hiato deixado pela exclusão do ineficiente.

Isso porque a ineficiência de um determinado agente, atuando em regime concorrencial, é elemento que o leva gradativamente à perda de participação de mercado do ineficiente, o que evidencia o descompasso entre os agentes e permite induzir todos os concorrentes a alcançar o patamar de eficiência possível. Ao final desse processo, a estrutura de mercado se transforma em razão da alteração do equilíbrio competitivo entre as firmas.

Sob um regime de proteção regulatória, a ineficiência de uma firma pode não ficar evidente por longos períodos, tendo em vista a falta de contestação de outros concorrentes. Assim, alterações de estrutura de mercado ocorrem de forma abrupta (quando a empresa não possui realmente mais condições de operar) e defasadas em relação às demandas da sociedade. Ao invés de termos a substituição de um agente ineficiente pelo crescimento gradual dos demais, a saída repentina de empresas gera dificuldade de manutenção do sistema como um todo, tendo em vista a necessidade de reação imediata dos demais concorrentes¹⁵⁵.

Análise realizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2000¹⁵⁶ auxilia na corroboração dessas conclusões econômicas. Com o intuito de avaliar os efeitos da regulação econômica no transporte aéreo, a OCDE realizou um estudo, relativo aos anos de 1996 e 1997, sobre regulação, estrutura de mercado e desempenho do transporte aéreo de passageiros, desenvolvendo 21 indicadores para seus 27 países-membros, e 23 microindicadores para 102 rotas conectando 14 grandes aeroportos internacionais. Como resultado, as seguintes conclusões foram alcançadas:

- uma maior eficiência do setor e menores tarifas ocorrem quando regulação e estruturas de mercado são propícias à concorrência;
- uma maior eficiência das empresas aéreas é obtida quando se verifica uma maior pressão para um mercado competitivo;
- as tarifas reagem à liberalização independentemente da estrutura de mercado, mas em mercados liberados e com concorrência a redução das tarifas é maior;
- tarifas econômicas e na classe executiva tendem a reduzir-se quando há liberação e a concentração de mercado é reduzida, mas tendem a aumentar quando os mercados são dominados por alianças entre companhias aéreas em uma mesma rota;

¹⁵⁵ Essa era exatamente a situação que se observava no mercado de aviação civil norte-americano antes do processo de desregulamentação iniciado na década de 1970. Antes de ser reformada, a regulação gerava um ambiente no qual, devido às barreiras regulatórias à entrada, as empresas ineficientes não eram retiradas do mercado. Em razão disso, era constatada a redução da produtividade das companhias aéreas e do bem-estar dos consumidores (VISCUSI *et al*, op. cit., pp. 612-613).

¹⁵⁶ OCDE, *Regulation, Market Structure and Performance in Air Passenger Transportation*. Economics Department Working Paper no. 254, Paris: 2000..

- os descontos em passagens aéreas são afetados pelo mercado como um todo, quanto há concorrência por meio de voos fretados (*charter*) e pela presença efetiva de outras companhias competidoras na mesma rota.

Os efeitos da desregulamentação norte-americana, sob a perspectiva do passageiro, vão ao encontro das conclusões da OCDE. Após a mudança do marco regulatório, o consumidor passou a ter acesso a passagens com preços sensivelmente mais baixos, dispondo de uma grande variedade de combinações preço-qualidade¹⁵⁷. Além disso, o mercado passou a contar com uma malha aérea com maior abrangência, serviços prestados com maior frequência, e progresso tecnológico contínuo tanto das aeronaves quanto dos sistemas de reservas e venda de passagens¹⁵⁸.

Concluimos, com isso, que o marco regulatório vigente até 2005, com a imposição de normas regulatórias restritivas não correspondentes às características do mercado, resultava em significativas perdas de eficiência econômica¹⁵⁹. Era, portanto, do ponto de vista da análise econômica, considerado como inadequado à busca por uma situação de maior eficiência econômica. Assim, a política regulatória de promoção da concorrência no transporte aéreo brasileiro, consolidada pelas alterações no marco regulatório geradas pela Lei n.º 11.182, de 2005, e implementadas pela ANAC, é referendada pela ótica da análise econômica positiva, pois imprime ao setor mais concorrência e busca alcançar pontos de maior eficiência.

Tendo em vista as conclusões alcançadas pela análise positiva, as propostas e recomendações de políticas e normas com vistas a gerar alteração no comportamento dos agentes, que são resultado da análise normativa, devem manter a política de promoção de concorrência no setor e até mesmo ampliada, por meio da eliminação dos entraves restantes à

¹⁵⁷ Isso significa que se pode optar por um bilhete com mais restrições, denotando um serviço de qualidade inferior, a preços inferiores, ou por um serviço melhor com um bilhete sem restrições a um preço mais caro.

¹⁵⁸ SILVA, Leandro Novais e. *Regulação e Concorrência no Mercado Doméstico de Aviação no Brasil: a análise econômica do Direito e a comparação com o processo de desregulação nos Estados Unidos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

¹⁵⁹ GONENC e NICOLETTI apontam que há um crescente consenso sobre esse ponto em nível mundial (GONENC, Rauf e NICOLETTI, Giuseppe. *Regulation, market structure and performance in air passenger transportation*. Economic Department Working Paper n° 254. Paris: OCDE. . 2000).

concorrência, para que a sociedade continue sendo beneficiada. Nessa ótica, OLIVEIRA apresenta alguns princípios que devem ser observados na reconfiguração regulatória¹⁶⁰:

- a. livre acesso – empresas aéreas devem ter livre entrada e saída no setor, resguardados os requisitos de regulação técnica e os direitos dos usuários;
- b. livre mobilidade – uma vez atuando no mercado, empresas aéreas devem ser livres para entrar e sair de linhas aéreas, obedecidas as mesmas restrições do item anterior;
- c. liberdade estratégica – regulação não deve restringir a possibilidade de tomada de decisão das empresas com relação às suas decisões empresariais, como tipo de aeronave, frequências de voos, grau de conforto etc.
- d. monitoramento antitruste – o órgão regulador não deve ter competência para intervir no mercado quando diante de qualquer problema anticoncorrencial, cabendo aos órgãos de defesa da concorrência a adoção das medidas de correção de desvios;
- e. vedação da regulação discricionária – regras devem ser estáveis e não devem variar a cada situação encontrada.

Sob a ótica econômica, é necessário, portanto, que haja uma continuidade da política regulatória de promoção da concorrência, para que as empresas aéreas tenham mais liberdade para as suas decisões e sejam responsáveis pelos seus resultados. Nesse caso, os comportamentos empresariais “acertados” ou “equivocados” na busca da eficiência econômica não podem ser motivo de intervenções por parte do órgão regulador, como ocorria até o início dos anos 2000¹⁶¹.

¹⁶⁰ Princípios baseados em OLIVEIRA, Alessandro V. M. *Performance dos Regulados e Eficácia do Regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro*. In Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa Motta (editores). *Regulação e Concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2007. pp. 157-160.

¹⁶¹ “O dever de casa das autoridades, neste caso, é o de fortalecer os mecanismos de mercado de forma que as firmas, por si só, encontrem soluções para esses problemas de vulnerabilidade às flutuações e idiosincrasias do mercado cambial” (OLIVEIRA, Alessandro V. M. *Liberalização Econômica e Universalização do Acesso no Transporte Aéreo: É Possível Conciliar Livre Mercado com Metas Sociais e Ainda Evitar Gargalos de Infra-Estrutura*. Documento de Trabalho n.º 014. Acervo Científico do Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo – NECTAR. São José dos Campos: 2006. Disponível em <<http://www.nectar.ita.br/dt014.pdf>>. Acesso em: 12 abr 2010. p. 23).

É importante ainda que a flexibilização ocorrida no transporte aéreo seja também acompanhada de uma flexibilização nos setores de infraestrutura aeroportuária e de controle de espaço aéreo, com vistas a ampliar e agilizar os investimentos. De outra forma, corre-se o risco de se anular os ganhos do aumento da concorrência no transporte. Afinal, se a infraestrutura não tiver a capacidade de se adequar ao crescimento da demanda, serão criados gargalos para o desenvolvimento do transporte e seu crescimento será limitado. Nesse sentido, OLIVEIRA preconiza que deve haver uma flexibilização da estrutura de cobranças das tarifas aeroportuárias, acompanhada da descentralização da administração aeroportuária¹⁶², objetivando transformar cada aeroporto numa unidade independente de negócios, com poder de atração de serviços e companhias, e permitindo que a concorrência também vigore entre os provedores de infraestrutura¹⁶³.

¹⁶² Atualmente, cerca de 97% do movimento de passageiros oriundo do transporte aéreo regular do Brasil ocorre nos 67 aeroportos administrados pela Infraero, empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Defesa (informações retiradas de <http://www.infraero.gov.br/index.php/br/a-infraero.html>).

¹⁶³ OLIVEIRA, Alessandro V. M. *Liberalização Econômica e Universalização do Acesso no Transporte Aéreo: É Possível Conciliar Livre Mercado com Metas Sociais e Ainda Evitar Gargalos de Infra-Estrutura*. Documento de Trabalho n.º 014. Acervo Científico do Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo – NECTAR. São José dos Campos: 2006. Disponível em <<http://www.nectar.ita.br/dt014.pdf>>. Acesso em: 12 abr 2010. p. 24-25.

4. ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA REGULATÓRIA DO TRANSPORTE AÉREO

No Capítulo 2, apresentamos a evolução da regulação do transporte aéreo no Brasil, desde seu início até o período mais recente, após a criação da ANAC. Ocorre que, durante o biênio 2006-2007, a saída de grandes empresas do mercado, o aumento do poder de mercado das remanescentes e a dificuldade de consolidação por parte do novo órgão regulador expuseram deficiências institucionais no setor e geraram efeitos que podem ser percebidos por toda a sociedade: precariedade da infra-estrutura; regulação sem preocupações concorrenciais; deficiência na proteção aos usuários.

No capítulo anterior, percebemos que, do ponto de vista da análise econômica da regulação, o arcabouço institucional regulatório do setor não era condizente com as condições econômicas encontradas no mercado. Havia um cenário de excessiva regulação quando não existiam falhas de mercado que justificassem tal tratamento. Essa é a razão pela qual o transporte aéreo no Brasil apresentava pouca concorrência e, conseqüentemente, preços altos e um número relativamente baixo de passageiros transportados. Sob o prisma da Análise Econômica do Direito, tal marco regulatório não incentivava a busca pela eficiência econômica. Várias eram as medidas que poderiam ser sugeridas para que se tivesse um setor aéreo mais eficiente.

Por outro lado, o que se pode dizer do ponto de vista jurídico? O arcabouço regulatório anterior permitia o exercício de direitos pelos indivíduos, sejam eles consumidores ou empresários? As medidas adotadas após 2007 ampliaram o exercício desses direitos? Neste capítulo buscaremos responder tais questões.

Para isso, inicialmente, apresentaremos os fundamentos da Análise Jurídica da Política Econômica, uma perspectiva de análise da economia sob o prisma do Direito. Em seguida, aplicaremos essa abordagem para analisar a política regulatória do transporte aéreo no Brasil, por meio da estimativa dos efeitos jurídicos causados pelas medidas adotadas no setor recentemente.

A análise do efeito dessas medidas sob a capacidade de fruição de direitos constitucionalmente estabelecidos será o foco deste capítulo. Importa-nos, nesse sentido, o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência pelos produtores e o exercício da liberdade individual, consubstanciada sob o direito de ir e vir dos indivíduos, referente ao caso específico dos passageiros de transporte aéreo no Brasil. O que se busca verificar, nos parágrafos abaixo, é se há uma limitação do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, que possa afetar o acesso dos indivíduos a esse serviço, influenciando no exercício da liberdade individual.

4.1. ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA

Conforme indicamos no capítulo anterior, a partir da metade do século XX, uma nova ótica de análise de conflitos ganhou relevância no mundo jurídico: a Análise Econômica do Direito. Baseada em pressupostos da teoria microeconômica, essa forma de análise busca identificar os custos de transação presentes na economia e recomendar como a essa e a sociedade devem ser organizadas para que uma maior eficiência econômica seja atingida.

Apesar do mérito técnico dos instrumentos analíticos utilizados pela Análise Econômica do Direito, eles são baseados nas premissas da Economia Neoclássica, o que pode limitar a sua utilidade como tentativa de explicação dos fenômenos jurídicos apenas à verificação da obtenção de situações de eficiência econômica. Corre-se o risco de se confundir, como observa CASTRO, o exercício de direitos subjetivos com a maximização da utilidade¹⁶⁴.

Diante disso, apresentaremos aqui uma proposta de se analisar as instituições econômicas, ou ainda, a política econômica¹⁶⁵, com base em princípios jurídicos (notadamente aqueles constitucionais), o que chamaremos de Análise Jurídica da Política Econômica, uma

¹⁶⁴ CASTRO, Marcus Faro de. *Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neoclássica*, in Revista Jurídica, vol. 7, n.º 74, 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/index.htm>. Acesso em: 14 set. 2009.

¹⁶⁵ Considera-se a política econômica como “um conjunto de regras politicamente instituídas que organizam a produção, a troca e o consumo na vida social” (CASTRO, Marcus Faro de. *Análise Jurídica da Política Econômica*. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. 1, n.º 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/062009/revista_procur_geral_bc_vol3_num1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2010., p.22).

nova forma de abordagem dos conflitos jurídicos, apresentada em CASTRO, que parte do pressuposto de que nem sempre uma instituição econômica pode ser considerada uma instituição jurídica. Para isso, requer que as regras de formação da instituição econômica (ou da política econômica) adquiram caráter jurídico no sentido constitucional¹⁶⁶, devendo ser compatíveis com os princípios e direitos dispostos na Constituição.

A necessidade de estipular uma nova forma de análise jurídica surgiu da constatação do autor de que há, basicamente, quatro formas existentes de análise jurídica, e que cada uma delas possui limitações para a aferição dos efeitos das políticas públicas sobre a fruição de direitos pela sociedade. As formas existentes, seguidas das críticas apresentadas pelo autor, são as seguintes¹⁶⁷:

- a) Interpretação formal da lei e da constituição, que pode incluir a adesão a uma axiologia formalmente elaborada ou a uma teoria hermenêutica formal. Não permitiria, no entanto, que o jurista analisasse as situações de fato, por não levar em conta as situações empíricas.
- b) Interpretação substantiva da lei e da constituição, a qual busca a defesa do direito dos desfavorecidos, mas não consideraria as implicações em termos de política econômica.
- c) Ponderação de valores, por meio de cálculo prudencial de caráter abstrato e genérico, que se apóia em especulações imprecisas sobre o que são os valores em questão e qual a melhor forma de arranjo entre eles.
- d) Análise Econômica do Direito, que conjugaria o cálculo presente na ponderação com a teoria econômica em busca da solução mais eficiente. Contudo, a mera análise de custo-benefício realizada nessa abordagem não observa as relações entre interesses materiais e valores não-econômicos, que seriam relevantes para a promoção da justiça econômica.

O autor considera que essas opções existentes de análise jurídica não servem para conciliar o lado produtivo da economia com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos. É justamente esse espaço que a Análise Jurídica da Política Econômica (a qual trataremos a partir de agora por “AJPE”) busca ocupar. Ela possui como pressuposto o fato de

¹⁶⁶ CASTRO, Marcus Faro de. *Instituições Econômicas: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado*. Revista de Direito Empresarial, nº 6, jul/dez, 2006. p. 42.

¹⁶⁷ Ibid, pp. 3-4.

que as decisões de política econômica afetam de maneira diferenciada as ações atuais e planejadas de grupos e indivíduos, e apresentam reflexos sobre a formação de suas concepções sobre o que são, em termos de fruição presente, ou devem ser os seus direitos¹⁶⁸.

Assim, a definição do conteúdo de um determinado direito depende da percepção pessoal do que é de fato a fruição daquele direito. O direito à moradia, por exemplo, não significa ter somente um teto para morar, mas requer segurança, iluminação e esgoto. Da mesma forma, o direito de ir e vir inclui uma determinada qualidade que resguarde a segurança das pessoas que utilizam os meios de transporte. Tal percepção depende também do momento histórico. O que é considerado como satisfatório num determinado momento não necessariamente o é num período posterior.

O direito é, portanto, resultado da percepção momentânea dos indivíduos com relação à fruição que eles esperam ter. Essa é a razão pela qual, nas democracias, “a opinião livremente formada pelos indivíduos sobre o que são e devem ser os seus direitos é, de certo modo, uma importante e indispensável fonte de critérios para a determinação do que devem ser os conteúdos concretos do direito em termos de ação efetiva (fruição)”¹⁶⁹. Desse modo, a AJPE não utiliza noções metafísicas, nem caracterizações de direitos subjetivos como formas abstratas fixas e insuperáveis. Ela adere a uma concepção de direito vinculada à fruição empírica, ou seja, empiricamente verificável na sociedade¹⁷⁰.

Nesse contexto, devemos destacar que há uma relação cíclica entre a política econômica e a fruição de direitos pelos indivíduos. Afinal, as decisões de política econômica podem afetar a fruição dos indivíduos sobre os seus direitos, ao alterar as possibilidades que eles têm de engajar em determinado padrão de ação, isto é, de ter acesso ao consumo de determinados bens e serviços. Por sua vez, os significados que os indivíduos atribuem às suas ações, afetadas por políticas econômicas, acabam por influenciar as suas noções sobre o que seria “desejável, justo e direito” na sociedade em que se encontram¹⁷¹. Em outras palavras, a política econômica influencia o

¹⁶⁸ Ibid., p. 7.

¹⁶⁹ Ibid., p. 8.

¹⁷⁰ Ibid., p. 29.

¹⁷¹ Ibid., p. 8.

padrão de consumo dos indivíduos, o que reflete na fruição efetiva de direitos. Como resultado, o que os indivíduos demandam como direitos a serem assegurados passa a ser impactado.

Esse é o motivo pelo qual as decisões de política econômica afetam as possibilidades que indivíduos e grupos de indivíduos têm de se engajar em determinado padrão de ação econômica, alterando comportamentos e permitindo maior ou menor fruição de direitos. É justamente dessa percepção, de que determinadas políticas limitam a fruição de direitos, que surge a necessidade de se buscar, sob a ótica da análise normativa, a estruturação de políticas que promovam e não prejudiquem a efetividade dos direitos fundamentais.

Uma análise jurídica normativa da política econômica resultaria então em propostas que gerassem situações de crescimento econômico com justiça, na qual haveria uma efetiva fruição de direitos fundamentais e direitos humanos por todos os indivíduos ou grupos¹⁷². Para a AJPE não importa apenas a promoção da efetividade dos direitos humanos e fundamentais, mas também a sua fruição equânime¹⁷³. Busca-se uma situação de maior justiça econômica, na qual a economia de mercado possui papel fundamental, já que, por meio dela, é que se obtém o equilíbrio entre os direitos das empresas produtoras e dos indivíduos consumidores.

Nesse ponto, CASTRO considera importante distinguir, dentre os direitos fundamentais e os direitos humanos, dois grupos que são importantes nas relações econômicas: os direitos de produção e os direitos de consumo. O primeiro grupo está na órbita da produção e compreende, por exemplo, o direito de propriedade e a liberdade de contratar. O segundo engloba os direitos sociais, econômicos e culturais, exercidos individualmente ou em grupo¹⁷⁴. Na economia de mercado deve ser observada a coordenação entre produção e consumo, de maneira que haja articulação como um todo da fruição dos direitos de consumo com os direitos de produção¹⁷⁵.

¹⁷² Ibid., p. 23.

¹⁷³ Ibid., p. 31.

¹⁷⁴ Ibid., p. 31.

¹⁷⁵ No tocante aos direitos de propriedade, o autor considera ainda que há duas naturezas: direito de propriedade civil, sob o qual se protegem as práticas de consumo, e o direito de propriedade comercial, que cuida do consumo produtivo, voltado para a produção de bens e serviços e para a obtenção de lucro. A propriedade civil é tratada como um direito de consumo e a propriedade comercial como um direito de produção. (Ibid., pp. 31-32)

Apesar de ser originalmente formada por agregados contratuais livremente pactuados, a economia de mercado pode incorporar, por efeito das políticas públicas, conteúdos de interesse público aos contratos que organizam a produção, a troca e o fornecimento de bens e serviços destinados ao consumo final¹⁷⁶. É na inserção desses conteúdos de interesse público, por meio da imposição de cláusulas de interesse público na relação contratual, que as políticas podem alterar o ponto de equilíbrio entre os direitos de consumo e os direitos de produção¹⁷⁷.

No entanto, não é desejável que haja desequilíbrio nessas situações. A ênfase de uma determinada política pública em qualquer um dos grupos de direitos pode gerar situações de maior injustiça social ou comprometer a capacidade da sociedade de promover a produção de forma competitiva¹⁷⁸. Assim, tendo em vista que políticas públicas ou econômicas podem limitar as possibilidades de fruição de direitos, a análise jurídica normativa deve estruturar políticas que promovam e não prejudiquem a efetividade do exercício de direitos fundamentais e direitos humanos¹⁷⁹.

CASTRO preconiza que na AJPE, a análise jurídica da política regulatória, deve incidir sobre os efeitos causados por essa política sobre a fruição do direito de propriedade comercial e do direito de consumo presentes em uma determinada relação contratual. Em termos práticos, deve-se sempre verificar se a expansão do direito de consumo inviabiliza a fruição da propriedade comercial e vice-versa. Uma situação ideal seria, portanto, aquela onde ambos sofrem efeitos positivos com relação à fruição, o que pode ser alcançado, por exemplo, por meio do aumento da produtividade das empresas. É importante ressaltar que políticas favoráveis ao aumento da fruição do direito de consumo não podem gerar quedas de rentabilidade que

¹⁷⁶ Ibid., p. 16.

¹⁷⁷ Ibid., p. 16. Um exemplo fornecido por CASTRO de política pública inserindo cláusula de interesse público numa relação contratual é o artigo 6º, § 1º, da Lei nº 8.987, de 2005, que prevê que os serviços públicos devem ser prestados com “regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Tal mandamento legal tem impacto direto sobre a relação contratual privada entre prestador de serviço e usuário. Ressalta-se ainda que conteúdos de interesse público podem ser inseridos em contratos por meio de políticas públicas, mas também podem também ser retirados. Um exemplo disso foi a liberalização tarifária no transporte aéreo internacional, que retirou da relação entre empresa e consumidor a cláusula contratual que limitava a liberdade de precificar e, portanto, de contratar (Ibid., pp. 17-18).

¹⁷⁸ Ibid., p. 34.

¹⁷⁹ Ibid., pp. 8-9.

impeçam a continuidade das empresas, pois isso configuraria uma situação de redução da fruição do direito de propriedade comercial¹⁸⁰.

Com relação à Análise Econômica do Direito, um dos diferenciais apresentados pela AJPE é que ela não utiliza o referencial econômico neoclássico para chegar a uma conclusão sobre um conflito. O enfoque aqui é diferente, pois, se na Análise Econômica do Direito, busca-se uma melhor eficiência econômica¹⁸¹, na AJPE, parte-se do ponto em que se verifica qual solução para um determinado conflito favorece mais a fruição empírica de direitos consagrados em princípios constitucionais. Como afirma CASTRO, “o que falta à abordagem econômica é justamente o que os juristas podem oferecer: um entendimento analítico e interpretativo das regras formativas da política econômica”¹⁸². Nesse caso, aceita-se também a interdisciplinaridade, adicionando-se ao Direito e à Economia outras ciências como a Sociologia Jurídica e a Filosofia.

Apesar de não utilizar a eficiência econômica como um valor a ser buscado pelas políticas, a AJPE possui algumas similaridades com a Análise Econômica do Direito, como a preocupação com a instrumentalização da análise e com a verificação empírica dos efeitos de cada medida. No caso da análise jurídica, a abordagem empírica busca verificar a amplitude da fruição efetiva dos direitos escolhidos como referencial de análise. Assim, a AJPE não deve ser vista como um contraponto à Análise Econômica do Direito, mas como uma complementação crítica, que permite que se agregue à análise de um determinado fenômeno econômico uma visão com fundamentação jurídica, com preocupação primordial de contribuir para a efetiva fruição de direitos.

Obviamente, pode ocorrer o caso em que ambas as perspectivas de análise cheguem ao mesmo ponto. Teríamos então uma situação onde a busca por maior eficiência econômica gera

¹⁸⁰ Nesse caso, CASTRO afirma que a propriedade comercial deve apresentar rentabilidade comparada à rentabilidade do mercado. Situações perenes de baixa rentabilidade podem inviabilizar a fruição da propriedade (Ibid., p. 34).

¹⁸¹ Sobre esse ponto, CASTRO sustenta que, ainda que a forma como a sociedade está estruturada seja considerada na análise, como fazem algumas correntes da Análise Econômica do Direito, “quase sempre tais visões teóricas expressam-se na forma de conceitos econômicos urdidos de tal maneira que desviam o foco analítico do papel que os princípios institucionais ou jurídicos e suas relações com as regras têm sobre a ação econômica” (CASTRO, Marcus Faro de. *Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neoclássica*, in Revista Jurídica, vol. 7, n.º 74, 2005).

¹⁸² Ibid., p.2.

também uma ampliação da capacidade do exercício dos direitos. Essa situação, apesar de desejável, nem sempre ocorre, pois um ponto de maior eficiência pode ser prejudicial para o exercício de direitos de um determinado grupo de interesse ou, o que é mais comum, o resultado que amplie a fruição dos direitos pode não causar a situação de maior eficiência.

Para o fim de instrumentalizar a análise jurídica, CASTRO propõe uma sequência de procedimentos analíticos que auxiliam o jurista a verificar a adequação de uma determinada política aos direitos constitucionais¹⁸³. Veremos tais etapas a seguir.

i. Identificação da política pública a ser estudada

Inicialmente, é necessário que se identifique qual política pública, no caso, qual conjunto de medidas regulatórias será objeto de estudo. O interesse na política específica deve resultar de controvérsias entre grupos (empresários, governo, consumidores, ambientalistas etc.) sobre a determinação do conteúdo dos direitos vinculados à política examinada.

ii. Identificação dos direitos subjetivos atingidos

O segundo passo é a identificação dos direitos subjetivos possivelmente atingidos pelas controvérsias. Esses direitos devem estar previstos nas constituições ou em tratados internacionais. É provável que mais de um direito possa ser atingido e, ainda, que eles sejam conflitantes entre si. Tal fato é decorrência natural da constatação de que direitos sociais podem ser vistos como redes de contratos, onde a limitação de um pode gerar a restrição do outro.

iii. Análise dos componentes prestacionais decorrentes dos contratos

¹⁸³ CASTRO, Marcus Faro de. *Análise Jurídica da Política Econômica*. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. 1, nº 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/062009/revista_procur_geral_bc_vol3_num1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2010. pp. 40-49.

Definidos os direitos que servirão de parâmetro para a análise, é necessário que sejam identificados os diferentes componentes prestacionais decorrentes das relações contratuais, ou seja, quais obrigações e direitos cada parte da relação contratual possui. O conjunto dos componentes prestacionais demonstra e sistematiza o que pode ser entendido com a fruição empírica dos direitos. Com isso, faz-se a decomposição analítica de direitos com o intuito de identificar como se pode considerar que um direito está realmente sendo fruído.

iv. *Quantificação dos elementos de fruição empírica*

Identificados os elementos de fruição empírica, por meio da decomposição analítica de direitos, o próximo passo é ser capaz de quantificá-los. Afinal, pretende-se saber se uma determinada política amplia ou não a fruição de cada direito. Para isso, é necessário comparar como seria a situação antes e depois da entrada em vigor da política. Por meio da quantificação, busca-se a produção de elementos comparativos, como índices quantitativos, que permitam estimar a fruição empírica dos direitos.

v. *Elaboração de um índice de fruição empírica*

Uma vez quantificados os elementos de fruição empírica, torna-se necessário elaborar um índice que permita a comparação entre as diferentes situações. Dentre todos os dados observados e sistematizados, devem-se escolher aqueles que podem representar melhor a fruição dos direitos e construir um índice. Por meio desse, é possível estabelecer uma expressão quantitativa que reflita a fruição empírica do direito ou direitos analisados.

vi. *Construção de um benchmark para a verificação da efetividade do direito*

O mero estabelecimento de um índice, não permite que se tenha uma medida da situação da fruição de um determinado direito. É necessário que seja verificado o comportamento desse índice nos diferentes momentos históricos ou mesmo que ele seja analisado frente ao que ocorre em outros países. Ainda assim, não se terá um referencial absoluto do que possa ser considerado como uma situação aceitável, ou ideal, de fruição dos direitos na sociedade. É preciso que se

estipule um *benchmark*¹⁸⁴ que servirá como “padrão de validação jurídica” do que se considera como adequado para a fruição empiricamente verificada de um direito.

vii. *Avaliação dos resultados em relação ao benchmark*

A etapa seguinte consiste em se comparar os índices verificados nas observações empíricas de fruição de direitos com o *benchmark* escolhido. Com isso, será possível dizer se a política está sendo efetiva para levar o índice em direção ao referencial de fruição de direito, se está sendo falha ou até mesmo inócua.

viii. *Elaboração de recomendações ou reformas*

Todos os passos até aqui adotados teriam por finalidade realizar uma “análise positiva” da política pública em relação à fruição dos direitos. Busca-se avaliar se a política adotada está sendo bem sucedida ou não na ampliação da fruição efetiva dos direitos pelo cidadão.

A última etapa da Análise Jurídica da Política Econômica visa complementar a análise positiva com proposições de políticas que melhorem ainda mais a situação de usufruto dos direitos pelos indivíduos. Consiste, portanto, na face normativa da análise, de forma similar como a que ocorre na análise econômica. A diferença é que aqui o objetivo final não é um ponto de maior eficiência econômica, mas um ponto de melhor fruição dos direitos selecionados pela análise. Ressaltamos, no entanto, que, ao adotar os procedimentos analíticos descritos, a AJPE não pretende identificar prontamente soluções para problemas complexos, mas permitir que surjam no campo do Direito tentativas mais realistas de reformas de políticas públicas e econômicas que considerem o equilíbrio entre os direitos de consumo e os de produção¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Entendido aqui como um padrão referencial que possa ser comparado com o índice escolhido.

¹⁸⁵ CASTRO, Marcus Faro de. *Análise Jurídica da Política Econômica*. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. 1, nº 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/062009/revista_procur_geral_bc_vol3_num1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2010. p. 29.

A AJPE será a base para a avaliação da política regulatória do transporte aéreo que veremos a seguir. Com isso, será possível complementar com uma visão jurídica a análise apresentada no capítulo anterior, realizada sob a ótica econômica.

4.2. ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA REGULATÓRIA ECONÔMICA DO TRANSPORTE AÉREO

Como visto no capítulo 1, a política regulatória econômica adotada no setor de transporte aéreo no Brasil até a década de 1990 era inadequada do ponto de vista da análise econômica, pois não havia falhas de mercado que a justificassem. Mesmo que o setor fosse considerado um monopólio natural, a regulação não era desenhada para atenuar o poder de mercado que as empresas teriam nessa situação. Pelo contrário, as barreiras regulatórias serviam para diminuir ainda mais as condições de concorrência, protegendo assim as empresas já estabelecidas.

Dentro dessa linha, a política regulatória de promoção da concorrência consolidada pela Lei de criação da ANAC é considerada como um avanço em direção a uma situação de maior eficiência econômica, pois elimina entraves à entrada no setor e permite que empresas efetivamente concorram entre si.

Intuitivamente, é de se esperar que um aumento de eficiência econômica gere também benefícios para a sociedade do ponto de vista jurídico. Afinal, quanto mais eficiente for uma determinada situação, mais pessoas terão acesso ao mercado consumidor, uma vez que mais bens serão produzidos, com menores custos. No entanto, se olharmos do ponto de vista estritamente econômico para avaliarmos a situação jurídica, estaríamos dizendo que a efetivação do exercício de direitos está vinculada apenas ao consumo, o que não é necessariamente verdade.

A análise dos benefícios de uma situação de maior eficiência econômica sob a ótica jurídica requer que verifiquemos se os direitos estão sendo efetivamente exercidos de forma mais ampla pelos indivíduos. Nesse sentido, a Análise Jurídica da Política Econômica visa a sistematizar essa análise para permitir uma quantificação de natureza não-econômica do

exercício dos direitos. Utilizaremos nesta seção as etapas analíticas apresentadas acima para avaliar a política regulatória do transporte aéreo sob a perspectiva jurídica.

Cabe aqui, no entanto, uma ressalva. Se fôssemos seguir estritamente o que está disposto em CASTRO, deveríamos analisar os efeitos da política regulatória sobre a fruição do direito de propriedade comercial dos empresários do transporte aéreo e do direito de consumo dos consumidores desse serviço, pois isso representaria o impacto da política pública sobre as relações estabelecidas. No entanto, o que pretendemos fazer aqui é um pouco diferente. Queremos estimar os efeitos da política sobre a fruição de direitos daqueles que não estavam no mercado (ou seja, não pertenciam à relação contratual) e para a sociedade. Por isso, nos permitiremos utilizar os mesmos procedimentos analíticos, mas com algumas variações da metodologia apresentada pelo autor. Tal opção não impede que, em outro momento, façamos essa análise em complementação à que será a seguir apresentada¹⁸⁶.

4.2.1. Identificação da política pública

O objeto de estudo sob o ponto de vista jurídico será a política regulatória de promoção da concorrência no setor de transporte aéreo brasileiro, formada conjunto de medidas adotadas desde o início da década de 1990 e consolidadas com a Lei n.º 11.182, de 2005, e com as resoluções da ANAC aprovadas desde então. É, portanto, resultado de três ações, conforme visto no Capítulo 1: liberdade tarifária, liberdade de oferta e limitação do papel interventivo do órgão

¹⁸⁶ De fato, nos termos de CASTRO, a realização da AJPE em sua acepção original necessitaria que avaliássemos os impactos causados na fruição dos direitos de produção e consumo presentes na relação contratual entre empresários incumbentes e consumidores. No entanto, o que se pretende aqui é analisar os efeitos da política regulatória sobre toda a sociedade, não só sobre aqueles que já pertencem à relação jurídica, mas sobre todos os indivíduos, consumidores ou não, empresários ou não. Essa é a razão pela qual escolhemos o direito à livre iniciativa, que pode ser visto como o direito de ter acesso ao direito de propriedade comercial no transporte aéreo, que era restrito a um pequeno grupo. Uma AJPE mais fiel à desenvolvida pelo autor poderia verificar se a redução da fruição do direito de propriedade comercial dos empresários, por meio da exclusão das cláusulas de interesse público que mantinham uma rentabilidade maior (limitação à concorrência por práticas de descontos, por exemplo), não impediu a fruição do direito de propriedade, o que pressuporia um aumento de produtividade. No entanto, os dados existentes hoje e disponibilizados pela ANAC não nos permitem esta avaliação de forma direta. Seria necessário utilizar a Econometria para trabalhar com os dados, o que fugiria do escopo dessa dissertação jurídica (CASTRO, Marcus Faro de. *Análise Jurídica da Política Econômica*. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. 1, nº 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/062009/revista_procur_geral_bc_vol3_num1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2010).

regulador. Retomaremos esse tripé da política regulatória econômica para servir de base para as próximas etapas.

i. Liberdade tarifária

No mercado doméstico, a liberalização das tarifas teve início no começo da década de 1990 e foi gradualmente ampliada até a total liberalização em 2001, por portarias concomitantes dos Ministérios da Fazenda e da Defesa. Por estar estabelecida apenas em âmbito infralegal, sofreu um ligeiro ataque em 2004 pelo DAC. Somente foi garantida legalmente com o artigo 49 da Lei da ANAC, que concedeu às empresas aéreas total liberdade para precificarem os seus serviços.

Se a Lei n.º 11.182, de 2005, representou a consolidação da liberdade para as tarifas domésticas, para o mercado internacional ela foi praticamente o marco inicial. No entanto, a sua implementação para os voos internacionais se deu de forma bem mais acelerada. Em setembro de 2008 já vigorava para a América do Sul e em abril de 2010 para o resto do mundo. Desde a primeira resolução da ANAC que iniciou a flexibilização das tarifas até a data de total liberalização, foram apenas vinte e cinco meses. Pouco se comparado aos quinze anos levados para a liberdade tarifária doméstica.

A liberdade tarifária permitiu que efetivamente todas as empresas precificassem seus serviços, nos mercados doméstico e internacional, de acordo com seus custos e com suas decisões sobre como atuar no mercado, sendo livres para praticar descontos e promoções.

ii. Liberdade de oferta

A liberdade de oferta apresenta duas dimensões: liberdade de entrada de novas empresas e liberdade de entrada em novas linhas aéreas. Ambas foram contempladas pela política regulatória consolidada em 2005, ainda que em graus diferentes.

A entrada de empresas já atuantes em novas linhas observava uma certa flexibilidade desde o começo da década de 1990, mas sofreu um revés em 2003, quando o DAC passou a impedir a criação de novas empresas e a limitar a entrada de empresas em linhas já servidas. Com o advento da Lei n.º 11.182, de 2005, a ANAC consolidou o entendimento de que os únicos limitantes para a exploração de linhas aérea por parte das empresas aéreas regulares seriam “a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviços adequados expedidas pela ANAC”, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 48 do dispositivo legal. Não seria mais possível, para a Agência, negar a aprovação de novos voos por outros motivos que não esses¹⁸⁷, o que descartou a utilização de argumentos de cunho econômico, como o prejuízo aos concorrentes.

Restava eliminar as barreiras infralegais ainda existentes para a atuação nos aeroportos centrais – Santos Dumont, Congonhas e Pampulha – e demais aeroportos nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. Tais barreiras haviam sido mantidas por um conjunto de portarias do DAC que entraram em vigor em 2005 e tinham por objetivo determinar vocações e limitações para cada aeroporto, como, por exemplo, a operação de linhas apenas entre estados limítrofes, a limitação da quantidade de assentos que as aeronaves poderiam ter para cada operação, e a proibição de voos regulares. Foi com a revogação das portarias que tratavam da utilização dos aeroportos dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro e com a anulação da portaria que regulamentava o uso dos aeroportos de Minas Gerais que a Agência sedimentou na forma de norma o entendimento da liberdade de oferta fundamentado no parágrafo 1º do artigo 48 da Lei da ANAC¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Esse entendimento foi inicialmente adotado pela área técnica na aprovação dos Horários de Transporte (HOTRANS), que são a formalização da autorização da operação de uma linha aérea por uma empresa. Com isso, os HOTRANS ganharam caráter de autorização vinculada, isto é, não poderiam ser negados ao particular caso fossem cumpridos os requisitos técnicos exigidos pela Agência concernentes à segurança e houvesse disponibilidade de infraestrutura para o horário pretendido. Passou a não haver mais espaço para a discricionariedade.

¹⁸⁸ A Resolução ANAC n.º N° 55, de 8 de outubro de 2008, dispõe que:
A DIRETORIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC, no uso das competências que lhe conferem os arts. 8º, inciso XXI, e 11, inciso V, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, 4º, inciso XXI, e 24, inciso VIII, do Anexo I do Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006, e 9º, inciso VIII, do Regimento Interno aprovado pela Resolução nº 38, de 07 de agosto de 2008, e considerando o disposto no art. 48, § 1º, da referida Lei e o deliberado na Reunião de Diretoria realizada em 7 de outubro de 2008, RESOLVE: (...) – grifo nosso.

Merecem destaque também outras medidas adotadas no sentido de aumentar a flexibilidade de oferta. A entrada de novas empresas no transporte aéreo regular, por exemplo, passou a ser considerada como livre, mesmo sendo exigida legalmente a outorga de uma concessão para se obter essa condição. Uma vez que não havia restrição legal à entrada de novas empresas no mercado, não era necessário realizar uma licitação para que houvesse uma nova concessionária. Assim, a concessão assumiu também um caráter vinculado, bastando que as empresas cumprissem os requisitos jurídicos, técnicos e econômico-financeiros para que recebessem a outorga da ANAC¹⁸⁹.

Além disso, com vistas a permitir o acesso de novas empresas a aeroportos congestionados domésticos, a ANAC implementou o princípio denominado “use-o ou deixe-o”¹⁹⁰, retirando *slots*¹⁹¹ de empresas que não apresentem regularidade na sua utilização para distribuí-los a outras empresas atuantes ou entrantes no aeroporto¹⁹².

No que tange ao transporte internacional, tendo por base diretrizes aprovadas pelo CONAC em 2007¹⁹³, a Agência buscou a renegociação de diversos acordos bilaterais, com a intenção de aumentar o número de linhas, frequências semanais e empresas entre o Brasil e outros países. Com isso, empresas que já atuavam no mercado internacional puderam passar a

¹⁸⁹ Tal entendimento está substanciado nos votos do Diretor-Relator Marcelo Pacheco dos Guarany's, constantes dos Processos 07-01/10844/90 e 60800.015255/2008-49, de interesse das empresas Brazilian Express Transportes Aéreos Ltda. e Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A respectivamente.

¹⁹⁰ Do inglês “*use it or lose it*”.

¹⁹¹ Horários de utilização da pista dos aeroportos para pouso ou decolagem.

¹⁹² A Resolução ANAC n.º 2, de 3 de julho de 2006, estabelece que a empresa aérea perderá seu *slot* caso não atinja índice de regularidade mensal igual ou superior a 80 % (oitenta por cento) da operação prevista para ele, durante o período de noventa dias consecutivos, ou deixe de utilizá-lo por um período superior a trinta dias consecutivos. Ainda que a resolução seja conservadora na forma de promoção da concorrência em aeroportos congestionados, permitindo pouca mobilidade para as empresas entrantes, deve ser digna de registro pois foi a primeira vez que o órgão regulador disciplinou a questão. Em outubro de 2008, a ANAC colocou em consulta pública uma nova proposta de normatização do assunto, com retiradas obrigatórias de *slots* de empresas estabelecidas para empresas entrantes. Essa norma ainda não foi aprovada e provavelmente será substituída por outra proposta.

¹⁹³ Resolução CONAC n.º 007, de 20 de julho de 2007 (do Mercado Internacional). As principais diretrizes aprovadas pelo CONAC foram: a expansão do transporte aéreo deve ser promovida, por meio de Acordos sobre Serviços Aéreos, com vistas a aumentar o fluxo de pessoas e mercadorias entre os países; o aperfeiçoamento dos Acordos sobre Serviços Aéreos existentes entre os países da América do Sul, de forma a proporcionar a integração regional, e fortalecer os princípios do Acordo de Fortaleza; a adoção da política de múltipla designação de empresas; a negociação de condições que possam promover a modicidade dos preços para os usuários, por meio do incentivo à concorrência entre as empresas; observação, pela ANAC, dessas diretrizes na negociação de acordos internacionais; a expansão da capacidade entre os países da América do Sul, de modo que não haja restrição de oferta para este segmento do mercado internacional intra-regional. A revisão da regulamentação de preços pela ANAC também é uma das diretrizes e foi apresentada como tal no Capítulo 1.

expandir a oferta de serviços e tornou-se possível que novas empresas entrassem nas rotas internacionais. Houve uma expansão da capacidade do mercado para comportar uma maior oferta de serviços.

iii. Limitação da atuação do órgão regulador

A determinação legal de liberdade tarifária e de oferta, seguida das medidas regulamentadoras, limitaram indiretamente a possibilidade de intervenção por parte do órgão regulador. A partir de agora, não é mais possível intervir na precificação dos serviços, vetando descontos ou preços muito altos, nem impedir a entrada de novas empresas no mercado ou em novas linhas por razões econômicas. Não é permitida a intervenção da ANAC nem mesmo diante de evidências de infração à ordem econômica.

Com o impedimento de atuar na regulação econômica do transporte aéreo, a atuação da Agência deve se voltar para outras áreas regulatórias, para assegurar o bom funcionamento do mercado. Em um ambiente de maior competição, cresce a importância da regulação de outras áreas, como a segurança e os direitos dos passageiros. Quanto à regulação econômica, a atuação da ANAC passou a incidir sobre a infraestrutura, por meio da regulação tarifária e o desenho do marco regulatório para a concessão de aeroportos.

4.2.2. Identificação dos direitos subjetivos atingidos

A interconexão dos direitos subjetivos e sociais, em forma de redes de contratos, não nos permite determinar exatamente todos os direitos que são atingidos pela política regulatória de promoção da concorrência no transporte aéreo. Isso porque alterações geradas num determinado direito podem impactar inúmeros outros direitos. Buscaremos então a seguir descrever os direitos que são identificados como mais fortemente impactados por essa política. Ressaltamos apenas que, ainda que a AJPE não determine o direito a ser estudado com base no seu conceito formal, mas sim empírico, optamos aqui por, inicialmente, descrever os direitos formalmente, para depois determinarmos seu conteúdo empírico.

Antes de 2005, vimos que o marco regulatório do setor estava sujeito a várias formas de controle de concorrência, mesmo já havendo sido adotada uma trajetória de liberalização. Apenas após a promulgação da Lei da ANAC é que tivemos uma consolidação de uma política regulatória de promoção da concorrência no setor. Sendo assim, partiremos do pressuposto de que os direitos atingidos num primeiro momento são os derivados dos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa. Construindo a partir desse ponto, verificaremos se há outros direitos atingidos pelas variações da capacidade de exercício desses.

A Constituição de 1988 estabeleceu as bases de organização do Estado Democrático de Direito, aparentemente buscando compatibilizar a ideologia liberal com o princípio da justiça social, ressaltado na relação entre o valor social do trabalho e a liberdade de iniciativa econômica¹⁹⁴. Assim, ao estabelecer os princípios que devem permear o conteúdo econômico, foram destacados os da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, preservação e engrandecimento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa¹⁹⁵.

No que tange especificamente à livre iniciativa, tal princípio aparece em dois artigos de grande relevância, como se observa a seguir:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).

A liberdade de iniciativa econômica pode ser considerada como um dos princípios básicos do liberalismo econômico, uma vez que sua origem remonta ao início do mercantilismo.

¹⁹⁴ GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. pp. 48-62.

¹⁹⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 84-87.

Configurava-se, naquele momento histórico, como garantia do caráter absoluto da propriedade, abrangendo, assim, a autonomia jurídica, e assegurando aos agentes a possibilidade de regular as relações como bem entendessem para que desenvolvessem livremente a atividade econômica¹⁹⁶. Denotava, portanto, um direito à abstenção do Estado perante o particular¹⁹⁷.

A atuação estatal seria restrita às atividades fundamentais e o domínio econômico caberia aos particulares. A livre iniciativa seria um direito de resistência, correspondendo à concepção liberal clássica que procura impor limitações à atividade estatal, como forma de preservar a liberdade pessoal, que inclui, nesse contexto, a atuação econômica e o usufruto da propriedade¹⁹⁸. Configurar-se-ia, então, como o resguardo jurídico ao agente econômico de empreender o que desejar sem a interferência estatal.

Em um segundo momento histórico, surgiu a necessidade de limitação da iniciativa privada a fim de se alcançar a justiça social. Com isso, mesmo com o advento do Estado Social, o sistema econômico manteve-se assentado sobre o princípio da liberdade privada dos bens de produção e da liberdade de contratar, ou seja, a liberdade de iniciativa econômica continuou relevante¹⁹⁹. Foram impostos, no entanto, novos limites na busca da realização da justiça social.

Tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social, a discussão a respeito da livre iniciativa assume relevância. Enquanto que no primeiro ela é apresentada de forma mais contundente e ilimitada, em razão do próprio momento histórico, no Estado Social, tal princípio passa a ser condicionado por outros fatores.

Nesse sentido, o termo livre iniciativa é considerado extremamente amplo, não podendo ser restrito ao conceito de liberdade de iniciativa econômica. Haveria uma dupla face do

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 793-794.

¹⁹⁷ GOMES, Carlos Jacques Vieira. op. cit. pp. 106.

¹⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

¹⁹⁹ BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 133.

princípio, que abrangeria a liberdade de comércio e indústria, de um lado, e a liberdade de concorrência, de outro²⁰⁰.

A livre iniciativa está relacionada com a liberdade política de acesso a uma atividade econômica²⁰¹. O indivíduo é, em princípio, livre para atuar na atividade em que ele desejar, podendo, para tanto, utilizar seus meios econômicos para a produção de qualquer mercadoria ou prestação de qualquer serviço, desde que essa atividade não apresente ilicitude ou não contrarie outros interesses considerados pelo ordenamento jurídico²⁰². Já a livre concorrência refere-se à forma de atuação do agente, iniciada a prestação do serviço, e ao ambiente de negócios no qual ele se encontra. É a efetivação do exercício do direito à livre iniciativa, pois, se não houver possibilidade de concorrência, a livre iniciativa não se concretizará.

Diante disso, se analisada sob o enfoque jurídico, um determinado arcabouço regulatório restritivo pode produzir efeitos contrários aos princípios constitucionalmente estabelecidos pelo menos sob dois aspectos: limita a efetividade dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, e restringe o exercício da liberdade do indivíduo, ao impedir que ele tenha acesso a determinado serviço ou produto, com preços mais baixos, o que seria resultado de uma maior concorrência no setor. A análise jurídica da política regulatória, nesse caso, deve considerar a adequação da regulação econômica aos princípios constitucionalmente estabelecidos.

Não se trata aqui de se assegurar o direito da população ao serviço de transporte por meio da sua prestação pelo Estado, mas de permitir que os indivíduos tenham acesso aos serviços que são prestados pela iniciativa privada. Com preços menores gerados pelo processo concorrencial, mais pessoas acessariam o serviço de transporte. Da forma como se encontrava a regulação antes da década de 1990, o Estado não só não fornecia o transporte aéreo para as pessoas, como também impedia que as empresas privadas o fizessem, por meio do controle da oferta e de descontos. Nesse caso, não se necessita de uma regulação que faça o transporte

²⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 188-189.

²⁰¹ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. São Paulo: Renovar, 2004.

²⁰² SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 232.

chegar a todos, mas uma ausência de regulação econômica, de forma que, por meio da livre iniciativa e da livre concorrência, o transporte chegue a mais pessoas. Assim, pode-se considerar a política regulatória restritiva como uma limitação indireta do direito fundamental à livre locomoção, presente no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal²⁰³:

Obviamente não se quer dizer que o transporte aéreo é essencial para a locomoção dos indivíduos. É inegável, contudo, a necessidade de admitirmos que ele faz parte desse direito. Fundamentalmente, em um país de dimensões continentais como o Brasil, o transporte aéreo é o meio de efetivação do deslocamento quando pensamos em pelo menos três hipóteses: viagens de longas distâncias dentro do território nacional, viagens para locais de acesso limitado e viagens internacionais. Afinal, não é incomum que haja a necessidade de locomoção entre localidades que estão a grandes distâncias umas das outras.

A título de exemplo, temos o caso da rota entre Manaus e Brasília ou São Paulo e Fortaleza, que possuem cerca de 3.000 km pela via rodoviária²⁰⁴ e necessitam de mais de trinta horas de deslocamento, o que, por meio do modal aéreo, requereria cerca de três horas de voo. No transporte internacional, as distâncias e tempos de deslocamento são ainda maiores, e o modal alternativo, em grande parte dos casos, é o transporte marítimo. Há ainda os casos de localidades no Brasil, notadamente na Região Amazônica, às quais apenas se chega por meio do transporte aéreo.

Tem-se, portanto, que os direitos constitucionais mais fortemente afetados pela política regulatória de promoção da concorrência no transporte aéreo são o direito à livre iniciativa, por parte do setor produtivo, e o direito de exercício da liberdade individual de ir e vir, consubstanciado no direito à livre locomoção. Tais direitos servirão de referencial para a nossa análise jurídica.

²⁰³ Artigo 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

XV – *é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;*

²⁰⁴ Mais precisamente, são 3.306 km entre Brasília e Manaus e 2.947 km entre São Paulo e Fortaleza.

No intuito de correlacionar a definição por meio da análise formal dos direitos atingidos pela política regulatória com o disposto em CASTRO, podemos considerar o direito à livre iniciativa como o direito de propriedade comercial dos empresários que intencionam participar do setor de transporte aéreo, enquanto que o direito de ir e vir seria o direito de consumo dos indivíduos com relação aos meios de locomoção.

4.2.3. Análise dos componentes prestacionais decorrentes das relações contratuais

Após a definição dos parâmetros de análise, por meio da verificação de quais direitos são mais atingidos pela política regulatória em questão, é necessário que sejam identificados os diferentes componentes prestacionais decorrentes das relações contratuais, isto é, o que cada parte da relação econômica espera receber como resultado do seu direito. A intenção disso, como vimos, é demonstrar e sistematizar o que pode ser entendido como a fruição empírica dos direitos.

No transporte aéreo, consideraremos que a relação contratual se dá entre as empresas aéreas e os passageiros. O primeiro grupo pretende exercer o direito à livre iniciativa para ofertar o serviço de transporte aéreo (direito de propriedade comercial) e ser remunerado por isso, enquanto que os passageiros intencionam exercer o direito à liberdade individual, concretizado pela possibilidade de deslocamento (direito de consumo).

De forma ampla, podemos afirmar que o direito à livre iniciativa compreende o direito à criação de empresa e à sua gestão de forma autônoma, como a liberdade de acesso a uma determinada atividade econômica e a liberdade de se continuar a praticá-la. Estariam compreendidos na livre iniciativa, portanto, vários outros direitos, quais sejam: a liberdade de investimento ou de acesso a um determinado mercado; a liberdade de exercício ou de organização da empresa – que determina como será desenvolvida a atividade, com a forma, qualidade e preço dos serviços a serem produzidos; a liberdade de contratação; e a liberdade para

concorrer, ou seja, o direito ao exercício da atividade econômica em um sistema de livre concorrência²⁰⁵.

Assim, o direito de propriedade comercial, no caso do transporte aéreo, pode ser decomposto em um feixe de expectativas dos empresários, que se relacionam com o exercício da atividade econômica. São direitos que representam indícios da capacidade real de entrada de uma empresa aérea no mercado e da sua capacidade de possuir rentabilidade para se manter atuante. O empresário espera, portanto, poder criar a empresa e possuir acesso a linhas de financiamento. Espera ainda entrar efetivamente no mercado de transporte aéreo e nas linhas aéreas, e praticar preços que permitam a obtenção de participação de mercado. A não-ocorrência desses componentes pode levar à conclusão de que o direito à livre iniciativa não foi usufruído realmente, ou que teve sua fruição limitada. Assim, caso a entrada de uma nova empresa, desde que atuando de forma eficiente, não seja possível ou efetiva, podemos dizer que não há possibilidade de fruição do direito de propriedade comercial ou que esse é limitado.

O direito de ir e vir dos passageiros de transporte aéreo no Brasil, como exercício da liberdade individual, também pode ser decomposto em um feixe de componentes que representam o seu usufruto. Nesse caso, o direito de acesso ao meio de transporte aéreo amplia a capacidade de exercício do direito de ir e vir pelos indivíduos, que podem se deslocar entre diversas localidades de forma mais rápida. Essa capacidade depende de algumas variáveis, como o preço e a disponibilidade de voos entre duas localidades. Afinal, caso o preço seja muito alto, por exemplo, é de se esperar que menos pessoas tenham acesso ao transporte aéreo, ou tenham com menor frequência do que necessitam.

Sob essa ótica, podemos afirmar que o direito de consumo dos indivíduos com relação ao transporte aéreo é formado por diversos componentes que o dimensionam e qualificam. O direito à modicidade tarifária, à abrangência da cobertura da malha aérea e à existência de frequências de voos entre as localidades desejadas impactam diretamente na oferta de serviços aos indivíduos e na capacidade de eles terem condições financeiras para acessá-lo. Fornecem ainda a dimensão do direito de ir e vir, pois representam o seu alcance geográfico e social, isto é, a quais localidades

²⁰⁵ GOMES, Carlos Jacques Vieira. op. cit. pp. 107-108.

se consegue chegar e qual o nível de renda necessário para ser incluído por esse serviço. Temos, com isso, a medida da universalização do serviço que demonstra a parcela da população que tem acesso ao transporte aéreo.

Já a qualificação do direito de ir e vir está relacionada ao modo como se viaja, ao que o indivíduo espera quando usufrui do transporte aéreo para se locomover. Espera-se que o serviço seja prestado com a segurança adequada e com condições mínimas de conforto e qualidade. É necessário que haja condições de segurança para as operações aéreas, tanto no ar, quanto no solo, o que configuraria o direito à segurança no transporte. Outro viés seria o nível mínimo de qualidade que se espera do transporte aéreo, com base, por exemplo, na regularidade e pontualidade.

Temos então duas dimensões de fruição do direito de ir e vir: a individual e a social. A primeira consiste em determinar um ponto em que o indivíduo considera que de fato usufruiu seu direito. Considera-se usufruído o direito de qualquer forma? O mero deslocamento de um ponto a outro já representa a fruição do direito? Ou existem condições mínimas na prestação desse serviço para se afirmar que o direito foi usufruído de forma digna? Caso não existam, pode-se considerar como exercido o direito de ir e vir, do ponto de vista individual, mesmo se o deslocamento for realizado na caçamba de um caminhão ou no compartimento de carga de uma aeronave, sem cinto de segurança. É de se esperar, portanto, que, num primeiro momento, para que um indivíduo considere exercido seu direito de ir e vir de forma digna, ele deve viajar pelo menos de forma segura. Sem isso, não se poderia dizer que houve uma fruição pelo indivíduo do direito de consumo do transporte aéreo²⁰⁶.

A dimensão social consiste em verificar se há, numa determinada sociedade, condições que nos permitam afirmar que de fato aquela população exerce a fruição do direito de ir e vir.

²⁰⁶ Num segundo momento, assegurada a segurança da operação, a demanda do indivíduo seria por um nível mínimo de conforto e de compromisso com as condições acordadas para o transporte, como a pontualidade, por exemplo. No entanto, não sustentaremos aqui que isso é um elemento essencial do exercício do direito de ir e vir por enquanto. Devem compor o direito de ir e vir as condições mínimas de conforto que permitam viajar com segurança, como, por exemplo, a distância mínima entre as poltronas que permita a evacuação da aeronave em caso de emergência. As demais características são observáveis pelos consumidores e podem ser objeto de transação. Assim, pode-se pagar mais para ter acesso a uma classe melhor de serviço, uma refeição melhor ou mais espaço para as pernas, mas não é aceitável que se cobre para assegurar condições de segurança.

Nesse contexto, caso a oferta de serviços de transporte esteja disponível para apenas uma pequena parcela da população, não se pode afirmar que, naquela, sociedade o direito de ir e vir é usufruído por todos. O acesso a ele seria pelo menos tido como limitado, caso apenas algumas camadas da sociedade tivessem acesso a esses serviços, ou se isso ocorresse somente em algumas localidades.

Diante disso, podemos estipular uma sequência de valores que compõem o direito de ir e vir. Primeiramente, deve ser possível que toda população tenha possibilidade de exercê-lo, independente do nível de renda ou da localidade. Isso significa que o acesso a meio de transporte, seja lá qual for o modal, deve ser assegurado a toda a população para que possamos considerar que o direito de ir e vir será assegurado. Essa possibilidade não pode ser dissociada da segurança, que deve estar presente em toda e qualquer forma de prestação de transporte.

Somente após ser garantido para todos de forma segura, ou seja, com o nível de qualidade mínimo que garanta a segurança dos indivíduos, é que a população passa a considerar a necessidade de aumento de qualidade. Afinal, se uma determinada comunidade não possui acesso a transporte, aceitará qualquer forma de transporte, sem se preocupar com o nível de conforto. economicamente, esse raciocínio também faz sentido, já que o aumento de qualidade geralmente vem acompanhado de um aumento de custos. E quanto maiores os custos, maiores serão os preços dos serviços, o que reduz a quantidade de pessoas que pode ter acesso ao serviço.

Desse modo, do ponto de vista social, para verificarmos se a possibilidade de exercício do direito de ir e vir está presente na sociedade, ou seja, se há fruição do direito de consumo do transporte aéreo, é mais relevante a análise dos componentes prestacionais que demonstrem que o acesso está sendo ampliado à população pela política pública.

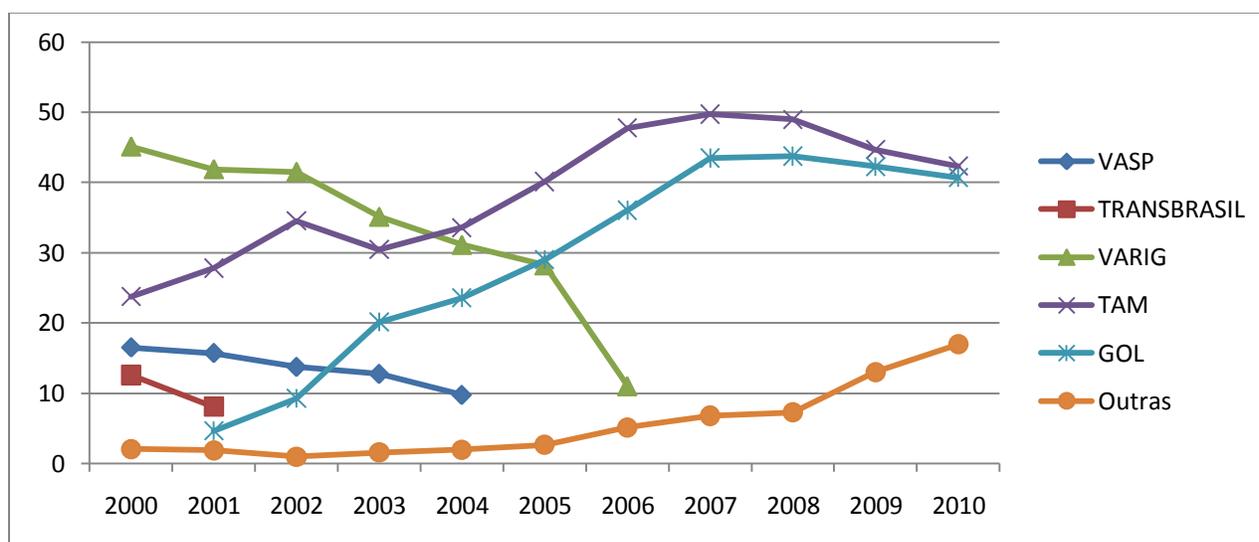
4.2.4. Quantificação dos elementos de fruição empírica

Para quantificarmos a fruição empírica dos direitos dispostos acima, é necessário recorrermos a alguns dados que reflitam o impacto da política regulatória de promoção da concorrência no transporte aéreo.

Como vimos, o direito à livre iniciativa pode ser decomposto num conjunto de ações que, se verificadas, demonstram que houve real possibilidade de exercício desse direito. Seriam essas atividades: a entrada no mercado, a entrada em novas linhas aéreas, a possibilidade de expansão de oferta e a consequente capacidade de se obter maior participação de mercado, tendo em vista o processo competitivo. Com o intuito de apresentar evidências da fruição do direito à livre iniciativa pelos empresários, mostraremos a seguir dados relativos ao comportamento do mercado na última década, captando os efeitos da política adotada.

Na última década, houve fortes alterações de participações das empresas no mercado nacional, com a saída de empresas tradicionalmente estabelecidas e a entrada de novas. De fato, com a saída da Transbrasil em 2001, da Vasp em 2004 e da Varig em 2006, a TAM encontrou um grande caminho aberto para captar participação de mercado e se consolidar como a maior empresa brasileira. Houve ainda espaço para a entrada de uma nova empresa, a Gol, que apresentou forte expansão de participação nos primeiros sete anos da sua existência e figura como a segunda maior empresa nacional no final da década. Tal cenário pode ser percebido por meio da análise do Gráfico 1, que apresenta a evolução das participações de mercado de todas as empresas atuantes no mercado brasileiro.

Gráfico 1: Evolução das participações de mercado das empresas aéreas brasileiras – 2000-2010



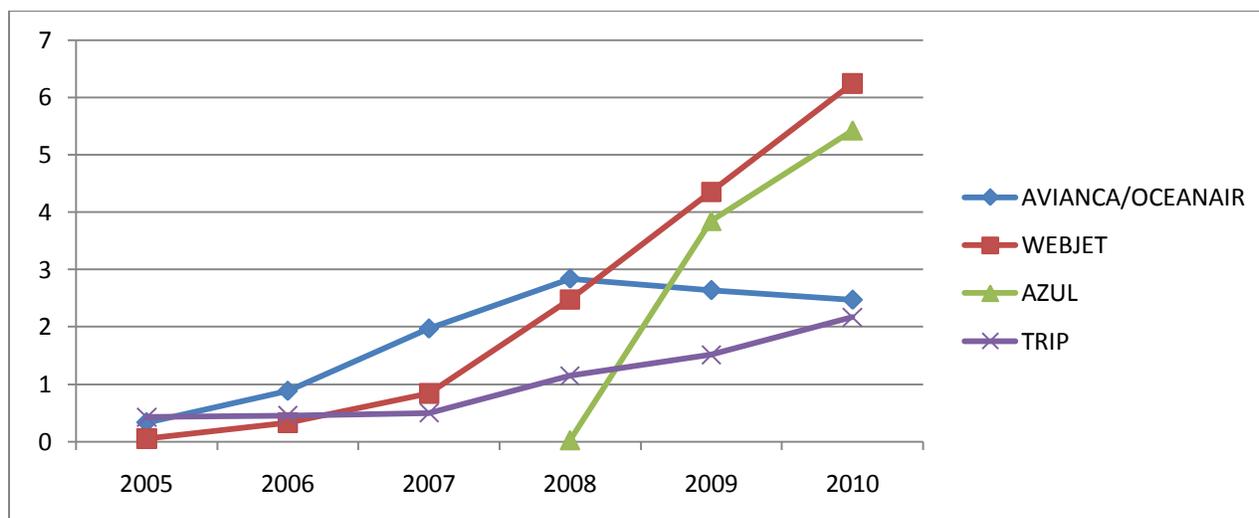
Fonte: Elaborado pelo autor com base em dados de passageiros transportados pagos da ANAC.

Ainda que a simples entrada da Gol represente a possibilidade do exercício da livre iniciativa no setor aéreo, ela talvez não seja um caso típico de entrada, uma vez que ocorreu no vácuo deixado pela saída das empresas estabelecidas até o começo desse período. É interessante, portanto, analisarmos o comportamento das outras entrantes, que atuaram num cenário bem diferente, precisando buscar espaço juntamente com o crescimento da TAM e da Gol. Nesse contexto, três novas empresas com atuação nacional se destacaram como entrantes no mercado brasileiro: Oceanair (atualmente denominada como Avianca), atuante a partir de 2003; Webjet, a partir de 2005; e Azul, que entrou no final de 2008. Foram essas, juntamente da Trip, que possui atuação predominante em rotas regionais, as grandes responsáveis pelos movimentos de entrada e alteração das participações de mercado ocorrida na segunda metade da última década²⁰⁷.

O crescimento da participação de mercado desse conjunto de empresas pode ser visualizado nos quadros a seguir. No primeiro, apresentamos a evolução das participações da Avianca, Webjet, Azul e Trip, de forma detalhada (no Gráfico 1 elas se encontravam agrupadas sob o título de “Outras”). É possível vermos pelo Gráfico 2 que elas têm apresentado grande crescimento, tendo as três maiores alcançado, individualmente, participações de cerca de 4% (quatro por cento) do mercado.

²⁰⁷ Apesar de a Trip ter sido constituída em 1998, iremos considerá-la como uma nova entrante para efeitos desta análise, visto que seu crescimento em termos de passageiros transportados passou a ser mais significativo a partir de 2008 (130% de crescimento sobre o ano anterior). Por ter foco de atuação na aviação regional, a empresa opera com aeronaves de menor porte, de até 86 assentos. Por isso, a participação adicional gerada por cada aeronave adicionada à frota, em termos de passageiros transportados é proporcionalmente menor que as concorrentes que operam com aeronaves maiores.

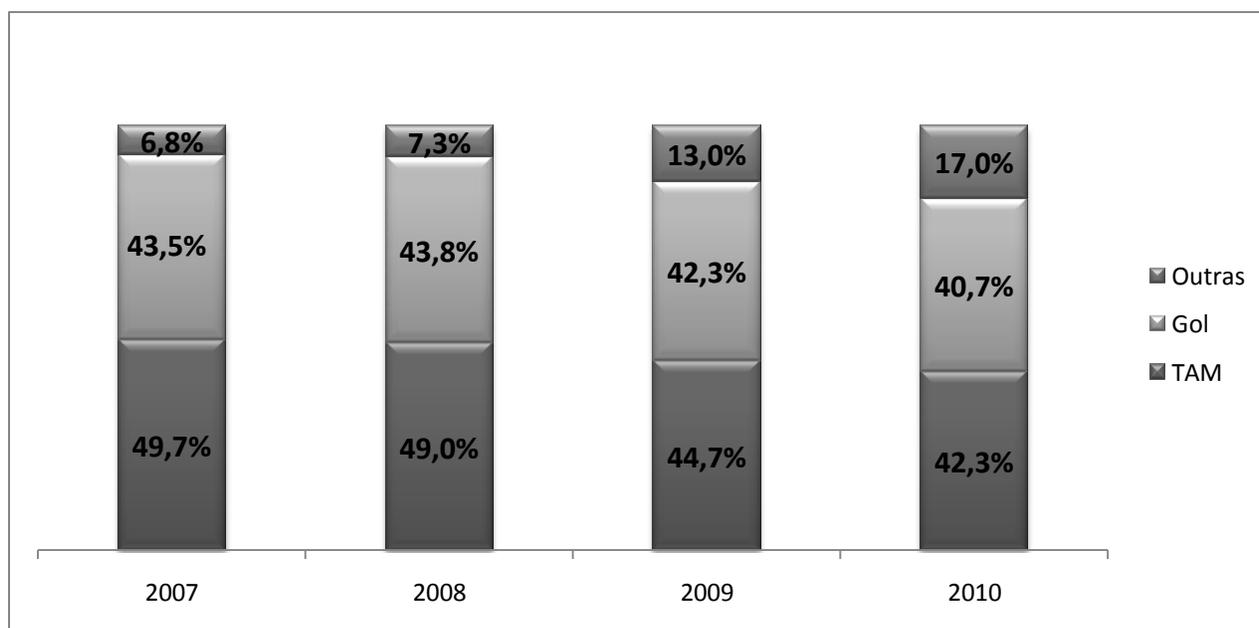
Gráfico 2. Evolução das participações de mercado das empresas aéreas entrantes – 2005-2009



Fonte: Elaborado pelo autor com base em dados de passageiros transportados pagos da ANAC.

O efeito da crescente participação de mercado dessas quatro empresas sobre as já estabelecidas TAM e Gol pode ser notado pela análise do gráfico presente no Gráfico 3, que reflete a redução da participação dessas duas empresas na medida em que cresce o peso relativo das novas entrantes.

Gráfico 3. Evolução das participações de mercado das empresas aéreas brasileiras – 2007-2010.



Fonte: Elaborado pelo autor com base em dados de passageiros transportados pagos da ANAC.

Tradicionalmente em análise de estruturas de mercado, dois índices são utilizados para a observação de alterações nas condições de concorrência. O primeiro é o Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI), calculado a partir da soma dos quadrados das participações de todas as empresas do mercado. Nesse caso, quanto mais perto de 10.000 for o índice (que seria resultado de 100% ao quadrado), mais concentrado é o mercado. Quanto menor for, mais pulverizada é a estrutura de mercado²⁰⁸.

O segundo índice é o C4, resultado da soma da participação das quatro maiores empresas do mercado. Tem por objetivo mostrar se um mercado é muito concentrado nas mãos de poucas empresas. O entendimento vigente nos órgãos antitrustes brasileiros é de que um C4 de mais de 75% já é suficientemente alto para viabilizar a atuação coordenada das empresas²⁰⁹.

Apresentaremos no quadro a seguir a evolução do HHI e do C4 para o mercado de transporte aéreo doméstico brasileiro, considerando as participações de mercado em nível nacional. Adicionalmente, apresentamos também um índice com a soma da participação de mercado das duas maiores empresas, o que denominaremos de C2.

Quadro 1. Evolução dos índices de concentração de mercado para o setor de transporte aéreo brasileiro – 2000-2010

Ano	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
HHI	3.033	2.865	3.190	2.730	2.751	3.251	3.710	4.375	4.329	3.828	3.527
C4	97,9	93,5	99,0	98,5	98,1	97,8	96,7	96,9	98,0	95,2	94,7
C2	68,9	69,7	76,0	65,6	64,7	69,1	83,8	93,2	92,7	87,0	83,0

Fonte: Elaborado pelo autor com base em dados de passageiros transportados pagos da ANAC.

²⁰⁸ O *Department of Justice* (DOJ) norte-americano considera como *competitivo* um mercado com HHI inferior a 1.000. Um resultado entre 1.000 e 1.800 é considerado como *moderadamente competitivo*. Mercados com HHI acima de 1.800 são considerados como *altamente concentrados*. Como regra geral, fusões em mercados concentrados que causam um aumento de mais de 100 pontos no HHI geram preocupações do ponto de vista do antitruste. (DOJ. *Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Abril de 1992. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2010).

²⁰⁹ Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 50, de 1º de agosto de 2001, p. 11. Disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias/portconjseae-sde.pdf Acesso em: 3 mar. 2010.

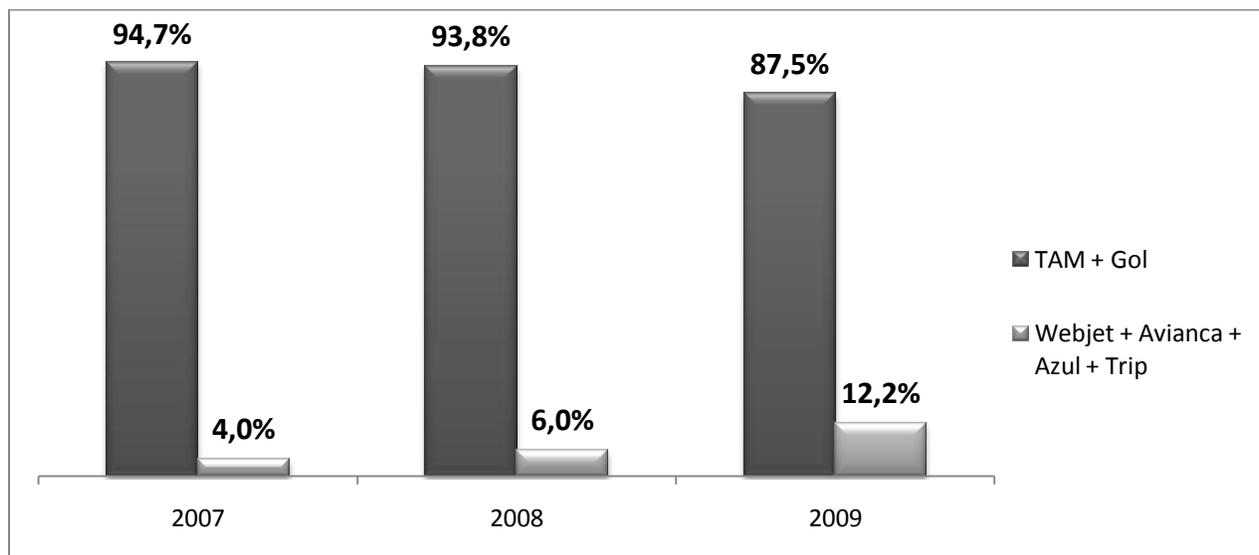
A análise do HHI demonstra que o mercado era mais pulverizado no começo dos anos 2000, quando havia quatro grandes empresas. Com a saída da Vasp, da Transbrasil e da Varig e o fortalecimento da Gol e da TAM, o mercado ficou mais concentrado, atingindo o auge de concentração em 2007. Nos dois últimos anos, nota-se uma diminuição desse índice, mais acentuadamente em 2009, o que é indício de que a estrutura de duopólio não é estável e pode ser contestada por novas empresas.

Apesar das alterações observadas no HHI, o C4 pouco mudou durante os últimos dez anos. Atingiu o auge em 2003, quando apenas a Transbrasil havia saído do mercado, teve um ligeiro decréscimo nos anos posteriores, mas se demonstrou constante até 2008. Somente em 2009 conseguimos observar uma queda mais acentuada, de 3% em relação a 2008 e de 2,3% em relação à média do período 2000-2008, o que é reflexo natural do crescimento da participação das empresas menores de forma conjunta. Afinal, se apenas duas empresas estivessem crescendo, continuaria havendo quatro empresas dominantes no mercado e o C4 não seria alterado.

O C2, por sua vez, apresentou grande elevação com as alterações ocorridas nesta década, notadamente com a saída da Varig. Natural que isso ocorresse uma vez que apenas duas empresas ocuparam o espaço deixado por quatro. O mais relevante da evolução desse índice é a queda de 6,2% observada em 2009. Tal redução já havia sido observada no Gráfico 3 e pode ser atribuída, principalmente, à efetivação da liberdade de oferta por meio da eliminação das restrições de operação no Aeroporto Santos Dumont.

De fato, a participação das novas empresas entrantes no mercado do Rio de Janeiro obteve um salto significativo em 2008, reflexo da permissão de que novas rotas pudessem ser exploradas a partir daquele aeroporto. As empresas aéreas passaram a ter acesso, de forma isonômica, à nova disponibilidade de infraestrutura para praticarem novas linhas, na segunda cidade do País em número de habitantes, num aeroporto mais bem localizado do que operavam anteriormente. A participação das empresas entrantes passou de 4% em 2007 para 12,2% em 2009, como pode ser visto no Gráfico 4.

Gráfico 4. Evolução das participações de mercado das empresas aéreas brasileiras nos aeroportos da cidade do Rio de Janeiro (Santos Dumont e Galeão) – 2007-2009



Fonte: Elaborado pelo autor com base em dados de passageiros transportados pagos da ANAC.

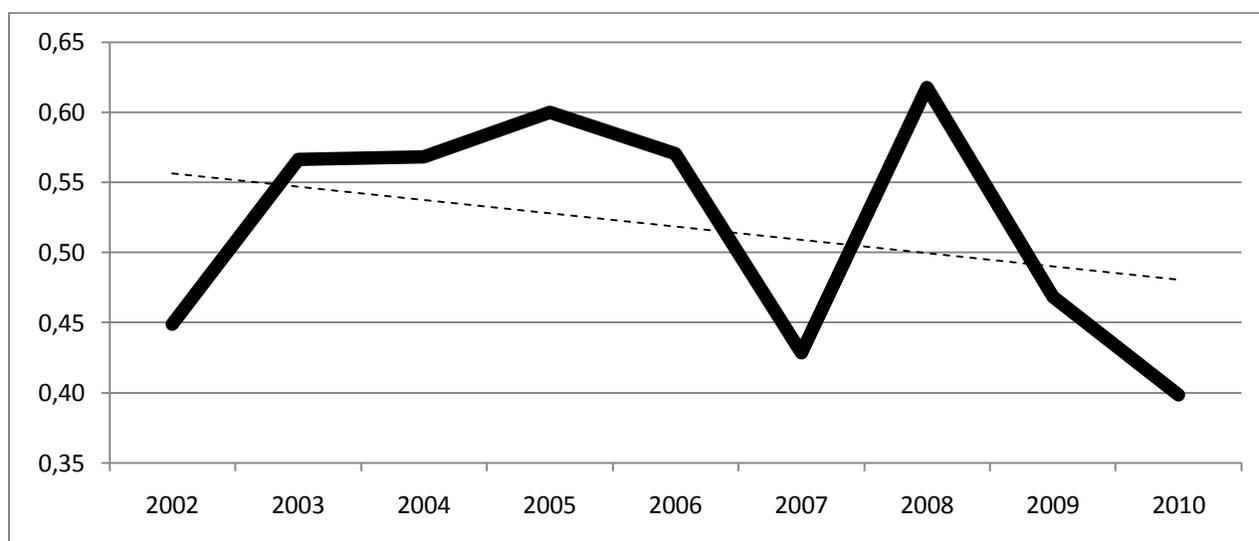
Após a exposição dos dados acima, há evidências de que a política regulatória de promoção da concorrência foi benéfica à fruição do direito à livre iniciativa. Além do crescimento de forma consistente da principal entrante dos anos 2000, a Gol, é possível notar, apesar da curta série histórica, que as novas empresas também têm apresentado crescimento de participação de mercado. Podemos afirmar, portanto, que mesmo com a saída das empresas tradicionais dos anos 90, a política regulatória adotada propiciou condições de concorrência que ampliaram, na sociedade, a fruição do direito de propriedade comercial no transporte aéreo, permitindo que mais indivíduos tivessem acesso à possibilidade de fruição desse direito e não somente aqueles que estavam estabelecidos no mercado²¹⁰.

Para verificarmos se os efeitos dessa política sobre o exercício do direito de ir e vir dos indivíduos foi também favorável, apresentaremos a seguir as observações efetuadas sobre o comportamento dos preços das passagens aéreas e a quantidade de passageiros transportados no Brasil.

²¹⁰ Conforme já comentado na seção anterior, tal afirmação seria mais consistente se pudéssemos mostrar o que ocorreu com os indicadores financeiros das empresas aéreas frente à rentabilidade mínima observada no mercado. No entanto, os dados existentes hoje e disponibilizados pela ANAC não nos permitem esta avaliação de forma direta. Seria necessário utilizar a Econometria para uma melhor averiguação do resultado dos dados.

É de se esperar que o aumento das condições de concorrência efetiva, combinada com a liberdade total para precificação dos serviços, cause uma redução do valor das passagens pagas pelos consumidores. O Gráfico 5 a seguir utiliza um indicador denominado *yield*, que corresponde ao valor médio que cada passageiro paga por quilômetro voado e é utilizada pela ANAC para o acompanhamento do nível de preços praticados pelas empresas aéreas²¹¹.

Gráfico 5. Evolução do *yield* para o mercado de transporte aéreo doméstico brasileiro – 2002-2010



Fonte: ANAC.

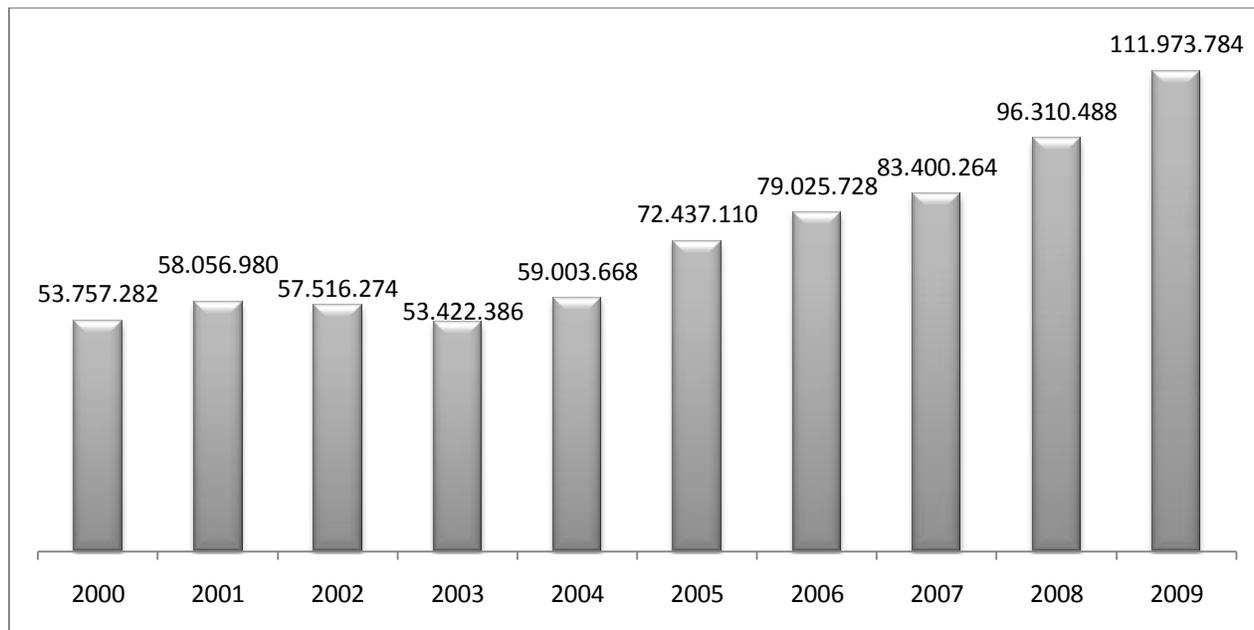
A análise do gráfico mostra que, apesar de o *yield* ter variado com frequência durante a última década, observa-se uma tendência de queda (representada pela reta tracejada). De fato, o *yield* praticado pelas empresas no primeiro semestre de 2010 é 11,3% mais baixo do que o observado em 2002, quando o mercado ainda sentia os efeitos da entrada da Gol. A política de

²¹¹ Utilizamos aqui o indicador *yield* tarifa, publicado mensalmente pela ANAC. Conforme informações da própria Agência, disponíveis em <http://www.anac.gov.br/estatistica/yieldtarifa/>: “Os valores são obtidos a partir do envio das informações pelas próprias companhias aéreas nacionais, em valores nominais, a cada mês. A ANAC atualiza os valores nominais mensalmente, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). A metodologia do Yield Tarifa inclui a origem e destino do bilhete aéreo, independente das escalas e conexões, comercializado em 67 ligações domésticas, previstas na Portaria nº 447/DGAC. O indicador considera a distância entre a origem e o destino em quilômetros e a receita obtida pela empresa decorrente de tarifas públicas de passageiros, excluindo as tarifas corporativas (negociadas entre as companhias aéreas e outras empresas), tarifas de fretamento (negociadas com as agências de turismo) e assentos oferecidos gratuitamente ou com desconto diferenciado (para tripulantes, funcionários, crianças que não ocupam assentos, programas de milhagem e endosso de passagem)”.

re-regulação adotada em 2003, que reinstalou restrições concorrenciais, fez com que o *yield* automaticamente crescesse 26% naquele ano. O novo patamar se manteve até 2006, mas foi significativamente reduzido nos anos seguintes: a média do *yield* praticado entre 2007 e 2010 foi 17% menor do que a média observada entre 2003 e 2006.

O resultado do nível tarifário mais baixo é sentido no aumento do número de passageiros transportados, que representa a demanda por transporte aéreo. O Gráfico 6 apresenta a evolução desse número.

Gráfico 6. Evolução do número de passageiros transportados em voos domésticos no Brasil – 2000-2009



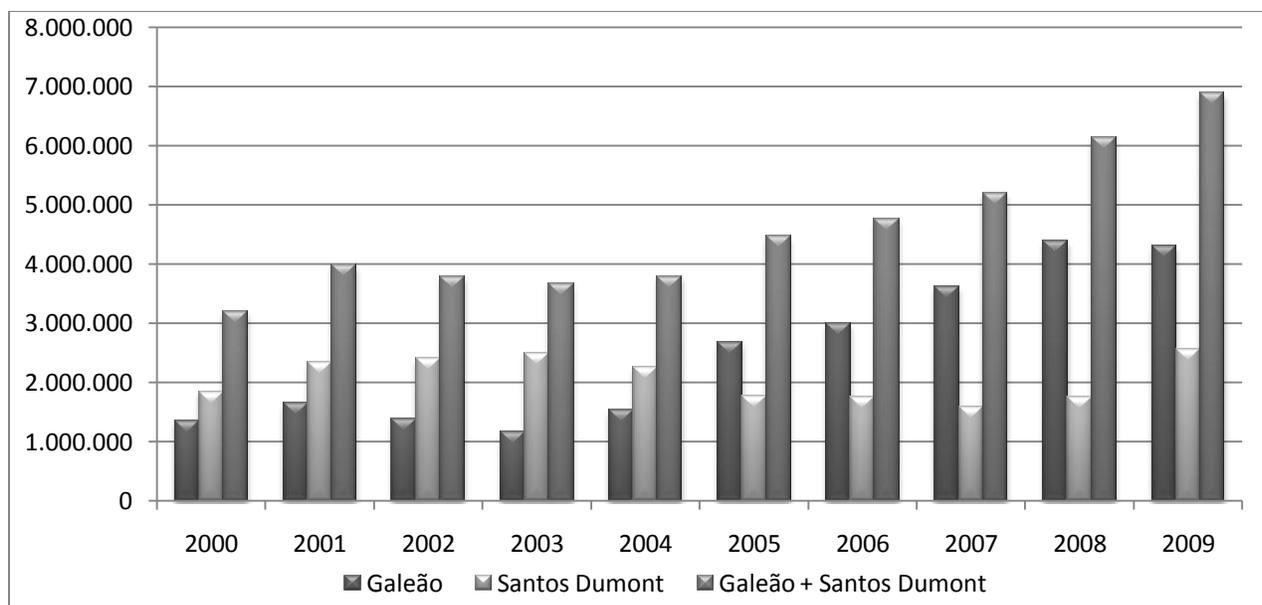
Fonte: ANAC.

O crescimento observado entre 2000 e 2009 é notável. O número de passageiros transportados cresceu 108%, o que significa que a demanda por transporte aéreo mais do que dobrou nesse período. A consolidação da política de promoção da concorrência no transporte aéreo com a Lei da ANAC em 2005 pode ser considerada um marco na mudança do comportamento da demanda. No período 2000-2009, houve um crescimento médio anual de 2,6%, enquanto que no período 2005-2009 esse crescimento observado foi de 13,2%.

O crescimento da demanda por transporte aéreo pode ser atribuído à redução dos preços das passagens e a maior oferta de assentos por parte das empresas aéreas²¹². Afinal, como vimos, apesar de ainda ser um setor com estrutura de mercado muito concentrada, a política regulatória adotada tem buscado a eliminação das barreiras à entrada e a ampliação da capacidade de concorrência das empresas aéreas.

Exemplo claro disso é o efeito gerado especificamente para a cidade do Rio de Janeiro, com a liberdade de oferta no Aeroporto de Santos Dumont. O Gráfico 7 mostra que a liberalização de novas rotas a partir desse aeroporto não só não reduziu de forma significativa a utilização do Aeroporto do Galeão (como se poderia supor, visto que atendem à mesma população), como também ampliou fortemente o crescimento de passageiros transportados pelos aeroportos da cidade.

Gráfico 7. Evolução do número de passageiros transportados pagos nos aeroportos da cidade do Rio de Janeiro (Santos Dumont e Galeão) – 2000-2009



Fonte: ANAC.

²¹² O efeito do aumento da renda da população sobre o consumo do transporte aéreo também deve ser considerado, mas não será objeto deste estudo. A facilitação do pagamento das passagens aéreas, por meio de parcelamentos e crediários, também contribui para isso, mas pode ser considerado como decorrência natural do aumento da concorrência entre as empresas, pois consiste numa nova forma de captação de consumidores.

É inegável que esse expressivo aumento do número de passageiros transportados pelo modal aéreo possui reflexo direto na ampliação da capacidade da fruição do direito de consumo dos indivíduos, no exercício do direito de ir e vir da população. Ainda que não haja informações públicas disponíveis sobre o perfil da demanda, é de se esperar que, com esse incremento, indivíduos que não tinham acesso a esse meio de transporte passaram a ter. Obviamente, dentro dos dados computados, há aqueles indivíduos que passaram a viajar mais vezes, mas há também aqueles que passaram a participar desse mercado.

Era de se esperar ainda que, com a eliminação de barreiras à concorrência, houvesse uma queda no nível de segurança e na qualidade dos serviços prestados. De fato, em ambientes competitivos, as empresas buscam reduzir custos, o que eventualmente pode atingir gastos essenciais com manutenção. Essa não é uma situação desejável nem permitida pelo órgão regulador, mas é possível.

A redução dos custos pode gerar também um aproveitamento excessivo da frota e da tripulação, deixando pouca reserva para eventualidades, como fechamento de aeroportos por más condições meteorológicas. Tal fato pode causar problemas de execução na malha aérea programada, resultando em atrasos sistemáticos e cancelamentos de voos. Afinal, devido à característica de operação em rede, problemas operacionais num determinado aeroporto muitas vezes causam transtornos em voos que ligam aeroportos em regiões distintas. Essa é a razão pela qual o fechamento do Aeroporto de Porto Velho pode causar o cancelamento de um voo Brasília – Salvador, que utilizaria a mesma aeronave do voo Porto Velho – Brasília.

No entanto, não é isso que foi observado nos últimos anos. Para analisar a evolução da qualidade do serviço de transporte aéreo, utilizaremos os índices de pontualidade, regularidade e eficiência operacional calculados pela ANAC. Cabe, inicialmente, uma breve explicação sobre cada índice:

- Índice de pontualidade: representa o percentual de voos realizados dentro do intervalo de tolerância do horário que estava programado para ocorrer. Esse

intervalo é de quinze minutos para voos domésticos e trinta minutos para voos internacionais²¹³. Quanto maior o índice, menor número de voos atrasados.

- Índice de regularidade: representa o percentual de etapas de voos realizadas em relação ao número de etapas previstas. Assim, se uma etapa estava prevista e não foi realizada, considera-se que o houve um cancelamento. Quanto maior for o índice, menos voos foram cancelados.
- Índice de eficiência operacional: é uma combinação dos índices acima e representa o percentual de voos que não atrasou e não foi cancelado.

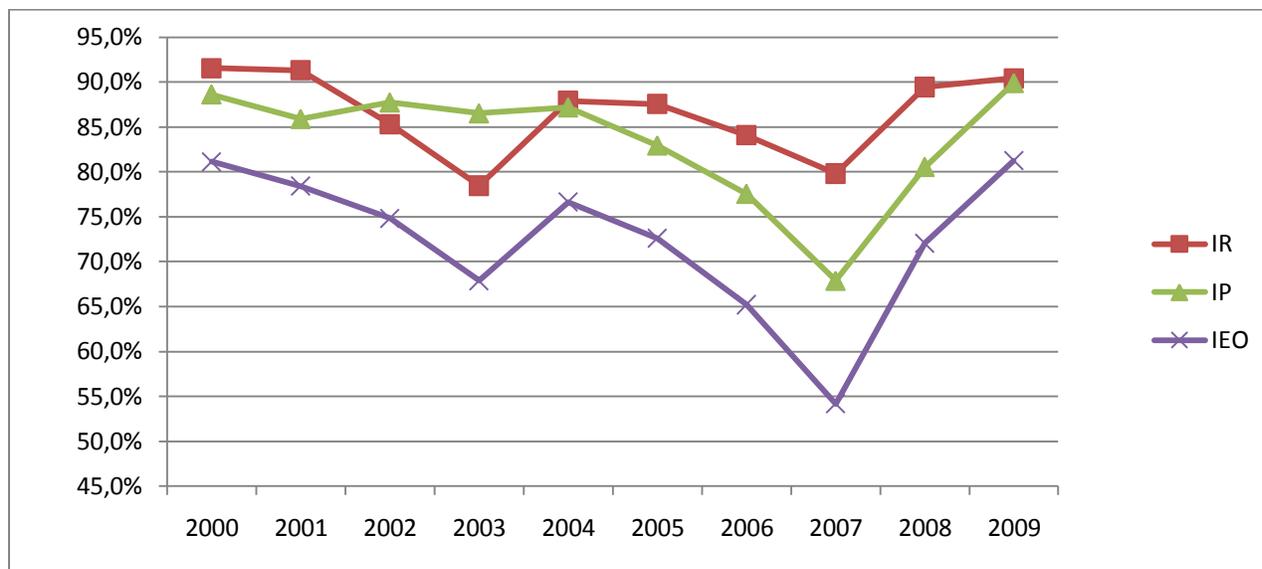
O Gráfico 8 apresenta os índices médios de regularidade, pontualidade e eficiência, para todas as empresas nacionais e internacionais para o período 2000-2009. Ressaltamos que eles se referem somente às falhas imputadas às empresas. Assim, caso o aeroporto de origem e/ou destino, ou de qualquer escala intermediária, estiver interditado ou em condições meteorológicas abaixo dos mínimos operacionais requeridos, os índices não são impactados.

²¹³ Conforme determinado pela IAC 1502, de 30 de junho de 1999, da ANAC. Na verdade, os parâmetros completos para o cálculo do índice de pontualidade previstos na IAC 1502 são os seguintes:

4.2 – VÔOS DOMÉSTICOS: Nos vôos domésticos (de passageiros, carga e Rede Postal Noturna), com base nos horários previstos em HOTRAN, será considerado como pontual o vôo que: a) Na escala inicial, a partida dos motores ocorrer até 10 (dez) minutos antes ou até 15 (quinze) minutos após a hora prevista; b) Na(s) escala(s) intermediária(s), a parada dos motores ocorrer até 15 (quinze) minutos após a hora prevista, e a partida dos motores ocorrer até 10 (dez) minutos antes ou até 15 (quinze) minutos após a hora prevista; e c) Na escala final, a parada dos motores ocorrer até 15 (quinze) minutos após a hora prevista.

4.3 – VÔOS INTERNACIONAIS: Nos vôos internacionais (de passageiros e/ou de carga), com base nos horários previstos em HOTRAN, será considerado como pontual o vôo que: a) Na escala inicial, a partida dos motores ocorrer até 30 (trinta) minutos antes ou após a hora prevista; b) Em escala(s) intermediária(s), a parada dos motores ocorrer até 30 (trinta) minutos após a hora prevista, e a partida dos motores ocorrer até 30 (trinta) minutos antes ou após a hora prevista; e c) Na escala final, a parada dos motores ocorrer até 30 (trinta) minutos após a hora prevista.

Gráfico 8. Evolução dos índices de regularidade (IR), pontualidade (IP) e eficiência operacional (IEO) para transporte aéreo doméstico no Brasil – 2000-2009



Fonte: ANAC.

A uma primeira vista, da observação do gráfico é possível perceber que todos os índices apresentavam tendência de queda entre 2004 e 2007. Os piores números são aqueles de 2007, ano em que se vivia no País a fase denominada de “caos aéreo”. Cabe-nos, nesse ponto, uma rápida observação.

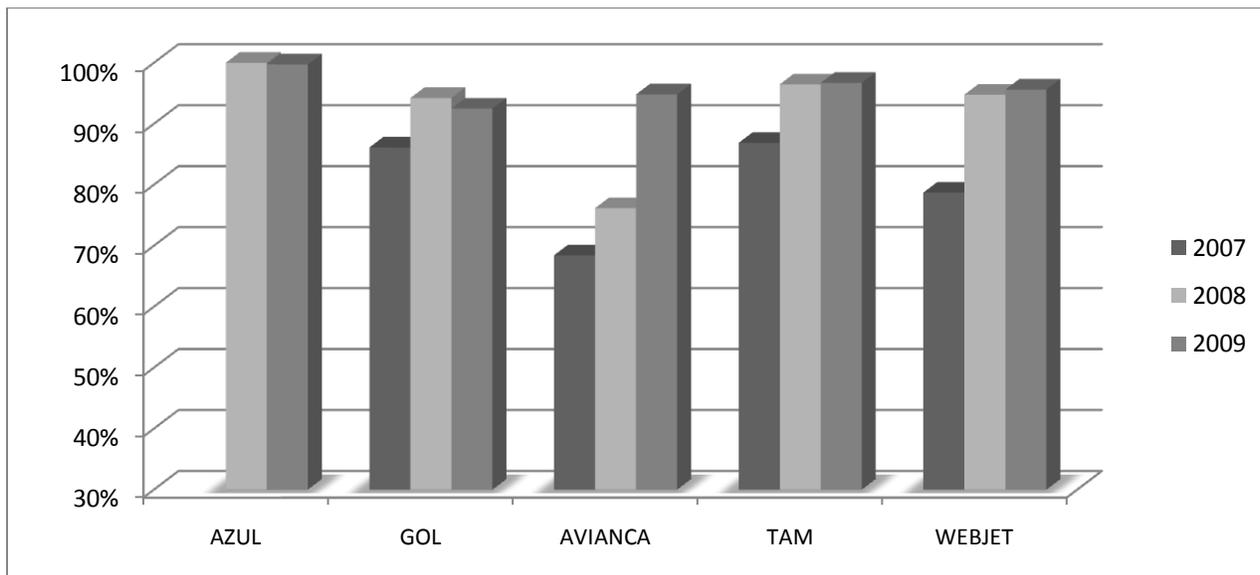
Em 2007, após o acidente com a aeronave da TAM, que saiu da pista no Aeroporto de Congonhas e causou a morte de 199 pessoas, o Governo Federal adotou uma série de medidas emergenciais para restrição do número de movimentos de pouso e decolagem naquele aeroporto. Ocorre que, devido ao fato de esse aeroporto funcionar como ponto central da malha aérea de grande parte das empresas brasileiras, alterações na sua capacidade e restrições impostas às operações geram efeitos para todos os voos, mesmo que não passem por lá.

Para implementar as determinações governamentais, as empresas tiveram que alterar toda a malha aérea em prazo exíguo, o que não permitiu que a ANAC analisasse e autorizasse todos os voos de forma tempestiva. Houve um descasamento da malha operada efetivamente pelas empresas e a base de dados da Agência que permitia o controle e o cálculo dos índices, razão

pela qual, ainda que tenha sido observada uma situação de altos níveis de atrasos e cancelamentos naquele ano, os dados de 2007 não refletem com exatidão a realidade.

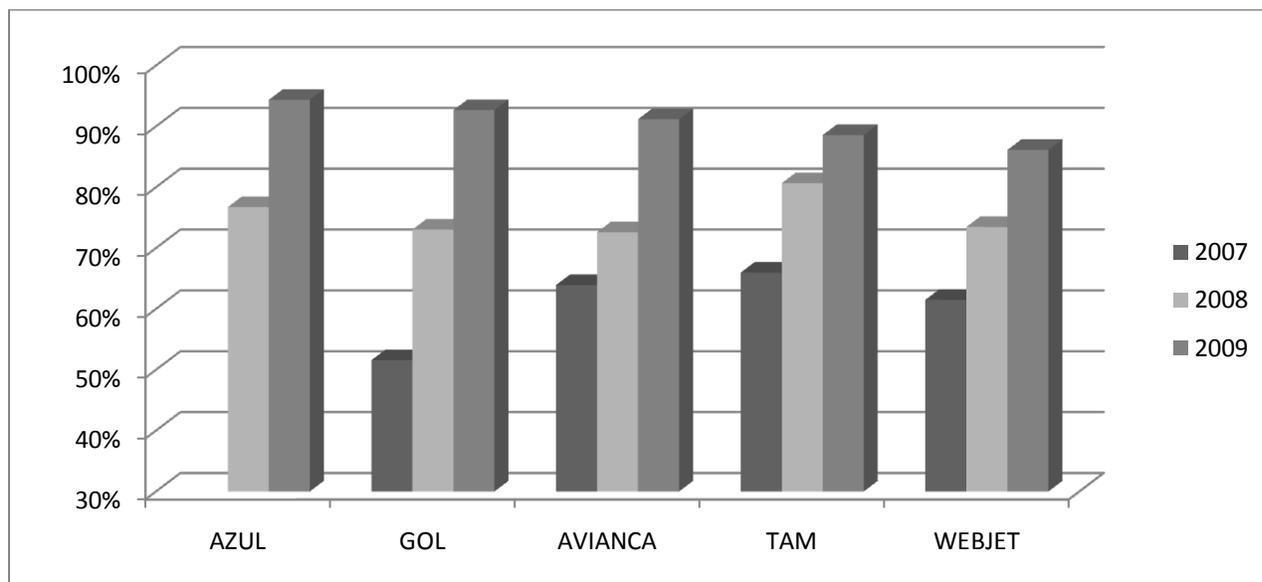
Feita essa explicação, voltamos à análise gráfica. Percebemos que a tendência de queda observada no comportamento dos três índices entre 2004 e 2007 foi revertida já em 2008 e apresentou razoável crescimento em 2009, alcançando índices superiores até aos observados em 2000, onde havia um cenário competitivo muito distinto do atual. O comportamento individual das principais empresas com relação a cada um desses índices pode ser visualizado nos Gráficos 10, 11 e 12a seguir.

Gráfico 10. Evolução do índice de regularidade das empresas aéreas brasileiras – 2007-2009



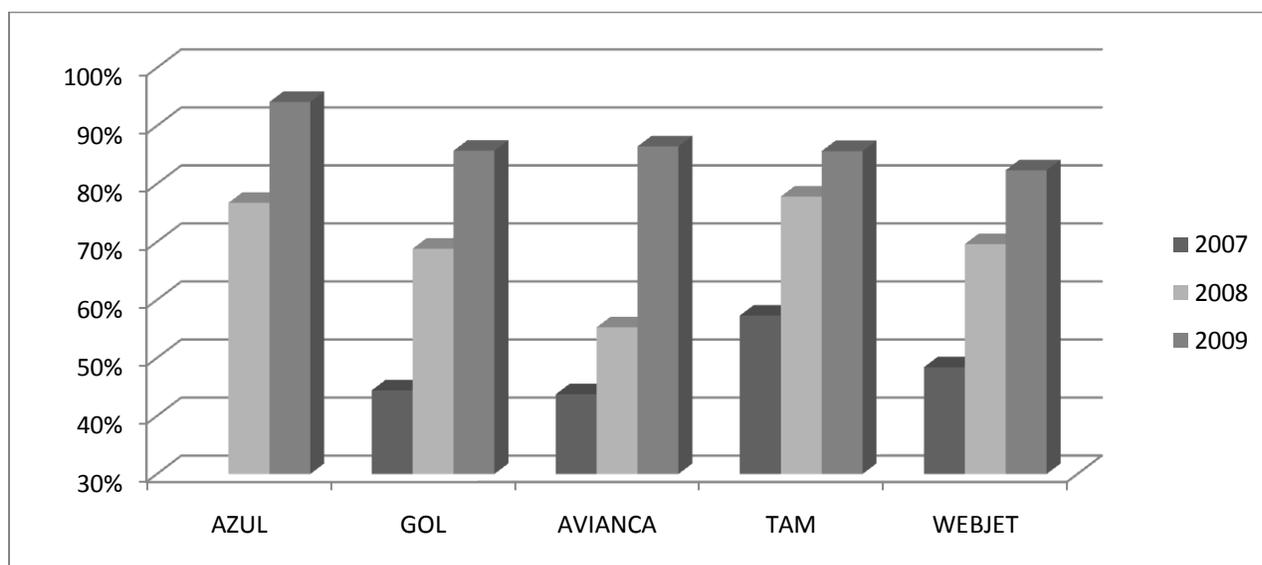
Fonte: ANAC.

Gráfico 11. Evolução do índice de pontualidade das empresas aéreas brasileiras – 2007-2009



Fonte: ANAC.

Gráfico 12. Evolução do índice de eficiência operacional das empresas aéreas brasileiras – 2007-2009



Fonte: ANAC.

Com relação aos níveis de segurança, devido à falta de dados públicos, utilizaremos a análise realizada pela ANAC e publicada no seu Relatório Anual de Segurança Operacional de

2009. Segundo o levantamento efetuado pela Agência, a taxa de acidentes envolvendo fatalidades de passageiros para a aviação civil brasileira tem apresentado grande volatilidade. Há períodos em que não ocorrem acidentes e períodos em que ocorrem até três. Apesar disso, pela primeira vez desde o biênio 1999-2000, não foram registrados acidentes fatais na aviação regular por dois anos consecutivos. Além disso, ao se comparar a taxa média de acidentes fatais por um milhão de voos, observou-se uma redução de 1,44 acidentes fatais no período 2001-2008, para 1,13 no período 2002-2009. Isso significa que as condições de segurança no País têm apresentado uma razoável melhora nos últimos dois anos, mesmo num ambiente de maior competição²¹⁴.

A análise dos indicadores de qualidade e segurança nos demonstra que a política pública de promoção da concorrência no transporte aéreo não só aumentou o número de passageiros transportados, como também gerou uma busca por maior qualidade e segurança no serviço, o que significa que as empresas também estão utilizando essas variáveis, importantes para os consumidores do ponto de vista jurídico, como diferenciais em sua estratégia de concorrência.

Assim, com base no que foi exposto na seção anterior, temos que a política regulatória de promoção da concorrência no setor aéreo causou um aumento de fruição do direito de consumo de transporte aéreo na sociedade. Houve, de fato, um aumento na capacidade de exercício do direito de ir e vir na sua dimensão social e individual, ao se permitir que mais indivíduos passassem a ter acesso a esse meio de transporte, sem perder a segurança e a qualidade.

4.2.5. Elaboração de um índice de fruição empírica

Os números apresentados na seção anterior são fortes indícios para concluirmos que a promoção da concorrência no transporte aéreo é uma política pública exitosa para a garantia e a expansão do exercício de direitos individuais. Ao que nos parece, os anos de forte regulação sobre o transporte aéreo, para os quais não se encontram justificativas econômicas, também carecem de razoabilidade jurídica. Nesta seção, buscaremos a construção de um *benchmark* que

²¹⁴ ANAC. *Relatório Anual de Segurança Operacional 2009*. Disponível em <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/RELATORIO_2009.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2010. pp.16-17.

nos permita acompanhar a evolução do marco regulatório no sentido de assegurar e ampliar o direito de ir e vir (por meio do transporte aéreo) dos indivíduos no Brasil.

Como visto, a simples comparação entre números e índices não permite que se tenha um referencial absoluto do que se possa considerar como uma situação aceitável de fruição dos direitos na sociedade. A estipulação de um *benchmark* serve como padrão de validação jurídica do que se considera como adequado para a fruição empiricamente verificada de um direito, no presente caso, o grau de universalização do direito de exercício da liberdade individual consubstanciado no direito de ir e vir.

Utilizaremos como fator de comparação o índice formado pela relação entre passageiros transportados e a população de um determinado país. É uma construção simples, mas indicativa do grau de universalização do transporte aéreo na sociedade. Denominaremos tal índice como Índice de Utilização do Transporte Aéreo (IUTA) e seu cálculo é dado pela seguinte fórmula:

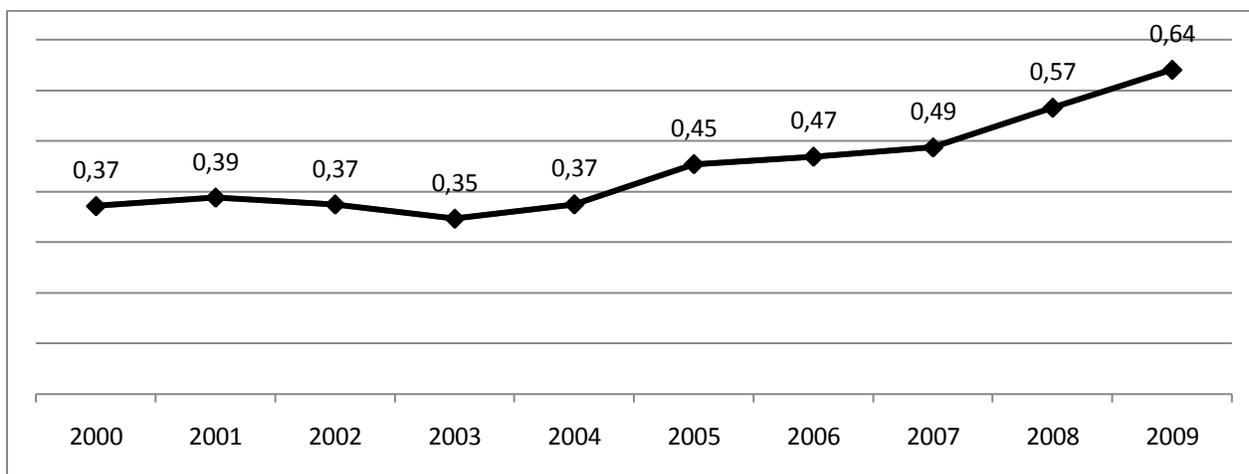
Assim, o $IUTA_{(Brasil;2009)}$ é fruto da divisão do número total de passageiros transportados no Brasil em 2009, estimado pela ANAC, pelo número de habitantes do Brasil projetado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para o mesmo ano.

A praxe internacional para os dados de transporte aéreo considera como total de passageiros a quantidade de indivíduos embarcados e desembarcados em voos domésticos e internacionais. Já os dados publicados pela ANAC consideram apenas os embarcados. Desse modo, com vistas a possibilitar a comparação do índice nacional com o de outros países, multiplicaremos por dois os dados da ANAC. Espera-se que o valor obtido com tal operação seja bem próximo do real observado. Para o setor doméstico, isso não apresenta problemas, uma vez que passageiros domésticos embarcam e desembarcam no País. A diferença pode estar no tráfego internacional, no qual, apesar do fato de que a quase totalidade dos passageiros realiza voos de ida e volta, há uma quantidade residual que pode efetuar viagens em um só sentido (mudança para outro país, por exemplo), ou ainda não necessariamente regressar no mesmo ano. Como

esse número tende a ser ínfimo, se comparado ao total de passageiros transportados, trabalharemos com o valor aproximado, conforme aqui apresentado.

Dessa forma, considerando o total de 122.684.078 passageiros transportados no Brasil em 2009, conforme dados da ANAC, e a projeção da população para 2009 divulgada pelo IBGE de 191.480.630 habitantes, temos que o $IUTA_{(Brasil;2009)}$ é igual a 0,64. O Gráfico 13 apresenta a sua evolução na última década.

Gráfico 13. Evolução do Índice de Utilização de Transporte Aéreo no Brasil – 2000-2009

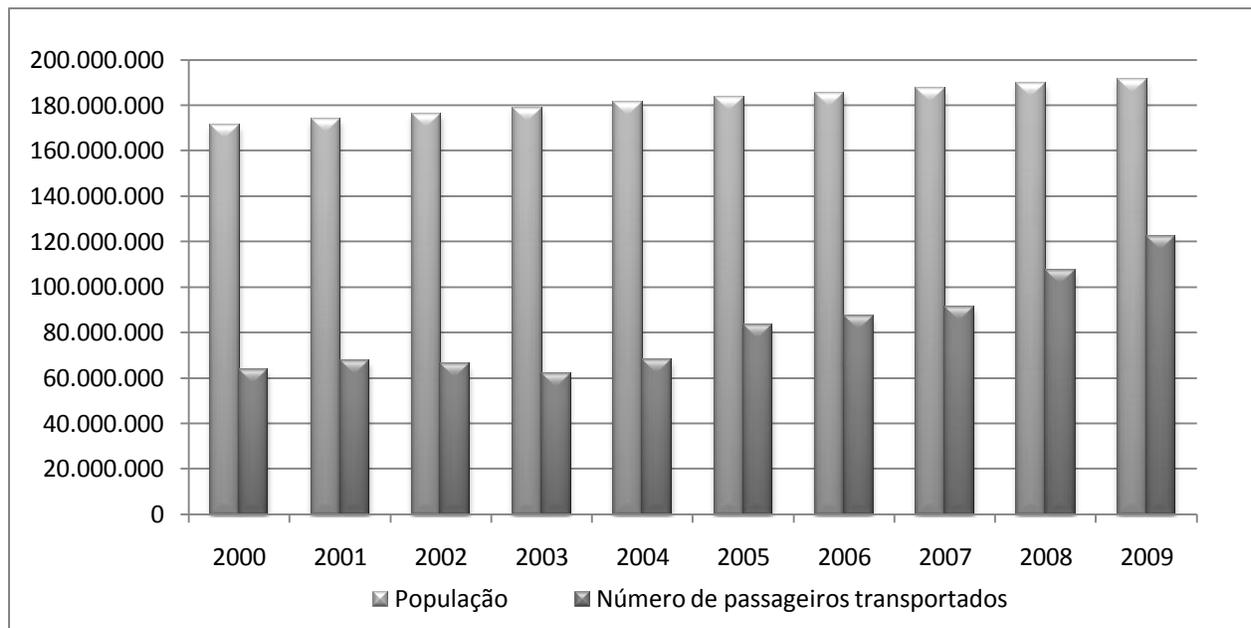


Fonte: Elaborado pelo autor com base em dados da ANAC e IBGE.

Na seção anterior, havíamos detectado um aumento do número de passageiros transportados de 2000 a 2009 de 108%. Agora, com o IUTA, é possível estimarmos qual a importância desse crescimento para a população, por meio do ajuste do número de passageiros pelo número de habitantes. Assim, podemos afirmar que, de 2000 a 2009, houve um crescimento real de 72,5% do transporte aéreo para a população brasileira. Supondo que cada acréscimo de passageiro seja um indivíduo que não tinha acesso ao transporte aéreo até aquele momento (o que já dissemos que é um cenário muito improvável, pois esse acréscimo pode representar o aumento do número de viagens do mesmo indivíduo), poderemos afirmar que a população brasileira está cada vez mais coberta por esse modal. O Gráfico 14 representa graficamente o aumento da cobertura do transporte aéreo frente à população. Considerando a hipótese aqui

apresentada, poderíamos afirmar que a população estará totalmente coberta por esse serviço quando as duas colunas se equipararem, o que representaria um IUTA de 1,0.

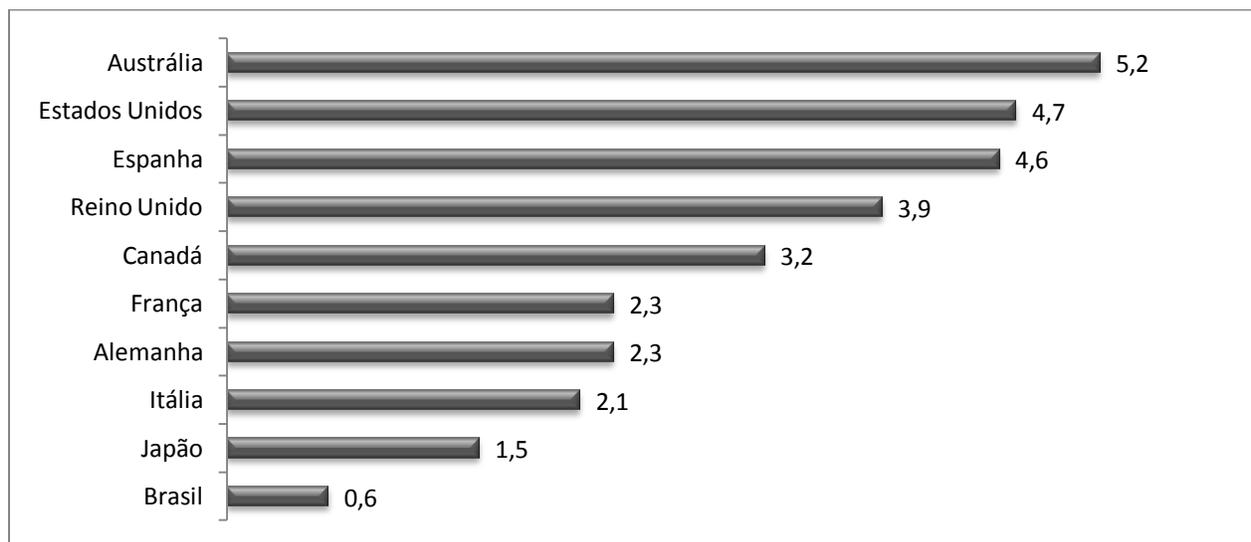
Gráfico 14. Evolução do número de passageiros transportados no Brasil frente ao crescimento da população – 2000-2009



Fonte: ANAC e IBGE.

No entanto, em países desenvolvidos, o IUTA alcança valores maiores que 1,0, o que significa que o número de passageiros transportados é maior do que a população. Nesse caso, temos a evidência de que habitantes viajam mais de uma vez por ano. A comparação entre o IUTA apurado no Brasil e em países desenvolvidos, com base em dados de 2008, pode ser vista no Gráfico 15.

Gráfico 15. Comparativo entre Índices de Utilização de Transporte Aéreo no mundo



Fonte: MCKINSEY&COMPANY, op. cit., p. 214.

De fato, todos os IUTAs apresentados são maiores do que 1,0 e possuem grande variância entre si, o que pode ser atribuído a diversos motivos. Podemos observar, por exemplo, que países de dimensões continentais possuem IUTAs maiores, como é o caso de Austrália, Estados Unidos e Canadá, o que intuitivamente faz sentido, dadas as grandes distâncias a serem percorridas. Por outro lado, países com modal ferroviário bem desenvolvido, como é o caso do Japão, tendem a apresentar IUTA mais baixo.

Considerando os índices apresentados no Gráfico 15, temos que a relação entre o número de passageiros por habitantes no Brasil é de apenas 40% do verificado no Japão e de 12% com relação à Austrália. Se considerarmos a média dos países da figura, podemos dizer que o acesso da população brasileira ao transporte aéreo é apenas 18% do observado nos outros países. A comparação apenas com países desenvolvidos não é a mais útil para o Brasil, dada a diferença de renda per capita²¹⁵, mas serve para indicar que o transporte aéreo praticado no País ainda é

²¹⁵ Nesse sentido, o relatório consolidado do Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil, publicado em 2010 pela empresa de consultoria McKinsey & Company, sob encomenda do BNDES, afirma que a utilização do transporte aéreo no País está de acordo com o nível de renda per capita, se considerada uma amostra de mais de 140 países. (MCKINSEY&COMPANY, op. cit., pp. 214-215).

incipiente e apresenta potencial de expansão, principalmente diante de uma perspectiva de crescimento econômico.

Podemos considerar como um nível aceitável um IUTA para o Brasil 1,0, resultado da situação em que o número de passageiros transportados é igual à população nacional. Em tese, com $IUTA_{\text{Brasil}}$ igual a 1,0, poderíamos afirmar que toda a população possui acesso ao transporte aéreo. Juridicamente equivaleria a dizer que o direito de ir e vir por meio do transporte aéreo é acessível a toda população. Nesse sentido, podemos afirmar que a política regulatória de promoção da concorrência no transporte aéreo está atuando positivamente sobre o $IUTA_{\text{Brasil}}$ e propiciando à sociedade brasileira um aumento da capacidade de exercício do direito de ir e vir.

4.2.6. Recomendações derivadas da análise jurídica

A análise realizada até agora nos demonstra que a política regulatória adotada no Brasil é benéfica para a sociedade. Sob o aspecto positivo da análise, vimos que econômica e juridicamente, as medidas adotadas são aprovadas por gerarem, concomitantemente, situações de maior eficiência econômica e de maior fruição de direitos de consumo e de propriedade comercial do que se observava antes da implementação da política. Isso posto, a análise econômica normativa recomenda que as barreiras à entrada continuem sendo eliminadas para que se tenha um aumento ainda maior de eficiência.

Do ponto de vista normativo da AJPE, adotar a mesma tendência presente nas recomendações da análise econômica normativa significaria também dar continuidade à política de promoção da concorrência, por acreditarmos que essa permitiria um aumento ainda maior da fruição dos direitos de propriedade e consumo. Essa relação, no entanto, pode não se dar de forma tão direta, pois, como visto, devemos sempre verificar se permanece mantido o equilíbrio entre a fruição desses dois grupos de direito.

A suposição de que a expansão da política regulatória adotada pode continuar gerando uma situação de maior fruição de ambos os direitos de forma equilibrada pode ser verdadeira, caso o aumento do grau de concorrência no mercado, que claramente beneficia a fruição do

direito de consumo, seja acompanhado de algo que permita que a fruição do direito de propriedade não seja prejudicada. Assim, tanto os empresários incumbentes quanto os entrantes terão suas fruições asseguradas, ainda que seja necessário um aumento do nível de produtividade dos primeiros.

É com esse intuito que serão apresentadas nesta seção duas recomendações derivadas da análise jurídica normativa. Analisaremos do ponto de vista jurídico duas propostas de medidas regulatórias que são constantemente debatidas na sociedade: a alteração do instituto de delegação do transporte aéreo e o aumento da limitação de participação de capital estrangeiro na estrutura acionária das empresas de transporte aéreo. Enquanto a primeira medida parece consolidar a livre entrada de empresas no setor, a segunda busca ampliar a capacidade de financiamento de entrantes e incumbentes, para que possam atuar melhor num ambiente mais competitivo.

i. Concessão de transporte aéreo

A definição do transporte aéreo como serviço público é encontrada, inicialmente na legislação brasileira, no CBAer, que, em seu artigo 174, ao dispor que os serviços aéreos classificam-se em públicos e privados, regulamenta quais atividades são prestadas em regime público e quais em regime privado:

Art. 174. Os serviços aéreos compreendem os serviços aéreos privados (artigos 177 a 179) e os serviços aéreos públicos (artigos 180 a 221).

Os serviços aéreos privados são aqueles realizados sem fins comerciais, como o transporte do próprio proprietário da aeronave ou a prática de esportes. Já os serviços aéreos públicos são aqueles realizados por meio da exploração da atividade econômica do transporte aéreo. Abrangem os serviços aéreos especializados (aerofotografia, aerotopografia, publicidade aérea, proteção da agricultura, entre outros) e os serviços de transporte de passageiro, carga e mala postal, regular e não regular, doméstico e internacional. A forma de delegação de exploração dos serviços aéreo públicos é definida pelo artigo 180, que dispõe que:

Art. 180. A exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.

Com o disposto acima, o CBAer define a forma de delegação das diversas espécies de serviços aéreos públicos. De forma esquemática, temos, portanto, o seguinte:

- a) Serviços aéreos públicos especializados: delegado por meio de autorização;
- b) Serviços aéreos públicos de transporte de passageiros, carga ou mala postal, doméstico ou internacional:
 - b.1) não regular: delegado por meio de autorização.
 - b.2) regular doméstico: delegado por meio de concessão.

Percebe-se assim que o CBAer definiu como passível de concessão apenas os serviços públicos de transporte regular de passageiros, carga e mala postal. Todas as demais formas de serviços aéreos públicos são exploradas mediante mera autorização.

Atualmente, a concessão dos serviços aéreos públicos é regulamentada pela Portaria n.º 536/GC5, de 18/08/1999, ainda do Comando da Aeronáutica. Não há, no CBAer ou na portaria regulamentadora, previsão de que será realizada licitação. Na verdade, cumpridos todos os requisitos exigidos, a empresa deve apenas solicitar a concessão ao poder concedente. Tal concessão se assemelha, portanto, a uma autorização ou a uma licença, uma vez que prescinde de licitação.

É importante ressaltar que o CBAer foi editado em 1986, portanto, anteriormente à Constituição Federal de 1988. Por isso, antes de se proceder a esta análise, é preciso que se apresente o que o texto constitucional dispõe sobre a prestação de serviços aéreos:

Art. 21. Compete à União:

(...)

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

(...)

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

O referido texto constitucional não afirma expressamente que o transporte aéreo é serviço público, mas dispõe sobre a competência da União para a sua prestação e regulamenta as possibilidades de exploração indireta. Como visto, a classificação de alguns serviços aéreos como públicos é feita pelo CBAer. Assim, cabe ainda trazer para a discussão o dispositivo constitucional que dispõe sobre a prestação de serviços públicos:

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.

A simples conjugação dos dispositivos constitucionais com a regulamentação apresentada pelo CBAer poderia levar à conclusão de que os serviços de transporte aéreo considerados pela legislação ordinária como públicos somente podem ser prestados por meio de concessão ou permissão, sempre precedida de licitação.

Isso porque, se a Constituição, em seu artigo 21, inciso XII, alínea c, definiu que compete à União explorar diretamente, ou por meio de concessão, permissão ou autorização, a navegação aérea, e, em seu artigo 175, restringiu a forma de delegação dos serviços públicos (concessão ou permissão) e a forma de escolha dos prestadores do serviço (sempre por licitação), aqueles serviços definidos como públicos pelo CBAer somente assim poderiam ser prestados, ou então tais dispositivos do Código estariam em desacordo com o texto constitucional.

Mantido esse raciocínio, estariam em situação irregular todos os serviços aéreos públicos, assim regulamentados pelo CBAer: os serviços aéreos públicos especializados e os de transporte não regular de passageiro, carga e mala postal, por serem prestados por meio de autorização; e os serviços aéreos públicos de transporte regular de passageiro, carga e mala posta, por serem delegados por concessão sem prévia licitação.

Tal conflito foi levantado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão n.º 346/2008 do Plenário do TCU, que entendeu que as concessões para a exploração de

serviços públicos de transporte aéreo assinadas após 1988 infringiram o disposto no art. 175 da Constituição, por terem sido realizadas sem o devido processo licitatório. O TCU reconhece que essa irregularidade ocorre do ponto de vista estritamente jurídico, dado que operacional e economicamente a ausência de licitação não apresenta empecilho ao bom desenvolvimento do setor, como pode ser visto no trecho abaixo:

A desregulamentação e a eliminação de barreiras à entrada de novos competidores vêm trazendo resultados positivos, demonstrando que a falta de licitação para outorgar novas concessões, apesar de ser um problema jurídico, não é um problema do ponto de vista operacional e econômico. As vantagens para a sociedade em definir o transporte aéreo regular de passageiros como serviço público a ser prestado sob o instituto da concessão são questionáveis.

Ao afirmar que a prestação do serviço de transporte aéreo sob a forma de concessão apresenta vantagens questionáveis, o Tribunal extrapola a ótica meramente jurídica para analisar o problema e passa a considerar outros elementos, como o econômico:

O instituto da concessão foi idealizado para a prestação de serviços públicos em situações de monopólio natural, em que não há condições de competição e portanto aplica-se forte regulação econômica. Alguns elementos indicam que este instituto não parece adequado ou aderente à atual realidade do transporte aéreo regular de passageiros no Brasil.

Dadas essas constatações, o Tribunal recomendou ao CONAC que avaliasse a adequação dos institutos da permissão e da concessão para a prestação de serviços de transporte aéreo regular, “frente às vantagens que o instituto da autorização parece conferir em termos de flexibilidade para manter o setor aéreo funcionando segundo sua atual dinâmica operacional”. Afirmou, para tanto, que a utilização da autorização para a prestação dos serviços aéreos públicos é possível, em função do artigo 21, inciso XII, alínea c, da Constituição, que prevê essa forma de delegação como uma das possíveis para a prestação do serviço de navegação aérea²¹⁶.

²¹⁶ A decisão aqui descrita foi aprovada em 6 de março do presente ano e solicitou que o CONAC enviasse ao TCU um relatório com as medidas e os prazos previstos para as ações a serem tomadas em decorrência das determinações.

Ainda que, do ponto de vista formal, haja uma aparente irregularidade entre a forma que o CBAer dispõe sobre a concessão de serviços aéreos públicos e o tratamento constitucional das concessões, do ponto de vista da AJPE, a maneira como tem sido possibilitada a prestação do serviço pelas empresas favorece a fruição do direito de propriedade comercial por parte da sociedade, ao permitir que novos agentes econômicos entrem no mercado, desde que cumpridos os requisitos exigidos. De um ponto de vista pragmático, como não há limitação do número de participantes no mercado, não há também necessidade de processo de seleção para se definir quem serão esses participantes, o que significa dizer que não é preciso realizar licitação.

Dentro do contexto da nossa análise, ainda que a Constituição exija a licitação para a outorga de concessão, o texto do CBAer, anterior a 1988, deveria ser adaptado para não impedir a livre iniciativa onde não há razão para restringi-la. A concessão com prévia licitação deveria ocorrer apenas para os casos em que há limitação da participação de empresas no mercado, fato esse que não ocorre atualmente no setor.

Formalmente, a alteração do instituto jurídico a ser utilizado poderia ser realizada com a simples menção, pelo CBAer, a “serviços aéreos públicos”, prestados em regime privado, que passariam a ser meramente autorizados pelo Estado. Optamos aqui, portanto, por não compatibilizar o texto legal com o dispositivo constitucional da maneira mais fácil ou diretamente mais lógica, que seria a instituição da exigência da licitação. Tal medida não seria adequada às características do serviço, pois, como visto, não há restrição do número de agentes no mercado, o que dispensa a necessidade de um processo de seleção dos prestadores de serviços.

Assim, parece-nos que haveria uma maior compatibilidade do texto legal com uma situação de maior fruição do direito de propriedade comercial, caso a opção do legislador para legitimar a prestação de serviços aéreos por particulares não fosse a concessão. Tal afirmação é válida pelo menos para as empresas entrantes. No caso das incumbentes, seria necessário

Até a finalização deste artigo, o assunto ainda era objeto de estudo no governo e não havia manifestação do CONAC.

verificarmos se uma maior segurança jurídica nas condições de livre entrada altera a capacidade de fruição do direito de propriedade comercial. À primeira vista, parece-nos que não, uma vez que, na prática, pouco se alteraria em relação à maneira pela qual a ANAC vem tratando do assunto.

Com relação à ampliação da fruição do direito de consumo (que seria causada pela presença de um maior grau de concorrência), estimamos que o efeito também será positivo, pois, numa situação de maior segurança jurídica, a entrada de empresas no mercado pode ocorrer de forma mais consistente.

ii. *Limitação da participação de capital estrangeiro*

Outro ponto da regulação do transporte aéreo que merece ser objeto de análise jurídica com base na possibilidade de ampliação da fruição do direito de consumo e de propriedade comercial é a limitação de capital estrangeiro no capital votante das empresas concessionárias. Nesse ponto, a regulação brasileira adota um modelo restritivo, como pode ser visto pela leitura do CBAer:

Art. 181. A concessão somente será dada à pessoa jurídica brasileira que tiver:

I - sede no Brasil;

II - pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto, pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social;

III - direção confiada exclusivamente a brasileiros.

Do ponto de vista econômico, importante para se compreender os efeitos sobre a atividade, tal dispositivo representa restrição à capacidade de capitalização das empresas, o que se configura em barreira institucional à entrada no mercado por aumentar a dificuldade de novas empresas obterem financiamentos para iniciar suas atividades ou mantê-las em um ambiente concorrencial.

O fundamento para a restrição de capital estrangeiro em empresas aéreas é oriundo de dois acordos internacionais, assinados à época da Convenção de Chicago²¹⁷: o *International Air Services Transit Agreement* e o *International Air Transport Agreement*. Tais acordos concederam aos Estados signatários o direito de recusarem, na celebração de acordos bilaterais de serviços aéreos, a autorização de voo de empresas com sede em um determinado país, mas cujo capital social pertencesse majoritariamente a outro país ou que a empresa estivesse sob controle efetivo de outro país. Em razão disso, diversos países adotam limitação de controle estrangeiro de suas empresas aéreas, mas nenhum é tão restritivo como o Brasil²¹⁸.

Adicionalmente, no Brasil, fala-se ainda em dois argumentos básicos para os Estados restringirem a entrada de investimento de capital estrangeiro: “segurança nacional” e “reciprocidade”, ambos consubstanciados no chamado “interesse público”²¹⁹. Tais argumentos, no entanto, apresentam-se como termos genéricos utilizados freqüentemente para justificar a adoção de políticas protecionistas, sobretudo, quando se leva em consideração que outros setores, que poderiam ser considerados tão ou mais estratégicos do que o transporte aéreo, permitem que investidores estrangeiros criem subsidiárias no País, como é o caso das telecomunicações, dos serviços bancários e do transporte aquaviário²²⁰.

Do ponto de vista da análise jurídica sob o princípio da livre iniciativa, tem-se que a restrição de capital estrangeiro apresenta-se como um limitador da entrada de novas empresas no

²¹⁷ A Convenção sobre Aviação Civil Internacional, também conhecida como Convenção de Chicago, estabeleceu a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), uma agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU) cuja função é coordenar e regular o transporte aéreo internacional.

²¹⁸ Alguns exemplos de países e suas restrições de capital estrangeiro votante nas empresas aéreas: na Austrália possui 49% de limitação apenas para empresas com atuação no mercado internacional, não havendo restrição para aquelas que operam exclusivamente no mercado doméstico; no Chile não há restrições; na China, o limite é de 35%; no México e nos EUA, o limite é de 25%; na União Européia, não há restrição de capital estrangeiro para empresas que operam exclusivamente dentro da própria União, mas é exigido um limite máximo de 49% para as empresas com atuação internacional externa à UE.

²¹⁹ ESPÍRITO SANTO JR., Respícioe CORREIA, Fábio Cardoso. *O Capital Estrangeiro nas Empresas Aéreas Brasileiras nas Óticas Jurídica, Política e Econômica*. II Conferência de Financiamento, Regulação e Competição em Transportes, BNDES/COPPE/CREA-RJ/RECOPE. Rio de Janeiro. 2002. p. 15.

²²⁰ Nesse sentido, SANTOS *et al* (op. cit., p. 252) afirmam que: “Alguns Estados têm procurado regulamentar o investimento estrangeiro de modo a subordiná-lo a fins de interesse nacional, estabelecendo um sistema de avaliação prévia e/ou limitando o acesso a sectores considerados básicos ou estratégicos. Essa tem sido, em particular, uma preocupação dos países menos desenvolvidos, os quais, por carências de capital e recursos humanos qualificados, são mais receptores do investimento do que investidores. Estes países procuram, do mesmo passo, atrair os investimentos necessários ao seu desenvolvimento por meio de um conjunto de incentivos especiais de tipo diverso, assim como de sistemas de protecção e garantia.”

mercado, na medida em que impede que estrangeiros, ainda que por meio de uma pessoa jurídica nacional, explorem o transporte aéreo. Impede também que empresas já estabelecidas no mercado brasileiro tenham acesso a mais opções de linhas de créditos e ampliem os seus investimentos com base na captação de recursos no mercado externo.

É certo que a Constituição de 1988 prevê a possibilidade, em seu art. 172, de regulamentação dos investimentos de capital estrangeiro²²¹, mas, o que se analisa aqui, é se eventuais limitações não conflitam com o princípio da livre iniciativa e, caso o façam, tenham por justificativa algum fim socialmente previsto pela Constituição. Sob o enfoque da análise formal, o que se observa no transporte aéreo é que a finalidade de tal limitação não encontra adequação com o texto constitucional. Pelo contrário, acaba por contrariá-lo ao impedir que a livre iniciativa exerça um papel de indutor do trabalho no setor e exerça sua finalidade social de estender a prestação de serviços a um número maior de indivíduos. Ainda que por caminhos distintos, a AJPE chega a mesma conclusão ao considerar que essa limitação interfere na fruição do direito de propriedade comercial e, naturalmente, por reduzir as condições de concorrência, interfere também na fruição do direito de consumo.

Mas é sobre a fruição do direito de propriedade comercial que reside o maior impacto sobre da limitação de capital estrangeiro. A regulação atual faz com que as empresas já atuantes no mercado possuam acesso restrito às fontes de investimento, quando comparado ao que experimentam empresas de outros setores. Isso pode influenciar na obtenção, pelas empresas aéreas, de índices de rentabilidade mais baixos, se comparados com o resto da economia, que possui acesso a essas fontes.

Nesse contexto, eliminar as restrições de participação de capital estrangeiro nas empresas aéreas permitiria que fosse alcançada uma situação de maior fruição do direito de propriedade comercial no setor. Ademais, supondo que fosse defensável que o aumento de concorrência teria gerado uma redução da fruição do direito de propriedade comercial das

²²¹ Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

empresas já atuantes, a eliminação da restrição de capital estrangeiro consistiria na retirada de uma cláusula de interesse público prejudicial à atuação das empresas, que pode compensar eventuais perdas derivadas do processo competitivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise econômica da regulação do transporte aéreo demonstra que grande parte do marco regulatório do transporte aéreo no Brasil, determinado, em sua grande parte, pelo Código Brasileiro da Aeronáutica de 1986, encontra-se em descompasso em relação às características econômicas do setor. Isso porque, como visto, não há falhas de mercado relevantes que justifiquem os mecanismos de controle de entrada e oferta, nem o controle tarifário, que ainda era exercido até 2009.

A inadequação da regulação econômica às condições de mercado gera uma situação de ineficiência econômica, com uma oferta de serviço menor do que a sociedade demanda e preços mais altos do que seria possível. Por um lado, tal situação prejudica o lado produtivo da economia, pois impede que novos competidores entrem no mercado, o que gera efeitos negativos sobre o mercado de trabalho. Por outro, os cidadãos também são prejudicados, pois ficam excluídos do mercado consumidor de transporte aéreo, devido aos preços altos e à baixa oferta.

A análise normativa do arcabouço regulatório do setor fundamentou importantes mudanças recentes que consolidaram uma política regulatória de promoção da concorrência, adotada principalmente a partir da promulgação da Lei da ANAC. A partir de então foi possível que o novo órgão regulador implementasse e consolidasse medidas importantes para o desenvolvimento da concorrência, como a liberdade tarifária, inclusive no mercado internacional, e a liberdade de oferta, gerando incentivos para a busca de uma situação de maior eficiência econômica. Outras medidas ainda são necessárias, como a flexibilização da infraestrutura aeroportuária e de navegação aérea.

Ao buscarmos uma forma de abordagem jurídica para analisarmos o arcabouço regulatório do setor, apresentamos aqui a Análise Jurídica da Política Econômica, uma nova proposta, dentro do contexto de *Law & Economics*, de se estudar o mundo econômico com base na sua relação com a fruição de direitos constitucionalmente estabelecidos. Não se trata de uma análise jurídica tradicional, mas da utilização de instrumentais analíticos típicos da Economia para estimarmos os efeitos jurídicos da política regulatória de promoção da concorrência no

transporte aéreo. Procuramos, com essa abordagem, verificar se a política regulatória de promoção da concorrência no transporte aéreo, além de gerar maior eficiência econômica, também causa um aumento da capacidade de exercício de direitos fundamentais.

A aplicação da Análise Jurídica da Política Econômica sobre a política regulatória do setor aéreo requereu, inicialmente, a identificação dos direitos mais fortemente afetados, quais sejam: o direito à livre iniciativa, exercido pelos empresários, e o direito ao exercício da liberdade individual, consubstanciado pelo direito de ir e vir. Identificados os direitos, foi necessário decompô-los, com vistas a visualizarmos o que efetivamente pode ser considerado como fruição de cada um.

Vimos, portanto, que, nos termos da AJPE, o exercício do direito à livre iniciativa pode ser visto como o acesso à fruição do direito de propriedade comercial no transporte aéreo e pode ser representado pela efetiva participação no mercado pretendido e não apenas a mera entrada na atividade produtiva. Assim, a fruição desse direito será maior na medida em que o empresário puder participar da atividade econômica em condições de concorrer com as outras empresas, dependendo somente da sua capacidade de ser eficiente. Isso não quer dizer que não se pode falar em exercício da livre iniciativa caso essas condições não estejam presentes, mas que esse direito será mais plenamente usufruído na ausência de barreiras ao seu exercício.

Já o direito de ir e vir representa a real capacidade dos indivíduos se locomoverem. Obviamente que esse direito pode ser exercido independente do meio de transporte, mas é inegável que o transporte aéreo permite que isso ocorra de uma forma mais rápida, o que amplia a capacidade de exercício desse direito. Isso posto, consideramos que o direito de ir e vir derivado do transporte aéreo possui uma dimensão social, que reflete o quanto da sociedade tem acesso a ele, e outra individual, que representa as condições de qualidade e segurança com que o serviço é prestado. Nos termos da AJPE, o exercício do direito de ir e vir aqui descrito se configura como a fruição do direito de consumo de transporte aéreo pelos indivíduos.

Definidos e decompostos os direitos, foi possível analisarmos dados empiricamente verificados que nos permitiram visualizar os efeitos da política regulatória sobre a capacidade de exercício desses direitos. Por meio da análise dos dados, realizamos uma série de observações:

- as tarifas praticadas pelas empresas aéreas têm apresentado uma tendência de queda na última década;
- o número de passageiros transportados em 2009 foi mais do que o dobro do observado em 2000;
- empresas aéreas entrantes têm obtido êxito em conquistar parcelas de mercado das empresas já estabelecidas;
- após a saída das grandes empresas tradicionais do mercado, novas empresas surgiram e ocuparam o lugar deixado;
- a estrutura de mercado está se tornando menos concentrada.

Todas essas informações são indícios de que a política regulatória adotada tem sido exitosa na expansão da capacidade de fruição dos direitos. Afinal, empresários realmente têm tido acesso ao direito de propriedade comercial no transporte aéreo, apresentando êxito na tarefa de conseguir começar a atuar no mercado e expandir suas atividades, o que configura, empiricamente, um efetivo exercício do direito à livre iniciativa. Por outro lado, se compararmos com o que ocorria há dez anos atrás, um número muito maior de passageiros é atualmente transportado, o que parece ser evidência empírica de que mais pessoas possuem acesso a esse meio de transporte e conseguem, por meio da maior fruição do direito de consumo, ampliar a capacidade de exercer o direito de ir e vir. Adiciona-se a isso o fato de que o aumento da concorrência no transporte aéreo tem sido acompanhado, nos últimos dois anos, de um aumento nas condições de qualidade e segurança da prestação desse serviço.

Com vistas a estimar o real impacto da política regulatória sobre a população, estabelecemos um índice de utilização de transporte aéreo, que representa a relação entre o número de passageiros transportados e o número de habitantes de um país. Ainda que tenha sido possível notar uma notável melhora desse índice para o Brasil na última década, ainda estamos muito aquém do que é observado em países desenvolvidos, o que demonstra que a política regulatória deve continuar no sentido em que está indo para uma ampliação ainda maior do

exercício dos direitos. Nesse contexto, alguns entraves à competição podem ainda ser eliminados, como a exigência de concessão prévia para atuar no mercado e a limitação de capital estrangeiro no capital votante das empresas. A análise jurídica do marco regulatório do transporte aéreo sob o enfoque dos princípios constitucionais deve ser estendida a outros dispositivos, para que novas proposições legislativas sejam realizadas com o intuito de se corrigir as distorções encontradas.

Temos, portanto, um ponto de coincidência entre as abordagens econômica e jurídica,, no qual, para o caso em questão, uma situação de maior eficiência econômica também gerou um aumento da capacidade de fruição de direitos fundamentais: o lado produtivo da economia pode fruir de forma mais ampla do direito de propriedade comercial e os cidadãos brasileiros encontram-se em situação de maior fruição do direito de consumo, já que possuem maior oferta de transporte aéreo com preços mais baixos. Sob ambas as óticas, é importante que essa política regulatória tenha continuidade, para que a sociedade possa manter se beneficiando das melhorias jurídicas e econômicas observadas.

Ressalta-se que não buscamos aqui realizar uma avaliação jurídica tradicional de que o transporte aéreo seria um serviço público e, como tal, deve ser assegurado a toda sociedade. Pelo contrário, procuramos mostrar que o efeito jurídico que se pretende atingir independe do tratamento formal que se dá ao serviço de transporte aéreo, desde que o serviço seja adequadamente regulado ou desregulado. Considerar o transporte aéreo como serviço público tradicional, só delegável por meio de concessão, com garantia de equilíbrio econômico-financeiro, não traria mais benefícios para a sociedade do que desregulamentá-lo como foi feito. Poderia até mesmo gerar mais qualidade para aqueles que já tivessem acesso, mas não o estenderia para uma parcela maior da população.

Essa conclusão está completamente de acordo com o que afirma a AJPE:

De modo semelhante, perante a AJPE, perde importância a oposição entre promover a privatização de serviços públicos, ou manter tais serviços sob o comando direto do Estado (ou indireto, tipicamente via contrato de concessão).

Para a AJPE, tanto o investimento que permanece na órbita do controle estatal quanto o investimento privado podem ter o efeito de limitar a fruição de direitos fundamentais. Como já sugerido acima, o essencial é que a organização da economia – seja por meio da propriedade privada submetida à regulação por agências independentes ou sujeita à disciplina da concessão, seja ainda por meio de investimentos administrados diretamente pelo Estado, como é usualmente o caso da polícia, coleta de impostos e outros serviços – reste configurada de modo a conciliar o crescimento econômico e a transformação da realidade com a equânime fruição de direitos fundamentais e direitos humanos.²²²

Além de servir para analisar um setor da economia brasileira que tem se desenvolvido notavelmente nos últimos anos, o presente estudo teve por objetivo demonstrar também que a Economia e o Direito podem convergir em suas conclusões, mesmo partindo de premissas distintas e percorrendo caminhos diferentes. Obviamente, tal situação não será sempre observada, pois haverá situações em que a garantia de direitos fundamentais requer o estabelecimento de um ponto de equilíbrio no mercado aquém do que seria o ponto ótimo para a eficiência econômica. O importante é termos informações suficientes sobre todas as opções para que os elaboradores de políticas públicas possam ter a exata noção dos efeitos de tais políticas sobre a sociedade.

²²² CASTRO, Marcus Faro de. *Análise Jurídica da Política Econômica*. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. 1, nº 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/062009/revista_procur_geral_bc_vol3_num1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2010. pp. 33-34.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAC. *Relatório Anual de Segurança Operacional 2009*. Disponível em <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/RELATORIO_2009.pdf>. Acesso em 5 abr. 2010

ARROW, Kenneth J. *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*. Disponível em: < <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/ArrowNonMktActivity1969.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

BAUMOL, W., PANZAR J. e WILLIG R.. *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. New York: Harcourt Brace Javanovich, 1982.

BNDES. *Aviação Regional Brasileira*. Informe Infra-estrutura: área de logística, telecomunicações e complexo eletrônico nº 50, novembro/2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/infra/Inf02-50.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2010.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CASTRO, Marcus Faro de e CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. *Globalization and Recent Political Transitions in Brazil*. In *International Political Science Review* (IPSR, 2003), Vol. 24, nº 4, 465-490. Disponível em: < <http://www.jstor.org/pss/1601633>>. Acesso em: 15 set. 2010.

CASTRO, Marcus Faro de. *Instituições Econômicas: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado*. *Revista de Direito Empresarial*, nº 6, jul/dez, 2006.

_____. *Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neoclássica*, in Revista Jurídica, vol. 7, n.º 74, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/index.htm>. Acesso em: 14 set. 2009.

------. *Análise Jurídica da Política Econômica*. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. 1, n.º 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/062009/revista_procur_geral_bc_vol3_num1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2010. CASTRO, Newton de e LAMY, Philippe. *Texto para Discussão n.º 319. Desregulamentação do Setor Transporte: o subsector transporte aéreo de passageiros*. IPEA: outubro de 1993. 58p. Disponível em: <http://getinternet.ipea.gov.br/pub/td/1993/td_0319.pdf>. Acesso em: 18 out. 2009.

COASE, Ronald H. *The Firm, the Market, and the Law*. 1^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007. Paper 050107'10. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOJ. *Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Abril de 1992. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em 10 mar. 2010.

ESPÍRITO SANTO JR., Respício e CORREIA, Fábio Cardoso. *O Capital Estrangeiro nas Empresas Aéreas Brasileiras nas Óticas Jurídica, Política e Econômica*. II Conferência de Financiamento, Regulação e Competição em Transportes, BNDES/COPPE/CREA-RJ/RECOPE'. Rio de Janeiro. 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

GONENC, Rauf e NICOLETTI, Giuseppe. *Regulation, market structure and performance in air passenger transportation*. Economic Department Working Paper nº 254. Paris: OCDE, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto e SALGADO, Lúcia Helena. *A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil*. Notas Técnicas. IPEA: Rio de Janeiro, outubro de 2003.

KLUGER, Viviana (org.). *Análisis Económico del Derecho*. 1ª Ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

LOVADINE, Débora e OLIVEIRA, Alessandro V. M. *A Desregulamentação da Aviação Civil no Brasil*. In Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa Motta (editores). *Marcos Regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005.

MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *A Formação do Estado Regulador*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002006000300007&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 set. 2010.

MCKINSEY&COMPANY. *Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado*. Rio de Janeiro: McKinsey&Company, 2010).

MERCURO, Nicholas e MODENA, Steven G. *Economics and the Law - From Posner to Post-Modernism*. 3a ed. Princeton: Princeton University Press, 1997.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006

NORTH, Douglass C. *Institutions and the Performance of Economies Over Time*. Disponível em: < [http://www.atlas.org.ar/eBooks/Douglass%20North-Institutions%20and%20 Performance .pdf](http://www.atlas.org.ar/eBooks/Douglass%20North-Institutions%20and%20Performance.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2010.

OCDE. *Regulation, Market Structure and Performance in Air Passenger Transportation*. Economics Department Working Paper no. 254, Paris: 2000.

OLIVEIRA, Alessandro V. M. e SALGADO, Lúcia Helena. *Reforma Regulatória e Bem-Estar no Transporte Aéreo Brasileiro: E Se a Flexibilização dos Anos 1990 Não Tivesse Ocorrido?* Ipea, 2005.

OLIVEIRA, Alessandro V. M. *Performance dos Regulados e Eficácia do Regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo*. NECTAR/ITA. São José dos Campos: novembro de 2005.

_____. *Liberalização Econômica e Universalização do Acesso no Transporte Aéreo: É Possível Conciliar Livre Mercado com Metas Sociais e Ainda Evitar Gargalos de Infra-Estrutura*. Documento de Trabalho n.º 014. Acervo Científico do Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo – NECTAR. São José dos Campos: 2006. Disponível em <<http://www.nectar.ita.br/dt014.pdf>>. Acesso em: 12 abr 2010.

_____. *Performance dos Regulados e Eficácia do Regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro*. In Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa Motta (editores). *Regulação e Concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

_____. *A Experiência Brasileira na Desregulamentação do Transporte Aéreo: um balanço e propositura de diretrizes para novas políticas*. Documento de Trabalho n.º 45, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Ministério da Fazenda. Brasília: 2007. Disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/copy_of_2006/dt_45.pdf >. Acesso em: 13 mar 2010.

_____. *A Regulação da Oferta no Transporte Aéreo: do comportamento de operadoras em mercados liberalizados aos atritos que emergem da interface público-privado*. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico: Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5ª Edição. Tradução e revisão técnica: Professor Eleutério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINHEIRO, Armando C. e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O Processo de Flexibilização e as Fusões e os Acordos de Cooperação no Mercado de Transporte Aéreo de Passageiros*. Documento de Trabalho n.º 32. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Fev 2006. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006/documento-de-trabalho-no-32-carlos-joppet-ragazzo.pdf>. Acesso em 20 fev 2010.

ROCHA, Bolívar Moura e TAVARES, Márcia Prates. *Crise, Concorrência e Regulação no Transporte aéreo Doméstico Brasileiro*. In Bolívar Moura Rocha (organizador). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

RODRIGUES, Rodrigo Augusto. *O Mercado de Aviação Doméstica no Brasil: o processo de desregulação comparado com a experiência norte-americana, sob o enfoque da Teoria Política Positiva da Regulação*. Dissertação de Mestrado em Economia da Regulação. Brasília: Universidade de Brasília. 2003.

SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

SEAE/SDE. *Guia para Análise Económica de Atos de Concentração*. Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 50, de 1º de agosto de 2001. Disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias/portconjseae-sde.pdf Acesso em 3 mar. 2010.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Leandro Novais e. *Regulação e Concorrência no Mercado Doméstico de Aviação no Brasil: a análise econômica do Direito e a comparação com o processo de desregulação nos Estados Unidos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

STIGLER, George J. *Law or economics?* Journal of Law and Economics, Vol. 35, No. 2, Oct.,1992. pp 455-468. Disponível em: < <http://www.jstor.org/pss/725548?cookieSet=1>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3 ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 1999.

TAVARES, Márcia Prates. *O Transporte Aéreo Doméstico e a Lógica da Desregulamentação*. Documento de Trabalho n.º 04. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Nov 1999.

Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/1999-1/documento-de-trabalho-no-04.pdf>. Acesso em: 31 out. 2009.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. São Paulo: Renovar, 2004.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 7ª Ed. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. 10ª Reimpressão.

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. e HARRINGTON JR., Joseph E. *Economic Regulation and Antitrust*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press. 2005.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nova York: The Free Press, 1985.

_____. *Transaction Cost Economics meets Posnerian Law and Economics*. Journal of Institutional and Theoretical Economics, 194/1, 1993.

_____. *Why Law, Economics, and Organization?* Dezembro, 2000. Disponível em: <<http://groups.haas.berkeley.edu/bpp/oew/wleaorg17b121800.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2009.

ZILBERSTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (Organizadores). *Direito & Economia / Análise Econômica do Direito e das Organizações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.