



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCIANA CONTREIRAS VIANA

A TUTELA DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA
ESTRANGEIRA EM COMPANHIAS AÉREAS BRASILEIRAS

Salvador
2019

LUCIANA CONTREIRAS VIANA

**A TUTELA DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA
ESTRANGEIRA EM COMPANHIAS AÉREAS BRASILEIRAS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia,
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Técio Spínola Gomes

Salvador
2019

LUCIANA CONTREIRAS VIANA

**TUTELA DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ESTRANGEIRA EM
COMPANHIAS AÉREAS BRASILEIRAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 28 de novembro de 2019.

Banca Examinadora:

Técio Spínola Gomes (Orientador) _____

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.

Universidade Federal da Bahia

André Luiz Batista Neves _____

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

Universidade Federal da Bahia

Lara Britto de Almeida Domingues Neves _____

Mestre em Direito dos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas

Universidade Federal da Bahia

A

Lorena, minha amada irmã, que sempre foi minha calma nos momentos de tempestade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo amor incondicional depositado na minha criação, pelo consolo e apoio diários. À minha mãe, Waldíria, e ao meu pai, Luciano, meus grandes exemplos, todo o meu amor e carinho. À minha irmã, Lorena, sou especialmente grata. Sem o seu apoio, suas opiniões, seu acalento, o processo de escrita deste trabalho certamente teria sido mais árduo.

Às pessoas que amo, minhas companhias e fontes de inspiração e energia, o meu muito obrigada. Os obstáculos que encontramos nos caminhos da vida são mais facilmente vencidos quando temos o suporte de pessoas especiais. Registro os nomes de Laís Becker, Lucas Bittencourt, Lucca Ventin, Pedro Vidal e Sofia Guimarães, pessoas fundamentais na minha história.

Sou grata aos amigos que a FDUFBA me presenteou. Compartilhar o processo de graduação com pessoas tão competentes, sensíveis, divertidas, amáveis, fez a jornada ser mais colorida e menos penosa. A Isabela Dias, Gabriela Sepúlveda, Leonardo Cirne, Luiza Rocha, Maria Cardoso, Yago Nunes, um agradecimento especial, pois sempre me instigaram e incentivaram a encarar os mais diversos desafios, e continuam o fazendo.

A Técio Spínola Gomes, meu mentor durante a graduação, sou eternamente grata pelos conselhos, pelas oportunidades, pela paciência, pelo comprometimento, por acreditar em meu potencial e incentivar a busca pelo conhecimento, por ser um exemplo de profissional, e por ter gentilmente aceitado ser meu orientador neste Trabalho de Conclusão de Curso. Obrigada, professor!

Registro especial de agradecimento à professora Lara Britto, por quem nutro grande admiração. As suas aulas, sua paixão pelo ensino, seu cuidado, seu espírito inovador, sua competência e dedicação foram fundamentais na minha formação. Também ao professor André Luiz Batista Neves, que tanto me ensinou nas disciplinas de Direitos Fundamentais e Direito Econômico, referência de ética, dedicação e de conhecimento. Alegra-me muito ter esses dois professores que tanto admiro compondo a banca avaliadora deste trabalho.

Muito obrigada!

VIANA, Luciana Contreiras. Tutela da participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras. 2019. Orientador: Técio Spínola Gomes. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar o novo marco regulatório da participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras. Com a promulgação da Lei n. 13.842/2019, alterou-se o art. 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica abolindo-se o limite máximo de 20% de capital estrangeiro com direito a voto nas companhias que exploram serviço público de transporte aéreo no Brasil. A Parte I do trabalho descreve a evolução da regulação da participação de capital externo em companhias aéreas do Brasil desde o início da atividade, na década de 1920, até a nova lei. A Parte II tem finalidade analítica e busca investigar a adequação da nova regulação aos objetivos anunciados durante o processo de alteração do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Palavras-chave: Regulação. Capital Estrangeiro. Companhias Aéreas. Brasil.

VIANA, Luciana Contreiras. The regulation of foreign ownership in Brazilian air carriers. 2019. Supervisor: Tício Spínola Gomes. 79 s. Undergraduate Dissertation (Law Degree) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the new regulation on foreign ownership in Brazilian air carriers. With Law's n. 13.842/2019 promulgation, article 181 of Brazilian Aeronautical Code was altered and the limit of maximum 20% of foreign investment in Brazilian airlines was abolished. Part I of this thesis describes the evolution of the regulation of foreign investment in Brazilian airlines from the 1920s, when the activity began, up until the new law. Part II has an analytical purpose, aiming to investigate if the new regulation is adequate to reach the goals announced during the process of amendment of the Brazilian Aeronautical Code.

Keywords: Regulation. Foreign investment. Air carries. Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I: O EMBARQUE - A EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ESTRANGEIRA NO SETOR AÉREO BRASILEIRO	10
1.1 CHECK-IN: O SETOR AÉREO BRASILEIRO DE 1920 a 1988.....	12
1.2 DECOLAGEM: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS MECANISMOS REGULATÓRIOS DO SETOR AÉREO.....	26
1.3 A ROTA LEGISLATIVA DA CRFB/88 ATÉ A LEI N. 13.842/2019	34
PARTE II: DO VOO À ATERRISSAGEM – UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A NOVA REGULAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ESTRANGEIRA NO SETOR AÉREO BRASILEIRO.....	45
2.1 ATINGINDO A ALTITUDE DE CRUZEIRO? UMA ANÁLISE DO NOVO MARCO REGULATÓRIO SOB A PERSPECTIVA INTERNA BRASILEIRA	48
2.2 ESCALA PARA ADEQUAÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO AO PARADIGMA INTERNACIONAL.....	56
2.3 A CAIXA PRETA DA REGULAÇÃO	61
CONCLUSÕES	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

As dimensões territoriais brasileiras, a crescente integração da economia global, a constante necessidade de transporte de cargas e passageiros, as falhas de infraestrutura rodoviária, a quase ausência de oferta de transporte ferroviário, todas essas são questões que apontam para a necessidade de desenvolvimento e fortalecimento da indústria aeronáutica, principalmente da aviação comercial civil.

O Brasil reúne condições capazes de atrair investimentos no setor, especialmente diante do tamanho do mercado brasileiro, um dos maiores do mundo. Ocorre que a redação original do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), Lei n. 7.565/1986, ao estabelecer quais as condições para uma companhia explorar serviço público de transporte aéreo de passageiros no Brasil, restringia a possibilidade de participação estrangeira nessas sociedades a 20% do capital com direito a voto.

Essa restrição foi objeto de discussões promovidas no âmbito nacional, pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo e pelos agentes de mercado, e também no âmbito internacional. A partir do final de 2018, porém, essa história foi modificada. Com a publicação da Medida Provisória (MP) 843/2018, a restrição à participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras foi abolida. Com a conversão dessa medida na Lei n. 13.842/2019, as alterações feitas no art. 181 do CBA se estabilizaram.

O presente trabalho convida o leitor a viajar pelo processo regulatório que tutelou a participação societária estrangeira no setor aéreo no Brasil desde os primórdios da aviação comercial no país até a nova regulação. O objetivo é investigar tanto as razões para a antiga restrição, quanto as justificativas para a liberalização, de forma a responder uma pergunta: o novo marco regulatório é adequado para atingir os objetivos a que se propõe?

A principal hipótese deste trabalho é que a liberalização da participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras tem grande potencial para atrair novos investimentos para o setor, podendo resultar em gerações de novos empregos e, no longo prazo, em redução de preços e aumento de oferta de serviços para os consumidores.

A análise será feita a partir do cotejo dos principais argumentos favoráveis e contrários à liberação com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como com a realidade do mercado de transporte aéreo na perspectiva internacional, e, ao final, com a investigação dos instrumentos de defesa da concorrência disponíveis e a possibilidade de uso deles para garantir a higidez do setor aéreo brasileiro.

Este trabalho se divide em duas partes. A Parte I trata-se da descrição do processo de tutela da participação societária estrangeira nas companhias aéreas brasileiras desde os anos 1920, quando a atividade começou a ser explorada no país. Nessa parte, narra-se a história da aviação comercial civil brasileira com enfoque na regulação da participação de investimentos estrangeiros, para identificar o momento em que surge a restrição anterior. Após, discorre-se sobre o processo de flexibilização da regulação da aviação civil que se iniciou com a promulgação da CRFB/88 e que, se adianta, não atingiu a limitação ao investimento estrangeiro. Ao final, indica-se as iniciativas legislativas referentes à matéria desde 1988, para identificar quais os argumentos foram levantados na discussão que resultou na abertura do setor ao capital estrangeiro.

A Parte II deste trabalho é analítica. A partir dos elementos históricos e dos argumentos delimitados na Parte I, passa-se à investigação da nova lei, para identificar a sua adequação aos objetivos e incentivos que pretende alcançar. Essa parte é dividida em três pilares, o âmbito nacional, o âmbito internacional e a questão relacionada à defesa da concorrência no mercado da aviação civil a partir da liberalização da participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras. Recomenda-se ao leitor que mantenha os cintos afivelados durante todo o voo.

PARTE I: O EMBARQUE - A EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ESTRANGEIRA NO SETOR AÉREO BRASILEIRO

Para viajar de avião, antes de alçar voo, é fundamental realizar o procedimento de embarque. Esta primeira parte do trabalho tem a mesma finalidade. É por meio dela que o leitor é convidado a assentar-se, para que as portas possam ser fechadas, e o voo a ser realizado na segunda parte seja autorizado. Aqui serão estabelecidas as bases para a análise que será feita até que o procedimento de desembarque se inicie.

A relevância do setor aéreo para a sociedade contemporânea é evidente. Segundo Relatório produzido pelo Air Transport Action Group (ATAG)¹, a aviação suporta 65,5 milhões de empregos em todo o mundo. O impacto total da aviação na economia global é de cerca de 2.7 trilhões de dólares. Em 2018, 4,1 bilhões de passageiros foram transportados por companhias aéreas².

No Brasil, segundo o Anuário do Transporte Aéreo de 2018 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), 117,6 milhões de passageiros domésticos e internacionais foram transportados em 2018. A participação brasileira no mercado internacional, inclusive, aumentou de 30% dos passageiros transportados em 2014 para 39% em 2018³.

Trata-se de um setor estratégico para a logística, desenvolvimento do turismo e economia de um país. É justamente por essa condição estratégica e ligação com a soberania dos países – especialmente pela sua significativa relação com o setor militar - que os Estados passaram a ter interesse em intervir nessa atividade⁴. Essa atuação estatal, ao menos inicialmente, foi marcada por um protecionismo contra a concorrência internacional⁵, conforme será elucidado nos próximos tópicos. Esse modelo nacionalista, no entanto, tende a ser substituído por uma maior integração internacional, especialmente em razão dos processos de liberalização experimentados no final da década de 1990⁶.

¹ É uma associação internacional sem fins lucrativos que reúne representantes de todos os setores da indústria aeronáutica.

² ATAG. Aviation Benefits Beyond Borders, 2018, pp. 4-5. Disponível em <https://aviationbenefits.org/media/166344/abbb18_full-report_web.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

³ ANAC. Anuário do Transporte Aéreo, 2018, Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em <<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/dados-do-anuario-do-transporte-aereo>>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

⁴ JAPIASSU, Alessandra; REIS, REIS, Sérgio, L. B. F O limite de participação do capital estrangeiro no setor de transporte aéreo brasileiro – aspectos regulatórios. Revista da AGU, n. 30. 2. ,p.49

⁵ JAPIASSU, Alessandra; REIS, REIS, Sérgio, L. B. F O limite de participação do capital estrangeiro no setor de transporte aéreo brasileiro – aspectos regulatórios. Revista da AGU, n. 30. 2. ,p.47;

⁶ Nesse sentido: “Esse repensar do papel do Estado na economia tem sido marcado por processos de privatização, pela quebra de monopólios estatais e por intermédio da flexibilização e da desregulamentação de setores que envolvem a prestação de serviços públicos, tais como telecomunicações, transportes, geração e

No âmbito internacional, a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) é o órgão ligado ao Sistema das Nações Unidas responsável pela modernização das normas técnicas e dos marcos procedimentais que desenham as operações de transporte aéreo em nível global⁷. Já na perspectiva interna, à luz da CRFB/88, compete à União explorar diretamente ou por autorização, concessão ou permissão a navegação aérea⁸. Também é da União a competência para legislar sobre direito aeronáutico.

O setor de transporte aéreo é composto pelo transporte de passageiros e de cargas, e pelos serviços oferecidos por aeroportos e controladores de voo às companhias aéreas. No plano infraconstitucional, a Lei n. 7565/1986 dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Essa lei é o marco regulatório legal da aviação civil brasileira em vigência. No Brasil, os serviços aéreos podem ser privados⁹ ou públicos¹⁰. Os serviços de transporte aéreo público podem ser internacionais¹¹ ou domésticos¹². Na forma do art. 216 do CBA, as linhas domésticas (cabotagem) somente podem ser exploradas por pessoas jurídicas brasileiras.

O art. 181 do CBA estabelece, ainda, as condições para a outorga da concessão da exploração de serviços aéreos públicos. Na redação original do CBA, existia a previsão de que a concessão somente seria dada a pessoa jurídica brasileira que tivesse pelo menos 80% de capital com direito a voto pertencente a brasileiros. Isso significa que somente 20% do capital com direito a voto das companhias aéreas poderia pertencer a estrangeiros.

distribuição de energia elétrica e saneamento”. DO ESPÍRITO SANTO JR, Respicio Antônio; CORREIA, Fábio Cardoso. **O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, a. 43 n. 171 jul./set. 2006. Brasília, 2003, p. 234.

⁷ BOOZ ALLEN HAMILTON. **The economic impacts of an open aviation area between the EU and the US**. TREN/05/MD/S07.52650. 2007.

⁸ Art. 21, XII, “c” da CRFB/88. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

⁹ Os serviços aéreos privados têm seu regramento legal previsto nos arts. 177 a 179 da Lei n. 7565/1986. Tratam-se de serviços aéreos realizados sem remuneração, em benefício do próprio operador, seja para atividades recreativas ou desportivas; de transporte reservado ao proprietário ou operador da aeronave, ou de serviços aéreos especializados, realizados em benefício exclusivo do proprietário ou operador da aeronave.

¹⁰ Englobam tanto os serviços aéreos especializados públicos quanto o serviço de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não-regular, doméstico ou internacional. Para a exploração dessa atividade é que se exige concessão (transporte aéreo regular) ou autorização (transporte aéreo não-regular).

¹¹ Nesse caso, o art. 203 da Lei n. 7565/1988 prevê que tanto empresas nacionais quanto estrangeiras podem realizar o transporte aéreo público internacional. Para uma empresa estrangeira de transporte aéreo operar no Brasil, devem ser atendidos os requisitos previstos nos incisos do art. 205 do CBA, quais sejam: I - ser designada pelo Governo do respectivo país; II - obter autorização de funcionamento no Brasil (arts. 206 a 211); III - obter autorização para operar os serviços aéreos (arts. 212 e 213).

¹² É todo o transporte no qual os pontos de partida, intermediários e de destino estão situados em território nacional.

Foi justamente esse artigo o objeto da alteração promovida pela Lei n. 13.842/2019¹³. Para que se compreenda o contexto da mudança legislativa, faz-se necessário mapear a regulação da participação societária estrangeira no setor aéreo desde os seus primórdios. Entende-se que é esse processo de evolução regulatória que permitirá a identificação dos incentivos para a alteração efetivada com a promulgação da Lei n. 13.842/2019.

O enfoque desta parte do trabalho é o período compreendido entre os anos 1920 e 2019. Adverte-se, porém, que a análise não será exaustiva. Trata-se de contextualização que será direcionada à questão da participação de capital estrangeiro em companhias aéreas. Eventualmente serão mencionados outros aspectos regulatórios. Ao leitor se esclarece que essas turbulências fazem parte da viagem, porém não serão aprofundadas nesta pesquisa. Todas elas são juridicamente relevantes e, por isso, são objetos de potenciais estudos independentes.

A exposição, portanto, se inicia com uma breve incursão pelos anos de 1920 a 1988, expondo o panorama geral regulatório desse período (1.1). Segue-se com o exame da regulação do setor a partir da CRFB/88 (1.2). Posteriormente, serão apresentadas as principais iniciativas legislativas acerca da tutela da participação societária estrangeiras em companhias aéreas, até se atingir a Lei n. 13.842/2019 (1.3).

1.1 CHECK-IN: O SETOR AÉREO BRASILEIRO DE 1920 a 1988

A leitura deste tópico deve ser acompanhada de duas premissas. Primeira, ele não pretende elucidar toda a regulação dos anos 1920 a 2019. Segunda, o relato que o compõe não é exauriente. O objetivo dessa breve reconstrução é contextualizar o processo regulatório da participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras a partir de alguns marcos históricos.

Toda boa história tem começo, meio e fim. A história do setor de aviação civil brasileiro não é diferente. Tendo em vista o nascimento da aviação comercial em países europeus, o governo brasileiro decidiu conceder permissão para exploração de linhas aéreas a quatro empresários, por sua própria conta e risco¹⁴. Em 1919 foram expedidos decretos concedendo a permissão para explorar o transporte de passageiros e mercadorias entre as

¹³ Desde já se esclarece que a alteração da Lei n. 13.842/2019 foi para liberar a participação de capital estrangeiro com companhias aéreas. Isso, porém, não se confunde com cabotagem. Permanece a restrição da cabotagem para as pessoas jurídicas brasileiras.

¹⁴ DO ESPÍRITO SANTO JR, Respicio Antônio; CORREIA, Fábio Cardoso. **O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, a. 43 n. 171 jul./set. 2006. Brasília, 2003, p. 234.

principais cidades do Brasil e entre elas e o estrangeiro à Davidson, Pullen & Company, ao Sr. João Várzea¹⁵, ao Sr. Francisco do Rego Barros Barreto Filho¹⁶ e à fabricante de aeronaves inglesa Handley-Page Ltd.¹⁷. Nenhum dos autorizados, porém, conseguiu operacionalizar a atividade¹⁸. A regulação do setor era tão incipiente à época – por ser praticamente desprovido de serviços aéreos – que a cabotagem poderia ser realizada inclusive por companhias estrangeiras.

O primeiro grande marco regulatório do transporte aéreo no Brasil foi o Decreto n. 14.050/1920, o qual atribuiu à Inspeção Federal de Navegação a fiscalização do serviço de navegação aérea¹⁹. Na forma do art. 2º, §4º, do referido diploma normativo, competia à Inspeção Federal de Navegação fiscalizar os serviços de navegação a cargo de concessionários nacionais ou estrangeiros de acordo com os contratos de concessão e regulamentação aplicável²⁰. À época, ainda não se verificava limitação ao capital estrangeiro.

Em 1925, por meio do Decreto n. 16.983/1925, foi aprovado o regulamento para os Serviços Cíveis de Navegação Aérea, uma espécie de primeiro Código Aeronáutico. Inexistia restrição à participação de estrangeiros no tráfego aéreo do país²¹. O art. 64 do mencionado decreto estabelecia que a exploração da navegação aérea seria feita mediante concessão. O art.

¹⁵ BRASIL. **Decreto n. 13.567, 26 de abril de 1919**. Concede permissão a João Varzea para, por si ou empresa que organizar, sem privilegio ou monopólio de espécie alguma, se utilizar dos aparelhos aéreos dos mais aperfeiçoados, inclusive os hidro-aviões, no transporte de passageiros e mercadorias entre as principais cidades do Brasil e entre estas e o estrangeiro. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-13567-26-abril-1919-529044-publicacaooriginal-93875-pe.html>>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

¹⁶ BRASIL. **Decreto n. 13.702, 21 de julho de 1919**. Retifica as cláusulas de 1 a 4 das que baixaram o decreto n. 13.568, de 26 de abril de 1919, concedendo permissão a Francisco do Rego Barros Barreto Filho, para, por si ou empresa que organizar, sem privilegio ou monopólio de espécie alguma, se utilizar dos aparelhos aéreos dos mais aperfeiçoados, no transporte de passageiros e mercadorias entre as principais cidades do Brasil. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-13702-21-julho-1919-532198-publicacaooriginal-94275-pe.html>>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

¹⁷ BRASIL. **Decreto n. 13. 630, 28 de maio de 1919**. Concede permissão à Handley Page Ltd., sem privilégio ou monopólio de espécie alguma, para por si ou empresa que organizarem, estabelecerem um serviço de viação e transporte de passageiros ou cargas, por meio de aeroplanos e hidroplanos, entre as principais cidades do Brasil e o estrangeiro. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-13630-28-maio-1919-529061-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

¹⁸ DO ESPÍRITO SANTO JR, Respício Antônio; CORREIA, Fábio Cardoso. **O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, a. 43 n. 171 jul./set. 2006. Brasília, 2003, p. 234.

¹⁹ CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p. 1.

²⁰ BRASIL. **Decreto n. 14.050, 05 de fevereiro de 1920**. Aprova o regulamento da Inspeção Federal de Navegação. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14050-5-fevereiro-1920-529141-norma-pe.html>>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

²¹ Apesar de inexistir restrição à participação societária estrangeira, começa-se a identificar uma preocupação com a cabotagem. Na forma do art. 70 do referido decreto, o transporte de passageiros ou cargas entre dois pontos do território brasileiro somente poderia ser feito por aeronaves brasileiras.

66 complementa essa previsão, trazendo os requisitos para a aprovação do requerimento²². No art. 66 não há diferenciação entre requerentes nacionais e estrangeiros. Pelo contrário, as condições a serem satisfeitas eram as mesmas²³.

Muito embora tenham sido as primeiras tentativas de ordenação da aviação civil, esses marcos regulavam atividade que, na prática, não existia. O transporte aeronáutico de passageiros somente começou a ser realizado em 1927²⁴. Duas companhias de matriz estrangeira passaram a atuar e dominar o mercado²⁵, a francesa Compagnie Générale Aéropostale e a alemã Condor Syndikat. Foi também no ano de 1927 que a Viação Aérea Rio-Grandense (VARIG) foi fundada pelo alemão Otto Ernst Meyer²⁶.

A New York – Rio – Buenos Aires (NYRBA) foi fundada em 1929 por um americano e em 1930 autorizou-se o funcionamento de sua subsidiária brasileira, a NYRBA do Brasil. Com a absorção do grupo pela americana Pan Am²⁷, o nome da subsidiária foi modificado para Panair do Brasil, e o primeiro voo da companhia foi realizado em 1930²⁸.

²² BRASIL. **Decreto n. 16.983, 22 julho 1925**. Aprova o regulamento para os Serviços Cíveis de Navegação Aérea. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16983-22-julho-1925-529760-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

²³ Interessante pontuar a previsão do art. 67 do Decreto n. 16.983/1925, segundo a qual a concessão poderia ser negada se julgada desnecessárias aos interesses gerais, ou se houver indícios de que a concessão comprometerá a segurança ou a ordem pública. Caso a concessão tivesse sido outorgada, ela poderia ser cassada caso gerasse qualquer desses efeitos. Não há aqui, também, diferenciação entre concessões a empresas nacionais ou estrangeiras. BRASIL. **Decreto n. 16.983, 22 julho 1925**. Aprova o regulamento para os Serviços Cíveis de Navegação Aérea. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16983-22-julho-1925-529760-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

²⁴ Segundo a CTN, 1912 foi feito o primeiro pedido de exploração de transporte aeronáutico no país, para movimentação de cargas e correspondências: “a permissão foi concedida apenas em 1918 e determinava que o serviço de aviação fosse realizado sem qualquer forma de monopólio ou privilégio”. CNT. Confederação Nacional de Transporte. Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros. –Brasília: CNT, 2015, p. 19. Josué Catharino Ferreira aponta que somente com o lançamento do modelo de aeronave DC-3 na década de 1930, e a partir da Segunda Guerra Mundial, é que houve substancial aumento do número de passageiros no setor de transporte aeronáutico. FERREIRA, Josué Catharino. **Um breve histórico da aviação comercial brasileira**. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE HISTÓRIA DE EMPRESAS, 13, 2017, Niterói. Anais... Niterói, RJ: [s.n.], 2017, p.3

²⁵ RIBEIRO, Lucas. **História da aviação civil e origem do setor de transportes aéreos no Brasil**. 2018. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Aeronáuticas, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018, p. 27.

²⁶ Nesse sentido: “Nos idos anos da segunda metade da década de 20, começava a amadurecer uma idéia de um brasileiro descendente de alemães, Otto Ernst Meyer. Meyer trabalhava numa indústria têxtil em Recife, a qual possuía diversas filiais em todo o território nacional. As inúmeras dificuldades por ele enfrentadas nos seus deslocamentos e na distribuição de seus produtos fizeram-no vislumbrar a idéia de uma companhia aérea. Em retorno ao Rio Grande do Sul, ele consegue apoio de empresários alemães e de descendentes, como ele próprio. Com o caminho aberto e com o apoio do então-governador do estado, Antônio Borges de Medeiros, em maio de 1927 a recém-criada companhia aérea recebe o registro oficial do Rio Grande do Sul, reconhecendo-a como empresa privada de capital aberto. Em junho, o Governo Federal autoriza as operações da Viação Aérea Rio-Grandense (VARIG) para todo o Rio Grande do Sul, litoral de Santa Catarina e, caso aprovado pelo Governo do Uruguai, para Montevidéu”. DO ESPÍRITO SANTO JR, Respicio Antônio; CORREIA, Fábio Cardoso. **O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, a. 43 n. 171 jul./set. 2006. Brasília, 2003, p. 236.

²⁷ Lamy e Castro esclarecem: “Em maio de 1929, a Pan American Airways é autorizada a operar no país como companhia estrangeira, sem concessão para explorar linhas domésticas. Em outubro do mesmo ano, a Nyrrba

Passaram a operar no país diversas companhias aéreas nesse período²⁹. Em 1933, um grupo de empresários paulistas criou a Viação Aérea São Paulo (VASP). A companhia, porém, passou por diversas dificuldades em suas operações. Em decorrência da sua incapacidade de operar independentemente, a VASP foi estatizada em 1935, passando a ter seus dirigentes escolhidos por motivos políticos a cada quatro anos³⁰.

A rápida expansão do setor fez surgir a necessidade de se desenvolver um aparato institucional capaz de regulá-lo. Em 1931 foi criado o Departamento de Aeronáutica Civil por meio do Decreto n. 19.902/1931 para superintender os serviços de aviação civil e comercial³¹. Por meio do Decreto n. 20.914/1932 foram estabelecidos parâmetros de regulação da execução dos serviços aeronáuticos civis.

Nesses diplomas normativos começaram a se consolidar as diferenciações entre o que é nacional e o que é estrangeiro. A título exemplificativo versa-se sobre duas previsões constante no Decreto n. 20.914/1932. Existem previsões que asseguram o transporte aéreo entre pontos do território nacional, a cabotagem, às aeronaves brasileiras, sendo excepcionada possibilidade de o Governo autorizar o transporte de correspondência postal interior e o transporte de passageiros - enquanto os pontos não estiverem servidos de aeronaves brasileiras - por aeronaves estrangeiras.

Outra imposição que segue a tendência de proteção nacional é a de que a tripulação das aeronaves nacionais deve ser composta por brasileiros, admitindo-se estrangeiros

New York –Rio –Buenos Aires-, norte americana, é autorizada a operar no Brasil e fora dele. Em dezembro é inaugurada a linha Rio-Buenos Aires e, em janeiro de 1930, é autorizado o funcionamento da subsidiária brasileira Nyrba do Brasil, para voar no país e para o Uruguai, Argentina e Guianas. Entretanto, a Pan Am tinha absorvido o grupo e trocou o nome de Nyrba do Brasil para Panair do Brasil, a qual realizou seu primeiro voo em novembro de 1930. CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p.4.

²⁸ CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p.4.

²⁹ Josué Catharino Ferreira apresenta tabela na qual constam, de 1924 a 1938, a fundação de oito empresas aéreas: Condor Syndikat (1924-1927), VARIG (1927-2006), Sindicato Condor (1927-1942), NYRBA (1929-1930), Panair do Brasil (1930-1965), Aerolloyd Iguassu (1933-1939), VASP (1933-2005) e a NAB (1938-1961). FERREIRA, Josué Catharino. **Um breve histórico da aviação comercial brasileira**. In: Conferência Internacional de História de Empresas, 13, 2017, Niterói. Anais... Niterói, RJ: [s.n.], 2017, p. 4

³⁰ FERREIRA, Josué Catharino. **Um breve histórico da aviação comercial brasileira**. In: Conferência Internacional de História de Empresas, 13, 2017, Niterói. Anais... Niterói, RJ: [s.n.], 2017; CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p.4.

³¹ No art. 5º do Decreto n. 19.902/1931, estabeleceu-se como atribuição da Divisão do Tráfego providenciar “3) as concessões de tráfego aéreo e as licenças especiais para a execução de voos das aeronaves civis nacionais ou estrangeiras”. BRASIL. **Decreto n. 19.902/1931, 22 de abril de 1931**. Dispõe sobre a criação e organização do Departamento de Aeronáutica Civil. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19902-22-abril-1931-509417-publicacaooriginal-1-pe.html>> . Acesso em 03 de outubro de 2019.

habilitados, em caráter provisório, quando faltarem aeronautas brasileiros licenciados³². A legislação da época sobre aviação civil estabelecia que somente empresas, sociedades ou companhias nacionais idôneas poderiam explorar linhas entre pontos do território e as de tráfego internacional que nele tenham início³³.

Finalmente em 1938 é instituído o primeiro “Código Brasileiro do Ar”, por meio do Decreto-Lei n. 483/1938. Esse código também restringia a possibilidade de inscrição no Registro Aeronáutico Brasileiro às aeronaves privadas que fossem de propriedade exclusiva de brasileiro ou de pessoa jurídica brasileira, com sede no Brasil, com gerência exclusivamente confiada a brasileiros e no mínimo um terço de capital pertencentes a brasileiros domiciliados no país³⁴. Embora não limite a concessão da exploração de serviços aéreos propriamente, trata-se de uma primeira menção a restrição de capital estrangeiro.

Segundo o Código Brasileiro de Ar, para a concessão de linha regular de navegação aérea a estrangeiros, era fundamental que os requerentes provassem, dentre outros, que cumpriam o quanto previsto no art. 146 da Constituição de 10 de novembro de 1937. O referido dispositivo constitucional estabelecia que as concessionárias de serviço público deveriam constituir a sua administração com maioria de brasileiros, ou delegar a brasileiros todos os poderes de gerência³⁵. Apesar de, novamente, se tratar de medida que continha a atuação estrangeira no setor aéreo, não era um limite à participação de capital externo na aviação.

Até a década de 1930 as companhias brasileiras não conseguiam espaço suficiente para atuar. Um frágil conhecimento técnico para gerência e finanças predominava entre as empresas brasileiras³⁶. A isso ainda se acrescia o fato de as novidades de tecnologia terem sido acessadas apenas pelas empresas filiais de companhias estrangeiras³⁷. Entretanto, a

³² Previsões dos arts. 8º e 9º do Decreto n. 20.914/1932. O art. 48 do Decreto-lei n. 483/1938 traz previsão semelhante: “Art. 48. Os transportes aéreos entre pontos do território nacional ficam reservados às aeronaves brasileiras. Excepcionalmente, poderá o Governo permitir que as aeronaves estrangeiras façam o transporte de correspondência postal interior, bem assim o de passageiros entre pontos ainda não suficientemente servidos pelas aeronaves brasileiras e até que o sejam”. BRASIL. **Decreto n. 20.914, 06 de janeiro de 1932**. Regula a execução dos serviços aeronáuticos civis. Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20914-6-janeiro-1932-519626-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 03 de outubro de 2019.

³³ Previsão do art. 46 do Decreto n. 20.914/1932.

³⁴ Letra do art. 22 do Decreto-lei n. 483/1938.

³⁵ Na Constituição de 1934 há previsão similar no art. 136, a. Neste trabalho, optou-se por não mencionar o referido artigo, pois não se trata de limitação à participação societária estrangeira e a ele não corresponde previsão infraconstitucional da época, como no caso do art. 146 da Constituição de 1937.

³⁶ RIBEIRO, Lucas. **História da aviação civil e origem do setor de transportes aéreos no Brasil**. 2018. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Aeronáuticas, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018, p. 27.

³⁷ RIBEIRO, Lucas. **História da aviação civil e origem do setor de transportes aéreos no Brasil**. 2018. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Aeronáuticas, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018, p. 27.

década de 1940 marcou um processo de expansão do setor, com a entrada de diversos *players* no mercado³⁸.

O enfoque na estruturação do setor aéreo a nível internacional é notório nesse período, especialmente em razão do final da Segunda Guerra Mundial. Aqui se abre um parêntese para contextualização do processo de regulação internacional do setor aéreo. Em 1944, a cidade americana de Chicago sediou a Conferência de Chicago cuja finalidade era debater questões relativas ao transporte aéreo, vez que o setor estava em expansão. Nessa conferência foram desenhados os padrões técnicos e legais para operação internacional dos serviços de transporte aéreo³⁹.

A conferência deu origem à Convenção sobre Aviação Civil Internacional, também conhecida como Convenção de Chicago de 1944. Por meio dessa convenção foi criada a OACI para desenvolver princípios e técnicas da navegação aérea internacional e favorecer o desenvolvimento de transportes aéreos internacionais⁴⁰. O Brasil firmou a convenção em 29 de maio de 1945, em Washington. No entanto, somente em agosto de 1946 é que a Convenção sobre Aviação Civil Internacional é promulgada no país, por meio do Decreto n. 21.713/1946.

³⁸ Isso se deu graças à Segunda Guerra Mundial. Lamy e Castro esclarecem: “No final da guerra, encontravam-se no Nordeste numerosos aviões, em particular DC3 e hidroaviões Catalina, que foram ofertados aos brasileiros como excedentes de guerra e a um câmbio favorecido pela supervalorização do cruzeiro, artificialmente mantido até 1946 no seu valor de 1941. Deste fato resultou uma proliferação de companhias aéreas. CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsetor transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p 6. Chama-se atenção para o fato de que os Estados Unidos passaram a dominar o transporte aéreo nesse período: “Os executivos alemães foram afastados da VARIG em 1941 e Ruben Berta se tornou o presidente da companhia. Enquanto ainda durava a Segunda Guerra Mundial, a Serviços Aéreos Condor Ltda. mudou sua razão social para Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda., foi com a Segunda Guerra Mundial que o transporte aéreo passou a ser controlado pela tecnologia e capital dos Estados Unidos, além do fato de que, durante a Guerra, todas as empresas que tinham matrizes na Alemanha passaram ao capital brasileiro. RIBEIRO, Lucas. **História da aviação civil e origem do setor de transportes aéreos no Brasil**. 2018. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Aeronáuticas, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018, p. 28.

³⁹ Sobre o tema: “A regulação técnica internacional do transporte aéreo foi desenhada na Convenção de Chicago, em 1944, que estabeleceu os padrões técnicos e legais para a operação internacional dos serviços de transporte aéreo. A regulação econômica do setor ficou a cargo dos acordos bilaterais entre países, dos acordos comerciais entre empresas e do mecanismo de fixação de tarifas da Associação Internacional do Transporte Aéreo (Iata). Os acordos bilaterais – principal instrumento regulador do transporte aéreo internacional – controlam o acesso aos mercados, estabelecendo os direitos de tráfego e regras tais como quantas e quais empresas podem operar nas rotas entre os países signatários. Muitas vezes eles estabelecem ainda a capacidade que pode ser alocada nas rotas, as frequências dos vôos, a forma de fixação de preços e se é permitido que as companhias apanhem tráfego em terceiros países (estes, evidentemente, têm que estar de acordo). Uma característica comum dos acordos bilaterais é a exigência de que as empresas que operam entre os países signatários sejam de propriedade e controle de cidadãos dos respectivos países”. PASIN, Jorge Antônio Bozoti; LACERDA, Sander Magalhães. **A reestruturação do setor aéreo e as alternativas de política para a aviação comercial no Brasil**. Revista do BNDS, Rio de Janeiro, v. 10, n. 19, p. 217-240, 2003, p. 219.

⁴⁰ Letra do art. 44 da Convenção. BRASIL. **Decreto n. 21.713, 27 de agosto de 1946**. Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21713.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2019.

O texto da Convenção sobre Aviação Civil Internacional não prevê expressamente a necessidade da propriedade das companhias aéreas ser nacional, nem estabelece restrições à participação de capital estrangeiro. Entretanto, sustenta-se que a convenção teria, implicitamente, autorizado a adoção desse tipo de restrição ao reconhecer que os princípios que regem a navegação aérea internacional são a soberania dos Estados sobre os espaços aéreos de seus territórios (artigo 1), a possibilidade de o Estado membro negar autorização de empresa estrangeira realizar cabotagem (artigo 7) e os acordos bilaterais sobre direito de tráfego aéreo (artigo 6)⁴¹.

O primeiro instrumento regulatório internacional a prever expressamente a possibilidade de um Estado retirar ou revogar um certificado ou autorização dado a empresa estrangeira de transporte aéreo, quando não haja prova de que parte substancial da propriedade⁴² ou do controle efetivo da companhia estão em mãos de pessoas nacionais, contratante foi o Acordo Relativo ao Trânsito dos Serviços Aéreos Internacionais, também firmado em 1944, em Chicago⁴³. O Brasil, porém, nunca subscreveu o referido acordo multilateral⁴⁴. A escolha política brasileira foi, e ainda é, pela manutenção de acordos bilaterais, possivelmente para permitir maior controle sobre empresas estrangeiras sobrevoando o espaço aéreo do país.

A partir dos anos 1950 os Estados passaram a prever em seus contratos bilaterais a possibilidade de retirar ou revogar certificados de empresas quando não forem comprovadas a propriedade substancial de pessoas nacionais, e o efetivo controle por nacional⁴⁵.

No mesmo ano da promulgação da Convenção sobre Aviação Civil Internacional no Brasil, 1946, foram publicados diversos Decretos-Lei cujos objetos relacionavam-se com a

⁴¹ LELIEUR, Isabelle. **Law and policy of substantial ownership and effective control of airlines: prospects for change**. Routledge, 2016, pp. 1-2.

⁴² Nos termos de Lelieur: “Within the international community at large, ownership of an airline is generally understood to mean ownership of voting shares of the airline stock, and ‘substantial ownership’ usually equates to owning more than 50 per cent of the voting shares,12 regardless of whether the shareholder is a public or a private entity”. LELIEUR, Isabelle. **Law and policy of substantial ownership and effective control of airlines: prospects for change**. Routledge, 2016, p.3.

⁴³ É a letra da seção 5 do art. 1 do International Air Services Transit Agreement: “Each contracting State reserves the right to withhold or revoke a certificate or permit to an air transport enterprise of another State in any case where it is not satisfied that substantial ownership and effective control are vested in nationals of a contracting State, or in case of failure of such air transport enterprise to comply with the laws of the State over which it operates, or to perform its obligations under this Agreement”. OACI. **International Air Services Transit Agreement**, 07 de dezembro de 1944. Disponível em <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwif4fue1NnlAhW5GrkGHQZ3A4kQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.mcgill.ca%2Fiasl%2Ffiles%2Fiasl%2Fchicago1944b.pdf&usg=AOvVaw0-H5R8vfW4NuqAnvgo4pnY>>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

⁴⁴ A lista de signatários está disponível em https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Transit_EN.pdf.

⁴⁵ LELIEUR, Isabelle. **Law and policy of substantial ownership and effective control of airlines: prospects for change**. Routledge, 2016, pp. 2-3.

aviação comercial civil brasileira⁴⁶. Essa preocupação em regular o transporte aéreo se deu principalmente em razão da fragilidade financeiro-operacional das companhias e do tamanho do mercado nacional. O governo começa a se preocupar em criar uma legislação para estabelecer barreiras à entrada no setor⁴⁷.

O Decreto-Lei n. 9.793/1946, que estabeleceu normas para a concessão de linhas regulares de navegação aérea, previu fatores a serem observados para a outorga da concessão, dentre eles o cuidado para não estabelecer competição ruínosa com outra companhia. Ainda não há no corpo do referido ato normativo, porém, restrições à participação de capital estrangeiro.

A expansão experimentada nesse período ocasionou a ampliação da malha aérea brasileira⁴⁸. O excesso de oferta, porém, não foi acompanhado por um aumento na demanda, o que tornou os voos antieconômicos⁴⁹. O processo de entrada de *players* no mercado, então, reverteu-se.

Enquanto em 1950 existiam vinte e duas companhias aéreas no Brasil, esse número se reduziu para dez companhias em 1960 em razão de processos de falências, fusões e absorções⁵⁰.

A instabilidade política e econômica, os altos custos de manutenção e a concorrência levaram o setor aéreo à crise do início da década de 1960⁵¹. Por isso, a livre concorrência, a liberdade de entrada e saída do mercado, livre escolha de rotas e a liberdade tarifária que vigiam até esse período⁵² deram espaço a um processo gradual de fortalecimento da regulação

⁴⁶ Pontua-se aqui o Decreto-Lei n. 9.888/1946, que instituiu a Lei de Organização do Ministério da Aeronáutica; o Decreto-lei n. 9.871/1946, que aprovou o Acordo sobre Transportes Aéreos entre o Brasil e os Estados Unidos; o Decreto-lei n. 9.792/1946, que regulou a utilização dos aeroportos e definiu os serviços e taxas correspondentes.

⁴⁷ COELHO, Rodrigo Pereyra de Sousa. **Impactos da desregulação do setor aéreo comercial sobre os trabalhadores: uma análise dos casos brasileiro e norte-americano**. 2003. 219 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, 2003, p. 41.

⁴⁸ Segundo Rodrigo Pereyra de Sousa Coelho, em 1940, oitenta e cinco cidades brasileiras dispunham de transporte aéreo, enquanto em 1957 o número correspondente era de trezentos e quarente e quatro cidades. COELHO, Rodrigo Pereyra de Sousa. **Impactos da desregulação do setor aéreo comercial sobre os trabalhadores: uma análise dos casos brasileiro e norte-americano**. 2003. 219 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, 2003, p. 41.

⁴⁹ MALAGUTTI, Antônio Osller. **Evolução da aviação civil no Brasil: estudo de consultoria legislativa da câmara dos deputados – Área XVII**. Segurança e defesa nacional, 2001, p.4.

⁵⁰ CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p. 6.

⁵¹ MALAGUTTI, Antônio Osller. **Evolução da aviação civil no Brasil: estudo de consultoria legislativa da câmara dos deputados – Área XVII**. Segurança e defesa nacional, 2001, p. 5.

⁵² FERREIRA, Josué Catharino. **Um breve histórico da aviação comercial brasileira**. In: Conferência Internacional de História de Empresas, 13, 2017, Niterói. Anais... Niterói, RJ: [s.n.], 2017, p. 10.

do setor. Segundo Lucia Helena Salgado, a regulação da aviação civil só começou nesse decênio⁵³.

O governo e as companhias aéreas da época resolveram reunir-se para discutir possíveis mudanças no quadro político-econômico brasileiro da época, como forma de viabilizar a operação de serviços de transporte aéreo⁵⁴. Deu-se o nome de Conferência Nacional de Aviação Comercial (CONAC) a cada uma dessas reuniões. Na década de 1960 foram realizadas três CONACs, uma em 1961, outra em 1963 e a última em 1968. Os debates tinham como premissa o repúdio ao monopólio público ou privado do transporte aéreo. Essa repulsa à monopolização, porém, não significou um reforço da livre concorrência. É nesse período que surge a ideia de concorrência controlada, é dizer, a busca das autorizadas por reduzir a oferta e a concentrar os recursos em determinadas empresas⁵⁵⁻⁵⁶.

Esses foram os primeiros passos dados pelo Estado brasileiro rumo a uma regulação mais intensa no setor aéreo. Iniciou-se uma fase de intervenção nas decisões administrativas das companhias⁵⁷ conhecida como “regulação estrita”, a qual tinha como objetivo a concentração do setor pelo estímulo a fusões e aquisições, imposição de barreiras à entrada de novos *players* e medidas de regulação de preço⁵⁸.

Finalmente em 1966 é publicado o Decreto-Lei n.32/1966, o novo Código Brasileiro do Ar, substituindo o antigo Decreto-Lei n. 483/1938. É esse decreto o primeiro marco regulatório a prever expressamente a limitação à participação de capital estrangeiro em

⁵³ SALGADO, Lucia Helena. **The regulation of the airline industry in Brazil**. American Law & Economics Association Annual Meetings. The Berkeley Electronic Press: 2005, p. 1.

⁵⁴ MALAGUTTI, Antônio Osller. **Evolução da aviação civil no Brasil: estudo de consultoria legislativa da câmara dos deputados – Área XVII**. Segurança e defesa nacional, 2001, p. 5.

⁵⁵ Rodrigo Pereyra de Sousa Coelho revela: “No setor internacional, esta política elegeu a Varig como empresa-de-bandeira e, como já foi descrito, mediante fusões diversas alocou-se para esta empresa a totalidade das rotas ao exterior”. Como nota explicativa, o autor acresce “Como o monopólio dentre as empresas brasileiras da Varig para o exterior tinha como contrapartida a concorrência de empresas-de-bandeira dos países com os quais o Brasil mantinha acordos bilaterais, as autoridades aeronáuticas nunca consideraram tal situação como monopolista”. COELHO, Rodrigo Pereyra de Sousa. **Impactos da desregulação do setor aereo comercial sobre os trabalhadores: uma análise dos casos brasileiro e norte-americano**. 2003. 219 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, p. 43.

⁵⁶ Apesar de o foco deste trabalho ser a participação de capital estrangeiro em companhias aéreas, é interessante pontuar os principais aspectos regulatórios do período. Lucia Helena Salgado realiza esse trabalho: “The regulatory model encouraged mergers between companies, controlled entry to the market and defined routes, and exercised a strict control over fares. The first attempts to stimulate regional aviation also date from this period, with the creation of the National Integration Network (RIN), which stipulated subsidies for uneconomic routes”. SALGADO, Lucia Helena. **The regulation of the airline industry in Brazil**. American Law & Economics Association Annual Meetings. The Berkeley Electronic Press: 2005, p. 1.

⁵⁷ MALAGUTTI, Antônio Osller. **Evolução da aviação civil no Brasil: estudo de consultoria legislativa da câmara dos deputados – Área XVII**. Segurança e defesa nacional, 2001, p. 5.

⁵⁸ CNT. Confederação Nacional de Transporte. **Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros**. – Brasília: CNT, 2015, p. 20.

companhias aéreas⁵⁹. O art. 69 do referido decreto estabelece que a exploração de serviços aéreos depende de prévia concessão ou autorização do governo brasileiro e que, quando se tratar de serviços internacionais explorados por sociedades estrangeiras, serão aplicadas as convenções e acordos que o Brasil for parte.

As alíneas do §1º do art. 69 do Decreto-Lei n. 32/1966 estabelecem as condições para a outorga da concessão ou da autorização para exploração de serviços aéreos para pessoas jurídicas brasileiras. A redação original previa a necessidade de a sede da pessoa jurídica ser no Brasil; dela ter pelo menos quatro quintos do capital pertencente a brasileiro; ter direção confiada a pessoas com domicílio principal no Brasil; e constituição sob a forma de sociedade anônima, com ações nominativas, quando se tratar de serviços aéreos regulares⁶⁰.

No ano seguinte à publicação do Código Brasileiro do Ar, foi promulgada uma nova Constituição. Diferentemente da anterior, a Constituição de 1967 não previa a necessidade de a administração de concessionárias de serviços públicos serem exercidas por brasileiros. Contudo, na seção que versava sobre segurança nacional, o texto constitucional estabelecia que as áreas indispensáveis à segurança nacional seriam reguladas por lei, assegurando-se às indústrias nelas situadas a predominância de capitais e trabalhadores brasileiros⁶¹. Essa previsão constitucional explícita que a racionalidade a fundamentar a restrição ao capital estrangeiro na aviação comercial civil brasileira relacionava-se, também, a uma questão de segurança nacional.

Conforme se avançou nas políticas protecionistas, o Decreto-Lei n. 32/1966 sofreu alterações. Para o objeto deste trabalho importam, principalmente, as alterações feitas pelo Decreto-Lei n. 234/1967 e pela Lei n. 5.710/1971. A primeira alterou a alínea “c” do §1º do art. 69, para prever que a direção da pessoa jurídica brasileira que explora serviços aéreos deve ser confiada exclusivamente a brasileiros, e não mais apenas a pessoas com domicílio principal no Brasil⁶². Já a segunda mudança foi para determinar que essa pessoa jurídica deve

⁵⁹ O Decreto-Lei n. 32/1966 trouxe diversas inovações na regulação da aviação comercial civil brasileira. Foi o primeiro a prever a possibilidade de autorização como forma alternativa para a exploração de serviços aéreos (art. 69); estabeleceu que o objeto da concessão são serviços aéreos, e não linhas aéreas (art. 69); atribuiu ao governo a prerrogativa de modificar rotas, tarifas, horários e frequências de empresas aéreas como forma de impedir competição ruínosa (art. 74); estabeleceu a necessidade de aprovação dos estatutos ou contratos sociais de empresas que necessitassem de outorga para explorar o serviço de aviação comercial civil no Brasil (art. 71).

⁶⁰ Redação original do Decreto-Lei n. 32/1966. BRASIL, **Decreto-Lei n. 32/1966, 18 de novembro de 1966**. Institui o Código Brasileiro do Ar. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0032.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

⁶¹ Nos termos do parágrafo único do art. 91 da Constituição de 1967: “Parágrafo único - A lei especificará as áreas indispensáveis à segurança nacional, regulará sua utilização e assegurará, nas indústrias nelas situadas, predominância de capitais e trabalhadores brasileiros”.

⁶² BRASIL. **Decreto-lei n. 234/1967, 28 de fevereiro de 1967**. Altera disposições do Decreto-lei n. 32 de 18 de novembro de 1966 (Código Brasileiro do Ar), e dá outras providências. Disponível em

ter, pelo menos, quatro quintos do capital com direito a voto pertencente a brasileiro, estabelecendo, indiretamente, que o controle das companhias deveria ser brasileiro⁶³⁻⁶⁴.

No final dos anos 1960, a VASP, VARIG, Cruzeiro e Transbrasil dominavam o mercado aéreo, constituindo o primeiro oligopólio da aviação civil brasileira⁶⁵. Com a publicação do Decreto n. 72.898/1973, que regulamentava a concessão ou autorização de serviço aéreo de transporte regular, estabeleceu-se que o prazo das concessões era de quinze anos⁶⁶. Com esse marco regulatório, foram renovadas apenas as concessões das quatro companhias dominantes, o que acabou por impedir o surgimento de novas sociedades competidoras⁶⁷.

O período englobado entre os anos 1969 e 1973 correspondem ao intervalo de tempo chamado de Milagre Econômico. A partir dos anos 1973 e 1974, porém, o preço do petróleo subiu, resultando em impactos diretos nos custos operacionais das companhias aéreas⁶⁸. As linhas menos rentáveis foram progressivamente abandonadas pelas empresas⁶⁹. Por isso, em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0234.htm#art14>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

⁶³ BRASIL. **Lei n. 5.710/1971, 07 de outubro de 1971**. Dá nova redação ao artigo 25 da Lei n. 4.595, de dezembro de 1964, aos artigos 60 e 61 da Lei n. 4.728, de julho de 1965, e ao artigo 69 do Decreto-lei n. 32, de novembro de 1966, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5710.htm#art7>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

⁶⁴ Lelieur sustenta que o efetivo controle não guarda relação com números: “the question of ‘effective control’ is subtler and requires a deeper analysis, since it has nothing to do with numbers but rather with the question of who actually controls the airline. Control over a corporation is commonly understood as the power to direct its internal and external policy” LELIEUR, Isabelle. **Law and policy of substantial ownership and effective control of airlines: prospects for change**. Routledge, 2016, p. 4. Aqui, no entanto, utiliza-se a definição de controle prevista na Lei de Sociedades Anônimas. Segundo o art. 116 da referida lei, o acionista controlador é a pessoa natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de votos, ou por acordo comum, que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem a maioria dos votos nas eleições da assembleia de forma permanente; e que usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. BRASIL. **Lei n. 6.404, 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre Sociedades por Ações. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

⁶⁵ FERREIRA, Josué Catharino. **Um breve histórico da aviação comercial brasileira**. In: Conferência Internacional de História de Empresas, 13, 2017, Niterói. Anais... Niterói, RJ: [s.n.], 2017, p. 10.

⁶⁶ Letra do art. 3º do Decreto n. 72.898/1973. BRASIL. **Decreto n. 72.898/1973, 09 de outubro de 1973**. Regulamenta a concessão ou autorização de serviço aéreo de transporte regular e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D72898.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

⁶⁷ LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p.34

⁶⁸ CNT. Confederação Nacional de Transporte. **Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros**. – Brasília: CNT, 2015, p. 20.

⁶⁹ Malagutti elenca outras razões para o enxugamento da malha aeroviária brasileira à época: “Com a introdução de aeronaves mais modernas, e de maior porte, as empresas viram-se forçadas a modificar a sua rede de linhas, optando por servir apenas as cidades de maior expressão econômica, cujo mercado viabilizasse a prestação do serviço com o uso de aeronaves desse tipo. As pequenas cidades do interior, dotadas, normalmente, de um aeroporto precariamente equipado, cuja pista, em geral, não era pavimentada, e que no passado eram servidas por aeronaves de pequeno porte, passaram, simplesmente, a não mais dispor do serviço. Assim é que, de um total de 335 cidades servidas por linhas aéreas em 1958, somente 92 continuavam a dispor do serviço em 1975”.

1975 é criado o Sistema Integrado de Transporte Aéreo Regional (SITAR), por meio do Decreto n. 76.590/1975, cujo objetivo era desenhar uma rede de linhas auxiliares regionais para atender a localidades de médio e baixo potenciais de tráfego⁷⁰. O SITAR dividiu o Brasil em cinco regiões, designando uma companhia aérea regional para atuar, em regime de exclusividade, em cada uma delas⁷¹. Nesse panorama, consolidou-se o controle da concorrência pretendido pelo governo, com apenas quatro companhias nacionais e cinco regionais⁷².

A regulação da época ficou marcada por uma intervenção generalizada do Estado brasileiro no setor aéreo. Todavia, as questões relativas a controle de preço, rota, tarifa, fogem ao escopo deste trabalho. Assentando, novamente, essa premissa, passa-se à análise do próximo marco regulatório relevante sobre o tema, o Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986, vigente até os dias atuais.

O projeto de lei do Código Brasileiro de Aeronáutica foi submetido pelo Presidente da época, João Figueiredo, e posteriormente convertido no PL 3289/1984 na Câmara dos Deputados. Na exposição de motivos, redigida pelo Ministro da Aeronáutica, ressaltou-se que o objetivo da nova legislação é, além de simplificar os instrumentos normativos já existentes, adequá-los às transformações experimentadas pelo setor⁷³. O projeto é fruto de estudos que se iniciaram em 1982 com uma comissão especial formada por diversos juristas, os quais revisaram e atualizaram a legislação pertinente levando em consideração as sugestões de órgãos do Ministério da Aeronáutica, de entidades vinculadas e de estudiosos da matéria⁷⁴.

A apresentação do projeto à Câmara dos Deputados foi feita em 10 de abril de 1984. Após as discussões, o texto foi remetido para análise pelo Senado Federal. Em 19 de

MALAGUTTI, Antônio Osler. **Evolução da aviação civil no Brasil: estudo de consultoria legislativa da câmara dos deputados – Área XVII**. Segurança e defesa nacional, 2001, p. 5.

⁷⁰ Art. 1º do Decreto n. 76.590/1975. BRASIL. **Decreto n. 76.590/1975, 11 de novembro de 1975**. Dispõe sobre os Sistemas Integrados de Transportes Aéreo Regional e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76590.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

⁷¹ As companhias aéreas eram a Nordeste Linhas Aéreas Regionais S.A., a Rio-Sul Serviços Aéreo Regionais S.A., a TABA Transportes Aéreos Regionais S.A., a TAM Transportes Aéreos Regionais S.A., e a VOTEC Serviços Aéreos Regionais S.A.

⁷² CNT. Confederação Nacional de Transporte. **Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros**. – Brasília: CNT, 2015, p. 23.

⁷³ O inteiro teor do PL 3289/1984 está disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=211368>>

⁷⁴ Na exposição de motivos, o ministro elenca os juristas que compuseram a referida comissão de reforma. Dentre consultores jurídicos, assessores jurídicos, membros da Ordem dos Advogados do Brasil, estava presente os presidentes o Sr. Dr. Aguinaldo Junqueira, Presidente do Sindicato das Empresas Aeroviárias, Presidente da Cruzeiro do Sul S/A, Diretor Jurídico da VARIG S/A, ex-delegado do Brasil na IATA e advogado especializado em direito aeronáutico.

dezembro de 1986 o texto aprovado converteu-se na Lei n. 7565/1986, o ainda vigente Código Brasileiro de Aeronáutica⁷⁵.

Apesar de o projeto ter sido desenhado por uma comissão especial e submetido a discussão pela Câmara dos Deputados e pelo Senado federal, as limitações à participação de capital estrangeiro previstas no Decreto-lei n. 32/1966 permaneceram. O art. 181 do CBA, em sua redação originária, previa que a concessão para exploração de serviços aeronáuticos somente seria outorgada a pessoa jurídica brasileira com sede no Brasil, com pelo menos quatro quintos do capital com direito a voto pertencente a brasileiro – prevalecendo essa limitação em eventuais aumentos do capital social – e com direção confiada exclusivamente a brasileiros.

Chama atenção, no entanto, o veto do Presidente à época, José Sarney, ao §1º do art. 102 do diploma normativo⁷⁶. O *caput* do referido artigo trata dos serviços auxiliares⁷⁷. O §1º determinava que as concessões e autorizações para as agências de carga seriam dadas em conformidade com os requisitos do art. 181.

Na Mensagem de Veto n. 805/1986⁷⁸, foi ressaltada a preocupação com as implicações resultantes da restrição à participação de empresas estrangeiras no agenciamento de carga aérea, ante a possibilidade de prejudicar acordo aéreos internacionais. Pontuou-se ainda a manifestação do Ministério da Fazenda, a qual entendia a previsão do §1º inconstitucional, vez que brasileiros e estrangeiros gozariam, em regra, de igualdade de direitos e qualquer discriminação entre brasileiros e estrangeiros deveria ter previsão constitucional⁷⁹.

⁷⁵ Apesar da nova lei, o “regime de competição controlada” se manteve, ficando a cargo do governo estabelecer normas para impedir a competição ruinosa e assegurar o melhor rendimento econômico (art. 193). Lamy e Castro registram ainda a manutenção do oligopólio anterior, mesmo com a nova legislação: “Os arts. 183 e 193, que davam ao Poder Executivo autoridades para regulamentar as concessões, não foram seguidos de decisões normativas, continuando vigente o Decreto n. 72.898, de 9/10/1973, que regulamentava a concessão ou autorização de serviço aéreo de transporte regular, prorrogando apenas as concessões das quatro companhias então existentes (Varig, Cruzeiro, Vasp e Transbrasil), eliminando assim por completo a possibilidade de surgimento de novas competidoras. Em 1988 venceu o prazo de 15 anos das concessões de 1973, que foi prorrogado por igual, consolidando assim o oligopólio que se tinha reforçado com a tomada de controle da Cruzeiro pela Varig, em 1975”. CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p. 34.

⁷⁶ Aqui cumpre registrar que a redação originária do PL 3289/1984 não estabelecia requisitos para concessão ou autorização para agências de carga.

⁷⁷ Na forma dos incisos I e II do art. 102 da Lei n. 7565/1986, são serviços auxiliares “I - as agências de carga aérea, os serviços de rampa ou de pista nos aeroportos e os relativos à hotelaria nos aeroportos; II - os demais serviços conexos à navegação aérea ou à infra-estrutura aeronáutica, fixados, em regulamento, pela autoridade aeronáutica”. BRASIL. Lei n. 7565/1986, 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>.

⁷⁸ Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7565-19-dezembro-1986-368177-veto-28457-pl.html>>

⁷⁹ Transcreve-se: “O §1º do art. 102 ao determinar que a concessão e a autorização para as agências de carga serão dadas conforme requisitos estabelecidos no art. 181, ou seja, somente à pessoa jurídica brasileira com sede no Brasil, cuja direção seja confiada exclusivamente a brasileiros e que, pelo menos 4/5 (quatro quintos) do

O Ministério da Fazenda sustentou ainda que as agências de carga seriam suporte indispensável ao comércio exterior e o §1º do art. 102 teria criado dificuldade para empresas de médio e pequeno porte e encarecido os fretes. O Ministério entendeu que a nacionalização das agências de carga seria medida inoportuna, pois a presença de capital estrangeiro no agenciamento de cargas não chegava a inibir ou comprometer a participação das agências de capital nacional e, por isso, não seria um mercado ameaçado que necessitasse de proteção⁸⁰.

A manifestação do Ministério da Fazenda permite concluir por argumentação inversa que, diferentemente do agenciamento de cargas, a exploração de serviços aeronáuticos seria um mercado que precisava de proteção à época e, por isso, se justificavam os requisitos do art. 181. Entretanto, não se encontra fundamento para sustentar a constitucionalidade dos requisitos do art. 181 quando analisados sobre a justificativa do Ministério de que brasileiros e estrangeiros, em regra, gozam de igualdade de direito. Assim, somente é possível depreender que a limitação da participação de capital estrangeiro também estava assentada na previsão constitucional de segurança nacional⁸¹.

Enquanto o PL 3289/1984 estava tramitando, em 1985, José Sarney enviou ao Congresso Nacional uma proposta de emenda à Constituição, para convocar uma Assembleia Nacional Constituinte. Aprovado o texto produzido pela Assembleia Nacional Constituinte e promulgada a CRFB/88, cumpre analisar algumas das normas constitucionais que versam sobre a ordem econômica brasileira, a qual norteou o processo de flexibilização do setor aéreo, e como a participação societária estrangeira foi tutelada a partir de então.

capital com direito a voto, pertença a brasileiros, está indo de encontro não art. 153 § 3º da Lei Maior, *ipsis litteris*: [...] Em princípio, tanto brasileiros, quanto estrangeiros, afirma o texto constitucional, gozam de igualdade de direitos. Assim, qualquer discriminação quanto ao gozo de direitos, ainda mais quando já adquiridos, seja entre nacionais e estrangeiros, seja entre brasileiros, tem de ser expressa ou implicitamente prevista na Constituição. Caso contrário, será inapelavelmente inconstitucional”.

⁸⁰ Nos termos da Mensagem de Veto n. 805/1986: “Assim, visualizando a matéria dentro de uma abordagem global da economia, a nacionalização das agências de carga, é uma medida inoportuna na área de comércio exterior do País. Embora existindo a presença do capital estrangeiro no agenciamento de carga, o que é absolutamente natural e corresponde às regras de mercado de um serviço internacional, o faturamento e a proporcionalidade das agências de capital estrangeiro (total ou parcial), não chegam a inibir ou comprometer a participação das agências de capital nacional no agenciamento de carga, muito pelo contrário, conforme a ilustração abaixo, não parece um mercado ameaçado que necessite ser protegido”.

⁸¹ Conforme pontuou-se anteriormente, o texto constitucional assegurava às indústrias indispensáveis à segurança nacional a predominância de capitais e trabalhadores brasileiros.

1.2 DECOLAGEM: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS MECANISMOS REGULATÓRIOS DO SETOR AÉREO

O *caput* do art. 170 da CRFB/88 elege a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica brasileira. A eleição da livre iniciativa como eixo da ordem econômica indica uma mudança na concepção acerca do exercício da atividade econômica. Evidencia-se que o programa constitucional tem como objetivo assegurar uma maior liberdade para os agentes econômicos e, conseqüentemente, uma menor atuação estatal no setor⁸².

É para concretizar a liberdade econômica⁸³ que o art. 173 da CRFB/88 prevê que o Estado somente poderá explorar diretamente a atividade econômica quando for necessário para relevante interesse coletivo, ou para atender imperativo da segurança nacional⁸⁴. A CRFB/88 assegura a todos o exercício de qualquer atividade econômica de forma livre, independente de autorização, salvo nos casos excepcionados pela legislação⁸⁵.

Apesar de adotar uma posição que privilegia a liberdade, a CRFB/88 não elege como paradigma econômico um Estado ultraliberal⁸⁶. A posição de Estado agente é adotada como excepcional, no entanto, o corpo constitucional atribui ao Estado o dever de coibir abusos

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 2001, p. 189.

⁸³ A expressão liberdade econômica aqui engloba os conceitos de livre iniciativa e livre concorrência. Paula Forgioni pontua que a referência constitucional às duas formas de liberdade é curiosa, pois uma implicaria, necessariamente, na outra: “É curiosa a referência do texto constitucional à livre concorrência e à livre iniciativa, pois esta, como assinala Grau, é a liberdade de comércio e indústria e a liberdade de concorrência. Em outras palavras, a liberdade de iniciativa implica a liberdade de concorrência e vice-versa. FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do Antitruste**, 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁸⁴ CRFB/88, *caput* Art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 2001, p. 189.

⁸⁶ O Ministro Eros Grau, relator da Ação Direita de Inconstitucionalidade 1.950-3/SP, consignou que: “É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011. p. 1809.

econômicos que visem alcançar o domínio do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, na forma prevista no art. 173, §4º da CRFB/88⁸⁷. Trata-se de uma mudança de paradigma de intervenção para regulação.

À luz da CRFB/88, o Estado é visto como agente normativo e regulador da atividade econômica, sendo responsável pela sua fiscalização, incentivo e planejamento⁸⁸. A CRFB/88 além de prescrever os fundamentos da ordem econômica, elege “princípios-fim” para sua atuação⁸⁹. São esses princípios que determinam o objetivo da política econômica do Estado brasileiro⁹⁰. A atividade normativa e reguladora do Estado, portanto, deve ser voltada à consecução desses denominados princípios-fim da atividade econômica.

O programa econômico constitucional brasileiro segue a tendência da América Latina dos anos 1900, ao estabelecer uma ordem econômica que busca conferir maior eficiência pela autorregulação do mercado e enfatiza a concorrência⁹¹ como forma preferível de regulação⁹². É nesse sentido que a CRFB/88 afirma que a atuação estatal será determinante para o setor público, mas servirá de indicativo para o setor privado⁹³.

É nessa perspectiva que a década de 1990 ficou conhecida pela flexibilização do setor aéreo. O principal marco da liberalização à época foi o Programa Federal de Desregulamentação do Governo Collor, instituído pelo Decreto n. 99.179/1990⁹⁴. A finalidade do programa era fortalecer a iniciativa privada, reduzindo a interferência estatal e, assim,

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 2001, p. 189.

⁸⁸ CRFB/88, caput art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

⁸⁹ Dentre os chamados princípios-fim, estão a I) soberania nacional; II) garantia da propriedade privada e de sua função social; III) livre concorrência; IV) defesa do consumidor; V) defesa do meio ambiente; VI) redução das desigualdades regionais e sociais; VII) busca do pleno emprego e, por fim, VIII) tratamento favorecido às empresas de pequeno porte com sede e administração no Brasil.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 2001, p. 198.

⁹¹ OLIVEIRA, Gesner. **Direito e economia da concorrência** [livro eletrônico]/ Gesner, Oliveira, João Grandino Rodas. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. – (CEDES: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social; v.3)

⁹² Nesse sentido: “The enactment of new laws and the creation of autonomous antitrust agencies in many Latin American countries during the nineties have been important initial steps toward that set of rules and incentives. These new institutions are now forging their public image and preparing themselves to act as regulators of last resort in those economies”. ARAÚJO, José Tavares de. **Schumpeterian competition and its policy implications: the latin american case**. OAS Trade Unit. 1999.

⁹³ É o que se depreende da leitura da parte final do texto do caput do art. 174 da CRFB/88.

⁹⁴ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Performance dos regulados e eficácia do regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro**. In: SALGADO, Lucia H.; MOTTA, Ronaldo S. (Coord.). **Regulação e concorrência no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 137.

obter maior eficiência e menores custos nos serviços prestados pelo Estado⁹⁵. O art. 2º do decreto evidencia quais são as diretrizes a serem seguidas. Duas se relacionam mais diretamente com o objeto do trabalho, a indicação de que somente serão mantidos os controles e formalidades imprescindíveis, e o anúncio de que a atividade econômica privada será regida pelas regras do livre mercado, cabendo a intervenção estatal somente para cumprir o que dispõe a Constituição⁹⁶.

Seguindo a tendência de flexibilização, o Ministério da Aeronáutica realizou a V CONAC em 1991, para estabelecer as premissas para a atuação do seu órgão regulador, o DAC. A partir daí deu-se início à liberalização gradual do setor⁹⁷, que foi dividida em três etapas, seguindo a abordagem de gradual liberalização adotada na Europa⁹⁸.

A Primeira Rodada de Liberalização (1991-1997) aboliu os monopólios regionais, extinguindo a política da década de 1970 de quatro companhias nacionais e cinco companhias regionais⁹⁹⁻¹⁰⁰. Por meio da Portaria n. 686/GM5/1992, permitiu-se que novas companhias se candidatassem para explorar os serviços de transporte aéreo público¹⁰¹. Apesar do estímulo à entrada de novos *players* no mercado, as linhas aéreas que ligavam grandes centros –

⁹⁵ Essa é o que estabelece o art. 1º do Decreto n. 99.179/1990. BRASIL. **Decreto n. 99.179/1990, 15 de março de 1990**. Institui o Programa Federal de Desregulamentação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99179.htm>.

⁹⁶ Foi seguindo essa tendência liberal que em setembro de 1990 a VASP é privatizada. CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p. 5.

⁹⁷ Rigorosamente, o processo iniciou-se ainda na década de 1980. Nesse sentido: “Embora, em 1986, tivesse-se realizado a IV CONAC, sem trazer nenhuma modificação substancial à política vigente, também no Brasil, mudanças começaram a ser introduzidas, sob a influência daquele pensamento. O Governo, gradualmente, a partir de então, passou a abandonar o regime de indexação da economia e de fixação de preços. Em harmonia com essa nova política econômica do Governo, o então Ministério da Aeronáutica, por intermédio do DAC, definiu-se, a partir de 1989, por uma política de flexibilização tarifária. Com base nessa política abandonou o regime de fixação dos preços das passagens aéreas, substituindo-o pelo estabelecimento de uma faixa de variação dos preços em torno de um valor fixado pelo DAC, correspondente à tarifa básica. Foi o início da 3ª fase da evolução da política para o Transporte Aéreo” MALAGUTTI, Antônio Osller. **Evolução da aviação civil no Brasil: estudo de consultoria legislativa da câmara dos deputados – Área XVII**. Segurança e defesa nacional, 2001, p. 6.

⁹⁸ VASSALLO, Moisés . Diniz ; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de . **Determinantes Regulatórios e Concorrenciais da Escassez de Infra-Estrutura Aeroportuária e da Concentração da Cobertura do Transporte Aéreo no Brasil**. In: Lucia Helena Salgado; Ronaldo Seroa da Mota. (Org.). **Marcos Regulatórios no Brasil: Incentivos ao Investimento e Governança Regulatória**. Rio de Janeiro: IPEA, 2008, p. 182.

⁹⁹ VASSALLO, Moisés . Diniz ; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de . **Determinantes Regulatórios e Concorrenciais da Escassez de Infra-Estrutura Aeroportuária e da Concentração da Cobertura do Transporte Aéreo no Brasil**. In: Lucia Helena Salgado; Ronaldo Seroa da Mota. (Org.). **Marcos Regulatórios no Brasil: Incentivos ao Investimento e Governança Regulatória**. Rio de Janeiro: IPEA, 2008, p. 182.

¹⁰⁰ Segundo Lamy e Castro: “A portaria n. 686/GM5/92, que vem oportunamente substituir a inconsistente Portaria 789/GM5/90, desta vez respeitando todos os termos do Capítulo III, Seções I e II do CBA. Ela permite que realmente novas empresas se candidatem para explorar serviços de transporte aéreo público, regular de âmbito nacional ou regional e não regular”. CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p. 39.

¹⁰¹ CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsector transporte aéreo de passageiros**. Ipea. 1993, p. 39

chamadas de Linhas Aéreas Especiais - continuaram sendo exploradas sob regime de exclusividade¹⁰². Foram introduzidos também preços de referência com novas bandas tarifárias, fortalecendo a competição em preços¹⁰³.

A Segunda Rodada de Liberalização (1997/1998-2000) eliminou o direito de exclusividade sobre as Linhas Aéreas Especiais, extinguiu o limite superior de flutuação das bandas tarifárias, ampliando a margem inferior de desconto das tarifas¹⁰⁴. Em decorrência dessas medidas o Brasil experimentou o primeiro surto de competitividade do setor advindo da flexibilização¹⁰⁵. No ano de 2000 foi expedida portaria que pôs fim à diferenciação entre companhias regionais e nacionais.

Em 2001 teve início a Terceira Rodada de Liberalização. Com ela os mecanismos de controle de preço foram totalmente removidos, incentivando um estado de competição. Esse processo coincidiu com a própria flexibilização de entrada de novas companhias e pedidos de novas frequências de voo e aviões¹⁰⁶. É nesse contexto que as companhias *Low Cost, Low Fare* ganham espaço no Brasil¹⁰⁷. A Gol surge nesse período a partir da decisão de seus executivos de explorar esse nicho no país¹⁰⁸.

Em razão dos atentados terroristas de setembro de 2001 o setor aéreo entrou em crise. Os atentados não apenas reduziram a demanda por rotas para os EUA, como também influenciou a desvalorização do câmbio, a inflação e as exportações brasileiras¹⁰⁹. No período compreendido entre janeiro e dezembro de 2001 o real desvalorizou cerca de 20% em relação ao dólar, ocasionando um aumento nos custos fixos das companhias aéreas brasileiras¹¹⁰. A

¹⁰² CNT. Confederação Nacional de Transporte. **Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros.** – Brasília: CNT, 2015.

¹⁰³ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Performance dos regulados e eficácia do regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro.** In: SALGADO, Lucia H.; MOTTA, Ronaldo S. (Coord.). Regulação e concorrência no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 137-.138.

¹⁰⁴ CNT. Confederação Nacional de Transporte. **Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros.** – Brasília: CNT, p. 21

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Performance dos regulados e eficácia do regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro.** In: SALGADO, Lucia H.; MOTTA, Ronaldo S. (Coord.). Regulação e concorrência no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 138.

¹⁰⁶ ZIMMERMANN, Nara; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Liberalização econômica e universalização do acesso no transporte aéreo: é possível conciliar livre mercado com metas sociais e ainda evitar gargalos de infraestrutura.** Journal of Transport Literature, v. 6, n.4, pp. 82-100, 2012, p. 87.

¹⁰⁷ CNT. Confederação Nacional de Transporte. **Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros.** – Brasília: CNT, p. 21

¹⁰⁸ RIBEIRO, Lucas. **História da aviação civil e origem do setor de transportes aéreos no Brasil.** 2018. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Aeronáuticas, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018, p. 39.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Gabriel S. de G.; WEYDMANN, Celso Leonardo. **Regulação e desempenho do setor aéreo comercial brasileiro.** Revista Brasileira de Economia de Empresas, v. 9, n. 2, pp. 42-53, 2009, p. 46.

¹¹⁰ Simões explica que a sobrevivência das empresas aéreas é constantemente ameaçada pelos seus custos fixos: O grande problema para a sobrevivência das empresas aéreas não só no Brasil como no mundo, são os custos fixos. Decole cheio ou vazio, um jato comercial exige da companhia praticamente o mesmo desembolso. Os

isso se somaram os efeitos da guerra no Iraque, que elevou ainda mais o preço dos combustíveis¹¹¹.

Os reflexos geopolíticos, associados às dívidas que as companhias aéreas brasileiras já possuíam¹¹², agravaram a crise. As três companhias tradicionais, VARIG, VASP e Transbrasil não superaram as crises que se acumularam no início do século XXI, cedendo suas posições de mercado à TAM e à novata Gol¹¹³.

Com a mudança de governo em 2003, encerra-se o período de flexibilização e inicia-se um processo de implementação de novas interferências no mercado¹¹⁴. O novo governo passou a questionar os resultados do processo de liberalização, por entender que ele teria levado à decadência das companhias tradicionais¹¹⁵. É o início do período que ficou conhecido como “re-regulação”¹¹⁶, cujo objetivo foi controlar o que o governo entendia como excesso de capacidade e acirramento de competição ruinosa¹¹⁷.

custos fixos no Brasil chegam a 45% das despesas totais e quase todos são contratados em dólar (GAZETA MERCANTIL, 2002). Entre eles, estão a manutenção das aeronaves e o aluguel de aviões e turbinas, pagos mensalmente. A desvalorização do real frente ao dólar, de cerca de 20%, no período de janeiro a dezembro de 2001, gerou um súbito aumento nos custos fixos das empresas aéreas nacionais (SNEA, 2002). Para piorar, o custo do abastecimento do combustível foi catapultado após a desvalorização cambial, tendo em vista que os preços do querosene de aviação também são atrelados ao dólar (SNEA, 2003). SIMÕES, André Felipe. **O transporte aéreo brasileiro no contexto de mudanças climáticas globais: emissões de CO2 e alternativas de mitigação**. Tese, COPPE, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003, p. 34.

¹¹¹ RODRIGUES, Gabriel S. de G.; WEYDMANN, Celso Leonardo. **Regulação e desempenho do setor aéreo comercial brasileiro**. Revista Brasileira de Economia de Empresas, v. 9, n. 2, pp. 42-53, 2009, p. 46.

¹¹² Simões esclarece: “Parte da dívida das empresas aéreas brasileiras tem sua origem em impactos negativos gerados por planos econômicos passados como o Plano Cruzado de 1986. Especificamente no caso do Plano Cruzado, o Governo Federal impôs um congelamento no preço das tarifas aéreas em um ambiente excessivamente inflacionado. A receita operacional das empresas não conseguia mais se equilibrar (e muito menos superar) com os custos relativos a manutenção e o suprimento energético requeridos pelas aeronaves”. SIMÕES, André Felipe. **O transporte aéreo brasileiro no contexto de mudanças climáticas globais: emissões de CO2 e alternativas de mitigação**. Tese, COPPE, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003, p. 34.

¹¹³ Nesse sentido: “A Gol chegou à indústria em janeiro de 2001, vindo de um outro setor (transportes coletivos urbanos e rodoviários), com um formato operacional muito mais moderno e se propondo a praticar preços muito mais baixos, tornou a articulação das empresas aéreas muito mais difícil. Como fatos adicional a colocar à tona toda ineficiência do setor, o cenário macro-econômico brasileiro e mundial aprofunda sua crise a partir de 1999. Em decorrência, a taxa de câmbio do dólar americano sai de cerca de R\$ 1,20, em dezembro de 1998, elevando-se até R\$ 3,63, em dezembro de 2002. Nesse período a inflação acumulada em 12 meses passa de 2,5% para 13,8% e a taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto brasileiro cai de 4,4% para 1,5% ao ano. A conjunção dos fatores acima desencadeou o fim das operações internacionais da VASP em setembro de 2000, o encerramento das atividades da Transbrasil em dezembro de 2001 e a situação pré-falimentar da VARIG em 2002”. MOREIRA, Maurício Emboaba. **Caso Gol Transportes Aéreos**. In: Central de Case ESPM Exame. 2004, p. 8. Disponível em <www.espm.br>.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Performance dos regulados e eficácia do regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro**. In: SALGADO, Lucia H.; MOTTA, Ronaldo S. (Coord.). Regulação e concorrência no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 139.

¹¹⁵ GUARANYNS, Marcelo Pacheco dos. **Análise jurídica da política regulatória de transporte aéreo no Brasil (2000-2010)**. 2010. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 28.

¹¹⁶ Zimmermann e Oliveira explicam: “Esse período pode ser denominado de “Re-regulação”, uma fase onde pedidos de importação de novas aeronaves, novas linhas e mesmo de entrada de novas companhias aéreas, voltaram a exigir estudos de viabilidade econômica prévia, configurando-se uma situação semelhante ao do

Novas diretrizes foram estabelecidas para o setor por meio da Portaria n. 243/GC5/2003, a qual dispunha sobre “as medidas destinadas a promover a adequação da indústria de transporte aéreo à realidade do mercado”. O DAC assumiu, pela Portaria n. 731/GC5/2003, a função moderadora de adequar a oferta de transporte aéreo à demanda, com o objetivo de impedir a competição danosa com práticas predatórias¹¹⁸. Esse período durou até 2005, quando foi criada a Agência Nacional de Aviação Civil¹¹⁹.

A ANAC foi criada pela Lei n. 11.182/2005¹²⁰ para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. Segundo o art. 8º, incisos XIII

período regulatório típico, de controle de oferta. A diferença entre os períodos foi que, desta vez, a autoridade preferiu a utilização de mecanismos discricionários de controle, ao invés de uso de regras explícitas de regulação; isto porque as portarias não previam exatamente quando estariam dadas as condições para que o regulador utilizasse seus poderes de arrefecimento da competição via congelamento de oferta – deixando a questão para a livre interpretação do próprio regulador”. ZIMMERMANN, N. ; OLIVEIRA, A. V. M . **Liberalização econômica e universalização do acesso no transporte aéreo: é possível conciliar livre mercado com metas sociais e ainda evitar gargalos de infraestrutura.** Journal of Transport Literature , v. 6, n.4, pp. 82-100, 2012, p. 88.

¹¹⁷ ZIMMERMANN, Nara; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Liberalização econômica e universalização do acesso no transporte aéreo: é possível conciliar livre mercado com metas sociais e ainda evitar gargalos de infraestrutura.** Journal of Transport Literature , v. 6, n.4, pp. 82-100, 2012, p. 87.

¹¹⁸ Lucia Helena Salgado sustenta que essa opção política por maior intervenção no setor decorreu de uma interpretação acerca do processo de crise pelo qual passava a VARIG: “Em 2003, contudo, o processo de flexibilização da regulação econômica desse setor sofreu forte inflexão, provocada naquele momento pela crise gerencial e financeira por qual passou a Varig – pois não conseguiu suportar o impacto continuado da depreciação cambial sobre sua estrutura tradicional de custos. O novo governo federal, convencido de que a crise por qual passava a Varig tinha por origem o “excesso de oferta” no mercado e mesmo a “competição ruinosa”, estabelece novas diretrizes para o setor, configuradas nas portarias do antigo Departamento de Aviação Civil (DAC) 243/GC5, de 13 de março de 2003, que “dispõe sobre as medidas destinadas a promover a adequação da indústria de transporte aéreo à realidade do mercado”. SALGADO, Lucia Helena. **Caos aéreo e tragédia dos comuns: Falhas de mercado e de governo**, Texto para Discussão, No. 1388, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2009, p. 11.

¹¹⁹ CNT. Confederação Nacional de Transporte. **Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros.** – Brasília: CNT, p. 22

¹²⁰ A Lei Nº 11.182/2005 deriva do PL 3846/2000 apresentado pelo Poder Executivo em novembro de 2000. O projeto foi desenhado por Ministros de Estado. Na exposição de motivos fica demonstrado o interesse do governo ser regulador e não prestador de serviços: “Tal iniciativa, Senhor Presidente, tem como premissa a determinação de Vossa Excelência de fazer com que o Estado, ao invés de prestar serviços, resguarde e garanta a prestação dos mesmos, nos moldes das agências federais reguladoras criadas recentemente, delegando ao setor privado a execução de determinados serviços públicos e a exploração de atividades, em regime de concorrência. Neste aspecto, é imperiosa a atuação da autoridade pública no setor de segurança e na proteção do usuário dos serviços aéreos, (...). O diploma legal, ora posto, tem por finalidade atualizar a ordenação da atividade de aviação civil quanto aos aspectos dos serviços comerciais, públicos ou não, fazendo-se necessário salientar, como decorrência do ordenamento constitucional, os princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor, da repressão ao abuso do poder econômico, bem como a obrigatoriedade dos acordos firmados pela União sobre transporte internacional, observado o princípio da reciprocidade. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 3846, de 2000.** Altera a Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994, para incluir entre os beneficiários da anistia os ex-servidores na situação que menciona. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20322>>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

e XIV, compete à ANAC regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos, bem como conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos¹²¹.

Tendo em vista que o setor aéreo sempre se preocupou com a questão da concorrência predatória, o art. 6º da lei criadora da ANAC prevê que a autarquia celebrará convênios com os órgãos e entidades competentes para atuar na defesa e promoção da concorrência. Sendo dever dela comunicar aos órgãos e entidades antitruste qualquer fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência.

Na perspectiva internacional, a OACI publicou em 2004 a segunda edição do Manual da Regulação do Transporte Aéreo Internacional. Ao versar sobre a regulação da propriedade e controle de companhias aéreas a nível nacional, o manual afirma que muitos Estados optam por estatuir limites à participação estrangeira em suas leis. Os principais motivos para essas regras restritivas, segundo o manual, são a compreensão de que empresas aéreas nacionais são ativos estratégicos; que companhias estrangeiras devem ser excluídas do mercado doméstico; e que aeronaves de empresas nacionais estão prontamente disponíveis para uso em caso de emergências ou de defesa nacional¹²².

No ano de 2013 aconteceu a 38ª Assembleia da OACI¹²³. A agenda dessa sessão incluía, no seu item 41, a regulação econômica de transporte aéreo internacional. A Colômbia apresentou questão acerca da liberalização da propriedade e controle de empresas aéreas. No *working paper* apresentado para a assembleia, pontuou-se que manter o critério tradicional baseado em nacionalidade para concessão e autorização de exploração de serviços aéreos é tendência contrária à liberalização do setor¹²⁴.

¹²¹ O procedimento para outorga de serviços aéreos foi disciplinado na Resolução n. 377/2016 da ANAC. Segundo o art. 5º dessa resolução, os atos constitutivos das sociedades empresárias que exploram ou pretendam explorar serviços aéreos dependem de aprovação da ANAC para serem arquivados na junta comercial. Na forma do art. 10: “para a outorga da concessão ou da autorização de serviço aéreo público, a composição societária direta e indireta do requerente deve estar atualizada junto à ANAC”. ANAC. **Resolução n. 377/2016, 15 de março de 2016**. Regulamenta a outorga de serviços aéreos públicos para empresas brasileiras e dá outras providências. Disponível em < https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-377-15-03-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0377%20-%20Compilado%20at%C3%A9%20RA2019-0514.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2019.

¹²² INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Manual on the regulation of the international air transport**. ICAO: 2004.

¹²³ As assembleias da OACI são o principal evento da aviação civil internacional em âmbito governamental.

¹²⁴ Nesse sentido: “Maintaining the traditional criterion based on nationality for the designation and authorization of airlines runs contrary to the process of liberalization. It is accepted as a general rule that each State is entitled to liberalize air transport in accordance with its own criteria and at its own pace, but the traditional arrangement, due to other States having the right of refusal, prevents a State that decides to liberalize more quickly from doing so with regard to designating airlines for granting access to the markets”. INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Liberalization of Air Carrier Ownership and control**. Working paper. Assembly, 38 session, 2013, p. 2. Disponível em < https://www.icao.int/Meetings/a38/Pages/WP_Num.aspx> Acesso em 23 de outubro de 2019.

Elencou-se, também, alguns aspectos positivos da liberalização do controle, como o melhor acesso ao mercado de capital, que permitiria as companhias a estabelecerem redes mais extensas, por meio de fusões e aquisições, bem como uma maior competitividade, com maior variedade de serviços e, conseqüentemente, maiores benefícios ao consumidor. Foram também apresentados alguns possíveis aspectos negativos dessa abertura, como a possibilidade de uso de “bandeiras de conveniência”, pois se entende que não existem medidas regulatórias para evitá-las; uma possível deterioração da segurança operacional e standards de segurança; bem como uma luta por capital estrangeiro, resultando em práticas que podem ser contrárias à concorrência¹²⁵.

Ao final da 38ª sessão da Assembleia da OACI, determinou-se o desenvolvimento de uma política de longo prazo para a liberalização do transporte aéreo, com o desenho de um acordo internacional para liberalizar o controle a propriedade de companhias aéreas, para apresentação da 39ª sessão da Assembleia. O projeto de acordo da OACI para liberalização ainda não foi concluído. A Resolução A39-15 da Assembleia da OACI – *Consolidated statement of continuing ICAO policies in the air transport field*¹ encorajou os estados membros a adotarem medidas para liberalização do acesso ao mercado da aviação civil.

Na 40ª sessão da Assembleia da OACI, que ocorreu entre 24 de setembro de 2019 e 04 de outubro de 2019, o Brasil demonstrou uma postura totalmente favorável à liberalização do acesso ao mercado. Por meio do WP/278 e do WP/279, o Brasil deixou clara sua visão de que nenhum esforço deve ser poupado no processo de liberalização do acesso ao mercado aéreo. Apesar de reconhecer que a diferença de desenvolvimento do setor aéreo nos países membros dificulta o consenso acerca de um acordo multinacional para a liberalização, o Brasil pressionou a OACI, para que seus órgãos continuem trabalhando para que o mais alto nível de liberalização de acesso ao mercado seja atingido¹²⁶.

¹²⁵ Nos termos do working paper: “The process of liberalizing the ownership and control of air carriers implies certain benefits, such as greater access to capital markets, which would allow airlines to establish more extensive networks through mergers, acquisitions or alliances, as well as greater competitiveness and a greater variety of services on the market, which would translate into benefits for consumers. There are also certain risks, such as the possibility of “flags of convenience” where no effective regulatory measures exist to prevent them, the potential deterioration of operational safety and aviation security standards when greater importance is attached to achieving commercial results, and a possible flight of foreign capital, which would result in less stable operations and practices that could be contrary to fair competition”. INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Liberalization of Air Carrier Ownership and control**. Working paper. Assembly, 38 session, 2013, pp. 2-3. Disponível em < https://www.icao.int/Meetings/a38/Pages/WP_Num.aspx> Acesso em 23 de outubro de 2019.

¹²⁶ É o que se depreende da seguinte conclusão do WP/279: “Brazil also recognizes the difficulties caused by the different stages of development in civil aviation throughout the world and the very valuable efforts made by ATRP in trying to get the maximum level of understanding amongst the States represented in the Panel, where there was a view that there is a need to continue to build the case and understanding for liberalization and the benefits which flow from it to States in order to increase the momentum and support for the development of a

Tanto na perspectiva nacional quanto internacional, verifica-se que o nascimento do setor aéreo marcado por uma grande liberdade até a Segunda Guerra Mundial. Daí inicia-se um processo alternado de intensa regulação e liberalização. No Brasil, muito embora o período de 1990 a 2001 tenha ficado conhecido como a “desregulação” do setor aéreo, observa-se que não houveram mudanças no que diz respeito à participação societária estrangeira em companhias aéreas. Permaneceu o limite de 20%.

Nos anos que se seguiram, marcados pelo freio na flexibilização do setor, também não foram implementadas mudanças na restrição ao capital estrangeiro. É somente a partir de 2016 que a previsão do art. 181 do CBA foi efetivamente objeto de alterações. No tópico seguinte, será exposta a movimentação legislativa sobre o tema a partir da promulgação da CRFB/88 até chegar ao atual marco legislativo.

1.3 A ROTA LEGISLATIVA DA CRFB/88 ATÉ A LEI N. 13.842/2019

Como visto no tópico anterior, a livre iniciativa é o alicerce da ordem econômica instaurada com a nova Constituição. Entretanto, o texto original da CRFB/88 trazia a figura da empresa brasileira¹²⁷ e da empresa brasileira de capital nacional¹²⁸, autorizando a legislação a privilegiar, ainda que temporariamente, a empresa brasileira de capital nacional¹²⁹. Essa previsão constitucional vigeu até 1995, quando o Poder Executivo apresentou a PEC n. 05/1995, visando reformar o art. 170, que previa esses conceitos.

multilateral agreement in the medium to long term. In line with ICAO's Long-term Vision for International Air Transport Liberalization, Brazil would like ICAO to take advantage of the work done by ATRP and continue to work to achieve the highest possible level of liberalization of market access". ". INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **International Agreement on Liberalization of Market Access**. WP/279. Working paper. Assembly, 40 session, 2019, p. 3. Disponível em <https://www.icao.int/Meetings/a38/Pages/WP_Num.aspx> Acesso em 25 de outubro 2019.

¹²⁷ Segundo o inciso I do art. 171 da CRFB/88, a empresa brasileira seria aquela constituída sob as leis brasileiras que tivesse sua sede e administração no Brasil. A empresa brasileira de capital nacional seria aquela cujo controle efetivo estivesse permanentemente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no Brasil, ou de entidades de direito público interno. O “controle efetivo” tratar-se-ia da titularidade da maioria do capital votante e do exercício, de fato e de direito, de poder decisório para gerir as atividades da empresa. É o que dizia o inciso II do art. 171 da CRFB/88.

¹²⁸ O inciso I constitucionalizou o conceito de empresa brasileira previsto na Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976), porém o inciso II foi responsável pela criação do conceito-jurídico de empresa brasileira de capital nacional.

¹²⁹ Os parágrafos 1º e 2º do art. 171 da CRFB/88 tinham a seguinte redação: “§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e

A proposta dava nova redação ao art. 170 da CRFB/88, excluindo a previsão da empresa brasileira de capital nacional e prevendo a possibilidade de o Poder Público dar tratamento preferencial, em igualdade de condições, para bens e serviços produzidos no Brasil¹³⁰. A exposição de motivos da PEC foi elaborada por Ministros de Estado¹³¹. A justificativa para a reforma fundamentou-se no esvaziamento de sentido da política de discriminação ao capital estrangeiro. Os ministros pontuaram que a antiga previsão constitucional não se sustentava diante das políticas de eliminação de reservas de mercado, maior inter-relação entre economias e da necessidade de atrair capital estrangeiro para complementar a poupança interna¹³². Ressaltou-se, ainda, que a PEC tinha como objetivo privilegiar os bens e serviços produzidos e prestados no Brasil, ao invés das empresas em função da origem de seu capital. No Parecer emitido pelo relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação foi registrado o apoio às medidas propostas, apesar de a referida comissão ter atribuição apenas para análise das formalidades da PEC¹³³.

O parecer do Senado Federal também foi favorável à reforma constitucional. O relator pontuou que a matéria deveria ser objeto da legislação infraconstitucional diante da dinamicidade do ordenamento econômico¹³⁴.

O texto aprovado converteu-se na EC n. 06/1995. O art. 171 da CRFB/88 não foi reformado, mas sim revogado. Inexiste, portanto, previsão de benefício a empresa brasileira, com capital nacional ou mesmo de bens e serviços produzidos e gerados no Brasil. Subsiste,

residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

¹³⁰ Nos termos da emenda n. 05/1995: art. 1º É conferida nova redação ao art. 171 da Constituição Federal: “Art. 171. É considerada empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras que tenha sede e administração no País. Parágrafo único. Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará, em igualdade de condições, tratamento preferencial, nos termos da lei, aos produzidos e aos prestados no País”. BRASIL. **Proposta de emenda à Constituição n. 05, de 1995**. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1995/emendaconstitucional-6-15-agosto-1995-366937-norma-pl.html>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

¹³¹ Ministro de Estado da Justiça, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento, da Previdência e Assistência Social, da Administração e Reforma do Estado e de Minas e Energia.

¹³² BRASIL. **Proposta de emenda à Constituição n. 05, de 1995**. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1995/emendaconstitucional-6-15-agosto-1995-366937-norma-pl.html>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

¹³³ Nos termos do parecer do relator: “Embora nos seja vedado opinar quanto ao mérito, permitimo-nos apenas registrar desde logo nossa solidariedade às medidas propostas, com as quais nos identificamos desde logo, por serem essenciais na busca de novos caminhos para o progresso e o desenvolvimento econômico e social do Brasil”. A íntegra do parecer está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC6/Camara/EC006_cam_03051995_prc_com_pec05b.pdf>

¹³⁴ A íntegra do parecer está disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC6/Senado/EC006_sen_14061995_prc393.pdf>

porém, a previsão do art. 172 da CRFB/88, que estabelece que a lei disciplinará os investimentos de capital estrangeiro com base no interesse nacional.

Muito embora a mudança constitucional tenha sido efetivada durante o processo de flexibilização da regulação do setor aéreo, a limitação à participação societária estrangeira, como visto, permaneceu. Durante todo o processo de liberalização, porém, inexistiram propostas legislativas para modificar o art. 181 da Lei n. 7.565/1986.

Somente em 2004 o Senador Paulo Octávio apresentou proposta de lei para ampliar a possibilidade de participação do capital estrangeiro nas companhias aéreas (PLS n. 184/2004). O projeto não visava uma liberalização total da participação estrangeira, mas sim uma alteração no inciso II do art. 181, para estabelecer que apenas cinquenta e um por cento do capital com direito a voto deveria ser pertencente a brasileiros. Na justificção¹³⁵, o senador ressaltou que a abertura do mercado aéreo para o capital externo era tendência em diversos países e, inclusive, o Brasil seria um grande investidor em companhias aéreas de outros países sul-americanos. Também foi pontuada a crise pela qual passava o setor aéreo à época, indicando que novos investidores poderiam capitalizar as empresas em dificuldade, tornando-as sólidas e competitivas¹³⁶.

A crise no setor aéreo se agravou após o acidente entre o Boeing 737-8EH da Gol e o jato Legacy 600 da American Excel Aire, em setembro de 2006 no estado de Mato Grosso. A mídia denominou a série de colapsos que seguiram o acidente como “apagão aéreo”¹³⁷. Os acontecimentos chamaram atenção para o transporte aéreo brasileiro e, em 2007, foram

¹³⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado Federal n. 184, de 2004**. Altera a Lei nº 7565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), para ampliar a possibilidade de participação do capital externo nas empresas de transporte aéreo. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4284658&ts=1559261455415&disposition=inline>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

¹³⁶ O PLS n. 184/2004 foi aprovado pela Comissão no Senado em 18 de dezembro de 2009 e apresentada à Câmara dos Deputados em 23 de dezembro de 2009.

¹³⁷ O TCU discutiu o Relatório de Levantamento de Auditoria realizado para avaliar a situação do controle do tráfego aéreo no país e subsidiar trabalho de fiscalização. Dentre os principais problemas identificados para o colapso do setor em 2006, apontou-se os cortes nas propostas orçamentárias elaboradas pelo DECEA/COMAER (“foram solicitados, pelo DECEA, nos anos de 2004 e 2005, respectivamente, recursos da ordem de R\$ 715 milhões e R\$ 667 milhões, para as ações de operação, manutenção, desenvolvimento e modernização do SICEAB, tendo sido consignadas no orçamento as dotações de R\$ 468,73 milhões para 2004 e de R\$ 495,05 milhões para 2005”), contingenciamento de recursos, retenção indevida de receitas tarifárias pela Infraero, insuficiência de recursos humanos na atividade de controle do tráfego e a falta de articulação entre os diversos órgãos governamentais. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2420/2006**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 12/12/2006. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-28558/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

instauradas CPIs na Câmara dos Deputados e no Senado Federal para investigar as causas, consequências e responsáveis pela crise no setor¹³⁸.

A atividade legislativa voltou-se para a aviação civil no ano de 2007. É nesse período que são propostos projetos de lei com o objetivo de abolir a restrição à participação societária estrangeira em companhias aéreas¹³⁹, ou ao menos ampliar o percentual dessa participação¹⁴⁰. Nas justificações para os projetos de lei, os principais argumentos ventilados foram I) de que a abertura do mercado ampliaria a oferta efetiva e potencial de transporte, contribuindo para reduzir tarifas, melhorar o atendimento e gerar empregos¹⁴¹; II) e EC n. 06/1995 teria extinguido a figura da empresa brasileira de capital nacional, tratando o capital nacional e o estrangeiro equitativamente¹⁴²; III) de que a liberalização iria aumentar a concorrência¹⁴³.

A “CPI do apagão aéreo” instaurada na Câmara dos Deputados apresentou PL 2452/2007 em 21 de novembro de 2007, com propostas para melhoria da aviação civil brasileira. Esse projeto visava alterar o inciso II do art. 181 do CBA, para ampliar o limite de participação societária estrangeira em companhias aéreas, ressaltando 51% do capital com direito a voto para brasileiros. Na justificação, pontuou-se que inexistia impedimento a essa

¹³⁸ Na Câmara dos Deputados o Requerimento de Instituição de CPI (RCP 01/2007) foi apresentado pelo deputado Vanderlei Macris e outros em 27 de fevereiro de 2007. No Senado Federal o Requerimento n. 401/2007 foi apresentado pelo senador José Agripino e outros em 25 de abril de 2007.

¹³⁹ Aqui se optou por tratar da questão a partir do PL 1682/2007 apresentado por Beto Albuquerque em 02 de agosto de 2007; do PL 1760/2007 apresentado por José Aníbel em 14 de agosto de 2007; do PL 2001/2007 apresentado por Ratinho Junior em 12 de setembro de 2007; do PL 2219/2007 apresentado por Fernando de Fabinho em 16 de outubro de 2007.

¹⁴⁰ O PL 2452/2007, proposto por Comissão Parlamentar de Inquérito criada para investigar a crise no setor aéreo (CPI do apagão aéreo), visava ampliar o limite de participação estrangeira, permitindo que quarenta e nove por cento do capital tivesse origem estrangeira.

¹⁴¹ Na justificação do PL n. 1682/2007, o deputado sustentou que a regulação adotada no Brasil sempre teve como objetivo proteger as empresas brasileiras, criando barreiras de entrada ao mercado. Afirmou que essa prática se justificava “pelo momento histórico em que foi formatado internacionalmente o atual marco regulatório da aviação (final da 2ª Guerra Mundial), mas não deve servir de pretexto para o prolongamento dessa obsoleta reserva de mercado”. Esse argumento também foi ventilado na justificação do PL 2219/2007.

¹⁴² No PL 1760/2007 foi ressaltado que o CBA deveria ser adequado à CRFB/1988, pois “nada deve impedir que companhias aéreas do exterior constituam subsidiária com sede no país, conforme a legislação brasileira, e se proponham a operar as linhas aéreas internas”. Esse argumento também foi ventilado na justificação do PL 2219/2007.

¹⁴³ O PL 2001/2007 não trazia limitação à participação societária estrangeira em companhias aéreas. Entretanto, determinava que a direção deveria ser confiada a pessoa residente e domiciliada no Brasil, e que 2/3 das novas concessões seriam asseguradas a empresas de capital nacional. Na justificação explicou-se “Nossa proposta de abertura do mercado da aviação doméstica, assegurando a proporção de dois terços das novas concessões às empresas de capital nacional, traz vantagens de aumento da competitividade, mas ao mesmo tempo mantém uma parcela significativa para nossas empresas. Entendemos que a abertura completa poderia ser ruínoza, no médio ou no longo prazo, tendo em vista a possibilidade de ocorrer desequilíbrio semelhante ao atual com agravante de ser o mercado dominado por empresa estrangeira”. O argumento também é ventilado no PL 2219/2007. Na justificação, chamou-se atenção que a TAM e a Gol dominavam 90% do mercado aéreo à época. Também foi pontuado que a restrição advém de uma época em que a economia era fechada, com proteção a organizações nacionais frente às estrangeiras, e que “Não se pode mais admitir que essa restrição, imposta em um outro ambiente político e econômico, continue dificultando o desenvolvimento do transporte aéreo nacional, nitidamente refém das poucas empresas que atuam no setor”.

alteração. Ressaltou-se, ainda, que a medida aumentaria a possibilidade de investimentos no setor, sem abrir mão do controle por brasileiros.

Nos anos seguintes, novos projetos de lei versando sobre a abolição do limite ao capital estrangeiro no setor aéreo, ou sobre a ampliação da participação de capital externo, também foram apresentados à Câmara dos Deputados¹⁴⁴. Apesar da quantidade de propostas de alteração, nenhum projeto foi convertido em lei.

A Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, apreciando o PL 1682/2007 e os projetos apensados (PL 1760/2007, 2001/2007 e 2219/2007) opinou pela aprovação dos projetos, na forma do substitutivo apresentado. O substitutivo alterava o art. 181 do CBA para prever que a concessão para exploração de serviço de transporte aéreo somente seria outorgada a pessoa jurídica com sede no Brasil e direção confiada a pessoas residentes e domiciliadas no país. No voto do relator, consignou-se que a limitação ao capital estrangeiro era elemento ideológico que não mais se adequava à realidade do país. Ressaltou-se que havia uma tendência internacional à permissão da entrada de capital estrangeiro em companhias aéreas¹⁴⁵.

O PL 1682/2007, no entanto, assim como grande parte dos projetos de lei que versavam sobre a matérias foram apensados ao PL 6716/2009, originado do PLS 184/2004. A comissão especial instaurada para apresentar parecer sobre o projeto votou pela aprovação de diversos projetos de lei, na forma do substitutivo apresentado. Nesse substitutivo, determinou-se que a exploração de serviço de transporte aéreo público seria realizada mediante autorização expedida pela autoridade de aviação civil (art. 180-B). A autorização somente seria outorgada a pessoa jurídica constituída sobre as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil, com pelo menos 51% do capital com direito a voto pertencente a brasileiros (art. 180-D, incisos I a III). A situação do PL 6716/2009 consta como pronta para

¹⁴⁴ Traz-se como exemplo o PL 6341/2009, apresentado por Marcelo Teixeira em 04 de novembro de 2009; o PL 6716/2009, originado do PLS 184/2004; o PL 2724/2015, apresentado por Carlos Eduardo Cadoca em 20 de agosto de 2015; e o PL 3906/2015, apresentado por Veneziano Vital do Rêgo em 09 de dezembro de 2015.

¹⁴⁵ Nesse sentido: “Os muitos trabalhos apontam, também, para o fato de que existe aparente tendência internacional à permissão da entrada do capital estrangeiro nas empresas prestadoras de serviço de transporte aéreo regular. Os exemplos são o Chile, a União Européia e também os EUA. Este último, embora ainda mantenha a restrição à propriedade estrangeira além dos 25% do capital votante e a exigência de que as empresas estejam sob “efetivo controle” de seus cidadãos, já assinou acordos de “céus abertos” com quase quatro dezenas de países. Também são apontados como países na vanguarda da abertura do mercado de transporte aéreo a Austrália e a Nova Zelândia, nas quais não há limitação de propriedade do capital para as empresas realizarem transporte aéreo doméstico, embora mantenha-se o limite de 49% - quarenta e nove por cento – para as empresas que efetuam transporte internacional. Importante registrar que, no caso, o transporte entre estes dois países é considerado transporte “doméstico”. A íntegra do parecer do PL 1682/2007 está disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=550097&filename=Parecer-CDEICS-02-04-2008

pauta no plenário. Sua última movimentação foi em 17 de setembro de 2018, correspondente ao pensamento do PL 10833/2018.

Enquanto as propostas de lei tramitavam, o Poder Executivo também se mobilizou. Em 2009, a Política Nacional de Aviação Civil, formulada pelo Conselho de Aviação Civil, foi aprovada por meio do Decreto n. 6.780/2009. Trata-se de um conjunto de diretrizes traçadas para orientar o planejamento das entidades responsáveis pelo desenvolvimento da aviação civil brasileira. A PNAC reconhece o setor de transporte aéreo como fator de integração e desenvolvimento nacional. Por isso, seu objetivo é assegurar um ambiente seguro, eficiente, econômico, concorrencial, sustentável e integrado às demais modalidades de transporte¹⁴⁶.

Dentre ações estratégicas desenhadas pela PNAC voltadas à eficiência das operações da aviação civil estão a promoção do crescimento do setor por meio de regulação eficiente, com vistas a estimular investimentos privados, incentivar a concorrência e garantir a prestação adequada de serviços. Para tanto, previu-se como ação específica a busca pela redução das barreiras à entrada de novas empresas no setor.

Apesar do mandamento delineado na PNAC em 2009, a regulação da participação societária estrangeira em companhias aéreas permaneceu aquela de 1986. Somente em 2016 o Brasil experimentou uma mudança nesse marco regulatório. Nesse ano foi publicada a MP 714/2016 que, dentre outros, alterava o inciso II do art. 181 do CBA para ampliar o limite de participação de capital estrangeiro em companhias aéreas, assegurando que 51% do capital com direito a voto deveria pertencer a brasileiros. A MP 714/2016 também revogou a previsão de que a direção da organização seria confiada exclusivamente a brasileiro.

A MP 714/2016 não teve como principal objetivo a abertura do setor para o capital estrangeiro, mas sim uma redução dos limites impostos aos investimentos externo. Ocorre que a MP também abriu a possibilidade de negociação do limite de capital estrangeiro com direito a voto quando houver reciprocidade. A MP incluiu o §5º ao art. 181 do CBA, o qual passou a prever que acordos sobre serviços aéreos firmados pela República Federativa do Brasil poderiam estabelecer limites de capital social votante de origem brasileira inferior ao percentual de 51% previsto no inciso II do caput. Isso significaria que uma empresa

¹⁴⁶ BRASIL. **Decreto n. 6.780/2009, 18 de fevereiro de 2009**. Aprova a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6780.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

estrangeira poderia deter 100% do capital votante de uma companhia aérea brasileira se uma empresa brasileira pudesse adquirir 100% de uma empresa aérea naquele país¹⁴⁷.

A proposta da medida provisória foi apresentada à presidente da época pelos Ministros da Fazenda e do Planejamento em conjunto com a Secretaria de Aviação Civil.

Na exposição de motivos¹⁴⁸, os ministros pontuaram que o limite de 20% de participação societária estrangeira com direito a voto fazia do Brasil um dos países mais fechados a investimentos estrangeiros no setor. Também foi consignado que o setor aéreo era o mais restritivo a investimentos estrangeiros na economia brasileira, pois diversos setores regulados já permitiam até 100% de capital estrangeiro com direito a voto. Os principais benefícios apontados com a adoção da medida foram o aumento da competição, a redução do preço médio de passagens, a absorção de práticas gerenciais e novas tecnologias, a redução de custos operacionais pelo maior acesso a fontes de financiamento e a geração de empregos.

Durante a tramitação da MP 714/2016 no Congresso Nacional, foram propostas emendas para revogar os incisos de I a III do caput do art. 181 e seus parágrafos do §1º ao §4º¹⁴⁹.

Em 24 de maio de 2016 foi realizada audiência pública com a presença de representantes de diversos segmentos relacionados ao transporte aéreo¹⁵⁰. Ricardo Bisinotto Catanant, Superintendente de Acompanhamento de Serviços Aéreos da ANAC à época, posicionou-se de forma totalmente favorável à abertura do setor para o capital externo. Conforme relatou, uma comissão foi estabelecida com diversos especialistas e técnicos da aviação civil, incluindo sindicatos, e, por maioria, decidiu-se pela proposta de eliminação completa da restrição do capital estrangeiro nas empresas aéreas.

Ele e Rogério Teixeira Coimbra, Secretário de Política Regulatória de Aviação Civil do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil à época, além de defenderem

¹⁴⁷ Na letra do revogado §5º do art. 181: “§ 5º Observada a reciprocidade, os acordos sobre serviços aéreos celebrados pela República Federativa do Brasil poderão prever limite de capital social votante em poder de brasileiros inferior ao mínimo estabelecido no inciso II do caput, com validade apenas entre as partes contratantes”.

¹⁴⁸ A exposição de motivos da MP 714/2016 está disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-714-1-marco-2016-782466-exposicaodemotivos-149602-pe.html>.

¹⁴⁹ Emendas n. 007 do deputado Alfredo Kaefer, 011 do Senador Ricardo Ferraço e a 029 do Senador Paulo Bauer. As justificações são bastante similares àquelas já apresentadas nos projetos de lei anteriores à MP 714/2016. O teor das emendas pode ser consultado no site <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/124992>.

¹⁵⁰ Rogério Teixeira Coimbra, Secretário de Política Regulatória de Aviação Civil do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Tenente-Brigadeiro do Ar Carlos Vuyk de Aquino, Diretor-Geral do Departamento de Controle do Espaço Aéreo - DECEA; Thiago Pereira Pedroso, Diretor Financeiro e de Serviços Compartilhados da Infraero; e Ricardo Bisinotto Catanant, Superintendente de Acompanhamento de Serviços Aéreos da Agência Nacional de Aviação Civil.

argumentos similares àqueles dos PLs, chamaram atenção para a dificuldade que é fiscalizar o investimento em bolsa, no *free float*, de companhias aéreas a fim de verificar a nacionalidade das pessoas que adquirem as ações das empresas. A abertura do setor ao capital estrangeiro, portanto, representaria uma desoneração do regulador, diante da complexidade da fiscalização da composição societária das organizações¹⁵¹.

Após o debate, a matéria foi encaminhada para emissão do competente opinativo. No parecer n. 19/2016, a Comissão Mista destinada a apreciar a MP reconheceu a relevância da mudança para o Brasil. Ao tratar das emendas que propunham elevar para 100% o limite de participação de capital externo, a Comissão entendeu que seria uma medida fundamental para melhorar o ambiente de negócios brasileiro, modernizando o marco regulatório do setor. Por isso, recomendou-se a aprovação das emendas¹⁵². No projeto de conversão da MP, portanto, o texto do art. 181 do CBA foi alterado, com a revogação da restrição à participação societária estrangeira no Brasil. O projeto de conversão n. 13/2016 foi encaminhado ao Vice-Presidente da República à época, para sanção presidencial.

A MP 714/2016 foi convertida na Lei n. 13.319 de 25 de julho de 2016. Entretanto, as alterações feitas no art. 181 do CBA foram vetadas pela presidência da república. Na Mensagem n. 421/2016, dirigida ao presidente do Senado Federal, esclareceu-se o porquê do veto parcial. Apontou-se que a pretensa elevação da participação societária estrangeira seria “meritória”, no entanto, entendeu-se que a revogação dos dispositivos que instituía os limites ao capital externo, proposta pelo Congresso, não estava adequada aos propósitos almejados¹⁵³. Com o veto, o art. 181 do CBA continuou vigendo com sua redação original.

¹⁵¹ A ata da Audiência Pública do dia 24 de maio de 2016 está disponível no site <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/20471?sequencia=51>.

¹⁵² Conforme o parecer n. 19/2016: “As emendas de nos 5, 7, 11 e 29 propõem elevar para até 100% o limite de participação do capital estrangeiro votante nas empresas aéreas nacionais. A emenda de nº 6 vai na mesma linha, mas exige anuência prévia de CADE, Ministério da Defesa e ANAC para aumentos de capital além dos 49%. Julgamos o aumento do limite de participação do capital estrangeiro extremamente positivo. Como discutimos anteriormente, o fim dessa restrição tem o potencial de gerar inúmeros benefícios para o País: aumento da concorrência e desconcentração do mercado, aumento da quantidade de rotas e de localidades atendidas, aumento da qualidade do serviço prestado, novas técnicas de gestão, diminuição do preço, maior diversificação de serviços, possibilidade de empresas especializadas em aviação regional, maior conectividade de voos internacionais, entre outros. Trata-se, portanto, de medida fundamental para melhoria de ambiente de negócios no País e para modernização do marco regulatório do setor. Nesse sentido, à exceção da emenda nº 6, que pode burocratizar o investimento internacional, recomendamos a aprovação das emendas, na forma proposta pela emenda nº 11”. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3778634&ts=1567527998039&disposition=inline>.

¹⁵³ Na forma da mensagem de veto: “a eliminação dos dispositivos que instituem um limite, conforme consta do atual Projeto de Lei de Conversão, não se mostra inteiramente adequada aos propósitos almejados” A mensagem de veto n. 421/2016 está disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13319-25-julho-2016-783402-veto-150832-pl.html>.

Simultaneamente à tramitação da MP 714/2016, foi apresentado em 22 de junho de 2016 o PLS 258/2016, cuja proposta é a reforma do CBA. Foi por meio do Ato do Presidente n. 11/2015 que se instituiu, no Senado Federal, uma Comissão de Especialistas para desenhar um anteprojeto de reforma do CBA. O PLS 258/2016 previu, em sua redação original, que os serviços de transporte aéreo público regular doméstico seriam reservados a pessoas jurídicas brasileiras, com sede e administração no Brasil. Não foi prevista limitação à participação de capital estrangeiro. O projeto ainda está tramitando no Senado Federal.

Em 18 de abril de 2017, já no governo pós-impeachment, foi apresentado o PL 7425/2017, de iniciativa do Poder Executivo, para instituir a Agência Brasileira de Promoção do Turismo - Embratur. Dentre outras previsões, o PL 7425/2017 tinha como objeto a modificação do art. 181 do CBA, para prever que a concessão ou autorização para exploração seria outorgada a pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no Brasil.

O PL 7425/2017 começou a tramitar no regime de urgência, porém pediu-se o cancelamento do pedido de urgência e a matéria passou a tramitar em regime de prioridade. Trata-se de outro projeto ainda não convertido em lei. Sua última movimentação foi em 19 de setembro de 2019, consistente na criação de uma Comissão Especial para apreciar a matéria.

Nas vésperas da mudança de governo, em 13 de dezembro de 2018, foi publicada a MP 863/2018. O objeto único dessa medida provisória foi alterar o art. 181 do CBA, revogando seus incisos I a III, bem como revogar os arts. 182, 184, 185 e 186 também do CBA. A partir da MP 863/2018, o art. 181 do CBA passou prever que a concessão ou autorização será concedida a pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país. Extinguiu-se o limite à participação societárias estrangeira no setor aéreo, e a previsão de que a direção das concessionárias de serviço de transporte aéreo deveria ser confiada exclusivamente a brasileiro residente e domiciliado no Brasil.

Os termos da exposição de motivos para a MP 863/2018 é bastante similar àqueles apresentados para a MP 714/2016¹⁵⁴. Os mesmos aspectos relativos à ausência de fundamento para a limitação ao capital externo são pontuados. A MP 863/2018, no entanto, vai além ao revogar os arts. 184, 185 e 186 do CBA. Esses artigos versavam sobre a necessidade de submissão dos atos constitutivos das companhias aéreas à autoridade aeronáutica, tanto para aprovação deles, quanto para controle de acionistas e transferências de ações, bem como para

¹⁵⁴ O inteiro teor da exposição pode ser consultado em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2018/medidaprovisoria-863-13-dezembro-2018-787442-exposicaodemotivos-156965-pe.html>.

fusões e incorporações. Nesse aspecto a finalidade da MP 863/2018 adequar o CBA à mudança feita no art. 181, e à Lei da ANAC, garantindo que ela tenha mais liberdade para regular as concessões e autorizações para exploração de serviços de transporte aéreo.

Foram apresentadas vinte e uma emendas à MP 863/2018. No parecer do Relator da Comissão Mista destinada para apreciar a medida, opinou-se pela sua constitucionalidade, reconheceu-se a sua urgência e relevância, técnica legislativa, adequação financeira e orçamentária, concluindo-se pela sua aprovação, rejeitando todas as emendas propostas.

Entendeu-se pela relevância da medida sob o fundamento de que o transporte aéreo é fundamental para a mobilidade e logística brasileira. Também foi considerada relevante, pois a medida teria potencial para gerar empregos e renda. A urgência foi reconhecida diante do encolhimento do número de rotas e de cidades atendidas ao longo dos anos, bem como da necessidade de ampliação das possibilidades de financiamento e fortalecimento das empresas nacionais.

Ao analisar o mérito, o parecer chamou atenção que as barreiras a investimento externos já tinham sido removidas em outros setores da economia. Pontuou-se que a limitação prevista no CBA é um obstáculo à capitalização de empresas nacionais e à entrada de novos competidores no mercado. Ressaltou-se o potencial da MP para desenvolver a aviação regional do país, sem implicar em gastos públicos.

O Relator chamou atenção para as quatro empresas que dominam o mercado de transporte de passageiros. Destacou que essas quatro companhias possuem alianças globais e investidores externos, o que lhes garante vantagens em relação às companhias menores, devido ao *know-how* para atuar no mercado.

Por fim, o parecer salientou que a MP confere segurança jurídica para investimentos externos, tem potencial para atrair empresas *low cost* e segmentar o mercado, e tratou brevemente da situação de países que adotaram medidas similares à proposta na MP 863/2018.

Após deliberação na Câmara dos Deputados, o projeto de lei de conversão n. 12/2019 foi remetido ao Senado Federal em 22 de maio de 2019. O projeto encaminhado alterava o art. 181 do CBA, revogando seus incisos e parágrafos (§1º ao §4º), e revogava os arts. 184, 185 e 186. Foi incluída, porém, previsão que acrescia os arts. 222-A, 222-B e 222-C ao CBA. Esses artigos versariam sobre a franquia mínima de bagagem por passageiro.

Ainda no dia 22 de maio de 2019, último dia de vigência da MP 863/2019, o projeto de lei de conversão foi aprovado pelo plenário do Senado Federal. Os autógrafos do projeto foram remetidos para sanção presidencial.

Foi em 17 de junho de 2019 que o presidente comunicou ao presidente do Senado Federal o veto parcial do projeto de lei de conversão n. 12/2019, por meio da Mensagem n. 250/2019. Após ouvir os Ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública, da Economia, da Infraestrutura e a Advocacia-Geral da União, entendeu-se que a inclusão de dispositivos que versavam sobre franquias mínimas de bagagem por passageiro era matéria estranha à MP 863/2019, consubstanciando violação à CFRB/88¹⁵⁵. Pontou-se, ainda, que a franquias mínimas de bagagem seria contrária ao interesse público, por ser medida com potencial para limitar a concorrência no setor.

Com a sanção da Lei n. 13.842/2019, em 17 de junho de 2019, o art. 181 do CBA passou a prever que “a concessão ou a autorização somente será concedida a pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País”. Os incisos de I a III, os parágrafos §1º ao §4º do art. 181, e os arts. 182, 184, 185 e 186 do CBA foram revogados. Hoje inexistem restrições à participação societária estrangeiras em companhias aéreas brasileiras.

¹⁵⁵ Nesse sentido: “O art. 2º do projeto de lei trata de franquias de bagagens, o que é tema estranho ao objeto originário da Medida Provisória, restrito à participação de capital estrangeiro em empresas aéreas brasileiras. Assim, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ‘viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo a prática de inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória’ (STF, Plenário, ADI 5.127, j. 15.10.2015)”. A mensagem de veto n. 250/2019 está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-250.htm

PARTE II: DO VOO À ATERRISSAGEM – UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A NOVA REGULAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ESTRANGEIRA NO SETOR AÉREO BRASILEIRO

O fortalecimento do direito regulatório e das análises de matriz econômica acerca do impacto da regulação são reflexo da liberalização da economia vivenciada no final dos anos 1990¹⁵⁶. A compreensão majoritária acerca da adoção de técnicas regulatórias, permeada da noção de comando e controle, passa a ser questionada.

A regulação, tradicionalmente, é vista como instrumento – eminentemente - estatal de controle¹⁵⁷, o qual é feito mediante o uso de normas jurídicas e sanções¹⁵⁸. O Estado, além de funcionar como prestador de serviços públicos, orienta o funcionamento dos mercados, impondo obrigações de serviço público aos agentes econômicos¹⁵⁹. Tendo em vista que o Estado possui o “monopólio da violência legítima”¹⁶⁰, dominando o poder de coerção, a regulação seria o uso desse poder para restringir as decisões dos agentes econômicos¹⁶¹.

Essa visão passou a ser criticada, principalmente por negar a possibilidade de autorregulação dos agentes¹⁶²⁻¹⁶³. Por isso, foi paulatinamente sendo substituída pela ideia de

¹⁵⁶ MACHADO, Santiago Muñoz. **Regulación y confianza legítima**. Revista de administración pública, n. 200. Madrid, 2016, p. 143

¹⁵⁷ Ruy Pereira Camilo Junior, após descrever essa acepção como “regulação como instrumento do Estado, cujo uso representa uma ação externa ao sistema econômico-, cumpre citar a clássica definição de Selznick, para que a regulação é o ‘controle contínuo e focado exercido por uma agência pública sobre atividades que são valorizadas por uma comunidade’, aponta os traços fundamentais dessa definição. Seriam eles a) a natureza contínua, ou seja, não basta a aprovação de leis, sendo essencial o conhecimento e acompanhamento da atividade regulada; b) objeto relativo, é dizer, qualquer atividade que a comunidade valoriza pode ser regulada, conferindo à regulação um caráter político; c) natureza estatal, notadamente por agências públicas. CAMILO JUNIOR, op. cit., 2018, p. 7.

¹⁵⁸ BLACK, Julia. **Critical reflections on regulation**. Australian Journal of Legal Philosophy, v. 27. Cramberra, 2002, p. 2

¹⁵⁹ MACHADO, Santiago Muñoz. **Regulación y confianza legítima**. Revista de administración pública, n. 200. Madrid, 2016, p. 143

¹⁶⁰ Alain Lipietz explica “Violence is therefore the ultimate secret of the state, but if force were required for each act of reproduction of social relations, it would no longer make sense to speak of a state. In general the state acquires hegemony itself, a hegemony armed with coercion: voluntarily or by force, the norms it symbolizes are assimilated and accepted, and in the case of conflict between the old and new, or between contradictory interests, recognition of the social order is equivalent to recognition of its faculty of arbitration: it has the “monopoly on legitimate violence”. LIPIETZ, Alain. **Accumulation, Crises, and Ways Out**. International Journal, of Political Economy, 1988, p. 14.

¹⁶¹ VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, JR, Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4. ed. Cambridge, MA, EUA: MIT Press, 2005. p. 357.

¹⁶² Segundo Ruy Pereira Camilo Junior, essa visão abarca apenas a perspectiva do regulador, esquecendo dos destinatários da norma, tendo enfoque estadocêntrico: “Isso fecha as portas para fenômenos como o do diálogo regulatório – em que o agente regulado participa da construção das soluções regulatórias – e torna incompreensível a figura da autorregulação, que pode existir e gerar efeitos independentemente da delegação estatal”. CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 3

que a regulação é uma característica própria do sistema, revelando sua capacidade de auto-ajustar-se¹⁶⁴. Daí porque Ruy Pereira Camilo Junior enuncia o caráter dúplice da regulação. Em uma acepção, refere-se a uma ação externa a um sistema, com a finalidade de mantê-lo estável; em outra, consubstancia características interna do sistema, a qual enuncia sua estabilidade¹⁶⁵.

O final do século XX foi marcado por um processo de liberalização da economia, com diversas privatizações em países do eixo ocidental¹⁶⁶. Segundo Santiago Muñoz Machado, essas privatizações abriram o setor econômico à concorrência. A prestação de serviços deixou de depender absolutamente do Poder Público¹⁶⁷, passando a exigir o correto comportamento dos agentes privados que passaram a exercer atividades de interesse público¹⁶⁸. No direito europeu, inclusive, deu-se a substituição da expressão “intervenção do Estado na economia” pelo termo “regulação”, de forma a se distanciar da ideia de separação radical entre o Estado e a sociedade¹⁶⁹.

Com o objetivo de transformar o Brasil num Estado gerencial, menos burocrático e com foco na eficiência, iniciou-se na metade da década de 1990 um processo de criação de

¹⁶³ Baldwin, Cave e Lodge esclarecem: “one of the great contributions of the theory of ‘smart regulation’ has been to point out that regulation may be carried out not merely by state institutions but by a host of other bodies, including corporations, self-regulators, professional or trade bodies, and voluntary organizations”. (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation: Theory, strategy and practice**. OUP Oxford, 2012, p. 3). John Braithwaite ressalta que se trata da era do capitalismo regulatório: “Yet non-state regulation has grown even more rapidly, so it is not best to conceive of the era in which we live as one of the regulatory state, but of regulatory capitalism”.

¹⁶⁴ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 9.

¹⁶⁵ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. Barueri, SP: Manole, 2018, pp. 4-5.

¹⁶⁶ Baldwin, Cave e Lodge apontam que entre as décadas de 1980 e 1990 passou-se a pressionar acerca dos problemas relativos ao custo da regulação, com o pleito de desregulação, fazendo surgir um novo modelo regulatório: “not only the results of regulation but the process used to regulate had prompted unprecedented concern. Regulation and deregulation had moved to positions high on the political agenda. Conservative administrations had sought, since 1985, to deregulate, cut red tape, and substitute competitive pressures for regulatory action”. (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin., **Understanding regulation: Theory, strategy and practice**. OUP Oxford, 2012, p.5).

¹⁶⁷ Nesse sentido, Eduardo Jordão: “A crise do Estado do bem-estar social resultou num período de intensa reforma administrativa nas últimas décadas do século XX. Antes considerado o principal agente da economia (sobretudo em seu modo de intervenção direta por meio de empresas estatais), o Estado teve seu papel reconfigurado em um contexto de sucessivas privatizações e desestatizações. O processo foi acompanhado de uma necessidade cada vez maior de fiscalização das atividades que foram delegadas ao setor privado. Este movimento levou ao que se convencionou chamar de Estado regulador”. JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. **A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA**. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018, p. 539.

¹⁶⁸ MACHADO, Santiago Muñoz. **Regulación y confianza legítima**. *Revista de administración pública*, n. 200. Madrid, 2016, p. 143

¹⁶⁹ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 6.

agências reguladoras¹⁷⁰. Gustavo Binenbojm pontua que essa mudança para a intervenção indireta dependia da atração de capital privado, sendo fundamental que o país se tornasse atrativo para investidores¹⁷¹.

O setor aéreo, como visto, também foi objeto das transformações do final dos séculos XX e início do século XXI. Todavia, a liberalização da participação societária estrangeira somente se deu de forma tardia.

O objetivo dessa parte do trabalho é analisar criticamente os principais argumentos utilizados para sustentar, e também para condenar, essa alteração no CBA, e os incentivos que o novo marco regulatório pretende. Apesar de existir um grande debate doutrinário acerca dos objetivos da regulação, dividido entre aqueles que deve-se privilegiar a eficiência alocativa dos mercados e aqueles que enaltecem irrenunciabilidade de políticas distributivas, os marcos regulatórios no Brasil devem observar, acima de tudo, os princípios fins da ordem econômica constitucional.

A mudança na regulação do setor aéreo veio acompanhada de promessas de crescimento no setor e de aquecimento da economia do país. Em razão do potencial que a medida tem para ampliar a concorrência, também há previsões de competição entre as companhias, o que pode resultar em benefícios aos consumidores como por exemplo a redução de preço das passagens. As primeiras impressões, portanto, do novo marco regulatório são positivas. Em tese, trata-se da altitude ótima para o tráfego do mercado aéreo.

Entretanto, faz-se necessário uma análise mais apurada para verificar se essa nova regulação é o meio eficiente para se atingir os resultados pretendidos¹⁷². É que será feito nos tópicos seguintes.

¹⁷⁰ A primeira agência reguladora criada no Brasil foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a partir da Lei n. 9.427/1996. Como visto na primeira parte, a ANAC foi criada apenas em 2005. Até a criação da Agência Nacional de Mineração em 2017, a ANAC era a última agência reguladora criada no país.

¹⁷¹ Nos termos do autor: “Com efeito, a superação da crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, cujo auge se atingiu na década de 1980, passava pela reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia. Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto. O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político partidárias”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, pp. 266-267.

¹⁷² Ruy Pereira Camilo Junior chama atenção que “do ponto de vista econômico, podem existir vários meios ou instrumentos à disposição do regulador, e a ineficiência da regulação decorrerá da falta de adequação entre tais instrumentos e os objetivos postos (regulatoru mismatch). A fixação do objetivo regulatório é questão política, mas a adequação do instrumento para seu atingimento é de índole técnico-jurídica, não podendo resvalar para o voluntarismo”. CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 12.

O exame se inicia com uma análise dos incentivos e desincentivos para a abertura ao capital estrangeiro numa perspectiva nacional (2.1). Depois, faz-se uma breve investigação do novo marco regulatório a partir de experiências internacionais pertinentes (2.2). Em seguida, aborda-se a questão da concorrência no setor aéreo e suas implicações a partir da nova regulação (2.3). Por fim, discute-se o processo legislativo que resultou na abolição do limite à participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras (2.4).

2.1 ATINGINDO A ALTITUDE DE CRUZEIRO? UMA ANÁLISE DO NOVO MARCO REGULATÓRIO SOB A PERSPECTIVA INTERNA BRASILEIRA

O novo marco regulatório, de fato, adequou as regras legais que regem a participação societária estrangeira no transporte aéreo à CRFB/88. Com a reforma promovida pela EC n.06/1995, deixou de existir qualquer fundamento legal para a restrição à participação societária estrangeira na aviação civil¹⁷³. A regra passou a ser a vedação à discriminação do capital estrangeiro, eventuais restrições devem estar contidas no próprio texto constitucional¹⁷⁴.

Esse também foi o entendimento do STJ ao julgar o MS 19.088-DF. Tratou-se de mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte de Valores (ABTV) contra ato do Ministro de Estado da Justiça, que autorizou a aquisição de quotas de empresa dedicada a segurança patrimonial por uma sociedade nacional com capital indireta e parcialmente estrangeiro. A ABTV alegava que essa operação contrariava a norma extraída do art. 11 da Lei n. 7.102/1983, que veda a propriedade e administração de empresas de segurança por estrangeiros¹⁷⁵.

¹⁷³ Nesse sentido cumpre pontuar que o art. 2º da Lei n. 4.131/1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, prevê expressamente que o tratamento jurídico dispensado ao capital estrangeiro que se investir no país deve ser idêntico àquele concedido ao capital nacional, sendo vedada qualquer discriminação que não esteja na referida lei. BRASIL. **Lei n. 4.131, 3 de setembro de 1962**. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4131.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

¹⁷⁴ Esse é o caso das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Na forma do §1º do art. 222 da CRFB/88, pelo menos 70% do capital total e do capital com direito a voto da empresa deve pertencer a brasileiro – nato ou naturalizado há mais de 10 anos -, que exercerá a gestão da atividade. O caput do art. 222 CRFB/88 prevê que essas empresas somente poderão pertencer a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos ou pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no Brasil. Esse artigo acaba por evidenciar a diferença entre a nacionalidade do investimento estrangeiro e a nacionalidade da empresa.

¹⁷⁵ Dispõe o art. 11: “Art. 11 - A propriedade e a administração das empresas especializadas que vierem a se constituir são vedadas a estrangeiros”. BRASIL. **Lei n. 7.102/1983, 20 de junho de 1983**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

O STJ entendeu que a previsão do art. 11 da Lei n. 7.102/1973, apesar de ter sido recepcionado pela CRFB/88, foi parcialmente revogado. Isso porque a EC n.06/1995 teria revogado explicitamente o art. 171 da CRFB/88, tornando as discriminações contra empresas brasileiras de capital estrangeiro insubsistentes. Segundo o Tribunal, apenas as discriminações previstas na própria CRFB/88 seriam possíveis. Inclusive, a previsão do art. 172, similar àquela da Constituição de 1946, que autoriza a lei a disciplinar o investimento estrangeiro no Brasil com base no interesse nacional, não poderia ser utilizada para sustentar restrições não previstas no texto constitucional. Concluiu-se, portanto, que a vedação legal era para a atuação de empresas constituídas no exterior¹⁷⁶.

Nesse processo de adequação da legislação infraconstitucional à CRFB/88 pós EC n. 06/1995, diversos setores estratégicos para a economia brasileira foram abertos ao capital estrangeiro. Esse, como visto, também argumento utilizado para apoiar a liberalização da participação societária estrangeiras nas companhias aéreas.

De fato, também não se verifica elementos que sustentem a restrição ao capital estrangeiro. Após a promulgação da CRFB/88 o Brasil experimentou um processo de atração de capital estrangeiro, seguindo a tendência mundial desse período¹⁷⁷. Diversos setores

¹⁷⁶ O trecho do Acórdão que versa sobre esse ponto: “INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 11 DA LEI 7.102/1983, À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL 67. O art. 11 da Lei 7.102/1983 estabelece que “A propriedade e a administração das empresas especializadas que vierem a se constituir são vedadas a estrangeiros”. Editado na ordem constitucional anterior à Constituição de 1988, ele foi recepcionado por esta, mas foi parcialmente revogado, visto que seu alcance tornou-se muito menor, a partir da EC 6. 8. Em sua redação original, a Constituição de 1988, em seu art. 171, distinguia empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, permitindo que determinados setores de atividades fossem reservados apenas às segundas. À luz dessa redação, seria admissível interpretação do art. 11 da Lei 7.102/1983 no sentido de que novas empresas de segurança privada teriam de ser empresas brasileira de capital nacional, vedado, portanto, o controle direto ou indireto pelo capital externo. 9. Com a revogação explícita do art. 171 da Constituição pela EC 6/1995, caíram as discriminações contra empresas brasileiras fundadas na origem do seu capital, salvo raros casos objeto de tratamento constitucional específico. A partir desse momento, a lei não mais pode discriminar empresa brasileira de capital nacional de empresa brasileira de capital estrangeiro, ou seja, desde que uma empresa seja brasileira (constituída no Brasil e sujeita às leis brasileiras) a origem do seu capital é irrelevante. A discriminação só seria possível, hoje, nos casos previstos na própria Constituição, como ocorre com as empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, objeto de tratamento especial no artigo 222 da Carta. 10. É certo que o art. 172 da Constituição estabelece que “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”. Tal dispositivo, entretanto, não deve receber interpretação que permita restrições em setores não explicitamente previstos na Constituição, pois isso nulificaria a revogação do art. 171 pela EC 6/1995. 11. A interpretação conforme a constituição do art. 11 da Lei 7.102/1983 deve ser a de que ele veda apenas que empresas constituídas no exterior atuem no setor de segurança privada. Todavia, empresas que sejam constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País são empresas brasileiras, na exata dicção do art. 1.126 do Código Civil, sendo irrelevante que tenham na sua composição societária, direta ou indiretamente, participação ou controle pelo capital estrangeiro”. STJ. **Mandado de Segurança: MS 19088 DF 2012/0179870-0**. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 14/12/2016. STJ, 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564115&num_registro=201201798700&data=20170203&formato=PDF>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

¹⁷⁷ Nesse sentido: “O Brasil, acompanhando a tendência geral de liberalização e atração dos capitais externos, também muda radicalmente sua atitude em relação aos Investimentos Estrangeiros Diretos, no início dos anos

estratégicos e de relevância nacional que antes eram restritos ao capital nacional, passaram a liberalizar a participação societária estrangeira. Dois exemplos são o setor de transporte rodoviário de cargas e o setor de saúde¹⁷⁸.

Os incisos de I a III d art. 1º da Lei n. 6.813/1980, que regulava o setor de transporte rodoviário de cargas, previam que, para explorar essa atividade, a pessoa jurídica deveria ter sede no Brasil, no mínimo 80% do capital social com direito pertencente a brasileiros, e direção e administração confiadas exclusivamente a brasileiros. Em 2007, porém, com a promulgação da Lei n. 11.442/2007, a Lei n. 6.813/1980 foi revogada e, com ela, a restrição à participação societária estrangeira.

No caso do setor de saúde, a Lei n. 13.097/2015 alterou o art. 23 da Lei n. 8.080/1990, para permitir a participação direta ou indireta, inclusive com controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde em determinados casos. Anteriormente a participação societária estrangeira era completamente vedada, salvo nos casos de doação de organismos internacionais vinculados à ONU, entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos¹⁷⁹.

Um argumento que aparece associado ao caráter estratégico da aviação é a questão da segurança nacional. Ocorre que o conceito de segurança nacional não é explicitado na Constituição ou em normas infraconstitucionais¹⁸⁰. De forma geral, a segurança nacional pode ser entendida como a proteção dos membros de uma sociedade contra ameaças à sua sobrevivência e autonomia, implicando numa integração entre políticas externas, de defesa e

1990. Na verdade, logo depois da promulgação da Constituição de 1988, começa a ser produzido grande número de leis, decretos e resoluções sobre o tema, flexibilizando as entradas e saídas de capital, em sintonia com a nova realidade internacional dominada pelas operações de securitização”. CORAZZA, Gentil. **Os investimentos estrangeiros diretos no Brasil: uma visão de longo prazo: 1950/2002**. 2005, pp. 10-11.

¹⁷⁸ Ambas as mudanças no setor foram realizadas em governos considerados com tendências de esquerda, o que torna questionável os argumentos de que a abertura do setor aéreo para o capital estrangeiro seria uma medida liberal e “entreguista”.

¹⁷⁹ Sobre a saúde é importante ressaltar que o art. 199, §3º, da CRFB/88 veda expressamente a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde brasileira, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁸⁰ A partir da leitura do art. 1º da Lei n. 7.170/1983, que define os crimes contra a segurança nacional e contra a ordem política e social, é possível se extrair norma segundo a qual a segurança nacional abrange a integridade territorial e a soberania nacional: “Art. 1º Esta lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I – a integridade territorial e a soberania nacional; II – o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III – a pessoa dos chefes dos Poderes da União. BRASIL. **Lei n. 7.170/1983, 14 de dezembro de 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

de ordem pública¹⁸¹. Trata-se, portanto, de conceito mutável, conforme novas ameaças surgem no cenário social.

O Estado, em regra, é o principal responsável pela segurança nacional e preservação de sua soberania. Por isso é fundamental que as políticas fundadas em argumentos de segurança nacional sejam questionadas pela própria sociedade. Isso porque o monopólio estatal sobre essa questão o permite utilizar a segurança nacional como retórica, para defesa de interesses nacionalistas.

No âmbito da aviação civil, o Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre seu espaço aéreo¹⁸². A Lei n. 7565/1986 confere à autoridade aeronáutica diversas atribuições que se relacionam à defesa da soberania brasileira, a exemplo da previsão do disposto no art. 13 da lei, que autoriza a autoridade aeronáutica¹⁸³ a deter aeronave em voo no espaço aéreo, ou em pouso no território brasileiro, quando houver flagrante desrespeito às normas aeronáuticas que coloque em risco a segurança da navegação aérea ou de tráfego aéreo, a ordem pública, a paz interna ou externa. Essa previsão relaciona-se diretamente com o conceito tradicional de segurança nacional.

Diante de todo o arcabouço legal que sustenta a atividade da autoridade aeronáutica na defesa da soberania nacional e na promoção da segurança aérea, o argumento de restrição à participação societária estrangeira por motivos de segurança nacional demonstra-se mera retórica e, ainda, anacrônico. Isso porque o advém, como visto, de uma perspectiva pós Segunda Guerra Mundial – fortalecida na Guerra Fria – e própria do regime militar brasileiro que não mais se sustenta. O investimento em companhias aéreas feito por pessoas que não residem no país não é suficiente para colocar em risco a segurança do país¹⁸⁴. O novo marco regulatório, inclusive, determina que a sede e a administração da pessoa jurídica brasileira que explorar serviços aéreos públicos deve ser no Brasil.

¹⁸¹ CEPIK, Marco. **Segurança nacional e segurança humana: problemas conceituais e consequências políticas**. Security and Defense Studies Review, vol. 1. Spring. 2001, p. 3.

¹⁸² Art. 11 da Lei n. 7565/1986.

¹⁸³ No Brasil optou-se por conferir a autoridades militares o controle do espaço aéreo, por meio do Decreto n. /2009, atribuindo-se ao Comando da Aeronáutica o controle do espaço aéreo brasileiro.

¹⁸⁴ Nesse sentido: “As empresas do setor, ainda que detidas por estrangeiros, estão sujeitas a todas as leis nacionais e a forte regulação, regulação esta, aliás, altamente internacionalizada e não muito distante da praticada em outros países potencialmente investidores. É difícil imaginar, atualmente, a ameaça de segurança representada pelo aporte de capital estrangeiro em uma empresa aérea privada constituída conforme as leis do Brasil e sujeita à regulação e fiscalização internas. O fato é que sob qualquer argumentação de interesse público, as restrições à participação de capital estrangeiro em companhias aéreas no Brasil não parece se sustentar. As reais e isoladas beneficiárias da atual política regulatória são, em especial, as empresas já estabelecidas”. RODRIGUES, Eduardo Frade. **Restrições regulatórias nacionalistas: o caso das companhias aéreas**. Revista de Direito Setorial e Regulatório/Journal of Law and Regulation, vol. 1, n. 2, pp. 39-56. 2015, p. 52-53.

Esses argumentos retóricos¹⁸⁵ em prol da permanência dessa restrição pode ser atribuída a uma confusão entre a possibilidade de cabotagem por estrangeiros e a possibilidade de investimento estrangeiro em companhias aéreas brasileiras acima do limite de 20%¹⁸⁶.

A alteração no CBA promovida pela Lei n. 13.842/2019 não autoriza sociedades estrangeiras¹⁸⁷ a explorar serviços aéreos de transporte público doméstico. O art. 216 do CBA não foi objeto de mudança. Para explorar os serviços aéreos públicos a pessoa jurídica deve ser nacional, conforme conceito do art. 1.126 do CC, ou seja, ter sede e administração no Brasil. A nacionalidade de uma companhia aérea não tem a ver com o capital que a compõe, mas sim com o preenchimento desses dois requisitos.

A mudança promovida pela Lei n. 13.842/2019 refere-se à possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior aplicarem recursos financeiros em companhias aéreas brasileiras, conforme definição de capital estrangeiro da Lei n. 4.131/1962. Chama-se atenção que, para esse conceito, o capital de um brasileiro que seja residente e domiciliado em outro país e invista em companhias aéreas brasileiras é capital estrangeiro¹⁸⁸.

A partir do novo marco regulatório as companhias aéreas são sociedades nacionais que podem receber livremente investimento tanto de pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil, quanto em outros Estados. As sociedades constituídas no estrangeiro continuam sem poder realizar o transporte doméstico de passageiros.

O investimento no setor aéreo feito também por capital estrangeiro tem potencial para gerar inovações tecnológicas, novos negócios, desenvolvimento de infraestrutura, maior oferta de bens e serviços etc. Enquanto esses referidos efeitos são potenciais, a entrada de novos *players* no mercado implica certamente na geração de novos empregos¹⁸⁹ e no pagamento de tributos ao fisco brasileiro.

¹⁸⁵ Aqui se chama de retórico o argumento da condição de setor estratégico e da segurança nacional, pois eles não vêm associados a um conteúdo jurídico, social, econômico, bem delimitado.

¹⁸⁶ SILVA, Fladimir Cândido da. **Challenges in civil aviation for the new Brazilian government**. Journal of Traffic and Transportation Engineering. 2019, p. 16.

¹⁸⁷ O conceito de sociedade estrangeira pode ser feito por exclusão. Conforme o art. 1.126 do CC, a sociedade nacional é aquela organizada em conformidade com a lei brasileira, que tenha sede e administração no Brasil. A sociedade estrangeira, portanto, não cumpre esses requisitos.

¹⁸⁸ Aqui se reforça a insubsistência do argumento de segurança nacional, pois um brasileiro pode ser considerado como investidor estrangeiro em companhias aéreas.

¹⁸⁹ Nesse sentido, o §1º do art. 156 do CBA estabelece que a função remunerada a bordo de aeronaves operadas por empresas brasileiras no formato de intercâmbio é reservada a brasileiros, enquanto o §3º desse dispositivo estabelece que no serviço aéreo internacional pelo menos 2/3 dos comissários de bordo da aeronave devem ser brasileiros.

Muito embora essa atração de novos investimentos se mostre adequada para uma maior geração de empregos e, conseqüentemente, de renda e desenvolvimento, há que se pontuar, no entanto, uma forte desvantagem, a remessa dos lucros para o exterior, sem que seja reinvestido na atividade. A questão é bastante sensível. Isso porque a regulação não deve impor o reinvestimento no país, pois isso poderia tornar o investimento inicial não atrativo. Ela, porém, também não pode ser demasiadamente flexível, de forma a permitir que o benefício na produção em solo brasileiro seja completamente remetido para fora do país.

Na perspectiva de um Estado gerencial, é fundamental que se leve em consideração a opinião do órgão ao qual se atribuiu a tarefa de regular determinado setor. No caso da liberalização da participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras, a ANAC demonstrou-se totalmente favorável à medida. Dentre os argumentos ventilados pelos representantes da autarquia, ressalta-se a dificuldade na fiscalização do *free float*.

A restrição à participação de capital estrangeiro no limite de 20%, inclusive, não evitava que as companhias aéreas brasileiras fossem efetivamente controladas por investidores estrangeiros. Em audiência pública no Senado Federal, o superintendente da Comissão de Valores Imobiliários (CVM), Fernando Soares Vieira, registrou a preocupação da CVM justamente com esses arranjos societários desenhados para cumprir, apenas formalmente, a restrição que era imposta pelo CBA. Com o novo marco regulatório, as operações societárias podem ser feitas de forma mais transparente e, assim, o trabalho de fiscalização da própria CVM é facilitado.

Um grande exemplo nesse sentido foi a discussão do controle estrangeiro disfarçado quando da fusão entre a TAM e a LAN Chile, iniciada em 2010. A operação realizada entre as duas maiores companhias aéreas da América Latina à época foi uma estratégia para a TAM se capitalizar, e para a LAN finalmente ingressar no mercado aéreo brasileiro¹⁹⁰. A estrutura foi devidamente aprovada pela ANAC, porém se sustenta que a operação apenas cumpriu o requisito do antigo art. 181, inciso II do CBA formalmente, tratando-se de uma operação encoberta, por meio da qual o controle da companhia ficaria, ao fim, com os chilenos¹⁹¹.

¹⁹⁰ A LAN tinha tentado adquirir uma fatia do mercado com a aquisição da VARIG, em 2007, com empréstimos conversíveis em ações. No entanto, a GOL comprou a VARIG em março de 2007. “Expertos de la industria y ejecutivos de LAN entieden la compra de Varig por parte de GOL como un seguro para impedir el ingreso de LAN al mercado brasileiro. ALEXANDER. Nicolás. **Elección de la estrategia de LAN Airlines de fusionarse com TAM Líneas Aéreas**. 2015. Orientador: Diego Finchelstein. 76 f. Trabalha de Licenciatura em Administração de Empresas. Escuela de Administración de Empresas, Universidad de San Andrés, Victoria, 2015.

¹⁹¹ Nesse sentido: “De acuerdo a expertos en el área la fusión corresponde a una adquisición de TAM por parte de LAN de forma encubierta, con el fin de eludir las restricciones impuestas por el gobierno brasileño. Esto se hace visible en la composición de acciones de la empresa en donde la familia Cueto tiene um 25,5% mientras que la familia Amaro um 12%”. ALEXANDER. Nicolás. **Elección de la estrategia de LAN Airlines de**

A medida de abertura ao investimento estrangeiro é, por fim, fundamental para a saúde financeira das companhias aéreas brasileiras. As grandes empresas como a TAM, a GOL e a AZUL, mesmo com a antiga restrição, procuraram firmar acordos com companhias estrangeiras para investimento. A racionalidade é simples. Capitalizar-se é melhor que tomar empréstimo. Especialmente num país como o Brasil, no qual as taxas de juro são altas, é essencial que as organizações tenham formas de capitalização pelo mercado disponíveis, inclusive com atração de capital estrangeiro.

O novo marco regulatório, portanto, demonstra-se adequado à disciplina da CRFB/88, é apta a gerar novos empregos, rodar a economia do país, capitalizar as empresas, não parece colocar em risco a segurança nacional, e deixa mais transparente a atuação de investimentos estrangeiros no país, facilitando a fiscalização dos órgãos competentes, como a ANAC e a CVM. De forma geral, a regulação parece ter sido otimizada com a alteração promovida no art. 181 do CBA pela Lei n. 13.842/2019, levando o país a trafegar na altitude de cruzeiro.

Numa perspectiva legislativa, contudo, a alteração promovida pela Lei n. 13.842/2019 se assemelha a um pouso forçado conduzido pelo Poder Executivo. Apesar de, desde 2004, o Poder Legislativo ter iniciado processos para modificar o art. 181 do CBA, as únicas mudanças efetivas somente aconteceram quando houve intervenção do Poder Executivo, por meio de medida provisória.

A história recente do Brasil está marcada por várias reformas importantes feitas por medidas provisórias. Segundo o art. 62 da CRFB/88, porém, as medidas provisórias devem ser editadas pelo Presidente da República quando houver relevância e urgência na medida. No caso da MP 843/2018, a relevância do tema é evidente. A questão da urgência, no entanto, é duvidosa.

Para compreender o porquê dessa insubsistência na afirmação de urgência, faz-se necessário retomar a tramitação da MP 714, em 2016. O texto original, como visto, previa uma ampliação da participação societária estrangeira para até 49% das ações com direito a

fusionarse com TAM Líneas Aéreas. 2015. Orientador: Diego Finchelstein. 76 f. Trabalho de Licenciatura em Administração de Empresas. Escuela de Administración de Empresas, Universidad de San Andrés, Victoria, 2015. Na mesma linha “Além disso, esta fusão acentua a estratégia financeira da TAM em captar recursos, uma vez que as ações da nova companhia aérea são negociadas nas bolsas de Santiago, Nova York e São Paulo. Dois pontos são essenciais para compreender essa ação estratégica da TAM. Primeiro, a legislação brasileira limita em 20% a participação estrangeira em companhias aéreas brasileiras. A TAM buscava capitalizar-se e a legislação brasileira obstruía essa intenção estratégica de participação da LAN no capital da TAM. Nesse sentido, concretizar essa ação estratégica pelas leis chilenas de transporte aéreo significava a princípio, uma forma de capitalização para TAM, contudo, esse não era o único interesse da companhia aérea”. PEREIRA, Ana Camilo. **Asas da centralidade em céus conhecidos:** a dinâmica empresarial do setor de transporte aéreo no território brasileiro. 2014. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

voto em companhias aéreas. Ao apreciar a medida, porém, a Câmara dos Deputados aprovou lei de conversão liberalizando 100% da participação estrangeira. À época, no Senado Federal, houve resistência à abertura para o capital estrangeiro.

Como a MP 714/2016 versava sobre outras matérias que interessavam a outros ramos da aviação civil, o governo interino entrou em acordo com os senadores, para que eles aprovassem o texto enviado pela Câmara dos Deputados, assegurando que vetaria o dispositivo que promovia a liberação de 100% de capital estrangeiro nas aéreas¹⁹². Posteriormente, em 2017, foi apresentado o 7425/2017 pelo mesmo governo interino, com previsão de abertura do setor para o capital estrangeiro. Inicialmente foi requerido e deferido o pedido de tramitação no regime de urgência, conforme Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Todavia, o pedido foi logo cancelado e o PL passou a tramitar no regime de prioridade.

O mesmo governo vetou a mudança, propôs a mudança, pediu urgência, negou a urgência e, quando está às vésperas de se encerrar, publicou a MP 843/2018, que se converteu na Lei n. 13.842/2019. A própria conversão da MP 843/2018 foi votada às pressas no Senado Federal, já em 22 de maio de 2019, o último dia de vigência da medida. Diante disso a alegação de urgência se revela questionável.

Outro aspecto curioso do processo legislativo tanto na MP 714/2016 quanto na MP 843/2018, é que, em ambos os casos, as mudanças propostas pelas casas legislativas foram vetadas pela presidência. Isso demonstra que não apenas o Poder Executivo impõe pautas para o Congresso Nacional apreciar, como também controla diretamente as suas iniciativas, restringindo as alterações que não tenham sido propostas por si, ou que possam dificultar a aprovação das suas medidas no tempo em que entende necessário.

A experiência brasileira, na perspectiva interna, revela um grande poder da Presidência da República nas alterações econômicas, com extrema articulação para promover e garantir as mudanças que deseja na regulação de setores estratégicos. Apesar de ter sido forçado, o pouso promovido pelo Poder Executivo com a Lei n. 13.843/2019 foi bem sucedido. Trata-se de medida que adequou o CBA à CRFB/88, com grande potencial para favorecer o desenvolvimento econômico no país, com geração de empregos e aumento da competição num setor tão marcado por oligopólios durante a história brasileira. A alteração não se demonstra perigosa à segurança nacional do Brasil, especialmente porque os agentes econômicos que atuam nesse mercado continuam sujeitos à regulação brasileira.

¹⁹² CORRÊA, Ismael Nedehf do Vale. **Capital externo nas empresas aéreas brasileiras**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 87, pp. 97-111. 2018, p. 102.

2.2 ESCALA PARA ADEQUAÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO AO PARADIGMA INTERNACIONAL

Na discussão sobre a liberalização da participação societária estrangeira em companhias aéreas no Brasil, tanto os que eram favoráveis quanto os que eram contrários à abertura para o capital estrangeiro falaram sobre experiências estrangeiras para fundamentar suas posições. Neste tópico serão analisados alguns pontos pertinentes sobre essa questão.

O mercado da aviação civil é marcado por operações de fusão, aquisição ou de operação integrada, como escolha das empresas para se manterem competitivas. A partir do início dos anos 2000 essas operações começaram a ser realizadas entre companhias de nacionalidades distintas. Essas fusões e aquisições entre estrangeiras tornaram-se mais constantes à medida que a economia foi se globalizando e os Estados passaram a adotar regras mais flexíveis para investimentos estrangeiros e controle e propriedade de companhias nacionais por estrangeiros.

Em 2010, o relatório *Investing Accross Borders*¹⁹³, iniciativa do World Bank Group, indicava que as restrições brasileiras ao investimento estrangeiro estavam acima da média dos demais países da América Latina e do Caribe¹⁹⁴. De fato, a tendência mundial tornou-se permitir um maior acesso ao capital estrangeiro, permitindo até 49% do capital com direito a voto de companhias aéreas, ou para a abertura total a esse tipo de investimento.

À época da MP 714/2016¹⁹⁵, especialmente nas audiências públicas realizadas pelo Senado Federal, um dos principais argumentos contrários à abertura do setor aéreo doméstico para o capital estrangeiro foi a existência de limitação da mesma natureza nos EUA. Apesar de os argumentos para a manutenção da restrição serem similares aos sustentados no Brasil anteriormente, a comparação com os EUA não é bem feita. Os objetivos que a regulação de um país em desenvolvimento pretende atingir não são os mesmos que aqueles escolhidos pelo regulador de um país desenvolvido¹⁹⁶.

¹⁹³ É uma iniciativa do World Bank Group para comparar a regulação de investimento estrangeiro direito ao redor do mundo e, a partir de números, apresentar como essa atuação estatal afeta o investimento de companhias estrangeiras nos mais diversos setores.

¹⁹⁴ Foram levadas em consideração a restrição do máximo de 20% para o setor aéreo, 30% no setor de mídias industriais e, à época, o setor de saúde, que era completamente fechado à participação de estrangeiros. WORLD BANK . *Investing accross borders*. 2010, p. 93.

¹⁹⁵ Vale lembrar que a MP 843/2018 não passou pelo mesmo processo de debate pelo Senado Federal, pois seu texto chegou nessa casa legislativa já no último dia de vigência. Foi necessária uma votação “às pressas” para que a MP fosse convertida na Lei n. 13.842/2019.

¹⁹⁶ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *Direito societário e regulação econômica*. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 30.

Os principais fundamentos para a política restritiva dos EUA são segurança nacional, competição e reciprocidade. De forma geral, sustenta-se que a ampliação ou liberalização dessa restrição poderia interferir em programas militares do governo (como o Civil Reserve Air Fleet); pode levar à diminuição da competição no setor, com a consolidação de empresas globais que consigam manipular o mercado; sustenta-se que os investidores americanos devem ter as mesmas oportunidades de investir em companhias aéreas estrangeiras¹⁹⁷.

O Federal Aviation Act de 1958, que regula a operação de companhias aéreas nos EUA, estabelece que companhias aéreas seriam “*a U.S. citizen*” que exerce a atividade de transporte aéreo e, por isso, o Congresso limitou a participação estrangeiras a um máximo de 25% das ações com direito a voto em companhias aéreas americanas¹⁹⁸. O *Department of Transportation*, órgão de controle de transportes nos EUA, porém, entendeu em alguns casos que o mero cumprimento da formalidade de 25% de participação estrangeira não é suficiente para autorizar a companhia aérea a operar em solo americano, pois existem outras formas de controle possíveis¹⁹⁹. Esse entendimento de busca do efetivo controle não se repetiu no Brasil, demonstrando, de logo, a diferença entre a regulação brasileira e norte americana.

Muito embora o processo de liberalização do setor norte americano tenha se dado em 1978, com o Airline Deregulation Act, a restrição ao capital estrangeiro, apesar de questionamentos legislativos, também permaneceu no país²⁰⁰. A comparação entre as políticas regulatórias brasileira e norte-americana, entretanto, se revela equivocada. Os fundamentos

¹⁹⁷ LEE, Sanghoon. **Reconsidering Limits on Foreign Investment in United States Airlines**. Cornell Journal of Law and Public Policy, vol. 1, issue 1, article 7. Spring. 1992, pp. 182-183.

¹⁹⁸ LEE, Sanghoon. **Reconsidering Limits on Foreign Investment in United States Airlines**. Cornell Journal of Law and Public Policy, vol. 1, issue 1, article 7. Spring. 1992, p. 185.

¹⁹⁹ Sobre o tema: “Several cases illustrate the machinations the US Government has employed in determining whether or not a US air carrier is controlled by its citizens (Table 2). One of the most widely cited decisions of the DOT, in which the actual control test was thoroughly discussed and applied, is Willye Peter Daetwyler, D.B.A. Inter- American Airfreight Co., Foreign Permit in 1971. The case focused on whether Daetwyler, a citizen of Switzerland, could actually be considered fit to control a US air carrier. Although Daetwyler owned 25% of D.B.A. Interamerican Airfreight Co. stock, as permitted by the 1958 Act, and US citizens comprised two-thirds of the corporation’s board of directors and other managing officers, the CAB ruled that because he was in a position of control, the carrier did not qualify as a ‘citizen of the US’ under the 1958 Act”. CHANG, Yu-Chun; WILLIAMS, George; HSU, Chia-Jui. **The evolution of airline ownership and control provisions**. Journal of Air Transport Management, vol. 10, issue 3, pp. 161-172. 2004, p. 162.

²⁰⁰ O escopo do trabalho não comporta a análise da tutela da participação societária estrangeira feita pelos EUA, no entanto, é fundamental registrar que essa limitação de 25% não permaneceu incontestada. Shanghoon Lee conta: “On April 24, 1991, the House introduced the Airline Competition Enhancement Act of 1991 (“House proposal”), which Representatives Oberstar, Roe, Hammerschmidt, and Clinger sponsored, and which Congress referred to the Committee on Public Works and Transportation. Section three of the proposed bill, entitled “Reduction of U.S. Citizenship Voting Interest Ownership Requirements”, would allow non-U.A. citizens to acquire up to 49% of a U.S. airline’s stock under specific circumstances. It would give the Secretary of Transportation the authority to permit foreign investors to acquire up to 49% of the stock if eight conditions are met. These eight conditions address many of the concerns voiced by supporters of limits on foreign investment. This conditional liberalization is an effort to balance the competing concerns of enhancing competition and protecting national security”. LEE, Sanghoon. **Reconsidering Limits on Foreign Investment in United States Airlines**. Cornell Journal of Law and Public Policy, vol. 1, issue 1, article 7. Spring. 1992, pp. 195-196.

para a limitação poderiam ser similares, no entanto, a realidade dos países é completamente distinta.

A atuação militar americana é, historicamente, maior que a brasileira; os EUA são considerados como um país desenvolvido, de economia consolidada; os órgãos de controle de transporte não analisam apenas o cumprimento da regra formal de 25% de participação estrangeira, como também todos os aspectos envolvidos para aferir quem tem o efetivo controle da companhia; os EUA foram pioneiros no processo de desregulação do setor aéreo; é um país com abundância de capital, no qual há intensa participação da população em geral no mercado de capitais; os EUA são o maior mercado de aviação do mundo.

A afirmação de que a restrição do antigo art. 181 do CBA se justificava, pois os EUA, país de tendência liberal, adotava limitação semelhante, revela um descolamento da oposição com a experiência brasileira no transporte aéreo. As próprias manifestações parlamentares sobre o tema demonstram que a conotação utilizada para sustentar esse argumento era de deboche em relação àqueles que defendiam a abertura ao capital estrangeiro.

Entende-se, porém, que a situação brasileira deve ser cotejada com a de países similares. O Chile foi o primeiro Estado a defender a abolição de requisitos de nacionalidade para donos e administradores de companhias aéreas no país. Desde 1979 o Chile adota o parâmetro da ligação da empresa com o território nacional, não se importando com a nacionalidade dos seus donos ou administradores²⁰¹. Segundo essa política regulatória, a companhia deve provar que o local principal dos negócios é no Chile, o que pode ser feito com a demonstração de que as aeronaves foram registradas no país, que a tripulação é chilena, que a manutenção das aeronaves é feita no Chile etc. Como resultado, o Chile afirmou à OACI que esse modelo de regulação contribuiu para o sucesso da aviação comercial no país²⁰². Segundo relatório do Fórum Econômico Mundial, essa tendência foi seguida por

²⁰¹ INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Proposal for the liberalization of air carrier ownership and control**. Working Paper. Worldwide Air Transport Conference (ATCONF), Sixth Meeting. 2013, p. 1.

²⁰² Conforme relatado: “This liberalized approach which Chile has adopted when granting Chilean nationality to an air carrier has contributed to the success of Chile's commercial air policy. Allowing ownership and control of a Chilean air carrier to become totally in the hands of foreigners has boosted foreign investment in Chilean airlines but what's more, it has also boosted national investment in Chilean airlines. This is due to the fact that national investors consider that publicly traded shares of a Chilean airline are worth more if they can be listed on foreign stock exchanges and purchased by foreigners, as opposed to restricting the purchase thereof to nationals only”. INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Proposal for the liberalization of air carrier ownership and control**. Working Paper. Worldwide Air Transport Conference (ATCONF), Sixth Meeting. 2013, p. 2.

outros países latino-americanos, como a Costa Rica e El Salvador, mas também por Hong Kong e Singapura²⁰³.

Por se tratar de um país com dimensões continentais, sem fronteiras terrestres, que depende diretamente do transporte aéreo, o caso da Austrália também é interessante para a perspectiva brasileira. A política regulatória australiana iniciada nos anos 1950 era bastante similar à ideia de concorrência controlada brasileira. A chama *Two Airline Policy* desenhada pelo governo australiano para impedir o monopólio estatal ou privado, mas também para evitar a concorrência desnecessária. Apesar de o processo de desregulação do setor ter se iniciado na década de 1970 na Austrália, somente em 1990 a *Two Airline Policy* foi finalizada, encerrando-se com a barreira que ela impunha à entrada de novos agentes²⁰⁴.

A partir de 1992 o governo australiano privatizou companhias aéreas estatais, permitindo operações de fusão entre elas, e iniciou um processo flexibilização das restrições à propriedade de companhias aéreas por estrangeiros²⁰⁵. As limitações remanescentes foram completamente abolidas no final dos anos 1990, com a emenda às diretrizes traçadas pelo Foreign Investment Review Board, permitindo que até 100% do capital das aéreas fosse estrangeiro, a menos que isso se demonstre contrário aos interesses nacionais²⁰⁶. Hoje a tutela da participação societária estrangeira em companhias aéreas se dá de duas formas na Austrália, em se tratando de companhia doméstica, é possível que haja aporte de 100% de capital estrangeiro, no entanto, caso se trate de companhia internacional, o limite para é de 49%²⁰⁷.

A experiência australiana guarda aspectos semelhantes com o mercado da aviação comercial brasileira, especialmente pela concentração do mercado, apoiada por políticas públicas. O argumento de segurança nacional parece mais plausível na Austrália, diante de todas as limitações de transporte terrestre que o país tem, já que se trata de uma ilha

²⁰³ WORLD ECONOMIC FORUM. **A new regulatory model for foreign investment in Airlines**. Industry Agenda. 2016, p. 12.

²⁰⁴ QUIGGIN, John. **Evaluating airline deregulation in Australia**. The Australian Economic Review, vol. 30, n. 1, pp. 45–56. 1997, p. 46.

²⁰⁵ Nesse sentido: “In 1994 Australia changed its law to give foreign investors the possibility to own up to 49% of an Australian international airline (with a single foreign carrier holding limited to 25% and total foreign carriers limited to 35%). This was replaced with a single 49% foreign ownership limit in 2000.”

²⁰⁶ INTERNATIONAL BUSINESS PUBLICATIONS. **Australia aviation and aerospace industry handbook**. World Strategic and Business Information Library. International Business Publications, 6 ed., USA. 2016, p. 81.

²⁰⁷ CHANG, Yu-Chun; WILLIAMS, George; HSU, Chia-Jui. **The evolution of airline ownership and control provisions**. Journal of Air Transport Management, vol. 10, issue 3, pp. 161-172. 2004, p. 162.

continental. Apesar disso, a Austrália liberalizou o capital estrangeiro quase vinte anos antes do Brasil, experimentando o objetivo pretendido, o aumento da competição²⁰⁸.

Outro país cuja comparação seria possível é a Bolívia. Embora não seja um país de dimensões territoriais similares às do Brasil, o contexto político-econômico de matriz pluralista – e tendências à esquerda – mostra-se interessante para afastar argumentos de que a liberalização promovida pela Lei n. 13.842/2019 se trataria de “entreguismo”²⁰⁹. Entrou em vigor na Bolívia, em 2004, a *Ley de Aeronáutica Civil*, Lei n. 2.902/2004. O art. 91º desse diploma normativo estabelece que a exploração de serviços de transporte aéreo interno ou internacional será feito por empresas nacionais que cumpram quatro requisitos, previstos nas alíneas de “a” a “d”²¹⁰.

Chama-se atenção para a utilização de um critério semelhante àquele adotado pelo Chile, segundo o qual, além de a pessoa jurídica dever ser constituída legalmente segundo as leis bolivianas e ter sede no país, deve ter seu principal escritório no território boliviano. Outro aspecto relevante da regulação boliviana é a preocupação com a garantia de emprego de pessoas nacionais, pois a alínea “b” dispõe que ao menos 85% dos profissionais deve ser boliviano.

Observa-se, portanto, que o novo marco regulatório brasileiro está em consonância com a tendência mundial de liberalização da participação societária estrangeira em companhias aéreas domésticas. Trata-se de medida adequada para atrair investimentos para um país em desenvolvimento, seguindo a linha de outros Estados com características econômicas, dimensionais similares, e com contextos histórico-políticos semelhantes.

Com o novo marco regulatório, o Brasil tem enunciado sua intenção de liberalizar o setor. O país adotou posição de liderança na última Assembleia da OACI, realizada em 2019, pedindo agilidade na formulação de regras para, inclusive, a liberalização do mercado de transporte aéreo internacional. Isso demonstra um esforço positivo do governo e das

²⁰⁸ CHANG, Yu-Chun; WILLIAMS, George; HSU, Chia-Jui. **The evolution of airline ownership and control provisions**. *Journal of Air Transport Management*, vol. 10, issue 3, pp. 161-172. 2004, p. 170.

²⁰⁹ O termo é utilizado fazendo menção à crítica político ideológica de desnacionalização de setores econômicos – especialmente os considerados estratégicos – com a permissão de investimentos econômicos. O termo tem conotação pejorativa, pois entende-se que esse tipo de política seria entregar recursos a outros Estados.

²¹⁰ “Artículo 91º.- Las empresas nacionales que se dediquen a la explotación de servicios de transporte aéreo interno o internacional deben cumplir básicamente con los siguientes requisitos: a) Estar constituidas legalmente, tener domicilio permanente y oficina principal en territorio boliviano; b) Realizar inversiones significativas en el mismo territorio y contratar como personal de planta al menos el 85% (ochenta y cinco por ciento) a profesionales y trabajadores bolivianos; c) Acreditar permanentemente solvencia económica; d) Demostrar capacidad técnica y operativa para prestar con seguridad y eficiencia los servicios de transporte aéreo”. BOLÍVIA. Lei n. 2.902, de 29 de outubro de 2004. **Aeronáutica Civil de La Republica de Bolivia**. Disponível em <<https://www.dgac.gob.bo/ley-2902/>>.

autoridades regulatórias do país para atrair investimentos para o setor, historicamente marcado por crises econômicas.

2.3 A CAIXA PRETA DA REGULAÇÃO

A caixa preta das aeronaves é um dos principais instrumentos para a aviação civil. Trata-se de instrumento utilizado para encontrar as causas de acidentes aéreos. O aparelho é composto por dois sistemas de captura de dados, um monitora e grava as informações dos sistemas da aeronave, e o outro grava o áudio da cabine de comando²¹¹. A partir da análise desses dados, torna-se possível a emissão de recomendações para evitar acidentes da mesma natureza. As normas do antitruste são instrumentos tão fundamentais para o funcionamento regular dos mercados quanto as caixas pretas das aeronaves são fundamentais para a investigação e prevenção de acidentes aéreos.

No Brasil, o antitruste nasce com finalidades nacionalistas, com a finalidade de proteger os interesses nacionais do poder econômico que derivava do capital nacional²¹². A primeira Constituição²¹³ a prever, expressamente, a necessidade de repressão aos abusos perpetrados pelos agentes econômicos, constitucionalizando o direito da concorrência, foi a Constituição Federal de 1946²¹⁴. A concretização do mandamento constitucional, porém, só foi realizada com a promulgação da Lei n. 4.137/1962, a qual foi o principal marco de defesa da concorrência do século XX no Brasil, até a nova Constituição²¹⁵. Com a promulgação da

²¹¹ BIELLI, Eduardo, Noza. **Tecnologia e redução de acidentes na aviação**. 2018. 37 f. TCC (graduação) – Curso de Ciências Aeronáuticas, Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2018, p. 14.

²¹² FORGIONI, Paula A. *Fundamentos do Antitruste*, 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 110-111.

²¹³ Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues apontam que: “a Constituição Federal de 1934 trazia em seu art. 115 as primeiras preocupações relativas à liberdade econômica. Entretanto, não houve nesse período a elaboração de lei destinada a regular a competição no mercado, com a exceção do Código de Propriedade Industrial, o qual apontava elementos destinados a evitar a vantagem competitiva desleal. Em 1945 surgiu a primeira lei brasileira de orientação antitruste, cujo autor era o então Ministro do Trabalho, Agamennon Magalhães. Conhecida como Lei Malaia, o Decreto-Lei n. 7.666 criava a Comissão de Defesa Econômica e dava poderes ao Governo para expropriar qualquer organização que possuísse negócios que lesassem o interesse nacional, mencionando, de forma específica, as empresas nacionais e estrangeiras vinculadas aos trustes e cartéis. O presidente Getúlio Vargas, que assinou a Lei Malaia, foi deposto por um golpe de Estado e, poucos dias depois, em 9 de novembro de 1945, o presidente provisório, José Linhares, desfez o seu ato”. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²¹⁴ OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência [livro eletrônico]*/ Gesner, Oliveira, João Grandino Rodas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – (CEDES: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social; v.3). 2017.

²¹⁵ OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência [livro eletrônico]*/ Gesner, Oliveira, João Grandino Rodas. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. – (CEDES: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social; v.3). 2017.

CRFB/88, fez-se necessária a edição de nova lei para regulamentar a ordem constitucional vigente.

Em 1994 foi publicada a Lei n. 8.884/1994, que revogou, expressamente, as leis de direito da concorrência anteriores, e modificou a Lei n. 8.137/1990, que dispunha sobre crimes contra a ordem econômica. Um dos principais pontos trazidos com esta lei foi a constituição do CADE enquanto autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça²¹⁶⁻²¹⁷. A posição de órgão judicante e autarquia federal conferiram ao CADE uma maior visibilidade e importância, legitimando o seu papel de defesa da livre concorrência²¹⁸.

Foi, porém, com a promulgação da Lei n. 12.529/2011, que se mudou o paradigma do direito concorrencial brasileiro. A Lei n. 12.529/2011 concretiza a regra da repressão ao abuso do poder econômico, fazendo-o de forma dual, pois prevê que o fato abuso pode consistir tanto em comportamentos que podem ser subsumidos às hipóteses de controle de estruturas²¹⁹, quanto às hipóteses de controle de condutas²²⁰. Esse instrumento legal, inclusive, foi o primeiro a prever a advocacia da concorrência²²¹ como política de defesa da concorrência.

²¹⁶ BRASIL. Art. 3º, Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/18884.htm>

²¹⁷ Somente com a Medida Provisória n. 2.055/2000, transformada na Lei n. 10.149/2000, passou-se a utilizar, oficialmente, a expressão Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência (SBDC), referindo-se à entidade e aos órgãos com competência na área concorrencial: o CADE, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), antiga SNDE, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae).

²¹⁸ Nesse sentido, Dallal Stevens: “For proponents of competition policy, Brazil’s new law will seem a very positive venture. It is the first real attempt to harmonize preexisting antitrust legislation. It has also incorporated various improvements: namely, the increase of CADE’s powers, particularly in relation to mergers, the amendment of the sanctioning provisions, and the promotion of CADE to an independent agency. These changes should facilitate the growth in CADE’s competition expertise. It no longer need fear the overturn of its decisions by courts that have not mastered the complexities of antitrust law”. STEVENS, Dallal. (1995). **Framing competition law within an emerging economy: The case of Brazil**. The Antitrust Bulletin, p. 970.

²¹⁹ O controle de estruturas posiciona-se contra a concentração de poder de mercado, defendendo o aumento do número de agentes econômicos, a fim de que se mantenha uma estrutura plural, para evitar as disfunções no mercado. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²²⁰ A abordagem do controle de condutas visa complementar o controle de estruturas, pois a radicalização do controle estrutural pode inviabilizar a formação de agentes de mercado eficientes, os quais poderiam trazer mais benefícios aos próprios consumidores²²⁰. O controle de condutas, portanto, é um controle repressivo, o qual está regrado principalmente pelo art. 36 e seguintes da Lei n. 12.529/2011, que versa sobre as infrações da ordem econômica. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2016

²²¹ Já a advocacia da concorrência são as atividades desempenhadas pelos órgãos de defesa concorrência que buscam promover um ambiente competitivo por meio de conscientização da população acerca dos benefícios da competição entre agentes econômicos, bem como mantendo relações com outras entidades governamentais, oferecendo sugestões e conselhos sobre políticas públicas e medidas que podem promover práticas anti-competitivas e ineficientes. International Competition Network – ICN Advocacy Working Group, encontrado no trabalho do Sub-group 4 of the Capacity Building & Competition Policy Implementation - CBCPI. **Competition advocacy on regulated sectors: examples of success**. International competition network, 2004 Annual

No âmbito da aviação civil brasileira, como visto, a preocupação com a concorrência se evidenciou na década de 1960, ainda na lógica de proteção contra o poder econômico estrangeiro. Diante do grande número de agentes atuantes no mercado, teve início o processo de regulação do setor. A finalidade era evitar monopólios, mas principalmente controlar a entrada – e permanência – de *players* no mercado.

A visão tradicional da teoria da regulação é de que os instrumentos regulatórios devem ser utilizados para corrigir a ineficiência ou inequidade de práticas de mercado, sendo os monopólios um dos principais desvios no mercado²²². Segundo essa acepção, para evitar os efeitos negativos é que se justificam políticas regulatórias de limitação à entrada e saída do mercado, controle de qualidade dos produtos e serviços, e a determinação de preços²²³.

O setor de infraestrutura é comumente associado aos monopólios naturais. A existência deles, por sua vez, relaciona-se com a ideia de economias de escala ou de escopo em relação ao tamanho do mercado²²⁴. Apesar de estar contido no conjunto do transporte, o serviço de transporte aéreo não é um monopólio natural²²⁵, de forma que a regulação tradicionalmente feita para evita-los pode estar em dissonância com a estrutura da aviação civil²²⁶.

Conference, Seoul, Korea. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_3rd_seoul_2004/capacitybuild_sg4_seoul.pdf>.

²²² Sobre o tema, Richard Posner: “With these assumptions, it was very easy to argue that the principal government interventions in the economy – trade union protection, public utility and common carrier regulation, public power and reclamation programs, farm subsidies, occupational licensure, the minimum wage, even tariffs – were simply responses of government to public demands for the rectification of palpable and remediable inefficiencies and inequities in the operation of the free market. Behind each scheme of regulation could be discerned a market imperfection, the existence of which supplied a complete justification for some regulation assumed to operate effectively and without cost. Were this theory of regulation correct, we would find regulation imposed mainly in highly concentrated industries (where the danger of monopoly is greatest) and in industries that generate substantial external costs or benefits. We do not”. POSNER, Richard. **Theories of economic regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 5, n. 2, pp. 335-358. 1974, p. 336.

²²³ POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. **Defesa da concorrência e regulação de setores de infraestrutura em transição**. Revista de Direito Econômico, CADE. 1998, p. 2.

²²⁴ POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. **Defesa da concorrência e regulação de setores de infraestrutura em transição**. Revista de Direito Econômico, CADE. 1998, p. 3.

²²⁵ Nesse sentido, Eduardo Augusto Guimarães: “O serviço de transporte aéreo não constitui um caso de monopólio natural, não estando presentes nesse segmento produtivo as características que o configuram: a indústria não apresenta economias de escala e de escopo significativas vis-à-vis a dimensão do mercado; tampouco se constata a existência de barreiras à entrada substantivas; além disso, o investimento requerido para ingressar nesse segmento é de menor magnitude e pode ser recuperado em sua maior parte, caso um novo produtor resolva abandonar o mercado”. GUIMARÃES, Eduardo Augusto. **Aspectos regulatórios do mercado de transporte aéreo no Brasil**. In: A Regulação do Mercado de Aviação no Brasil. Nota Técnica 2. Ipea. Rio de Janeiro. 2003, p. 1.

²²⁶ Richard Posner afirma: “Some fifteen years of theoretical and empirical research, conducted mainly by economists, have demonstrated that regulation is not positively correlated with the presence of external economies or diseconomies or with monopoly market structure. Few, if any, responsible students of the airline industry, for example, believe that there is some intrinsic peculiarity about the market for air transportation that

A regulação promovida no Brasil no setor aéreo a partir dos anos 1960, porém, revela a fragilidade dessa teoria. Isso porque a lógica utilizada pelo Estado regulador à época foi inversa. Os marcos regulatórios foram sendo instituídos para garantir oligopólios, impedindo a livre concorrência em um mercado potencialmente competitivo. A partir do processo de flexibilização, as estratégias regulatórias deixaram de ser aquelas mais intervencionistas, deixando-se um espaço mais favorável à autorregulação do mercado, e consequente fortalecimento dos órgãos de defesa da concorrência.

Com a liberalização da participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras, a importância da defesa da concorrência torna-se ainda mais evidente para o mercado da aviação comercial. Isso porque, muito embora abertura ao capital estrangeiro tenha potencial para atrair novos *players* para o mercado brasileiro e fortalecer companhias já instaladas, a mera abolição do limite à participação de capital estrangeiro, não garante por si só um mercado competitivo. O abuso do poder econômico pode comprometer toda a higidez do setor, especialmente num contexto global de fortes alianças aéreas²²⁷, as quais podem resultar no domínio de mercados²²⁸.

A competição saudável deve ser incentivada e protegida, pois entrada de novos concorrentes pode resultar em grandes benefícios ao setor e ao consumidor. Um exemplo disso no Brasil foi o início da operação da Azul Linhas Aéreas em 2008²²⁹. O ingresso dessa nova concorrente refletiu diretamente na redução de preços das passagens, redução do nível de concentração do mercado, e na oferta doméstica de voos e rotas, vez que a Azul se tornou a companhia que atende o maior número de aeroportos no Brasil²³⁰. Entretanto, não basta que haja ingresso de novos concorrentes se a permanência deles no mercado estiver comprometida pelo abuso de poder econômico de empresas já estabelecidas.

A legislação antitruste brasileira confere aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) a estrutura necessária para reprimir infrações da ordem econômica e

requires prices and entry to be fixed by the government". POSNER, Richard. **Theories of economic regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 5, n. 2, pp. 335-358. 1974, p. 336.

²²⁷ As mais fortes alianças aéreas são a One World, a Star Alliance e a Sky Team. Trata-se de um grupo de companhias aéreas que formaliza acordos de cooperação para conquistar maiores vantagens, como a redução de custos, fidelização de clientes, compartilhamento de voos etc.

²²⁸ Essa realidade global, porém, não pode ser utilizada como justificativa para restringir a participação societária estrangeira no setor, como se ela, por si só, fosse suficiente para gerar essas deturpações mercadológicas.

²²⁹ A empresa, inclusive, guarda relação direta com a discussão acerca das limitações à participação de estrangeiros em companhias aéreas brasileiras. Isso porque a criação da Azul somente foi possível, pois seu fundador, David Neeleman, apesar de ser filho de estrangeiros, nasceu no Brasil e viveu no país durante cinco anos de sua vida, adquirindo nacionalidade brasileira. Sem a nacionalidade brasileira, David Neeleman não poderia ter mais que 20% do capital com direito a voto da Azul, nem mesmo ser o dirigente da empresa, na forma dos incisos II e III do art. 181 do CBA, vigente à época de constituição da companhia aérea.

²³⁰ RODRIGUES, Eduardo Frade. **Restrições regulatórias nacionalistas: o caso das companhias aéreas**. Revista de Direito Setorial e Regulatório/Journal of Law and Regulation, vol. 1, n. 2, pp. 39-56. 2015, p. 51

para controlar concentrações. Por meio dessa atuação preventiva e repressiva, é possível conduzir o mercado aéreo à concretização dos princípios-fins da ordem econômica eleitos pela CRFB/88. Da mesma forma, cabe à ANAC, enquanto reguladora do setor, comunicar os fatos que configurem ou possam configurar infração, e as condutas que comprometam a defesa e promoção da concorrência ao CADE, consoante previsão expressa de sua lei instituidora.

É o plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica o órgão que tem a atribuição de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica ou não, e de apreciar os atos de concentração, aprovando-os ou rejeitando-os, ou impondo restrições à aprovação, conforme previsão de incisos do art. 9º da Lei n. 12.259/2011.

Tradicionalmente, as infrações à concorrência são divididas em três manifestações, os acordos, o abuso de posição dominante e as concentrações²³¹. O paradigma eleito pelo ordenamento brasileiro, porém, é mais abrangente. O caput do art. 36 da Lei n. 12.259/2011 prevê que os atos que, de qualquer forma, tenham o objetivo ou o potencial para limitar, falsear, ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante²³² de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante, independentemente de culpa ou da efetiva produção do resultado, consubstanciam infrações contra a ordem econômica. O §3º do art. 36 elenca, em dezoito incisos, algumas condutas que podem configurar essas infrações, porém o rol é meramente exemplificativo.

As penalidades que o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica pode impor aos responsáveis pelas infrações têm potencial para impactar significativamente a pessoa física ou jurídica infratora tanto na esfera econômica, com a imposição de multas²³³, quanto a imagem dela perante o mercado, com a publicação da decisão condenatória em jornais, a inscrição em Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, bem como restringir direitos dessa pessoa, a exemplo da proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações, licença compulsória de direito de propriedade intelectual, impedimento de parcelar

²³¹ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do Antitruste**, 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 139.

²³² O §1º ressalva a conquista de mercado que é resultado de processos mais eficientes do agente econômico quando comparado com os demais competidores.

²³³ O art. 37 estabelece três tipos de multa I) no caso de empresa, sendo a multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa ou grupo, não podendo ser inferior à vantagem auferida; II) pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 e R\$ 2.000.000.000,00; III) no caso de administrador direta ou indiretamente responsável, desde que comprovada culpa ou dolo, a multa será de 1% a 20% incidente sobre a multa aplicada à empresa, ou pessoas físicas e jurídicas.

tributos federais ou o cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos etc., na forma do art. 38.

A esfera de atuação no controle de infrações, portanto, é vasta e as penalidades demonstram-se adequadas para reprimir as condutas que afrontem os princípios da ordem econômica constitucional ou, ao menos, tenham potencial para tanto. Inclusive, o art. 39 da Lei n. 12.259/2011 já estabelece que, em caso de continuidade dos atos após decisão do Tribunal determinando a cessação, ou pelo não cumprimento de obrigações ou medidas preventivas, incidirá multa no valor de R\$ 5.000,00 por dia de descumprimento, a qual pode ser aumentada em até cinquenta vezes, a depender da situação econômica do infrator e da gravidade da infração.

O mercado aéreo é historicamente marcado por operações societárias de fusões, aquisições, acordos de cooperação etc. Embora esses negócios possam ser extremamente benéficos para impedir a falência de empresas, fortalecer empresas com fatias menores do mercado, esses atos de concentração podem significar a diminuição da concorrência e o controle de mercado. É nessa perspectiva que o CADE tem a atribuição²³⁴ de analisar os pedidos de aprovação de atos de concentração econômica²³⁵.

Atos de concentração que impliquem na eliminação de concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar posição dominante ou, ainda, resultar na dominação de mercado relevante são, em regra²³⁶, proibidos. Ao analisar o pleito de aprovação, a Superintendência-Geral do CADE poderá conhecer diretamente do pedido, quando novas diligências forem desnecessárias ou quando houver menos potencial ofensivo à concorrência; determinar a realização de instrução complementar, indicando quais diligências devem ser efetuadas. Ao final da instrução, a Superintendência-Geral poderá aprovar o ato

²³⁴ O art. 88 da Lei n. 12.529/2011 define quais são os atos de concentração econômica que devem ser submetidos a apreciação pelo CADE. “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”. Segundo o §3º desse artigo, esse atos não poderão se consumir até que haja manifestação do CADE, sob pena de nulidade e imposição de multa.

²³⁵ O conceito de ato de concentração também está previsto na lei antitruste. Na forma do art. 90, configura-se ato de concentração a fusão entre duas ou mais empresas anteriormente independentes, a aquisição por uma empresa do controle de outra (por meio de compra ou permuta de ações, quotas, títulos etc.); a incorporação de uma ou mais empresas; a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* entre duas empresas.

²³⁶ O art. 88, §6º traz exceções a esta regra: “§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes

sem restrições, ou apresentar impugnação perante o Tribunal Administrativo, demonstrando o potencial lesivo da operação, e expondo os motivos pelos quais o ato deve ser rejeitado ou aprovado com restrições.

Seguido o rito administrativo, o Tribunal julgará o pedido, aprovando integralmente ou em parte, ou rejeitando-o. Caso decida pela aprovação parcial, é dever do Tribunal especificar quais restrições deverão ser observadas. Dentre essas restrições, o art. 61, §2º da Lei n. 12.529/2011 prevê que é possível a determinação de venda de ativos, cisão de sociedade, alienação de controle societário, separação contábil ou jurídica de atividades, licenciamento compulsório de direito de propriedade intelectual, ou outros atos necessários. Entretanto, poderão ser impostas outras obrigações, desde que necessárias para eliminação dos efeitos nocivos à concorrência.

Um exemplo da imposição de aprovação com restrições de pedido de concentração de companhias aéreas foi o caso da fusão da TAM com a LAN para formar a LATAM. No julgamento do Ato de Concentração n. 08012009497/2010-84²³⁷, o relator do processo votou pela aprovação da operação impondo, com restrição, a necessidade de permuta de *slots* e infraestrutura aeroportuária conexa no Aeroporto de Guarulhos, permitindo que outras empresas operem duas frequências diárias na rota São Paulo – Santiago – São Paulo por meio de voos diretos. Para a efetivação da restrição imposta, foram listadas doze condições. A TAM e a LAN opuseram embargos de declaração contra essa decisão. Os aclaratórios foram parcialmente acolhidos, mas não houve mudança quanto à existência de restrições. Apenas alterou-se o termo inicial da contagem de prazo das obrigações impostas na decisão embargada.

Constata-se, portanto, que os órgãos do SBDC têm atribuições e instrumentos para regular o mercado aéreo mesmo com liberalização da participação societária estrangeira, de forma a evitar a concorrência ruínosa temida desde a época de 1960. O abuso do poder econômico, os atos de concentração e as condutas comerciais que ofereçam risco à concorrência e à livre iniciativa é que devem ser prevenidas e reprimidas, o que deve ser feito por meio da atuação harmônica entre a ANAC e os órgãos do SBDC, em especial o CADE. A restrição à capitalização das companhias aéreas por meio da limitação da participação societária estrangeira impunha verdadeira barreira à livre iniciativa, contribuindo para a

²³⁷ O acesso aos autos públicos do processo pode ser feito por meio do site <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>.

concentração do mercado aéreo brasileiro. Feita as análises pertinentes, dá-se início ao procedimento de aterrissagem.

CONCLUSÕES

Toda viagem tem começo, meio e fim. Quando feitas de avião, elas terminam com o pouso da aeronave e o conseqüente desembarque dos passageiros. A viagem proposta por esse trabalho iniciou-se com uma exposição da regulação sobre capital estrangeiro em companhias aéreas, desde o início da atividade no país, até a nova disciplina da matéria. O seu meio tratou-se da análise crítica desenvolvida. O seu fim se concretiza com as conclusões que a seguir serão expostas.

A alteração feita no CBA pela Lei n. 13.842/2019 está em consonância com a CRFB/88 e seu projeto econômico de prestigiar a livre iniciativa e a concorrência, controlando o abuso do poder econômico. A liberalização da participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras tem potencial para atrair novos investimentos no setor aéreo, incentivando a entrada de novos *players* no mercado, o fortalecimento das empresas já existentes, a geração de empregos, a inovação, a concorrência, aumentar a oferta e, de médio a longo prazo, a resultar na redução do valor do serviço, beneficiando os consumidores. Essas potencialidades também estão de acordo com os princípios-fim constitucionais para a ordem econômica.

A antiga limitação à participação de capital externo não impedia, de fato, que estrangeiros efetivamente controlassem companhias aéreas. Em verdade, ela apenas favorecia o desenho de arranjos societários complexos, dificultando a fiscalização pelos órgãos e entidades competentes. É necessário, porém, que esses agente reguladores e formuladores de políticas públicas invistam na formação de atrativos para que o capital estrangeiro aportado nas companhias, ao se transformar em lucro, seja reinvestido no país, gerando riqueza e alimentando a economia brasileira.

Verificou-se que a utilização do argumento de segurança nacional era anacrônica, servindo apenas como retórica para impedir a abertura ao capital externo. O Brasil continua exercendo soberania sobre seu espaço aéreo, e as autoridades aeronáuticas estão estruturadas para atuar quando houver ameaças a esta soberania. A mera possibilidade de pessoas que residem fora do país investirem e controlarem companhias aéreas não fragiliza a segurança da sociedade. Mesmo com capital estrangeiro, as companhias aéreas que exploram transporte público serão brasileiras, submetendo-se à legislação, regulação e fiscalização das autoridades do país.

O estudo revelou, ainda, o grande poder da Presidência da República nas alterações econômicas, especialmente na regulação de setores estratégicos. Mesmo com projetos de lei

apresentados tanto por parlamentares quanto pelo próprio Poder Executivo, as únicas mudanças efetivas na regra que limitava a participação de estrangeiros em companhias aéreas brasileiras somente aconteceram por meio de medida provisória.

O novo marco também se mostrou alinhado às tendências internacionais para o setor aéreo. A medida é adequada para atrair investimentos para um país em desenvolvimento como Brasil. A liberalização da participação societária estrangeira em companhias aéreas nacionais já era a regra em outros Estados com características econômicas, dimensionais similares, e com contextos histórico-políticos semelhantes ao brasileiro. Mesmo países mais protecionistas já adotavam previsões similares. Essa nova regulação permite o Brasil enunciar sua intenção de liberalizar o setor, assumindo posição de liderança em órgãos internacionais quando há discussão sobre o tema. Isso demonstra um esforço positivo do país para atrair investimentos para o setor, historicamente marcado por crises econômicas.

Constatou-se, por fim, que os órgãos do SBDC têm atribuições e instrumentos para regular o mercado aéreo mesmo com liberalização da participação societária estrangeira, de forma a evitar o abuso do poder econômico. Os atos de concentração e as condutas comerciais que ofereçam risco à concorrência e à livre iniciativa devem ser prevenidas e reprimidas por meio da atuação harmônica entre a ANAC e os órgãos do SBDC, em especial o CADE. A restrição à capitalização das companhias aéreas por meio da limitação da participação societária estrangeira impunha verdadeira barreira à livre iniciativa, contribuindo para a concentração do mercado aéreo brasileiro.

Não há como se assegurar a que os objetivos do novo marco regulatório se concretizarão. Entretanto, apesar de a alteração ainda ser recente, já mobilizou algumas empresas estrangeiras a estabelecer subsidiárias no país. Da análise desenvolvida neste trabalho, constata-se que esses objetivos podem ser alcançados por meio da nova regulação, especialmente diante do fortalecimento crescente do CADE enquanto ente independente e judicante responsável pela defesa da concorrência.

Feitas a exposição da evolução da tutela da participação societária estrangeira em companhias aéreas brasileiras e a breve análise da Lei n. 13.842/2019 enquanto novo paradigma regulatório da matéria, está autorizado o procedimento de desembarque. O fato de esta viagem ter terminado não significa que outras não serão realizadas. O setor aéreo é solo fértil para análises jurídicas. À medida em que a nova regulação da matéria se assentar e deixar de ser acompanhada do adjetivo “nova”, certamente poderá ser objeto de outras análises. Entretanto, por hora, resta apenas agradecer ao leitor por ter voar conosco.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Nicolás. **Elección de la estrategia de LAN Airlines de fusionarse con TAM Líneas Aéreas**. 2015. Orientador: Diego Finchelstein. 76 f. Trabalha de Licenciatura em Administração de Empresas. Escuela de Administración de Empresas, Universidad de SanAdrés, Victoria, 2015.
- ANAC. **Anuário do Transporte Aéreo 2018**, Agência Nacional de Aviação Civil. 2018. Disponível em < <https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/dados-do-anuario-do-transporte-aereo> >. Acesso em 30 de setembro de 2019.
- ANAC. **Resolução n. 377/2016, 15 de março de 2016**. Regulamenta a outorga de serviços aéreos públicos para empresas brasileiras e dá outras providências. Disponível em< https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-377-15-03-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0377%20-%20Compilado%20at%C3%A9%20RA2019-0514.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2019.
- ARAÚJO, José Tavares de. **Schumpeterian competition and its policy implications: the latin american case**. OAS Trade Unit. 1999.
- ATAG. **Aviation Benefits Beyond Borders**, 2018. Disponível em< https://aviationbenefits.org/media/166344/abbb18_full-report_web.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2019.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation: Theory, strategy and practice**. OUP Oxford, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 2001.
- BIELLI, Eduardo, Noza. **Tecnologia e redução de acidentes na aviação**. 2018. 37 f. TCC (graduação) – Curso de Ciências Aeronáuticas, Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.
- BLACK, Julia. **Critical reflections on regulation**. Australian Journal of Legal Philosophy, v. 27. Cramberra, 2002.
- BOLÍVIA. **Lei n. 2.902, de 29 de outubro de 2004**. Aeronáutica Civil de La Republica de Bolivia. Disponível em <<https://www.dgac.gob.bo/ley-2902/>>.
- BOOZ ALLEN HAMILTON. **The economic impacts of an open aviation area between the EU and the US**. TREN/05/MD/S07.52650. 2007.
- BRASIL, **Decreto-Lei n. 32/1966, 18 de novembro de 1966**. Institui o Código Brasileiro do Ar. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0032.htm>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 3846, de 2000**. Altera a Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994, para incluir entre os beneficiários da anistia os ex-servidores na situação que menciona. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20322>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de setembro de 2019.

BRASIL. **Decreto n. 13.630, 28 de maio de 1919**. Concede permissão à Handley Page Ltd., sem privilégio ou monopólio de espécie alguma, para por si ou empresa que organizarem, estabelecerem um serviço de viação e transporte de passageiros ou cargas, por meio de aeroplanos e hidroplanos, entre as principais cidades do Brasil e o estrangeiro. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-13630-28-maio-1919-529061-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto n. 13.567, 26 de abril de 1919**. Concede permissão a João Varzea para, por si ou empresa que organizar, sem privilegio ou monopólio de espécie alguma, se utilizar dos aparelhos aéreos dos mais aperfeiçoados, inclusive os hidro-aviões, no transporte de passageiros e mercadorias entre as principais cidades do Brasil e entre estas e o estrangeiro. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-13567-26-abril-1919-529044-publicacaooriginal-93875-pe.html>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto n. 13.702, 21 de julho de 1919**. Retifica as cláusulas de 1 a 4 das que baixaram o decreto n. 13.568, de 26 de abril de 1919, concedendo permissão a Francisco do Rego Barros Barreto Filho, para, por si ou empresa que organizar, sem privilegio ou monopólio de espécie alguma, se utilizar dos aparelhos aéreos dos mais aperfeiçoados, no transporte de passageiros e mercadorias entre as principais cidades do Brasil. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-13702-21-julho-1919-532198-publicacaooriginal-94275-pe.html>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto n. 14.050, 05 de fevereiro de 1920**. Aprova o regulamento da Inspetoria Federal de Navegação. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14050-5-fevereiro-1920-529141-norma-pe.html>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto n. 16.983, 22 julho 1925**. Aprova o regulamento para os Serviços Cíveis de Navegação Aérea. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16983-22-julho-1925-529760-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto n. 19.902/1931, 22 de abril de 1931**. Dispõe sobre a criação e organização do Departamento de Aeronáutica Civil. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19902-22-abril-1931-509417-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 03 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto n. 20.914, 06 de janeiro de 1932**. Regula a execução dos serviços aeronáuticos civis. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930->

1939/decreto-20914-6-janeiro-1932-519626-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 03 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto n. 21.713, 27 de agosto de 1946. Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21713.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto n. 6.780/2009, 18 de fevereiro de 2009. Aprova a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6780.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto n. 72.898/1973, 09 de outubro de 1973. Regulamenta a concessão ou autorização de serviço aéreo de transporte regular e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D72898.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto n. 76.590/1975, 11 de novembro de 1975. Dispõe sobre os Sistemas Integrados de Transportes Aéreo Regional e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76590.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto n. 99.179/1990, 15 de março de 1990. Institui o Programa Federal de Desregulamentação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99179.htm>.

BRASIL, Decreto-Lei n. 32/1966, 18 de novembro de 1966. Institui o Código Brasileiro do Ar. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0032.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 234/1967, 28 de fevereiro de 1967. Altera disposições do Decreto-lei n. 32 de 18 de novembro de 1966 (Código Brasileiro do Ar), e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0234.htm#art14>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei n. 5.710/1971, 07 de outubro de 1971. Dá nova redação ao artigo 25 da Lei n. 4.595, de dezembro de 1964, aos artigos 60 e 61 da Lei n. 4.728, de julho de 1965, e ao artigo 69 do Decreto-lei n. 32, de novembro de 1966, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5710.htm#art7>.

BRASIL. Lei n. 6.404, 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre Sociedades por Ações. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei n. 7.170/1983, 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei n. 7565/1986, 19 de dezembro de 1986.** Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>.

BRASIL. **Proposta de emenda à Constituição n. 05, de 1995.** Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1995/emendaconstitucional-6-15-agosto-1995-366937-norma-pl.html>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado Federal n. 184, de 2004.** Altera a Lei nº 7565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), para ampliar a possibilidade de participação do capital externo nas empresas de transporte aéreo. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4284658&ts=1559261455415&disposition=inline>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2420/2006.** Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 12/12/2006. Disponível em < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-28558/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica.** Barueri, SP: Manole, 2018.

CASTRO, Newton de; LAMY, Philippe. **Desregulamentação do setor transporte o subsetor transporte aéreo de passageiros.** Ipea. 1993.

CEPIK, Marco. **Segurança nacional e segurança humana: problemas conceituais e consequências políticas.** Security and Defense Studies Review, vol. 1. Spring. 2001

CHANG, Yu-Chun; WILLIAMS, George; HSU, Chia-Jui. **The evolution of airline ownership and control provisions.** Journal of Air Transport Management, vol. 10, issue 3, pp. 161-172. 2004.

CNT. Confederação Nacional de Transporte. **Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros.** –Brasília: CNT, 2015.

COELHO, Rodrigo Pereyra de Sousa. **Impactos da desregulação do setor aéreo comercial sobre os trabalhadores: uma análise dos casos brasileiro e norte-americano.** 2003. 219 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, 2003.

CORAZZA, Gentil. **Os investimentos estrangeiros diretos no Brasil: uma visão de longo prazo: 1950/2002.** 2005.

CORRÊA, Ismael Nedeuf do Vale. **Capital externo nas empresas aéreas brasileiras**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 87, pp. 97-111. 2018.

DO ESPÍRITO SANTO JR, Respicio Antônio; CORREIA, Fábio Cardoso. **O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, a. 43 n. 171 jul./set. 2006. Brasília, 2003, p. 234.

FERREIRA, Josué Catharino. **Um breve histórico da aviação comercial brasileira**. In: Conferência Internacional de História de Empresas, 13, 2017, Niterói. Anais... Niterói, RJ: [s.n.], 2017.

FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do Antitruste**, 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUARANYS, Marcelo Pacheco dos. **Análise jurídica da política regulatória de transporte aéreo no Brasil (2000-2010)**. 2010. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. **Aspectos regulatórios do mercado de transporte aéreo no Brasil**. In: A Regulação do Mercado de Aviação no Brasil. Nota Técnica 2. Ipea. Rio de Janeiro. 2003.

INTERNATIONAL BUSINESS PUBLICATIONS. **Australia aviation and aerospace industry handbook**. World Strategic and Business Information Library. International Business Publications, 6 ed., USA. 2016.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Proposal for the liberalization of air carrier ownership and control**. Working Paper. Worldwide Air Transport Conference (ATCONF), Sixth Meeting. 2013.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **International Agreement on Liberalization of Market Access**. WP/279. Working paper. Assembly, 40 session, 2019. Disponível em < https://www.icao.int/Meetings/a38/Pages/WP_Num.aspx> Acesso em 25 de outubro 2019..

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Liberalization of Air Carrier Ownership and control**. Working paper. Assembly, 38 session, 2013. Disponível em < https://www.icao.int/Meetings/a38/Pages/WP_Num.aspx> Acesso em 23 de outubro de 2019.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Manual on the regulation of the international air transport**. ICAO: 2004.

JAPIASSU, Alessandra; REIS, REIS, Sérgio, L. B. F. **O limite de participação do capital estrangeiro no setor de transporte aéreo brasileiro – aspectos regulatórios**. Revista da AGU, n. 30. 2.

JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. **A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA**. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018.

KIRBY, Michael G. **An Economic Assessment of Australia's Two Airline Policy**. *Australian Journal of Management*, vol. 4, n.2, 105–118. 1979.

LEE, Sanghoon. **Reconsidering Limits on Foreign Investment in United States Airlines**. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 1, issue 1, article 7. Spring. 1992

LELIEUR, Isabelle. **Law and policy of substantial ownership and effective control of airlines: prospects for change**. Routledge, 2016.

LIMA, João Alberto de Oliveira. **A gênese do texto da Constituição de 1988** / João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos, João Rafael Nicola. — Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, v. 2, 2013.

LIPIETZ, Alain. **Accumulation, Crises, and Ways Out**. *International Journal, of Political Economy*, 1988, pp. 10-43.

MACHADO, Santiago Muñoz. **Regulación y confianza legítima**. *Revista de administración pública*, n. 200. Madrid, 2016, pp. 141-172. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=83500>>

MALAGUTTI, Antônio Osler. **Evolução da aviação civil no Brasil: estudo de consultoria legislativa da câmara dos deputados – Área XVII**. Segurança e defesa nacional, 2001.

MOREIRA, Maurício Emboaba. **Caso Gol Transportes Aéreos**. In: Central de Case ESPM Exame. 2004. Disponível em <www.espm.br>.

OACI. **International Air Services Transit Agreement**, 07 de dezembro de 1944. Disponível em

<<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwif4fue1NnlAhW5GrkGHQZ3A4kQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.mcgill.ca%2Fiasl%2Ffiles%2Fiasl%2Fchicago1944b.pdf&usq=AOvVaw0-H5R8vfW4NuqAnvgo4pnY>>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Performance dos regulados e eficácia do regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro**. In: SALGADO, Lucia H.; MOTTA, Ronaldo S. (Coord.). *Regulação e concorrência no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007.

OLIVEIRA, Gesner. **Direito e economia da concorrência** [livro eletrônico]/ Gesner, Oliveira, João Grandino Rodas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – (CEDES: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social; v.3). 2017.

PASIN, Jorge Antônio Bozoti; LACERDA, Sander Magalhães. **A reestruturação do setor aéreo e as alternativas de política para a aviação comercial no Brasil**. *Revista do BNDS*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 19, p. 217-240, 2003.

PEREIRA, Ana Camilo. **Asas da centralidade em céus conhecidos**: a dinâmica empresarial do setor de transporte aéreo no território brasileiro. 2014. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

POSNER, Richard. **Theories of economic regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 5, n. 2, pp. 335-358. 1974

POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. **Defesa da concorrência e regulação de setores de infraestrutura em transição**. *Revista de Direito Econômico, CADE*. 1998.

QUIGGIN, John. **Evaluating Airline Deregulation in Australia**. The Australian Economic Review, vol. 30, n. 1, pp. 45–56. 1997.

RIBEIRO, Lucas. **História da aviação civil e origem do setor de transportes aéreos no Brasil**. 2018. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Aeronáuticas, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018.

RODRIGUES, Eduardo Frade. **Restrições regulatórias nacionalistas: o caso das companhias aéreas**. *Revista de Direito Setorial e Regulatório/Journal of Law and Regulation*, vol. 1, n. 2, pp. 39-56. 2015

RODRIGUES, Gabriel S. de G.; WEYDMANN, Celso Leonardo. **Regulação e desempenho do setor aéreo comercial brasileiro**. *Revista Brasileira de Economia de Empresas*, v. 9, n. 2, pp. 42-53, 2009

SALGADO, Lucia Helena. **Caos aéreo e tragédia dos comuns: Falhas de mercado e de governo**. Texto para Discussão, n. 1388, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2009.

SALGADO, Lucia Helena. **The regulation of the airline industry in Brazil**. American Law & Economics Association Annual Meetings. Paper 29. The Berkeley Electronic Press, 2005.

SILVA, Fladimir Cândido da. **Challenges in civil aviation for the new Brazilian government**. *Journal of Traffic and Transportation Engineering*. 2019

SIMÕES, André Felipe. **O transporte aéreo brasileiro no contexto de mudanças climáticas globais: emissões de CO2 e alternativas de mitigação**. Tese, COPPE, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003.

STEVENS, Dallah. (1995). **Framing competition law within an emerging economy: The case of Brazil**. *The Antitrust Bulletin*, p. 970.

STIGLER, George J. **The theory of economic regulation**. The Bell Journal of Economics, vol. 2, n. 1, pp. 3-21. 1971.

STJ. **Mandado de Segurança: MS 19088 DF 2012/0179870-0**. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 14/12/2016. STJ, 2017. Disponível em <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564115&num_registro=201201798700&data=20170203&formato=PDF >.

STJ. Mandado de Segurança: MS 19088 DF 2012/0179870-0. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 14/12/2016. STJ, 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564115&num_registro=201201798700&data=20170203&formato=PDF>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

VASSALLO, Moisés Diniz ; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de . **Determinantes Regulatórios e Concorrenciais da Escassez de Infra-Estrutura Aeroportuária e da Concentração da Cobertura do Transporte Aéreo no Brasil.** In: Lucia Helena Salgado; Ronaldo Seroa da Mota. (Org.). Marcos Regulatórios no Brasil: Incentivos ao Investimento e Governança Regulatória. Rio de Janeiro: IPEA, 2008.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, JR, Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust.** 4. ed. Cambridge, MA, EUA: MIT Press, 2005.

WORLD ECONOMIC FORUM. **A new regulatory model for foreign investment in Airlines.** Industry Agenda. 2016.

ZIMMERMANN, Nara; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Liberalização econômica e universalização do acesso no transporte aéreo: é possível conciliar livre mercado com metas sociais e ainda evitar gargalos de infraestrutura.** Journal of Transport Literature , v. 6, p. 82-100, 2012.