

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* – MESTRADO EM DIREITO

LUIZ GUSTAVO THADEO BRAGA

**O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC NO FOMENTO
DA COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS AÉREAS DE TRANSPORTE DE
PASSAGEIROS NO BRASIL: UMA QUESTÃO DE SUSTENTABILIDADE**

CURITIBA
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* – MESTRADO EM DIREITO
LUIZ GUSTAVO THADEO BRAGA

**O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC NO FOMENTO
DA COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS AÉREAS DE TRANSPORTE DE
PASSAGEIROS NO BRASIL: UMA QUESTÃO DE SUSTENTABILIDADE**

CURITIBA
2009

LUIZ GUSTAVO THADEO BRAGA

**O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC NO FOMENTO
DA COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS AÉREAS DE TRANSPORTE DE
PASSAGEIROS NO BRASIL: UMA QUESTÃO DE SUSTENTABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito Empresarial e
Cidadania do Centro Universitário Curitiba,
como requisito parcial para a obtenção do
Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Francisco
Cardozo Oliveira

**CURITIBA
2009**

LUIZ GUSTAVO THADEO BRAGA

**O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC NO FOMENTO
DA COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS AÉREAS DE TRANSPORTE DE
PASSAGEIROS NO BRASIL: UMA QUESTÃO DE SUSTENTABILIDADE**

**Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.**

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

DR. FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

DR. LUIZ ALBERTO BLANCHET

DR. DANIEL FERREIRA

Curitiba, 03 de setembro de 2009

Dedico, primeiramente, aos meus pais Juarez e Rosa Maria, a quem devo todas as honras pela conquista de mais esta vitória. Ainda à minha esposa Gisele que soube compreender o quão importante é dedicar-se a um sonho. Por fim a todos os meus colegas de FACECLA, pessoas que me tornaram um amante da docência.

AGRADECIMENTO

Serei eternamente grato a Deus por ter me proporcionado a felicidade de viver ao lado de pessoas tão importantes. A Ele agradeço por minha vida.

Pessoas importantes como meus pais Juarez e Rosa a quem também agradeço por nunca me desampararem em minhas menores necessidades.

Pessoas como minha esposa Gisele a quem agradeço por me incentivar, incondicionalmente, a perseguir meus sonhos e por não me permitir desanimar nas horas de fraqueza.

Agradecimentos são necessários aos colegas da Faculdade Cenecista de Campo Largo, direção, funcionários e professores, pois estes foram, também, meus incentivadores.

A quem já partiu desta vida, minha irmã Maria Julia, meus avós Raul, Delourdes, Antonio Braga, meu primo Roberto e meu inesquecível amigo Adilson Siqueira, cujas orações e intercessões junto a Deus me garantem a força necessária para prosseguir adiante com fé e esperança.

Por fim, agradeço aos doutores Francisco Cardozo Oliveira, meu orientador e aos membros da banca Daniel Ferreira e Luiz Alberto Blanchet, pela inestimável lição em direito administrativo além das palavras incentivadoras que me fazem persistir no caminho da pesquisa e do doutorado em direito.

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
1 O ESTADO E O EXERCÍCIO DA SUA FUNÇÃO FISCALIZADORA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS	13
1.1 O DECLÍNIO DO ESTADO LIBERAL DO SÉCULO XIX, A ASCENSÃO DO ESTADO INTERVENCIONISTA E A PASSAGEM AO ESTADO NEOLIBERAL COMO PRESSUPOSTO DA REGULAÇÃO DE MERCADO.....	13
1.1.1 A Intervenção Direta e Indireta do Estado na Economia.....	20
1.2 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	25
1.2.1 Algumas Contribuições do Modelo Inglês e Norte-Americano.....	30
1.2.2 O Cenário da Regulação: Âmbito de Atuação das Agências Reguladoras.....	35
1.2.3 Independência das Agências Reguladoras.....	38
1.3 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS LIMITES À ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	42
1.4 AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS NO ESTADO BRASILEIRO E A SUA ADAPTAÇÃO AO NOVO MODELO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	49
1.4.1 Função Fiscalizadora das Agências Reguladoras.....	61
2 A CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL	64
2.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO E DE SUA CONCESSÃO.....	64
2.2 O “SERVIÇO PÚBLICO” DE TRANSPORTE AÉREO.....	72
2.3 O PROCESSO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL E A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE CONCESSÃO.....	82
2.3.1 Os Deveres Empresariais Derivados da Concessão.....	89
2.3.1.1 A responsabilidade civil do transportador aéreo.....	91
2.4 SERVIÇO PÚBLICO E A PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA.....	108

2.4.1	O Serviço Público Adequado de Transporte Aéreo de Passageiros.....	116
2.5	O QUE É SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL?.....	119
3	O PAPEL DA ANAC NO FOMENTO DA COMPETITIVIDADE DO SETOR DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS E O RESGUARDO DA SUSTENTABILIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	125
3.1	A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA ANAC E A SUA ESPECÍFICA COMPETÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA.....	125
3.2	A REGULAÇÃO ECONÔMICA DO TRANSPORTE AÉREO: A FLEXIBILIZAÇÃO TARIFÁRIA, PODER DE MERCADO E COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS NACIONAIS.....	131
3.3	O PAPEL DA ANAC NO FOMENTO DA COMPETITIVIDADE: A ALOCAÇÃO DE SLOTS COMO FORMA DE IMPEDIMENTO AO INGRESSO DE NOVOS COMPETIDORES.....	138
3.4	DELINEAMENTOS DA PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS NO BRASIL: COMENTÁRIOS À ADMINISTRAÇÃO DA INFRAESTRUTURA COMO MEIO DE FOMENTO DA COMPETITIVIDADE. O MERCADO AÉREO NO BRASIL APÓS A CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL E A POLÍTICA DE FLEXIBILIZAÇÃO QUE RESULTOU NA CONCENTRAÇÃO DE MERCADO.....	144
3.5	A SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DA REGULAÇÃO DO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS. O FOMENTO DA COMPETITIVIDADE E A PROMOÇÃO DA INFRAESTRUTURA NECESSÁRIA.....	157
3.6	A TARIFA MÓDICA E O PREÇO PREDATÓRIO NO TRANSPORTE AÉREO DOMÉSTICO DE PASSAGEIROS E A INTERFERÊNCIA DA ANAC NA ATIVIDADE DO GESTOR AEROPORTUÁRIO.....	163
4	INSTRUMENTOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS PARA CORREÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DA ATIVIDADE REGULADORA NO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS NO BRASIL.....	173
4.1	A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS QUE ENVOLVEM O TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS NO BRASIL: A REVISÃO JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL EM PRESERVAÇÃO DOS OBJETIVOS DA LEI 11.182/05.....	173
4.1.1	As Tutelas Específicas e a Tarefa do Ministério Público.....	180
4.2	O PAPEL DO CADE NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AÉREO.....	186

4.2.1 O Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal como Mecanismos de Proteção do Usuário do Transporte Aéreo Perante a Agência Nacional de Aviação Civil.....	191
4.2.2 Instrumentos de Proteção da Livre Concorrência e de Combate ao Abuso de Posição Dominante no Mercado de Transporte Aéreo Doméstico de Passageiros.....	195
CONCLUSÃO.....	203
REFERÊNCIAS.....	206

RESUMO

A partir das teorias liberais de Adam Smith, criou-se o entendimento de uma liberdade de mercado caracterizada pela ausência de intervenção estatal, porquanto, o mercado se auto-regula, independentemente da participação do Estado, sobrando a este a responsabilidade de restabelecer o equilíbrio quando perdido. Com o declínio do Estado Intervencionista ocorreu uma profunda modificação econômica, notavelmente, marcada pelo aumento do poder econômico privado, conduzindo o Estado ao titular do papel de estimular os agentes econômicos e de correção das deficiências do mercado. Através da intervenção indireta, o Estado adota medidas legais e executivas para fiscalização das práticas privadas. Esta idéia influenciou o nascimento das chamadas agências reguladoras cujos modelos inglês e norte-americano, mais tarde, tabularam o modelo de agência que se adotou no Brasil. Uma das principais funções destas agências é o fomento da competitividade e o planejamento do setor regulado. Estas tarefas também se fazem presente na Lei 11.182/05 que criou a Agência Nacional de Aviação Civil. Entretanto, uma das características consagrada na independência vem sendo questionada, diante das perturbações que atingem o mercado de transporte aéreo doméstico de passageiros. Também a sua eficácia quanto à realização da competitividade entre as empresas e as regras adotadas para permitir o acesso das concorrentes ao mercado. Após um longo processo de desregulamentação do setor aéreo pelo qual passou o Brasil, restam controversas as políticas de concessão dos *slots* e que medidas estariam ao alcance do órgão regulador a fim de bloquear o avanço da concentração de mercado e das falhas deste em critérios de eliminação da concorrência pelas empresas dominantes. Trata-se de um expediente que deu ensejo à saturação da infraestrutura aeroportuária e, de uma forma ampla, permitiu às empresas dominantes eliminar novas ingressantes interessadas em uma fatia do mercado relevante. Por conseguinte, encontram-se à disposição do usuário e consumidor, instrumentos jurídicos e de proteção da concorrência para preservação dos direitos que lhe permitem acesso a um serviço público adequado e com liberdade de escolha

Palavras-chave: 1) Concessão de serviço público de transporte aéreo 2) Regulação; 3) Fomento da sustentabilidade empresarial.

ABSTRACT

Based on the liberal theories of Adam Smith, it has been created a broader understanding of the free market, which is featured by the lack of Estate intervention, once, the market rules itself independently from the Estate participation, and it is its responsibility to re-establish the market balance when this has been lost. Due to the decline of the intervention Estate, it has occurred a profound economical change, noticeably marked by the private economic power increase, leading the Estate to the role of stimulating economic agents and of correcting the market flaws. Through indirect intervention, the Estate takes legal and executive measures to inspect private practices. This idea has influenced the birth of the so-called regulating agencies, from which, later on, British and North-American models were taken as role models to follow once adopted in Brazil. One of the major roles of these agencies is stimulating competitiveness and the planning of the regulating section. These tasks are also present in the Law 11.182/05 which created The Civil Aviation National Agency. However, one of the effective features of independence has been questioned, due to the crisis that has been affecting the passengers' domestic air transport market. It has also been questioned its efficiency regarding to the competitiveness between companies and adopted policies to allow the competitors access to the market. After a long process of de-regulating the air sector through which Brazil has passed by, what is left are the controversial policies of given slots and which measures would be at the regulating department reach, in order to block the market concentration advance and its flaws in terms of eliminating competitiveness by the dominating companies. It is about expedient means which boasted the air porting infrastructure saturation, and from a certain perspective, allowed the dominating companies to eliminate new ones interested in a relevant market portion. Subsequently, to the reach of users and customers, there are law tools and competitiveness protection instruments to preserve their rights and to allow access to suitable public service and with freedom of choice.

Key-words: 1) Grating of public air transportation; 2) Regulation; 3) Promotion of sustainable business.

INTRODUÇÃO

Em tempos do que se convencionou chamar de “crise aérea”, nunca antes a literatura foi tão abundante em discussões acerca da importância do papel das agências reguladoras, notadamente, a relação destas com o setor regulado e as repercussões de sua atividade na esfera econômica. Igualmente, passamos a debater a real importância do transporte aéreo para o país, tanto no aspecto da integração nacional, quanto no setor da concorrência entre as companhias aéreas.

A história da aviação comercial do país mostra que foram duas grandes reformas regulatórias havidas num prazo de trinta e cinco anos. A primeira entre o final dos anos 60 e começo dos anos 70, chamada de período de “competição regulada” e a segunda a partir de 1990 denominada “Políticas de Flexibilização da Aviação Comercial” que atinge o seu ápice em 2005 com a edição da Lei 11.182 de 27 de setembro, a qual deu origem à Agência Nacional de Aviação Civil. Deste ponto em diante, o setor aéreo de transporte de passageiros passou a viver um marco regulatório caracterizado por elevado grau de desregulamentação econômica que permite às companhias aéreas competirem livremente pelos espaços no mercado. Em que pese o estímulo gerado para que novas empresas se organizassem, a liberdade concorrencial experimentada pela primeira vez no Brasil também teve seus aspectos negativos.

Companhias tradicionais como Vasp, Transbrasil e Varig foram consumidas pela ineficácia da nova agência em gerir medidas isonômicas de concessão aos, já escassos, espaços nos principais aeroportos brasileiros, cujo fator de acesso através da obtenção de *slots*, sabidamente, é uma importante estratégia concorrencial para as beneficiadas. As crises sistêmicas vividas pelas companhias tradicionais não obtiveram respostas mediante uma maior interferência reguladora que determinasse equilíbrio na disputa pelos mercados relevantes, proporcionando a concentração de mercado entre as novas concorrentes, Gol e TAM.

Assim, esta dissertação estrutura-se de forma a traçar a trajetória da evolução do marco regulatório pelo mundo e, particularmente, no Brasil, numa tentativa de descrever o modelo seguido pelo país a partir de uma experiência bem sucedida dos modelos inglês e norte-americano.

O capítulo 1 tem por objetivo buscar os paradigmas que nortearam o surgimento das agências reguladoras no Brasil e como o Estado brasileiro se adaptou à passagem do período de intervenção direta para o de intervenção indireta no domínio privado, por meio das novas autarquias especiais. Analisaremos as principais funções atribuídas às agências reguladoras com especial dedicação à atividade normativa e fiscalizadora.

Já no capítulo 2 ingressa-se no estudo do serviço público com particular dedicação ao serviço público de transporte aéreo e como este é tratado pela norma e pelo ente regulador para fins de concessão. Busca-se, neste capítulo, pautar as duas relações jurídicas oriundas do ato de concessão do serviço público, a saber, entre o Poder Concedente e o concessionário e entre este e o usuário e, por consequência, descrever direitos e obrigações a serem respeitados pelos agentes envolvidos.

O capítulo 3 reserva uma série de considerações a respeito da competência reservada à ANAC para fomento da aviação civil e como seu desempenho afeta a sustentabilidade das empresas aéreas. Trata-se de um estudo mais detalhado acerca da dinâmica regulatória, onde nos apoiaremos em uma leitura mais técnica, relatando os passos da política de desregulamentação do setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil. Por conseguinte, cumprirá a tarefa, neste capítulo, de avaliar a literatura que guarda relação com a questão da sustentabilidade empresarial e como esta é tratada pela Agência Nacional de Aviação Civil a partir da leitura dos principais eventos que marcaram a implantação das novas regras concorrenciais; não se olvide das repercussões no mercado, principalmente, no que tange ao gerenciamento da infraestrutura e a influência desta para a prática do serviço público adequado.

Por fim, o capítulo 4 encerra com a busca pelas medidas judiciais e extrajudiciais mais convenientes para a consecução dos fins colimados pela Lei 11.182/05, bem como, qual a contribuição de um controle, pelo Judiciário, das atividades regulatórias da ANAC e também pelos demais órgãos como o Ministério Público e, inclusive, os dedicados à proteção da concorrência. Ainda, é objetivo verificar como algumas medidas como o incentivo à aviação regional resultaria em uma maior concorrência e uma maior igualdade de oportunidades entre as empresas concorrentes.

1 O ESTADO E O EXERCÍCIO DA SUA FUNÇÃO FISCALIZADORA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.2 O DECLÍNIO DO ESTADO LIBERAL DO SÉCULO XIX, A ASCENSÃO DO ESTADO INTERVENCIONISTA E A PASSAGEM AO ESTADO NEOLIBERAL COMO PRESSUPOSTO DA REGULAÇÃO DE MERCADO

Considerado entre os economistas o “pai da economia moderna” é também tido como o teórico mais importante do liberalismo econômico. Adam Smith considerava que o crescimento econômico e a inovação tecnológica resultavam da atuação de indivíduos que eram movidos apenas pelo seu próprio interesse (*self-interest*)¹. Assim, na busca de seu próprio interesse, cada indivíduo promoveria o bem comum, independentemente da intervenção estatal.

Ao afirmar que “não é da bondade do homem do talho, do cervejeiro e do padeiro que podemos esperar o nosso jantar, mas da consideração em que eles têm o seu próprio interesse” Adam Smith² sustentava que a iniciativa privada deveria agir livremente com pouca ou nenhuma intervenção estatal. Sua idéia quanto à livre competição como único meio viável para redução dos preços e fomento à tecnologia, propõe uma análise do mercado como um mecanismo “auto-regulador” que não dependia do Estado. No entanto, por acreditar que o egoísmo individual se transformaria em uma força fundamental para o estabelecimento das relações sociais, sustentam seus críticos que seu posicionamento era no mínimo ingênuo, isto porque Smith acreditava que as eventuais distorções econômicas e sociais decorrentes se corrigiriam de forma igualmente autônoma. Assim, nasce a teoria da “*mão invisível*”, uma ficção criada para simbolizar a desnecessária intervenção na economia por parte do Estado, porquanto, o próprio mercado dispunha de mecanismos de regulação capazes de promover uma evolução generalizada; ou seja, a interação entre os indivíduos resultaria de uma autodeterminação que os orientaria a promover o bem-estar da sociedade.

¹ A obra de Adam Smith (1723-1790) intitulada “*Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*” também conhecida como “*A Riqueza das Nações*” foi publicada em 1776 e é considerada um paradigma teórico no desenvolvimento científico da economia no século XVIII.

² SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 4. ed. v. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 95.

A partir desta construção filosófica que emerge da esperança de Smith por um crescimento pessoal do homem, movido a pensar exclusivamente no seu próprio lucro, é que resulta a proposta de uma luta competitiva que, involuntariamente, regularia a economia e motivaria o desenvolvimento social.

É evidente que a teoria da “mão invisível” recebeu e ainda recebe severas críticas como se verá logo adiante, porém, não se pode descuidar das importantes contribuições de Adam Smith para a economia moderna, especialmente, no caso do presente estudo. A sua relevante lição para a compreensão das conseqüências verificadas a partir de uma excessiva intervenção e restrição do Estado sobre a economia. Smith não pode ser interpretado como ingênuo, pois, tinha plena consciência da necessidade de controle, pelo Estado, de setores da economia a fim de impedir abusos cometidos por empresas privadas, destacando-se pela crítica à formação de monopólios.

Embora a inspiração da obra “A Riqueza das Nações” fosse a noção de egoísmo, Adam Smith dedicou-se a compreender fundamentalmente a busca incessante dos indivíduos por aquilo que ele chamava de “riqueza”. Por outro lado, deve-se a Smith o clássico conceito de economia quando a fundamentava através das leis que regiam a formação, acumulação, distribuição e consumo da riqueza. Embora defendesse a desregulação, aceitava que o Estado agisse no propósito de defender a nação, de promover a justiça e a segurança aos cidadãos e de realizar obras sociais que não estivessem ao alcance da iniciativa privada, ou porque são demasiadamente grandes para o capital particular, ou porque não gerariam lucro.

E novamente voltam-se as atenções à teoria de Adam Smith quando o assunto é o limite da atuação das agências reguladoras, principalmente por aqueles que colocam em dúvida se a regulação estatal do mercado é realmente necessária, sobretudo para evitar prejuízos sociais. Um exemplo disso é o Nobel de Economia de 2007 ter sido conferido aos americanos, Leonid Hurwicz, Eric Maskin e Roger Myerson³, premiados por seus estudos sobre a “*Teoria do desenho de mecanismos*”. Explicam os norte-americanos que sua intenção com a elaboração de tal teoria é de permitir aos economistas distinguir situações em que os mercados operam bem, de outras em que não operam.

³ TEORIA do desenho dos mecanismos leva Nobel de Economia. **O Estadão**, São Paulo, 15 out. 2007. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,teoria-do-desenho-dos-mecanismos-leva-nobel-de-economia,65116,0.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

Demonstraram, portanto, como os agentes ou mecanismos econômicos atuam quando os mercados não funcionam como deveriam, ou seja, quando a competição não ocorre da forma como deveria. Se a competição não é totalmente livre; os consumidores não têm todas as informações necessárias e há consumo desenfreado, ajudando a compreender os limites de atuação reguladora do Estado. Desta forma, se contrapõem os norte-americanos à teoria de Adam Smith, ao passo que aquela se baseava em condições ideais de mercado, o que não é mais admissível modernamente. É notório, portanto, que a teoria de Adam Smith até os tempos modernos continua servindo de paradigma para os debates em torno do assunto.

Conforme se afirmou anteriormente, a hipótese liberal da teoria da mão invisível de Adam Smith deixa de prevalecer quando se verifica o desequilíbrio nas relações de concorrência, porquanto, o mercado não é suficientemente autônomo para atender às necessidades da coletividade.

Cabe então ao Estado intervir na dinâmica social como regulador, chamando para si a responsabilidade de garantir o restabelecimento do equilíbrio entre o prestador do serviço e o seu consumidor. O poder público, por conseguinte, deve intervir nos mercados onde a concorrência não se manifesta de maneira adequada e suficiente para produzir resultados desejáveis em termos de bem-estar econômico e social.

Portanto, o perfil do Estado no período do chamado liberalismo econômico era o de um ente passivo (*laissez faire laissez passer*). O Estado atuava apenas na esfera dos serviços públicos cuja atividade de regulação resumia-se apenas a estabelecer regras e fiscalizar o seu cumprimento⁴. Porém, ressaltamos que mesmo em tempos de “liberalismo econômico mais acentuado, o Estado fez-se presente na economia, a fim de proteger setores que se encontrassem em risco, como ocorreu, entre nós, por exemplo, no caso do Convênio de Taubaté, de 1906, a partir do qual

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 24. “[...] o Estado publiciza determinada atividade econômica, transformando-a em serviço público e delega a sua execução ao particular, por meio de contrato de concessão; porém, o Estado é que estabelece as regras de execução do serviço e fiscaliza a atividade da concessionária, podendo retomá-la, por inadimplemento ou motivo de interesse público, intervir; aplicar penalidades, fazer a reversão de bens; em linguagem moderna, o Estado regula o serviço público concedido, no mesmo sentido supra assinalado: estabelece regras, para manter a regularidade na prestação do serviço, mas se reserva o direito de alterar essas regras em benefício da própria regularidade. Fora da área dos serviços públicos o Estado não intervinha no domínio econômico do particular; seja pela intervenção direta, seja pela intervenção indireta”.

se iniciou um processo de intervenção na economia cafeeira, voltado à valorização do produto”.⁵

Mesmo assim, o mercado não conseguia atender a certas pretensões, mostrando-se inapto para conviver com a transformação do capitalismo, com a fusão de grupos econômicos e o surgimento de um Estado industrial. É desta forma que surgem os primeiros questionamentos a respeito da verdadeira eficácia da liberdade de mercado, instaurando-se a crise que no período entre guerras faz surgir a imperiosa atuação do Estado no domínio econômico.⁶

É no período intervencionista, também chamado por Eros Roberto Grau de “neooncorrencial”⁷, próximo ao fim do século XIX, que o Estado adota a regulação a fim de “corrigir o funcionamento da concorrência que vinha sendo prejudicada pela liberdade econômica”⁸. Especialmente em decorrência da “tensão provocada pelos movimentos socialistas aliada às sucessivas crises de mercado”⁹ que se exigiu do Estado o abandono da sua posição passiva a fim de que voltasse a controlar o processo econômico.¹⁰

Novamente invocando as lições de Eros Roberto Grau, seu posicionamento é o de que Estado e sociedade nunca existiram separadamente um do outro. Segundo o autor, ainda no período liberal, o Estado era chamado a intervir na economia. Ocorre que o Estado moderno, possuindo a vocação de atuar no campo econômico, passa por alterações e citando Habermas (*Legitimationsprobleme im Spatkapitalismus*), Grau defende a idéia de que o Estado apenas se adaptou diante das crises o que poderia colocar em risco o seu papel de promover a integração social. Assim, passa a conduzir o sistema, exatamente para evitar e prevenir colapsos. Destarte, o Estado passou a se incumbir de novas funções, quando demonstrado ficou que o liberalismo possuía imperfeições que eram associadas à incapacidade de auto-regulação do mercado.¹¹

⁵ BRUNA, Sergio Varella. **Agências reguladoras**: poder normativo, consulta pública e revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 24-25.

⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 221.

⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 18.

⁸ DI PIETRO, 2004, p. 24.

⁹ BRUNA, op. cit. p. 25.

¹⁰ Ibid., p. 25.

¹¹ GRAU, op. cit. p. 18-22.

O Estado liberal primava pela liberdade individual e o papel do Estado era exatamente o de garantir a liberdade de cada indivíduo de buscar seus próprios interesses.

O Estado liberal não se preocupa nem com a salvação da alma nem com a virtude nem com o bem-estar econômico, mas só com a garantia das condições externas para que cada cidadão possa prosseguir os seus fins individuais.¹²

Moncada compara o Estado liberal a um “Estado-Protetor”, porquanto, não estaria a serviço do bem estar, mas sim, executando a tarefa de remover os “obstáculos” que se apresentam para que cada indivíduo alcance o seu bem estar individual.¹³ O Estado liberal sempre considerou que as organizações sociais eram dotadas de autonomia suficiente e de poder normativo para o trato dos interesses exclusivos e que, portanto, a vontade da minoria não era sobreposta pela da maioria. Como ressalta Paulo Bonavides, a liberdade conduzia a “graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos.”¹⁴

Diante das contradições proporcionadas pelo liberalismo é que se chegou à conclusão de que seria impossível impedir o avanço do poder econômico, mas que, para isso, haveria a necessidade de “uma verdadeira reformulação no conceito de liberdade, através da valoração de elementos econômicos e sociais, que hoje estão estampados através de princípios e garantias constitucionais, a fim de se alcançar a verdadeira liberdade”.¹⁵

As idéias liberais iniciadas no século XVIII assentavam-se na liberdade de iniciativa e na possibilidade de qualquer indivíduo utilizar os seus meios de produção na atividade produtiva, possuindo liberdade de concorrência ampla sem intervenção do Estado na esfera econômica. O afastamento do Estado da economia, notadamente no período posterior a Revolução Industrial, foi determinante para o aparecimento de práticas anticoncorrenciais como o monopólio e o oligopólio. As

¹² MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. rev. e actual. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 23.

¹³ Ibid., p. 24.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 59.

¹⁵ NEVES, Rodrigo Santos. **Função normativa e agências reguladoras**: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 55.

flexíveis regras de mercado tornaram-se incapazes de assegurar o equilíbrio dos mercados, cada vez mais desarticulados e impossibilitados de realizar a adequação entre oferta e procura; isto porque, o excesso de produção forçava a redução dos preços sem que, no entanto, houvesse procura pelos produtos desencorajando, o produtor, a persistir nas vendas. O resultado foi sentido em larga escala; demissões e um grande número de empresas que encerraram suas atividades devido à queda no consumo que culminaram na crise de 1929. Norberto Bobbio assevera que o Estado só deveria agir em defesa da sociedade contra inimigos externos, em defesa dos indivíduos contra eles mesmos, e no desempenho de obras públicas desinteressantes à iniciativa privada.¹⁶

A idealização do Estado Liberal ou Estado Mínimo ocorreu num momento em que os agentes econômicos possuíam iguais poderes de mercado¹⁷. No entanto, essa concentração de empresas não significava igualitária repartição do capital, ficando este concentrado nas mãos de poucos conglomerados que o aplicavam, estrategicamente, na aquisição de empresas menores, se isolando no mercado e eliminando a concorrência, num processo chamado por Rodrigo Santos Neves de “autofagia”.¹⁸ A passagem ao Estado Intervencionista ou Estado do Bem Estar Social (Welfare State), encontra em Keynes um dos maiores responsáveis pela estatização da economia. Notável pela participação na Conferência de Bretton Woods em 1944, Keynes foi um dos responsáveis pela criação do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional – FMI. Suas contribuições nortearam a saída do mundo capitalista da depressão, fortalecendo a idéia de que o Estado deveria controlar e idealizar as políticas econômicas e sociais, nacionalizando a economia por meio de monopólios estatais.

Donald Stewart Jr. conceitua intervenção como “uma norma ou uma medida de caráter restritivo, imposta pelo governo, que obriga as pessoas a empregarem os seus recursos de forma diferente da que faria se não houvesse a intervenção”. O autor considera que a intervenção é necessária “para obrigar os indivíduos a agirem de forma diferente da que agiriam se fossem deixados livres”.¹⁹

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 23.

¹⁷ Ibid., p. 98.

¹⁸ NEVES, 2009, p. 98.

¹⁹ STEWART JR., Donald. **O que é liberalismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988. p. 27.

Os ideais intervencionistas buscavam restabelecer o equilíbrio econômico e o seu desenvolvimento, prevenir as tensões sociais provocadas pelas crises e corrigir disparidades regionais²⁰, baseados fundamentalmente na chamada de responsabilidade, pelo Estado, da tarefa de possibilitar à sociedade todos os meios necessários de aquisição de rendimentos e movimentação da economia.

Esta é a fase do chamado Estado Empresário ou da intervenção direta, aonde a atuação estatal conduzia diretamente a atitude dos sujeitos econômicos ou ele próprio, Estado, assumia tal posição, criando empresas ou controlando sociedades comerciais. O declínio dessa fase do Estado Intervencionista ocorre na década de 70 com a ascensão dos ideais neoliberais já defendidos por Hayek desde a década de 40. O Neoliberalismo pregava uma intervenção mínima em relação aos direitos sociais, bem como, uma passividade quanto aos lucros dos capitalistas, total restrição à intervenção sobre as leis de mercado, permitindo um desenvolvimento do setor produtivo capitalista livre de ações protecionistas da economia. Uma política de privatização das empresas estatais que encontrou seus principais executores em Ronald Reagan, presidente dos Estados Unidos entre 1981 e 1989 e Margaret Thatcher, primeira ministra britânica entre os anos de 1979 a 1990. Tendo ápice na queda do Muro de Berlin e na ruína do Estado Soviético, o Neoliberalismo recebe críticas fundamentadas, especialmente quanto ao fato de criar mecanismos de sobrevivência, apenas, às grandes companhias, não tendo sido capaz de diminuir os índices de desemprego e a pobreza nas grandes potências mundiais, tampouco, corrigir as desigualdades sociais que causam a incorreta distribuição da renda, notável, nos países pobres.

Essas novas formas de produção capitalista pregadas pelo Neoliberalismo, também preconizavam um processo de privatizações e de desregulamentação generalizado, fortemente defendido por aqueles que entendiam ser este o caminho para o estímulo aos investimentos e, conseqüentemente, para o crescimento econômico. Torna-se cada vez mais difícil ao Estado impedir a concentração de poder econômico e político nas mãos dos grandes conglomerados. Distante dos ideais liberais, considerados revolucionários para aquele tempo, já que se opunham ao absolutismo e ao feudalismo, o neoliberalismo é uma repetição dos objetivos liberais já ultrapassados que interessava exclusivamente aos detentores do capital.

²⁰ SOUZA, Washington Pelouso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 326.

Além das desigualdades extremas provocadas pelo Neoliberalismo, assistiu-se a um incrível sucateamento dos sistemas de educação, saúde, previdência, segurança e transporte. O Estado passou a desperdiçar recurso e através do processo de privatizações, deixou de ser instrumento de progresso e transformação. Excessivamente burocrático, moroso e corrupto, o Estado passou a ser protagonista do processo econômico. Para minimizar o desastre econômico, notadamente no Brasil, que seguia a tendência dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento em todo o mundo, o processo de privatizações observou a real necessidade de abandono dos antigos paradigmas, para tornar o Estado ao posto de agente estratégico para o desenvolvimento econômico.

Desta forma, surge o Estado regulador, que reordena a transferência da exploração de atividades antes estatais à iniciativa privada, porém, resguardando-se quanto ao controle da competitividade, exercendo forte presença sobre o processo de concessão de serviços públicos, tempo este chamado de intervenção indireta.

1.1.1 A Intervenção Direta e Indireta do Estado na Economia

Num Estado entendido como liberal, não há sentido em se cogitar da intervenção, quiçá a de caráter meramente político ou de intervenção administrativa, voltada exclusivamente ao funcionamento da máquina estatal. Qualquer função econômica estava excluída, pois, do contrário, estar-se-ia ferindo de morte o princípio maior do período liberal, qual seja, o a livre concorrência.

Ocorre que a profunda modificação pelo qual passou a vida econômica da sociedade, marcada por grandes revoluções industriais, científicas e tecnológicas, que vieram acompanhadas da expansão do poder econômico privado, apontou para a necessidade de uma reorganização por parte do Estado a fim de que este participasse mais presentemente do planejamento econômico da sociedade, definindo as políticas econômicas, públicas e privadas.

Por ser forma de “ação” do Estado, a sua natureza é política. Quando esta se exprime por um “conjunto de atos praticados pelo Poder Público” para atingir certos fins, influenciando sobre os fenômenos a longo prazo (reformas estruturais), ou simplesmente a curto prazo (medidas de tipo conjuntural), temos a “Política Econômica”, que se completa por lhe serem fixados os objetivos com os quais se compromete o Poder Público, quer legislando,

quer executando ou estimulando, quer “regulamentando” ou “regulando” medidas, pela aplicação dos dispositivos legais.²¹

A intervenção é a inserção de um agente estranho no âmbito do mercado, o Estado, a fim de provocar novas condutas e estimulando reações dos agentes econômicos privados.

Desta forma, temos que os objetivos da intervenção são “coordenar, regular, controlar, regulamentar [...] pela fiscalização, incentivo e planejamento da economia, de modo a salvaguardar o interesse geral”²².

A intervenção direta, também chamada por Egon Bockmann Moreira de “intervenção em sentido estrito” é “a atuação material direta do interventor estatal no espaço econômico reservado às pessoas privadas”, que se dá “através do exercício direto da atividade econômica no domínio econômico privado”. O autor ainda define intervenção econômica como sendo:

[...] toda e qualquer conduta estatal (comissiva ou omissiva) que vise a alterar o comportamento econômico espontâneo dos agentes privados, seja com fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com fins estranhos ao próprio mercado concorrencial (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei).²³

Seus objetivos não podem ser o benefício dos agentes econômicos privados ou aumento dos seus lucros. Na modalidade de intervenção direta, as pessoas privadas atuantes no mercado não são submetidas a um novo regime jurídico ou então devem se ajustar a uma nova regra jurídica do que seja permitido ou proibido. Apenas, corrigem seu comportamento e respondem a um novo estímulo provocado pela concorrência de um poderoso concorrente, o Estado.

Como afirma Luis Roberto Barroso, na fase da intervenção direta, também conhecida como fase da modernidade ou Estado Social (*welfare state*):²⁴

²¹ SOUZA, 2003. p. 318.

²² Ibid., p. 327.

²³ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-EGONBOCKMAN.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord). **Agências reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p. 60.

[...] o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento, como outros de cunho distributivista, destinados a atenuar certas distorções do mercado e amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico.

A despeito da intervenção direta, o artigo 173 da Constituição Federal consigna os requisitos materiais e formais para exploração da atividade econômica pelo Estado e ainda os respectivos limites.

Já a intervenção indireta é tida como a atuação estatal que não diga respeito à sua atuação direta na atividade econômica. A regulação estatal abrange toda a atividade desempenhada pelo Estado em relação a sua intervenção sobre o domínio econômico. A intervenção indireta, segundo Vinícius Marques de Carvalho resume-se no “[...] conjunto de regras que visa à correção das deficiências do mercado através do estabelecimento de regras e da manutenção ou restabelecimento do funcionamento equilibrado de um sistema”.²⁵

A intervenção indireta, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, é:²⁶

toda a atividade do poder público no campo da economia que não implique nem na assunção da exploração direta de atividade econômica por ente estatal mesmo que em regime de mercado [...] é, pois, uma forma de intervenção de poder público sobre o campo da economia, onde, em regra, deve imperar a liberdade dos agentes econômicos.

Com raízes no direito americano e europeu, a intervenção indireta é característica do Estado Democrático de Direito com o seu neoliberalismo de regulação que, por sua vez, não pode ser confundido, com o período do Estado Social ou do neoliberalismo de regulamentação. No que tange à dicotomia entre regulação e regulamentação, Eros Roberto Grau, citado por Bruna Lyra Duque²⁷ afirma tratar-se a regulação de uma “estruturação de uma nova teoria do direito, ou seja, uma teoria que pressupõe a harmonização dos interesses e a possibilidade de construção do coletivo a partir do individual”. Prossegue a autora defendendo que a regulação é uma concepção do Estado como agente de “duas funções

²⁵ CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 143.

²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **RERE** – Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador, ano 1, mar/abr/maio de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/Redae-4-Novembro-2005-Floriano_Azevedo.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2009.

²⁷ DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do Estado**. São Paulo: RT, 2007.p. 70.

diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares”. Assim, no ponto de vista da autora esta definição de Eros Grau pode ser traduzida como “a prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado pelo poder de polícia, de outro lado”.

Alexandre Santos de Aragão conceitua regulação como o:

Conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direção socialmente desejáveis.²⁸

A regulação estatal, portanto, abrange toda a atividade desempenhada pelo Estado em relação a sua intervenção sobre o domínio econômico, ou seja, toda a atuação estatal que não diga respeito à sua atuação direta na atividade econômica. É, pois, modalidade de intervenção indireta e segundo Vinícius Marques de Carvalho resume-se no “[...] conjunto de regras que visa à correção das deficiências do mercado através do estabelecimento de regras e da manutenção ou restabelecimento do funcionamento equilibrado de um sistema”.²⁹

Com efeito, regular pode traduzir-se tanto na intervenção estatal na atividade econômica através da concessão de serviço público quanto por meio do exercício do poder de polícia.³⁰

Já a expressão “regulamentar” não deve ser confundida com a palavra “regular”, cujo sentido foi tratado acima. Embora muitos as utilizem como se fossem sinônimas, a fim de expressar uma idéia de limitação imposta pelo Estado à atividade privada, tal prática não segue a boa técnica jurídica.

Regulamentar é ato da atividade normativa do Chefe do Poder Executivo a ele conferido pela Constituição Federal a teor do artigo 84, inciso IV, que atribui ao

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de regulação da economia. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 02, n. 06. Curitiba: Juruá, 2001, p. 59-74.

²⁹ CARVALHO, 2004. p. 143.

³⁰ Ibid., p. 144. “O conceito de regulação pode assumir vários sentidos. Em uma perspectiva mais ampla pode-se considerar a regulação como toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins, abrangendo tanto a intervenção direta como a indireta. Um sentido menos amplo pode ser identificado quando se exclui do conceito inicial a intervenção direta do Estado na economia, reduzindo o conceito, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada. E, por fim, em sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por meio de lei ou outro ato normativo)”

Presidente da República a competência de “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. O regulamento é, portanto, categoria de norma produzida pelo Executivo.³¹

Leila Cuéllar, no entanto, citada por Glauco Martins Guerra lembra que o regulamento decorre dos poderes próprios do Poder Executivo e que resulta de uma competência derivada definida por lei.³² Vale lembrar que na lei brasileira somente há previsão de regulamentos de execução, ou seja, há necessidade de existência de lei anterior que reclame por regulamentação.

Carlos Ari Sunfeld entende que a maior parte dos desvios e abusos advém do poder regulamentar. Para o autor a expressão contida no artigo 84, “*fiel execução das leis*”, quer fazer entender que se admite edição de regulamentos apenas executivos sendo estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro os “regulamentos autônomos”.³³ Assim, seriam os regulamentos, vinculativos, apenas, aos agentes públicos subordinados da autoridade que os editou. Os abusos referidos por Carlos Ari Sunfeld referem-se à inoperância do Poder Legislativo em acompanhar as mudanças da sociedade. Desta forma, o Executivo necessita intervir como agente normativo da vida privada quando, na verdade, o poder regulamentador não se presta a limitar as atividades privadas. Desta delegação indevida de funções entre Legislativo e Executivo, em razão de uma equivocada interpretação do artigo 5º, II da Constituição Federal, resulta inquestionável inconstitucionalidade.³⁴

Feitas estas considerações, verificamos que o cerne da intervenção indireta está na idéia de abandono definitivo do modelo de Estado de regulamentação ou da intervenção direta, ou seja, de um Estado que conseguiu reconstruir a Europa após a II Guerra Mundial, mas que, no entanto, não suportava mais a velocidade da

³¹ DI PIETRO, 2004, p. 44. “Quanto ao poder regulamentar; pode ser exercido por quem tenha competência para fazê-lo, decorrente da Constituição. E esta outorgou com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo, como competência indelegável. Mesmo as agências reguladoras das telecomunicações e do petróleo, previstas na Constituição como órgãos reguladores, ao baixar normas voltadas às “regulação” dos setores que lhes são afetos, têm que observar a hierarquia das normas, inclusive a superioridade das normas regulamentares baixadas pelo Chefe do Poder Executivo, titular único da função. Ainda que se entenda que essas agências exercem poder regulamentar, essa função não se equipara à exercida pelo Chefe do Executivo, mas se apresenta como novo tipo novo de direito [...]”

³² GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 303.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.

³⁴ *Ibid.*, p. 35.

revolução tecnológica iniciada nas últimas décadas do século XX. Ademais, a economia era demasiadamente dependente do Estado e crises como a do Petróleo nos anos 70, tornavam a estrutura estatal ainda mais incapaz de realizar os direitos fundamentais do cidadão.

Queriam os donos do dinheiro-poder, um Estado mínimo, pois, com o uso crescente de tecnologias, o capital privado tornou-se apto a investir em setores básicos, como a telefonia, a energia elétrica, a aviação civil, a saúde e a educação. Ou seja, foram alargadas as fronteiras dos ganhos via juros e lucros.³⁵

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a intervenção na economia que passou a ser indireta, consolidou-se, no Brasil, através da Constituição Federal de 1988.

Quando indireta a intervenção do Estado no domínio econômico, aquele o faz através da positivação de certos comportamentos, proibindo ou deixando de proibir condutas dos particulares; o Estado emana normas, estabelecendo limites e disciplinando sanções. Ao contrário de uma ação concreta, física do Estado no domínio econômico, aquele atua “por medidas legais e executivas de fiscalização da prática econômica privada nos mercados, de incentivo a essa atividade, [...] suplementando-a e planejando [...]”.³⁶

Cumprido por fim ressaltar que regulação direta e indireta convivem harmonicamente, de forma que uma não exclua totalmente a outra. São as hipóteses de monopólios naturais, em que setores econômicos estratégicos do Estado não são objeto de exploração pelos agentes privados, setores estes que não sofrem regulação, porquanto, são monopólios do Estado.

1.2 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como vimos, o Estado passou por grandes transformações. Como liberal, suas funções eram reduzidas, limitando-se à afirmação dos direitos individuais. Tais direitos, em sua expressão econômica, traduziam-se na “liberdade de contrato, na

³⁵ CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes do; CORRÊA, Leonardo Alves. **Estado Regulador**: uma (re)definição do modelo brasileiro de políticas públicas econômicas. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/giovani_clark-1.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2009.

³⁶ SOUZA, Washington Pelouso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 318

propriedade privada e na livre iniciativa”.³⁷ Enquanto Estado Social, as transformações ampliaram a geração de empregos, modernizaram as estruturas fabris e sustentaram novas garantias trabalhistas. Mas esta transformação não foi sustentável por muito tempo e sob fortes críticas a respeito da sua ineficiência para gerar progresso, o Estado reduziu suas dimensões mediante processos de privatização, terceirização e concessão de serviços públicos. Este é o momento da passagem do Estado prestador, produtor e protecionista para o Estado regulador, fiscalizador, fomentador, ao final do século XX.

Ocorre que o processo de reforma do Estado, notadamente, o de privatização de empresas estatais, prestadoras ou não de serviços públicos, não poderia ignorar o fato de que tais empresas possuem fundamental importância para a economia e a infraestrutura e que a transferência para a iniciativa privada exigiria cuidados, principalmente, para a garantia dos interesses da coletividade, com o controle da livre iniciativa. As empresas que antes eram do domínio estatal e que agora fazem parte do domínio privado, não devem ficar a mercê, exclusivamente, das decisões de seus administradores reclamando, pois, por regulação, a fim de que não se exponham às contingências econômicas.³⁸

O instituto das agências reguladoras tem início no século XIX com a Revolução Industrial na Inglaterra. Os Estados Unidos multiplicaram suas agências reguladoras por volta dos anos 30 e a ordem econômica foi introduzida como tema das Constituições alemã de Weimar em 1919 e mexicana de 1917. Porém, o marco mais importante para o definitivo estabelecimento de prerrogativas do Estado para a intervenção no domínio econômico ocorre em 1929 com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, criando a política intervencionista batizada de *New Deal* implantada pelo Governo de Franklin Roosevelt. Conforme explica Lucas de Souza Lehfeld, essa política consistia na busca do equilíbrio do mercado, na promoção do pleno emprego e no aumento da capacidade aquisitiva dos trabalhadores.³⁹

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **REDAE** – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, ano 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009

³⁸ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 108.

³⁹ LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 59.

A *Interstate Commerce Commission* (ICC) é considerada a primeira agência reguladora independente norte-americana, criada em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário, seguindo-se a *Federal Trade Commission* (FTC) e a *Federal Radio Commission* (FRC) criadas, respectivamente, em 1914 e 1926. A ICC foi criada com a incumbência de regular as disputas entre empresas de transporte ferroviário e fazendeiros, os quais se contrapunham aos lucros obtidos pelas transportadoras, especialmente, em relação às tarifas ferroviárias e o preço de armazenagem. O maior número de agências americanas surgiu entre os anos de 1930 e 1945 a fim de intervirem na economia após a forte crise, com significativa autonomia. Esta significativa proliferação de agências federais nas primeiras décadas do século XX se deveu ao fato de existirem grandes dificuldades econômicas e pelo acentuado número de desempregados após a crise de 1930. São exemplos de agências deste período a *Federal Power Commission* de 1930, a *Food and Drug Administration* de 1932, a *Federal Deposit Insurance Corporation* de 1933, a *Federal Communication Commission* de 1934, a *Securities and Exchange Commission* de 1934, a *National Labor Relations Board* de 1935, a *Federal Maritime Commission* de 1936 e a *Civil Aeronautics Board* de 1938.

Em 1933 surgem, nos Estados Unidos, as *Independent Regulatory Commissions* que possuíam alta especificidade, discricionariedade técnica, neutralidade, sendo submetidas ao controle judicial apenas em questões de fato. Estas agências atuam na regulação setorial de bens e serviços e na defesa da concorrência.

Em 1935, mediante ratificação de delegação legislativa pela Suprema Corte, o Congresso Americano passou a exercer controle sobre os atos emitidos pelas agências. Esse controle consistia na verificação quanto ao respeito aos fins consagrados em lei, bem como, para impedir força ao regulamento. O direito passou a conferir às agências poder de decidir questões de fato através do regulamento, enquanto as questões de direito deveriam ser analisadas pelas Cortes de Justiça.

Em 1980 o *Office of Budget and Management* (OMC) passa a vincular as agências aos atos presidenciais e o Congresso Americano fica responsável pela supervisão orçamentária das agências. Em 1996 é promulgado o *Congressional Review Act* (CRA) a fim de possibilitar a revisão e desaprovação das regras emanadas pelas agências. E durante o governo do Presidente Clinton, a ordem executiva nº 12.886/93 (*Regulatory Planning and Review*) passou a determinar às

agências reguladoras que antes de iniciarem um procedimento regulatório, deveriam emitir uma comunicação ao órgão do governo denominado *Regulatory Working Group*, dizendo acerca da intenção pretendida com aquele ato para, então, receberem autorização do órgão governamental, bem como, indicação sobre a desnecessidade da regulação ou de sua contradição com a política de governo.

Grande parte da doutrina é fiel ao entendimento de que o instituto das agências reguladoras no Brasil não é recente, em que pese a primeira agência reguladora federal tenha sido a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei 9.427 de 26 de dezembro de 1.996 para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; foi seguida da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei 9.472/97.

A professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti da PUC/SP aponta que a idéia de regulação no direito brasileiro não é atual e que alguns órgãos, embora não se denominassem de agências propriamente, já praticavam atividade semelhante como, por exemplo, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940) e finalmente o Instituto Nacional do Pinho (1941).⁴⁰

Lembra Glauco Martins Guerra que o Brasil passou por uma profunda mudança a partir da Lei 8.031/90, o chamado Programa Nacional de Desestatização, passando de um país produtor de serviços considerados essenciais ao interesse público para realizador da função de regulação da atividade econômica e de prestação de serviços através das privatizações.⁴¹

Enquanto nos EUA as agências se estruturaram em um ambiente de elevada autonomia em relação ao Poder Executivo, sendo dotadas de incomparável qualificação técnica, as agências brasileiras demonstram que os objetivos iniciais caminharam, notadamente, para a satisfação de interesses financeiros, tendo em vista as exigências do mercado que reclamavam pela captação de investimentos, inclusive, internacionais.

⁴⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **REDAE** – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, ano 6, maio/jun./jul. 2006. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

⁴¹ GUERRA, 2004. p. 299.

Não se pretende fazer uma exposição histórica acerca do percurso das medidas intervencionistas do governo norte-americano e do seu pioneirismo em matéria de regulação da economia. A intenção é abordar algumas distinções que permitem a compreensão do modelo regulatório brasileiro.

Em primeiro lugar, o Brasil passou a implantar a partir de 1990 uma forte política de desestatizações para atender aos objetivos da chamada “Reforma do Estado”. Relata Conrado Hübner Mendes que nos Estados Unidos não há e nunca houve preocupação com a avocação da titularidade de certa atividade econômica a fim de que, posteriormente, ela fosse delegada a particulares.⁴² Prossegue o autor afirmando que naquele país as atividades econômicas sempre estiveram em mãos de particulares. Na verdade, houve uma gradativa necessidade de “regulação de atividades que se mostraram de especial interesse da coletividade”.

As agências reguladoras no Brasil são autarquias de regime especial. E a razão para serem assim denominadas vem das suas características, especialmente, as de serem autônomas, possuírem personalidade jurídica própria de regime público, possuírem gestão administrativa e financeira descentralizadas, mas, controladas pelo agente público da Administração Direta que as criou, bem como, pelo Tribunal de Contas da União. Já o modelo norte-americano mostra-se evoluído em termos de mecanismos de controle, porquanto, são acompanhadas pelos três poderes, além de grupos econômicos e sociais.

Aliás, como bem acrescenta Gustavo Binbenbojm:

tais mecanismos são fundamentais, de um lado, para dirimir o risco de captura dos entes reguladores por agentes ou grupo econômicos bem organizados e, por outro lado, para aumentar o grau de responsabilidade social e legitimidade democrática da função regulatória.⁴³

É verdade que o Estado brasileiro já havia perdido sua capacidade de prestar satisfatoriamente serviços públicos. Luís Roberto Barroso trata da reforma econômica brasileira, concluindo que esta se deu em três momentos distintos que, inclusive, reclamaram emendas à Constituição. A primeira medida foi a denominada “extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro”, através das Emendas

⁴² MENDES, 2006, p. 119.

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e Democracia no Brasil. **REDAE** – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, ano 3, ago./set./out. de 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

Constitucionais números 6 e 7 e teve como marco preponderante a supressão do artigo 171 da Constituição Federal da conceituação de empresa brasileira de capital nacional e da admissão e outorga a elas de proteção, benefícios e preferências.

O segundo momento da reforma foi chamado de “flexibilização dos monopólios naturais” o que ocorreu por meio das Emendas Constitucionais nº. 5. e 8. O resultado foi a possibilidade dada aos Estados-membros para concessão às empresas privadas da exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, o mesmo sendo observado quanto às empresas de telecomunicação e radiodifusão sonora e de imagens. Também na área do petróleo a Emenda nº. 9 extingue o monopólio natural, permitindo às empresas privadas a pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural, hidrocarbonetos fluidos, refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, importação, exportação e transporte de derivados.

Por fim, a denominada “privatização” com o Programa Nacional de Privatização (Lei 8.031/90, substituída pela Lei 9.491/97), em que o Estado passou a transferir à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.⁴⁴

Vê-se, portanto, que o modelo de “agencificação” brasileiro foi conduzido segundo uma necessidade de suprir as deficiências do Estado que não tinha recursos para todos os investimentos. Além disso, a velocidade como o processo se sucedeu contribuiu de forma determinante para a existência, nos dias de hoje, de diversas falhas estruturais, como por exemplo, a discussão atual em torno do excesso de poder normativo das agências reguladoras. É imperioso conferir ao Estado tal responsabilidade, pois, embora este sempre tivesse o compromisso de zelar pela boa prestação dos serviços públicos, jamais em sua história tais serviços haviam sido transferidos com tamanha intensidade à iniciativa privada, considerando que os serviços públicos, preteritamente, eram executados pelo próprio Estado ou por empresas controladas por ele.

1.2.1 Algumas Contribuições do Modelo Inglês e Norte-Americano

⁴⁴ BARROSO, 2005.

Foi na Inglaterra que as agências reguladoras encontraram a sua primeira manifestação, quando em 1834 entes dotados de autonomia foram criados pelo Parlamento Inglês para concretizar medidas previstas em lei. No entanto, foi nos Estados Unidos da América que elas se tornaram “verdadeiras instituições da Administração Pública”.⁴⁵

No sistema da *common law* britânico, as agências iam sendo criadas a medida que o⁴⁶ Poder Legislativo editava leis que necessitavam de aplicação ou para dirimir controvérsias oriundas destes textos legais. Assim foram criados os chamados “*quangos*” (*Quase Autonomous non Governmental Organizations*), responsáveis pela implementação de determinada lei que tratasse de interesse público, porquanto, naquele país não havia a idéia de administração pública, mas sim, apenas de Governo⁴⁷. Os antigos “*quangos*” assumem modernamente uma nova nomenclatura e hoje são chamados de “*agencies*”, cujo nome foi adotado após o período da “*deregulation*”, muito expressivo a partir do Governo de Thatcher. Lembra Alexandre Mazza que as agências, na Inglaterra, sempre foram dotadas de “profunda descentralização administrativa”. No modelo inglês, Lehfeld⁴⁸ ressalta que a independência da agência era de tal forma saliente que se reconhecia a sua existência independentemente de instruções daquele que a criou. Portanto, em que pese desempenhe atividade no interesse de terceiros (*principal*), sua origem não é contratual e, com isso, os atos por ela praticados não são imputados a estes terceiros⁴⁹. As “*agencies*” podem, inclusive, manter segredo quanto aos interesses de terceiros de forma a não caracterizar sua condição de representante de interesses alheios.

Alexandre Santos de Aragão lembra que o direito inglês não adota a figura da personalidade jurídica de direito público, razão pela qual, não há discussão, naquele país, acerca da personificação dos entes reguladores independentes. Os Ministérios gerem as atividades de outras organizações e a administração central

⁴⁵ LEHFELD, 2008. p. 134.

⁴⁶ MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 13). p. 80.

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 225

⁴⁸ *Ibid.*, p. 135.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 55.

define as linhas de políticas públicas, prepara as leis e regulamentos, responde ao Parlamento quando solicitada e exerce o controle da função administrativa exercida por outros organismos. Na verdade, o Estado Britânico criou organizações distintas e autônomas, distintas do serviço público, com poderes e responsabilidades outorgadas pelo Estado.⁵⁰

Nos Estados Unidos houve dificuldade de definir a natureza jurídica da agência, cuja função, ao contrário do que ocorria no direito inglês, era a de exercer o poder do Estado, interferindo na esfera privada. As agências americanas assumiam a característica de subordinação ao poder que as criou e a legitimidade como órgãos autônomos somente foi adquirida através da *Administrative Procedural Act (APA)* em 1946, “conferindo uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências.”⁵¹ Entre os anos de 1965 e 1985 as agências reguladoras norte-americanas enfrentaram grave crise caracterizada pelo desvirtuamento de finalidade provocada, especialmente, pela captura das agências pelos agentes econômicos, os quais possuíam poder econômico e influência. A pressão exercida pelos agentes econômicos, fortalecida pela autonomia da agência em relação ao poder político, acabava por interferir na tomada de decisões e no conteúdo dos atos regulatórios.⁵²

As agências americanas possuem poderes tipicamente legislativos e judiciários, caracterizados, o primeiro, pela possibilidade de emitir atos normativos abstratos e o segundo, de proferir decisões envolvendo particulares, geralmente punitivas. Essas competências são delegadas pelo Congresso no momento de criação da lei que define a nova agência reguladora.

No que tange à classificação das agências norte-americanas, estas podem ser classificadas de acordo com o âmbito de atuação em: agências de serviços administrativos, agências de desenvolvimento, agências de bem-estar social (saúde, assistência e previdência social), agências de regulação econômica e agências de regulação social, ou seja, não estão ligadas ao fomento da competitividade ou à regulação econômica, mas sim, à proteção da saúde e segurança. São exemplos a *Food and Drug Administration* ou a *Occupational Safety and Health Administration*. Quanto à natureza das atividades classificam-se em: executivas e reguladoras. Na

⁵⁰ ARAGÃO, 2003, p. 222-223.

⁵¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia (Uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 29.

⁵² Ibid., p. 29.

definição de Marçal Justen Filho, agência executiva é aquela que se identifica como “autarquia destituída de competências regulatórias, dedicada a desenvolver atividades administrativas clássicas, inclusive a prestação de serviços públicos”.⁵³ Afirma o autor que no Brasil esta distinção não faz muito sentido, porquanto, ainda que pudesse se equivaler a uma autarquia especial, já que a lei a criou com o fim de se subordinar a um plano estratégico ou a um contrato de gestão, tal intenção da norma não gerou, no direito brasileiro, qualquer regime jurídico peculiar capaz de diferenciar esta autarquia das demais.⁵⁴ Na verdade, as agências executivas norte-americanas possuem elevado grau de participação na implementação de políticas públicas, exercem funções administrativas e, embora possuam quase as mesmas características das autarquias brasileiras, são dotadas de personalidade jurídica própria e conduzem de forma especializada determinados programas ou missões governamentais. Uma importante classificação das agências norte-americanas está situada na independência e na não-independência.

Ser independente significa possuir um regime diferenciado a começar pela não vinculação aos chamados *Executive Departments*, órgãos equivalentes aos Ministérios da estrutura governamental brasileira. Entretanto, a independência das “*agencies*” norte-americanas é ressaltada quando o assunto é estabilidade dos seus diretores, uma vez que aqueles que compõem os quadros diretivos das agências não são exonerados de seus cargos por simples ato de vontade do Chefe do Poder Executivo. Isto quer dizer que embora os diretores das “*agencies*” sejam indicados pelo Presidente da República mediante aprovação pelo Senado Americano, a demissão somente pode ocorrer por decisão do Congresso e apenas nas hipóteses previstas na lei de criação da agência. Assim, as demissões não ocorrem por mera vontade política do Chefe do Poder Executivo em razão de vontades políticas.

Já as agências executivas, considerando que sempre estão vinculadas à satisfação de interesses públicos materiais, sujeitas a determinações de autoridades hierarquicamente superiores, são consideradas como não-independentes.

As agências norte-americanas ainda podem ser classificadas quanto ao nível federativo. Naquele país há diversas agências locais conhecidas por *Public Utilities Commissions*, geralmente, instituídas no âmbito dos estados-membros. A

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 553.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 553.

existência destas agências gera conflito de competência com as agências federais e esta descentralização resulta no debate quanto aos limites de competência das agências locais, cujas atividades são tipicamente de utilidade pública.

Em termos de autonomia, além da questão dos mandatos fixos de seus diretores, o modelo americano é dotado de independência decisória, ou seja, competência para dirimir litígios entre os agentes econômicos regulados, administrativa, instrumental (normativa) e financeira.⁵⁵

Outro aspecto relevante a ser considerado em relação às “*agencies*” diz respeito ao controle que estas sofrem no âmbito Legislativo, Judicial e Executivo. As agências norte-americanas já se submetem ao controle do Congresso ao passo que são definidas em lei e nesta já são delineados os seus limites de atuação, funções e finalidades específicas. Durante o desempenho das atividades de competência das agências, o Congresso igualmente exerce função fiscalizadora a fim de apurar eventuais desvios de finalidade. Ele pode, inclusive, limitar a produção normativa da agência, legislar em sua substituição quando a norma editada pela agência não corresponda aos resultados esperados ou, em último caso, extingui-la conforme se verifique o mau desempenho funcional.

O controle judicial baseia-se fundamentalmente no princípio da razoabilidade⁵⁶ e deve levar em consideração a clareza da lei que criou a agência, num primeiro momento valendo, por conseguinte, a declaração contida na norma. Em caso de imprecisão da norma, caberá ao Judiciário verificar se a decisão proferida pela agência é compatível e razoável com o conteúdo da lei. Esta é a razão pela qual se exige transparência nos atos praticados pelas agências e completa demonstração de terem sido adotados todos os procedimentos para a ampla defesa dos agentes regulados e de particulares, notadamente, quanto à imposição dos atos de forma unilateral.

No que tange ao controle exercido pelo Executivo, destacamos o *Office of Management and Budget* (OMB), sendo algumas de suas funções, a aprovação do plano orçamentário das agências autônomas, a manifestação acerca das competências atribuídas às agências podendo, inclusive, alterá-las. Também é sua função a aprovação da produção normativa das agências através do projeto

⁵⁵ LEHFELD, 2008. p. 154-155.

⁵⁶ Ibid., p. 159.

previamente enviado e do relatório acerca do impacto econômico das novas medidas (*Relatory Impact Analysis*).

O Governo norte-americano também criou o *Unfunded Mandate Reform Act* (UMRA) responsável pela imposição de preceitos para a produção, pelas agências, de regras regulatórias, notadamente, quanto aos efeitos econômico-financeiros desse novo regramento e a sua adequação aos limites estabelecidos pelo governo. Assim, pretendeu-se uma menor onerosidade possível aos cofres públicos sem, prejuízo, no entanto, das buscas por outras fontes de receitas e recursos independentes do orçamento público.

Por fim, cumpre informar que as agências norte-americanas não possuem capacidade postulatória, necessitando de representação do *Attorney General* (figura próxima ao Advogado Geral da União no Brasil), cuja função é deliberar acerca da viabilidade das medidas judiciais a serem tomadas. Esta é outra forma de controle pelo Executivo, porquanto, a provocação do Judiciário dependerá, em todos os casos, da discricionariedade do Governo.⁵⁷

1.2.2 O Cenário da Regulação: Âmbito de Atuação das Agências Reguladoras

Com muita propriedade, resume Maria Sylvia Di Pietro⁵⁸ que “dentre as atividades administrativas a cargo do Estado (serviço público, fomento, polícia e intervenção), a atividade regulatória abrange as três últimas, a saber: a polícia, o fomento e a intervenção no domínio econômico”.

Ainda Marçal Justen Filho⁵⁹ sustenta que a regulação estatal é necessária quando surgem as chamadas “deficiências de mercado” que segundo o autor podem se resumir nas seguintes hipóteses: a) *Deficiência da concorrência*: caracterizada pelo desequilíbrio da concorrência e por consequência na criação de monopólios; b) *Satisfação das necessidades essenciais*: quando o mercado não pode atuar, por se tratarem de bens coletivos como a saúde, educação; c) *Externalidades*: ou seja, a transferência para terceiros dos custos inerentes à atividade econômica, servindo, a regulação, a evitar efeitos nocivos; d) *Assimetria de informação*: ou seja, a regulação evita que os regulados detenham diferentes graus de informação entre si, impedindo

⁵⁷ LEHFELD, 2008, p. 163.

⁵⁸ DI PIETRO, 2004, p. 26.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, 2006, p. 461-462.

que alguns se beneficiem de melhores condições e; e) *Desequilíbrio de mercado*: o Estado deve adotar medidas que evitem crises em momentos de redução do ritmo de crescimento do mercado devido à alternância de ciclos normais ao capitalismo.

As agências reguladoras ainda atuam em cenários competitivos ou sobre monopólios naturais, ou seja, setores que são fundamentais para a vida econômica e social que apresentam as denominadas “externalidades”, pois, qualquer transação afeta a coletividade, seja de maneira benéfica ou prejudicial. Os monopólios naturais⁶⁰ exigem grandes investimentos em longo prazo, sendo específicos de cada atividade e insuscetíveis de recuperação. Os principais monopólios naturais são o fornecimento de água tratada e saneamento básico, de energia elétrica, gás encanado etc.

Importam aqui as agências atuantes em cenário competitivo, justamente onde se enquadra a Agência Nacional de Aviação Civil. Assim, as agências atuariam a fim de realizar: a) o controle da equação econômica; b) a universalização do serviço; c) o fomento da competitividade; d) a mediação de conflitos; e) o planejamento; f) licitações e g) a fiscalização. Quanto ao controle da *equação econômica*, este se opera através da verificação, pela agência reguladora, da necessidade de se promover mudanças nos preços ou tarifas praticados pelo concessionário verificando, em cada caso, se há algum motivo para majoração, por exemplo, devido a fatores supervenientes, imprevisíveis ou não provocados pelo agente regulado beneficiado pelo aumento. Também será a agência reguladora responsável pela verificação de fatores, ao contrário, que não oneraram a prestação

⁶⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência: agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 161. “Com efeito, tradicionalmente, os setores de infra-estrutura eram definidos como monopólios naturais, isto é, uma atividade na qual os custos de produção por uma única empresa – em um determinado nível absorvível pelo mercado – são decrescentes à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até alcançar toda a produção do mercado. Seus custos em regime de monopólio, assim, são inferiores aos em que incorreriam varias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois, os altos custos exigem a produção em grande escala e o aumento absorve apenas a oferta de uma empresa nesse nível de produção. Assim, seriam as próprias condições estruturais desses setores que impediriam a sua organização em regime de concorrência. A existência de monopólios naturais exige a proteção dos consumidores contra seus malefícios, sendo a regulação a solução apontada pela doutrina econômica para lidar com essas estruturas de mercado. As formas mais comumente associadas à regulação de monopólios naturais são a nacionalização das empresas atuantes no setor e/ou a criação de órgãos reguladores. Em termos substantivos, implica o estabelecimento de um mecanismo de preços administrados e a proibição da entrada de agentes no setor, a fim de permitir o aproveitamento dos ganhos de eficiência, presumivelmente associados à exploração da atividade em regime de monopólio”.

do serviço, mas sim, reduziram os seus custos, o que provocaria uma diminuição na tarifa ou preço.

No que tange a *universalização do serviço*, a agência reguladora tem a tarefa de facilitar o amplo acesso da população aos serviços, estendendo-os à comunidade que antes não se beneficiava deles por força da escassez de recursos. O livre acesso do usuário deve encontrar correspondência em um serviço de qualidade, que seja contínuo, eficiente, confiável e em que não haja discriminação.

Já para o *fomento da competitividade*, haverá por parte da agência reguladora um incentivo, desde que lícito, da livre concorrência, realizando a construção de meios para que aquela se torne profícua e possa atender aos objetivos de eficiência, transparência, lealdade e de proteção dos direitos do consumidor. Importante ressaltar que esta atividade não ocorre nas áreas nas quais há monopólios naturais, porquanto, nestes não se verifica a competição.

Quanto à *mediação de conflitos*, esta pode acontecer entre duas empresas concorrentes ou entre estas e seus consumidores ou usuários, dependendo tratar-se de prestadores de serviços públicos ou de quem exerce atividade econômica⁶¹ respectivamente.

O *planejamento*, por seu turno, é essencial para que se obtenha a universalização do serviço, traçando metas e prevendo ações que garantam a atualização do serviço público ou da atividade econômica regulados.

Por fim a *fiscalização* a fim de proporcionar a continuidade, a regularidade, atualidade, a cortesia, esta última voltada a proporcionar ao usuário ou consumidor a obtenção de informações relativas aos custos de determinado serviço público ou atividade econômica, e tantos outros princípios inerentes ao bom andamento daqueles.

⁶¹ JUSTEN FILHO, 2006, p. 458. “Sempre que uma necessidade humana for uma manifestação direta e imediata dos direitos fundamentais (em especial, a dignidade humana), sua satisfação será imposta ao Estado como serviço público. Não é possível deixar que a satisfação da necessidade seja subordinada à livre iniciativa e às leis de mercado. Se não existisse o serviço público, haveria o risco de que as necessidades de muitas pessoas não fossem satisfeitas. Tal se passa, por exemplo, com o fornecimento de água tratada, energia elétrica, coleta e tratamento de lixo, etc. Por isso, as atividades materiais necessárias ao suprimento dessa necessidade e a titularidade da competência para desempenho são atribuídas ao Estado. O serviço público resulta da obrigatoriedade da satisfação de certa necessidade, independentemente da capacidade econômica do interessado. Em contrapartida, cogita-se de atividade econômica propriamente dita quando a necessidade a ser satisfeita não envolver de modo imediato e direto os direitos fundamentais, tal como ocorre com as atividades empresariais conhecidas (comercialização de comestíveis, prestação de serviços não essenciais). Nesse caso, há uma facultatividade na satisfação do interesse.

1.2.3 Independência das Agências Reguladoras

Significativa parte da doutrina afirma estar ultrapassado o modelo de agência reguladora desprovida de independência decisória e hierárquica. A exemplo menciona Alexandre Santos de Aragão⁶²:

Tendo as agências reguladoras sido criadas para propiciar uma regulação mais eficiente de atividades de especial interesse e sensibilidade da sociedade, não faria sentido que elas fossem neutralizadas em relação ao poder político e deixadas livres à influência econômica dos poderosos interesses regulados.

Porém, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos onde existe lei própria definidora da estrutura normativa das agências e de seus poderes e deveres que fundamenta a criação de agências específicas no âmbito federal, no Brasil isto não ocorre. Enquanto naquele país a lei sustenta total independência da agência em face do Poder Executivo prevendo ainda ausência de controle hierárquico, a legislação brasileira é omissa quanto à definição de “condições genéricas de existência de uma agência administrativa – seja ela “reguladora”, seja “executiva”.⁶³

Destarte, conforme preconiza Leila Cuéllar, quando se pretender qualificar uma pessoa administrativa de “agência reguladora” estar-se-á atribuindo-lhe determinadas características com as seguintes conseqüências:

[...] a) ausência de vínculo hierárquico formal com a pessoa administrativa central (compreendendo aí o mandato fixo e impossibilidade de exoneração ad nutum); b) conjunto de normas que lhe atribuam independência, entendida como poderes e deveres próprios e típicos (indelegáveis, intransponíveis e inderrogáveis), excluindo o chamado “controle tutelar”; c) possibilidade de decidir as questões controversas postas à sua apreciação (ex officio ou mediante provocação da parte interessada ou terceiro).⁶⁴

Um exemplo é a ANAC que ainda está vinculada ao Ministério da Defesa e a ele deve responder por todos os seus atos. Igualmente encontra-se subordinada às Forças Armadas (Aeronáutica). Por ocasião da “crise aérea”, as primeiras providências do governo limitaram-se à substituição do Ministro da Defesa, como

⁶² ARAGÃO, 2003. p. 365.

⁶³ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 135-136.

⁶⁴ CUÉLLAR; MOREIRA, 2004, p. 140.

forma de concentrar no Executivo todas as decisões. Os diretores da ANAC não foram submetidos ao devido processo legal para averiguação de responsabilidades, aliás, como prevê a legislação, já que seus mandatos são fixos. Pelo contrário, sofreram a ingerência por parte do Ministério para que deixassem seus cargos, não olvidando que seus substitutos continuariam a ser indicados pelo Poder Executivo.

Hoje a Agência Nacional de Aviação Civil sofre de omissão provocada pela inaptidão de seus diretores para o exercício do cargo, porém, principalmente, em razão da profunda dependência de decisões superiores a serem tomadas por quem igualmente não reúne aptidão.

Há quem sustente que a independência é prejudicial na medida em que a agência reguladora necessitaria de um agente fiscalizador a fim de evitar que sua atuação seja “corrompida” pelas empresas reguladas. Igualmente para evitar que a sua autonomia normativa favoreça as empresas em detrimento dos consumidores. Para aqueles que defendem esta teoria, uma agência reguladora independente deve possuir uma auditoria igualmente independente possibilitando, assim, a inexistência de qualquer intromissão de índole política.

Celso Antonio Bandeira de Mello defende que a independência administrativa ou a autonomia administrativa, bem como, a financeira, funcional, patrimonial, incluindo a gestão de recursos e ainda a autonomia decisória e ausência de subordinação hierárquica⁶⁵ são elementos intrínsecos das autarquias. Assim, afirma o autor que tais características não acrescentam qualquer peculiaridade e “o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres”.⁶⁶

Alexandre Santos de Aragão⁶⁷, apoiando-se na lição de Massimo Severo Giannini, empresta importante contribuição para uma possibilidade de entendimento acerca do excesso de interferência externa sofrida pela ANAC. Para o autor há que

⁶⁵ Para Massimo Severo Giannini, citado por Alexandre Santos de Aragão a hierarquia é uma “relação de constante sujeição de um órgão ou ente a outro. Ela é a espécie mais antiga de subordinação e, por esta razão, às vezes é, equivocadamente, com ela confundida. Na hierarquia, temos uma total possibilidade de ingerência do órgão superior sobre o inferior, seja através da revogação ou anulação dos seus atos, na delegação ou avocação de competências, recursos hierárquicos, etc. O fenômeno se explica porque, na verdade, “o órgão superior tem mesmo uma competência compreensiva da competência do órgão subordinado, fungível com a do órgão inferior”. Nestes casos, o órgão hierarquicamente superior não apenas possui poder de controle, como ainda de dar ordens e de substituição, pelo qual pode sempre substituir a ação do órgão ou da entidade inferior”. Giannini apud Aragão, 2006, p. 356.

⁶⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 55 de 20.09.2007. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 170.

⁶⁷ ARAGÃO, 2003. p. 355-357.

se distinguir, primeiramente, o tipo de subordinação a adequar-se à atividade das agências reguladoras. Estas por sua vez, não prescindem de controle hierárquico, mas sim, de um controle que seja apenas para verificação da legalidade de seus atos, especialmente, quanto ao atendimento das metas e diretrizes preestabelecidas.

O controle dos atos das agências reguladoras não fere a sua proposta de serem autônomas, pois, segundo Alexandre Santos de Aragão, é inimaginável que um órgão ou ente descentralizado permaneça alheio ao interesse público. Portanto, qualquer tipo de subordinação deve ser voltada apenas à manutenção dos programas e diretrizes públicas gerais e para tanto, a forma hierárquica de controle não se presta a tal fim, pois, é excessivamente burocrática e geradora de intervenções políticas. Para concluir sua tese, o autor ainda formula quatro propostas de otimização dos mecanismos de controle e autonomização das agências reguladoras: contratos de gestão, coordenação entre as diversas agências e os setores regulatórios, a fixação de políticas públicas setoriais e a autonomia frente aos agentes regulados.

Com efeito, não há critérios que efetivamente sejam coadunados com a realidade vivida pela ANAC. O engessamento da sua atuação reguladora é absoluto, ainda mais quando se encontram pronunciamentos provenientes do Poder Executivo que externam uma política centralizadora e monopolizadora das decisões que afetam o mercado aeronáutico no Brasil.

No entanto, a autonomia é necessária, porquanto, as agências reguladoras possuem diretrizes fixadas em lei que lhes outorgam poderes para solução de conflitos, para fomentarem a concorrência, fiscalizar, agir preventivamente ou repressivamente ou até mesmo poderes normativos que juntos devem ser exercidos com autoridade, livres de quaisquer ingerências, conflitos de competências ou intervenções despropositadas de cunho político.

Outras agências reguladoras se distinguem exatamente pelo critério da independência. Um exemplo é a ANATEL que, de início, está disciplinada e sujeita apenas à Lei Geral das Telecomunicações.

Benedito Porto Neto, a respeito da ANATEL, ressalta que a própria Lei Geral de Telecomunicações prevê e garante a independência da agência ao disciplinar em seu artigo 9º que ela atuará como autoridade administrativa

independente. Lembra o autor, que tanto o Legislativo e o Executivo⁶⁸ possuem suas competências em matéria de políticas públicas em telecomunicações; compete ao Legislativo a definição das políticas públicas acompanhado pelo Executivo, nos limites da Lei e no que tange à implementação, tal responsabilidade é integralmente da ANATEL o que permite concluir que “[...] em matéria de telecomunicações, todas as competências administrativas que não tenham sido atribuídas, por lei, ao Executivo, estão reservadas à ANATEL, que as exercerá com independência”.⁶⁹

Pondera, no entanto, José Roberto Pimenta Oliveira que a ANEEL já não possui o mesmo grau de independência, na medida em que é limitada pela exigência de contrato de gestão.⁷⁰ Advertem ainda Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira acerca da “crise energética” vivida pelo Brasil a partir de 2001, cujas medidas adotadas pelo Executivo atingiram sobremaneira a “concepção regulatória pertinente às agências independentes”. O Governo instituiu o denominado “Programa de Gestão da Crise Energética” fazendo-o por meio de sete Medidas Provisórias, dezesseis Decretos e cento e vinte e três Resoluções resultando na “Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE”, presidida pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil. A competência fixada pelo artigo 2º da MP nº. 2.198-5 criou prerrogativas à GCE para planejamento econômico do setor e emissão de comandos, acumulando funções tipicamente políticas e técnicas. Assim, a CGE adquiriu poderes qualitativos e quantitativos superiores à ANEEL.

Os autores concluem afirmando que a ANEEL foi reduzida a “condição de um dos inúmeros membros de um órgão coletivo, ao lado de Ministros de Estado [...] e dirigentes de autoridades reguladoras, além de instituições do sistema financeiro e pessoas designadas pelo Presidente da República”. Esta interferência do Executivo (submissão hierárquica) comprometeu a competência da agência, já que teve significativa parcela da sua atividade regulatória transferida à GCE.⁷¹

⁶⁸ Compete ao Executivo: aprovar o Plano Geral de Outorgas; aprovar o Plano Geral de Metas; autorizar a participação de empresa brasileira em consórcios ou organizações intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicação; estabelecer restrições à participação de capital estrangeiro na prestação de serviços de telecomunicações; outorgar serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagem; instalar a Agência por meio de regulamento; nomear conselheiros e ouvidor.

⁶⁹ PORTO NETO, Benedicto. A regulação e o direito das telecomunicações. In: SUNDFELD. Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 287-288.

⁷⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A regulação e o direito da energia elétrica. In: SUNDFELD. Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 342-343.

⁷¹ CUÉLLAR; MOREIRA, 2004, p. 219-227.

É certo que o grau de independência e flexibilidade concedido pela lei à cada uma das agências varia consideravelmente. É certo também que a independência jamais será absoluta, porquanto, excessivo distanciamento do órgão regulador e o órgão encarregado da função de formulação das políticas públicas, pode acarretar negligência da autoridade reguladora o que reduz a sua confiabilidade. No entanto, verifica-se, em alguns casos, que há certo constrangimento da independência reguladora como na hipótese da ANEEL acima citada, pois, a função reguladora deve interagir com os mercados, permitindo decisões dos agentes econômicos que sejam baseadas em regras estáveis e transparentes, evitando um comportamento oportunista do governo.

1.3 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS LIMITES À ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Para falar em limites ao poder das agências reguladoras há que se distinguir preliminarmente o que são atos ou políticas de governo ou governativos, particularmente transitórios, passageiros e atos de Estado, estes perenes, duradouros que não se limitam à periodicidade dos mandatos eletivos. Vê-se que o Poder Público maneja a atividade reguladora visando à permanência de um sistema contínuo, duradouro, que não se limita, portanto, ao tempo do mandato dos dirigentes políticos que são efêmeros.

Quer-se, pois, que as agências reguladoras sejam autônomas, assim como se expressa Carlos Ari Sunfeld e não, segundo o autor, independentes do Poder Executivo. Quer-se que em relação a ele possam atuar de “maneira imparcial e não flutuem sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse Poder”.⁷² Muito se questionou recentemente, devido aos eventos que se sucederem na aviação comercial brasileira, a respeito da independência ou autonomia da ANAC. No entanto, embora se saiba que tal agência não possui elevado, ou quase nenhum grau de autonomia, o excesso de influências político-partidárias se revelam nocivas ao bom andamento do setor regulado, aliás, como vem se observando nos últimos tempos. É por isso que qualquer agência reguladora e a ANAC não é exceção a regra, deve se pautar por políticas de Estado,

⁷² SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24.

projetando ações a longo prazo, que resultem em benefícios ao setor regulado e que não sejam estes garantidos enquanto for praticada determinada ideologia política que não sobreviverá a um novo governante.⁷³ Na verdade, o que se vê no caso da Agência Nacional de Aviação Civil, são medidas paliativas, as quais, não resultaram em satisfação, tanto para o prestador do serviço, no caso as companhias aéreas, quanto para o consumidor passageiro.

Consequentemente, os interesses particulares quebram a isonomia e a equidade das atribuições da agência reguladora. Também a independência em excesso, é verdade, se caracteriza como antônimo de controle social democrático e facilita o atraso de mudanças estruturais – inconsistências entre a agência e órgãos do governo no exercício de políticas públicas. Como adverte mais uma vez Carlos Ari Sundfeld, o desafio para autonomização das agências reguladoras é o de se “construir um sistema de controles e influências que assegurem uma atuação democrática, atenta a interesses gerais e à ordem jurídica, etc.”⁷⁴

Igualmente o excesso de interferências externas não possibilita que o poder regulador seja, de fato, um ato flexível, democrático, negociado e sujeito a mudanças para adaptações às alterações ocorridas no objeto regulado. O poder regulador deve resultar de consenso e contar com a participação dos interessados. No caso da ANAC, não apenas as empresas que dominam o mercado, mas todas as que exploram a atividade, independentemente da proporção e, principalmente, os consumidores.

Importante também tecer algumas considerações a respeito do modelo de administração gerencial que adotam as agências reguladoras, principalmente no que tange à aplicação de recursos públicos. Tal modelo pressupõe uma instituição cujos corpos, diretivo e funcional sejam comprometidos com a missão institucional. Vanessa Vieira de Mello chama a atenção para a preocupação com o dinheiro público empregado nas agências em decorrência da inobservância aos preceitos do

⁷³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros: 2006. p.87. “A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política pública num determinado setor. Não pode, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular. Um exemplo parece ser ilustrativo. Deve o órgão regulador deter suficiente independência (apoiada pelos instrumentos legais adequados) para se opor ao interesse de um governante que, numa jogada eleitoral, intente reduzir à metade as tarifas praticadas para um determinado serviço essencial. A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja instrumento de política governamental e não um instrumento de política de um governo”.

⁷⁴ SUNDFELD, 2006, p. 24.

regime da legalidade estrita.⁷⁵ Assim, as agências devem se orientar para a efetividade dos resultados da atuação organizacional e para valorização dos recursos públicos disponíveis, visando ao alcance de resultados específicos.

Outra limitação ao exercício do poder regulador das agências encontra-se no princípio da conveniência, o que significa dizer que a sua atuação deve ocorrer somente diante de irregularidades do mercado – quando há quebra do equilíbrio do mercado que afeta a concorrência, prejudica o serviço público e seus usuários. Particularmente no setor de transporte aéreo, cuja competição entre as empresas prestadoras do serviço é notadamente acirrada, é indispensável que a agência reguladora evite pressões corporativas realizando intervenções desnecessárias que se caracterizem como anticompetitivas. A idéia de equilíbrio de um determinado sistema é norteadada pela introdução de interesses gerais externos ao do próprio sistema que devem ser processados pela agência reguladora e devidamente instruídos mediante ações que permitam a estabilidade do mercado.

Nenhuma outra ação que não seja exclusivamente voltada ao estrito cumprimento dos contratos de concessão, ao fomento da competitividade do setor, à universalização dos serviços, à aplicação da legislação visando à fixação de tarifas e ao conflito de interesses merece ser tolerada. Interesses estes de um lado privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, exploração de atividade lucrativa) e de outro, públicos – metas e objetivos do Estado (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, controle dos investimentos, etc.).

No que se refere à definição de políticas públicas, o Governo é que detém tais poderes, mas as agências, a princípio, não os têm. Devem possuir expressamente a outorga para implementar essas políticas, pois a liberação faz parte da atividade dos órgãos reguladores.⁷⁶

⁷⁵ MELLO, Vanessa Vieira. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 92. “Num sistema constitucional eminentemente voltado para o efetivo controle da gestão dos recursos públicos, no qual, há previsão de Tribunais de Contas como órgãos auxiliares do Poder Legislativo para o julgamento das contas públicas, é importante que se verifique a amplitude de poderes no uso de bens públicos”.

⁷⁶ BARROSO, 2006. “É que se couber às agências a determinação integral das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Chefe do Executivo em termos de competência decisória, valendo lembrar que é ele quem detém a legitimidade democrática, recebida nas eleições, para exercer a função administrativa”.

Na aviação civil brasileira, compete ao CONAC⁷⁷ a definição de políticas públicas o que, preliminarmente, demonstra que tal órgão possui maior competência reguladora do que a própria agência. Há até mesmo opiniões consistentes na doutrina acerca da credibilidade que permeia a agência reguladora quando esta recebe poderes para definir políticas, a partir da delegação pelo Executivo.⁷⁸ Além do CONAC, que possui competências de planejamento nas áreas de aviação comercial, indústria aeronáutica e infraestrutura aeroportuária, ainda atuam como órgãos de planejamento o DECEA (Departamento de Controle do Espaço Aéreo) e o CENIPA (Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aéreos). À ANAC resta apenas a função fomentadora, implementadora e fiscalizadora, cujo cenário se caracteriza pela inexistência de órgãos de governo que exerçam suporte à formulação de políticas públicas e que estimulem o estudo e o desenvolvimento do setor de aviação civil. Principalmente, de um órgão regulador único, responsável por todos os setores da aviação civil com autonomia e estrutura adequada.

Aspecto relevante também na definição de limites ao poder das agências reguladoras encontra-se na sua intervenção na capacidade empresarial privada. É certo que as agências reguladoras contemplam um conjunto de ações que se voltam ao estímulo para investimentos necessários ao desenvolvimento econômico. Para tanto, devem adotar medidas que permitam uma concorrência ampla, garantindo aos usuários irrestrito acesso ao serviço de qualidade, com preços competitivos. Cabe, portanto, às agências assegurar a prestação de serviços adequados que conjuguem as vantagens da capacidade empresarial privada com a realização dos fins de interesse público. Especialmente no caso do serviço de transporte aéreo, dependente de incentivos e investimentos por parte do Estado, caberá a este determinar regras que, independentemente da sua interferência na autonomia privada, consigam equilibrar as relações entre as empresas e o poder público. No

⁷⁷ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Transporte aéreo: economia e políticas públicas**. São Paulo: Pezco, 2009. p. 88. “As CONAC’s foram as Conferências Nacionais de Aviação Comercial, eventos organizados com a finalidade de discutir e alterar os rumos da regulação do transporte aéreo. As três primeiras CONAC’s aconteceram na década de 1960, resultando no pleito por maior regulação e concentração do setor. A IV CONAC aconteceu em 1986, sem efeitos relevantes. A V CONAC foi realizada ao final de 1991 e forneceu bases e diretrizes para a formulação da “Política e Flexibilização da Aviação Comercial”, a partir de 1992. Atualmente, a sigla CONAC se refere ao Conselho de Aviação Civil, o órgão de assessoramento do Presidente da República para a formulação da Política Nacional de Aviação Civil. Foi instituído pelo Decreto nº. 3.564, de 17 de agosto de 2.000”.

⁷⁸ Vide FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 264.

entanto, ao agente regulador, na condição de implementador de políticas públicas, executor das tarefas administrativas e interlocutor direto das relações entre o particular e o Estado, não lhe é lícito estruturar o setor aéreo ditando normas que tolham a autonomia privada. Cabe dizer, que a agência reguladora deve orientar a melhor forma de prestação do serviço, o instruído a fim de que melhor seja oferecido ao consumidor e não como o mister da transportadora aérea deve ser prestado.

Por derradeiro, assunto de relevância ímpar para o tema ora abordado, encontra-se na limitação ao poder normativo das agências reguladoras.

Em primeiro lugar devemos estabelecer os limites da legitimidade do poder normativo das agências. Como aponta Marcos Juruena Villela Souto, a regulação está prevista no artigo 174 da Constituição Federal como instrumento de intervenção do Estado na economia, da mesma forma que a atividade normativa. Assim, sustenta o autor que a atividade normativa das agências reguladoras é uma forma de atividade administrativa de intervenção no domínio econômico e que, portanto, não caracteriza usurpação da função legislativa.⁷⁹

Celso Antonio Bandeira de Mello chama a atenção para o fato de que o princípio constitucional da legalidade impede que atos inferiores inovem na ordem jurídica, razão pela qual as determinações normativas oriundas das agências reguladoras devem limitar-se a “aspectos estritamente técnicos”.⁸⁰ Prossegue o autor ressaltando que sempre que as disposições se voltarem aos concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que as determinações estejam compreendidas dentre as competências do poder concedente, nenhum problema haverá, porquanto tratar-se-ão de normas abrangidas pela chamada “supremacia especial”.⁸¹

Os regulamentos jamais poderão ferir o disposto em lei, distorcer o seu sentido ou agravar situação de terceiros. Reiteramos a posição de Celso Antonio Bandeira de Mello para o fato de que as expressões “independência administrativa”, “autonomia administrativa e patrimonial”, “independência patrimonial”, “ausência de subordinação hierárquica”, “gestão patrimonial e de recursos humanos”, “autonomia para decisões técnicas”, “mandato fixo de seus diretores”, estão presentes em todas

⁷⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 126.

⁸⁰ MELLO, 2008. p. 168.

⁸¹ Ibid., p. 168.

as leis que disciplinam as agências brasileiras. Nada mais são do que elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia. Portanto, nada acrescentam às agências brasileiras a fim de que possam ser comparadas com o modelo norte-americano.

Para Carlos Ari Sundfeld os novos padrões da sociedade exigem normas mais diretas para tratar das especificidades de cada setor e garantir a efetividade da atuação do Estado. Para o autor foi exatamente esse fato que “justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder do legislador que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado”.⁸² Embora o autor reconheça a atuação normativa das agências reguladoras, nega que estas possam emitir regulamentos autônomos.

Já Egon Bockmann Moreira discorda de tal posição e assegura que a atividade regulamentar não é exclusiva do Presidente da República ou dos Ministros de Estado. Confrontando-se com esmagadora parcela da doutrina que apenas admite o poder regulamentar⁸³ como ato específico e limitado e que não deve inovar no ordenamento jurídico, o autor comunga de opinião diversa e nisto é acompanhado por Sergio Ferraz e Eros Roberto Grau.⁸⁴

O próprio Sergio Ferraz, citado por Egon Bockmann conceitua o regulamento como “um ato administrativo, de caráter normativo, com a finalidade de especificar os mandamentos da lei ou de prover situações ainda por ela não disciplinadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função não legislativa.”⁸⁵ Como se vê, Sergio Ferraz admite a atuação regulamentar de ente não imbuído de função legislativa, porquanto, vive-se modernamente uma complexa e acelerada dinâmica dos fenômenos político-sociais.⁸⁶ Leila Cuéllar entende o regulamento como “uma norma elaborada por uma agência administrativa, destinada a regular

⁸² SUNDFELD, 2006, p. 27.

⁸³ Para San Tiago Dantas, citado por Egon Bockmann Moreira, regulamento é “Forma de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei [...] que regem coercitivamente as relações sociais.” Dantas apud Moreira, 2004, p. 120.

⁸⁴ CUÉLLAR; MOREIRA, 2004, p. 146-155.

⁸⁵ Ibid., p. 148.

⁸⁶ Para Egon Bockmann, “[...] a evolução do fenômeno político-econômico mundial, unida à constante instabilidade dos mercados, impõe que o Estado-Administração, disponha de meios jurídicos que o tornem apto a regular imediatamente a conjuntura econômica”. CUÉLLAR; MOREIRA, 2004, p. 150.

operações internas da agência ou a auxiliar na implementação das políticas públicas que lhe foram designadas pelos legisladores”.⁸⁷

Porém, embora Egon Bockmann Moreira admita o regulamento autônomo, reforçando a tese de que a criação de órgãos reguladores exige uma mudança de paradigmas, adverte que tal fato não lhes atribui poderes amplos e irrestritos, desvirtuando a essência da Constituição. A fim de que o poder das agências reguladoras de emitir regulamentos autônomos não se torne ilimitado o autor explicita algumas exigências⁸⁸: a) O regulamento autônomo não pode contrariar a lei; b) O regulamento autônomo não pode criar, de forma inédita e autônoma, sem qualquer lastro normativo, obrigações, direitos e deveres às pessoas privadas, exceto quando autorizados em lei; c) O regulamento não pode criar penas e sanções, nem tributos; d) O regulamento não pode restringir a atividade econômica privada, subordinando seu exercício à expedição de autorização por parte de órgãos públicos, exceto nos casos previstos em lei; e) O regulamento não pode ter efeito retroativo, exceto para beneficiar pessoas privadas, respeitando o princípio da igualdade e os limites da lei; f) O regulamento deve ser fundamentado (princípio da motivação); g) Devem ser passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Voltando aos ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto, este esclarece que em face do princípio da legalidade, somente a lei pode criar obrigações e que a regulação, como atividade administrativa, estabelece os métodos para cumprimento de tais obrigações, podendo fazê-lo por meio de normas (regulamentos).⁸⁹

É importante ressaltar ainda que as agências reguladoras exercem função técnica e como ente regulador de um determinado setor da atividade econômica, especializado e com atribuições específicas contidas na lei que lhe confere tais atribuições, somente podem emitir disciplina igualmente de caráter técnico, até mesmo porque, o legislador não possui qualificação para tanto. Na verdade, tudo se concentra no princípio da proporcionalidade para definir o ponto limite da intervenção do Estado na atividade privada, bem como, garantir o ingresso e a permanência daqueles que ainda não integram o mercado regulado.

No entanto, é notório que para um normal exercício do poder normativo, para a agência reguladora é indispensável certo grau de autonomia, o que ANAC e

⁸⁷ Ibid., p. 115.

⁸⁸ Ibid., p. 154-155.

⁸⁹ SOUTO, 2006. p. 129.

ANEEL não possuem conforme se demonstrou anteriormente. Com efeito, é imperioso reconhecer que a Lei nº. 11.182/05, por exemplo, não delegou função normativa à ANAC, o que nos faz admitir que não há o que se falar em fixação de limites mais ou menos estreitos ao poder normativo da referida agência, porquanto, a lei não os delineou. Consequentemente suprimiu-lhe a esfera de competência e, por óbvio, o poder de regulação no âmbito da aviação civil brasileira.

1.4 AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS NO ESTADO BRASILEIRO E A SUA ADAPTAÇÃO AO NOVO MODELO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

A Constituição de Weimar de 1919 recepcionou pela primeira vez na história das constituições mundiais temas relacionados à ordem econômica e social. Já no Brasil, este assunto foi introduzido apenas na Constituição de 1934, cujo texto já disciplinava as concessionárias de serviços públicos e impunha regras para a implementação de monopólios. Entretanto apenas a Constituição de 1988 reconheceu a necessidade de um capítulo exclusivo para a ordem econômica e financeira com assento no artigo 170 e seguintes onde são desenvolvidos os princípios básicos a serem seguidos pelo Estado e pelos agentes econômicos para se atingir o que Maria D'Assunção Costa Menezello chama de “eficácia social desejável”.⁹⁰

Antes das novas balizas constitucionais de 1988, notadamente, o comando do artigo 174 da Constituição Federal, o qual, estabelece que o Estado brasileiro deverá atuar, na forma da lei, como agente normativo e regulador da atividade econômica, a estatização provocava “disfunções entre normatizar e atuar diretamente como concessionário na prestação de serviços públicos e no fornecimento de bens decorrentes da exploração da atividade econômica [...]”.⁹¹

Este Estado Intervencionista somente passou ao Neoliberalismo, desonerando-se e esvaziando sua já saturada estrutura a partir do Programa Nacional de Desestatização (PND) criado pela Lei 8.031/90, posteriormente modificada pela Lei 9.491/97, provocando uma reorganização da posição estratégica

⁹⁰ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 28.

⁹¹ Ibid., p. 40.

do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada as atividades indevidamente exploradas pelo setor público, nos termos do inciso I do artigo 1º.

Em fevereiro de 1995 foi publicada a Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95) que estabeleceu o regime de concessões e permissões de serviços públicos no país, disciplinando o artigo 175 da Constituição Federal.⁹² Maria D'Assunção Costa Menezello ressalta que estas mudanças não significaram “desregulação”, mas sim, apenas “a instituição de novas normas apropriadas para determinados setores da economia, propiciando a participação da iniciativa privada e da implementação da competição em atividades antes monopolizadas”.⁹³

O Congresso Nacional em 1995 aprovou três importantes Emendas Constitucionais, as quais inovaram na ordem econômica e, por conseguinte no papel regulador do Estado. Inicialmente a Emenda nº. 05 que permitiu aos estados-membros a outorga de concessão de serviços públicos de gás canalizado a empresas privadas. Por sua vez, as emendas 08 e 09, respectivamente, liberaram serviços de telecomunicações para exploração pela iniciativa privada e flexibilizaram o monopólio de petróleo, permitindo que a iniciativa privada participasse das atividades da indústria petrolífera.

Começa a incorporar-se em nossa cultura a tese de que ao governo cabe garantir a eficiência e a qualidade dos serviços eleitos como de interesse público, e à iniciativa privada cabe prestá-los em estrita harmonia com a legalidade e a demandas populares, pois, cada dia mais, o público e o privado se entremeiam.⁹⁴

Mesmo antes das agências contemporâneas surgiram outras entidades similares, “entidades administrativas dotadas de características próprias das agências” o que permite concluir que a criação das agências a partir dos anos 90

⁹² BRASIL. Lei nº. 8.987, de 13 fev. 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

Artigo 175: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único: A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

⁹³ MENEZELLO, op. cit., p. 44.

⁹⁴ MENEZELLO, 2002, p. 52.

não significou uma completa revolução ou algo desconhecido da legislação brasileira.⁹⁵

O primeiro exemplo é o Tribunal de Contas cujas funções são descritas por Marçal Justen Filho como sendo as de:

[...] controle da atuação administrativa dos demais órgãos estatais, recebendo autonomia necessária para assegurar que suas atribuições se desenvolvem com independência em face dos ocupantes de mandatos eletivos e cargos e funções próprios dos Poderes do Estado brasileiro.

O Tribunal de Contas possui função de fiscalização, muito próxima à função reservada ao Poder Judiciário, porquanto, procede ao julgamento da regularidade de atos administrativos em que pese aquele órgão estar integrado à estrutura do Poder Legislativo, no entanto, sem qualquer vínculo de dependência deste, seja hierárquica ou funcional. A sua autonomia lhe garante a não interferência por parte de qualquer um dos poderes constituídos, conquanto nenhuma autoridade integrante dos três Poderes poderá intervir sobre as competências do Tribunal de Contas. Embora não haja agências reguladoras estruturadas em nível constitucional, a concepção destas é a mesma atribuída ao Tribunal de Contas,

como uma estrutura organizacional dotada de autonomia, visando a propiciar o desempenho de funções estatais com proteção contra influências políticas, econômicas e sociais, sem vínculo de subordinação hierárquica e com garantias contra o exercício das competências inerentes aos demais Poderes.⁹⁶

A diferença entre ambos encontra-se na vitaliciedade dos membros do Tribunal o que não ocorre no âmbito das agências. Ainda pode-se dizer que o Tribunal de Contas não possui atribuição para fiscalizar a atividade econômica desenvolvida pela iniciativa privada.

Já o Conselho de Contribuintes da União, incumbido do julgamento de recursos em processos administrativos fiscais, igualmente não possui vinculação hierárquica, em que pese integre o Poder Executivo. Não se trata de uma autarquia e sua composição é formada por representantes dos setores público e privado. O que faz o Conselho de Contribuintes ser comparado às agências reguladoras é a

⁹⁵ JUSTEN FILHO, 2002. p. 329.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, 2002, p. 331.

“especialidade das competências, a natureza das atividades e a peculiaridade na composição”⁹⁷

Ainda podemos citar o Banco Central do Brasil, definido como autarquia que desempenha funções de natureza regulatória, assim como, em vários países do mundo onde outros Bancos Centrais recebem configuração de agências reguladoras independentes. O Banco Central do Brasil está longe de ser uma instituição independente, porquanto, sofre interferências externas em sua gestão, mas pode atuar autonomamente enquanto prevalecerem os princípios da necessidade e da conveniência.

Destinaremos um tópico exclusivo ao CADE, entretanto, cabe aqui apenas apontá-lo como órgão disciplinado como autarquia federal, vinculado ao Ministério da Justiça encarregado de fiscalizar abusos e irregularidades cometidas por empresas privadas no tocante à livre concorrência.

Outro modelo de agência é a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça que exerce intervenção regulatória nos mercados de valores.

Há ainda a Agência de Desenvolvimento da Amazônia - ADA, criada pela Medida Provisória nº. 2.157-5 de 2001, vinculada ao Ministério da Integração Nacional que tem por objetivo a implementação de políticas e a viabilização de instrumentos que promovam o desenvolvimento da Amazônia além da Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE.

As grandes mudanças no cenário da regulação no país aconteceram a partir da primeira metade da década de 90. Transformações políticas, jurídicas e econômicas que resultaram no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado formulado no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso em 1995. Um dos projetos constantes deste Plano era o de criar instrumentos legais para a transformação das autarquias e fundações que exercessem atividades exclusivas do Estado em agências autônomas. O Plano ressaltava a necessidade de superar os obstáculos legislativos, das normas e regulações existentes para, então, selecionar autarquias que seriam “laboratórios de experimentação”.⁹⁸

⁹⁷ Ibid., p. 333.

⁹⁸ BRASIL. Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Secretaria de Comunicação de Governo da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>. Acesso em: 24 jun. 2009.

Floriano de Azevedo Marques Neto considera quatro setores em que as transformações foram necessárias para que o Brasil pudesse viver a atual realidade das agências reguladoras. A primeira mudança ocorre “nos objetivos pelos quais se justifica a atuação regulatória”. A segunda ocorre quando a regulação deixa de ser impositiva para se tornar uma regulação “mediadora, flexível”. A terceira mudança de paradigma ocorre no que o autor chama de “transformações metodológicas” caracterizada pela “procedimentalização, transparência e especialidade no exercício da regulação”. E por fim, a quarta mudança ocorre nos instrumentos jurídicos e administrativos, fazendo surgir as agências reguladoras independentes.⁹⁹

Era preciso, inicialmente, reconhecer que o foco da regulação deveria deixar de ser aquele de interesse do Estado para passar a ser a efetiva proteção dos interesses dos usuários do serviço público prestado pelo concessionário ou permissionário. Quando houve a conscientização de que a regulação estava voltada ao consumidor como seu beneficiário direto, houve a distinção entre o que era agente regulador e regulado. O primeiro, necessariamente, um órgão estatal que se manteria neutro aos interesses do Estado e principalmente aos do ente regulado evitando, desta maneira, a sua captura. O objeto da regulação passa a ser, definitivamente, a constatação e aferição da atividade desempenhada pela empresa concessionária ou permissionária, no tocante ao respeito aos interesses do consumidor de bens e serviços.

Como consequência deste novo pensamento, as agências pautar-se-iam pela atuação implementadora das políticas públicas previstas para o setor regulado não deixando, todavia, sua característica de pacificadora dos interesses em conflito, notadamente, entre o usuário do serviço e o seu prestador submetido à regulação.

A confiabilidade nas agências somente seria atingida se estas atuassem com absoluta transparência, razão pela qual, a publicidade de seus atos passou a ser generalizada. Eis o motivo da criação, pelas agências, de consultas públicas, comitês e comissões de usuários, além da manutenção do diálogo constante com os agentes regulados.

As modernas agências também deveriam se especializar, adquirir conhecimentos específicos e complexos. Ao se regular determinado setor da

⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. **RERE** – Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador, ano 1, mar/abr/maio de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2009.

atividade econômica, cabe à respectiva agência o desenvolvimento de normas e a viabilização de instrumentos que contribuam para o bom serviço prestado pelo ente regulado. A capacidade técnica de seus diretores, por conseguinte, é essencial para a confiabilidade dos atos emitidos pela agência e a maior garantia quanto a estes atos terem sido precedidos de estudos técnicos e jurídicos adequados à realidade do setor objeto da regulação.

Floriano de Azevedo Marques Neto, novamente, considera que, de maneira geral, todas as agências reguladoras brasileiras, notadamente, as que regulam a prestação de serviços públicos, assumiram uma posição de defesa do usuário, através de definição de “metas de universalização, parâmetros de qualidade, exigências de atendimento correto ao consumidor e política tarifária”.¹⁰⁰

As agências reguladoras brasileiras atuam essencialmente em uma economia de mercado com preponderância de empresas privadas o que torna a sua atuação palco de debates, notadamente, em relação ao seu papel na estrutura do Estado Brasileiro. O modelo institucional de agência adotado pelo Brasil não permite grandes conclusões a respeito da independência e do seu grau de autonomia em relação aos Ministérios, passando pela necessária abordagem dos seus atributos para o desenvolvimento da economia, fomento da competitividade e formulação de políticas públicas.

À luz do Direito Administrativo e até mesmo do Direito Econômico, as agências são fundamentais para a realização dos interesses dos consumidores, especialmente, em relação à qualidade dos serviços, diversidade, quantidade e modicidade tarifária, sustentando a viabilidade econômica do serviço público prestado pelo respectivo concessionário.

Em relação às políticas públicas, estas, segundo Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto, são de exclusividade do Poder Legislativo e do Chefe do Executivo não cabendo às agências qualquer intervenção, em que pese, alguns considerarem uma limitação inaceitável.¹⁰¹ Como exemplo, o referido autor cita a lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) como definidora de princípios norteadores da ação do Executivo, cabendo à ANATEL respeitar todas as diretrizes. A mesma lei, ao criar o

¹⁰⁰ MARQUES NETO, 2005, p. 10.

¹⁰¹ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 258.

Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), vinculado ao Presidente da República, o fez com o intuito de que este órgão propusesse medidas para a realização dos fins do artigo 2º¹⁰² entregando à ANP (Agência Nacional do Petróleo) e à ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) a consecução das metas aceitas pelo Presidente.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰³ classifica as agências reguladoras brasileiras quanto ao ramo de atividade de cada uma delas em: a) De serviços públicos propriamente ditos: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC); b) De atividades de fomento e fiscalização de atividade privada: é o caso da Agência Nacional de Cinema (ANCINE); c) De atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); d) De atividades que o Estado também protagoniza, mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares: exemplo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVS), atualmente denominada ANVISA e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); e) De uso de bem público: como a Agência Nacional de Águas (ANA).

Por outro lado, a maioria dos Estados-membros também possui agências dentre as quais podemos citar: ACRE – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Acre (AGEAC); ALAGOAS – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas (ARSAL); AMAZONAS – Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas (ARSAM); BAHIA – Agência de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicação da Bahia

¹⁰² I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

¹⁰³ MELLO, 2008. p. 166-167.

(AGERBA); CEARÁ – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Ceará (ARCE); ESPÍRITO SANTO – Agência de Serviço Público de Energia do Estado do Espírito Santo (ASPE); GOIÁS - Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (AGR); MATO GROSSO – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso (AGER); MATO GROSSO DO SUL - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul (AGEPAN); PARÁ – Agência Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos do Pará (ARCON); PARAÍBA – Agência de Regulação do Estado da Paraíba (ARPB); PERNAMBUCO – Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco (ARPE); RIO DE JANEIRO - Agência Reguladora de Serviços Público Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP) e Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA); RIO GRANDE DO NORTE – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte (ARSEP); RIO GRANDE DO SUL - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS); SANTA CATARINA - Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina (AGESC); SÃO PAULO - Agência Reguladora de Serviços Público Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP); TOCANTINS – Agência Tocantinense de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (ATR).

E há aquelas agências de âmbito municipal, como a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal (ARSBAN), a Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim (AGERSA), a Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande (ARCG), a Agência Reguladora de Águas e Saneamento Distrital – Adasa (Distrito Federal), a Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos do Município de Mauá (ARSAE), a Agência Reguladora do Serviço de Água, Esgotos e Resíduos do Município de Guaratinguetá e Agência Municipal de Água e Esgoto – Joinville (AMAE).¹⁰⁴

¹⁰⁴ ABAR. **Associação Brasileira de Agências de Regulação**. Disponível em: <<http://www.abar.com.br>>. Acesso em: 24 abr. 2009.

Além das agências já mencionadas, podemos ainda citar outras no âmbito federal a começar pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei 9.427/96) vinculada ao Ministério de Minas e Energia, regula e fiscaliza a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei 9.472/97) vinculada ao Ministério das Comunicações; Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478/97), vinculada ao Ministério de Minas e Energia; Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei 9.782/99), vinculada ao Ministério da Saúde, promove a proteção da saúde da população brasileira por meio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei 9.961/00), vinculada ao Ministério da Saúde, tem a finalidade de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais e suas relações com prestadores e consumidores; Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984/00), vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, é responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de cooperação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei 10.233/01), vinculada ao Ministério dos Transportes, promove a regulação do transporte ferroviário de passageiros e carga e exploração da infraestrutura ferroviária, do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, rodoviário de cargas, multimodal e do transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias; Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei 10.233/01), vinculada ao Ministério dos Transportes, regula os transportes de navegação fluvial, travessia, apoio marítimo, portuário, cabotagem e longo curso, além de regular os portos, terminais portuários privados e o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas; Agência Nacional de Cinema – ANCINE (MP 2.228/01), vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, regula e fiscaliza a indústria cinematográfica e videofonográfica. A última agência reguladora criada foi a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei 10.182/05), vinculada ao Ministério da Defesa.

No quadro atual das agências reguladoras brasileiras, convém tecer algumas considerações a respeito do projeto de lei nº. 3.337/04, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva. Até a data da presente dissertação, o referido projeto ainda não havia sido analisado e

votado pelo Poder Legislativo, estando em discussão na Câmara dos Deputados, onde aguarda o relatório final da comissão designada para sua apreciação. Suas disposições modificam a forma de gestão, organização e controle social das agências reguladoras, especificamente, ANATEL, ANEEL, ANP, ANTT. ANTAQ, ANVISA, ANS, ANA e ANCINE, conforme artigo 2º do referido Projeto.

Como alertam Caio Mário Silva Pereira Neto e Paulo Correa¹⁰⁵, o Projeto de Lei foi motivado, principalmente,

na divisão institucional das funções entre a administração direta e as agências reguladoras, questionando a substancial transferência de poderes para agências independentes, bem como, a falta de transparência e as deficiências dos mecanismos de prestação de contas.

As principais propostas do Projeto de Lei são, resumidamente, o estabelecimento de uma separação entre a elaboração de políticas públicas e a regulação econômica propriamente dita. Isto se deveu ao fato, ao olhos do Poder Executivo, de que a forma como as agências reguladoras brasileiras foram instituídas, lhes concedeu excessivos poderes para outorgar serviços públicos e realizar os contratos de concessão, sendo decisivas para a entrada de novos agentes em mercados controlados.¹⁰⁶ A Mensagem Presidencial do Projeto tece argumentos contundentes no sentido de caber à Administração Direta (Ministérios) a confecção de contratos, conquanto, estes se revelam definidores das próprias políticas públicas.

Outra proposta é a de se ampliar o controle sobre a forma de prestação de contas pelas agências reguladoras, por meio de relatórios anuais, contratos de gestão que fixem metas passíveis de supervisão pela Administração Direta e criação de ouvidorias. Apenas em relação aos contratos de gestão, estes deverão ser celebrados com os respectivos Ministérios de forma a expandir a sua adoção a todas as agências independentes de forma a cumprir o artigo 37, parágrafo 8º da Constituição Federal. Tais contratos de gestão teriam a função de “promover transparência e controle social [...] e melhorar a cooperação entre agências reguladoras e a Administração Direta na implementação das políticas públicas

¹⁰⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário Silva; CORREA, Paulo. Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº. 3.337/04. In: BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 202.

¹⁰⁶ PEREIRA NETO; CORREA, 2006, p. 203.

[...]”.¹⁰⁷ Estes objetivos seriam alcançados, de acordo com o artigo 10, através da especificação de: a) metas de desempenho administrativo e de fiscalização a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e mecanismos de avaliação que permitam quantificar o alcance das metas; b) estimativa dos recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pactuadas; c) obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas; d) sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos; e) medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas; f) período de vigência e g) condições para revisão e renovação.¹⁰⁸

Também se propõe alteração nos mandatos dos dirigentes das agências, estabelecendo-os em quatro anos, permitida uma única recondução o que, na verdade, já ocorre em todas as agências, exceto na ANATEL, cujo mandato é de cinco anos conforme artigo 24 da Lei 9.472/97. Já em relação ao Presidente ou Diretor Geral da agência, o Projeto de Lei prevê a nomeação para exercício de um mandato específico o que retiraria do Presidente da República o poder de remoção. Ainda o término do mandato do Diretor Geral ocorreria no primeiro semestre do segundo ano do mandato presidencial (artigo 26).

O processo decisório igualmente é objeto do Projeto de Lei visando à sua maior transparência. A primeira proposta é para que as decisões sejam tomadas em colegiado pela maioria da Diretoria ou do Conselho, cabendo também a estes analisar recursos das decisões tomadas individualmente por qualquer dos diretores. Na verdade, todas as agências já deliberam desta maneira e o Projeto nada inova. Uma outra proposta visa à unificação dos processos de consultas e audiências públicas a fim de que todas as agências procedam da mesma maneira. Isto porque a ANATEL já submete todas as suas normas a uma prévia consulta pública de modo que os consultados possam se manifestar por escrito (artigo 42 da Lei 9.472/97); no entanto, as demais agências limitam-se as audiências públicas onde não ocorrem os comentários por escrito. De qualquer forma o Projeto de Lei pretende que as agências adotem modelos que permitam as manifestações por escrito, deixando as

¹⁰⁷ Ibid., p. 208.

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 abr. 2009.

audiências públicas para a divulgação dos resultados da consulta ou para publicação dos estudos técnicos realizados antes da nova norma entrar em vigor.

O Projeto de Lei ainda prevê a destinação de financiamentos públicos para a participação de técnicos de Organizações não Governamentais (ONGs) nos processos de criação de normas pelas agências. Caio Mário Silva Pereira Neto e Paulo Correa explicam que neste caso a participação da sociedade civil contribuirá para “aumentar a diversidade de visões na avaliação de uma norma proposta”.¹⁰⁹

Por fim o Projeto de Lei 3.337/04 pretende aproximar agências reguladoras e autoridades de defesa da concorrência. Assim, as regras passariam a ser as seguintes: a) Os órgãos de defesa da concorrência e as Agências Reguladoras devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências (artigo 15); b) No exercício de suas atribuições, incumbe às Agências Reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994¹¹⁰ (artigo 16) - os órgãos de defesa da concorrência aplicam a legislação correspondente, analisam atos de concentração instauram e instruem averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica enquanto o CADE emite decisões finais sobre atos de concentração e condutas anticoncorrenciais (parágrafo primeiro); na análise e instrução de atos de concentração e processos administrativos, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às Agências Reguladoras pareceres técnicos relacionados aos seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à instrução e análise dos atos de concentração e processos administrativos (parágrafo segundo); c) As Agências Reguladoras, quando, no exercício das suas atribuições, tomarem conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis (artigo 17); d) Sem prejuízo das suas demais competências legais, inclusive no que concerne ao cumprimento das suas decisões, o CADE notificará às Agências Reguladoras do teor da decisão sobre condutas

¹⁰⁹ PEREIRA NETO; CORREA, 2006, p. 217.

¹¹⁰ BRASIL. Lei 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

cometidas por empresas ou pessoas físicas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas aos atos de concentração por ele julgados, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais (artigo 18).

Uma última proposta oferece flexibilidade para coordenação entre agências municipais, estaduais e federais de forma que estas possam delegar poderes àquelas mediante convênios de cooperação.

1.4.1 Função Fiscalizadora das Agências Reguladoras

Inicialmente, é importante traçar, para melhor entendimento da função fiscalizadora, a classificação das agências e para tanto, são muito elucidativos os ensinamentos de Alexandre Santos de Aragão¹¹¹. Segundo o autor, as agências podem ser classificadas de acordo com a esfera federativa em: *federais*, *estaduais* e *municipais*. No que tange à especialização setorial podem ser *unissetoriais*, como a maioria das agências federais e *multissetoriais*, como a maioria das agências estaduais. Ainda podem ser classificadas de acordo com a autonomia organizacional como as que editam o seu próprio Regimento Interno (ANATEL) e as que o tem emitido pela Administração Central (ANEEL e ANP). Também há aquelas que possuem “referência” mediata constitucional (ANATEL e ANP) e aquelas que possuem referência exclusivamente legal. E de acordo com a atividade regulada, as agências podem ser reguladoras de serviços públicos (ANATEL), reguladoras da exploração de monopólios públicos (ANP), reguladoras da exploração de bens públicos (ANA) e reguladoras de atividades econômicas privadas (ANVISA e ANS).

Independentemente de qual seja a classificação da agência, todas exercem função fiscalizadora. Especialmente nas agências reguladoras de serviços públicos, a fiscalização caracteriza-se como um dever inerente ao Poder Concedente. Já no caso das agências reguladoras da exploração privada de monopólios, o fundamento da fiscalização é contratual. Nas reguladoras de atividade econômica privada, a fiscalização é inerente ao próprio poder de polícia.

Marçal Justen Filho explica que a expressão “controle” indica o comportamento de “acompanhar e fiscalizar a conduta alheia [...] e a possibilidade

¹¹¹ ARAGÃO, 2006, p. 290-291.

de determinar o conteúdo da conduta alheia, escolhendo os fins que o terceiro realizará e o modo pelo que se desenvolverá”.¹¹² No âmbito do direito econômico a fiscalização pelas agências é voltada à verificação do desempenho das atividades relevantes socioeconomicamente, conquanto, o Direito Econômico impõe um controle externo às atividades privadas.¹¹³

Ao passo em que o Estado determina a realização de certo fins, inclusive indicando os meios possíveis, as decisões dos entes privados submetidos à regulação, dependem de aprovação estatal ou se sujeitam, frequentemente, à fiscalização. Enquanto de um lado o Estado reduziu sua atuação nos setores econômicos e de serviços públicos, permitindo maior liberdade de mercado, de outro passou a impor aos particulares, forte restrição à autonomia para tomar suas próprias decisões. “A regulação estatal se orienta a imprimir à atividade privada a realização de objetivos compatíveis e necessários ao bem comum” e a fiscalização está concentrada na conjugação das “vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de fins de interesse público”¹¹⁴ Assim, quanto maiores forem as restrições de liberdades aos particulares, maior será a necessidade de fiscalização. Por isso, cabe aos agentes econômicos e prestadores de serviços públicos sujeitar-se ao acompanhamento pelo Estado quanto a consecução dos fins fixados pelo Poder Concedente, o cumprimento das formalidades, comprovando a correção de suas condutas.

Limitando-se ao tema da presente dissertação, temos que a fiscalização desempenha importante papel na constatação das chamadas deficiências de concorrência. Sem adentrar na competência exclusiva da Agência Nacional de Aviação Civil, pois será tema a ser tratado na sequência, tem-se que a deficiência de concorrência caracteriza-se pela ausência de disputa de mercado, pelo desequilíbrio de mercado que impede a atividade econômica de produzir os efeitos esperados. Assim, a fiscalização torna-se fundamental para a prevenção de monopolização do mercado por agentes econômicos que, pelo predomínio exercido, podem impor seus preços e condições, além de se prevalecerem desta condição para dificultar a disputa por novos agentes econômicos.

¹¹² JUSTEN FILHO, 2002, p. 29.

¹¹³ Ibid., p. 29.

¹¹⁴ Ibid., p. 30.

Resta claro que esta função fiscalizadora da ANAC se manifesta no exato momento em que a agência reporta às entidades do Governo Federal responsáveis pela defesa e promoção da concorrência qualquer fato que tome conhecimento ou possa configurar infração contra a ordem econômica ou que comprometa a concorrência, conforme artigo 6º, parágrafo único, da Lei 11.182/2005¹¹⁵.

¹¹⁵ Art. 6º Parágrafo único. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANAC tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades referidos no caput deste artigo, para que adotem as providências cabíveis.

2 A CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL

2.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO E DE SUA CONCESSÃO

Serviço público refere-se a algo dinâmico, “operação ensejadora de desfrute”, em relação à sua própria prestação, como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello.¹¹⁶ Assim, conceitua o autor:

Serviço Público, em sentido técnico jurídico, é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo. [...] Consiste na prestação de uma utilidade ou comodidade material, como oferecimento de água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, tratamento de saúde, ministério de ensino, etc. Esta oferta é feita aos administrados em geral. Daí falar-se, com razão, no princípio da generalidade do serviço público.¹¹⁷

Também Juarez Freitas¹¹⁸ apresenta importante conceituação onde é perceptível a sua preocupação no intuito de que a concessão se dê num ambiente ausente de lesão ao interesse público, porém, onde haja moralidade administrativa, economicidade e confiança.

A concessão de serviços públicos pode ser definida como delegação da prestação de serviço público – efetuada pela entidade estatal em cuja competência se encontre o aludido serviço - por meio de contrato administrativo, precedido de licitação, a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo, por prazo determinado e por risco próprio, com ou sem subvenção parcial da remuneração pelo Poder Público [...] em harmonia com as exigências dos princípios regentes da Administração Pública, inclusive o da economicidade.

Cumprido estabelecer, de imediato, que serviço público é um tipo de atividade econômica que compete, preferencialmente, ao Estado em que pese o setor privado possa prestá-lo em regime de concessão ou permissão (artigo 175 da C.F.). Eis a razão para que o artigo 173 da Constituição Federal estabeleça que:

¹¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. **REDE**– Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7 jul./ago./set., 2006. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 06 maio 2009.

¹¹⁷ Ibid., p. 04.

¹¹⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 317.

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.

Lúcia Valle Figueiredo¹¹⁹ esclarece que:

Conceituar serviço público (critério orgânico) apenas pelo prestador do serviço será inútil, na medida em que o serviço não deixará de ser público se prestado for por pessoa estruturada nos moldes do Direito Privado. Isto é, não deixará de ser público se submetido estiver ao regime do Direito Público, ou menos particularmente a esse regime, caso seja prestado por concessionário ou permissionário de serviços públicos nos termos da Lei 8.987/1995 (Lei das Concessões de Serviços Públicos).

Assim, adota a autora¹²⁰ o seguinte conceito:

Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevacente de Direito Público.

Alexandre Santos de Aragão¹²¹, por sua vez enuncia que:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição Federal ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

Na verdade, a intervenção direta do Estado no domínio econômico pode se dar de duas maneiras, quais sejam, ou através do desempenho de atividade econômica ou pela prestação de serviços públicos. A primeira competiria, inicialmente, aos particulares e ao Estado apenas em caráter excepcional (artigo 173 da C.F.) e a segunda, ao Estado. Marçal Justen Filho chama a atenção para o fato de que a prestação de serviço público diretamente pelo Estado ou até mesmo por particular, deve condicionar-se segundo os princípios e regras do Direito Público. Já

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rev., amp. e atual. até a Emenda Constitucional 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 80.

¹²⁰ Ibid., p. 81.

¹²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

a atividade econômica, em que pese seja, muitas vezes, prestada pelo Estado, deve regular-se pelo Direito Privado.¹²²

Sem embargo das diversas tentativas doutrinárias em traçar uma diferença conceitual entre serviço público e atividade econômica, tem-se que ambas se complementam. Na acertada lição de Marçal Justen Filho, serviço público seria uma concepção mais restrita de atividade econômica¹²³, mesmo que esta importe em produção e distribuição de riqueza, isto porque, o serviço público apresenta uma manifestação de cunho econômico. A atividade econômica em sentido estrito tem como núcleo a idéia da obtenção de lucro, a “utilização especulativa da propriedade privada, visando precipuamente à realização do interesse egoístico dos particulares empreendedores”.¹²⁴ Esta exploração pela iniciativa privada compreende a livre iniciativa e a livre concorrência, sem interferência do Estado no que tange à fixação de metas e resultados, de modo que o particular possa apropriar-se exclusivamente do lucro, bem como, possa livremente aplicar seus recursos. A mesma atividade econômica em sentido estrito, quando prestada pelo Estado, encontra justificativas em imperativos como, por exemplo, o da segurança nacional, a exemplo da exploração de minérios nucleares e seus derivados, a teor do artigo 21, XXIII da Constituição Federal.

Já a atividade econômica *lato sensu* é entendida como aquela que o “Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas”.¹²⁵ É certo, portanto, que há atividades econômicas exercidas em regime de monopólio e outras que não, mas que, no entanto, o são em virtude do interesse público envolvido, notadamente, por razões fiscais, estratégicas ou econômicas.¹²⁶

A mera atribuição de competência ao Estado não é suficiente para que se possa afirmar tratar-se de um serviço público. Qualquer outra atividade econômica, alheia ao regime de monopólio, quando praticada pelo Estado, assim o é em regime de concorrência com a iniciativa privada atendidos os requisitos do artigo 173 da Constituição.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 18.

¹²³ *Ibid.*, p. 19.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁵ ARAGÃO, 2007. p. 176.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 176-177.

A antiga distinção baseada na natureza lucrativa da atividade já não mais se presta a este fim, conquanto, o serviço público pode comportar lucro, entretanto, a ausência de potencial lucrativo não lhe retira tal característica. Por outro lado, igualmente há atividades econômicas não lucrativas, como as desempenhadas por algumas fundações, entidades sindicais de trabalhadores, instituições de educação e assistência social e ONGs.

A maioria dos juristas não adota uma uniformidade conceitual. Dentre eles, Diógenes Gasparini procura traduzir a “locução” serviço público de três formas diferentes. A primeira, de sentido subjetivo ou formal, como sendo um complexo de órgãos da Administração Pública voltados à satisfação das necessidades dos administrados. A segunda forma, denominada objetiva ou material, seria a tarefa ou atividade da Administração Pública exercida para a satisfação das necessidades de interesse geral dos administrados. E a última, de sentido formal, é a atividade desempenhada por alguém, ente público ou privado, para a satisfação dos interesses dos administrados.¹²⁷ Entretanto, Hely Lopes Meirelles¹²⁸ tenta pacificar as divergências asseverando que o serviço público possui um caráter genérico¹²⁹, entretanto, não há como distinguir as atividades que constituem serviço público, eis que, “variam segundo as exigências de cada povo e de cada época”. Importa, por conseguinte, concluirmos que há serviços que, em razão da sua natureza, são privativos do Poder Público (polícia, por exemplo) e outros que competem tanto ao Estado quanto aos particulares, em regime de concorrência. Estes são chamados pelo autor de “serviços de utilidade pública”.¹³⁰

Cumpra ainda salientar que o serviço público reveste-se de três características, quais sejam a continuidade, igualdade e mutabilidade. A primeira diz respeito à ausência de interrupção, cujo conceito vincula-se à idéia de presença constante do próprio Estado. Já a igualdade relaciona-se com o princípio da isonomia, com a vedação de tratamento discriminatório que privilegia parcela determinada da sociedade. E por fim, a mutabilidade, significa que o serviço público

¹²⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 293.

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 330-331.

¹²⁹ “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”. Loc. cit.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 331.

deve adaptar-se constantemente no tocante ao seu funcionamento e às necessidades daqueles que se utilizam do serviço, de modo que o serviço acompanhe às modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes.¹³¹

Relativamente ao transporte aéreo de passageiros, diante do que se afirmou, este pode ser classificado como atividade econômica (em sentido estrito) sujeita à concessão. Isto se deve ao fato de que seu desempenho cabe aos particulares, todavia, subordina-se a prévia concessão governamental nos termos do artigo 170 da Constituição, devido às suas características especiais que resultam num controle estatal mais intenso.

A concessão de serviço público, por sua vez, é orientada por Romeu Felipe Bacellar Filho como sendo “a delegação a um particular, pessoa natural ou jurídica, da gestão ou execução de um serviço público, precedido ou não de obra pública, por sua conta e risco e remuneração pelos usuários”.¹³²

Já Luiz Alberto Blanchet¹³³, de maneira irretocável, ensina:

Do art. 6º da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, deflui inquestionável que por meio do contrato de concessão o Poder Concedente não outorga apenas o direito de explorar a atividade que se constitui no objeto contratual, mas também, atribuições de cujo exercício ele, Poder Concedente, julgou conveniente incumbir o particular. A adequação na prestação do serviço, exige do concessionário a condução de gerenciamento idôneo a assegurar a satisfação da coletividade usuária no que concerne à regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária, segundo os termos do § 1º do mesmo dispositivo legal.

O autor ainda adverte que a outorga confere à concessionária o dever de conduzir “eficiente e racionalmente a atividade concedida, alertando o Poder Concedente, sugerindo adequações na condução das diversas atividades”, sem se acomodar, agindo de forma irresponsável diante da necessidade de ajustes no serviço prestado.¹³⁴

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. **REDAE**– Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1 fevereiro/março/abril, 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em 20 mar. 2008. Acesso em: 11 maio 2009. p. 09.

¹³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 24.

¹³³ BLANCHET, Luiz Alberto. Alterabilidade unilateral do contrato de concessão. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 55.

¹³⁴ BLANCHET, 2007, p. 56.

Celso Antonio Bandeira de Mello considera que no direito brasileiro a concessão de serviço público vem sendo nominada, impropriamente, de contrato, notadamente, no que diz respeito à equação econômico-financeira e por se tratar de uma relação jurídica complexa que é composta de diversos atos. Inicialmente um ato regulamentar do Estado que fixa “unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço [...]”; depois um ato-condição, porquanto, o concessionário adere à “situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público”. Por fim, um ato de contrato, através do qual se garante a equação econômico-financeira que resguarda “os legítimos objetivos de lucro do concessionário”.¹³⁵

No Brasil, particularmente, as concessões foram motivadas, sobretudo, pela ausência de recursos públicos para a adequada exploração dos serviços públicos e investimento na modernização daqueles. No entanto, embora a Constituição Federal de 1988 tenha expressamente tratado dos institutos da concessão e da permissão, nem ela, nem a lei infraconstitucional, naquele momento, definiram o conceito de concessão. Isso ocorreu apenas em 1995 por meio da Lei 8.987 que em seu artigo 2º, inciso II, estabeleceu que a concessão de serviço público é:

a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.¹³⁶

É importante frisar que a concessão impõe ao concessionário o ônus de responder perante os usuários pelos defeitos da prestação do serviço e por danos que vier a causar, inclusive em relação a terceiros. Diferente do que ocorre com o contrato de prestação de serviço público, onde o prestador é mero executor que não mantém qualquer relação com o usuário, a exemplo do serviço da coleta de lixo. O executor realiza sua tarefa mediante remuneração paga com recursos públicos, mas, perante a coletividade, é como se fosse o próprio Poder Público o prestador do serviço.

¹³⁵ MELLO, 2007, p. 696.

¹³⁶ BRASIL. Lei nº. 8.987, de 13 fev. 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

O conceito mais abrangente de concessão de serviço público é apresentando por Marçal Justen Filho embora, o próprio autor, o considere um “esboço”, porquanto, entende que não há um modelo único de concessão já que o instituto é heterogêneo e assume diversas configurações. Segundo sua doutrina:

[...] concessão de serviço público é um contrato plurilateral, por meio do qual a prestação de um serviço é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos.¹³⁷

A outorga mediante concessão prescinde de lei autorizadora não sendo um ato de mera liberalidade do Poder Executivo por expressa vinculação ao Princípio da Legalidade. Observa Celso Antonio Bandeira de Mello que a Lei 8.987/95 não explicita essa necessidade, entretanto, o mesmo não ocorre com a Lei 9.074/95, a qual deixa claro que a outorga da concessão é vedada “sem lei que as autorize e fixe os respectivos termos”.¹³⁸ A concessão dar-se-á pela via da licitação admitindo-se a exclusividade apenas quando a primeira hipótese seja “inviável por imposição técnica ou econômica”.¹³⁹

A modalidade de licitação estabelecida pela Lei 8.987/95 é a concorrência e acontecerá em conformidade com o regime ditado pela Lei 8.666/93. A lei de concessões ainda estabelece os critérios para julgamento, conforme artigo 15. O edital, além de contemplar o ato de conveniência da outorga de concessão, deverá indicar as condições para a prestação do serviço adequado além das formas de intervenção do poder concedente na empresa concessionária.

O período inicial das concessões vivido pelo Brasil influenciou fortemente o entendimento acerca dos limites da intervenção estatal na atividade econômica entendida no seu sentido estrito. Isto porque a livre iniciativa e a livre concorrência não eram consideradas institutos ligados aos serviços públicos. A titularidade destes era restrita ao Estado que os prestava em caráter exclusivo, salvo as hipóteses de concessão, porém, sempre sob o regime do Direito Público que obrigava ao Estado

¹³⁷ JUSTEN FILHO, 2003. p. 96.

¹³⁸ MELLO, 2007. p. 699.

¹³⁹ Ibid. p. 699.

“disciplinar as condições técnico-econômicas acerca da prestação a ser ofertada aos usuários”.¹⁴⁰

Ocorre que ao transcorrer do tempo, a maioria dos serviços públicos passa a ser oferecida pela iniciativa privada unicamente, afastando-se, o Estado, de tal atribuição e, conseqüentemente, desocupando a posição de concorrente das empresas concessionárias. Todavia, a contrapartida encontrada pelo Poder Concedente foi exatamente a regulação do mercado, quiçá, para disciplinar certas condições econômicas, no entanto, não mais as condições técnicas, estas reservadas aos particulares em razão de deterem o conhecimento tecnológico que a modernização lhes proporcionou. A regulação apresenta-se como meio de garantir os princípios da igualdade, da continuidade e a modicidade tarifária, de modo que as necessidades individuais e coletivas continuem sendo observadas pela iniciativa privada. Ademais, esta é a precípua finalidade reguladora, qual seja a de assegurar a melhor qualidade da prestação de serviço público objeto de concessão, no entanto, sem que para tanto haja abuso na tarifa exigida.

O Estado tem o dever de verificar o atingimento por parte do empresário privado dos mais elevados níveis de eficiência, assim, entendida a relação entre recursos aplicados e vantagens para usuários.¹⁴¹

Alguns dos objetivos da concessão de serviços públicos podem ser citados, tais como, a transferência, para o setor privado, dos riscos inerentes à atividade e de toda a responsabilidade por investimentos e eventuais perdas; além disso, a busca pela adequação do serviço ao modelo privado, detentor de maior tecnologia e eficiência e que, ao aplicá-las racionalmente, poderá ampliar seus lucros, otimizando suas oportunidades de investimentos e organizando-se economicamente para a obtenção de melhores resultados, sempre voltados ao atendimento ao usuário.

Já a extinção da concessão pode ocorrer pelo advento do termo contratual, por encampação, caducidade, rescisão, anulação ou invalidação do contrato por ilegalidade ou ilegitimidade com efeito *ex tunc*,¹⁴² falência e extinção da empresa concessionária, falecimento ou incapacidade do titular em caso de empresa individual, nos termos do artigo 35, incisos I a VI da Lei nº. 8.987/95.

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, 2005. p. 14.

¹⁴¹ Ibid., p. 17.

¹⁴² FREITAS, 2004, p. 319.

Por fim, porém, não menos relevante, é o posicionamento de Marçal Justen Filho quanto ao caráter da concessão como instrumento de políticas públicas. Sustenta o autor que a concessão é um instrumento do Estado para intervenção no domínio econômico e, por consequência, a licitação deve encontrar correspondência e compatibilidade “com as políticas econômicas e industriais, globais e amplas, consagradas pelo Estado”.¹⁴³ Por conseguinte, a concessão possui estreita relação com os planos de governo e os efeitos daquela são preponderantes para as metas perseguidas pela Administração. Complementa, o autor, que as escolhas feitas pelo Poder Concedente produzirão efeitos jurídicos e econômicos, afetando diretamente os usuários.

2.2 O “SERVIÇO PÚBLICO” DE TRANSPORTE AÉREO

Os serviços de transporte aéreo são classificados, inicialmente, em regulares (de passageiros, de cargas, postal e misto) e não regulares (como o serviço de táxi aéreo). Ainda há os serviços de transporte aéreo especializados (aerofogrametria, prospecção, publicidade, *sightseeing* que possuem finalidade turística, de proteção à lavoura ou de pulverização, extinção de incêndios, saúde). Os serviços ainda podem ser de natureza internacional ou doméstica (vôos internos).

Os serviços aéreos são também classificados de acordo com o Código Brasileiro de Aeronáutica, inicialmente, como privados (artigo 177), compreendendo aquelas atividades de “*recreio ou desportivas*” (inciso I), “*de transporte reservado ao proprietário ou operador da aeronave*” (inciso II) e “*de serviços aéreos especializados, realizados em benefício exclusivo do proprietário ou operador da aeronave*” (inciso III). Neste caso, não há que se falar sequer em permissão bastando que as aeronaves sigam aos requisitos técnicos ditados pelas autoridades de navegação aérea e de segurança de vôo (artigo 178, § 1º). Já os serviços aéreos públicos são considerados pelo CBA (artigo 180) como aqueles que dependem de prévia concessão quando se tratar de transporte regular ou de permissão quando não regular.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, 2003, p. 197.

A concessão será dada, exclusivamente, à pessoa jurídica brasileira que possuir sede no Brasil, com pelo menos 4/5 do capital com direito de voto pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos de capital. Já a direção deverá ser exercida exclusivamente por brasileiro.

O serviço público de transporte regular de passageiros depende de prévia concessão do Poder Público e a exploração do transporte aéreo não regular ou de serviços especializados ocorre mediante autorização a teor do artigo 180 do Código Brasileiro de Aeronáutica. Apenas como nota esclarecedora, a permissão é referida pela Constituição Federal nos artigos 21, incisos XI e XII e 175 e também nos artigos 2º, inciso IV e 40 da Lei 8.987/95. Alexandre Santos de Aragão¹⁴⁴ explica algumas das peculiaridades da permissão, dentre elas a de que o permissionário pode ser uma pessoa física e que o prazo pode ser indeterminado. Ainda complementa com a informação de que não há necessidade, a princípio, para a permissão, de prévia licitação e que a lei 8.666/93 estabelece a escala de valores; ademais, os contratos são de adesão, há precariedade e revogabilidade unilateral.

A permissão é adequada aos serviços que demandam investimentos de baixo vulto, de curto período, que envolvam apenas bens não reversíveis ou, de forma geral, em que seja viável a assunção pelo particular dos riscos da precariedade, ou seja, dos riscos de a qualquer momento ver extinto o seu título com a Administração sem direito a receber indenização. [...] A permissão será, assim, a modalidade de delegação de serviço público apropriada quando os bens empregados na prestação do serviço público forem de valor diminuto, ou se, ainda que possuam um valor considerável, tenham uma vida útil curta ou possam ser empregados pelo particular em outras atividades econômicas que não constituam serviços públicos.¹⁴⁵

Nesse sentido, o transporte não regular de passageiros, na modalidade de táxi aéreo, por exemplo, é caso típico de permissão, porquanto, as aeronaves, geralmente de pequeno porte, embora possuam valor considerável, não geram expectativa de vida longa em termos do que se considera satisfatório para a segura prestação do serviço público. Igualmente, em caso de extinção da permissão, é possível que os aviões sejam destinados a outros fins da atividade privada.

Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que permissão de serviço público:

¹⁴⁴ ARAGÃO, 2007, p. 719.

¹⁴⁵ Ibid., p. 722.

é o ato unilateral e precário, intuitu personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode se gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento(s) como contraprestação.¹⁴⁶

A precariedade implica na possibilidade de alteração ou encerramento da permissão, pela Administração, quando se sobrepuserem interesses públicos, independentemente de indenização ao permissionário. Também Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que o instituto da permissão foi desnaturado, muito em razão de que os permissionários não se arriscavam mais em transitar pela permissão quando lhes eram exigidos investimentos de grande monta. Isto porque, a contrapartida exigida pela Administração, como a permanência, estabilidade e garantias razoáveis, eram demais onerosas considerando a inexistência de segurança quanto à continuidade da permissão, dada a sua característica de efemeridade. O autor, por conseguinte, sustenta que a permissão não admite a precariedade, conquanto, trata-se de um contrato e que, ao se lhe determinar prazo, seus efeitos aproximam-se da concessão.¹⁴⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro complementa afirmando que a permissão é bem adequada para os casos de uso de bem público, porquanto, ao permissionário não implicariam maiores gastos, o que não ocorre na hipótese de permissão de serviço público.

Assim, a permissão desinteressaria na medida em que lhe faltam “garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com prazo estabelecido”.¹⁴⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro também reforça a idéia de Alexandre Aragão dos Santos ao afirmar que o inciso IV do artigo 2º da Lei 8.666/93 não fez referência à concorrência na forma da licitação ao definir permissão, ao contrário de quando estabeleceu a noção de concessão de serviço público. Prossegue afirmando que a permissão “não depende de licitação, porque, sendo o serviço prestado no interesse exclusivo ou predominante do beneficiário, não há viabilidade de competição”.¹⁴⁹

Retornando ao tema da concessão de serviço público de transporte aéreo, sem ainda tecermos considerações a respeito do processo de concessão

¹⁴⁶ MELLO, 2007, p. 739.

¹⁴⁷ Ibid., p. 741-743.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 302.

¹⁴⁹ Ibid., p. 302-303.

propriamente dito, temos que já em 1934 a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso VIII atribuía competência exclusiva à União quanto a exploração ou a concessão de navegação aérea, inclusive as instalações de pouso. Tais disposições foram acompanhadas pelas Constituições de 1937 (artigo 15, VI), de 1946 (artigo 5º, XII), de 1967 (artigo 8º, XV, c) e a Emenda Constitucional de 1969 (artigo 8º, XV, c).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 21, inciso XII, igualmente reservou à União a competência para exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão da navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária.

Por outro lado, a Lei 11.182/05 estabelece que a ANAC deverá observar e implementar orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Aviação Civil – CONAC, especialmente no que se refere ao estabelecimento do modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária, a ser submetido ao Presidente da República. Criado pelo Decreto 3.564 de 17 de agosto de 2000, o CONAC, como órgão de assessoramento do Presidente da República para a formulação das políticas públicas do setor da aviação civil, também possui competência para estabelecer as diretrizes para a aplicabilidade do instituto da concessão ou permissão na exploração comercial de linhas aéreas, nos termos do artigo 1º, inciso VI do referido Decreto.

O serviço público de transporte de passageiros no Brasil é cercado de condições previstas em atos do Ministério da Defesa. A Portaria 676/GC-5 de 13 de novembro de 2000, do Comando da Aeronáutica, publicada no Diário da União número 219-E, seção 1, páginas 10, 11 e 12 de 14 de novembro de 2000, com vigência a partir de 01º de janeiro de 2001 estabelece, para o serviço público de transporte de passageiros, que este será realizado mediante contrato com o transportador e que a prova dá-se através do bilhete de passagem, pessoal e intransferível. O bilhete deverá conter, pelos menos, informações como o nome do passageiro, nome e domicílio do transportador, lugar e data da emissão, origem e destino da viagem, classe de serviço, base tarifária e outros dados que identifiquem o tipo de transporte, valor da tarifa, taxa de embarque e valor total a serem cobrados. Também eventuais restrições quanto ao uso do bilhete, franquias de bagagem, sigla e nome do transportador que efetivamente realizará o voo quando este for compartilhado, ou seja, acordo, em que os passageiros que adquiriram passagem aérea de uma determinada empresa, podem embarcar no voo de outra.

Determinados acordos prevêem que uma companhia podem ceder assentos para outra empresa acomodar seus passageiros. Por fim, o bilhete ainda deverá mencionar o nome e sigla do transportador sucessivo, ou seja, aquele que “executa o trecho seguinte ao realizado pelo transportador contratual, na hipótese de ter o contrato de transporte de ser executado por mais de um transportador”.¹⁵⁰ Essa portaria, na verdade, nada mais faz do que detalhar o contido no artigo 227 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Preliminarmente à análise do contrato de transporte, cumpre esclarecer acerca da existência de duas relações jurídicas distintas quando faz-se referência ao serviço público de transporte aéreo de passageiros. Sob o ângulo da relação entre Estado (Poder Concedente) e concessionário, tem-se que pela natureza do contrato de concessão, há a transferência, ao particular, de um serviço público cabendo a este a escolha das melhores soluções para integral satisfação das necessidades coletivas. Inegável a comunhão de interesses na concessão, particularmente, do serviço público de transporte aéreo, enquanto que o particular realiza investimentos para a manutenção do serviço de um lado e, de outro, o Poder Concedente igualmente deve, naquilo que diz respeito à manutenção da infraestrutura necessária, investir verbas públicas, o que, particularmente, contraria a regra de que a Administração não deve desembolsar recursos orçamentários em favor do concessionário.¹⁵¹

Sob outro aspecto, a relação da concessionária de transporte aéreo com a Administração mediante contrato constitui à primeira uma necessidade de submissão, notadamente, às regras da regulação. Vital Moreira relaciona uma série de motivos para a existência desta relação de dependência da concessionária à atividade regulatória do Estado. A primeira delas em razão da “garantia dos mecanismos do mercado e da concorrência” a fim de se evitar “concentração monopolista de empresas, das coligações entre empresas para limitar a concorrência, dos abusos de posição dominante, das práticas restritivas em geral”. Outra razão está em se estabelecer mecanismos de acesso dos usuários ao serviço público, evitando-se as chamadas “falhas de mercado”.

¹⁵⁰ PACHECO, José da Silva. **Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 341.

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, 2003, p. 160.

As “externalidades negativas”, por outro lado, devem ser combatidas, porquanto, a busca pelo lucro pode ocasionar desvirtuamentos resultantes em danos ambientais, prejuízos para a saúde pública e riscos para a segurança coletiva. Também a regulação visa à proteção dos direitos do consumidor e à garantia das “obrigações de serviço público”, ou seja, da idéia de que o serviço público como encargo e responsabilidade exclusiva do Estado não é mais condizente diante da imposição das obrigações às empresas privadas que operam em regime de concorrência. Vale dizer, a concessionária assume as obrigações antes diretamente desempenhadas pelo Estado, porquanto, este passa a assumir a atividade de regulação, notadamente, na esfera econômica.¹⁵²

A doutrina não é muito uniforme em relação à natureza jurídica do contrato de concessão. O certo é que, em que pesem as controvérsias, não se pode descaracterizar a concessão como um contrato administrativo. Lembra Celso Antônio Bandeira de Mello que “na concessão, o Estado interpõe o concessionário entre ele e o administrado no que atina ao desempenho da atividade concedida”. Por isso, é o concessionário quem terá o imediato encargo e, por consequência, o dever de responder perante o usuário, porquanto, age em nome próprio e se prevalece de remuneração da exploração do serviço.¹⁵³

Destarte, a alusão a contrato não significa que haja irrestrita autonomia de vontade, a qual, não se adapta aos princípios norteadores do direito público em razão das formalidades que a Administração Pública está obrigada a cumprir, exaurindo todas as exigências jurídicas. Enquanto o Estado se desonera e ao mesmo tempo busca um meio de garantir a boa prestação do serviço, também o concessionário congrega vantagens em forma de lucros financeiros. Por isso o Estado está autorizado a intervir nas condições de prestação do serviço, alterando-as unilateralmente, em que pese não lhe seja lícito agravar a situação do concessionário deixando de resguardar o equilíbrio econômico do contrato.¹⁵⁴

¹⁵² MOREIRA, Vital. Serviço público e concorrência: a regulação do sector eléctrico. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 223-247.

¹⁵³ MELLO, 2006.

¹⁵⁴ MELLO, 2007, p. 697.

Nos contratos administrativos a mutabilidade está presente nas cláusulas relativas à organização e funcionamento do serviço, prazos, formas de remuneração do concessionário. Imutável é o objeto da concessão.

Da relação entre concessionário e Poder Concedente, há mais obrigações para o primeiro do que para o segundo, notadamente, em razão da incumbência que cabe àquele de respeitar os direitos e deveres dos usuários, cujos termos foram assumidos no ato de assinatura do contrato. Entretanto, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, o Poder Concedente “não se despoja – nem poderia fazê-lo – dos poderes requeridos para impor a realização mais conveniente do interesse público”.¹⁵⁵ Cumprirá à Administração exercer os poderes que lhe são conferidos pelo artigo 29 da Lei 8.987/95 e daí resulta a importância, frente a tal *mister*, das agências reguladoras.

Particularmente quanto às formas de extinção da concessão, já comentadas anteriormente, destacam-se a caducidade, a qual se dá:

por ato do concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do concessionário; isto é, por motivo de fato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, imputável ao concessionário e caracterizável como violação grave de suas obrigações.¹⁵⁶

A declaração da caducidade também ocorrerá por descumprimento total ou parcial do contrato de concessão e exige prévio processo administrativo, respeitados os princípios da ampla defesa e contraditório. O Poder Concedente poderá exigir do concessionário o saneamento das falhas e transgressões cometidas a fim de evitar a extinção da concessão, assim como procedeu a Agência Nacional de Aviação Civil, a qual, acabou por decretar a caducidade do contrato de concessão firmado entre o antigo Departamento de Aviação Civil – DAC e a BRA Transportes Aéreos S.A. É bom que se diga que a Lei 8.987/95 em seu artigo 38, IV impõe a decretação da caducidade na hipótese de perda, pela concessionária, das “condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido”, respeitado o princípio da proporcionalidade.

Ocorre que esta é apenas uma das relações jurídicas estabelecidas pela concessão do serviço público. Há também relação de indiscutível relevância para o

¹⁵⁵ MELLO, 2007, p. 712.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 730.

presente trabalho, que se estabelece entre a concessionária de transporte aéreo e o usuário.

O Código Civil em seu artigo 730 define contrato de transporte como sendo aquele em que “alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lado para outro, pessoas ou coisas”. Marco Fabio Morsello¹⁵⁷ define contrato de transporte aéreo de passageiros da seguinte forma:

[...] aquele por meio do qual um sujeito (transportador) se obriga, frequentemente, (embora não necessariamente), por meio de contraprestação pecuniária, a transferir pessoas e sua bagagens de um lugar ao outro ou ao mesmo depois de escalas intermediárias, por via aérea, com celeridade.

De forma semelhante aos demais contratos de transporte de passageiros, o acordo celebrado com companhia aérea também é tipicamente de adesão. No entendimento de Antonio Carlos Efing¹⁵⁸, o contrato de adesão:

[...] decorre diretamente da massificação do consumo, resultante da evolução das relações estabelecidas entre consumidores e fornecedores: o contrato é elaborado previamente pela administração (Poder Público) ou pelo fornecedor, que estuda e analisa unilateralmente as cláusulas que melhor se ajustam aos seus interesses, para posteriormente impô-las ao consumidor; cabe a este, então, refutar-se à contratação, ou aceita-la nos moldes estabelecidos, mesmo que discorde de determinadas especificações.

No caso particular deste contrato, sequer há um documento formal onde estejam presentes as intenções do contratante. Via de regra, as cláusulas estão compreendidas no bilhete de embarque emitido pela empresa caracterizando a aceitação tácita às condições e não existindo, ao passageiro, qualquer hipótese de discussão da forma como o contrato será executado. Para Rui Stoco¹⁵⁹ esta espécie de contrato é plenamente válida, porquanto, “[...] as obrigações de transportar e de remunerar por este serviço estão ínsitas e não dependem de formalidade, ajuste ou cláusula previamente estipulada”.

¹⁵⁷ MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 150-151.

¹⁵⁸ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 209.

¹⁵⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 284.

Já sustentava José de Aguiar Dias que está igualmente implícita no contrato de transporte aéreo de passageiros a cláusula de segurança ou incolumidade, porquanto, esta é inerente ao contrato. Prossegue o autor afirmando que “quem utiliza um meio de transporte regular celebra com o transportador uma convenção cujo elemento essencial é a incolumidade, isto é, a obrigação, para o transportador, de levá-lo são e salvo ao lugar de destino”.¹⁶⁰

E como bem observam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:¹⁶¹

Mesmo que o instrumento contratual não explicita, é decorrência do princípio da função social do contrato e da regra ética de boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do CC-02) que o transportador tem o dever de levar o passageiro a salvo e em segurança até o local de destino. A quebra desta obrigação implícita de natureza contratual impõe o reconhecimento da responsabilidade objetiva do transportador, que deverá indenizar a vítima independentemente de ter atuado ou não com dolo ou culpa.

Pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, considera-se contrato de transporte aéreo aquele em que o empresário se obriga a transportar passageiro, bagagem, carga, encomenda ou mala postal, por meio de aeronave, mediante pagamento podendo, o empresário, como transportador, ser pessoa física ou jurídica, proprietário ou explorador da aeronave, nos termos do artigo 222. Vê-se do dispositivo invocado as características contratuais da bilateralidade, onerosidade e consensualidade.

Apenas será considerada transportadora aérea regular a empresa concessionária que se enquadrar como tal nos termos dos artigos 180 e 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica. As principais características do serviço público de transporte aéreo são: o controle e a fiscalização pela União, sujeição a tarifas e regras estabelecidas por agente regulador e sujeição a horários e frequências predeterminadas¹⁶².

Já o transporte aéreo não regular é aquele em que as empresas possuem maior liberdade de operação. Trata-se de um serviço de transporte aéreo caracterizado pela precariedade, transitoriedade, caráter sazonal, sem uma estrutura operacional típica das empresas regulares. A pessoa jurídica pode revestir-se de

¹⁶⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 185.

¹⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: contratos**. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 439.

¹⁶² PACHECO, 2006, p. 291.

qualquer modalidade de sociedade, não lhe sendo imposta a forma por ações, cuja exigência existe apenas para as companhias aéreas regulares.

A aquisição do bilhete de embarque, ocorra ela pelo próprio usuário (meio eletrônico) ou por meio de intermediário (agência de viagens), caracteriza-se como ato de formalização do contrato, da manifestação da vontade do contratante em ser transportado e do transportador de oferecer o serviço em questão. Cabe ressaltar, no entanto, que o pagamento, no ato da contratação, não é elemento essencial, pois, poderá ocorrer até mesmo após a prestação do serviço, prática esta muito comum às companhias aéreas. Mas seu início se dá apenas nas dependências do aeroporto através das operações de embarque, precisamente, no despacho das bagagens (*check-in*) e a transposição do passageiro ao local reservado do aeródromo destinado ao acesso às aeronaves.

Lembra José da Silva Pacheco que “persiste a execução do contrato de transporte durante as operações a bordo da aeronave, no período de manobras, decolagem e vôo até o pouso, manobras e desembarque”. Prossegue o autor explicando que o contrato se encerra no momento em que o passageiro ingressa na área do aeroporto aberta ao público em geral¹⁶³.

Dentre as obrigações do transportador podemos destacar: a) a de emitir o bilhete de embarque contendo as informações exigidas pela lei; b) transportar incólume ao lugar de destino e segundo as condições do contrato (artigo 222); c) reembolsar o passageiro na hipótese de cancelamento da viagem (artigo 229); d) embarcar o passageiro no prazo de até quatro horas, a contar do horário previsto para o vôo cuja reserva se deu ou lhe restituir o valor correspondente (artigo 230); e) assegurar as despesas relativas à interrupção ou atraso nas escalas intermediárias (artigo 231, parágrafo único); f) assegurar transporte ao passageiro no prazo de quatro horas nas interrupções ou atrasos nas escalas intermediárias ou devolver-lhe o preço da passagem correspondente ao segmento não realizado (artigo 231); g) responder por perdas e danos no caso de inexecução do contrato (artigo 1.092, parágrafo único do Código Civil).

Por outro lado, são obrigações do passageiro: a) pagar o preço da passagem (artigo 222 do CBA); b) conservar o bilhete em seu poder e apresentá-lo para reserva, confirmação desta e na hora do embarque; c) abster-se de ato que

¹⁶³ PACHECO, 2006, p. 348.

cause incômodo ou prejuízo aos demais passageiros, danifique a aeronave ou dificulte a execução normal do serviço (artigo 232); d) cumprir as normas legais constantes do bilhete ou integrantes das condições gerais de transporte, as quais, devem ser afixado em lugar público dos aeroportos.

Por fim, cumpre ressaltar que o passageiro possui o direito de rescindir o contrato, desde que ainda não tenha sido iniciada a viagem, cabendo-lhe a devida restituição de eventuais valores pagos. Ademais, cumpre ao passageiro comunicar ao transportador acerca da rescisão com antecedência razoável para a renegociação. Em viagens onde haja previsão de conexões, é facultado ao passageiro desistir de um ou mais trechos a serem percorridos, tendo direito a restituição proporcional ao trajeto não utilizado.

2.3 O PROCESSO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL E A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE CONCESSÃO

José da Silva Pacheco¹⁶⁴, ao comentar o Código Brasileiro de Aeronáutica, relaciona dois fatores que obrigatoriamente devem ser observados durante o processo de concessão. Primeiramente os fatores básicos que seriam, além daqueles constantes do artigo 180 do Código Brasileiro de Aeronáutica, a existência de “estrutura técnica de operação, nela incluída adequada frota de aeronaves e estrutura técnica de manutenção” e “adequado planejamento a curto e médio prazos”. Já os fatores seletivos citados pelo autor, embora ainda mencione o extinto DAC, persistem como regra ainda hoje a ser observada pela autoridade concedente. Estes correspondem ao fato da empresa ter realizado a contento, mediante a correspondente certificação, o serviço concedido, inclusive no que tange à regularidade, e também, “ter comprovada capacidade econômica, financeira, técnica e administrativa para os serviços a que se propõe”. São observadas, ainda, a adequação de pessoal, infraestrutura condizente com os serviços a serem prestados e todas as condições que sejam impostas pelas autoridades aeronáuticas.

São ainda critérios a serem obedecidos a obrigatoriedade de manutenção de serviço adequado, “tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o

¹⁶⁴ PACHECO, 2006, p. 256-257.

melhoramento e a expansão dos serviços que assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”, “a fiscalização permanente e a revisão periódica das tarifas”, “prazo que permita a justa amortização do capital investido”, “a garantia de renovação do contrato aos concessionários que hajam prestado o serviço adequado e cumprido as condições convencionadas” e “as condições para assegurar a otimização do serviço, a auto-sustentação e a satisfação do usuário”.¹⁶⁵

Na estrutura da Agência Nacional de Aviação Civil o processo de concessão incumbe à Superintendência de Serviços Aéreos submeter à diretoria:

a) projetos de atos normativos relativos à outorga, à exploração e à fiscalização de serviços aéreos públicos de transporte de passageiros, carga e mala postal, regular e não-regular, doméstico e internacional, e de serviços aéreos privados, bem como dos procedimentos para o registro de horários de transportes (Hotrans), neste caso observadas as condicionantes do Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária disponível; b) minuta de edital de licitação pertinente à concessão de serviços de transporte aéreo público regular doméstico de passageiros, carga e mala postal, bem como do correspondente contrato de concessão; c) proposta de outorga de concessão, nos casos de exploração de serviços públicos de transporte aéreo regular; d) proposta de autorização, nos casos de exploração de serviços públicos de transporte aéreo não-regular e de serviços aéreos privados, neste caso exceto serviços de aerolevanteamento.¹⁶⁶

A emissão de pareceres acerca do processo de concessão, igualmente, encontra-se sob a responsabilidade da Superintendência. Tais pareceres dizem respeito a: a) prévia aprovação de atos societários constitutivos de empresas de prestação de serviços aéreos públicos, ou de suas modificações; b) anuência prévia quanto à transferência de concessão ou do controle societário ou de ações de empresa concessionária ou autorizada de prestação de serviços aéreos públicos; c) designação para exploração de serviços de transporte aéreo público internacional, solicitada por empresa brasileira prestadora de serviços aéreos públicos; d) autorização para funcionamento, no Brasil, solicitada por empresa estrangeira de transporte aéreo; e) autorização para operar no Brasil, solicitada por empresa estrangeira designada pelo governo de seu país e autorizada a funcionar no Brasil, e, quando for o caso, modificação que envolva equipamento, horário, frequência e escalas no território nacional, bem assim a suspensão provisória ou definitiva dos

¹⁶⁵ PACHECO, 2006, p. 256-257.

¹⁶⁶ SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS AÉREOS – SSA. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/anac/ssa.asp>>. Acesso em: 22 maio 2009.

serviços e o restabelecimento de escalas; f) prorrogação de contrato de concessão; g) revogação ou anulação de ato de outorga de autorização de prestação de serviços aéreos públicos; h) intervenção do poder concedente na concessão; i) extinção da concessão, nos casos de advento do termo contratual, caducidade, rescisão, anulação ou falência; j) fusão, incorporação, consorciação, “pool”, associação, constituição de grupo, conexão, acordo de serviços e demais formas de colaboração entre empresas concessionárias e autorizadas de prestação de serviços aéreos;

Por fim, a Superintendência ainda possui uma vasta lista de funções, dentre elas algumas que merecem destaque, tais como: a) fiscalizar a prestação de serviços aéreos públicos e, quando for o caso, de serviços aéreos privados. b) cumprir e fazer cumprir, na fiscalização das concessões, permissões e autorizações, os encargos do poder concedente e das concessionárias, permissionárias e autorizadas dos correspondentes serviços públicos, promovendo a intervenção ou a declaração de extinção ou revogação dos respectivos contratos e atos, sempre que configuradas as hipóteses previstas em lei, em normas regulamentares aplicáveis ou nos respectivos atos ou contratos; c) promover os procedimentos administrativos indispensáveis para a outorga de concessão, permissão e autorização da exploração de serviços aéreos públicos e de serviços aéreos especializados; d) emitir parecer sobre proposta, do Comando da Aeronáutica, de edição de normas ou procedimentos que tenham repercussão econômica ou operacional na prestação de serviços aéreos; e) comunicar à Diretoria, sempre que tomar conhecimento, a existência de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa ou a promoção da concorrência; f) assegurar o princípio da confiabilidade do serviço público, garantindo a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, regularidade, continuidade, atualidade, generalidade e cortesia na prestação dos serviços públicos; g) assegurar às empresas brasileiras de transporte aéreo regular a exploração de quaisquer linhas aéreas domésticas, observadas, exclusivamente, as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo, a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado; h) assegurar a liberdade tarifária na exploração de serviços aéreos.

Atualmente, as instruções dos pedidos de concessão para exploração dos serviços públicos de transporte aéreo no Brasil ainda seguem as diretrizes da Portaria 536/GC5 de 18 de agosto de 1999 do antigo Departamento de Aviação Civil – DAC. O pedido de autorização para funcionamento jurídico apresentado pela pretendente deverá ser instruído, a teor do artigo 2º, com os atos constitutivos da empresa de acordo com a legislação vigente, notadamente o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Código Civil Brasileiro, além do demonstrativo do capital social mínimo compatível com o tipo de operação planejada pela empresa totalmente subscrito. A empresa deverá, ainda, anexar o plano básico dos serviços, informando tratar-se de segmento de transporte regular ou não regular. No caso específico do transporte regular, a empresa deve especificar a rede de linhas em que se dará a atividade da empresa. Ainda serão informados os tipos de aeronaves e a sua forma de aquisição. Por fim, cumpre ao empresário apresentar planejamento estratégico contemplando as fases do projeto (implantação, consolidação e expansão), descrevendo a frota e os mercados, bem como, a viabilidade econômica para a fase de implantação, com todos os elementos que fundamentem a adequabilidade do capital social inicial proposto ao empreendimento.

A partir do momento em que a empresa for considerada habilitada para seu funcionamento jurídico, aquela poderá: a) Solicitar à Comissão de Coordenação do Transporte Aéreo Civil – COTAC, o qual encontra suas disposições no Decreto nº. 94.711 de 31 de julho de 1987 do então Ministério da Aeronáutica, hoje Ministério da Defesa, autorização para importar aeronaves; b) registrá-las no Registro Aeronáutico Brasileiro – RAB¹⁶⁷, o qual, hoje, encontra-se sob a responsabilidade da ANAC; c) solicitar a emissão do Certificado de Homologação de Empresa de Transporte Aéreo – CHETA, na forma do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica – RBHA correspondente.

Uma vez verificada a concessão, a empresa está habilitada a participar da Comissão de Coordenação de Linhas Aéreas Regulares (COMCLAR), criada pela Portaria 692/DGAC de 20 de outubro de 1999 em substituição à antiga Comissão de

¹⁶⁷ O Registro Aeronáutico Brasileiro (RAB) tem como uma das suas atribuições controlar “marcas de matrícula e nacionalidade, emite certificados de matrícula e de aeronavegabilidade, reconhece direitos reais e de uso, bem como a aquisição de domínio na transferência de propriedade, além do cancelamento de matrículas, registros, inscrições, averbações e fornecimento de certidões. O funcionamento e as atividades do Registro Aeronáutico Brasileiro estão regulamentados pela NSMA 58-47”. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/aeronaves/cons_rab.asp>. Acesso em: 22 maio 2009.

Linhas Aéreas – CLA, a qual atuou por mais de 20 anos na aprovação de linhas aéreas domésticas regulares no país. Também poderá solicitar a emissão dos Horários de Transporte (HOTRAN) das linhas constantes do seu plano básico. A obtenção do CHETA compreende uma avaliação minuciosa pelo órgão regulador acerca da configuração das aeronaves, treinamento da tripulação e do pessoal de solo, planos de segurança e verificação, inclusive, de uniformes, os quais seguem padrões internacionais. Também os procedimentos de embarque e desembarque são avaliados e simulações de emergência conferem a eficiência da tripulação. Por fim, pilotos e co-pilotos passam por avaliação por técnicos da ANAC.

Já o contrato de concessão, último passo para o início das operações pela nova companhia, é firmado após emissão do CHETA e seguirá aos requisitos da Lei 8.987/95, especialmente, em relação às suas cláusulas disciplinadas entre os artigos 23 e 28 da norma. Como modalidade de contrato administrativo que é, definido no artigo 2º da Lei 8.666/95¹⁶⁸, também encontra na referida Lei a definição de sua forma, conforme artigo 54.

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.¹⁶⁹

Importante ressaltar que o Código Brasileiro de Aeronáutica não prevê que ao término da concessão ocorrerá a reversão, ou seja, que os bens das concessionárias sejam revertidos à União, até mesmo porque, na celebração do contrato a União não vincula seus bens. Após deliberação da Diretoria da ANAC, o contrato é firmado com a nova concessionária que obtém o direito de explorar o transporte regular de passageiro, carga, mala postal em todo o território nacional, no

¹⁶⁸ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. “[...] todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

¹⁶⁹ Ibid.

caso de transporte doméstico. A empresa deverá executar com as frequências, escalas e equipamentos previstos no HOTRAN, aquelas linhas previstas do plano básico apresentado quando do pedido de autorização para funcionamento jurídico. A ANAC, de ofício ou a requerimento da concessionária, poderá alterar, acrescentar ou suprimir linhas, escalas, frequências e horários, desde que atendido o interesse público.

Em regra, é vedada a subconcessão e o prazo fixado no contrato pode ser prorrogável desde que a concessionária venha cumprindo as condições legais e técnicas. O pedido de prorrogação deve ser protocolado em até 6 (seis) meses antes do término do prazo de concessão. Esse é o mesmo prazo para que haja protocolo de pedido de rescisão.

O contrato estabelecerá um período para verificação, pelo agente regulador, da regularidade das condições exigidas para a obtenção da concessão, especialmente, a regularidade junto ao fisco, previdência social e até mesmo o recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Qualquer regra de operação e manutenção adotada pela concessionária deverá submeter-se à aprovação da ANAC que se encarrega de fiscalizar o cumprimento do regulamento na prática. A agência também fiscalizará as instalações da concessionária, equipamentos, documentos financeiros, aplicando as penalidades previstas para cada caso. Ao aplicar sanções pecuniárias, a ANAC torna-se legítima para a execução judicial e extrajudicial, respeitadas as competências da Procuradoria Geral da República.

O processo de concessão de linhas aéreas leva em consideração o regime da “Livre Mobilidade” constante das Disposições Transitórias da Lei. 11.182/05 em seu artigo 48, § 1º,¹⁷⁰ destinado a conferir maior eficiência e agilidade ao processo de concessão para empresas regulares de transporte de passageiros.

O contrato de concessão para efetivação da outorga do serviço público de transporte aéreo doméstico de passageiros é exigência dos artigos 1º e 4º da Lei 8.987/95. O Código Brasileiro de Aeronáutica, pelo princípio da especialidade, é o diploma legal que trata das outorgas de serviços de transporte aéreo em todas as modalidades. Embora possa aparentar que este diploma está em conflito com a Lei

¹⁷⁰ “Art. 48. § 1º - Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC”.

8.987/95, bem como, com a Lei 11.182/05, cumpre ressaltar que o CBA não definiu como será o ato de outorga, prevalecendo a regra da lei de concessões, ou seja, mediante contrato de concessão.

A partir da criação da ANAC, esta passou a ser a autarquia federal intermediária da atividade de concessão de competência originária da União. Conseqüentemente, a ANAC poderá firmar em nome próprio, como representante da União, o contrato de concessão de serviço público de transporte aéreo, após deliberação colegiada da Diretoria, por ato do seu Diretor-Presidente.

A empresa pretendente deverá demonstrar em processo administrativo próprio, a sua qualificação para atendimento de todos os pressupostos legais e técnicos para se qualificar como apta à exploração de rotas após a concessão pública. Por conseguinte, a concessão do serviço público de transporte aéreo no Brasil não prescinde de processo licitatório, em que pese as disposições do artigo 122 da Lei 8.666/93. Isto porque o CBA não estabeleceu este procedimento específico.

[...] diante da lacuna legal, pelos princípios apontados no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, deve ser ela aplicada por interpretação extensiva à concessões de serviços aéreos públicos [...]. E, justamente, pela aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, e pelos princípios relacionados em seu art. 3º, é que não se procedeu a prévio processo licitatório, dado que para a instauração do processo de licitação há a necessidade de configurar-se de fato uma situação de concorrência entre particulares para a obtenção do objeto do contrato administrativo. Tanto é assim que o art. 25 da referida Lei expressamente estabelece: 'É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição'.¹⁷¹

De acordo com artigo 3º da Lei 8.666/93.

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Por conseguinte, qualquer empresa que se qualifique técnica e juridicamente pode receber a concessão. Independentemente de não haver

¹⁷¹ Parecer Conjunto nº 01/PROC/TEC da Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/atas/anexo3AtaReuniao041206.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

exigência de prévia licitação, o contrato celebrado com a concessionária habilitada é considerado contrato administrativo nos termos do artigo 2º da Lei 8.666/93 e esta é a norma que rege o contrato de concessão de transporte aéreo, conquanto, a legislação específica (CBA) não traça critérios para a celebração do contrato. Assim, aquelas condições exigidas da empresa durante o processo de habilitação devem nortear as cláusulas do contrato de concessão, como também as cláusulas essenciais ditadas pelo artigo 23 da Lei 8.987/95.

2.3.1 Os Deveres Empresariais Derivados da Concessão

O concessionário de serviço público responde por suas ações perante terceiros de acordo com os mesmos critérios e princípios que regem a responsabilidade do Estado, nos moldes do artigo 37, § 6º da Constituição Federal,¹⁷² portanto, a responsabilidade é objetiva. Entretanto, o concessionário é conduzido a cumprir um número indefinido de obrigações oriundas do contrato de concessão, as quais, necessariamente dele não constarão. Marçal Justen Filho é hábil em apresentar uma lista de deveres, a qual, entretanto, o próprio autor informa sê-la meramente ilustrativa.¹⁷³ Cumpre esclarecer, ademais, que esses deveres são, de uma forma geral, genéricos a todos os contratos administrativos e não fogem à regra os contratos de concessão de transporte aéreo. Em primeiro lugar, o autor coloca o dever do concessionário em comparecer para a formalização da outorga, satisfazendo a todas as exigências como a entrega de documento ou a constituição de uma forma específica de empresa. Esta, aliás, é uma obrigação ínsita a todos os contratos de concessão, cujo descumprimento, equivaleria ao próprio inadimplemento contratual perante o Poder Concedente, resultando na aplicação das sanções previstas. Em seguida, apresentam-se os deveres de adimplemento das obrigações, notadamente, as de caráter pecuniário. Esse dever imposto às companhias concessionárias de transporte aéreo vem obstaculizando a renovação da concessão nos últimos anos pela ANAC, especialmente, por não

¹⁷² A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, os seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, 2003, p. 505-510.

conseguirem demonstrar a regularidade fiscal, consubstanciada na prova da quitação das obrigações federais mediante apresentação de certidão negativa de débitos expedida pela Delegacia da Receita Federal. Ainda, a prova de quitação de dívidas ativas da União mediante certidão expedida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Também é dever da concessionária, ao requerer a renovação da concessão, comprovar a regularidade dos pagamentos das tarifas aeroportuárias que se dá mediante atestado expedido pela Infraero, nos aeroportos por ela administrados ou pelo Comando da Aeronáutica, Estados ou Municípios, caso sejam estes os administradores aeroportuários.

O concessionário deverá prestar pessoalmente o serviço público, não lhe sendo lícito transferir a terceiros sua condição ou a tarefa de executar a atividade objeto da concessão. Outra obrigação que dispensa maiores considerações, até mesmo por estar implícita ao contrato de concessão é o dever de manter a prestação do serviço adequado obedecendo aos padrões técnicos constantes do respectivo regulamento. O mesmo pode-se dizer acerca da continuidade da prestação do serviço que veda a sua interrupção, no entanto, Marçal Justen Filho considera que essa vedação à interrupção encontra limites na “ausência de viabilidade econômico-financeira”¹⁷⁴. Isto porque não é justo que “a comunidade usufrua os benefícios do serviço público à custa da destruição empresarial do concessionário”.¹⁷⁵

Todas as empresas concessionárias de serviços públicos de transporte aéreo de passageiros obrigam-se a prestar serviço adequado e satisfazer às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia, conforme definido em atos normativos da ANAC e constantes da legislação geral em vigor.

Também são deveres, o controle sobre as receitas e despesas mediante escrituração contábil pormenorizada, a prestação de informações e o fornecimento de documentos e a submissão à fiscalização. Ainda a prestação de contas ao Poder Concedente.

Somam-se aos deveres considerados, outros que dizem respeito diretamente ao atendimento ao usuário e podem ser resumidos quanto à

¹⁷⁴ JUSTEN FILHO, 2003, p. 506.

¹⁷⁵ Ibid., p. 507.

necessidade do concessionário manter uma infraestrutura para atendimento ao usuário a fim de que este realize a busca por informações, teça críticas ou realize reclamações. As informações, igualmente, devem ser prestadas com fidelidade e amplitude de conteúdos, especialmente, quanto às condições de oferta do serviço e às formas de operação da concessionária.

Quanto aos direitos e deveres do usuário a serem respeitados, observam-se aqueles constantes da lei de proteção ao consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990), nas leis que regulam a prestação do serviço público concedido, em especial, a Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, no Código Civil, no Código Brasileiro de Aeronáutica e na Lei 11.182 de 27 de setembro de 2005.

Ao firmar o contrato de concessão, a empresa concessionária se obriga a prestar regularmente contas dos resultados das operações realizadas através da apresentação de relatórios estatístico-financeiros. A ANAC pode exigir a apresentação de relatórios periódicos, os quais devem ser minuciosamente explicados quanto à sua forma de elaboração, bem como, cópia de qualquer contrato firmado pela concessionária, acordo ou outro tipo de entendimento do qual tenha participado.

A empresa é obrigada a manter-se nas mesmas condições exigidas quando da outorga da concessão, bem como, dispor de pessoal, aeronaves e equipamentos para a garantia da execução dos serviços, cumprindo com os padrões de segurança e qualidade exigidos na legislação e nos atos normativos da ANAC.

2.3.1.1 A responsabilidade civil do transportador aéreo

A responsabilidade civil do transportador aéreo consiste no dever de indenizar a pessoa ou usuário do serviço que em decorrência deste venha a sofrer dano. A responsabilidade que interessa a esta dissertação é aquela inerente ao transportador aéreo de passageiros doméstico¹⁷⁶, salvo breves comentários quanto a aplicabilidade das regras internacionais. O transporte aéreo internacional, ou seja, aquele cujos pontos de partida e de chegada situam-se em países diversos, segue

¹⁷⁶ Entende-se como transporte aéreo doméstico, nos termos do artigo 215 do Código Brasileiro de Aeronáutico aquele “em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em território nacional”.

Parágrafo único – O transporte não perderá esse caráter se, por motivo de força maior, a aeronave fizer escala em território estrangeiro, estando, porém, em território brasileiro os seus pontos de partida e destino.

regras específicas, notadamente a Convenção de Montreal de 29 de maio de 1999 debatida durante a Conferência Internacional de Direito Aeronáutico patrocinada pela Organização Internacional de Aviação Civil (OACI). Esta Convenção atualiza as disposições da Convenção de Varsóvia datada de 1929, bem como, se sobrepõe a todas as regras de transporte aéreo internacional. Ou seja, inaplicáveis ao transporte aéreo internacional as regras do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Em relação às convenções internacionais que disciplinam o transporte aéreo, cumpre esclarecer acerca do conflito delas em relação às leis nacionais, notadamente, o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, o Código Brasileiro de Aeronáutica traz em si regras de responsabilidade civil a serem observadas durante a execução de contrato de transporte aéreo doméstico. No entanto, não se revela suficiente para disciplinar de forma clara e segura o surgimento do dever de indenizar do transportador e as hipóteses de isenção de responsabilidade. Também vem sendo criticada pela doutrina a limitação dos danos imposta pelas convenções internacionais e a contraposição com o princípio da reparação integral.

O transportador pode ser responsabilizado em diversas hipóteses, sendo as principais nos casos de danos por morte do passageiro, lesão, atraso ou cancelamento de vôo, "*overbooking*", perda, destruição ou avaria de bagagens e mercadorias transportadas. Além destas, também por atos do comandante ou da tripulação e de funcionários em terra, ressalvadas as hipóteses das chamadas excludentes de responsabilidade.

A responsabilidade civil pode ser entendida por meio de duas correntes clássicas. A primeira que trata da responsabilidade baseada na culpa, também denominada de teoria subjetiva, em que se perquire além da existência do dano, a culpa do autor do ato danoso, bem como, a relação de causalidade entre o fato gerador do dano e o próprio dano. Por outro lado, a corrente da responsabilidade objetiva ou teoria do risco, não cogita da existência de culpa, bastando o nexo causal entre ato e dano.

A reparação dos prejuízos sofridos pelos usuários do transporte aéreo subordina-se ao princípio da responsabilidade contratual sendo este o norte seguido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica. Este diploma legal além de cuidar da responsabilidade do transportador aéreo por atos ocorridos no interior de aeronave, durante as operações de embarque, vôo ou desembarque, também se ocupa da responsabilidade extracontratual (artigos 268, 269 e 270) sempre que o

transportador causar prejuízo a terceiros em solo ou em caso de abalroamento em vôo. Para tanto, podemos considerar hipóteses de desprendimento de peças ou substâncias de aeronaves que venham a atingir terceiros na superfície.

A responsabilidade contratual estará presente sempre que houver inexecução da obrigação assumida pelo transportador durante o implemento do contrato de transporte, tanto por danos sofridos pelo passageiro, quanto às bagagens por ele trazidas a bordo. Destaca-se nos contratos de transporte aéreo a “*cláusula de incolumidade*”, a qual assegura que a atividade desempenhada pelo transportador é de fim, de resultado e não simplesmente de meio. Esta cláusula obriga ao transportador tomar as cautelas necessárias para o sucesso do contrato, garantindo o êxito da pretensão do contratante, mediante condições de segurança, desde os primeiros procedimentos de embarque até a conclusão do desembarque e chegada do passageiro ao saguão do aeroporto.

Para exemplificar podemos citar a possibilidade de inadimplemento contratual provocado pelo denominado “*overbooking*”. Muitos passageiros deixam de se apresentar nos balcões de *check-in* das companhias (*no show*) no horário previsto, razão pela qual as empresas aéreas realizam reservas acima da capacidade da aeronave, de forma a gerar uma compensação entre o número de passageiros que não se apresentaram e o dos que fizeram reserva para aquele determinado vôo¹⁷⁷. O “*overbooking*” modernamente vem sendo denominado de “*oversale*”, cuja expressão busca uma nova compreensão de que a venda exagerada de passagens não mais é uma medida para viabilizar economicamente determinadas linhas aéreas.

Aquele que portar bilhete com reserva confirmada e que for impedido de embarcar em razão do excesso de passageiros já embarcados (*overbooking*), terá direito a “ser acomodado pela empresa em outro vôo, próprio ou de congênere, no prazo máximo de quatro horas após a partida da aeronave para a qual tinha reserva confirmada”¹⁷⁸. Ainda, na impossibilidade de acomodação imediata, o passageiro poderá optar pelo embarque em horário diverso além das quatro horas ou ser reembolsado do valor pago. Havendo espera para embarque por tempo superior a quatro horas, obriga-se, o transportador, a providenciar hospedagem, alimentação e

¹⁷⁷ PACHECO, 2006, p. 337.

¹⁷⁸ PACHECO, 2006, p. 338.

transporte. A revalidação do bilhete de embarque, igualmente, deverá ocorrer independentemente de ônus ao passageiro.

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal assegura que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, respondem por danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa. Assim, a Carta Magna acolhe a responsabilidade civil objetiva baseada no risco administrativo. Um típico exemplo de responsabilização do Estado vem ocorrendo nos casos de atrasos e cancelamento de vôos, sendo que a partir deste modelo pode-se demonstrar a hipótese mais comum de responsabilidade extracontratual.

Conforme o Código Brasileiro de Aeronáutica, os atrasos inferiores a 04 (quatro) horas estão dentro da tolerância técnica, tendo em vista que a prestação de serviços aéreos está condicionada a fatores incontroláveis, como condições climáticas adversas, congestionamento de tráfego aéreo e manutenção não programada de aeronaves. A partir de 04 (quatro) horas a empresa é obrigada a oferecer alternativas aos passageiros com *check-in* efetuado tais como, alimentação, hospedagem, traslado e até telefonemas. Também devem remarcar os vôos para o mesmo destino ou providenciar o embarque do passageiro em outra companhia aérea, além de reembolsarem o valor da passagem¹⁷⁹. O mesmo ocorre na hipótese de cancelamento do vôo.

Ocorre que é preciso destacar que nem sempre o transportador poderá ser considerado responsável pelo atraso ou pelo cancelamento do vôo. Como é cediço, a navegação aérea depende fundamentalmente de condições que não correspondem exclusivamente à atividade desenvolvida pela empresa aérea, a exemplo das condições meteorológicas. É por esta razão que considera-se, no caso em discussão, que a responsabilidade pode ser entendida como extracontratual ensejando o direito de regresso do transportador.

¹⁷⁹ Art. 229. O passageiro tem direito ao reembolso do valor já pago do bilhete se o transportador vier a cancelar a viagem.

Art. 230. Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em vôo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem.

Art. 231. Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a 4 (quatro) horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro poderá optar pelo endosso do bilhete de passagem ou pela imediata devolução do preço.

Parágrafo único. Todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hospedagem, correrão por conta do transportador contratual, sem prejuízo da responsabilidade civil.

Neste aspecto, as condições operacionais dos aeroportos, em que se destacam as manobras de pousos e decolagens, além das condições dos equipamentos de auxílio à navegação e a disponibilidade dos operadores de vôo são fundamentais para a garantia dos serviços prestados pelas companhias.

A paralisação de controladores de vôo e defeitos técnicos ocorridos com equipamentos podem tornar o sistema da navegação aérea inoperante. Quando os atrasos ou cancelamentos decorrerem exclusivamente da inoperância do sistema de controle de tráfego aéreo, há que se admitir a responsabilização da União.

Os controladores de tráfego aéreo, militares ou civis, assim como, os pilotos militares são “prepostos” do Estado, ou seja, da União Federal¹⁸⁰. Assim, podemos considerar que a obrigação de reparar os danos seja, quiçá, solidária, no entanto, o usuário do transporte poderá optar em obter a indenização diretamente da União, inclusive, de ordem moral. E desde que as companhias aéreas arquem com todos os prejuízos decorrentes da atuação do controle de tráfego aéreo, lhes assiste o direito de propor ação regressiva¹⁸¹, visando à atenuação dos danos sofridos, com fundamento no artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Assim, a responsabilidade extracontratual está concentrada especificamente na total isenção da companhia aérea quanto às causas do atraso superior a 4 horas ou do cancelamento do vôo, em que não tenha havido participação direta do transportador. A empresa se vinculará objetivamente à obrigação de reparar o dano causado ao passageiro na medida em que deixar de tomar as providências que amenizem os efeitos negativos proporcionados em razão da longa espera pelo momento do embarque, prestando a assistência ao passageiro. Conquanto tenha agido com solicitude e diligência, os danos a serem reparados serão exigidos diretamente do poder concedente.

Comprovada a culpa do ente público, consoante os artigos 186 e 934 do Código Civil, as companhias aéreas igualmente encontram amparo para a pretensão regressiva. Neste contexto, são importantes as palavras de Rui Stoco¹⁸²:

¹⁸⁰ BRAGA, Luiz Gustavo Thadeo. Caos aéreo: responsabilidade do Estado em face dos atrasos e cancelamentos de vôos. **Consulex**, Revista Jurídica, ano 11, nº. 249, maio, p. 26-31, 2007.

¹⁸¹ Sumula 187 do STF: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

¹⁸² STOCO, 2004, p. 972.

[...] Extrai-se, daí, a regra de que “todo prejuízo causado pela empresa administrativa, prejuízo que, em última análise, é um encargo público, porque esta empresa não é mais o negócio de um soberano todo poderoso, mas deve, quando fere a igualdade dos indivíduos perante os encargos públicos ser reparado. A responsabilidade do Poder Público visa, portanto, ao restabelecimento do equilíbrio econômico patrimonial exigido pela idéia de igualdade dos cidadãos em relação aos ônus públicos, idéia consagrada na consciência jurídica moderna” (RF 104/229). Mas, opondo-se à teoria do risco integral, a teoria do risco administrativo estabelece o princípio da responsabilidade objetiva *mitigada* ou *temperada*, ou seja, que permite discussão em torno de causas outras que excluam a responsabilidade objetiva do Estado, nas hipóteses de inexistência do elemento causal ou nexo de causalidade. Assim, essa responsabilidade objetiva do Estado pode ser reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular, ou tenha sido este o responsável exclusivo pelo evento e, ainda, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, em que também ocorre o rompimento do liame causal”. [...]. Portanto, o princípio da responsabilidade objetiva, escorada na teoria do risco administrativo mitigado (adotado em nosso ordenamento jurídico), não se reveste de caráter absoluto, ou seja, não é sempre e em todo e qualquer caso que se impõe ao Estado indenizar, pelo só fato do dano sofrido pelo particular, por ação ou omissão de seus prepostos.

Para incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor exige-se que no caso concreto haja caracterizada uma legítima relação de consumo. Assim, é imprescindível a verificação de três elementos básicos: o consumidor, o fornecedor e o produto ou serviço. Para efeitos do serviço de transporte aéreo de passageiros, pode ser entendido como consumidor o usuário deste serviço, conquanto, perfeitamente adequado ao conceito contido no caput do artigo 2º da Lei 8.078/90, notadamente em razão da impossibilidade de se descaracterizar o passageiro como “destinatário final”.

Por conseguinte, para que a empresa aérea seja entendida como prestadora de serviço, há que se ter, preliminarmente, um contrato oneroso de transporte, porquanto, a pessoa física que é transportada gratuitamente não pode invocar o Código de Defesa do Consumidor para reclamar por eventuais vícios da qualidade por inadequação do serviço (artigos 19 e 20) ou da qualidade por insegurança ou acidente (artigo 14). Isto porque é essencial da relação de consumo a remuneração pelo serviço prestado. Indubitavelmente, o transportador aéreo presta serviço e se enquadra perfeitamente no conceito do artigo 3º do CDC.

O Código de Defesa do Consumidor, a Convenção de Varsóvia¹⁸³ e o Código Brasileiro de Aeronáutica ingressam no campo do conflito apenas quando a matéria versa sobre responsabilidade civil do transportador.

O primeiro aspecto em que discordam as legislações é no tocante à limitação da indenização. De imediato, pode-se afastar qualquer análise em relação à Convenção eis que dedicada exclusivamente ao transporte aéreo internacional, o qual, não é objeto deste estudo. Em que pese a Constituição Federal expressamente recepcionar os tratados internacionais, o mesmo tendo acontecido com a Convenção de Varsóvia, este pacto internacional do qual participa o Brasil, limita o valor das indenizações, fato este que confronta as normas constitucionais, notadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta limitação é fruto do entendimento da época de que o transportador não poderia suportar o pagamento de indenizações na hipótese de morte de todos os passageiros, o que lhe causaria a ruína dos negócios. Outro entendimento que vigorava à época, absolutamente insustentável nos dias atuais, era o de que o usuário do transporte aéreo gozava de privilégios econômicos e, portanto, poderia arcar com parte dos prejuízos.

No transporte internacional de pessoas, a responsabilidade civil do transportador é limitada à importância de duzentos e cinquenta mil francos, por passageiro (art. 22, alínea 1). Em se cuidando de transporte internacional de mercadorias, ou de bagagem registrada, a responsabilidade do transportador ficará limitada à quantia de duzentos e cinquenta francos por quilograma, “salvo declaração especial de “interesse na entrega”, feita pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual” (art. 22, alínea 2). No que concerne aos objetos que o passageiro conservar sob sua guarda, a Convenção de Varsóvia estabelece que a responsabilidade do transportador limita-se a cinco mil francos por passageiro (art. 22, alínea 3). A todos valores acima mencionados poderão ser acrescidas as despesas do autor e outras custas do processo (art. 22, alínea 4). A “Convenção de Varsóvia” adota como unidade monetária para indenização o denominado “franco poincaré” (art. 22, alínea 5) que tem o valor de sessenta e cinco miligramas e meia de ouro puro (barra ou lingote de ouro com teor de ouro mínimo de 995 partes em 1.000 partes de metal total). As somas estabelecidas a título de indenização, por sua vez, deverão ser convertidas, em números redondos, na moeda nacional de cada país. A conversão destas somas em moedas nacionais que não a moeda-ouro, por sua vez, será efetuada, em caso de ação judicial, segundo o valor-ouro destas moedas na data do julgamento.¹⁸⁴

¹⁸³ A Convenção de Varsóvia de 12 de outubro de 1929 foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº. 20.704 de 24 de novembro de 1931. Foi emendada pelo Protocolo de Haia de 28 de setembro de 1955 e em 28 de maio de 1999 foi substituída pela Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional.

¹⁸⁴ GRASSI NETO, Roberto. Crise no setor de transporte aéreo e a responsabilidade por acidente de consumo. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais Eletrônicos...** Belo Horizonte,

Ademais, a legislação de proteção aos direitos do consumidor não estabeleceu um limite mínimo ou máximo para o pagamento das indenizações, pelo contrário, invoca em seu artigo 6º, inciso VI o chamado “princípio da reparação integral”¹⁸⁵, de forma que a reparação do dano seja a mais ampla e efetiva possível. Desta forma, o CDC afasta qualquer possibilidade de limitação da indenização a ser paga pela vítima de acidente de consumo.

O próprio Código de Defesa do Consumidor consagra que tratados e convenções internacionais, dos quais o Brasil seja signatário não serão excluídos. É preciso dizer, no entanto, que tais pactos não anulam as disposições do CDC, reduzindo ou ampliando-as. E o mesmo se diga em relação à própria Constituição Federal, na medida em que, também os tratados internacionais firmados pelo país nunca inviabilizem as garantias constitucionais. A Constituição Federal, inclusive, sustenta o nascimento do CDC, elevando-o ao nível de estatuto de proteção da ordem econômica. Mas a jurisprudência brasileira já assentou posicionamento no sentido de que em caso de danos sofridos por usuários do transporte aéreo prevalecem as regras do Código de Defesa do Consumidor. Segundo André Uchôa Cavalcanti:

A proteção ao consumidor, por seu turno, também é mandamento constitucional dirigido ao Estado, incluso entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXII) e nos princípios gestores da ordem econômica, tendentes a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A responsabilidade regradada pelo CDC é baseada na teoria do risco da atividade do transportador ou risco do empreendimento. Para Sergio Cavaleri Filho¹⁸⁶:

[...] todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem

2007. Disponível em: < http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/roberto_grassi_netto.pdf >. Acesso em 10 dez. 2008

¹⁸⁵ Artigo 5º, V e X da Constituição Federal.

¹⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 162-163.

como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou exercer determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Os argumentos da corrente dominante propõem que o microsistema do CDC, pelo critério hierárquico, possui *status* constitucional (artigo 5º, XXXII) prevalecendo sobre tratados internacionais, os quais recebem *status* de lei ordinária.

Em se cuidando de relação de consumo, independentemente do que conste dos tratados internacionais, deve-se, pois, verificar, no diálogo das fontes, qual a norma mais favorável ao consumidor, em cumprimento ao que consta na própria Constituição de 1988, que prevê a proteção ao consumidor como princípio inscrito dentre os direitos e garantias individuais, bem como princípio geral da atividade econômica. Haverá, em tais situações, responsabilidade civil objetiva e ilimitada, por parte do transportador, desde que feita a prova idônea do nexu causal e do prejuízo suportado.¹⁸⁷

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor subordina a atuação das prestadoras de serviço público (artigo 22 e parágrafo único)¹⁸⁸, tais como as companhias aéreas. E a jurisprudência vem confirmando que em se tratando de transporte aéreo internacional e apenas nesta hipótese, ainda se reconhece a aplicação da Convenção de Varsóvia, pois, do contrário, estar-se-ia negando-lhe vigência e desrespeitando um acordo do qual o Brasil é signatário e, portanto, deve-lhe respeito. Vejamos o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 297901 em que foi relatora a Ministra Ellen Gracie.

PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido.¹⁸⁹

¹⁸⁷ GRASSI NETO, 2007, p. 4813.

¹⁸⁸ “Os órgãos Públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”.

¹⁸⁹ Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 jan. 2009.

E se tratarmos da questão sob o ponto de vista da hierarquia das normas, igualmente não encontramos forma de defender a preponderância da Convenção de Varsóvia. Seguindo-se à regra há muito sustentada pela doutrina, os tratados internacionais anteriores prevalecem sobre as leis internas posteriores que sejam divergentes. Esta é a corrente internacionalista que se determina, tão somente, pela hierarquia superior dos tratados que regulam matéria em caráter especial, enquanto que a norma nacional conflitante possui geralmente caráter geral. Todavia, não levam em consideração, os internacionalista, as peculiaridades da convenção quando em conflito com a Lei 8.078, notadamente, que “a indenização por acidente de transporte aéreo é limitada, para atenuar os efeitos da responsabilidade objetiva[...]”.¹⁹⁰

Ocorre que a Convenção de Varsóvia responsabiliza o transportador “pelo dano ocasionado por morte, ferimento ou qualquer outra lesão corpórea sofrida pelo viajante, desde que o acidente, que causou o dano, haja ocorrido a bordo da aeronave, ou no curso de quaisquer operações de embarque ou desembarque” (artigo 17). Ao mesmo tempo, exime o transportador de qualquer responsabilização se provar que “tomou, e tomaram os seus prepostos, todas as medidas necessárias para que se não produzisse o dano, ou que lhes não foi possível tomá-las” (artigo 20) disposição esta, portanto, incompatível com a responsabilidade civil objetiva tratada pelo Código de Defesa do Consumidor, conquanto, demais abrangente para as excludentes aceitas pelo CDC.

Doravante, caberá ao Poder Judiciário Brasileiro a apreciação deste tema sob o enfoque da recente adesão da União à Convenção de Montreal em vigência no Brasil desde 27 de setembro de 2006 por força do Decreto nº. 5.910. Esta convenção já se encontrava em vigor desde 04 de novembro de 2003, porquanto, atingido o pré-requisito de depósito de instrumentos de ratificação de pelo menos 30 países (Estados Partes). Após a ratificação do último país, passou-se à contagem do prazo de 60 (sessenta) dias para sua definitiva entrada em vigor.

¹⁹⁰ PACHECO, 2006, p. 370.

A Convenção de Montreal possui prevalência sobre todos os demais tratados internacionais que orientam o transporte aéreo internacional¹⁹¹. Roberto Grassi Neto resume a Convenção de Montreal da seguinte forma:

A Convenção de Montreal estabelece que a responsabilidade civil do transportador por dano existirá apenas: a) em caso de morte ou de lesão corporal de passageiro, se estas tiverem ocorrido a bordo da aeronave ou durante as operações de embarque ou desembarque (art. 17); b) em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem despachada, se o evento causador se deu a bordo da aeronave ou enquanto a bagagem despachada estiver sob a guarda do transportador (art. 17); c) em caso de destruição, perda ou avaria da mercadoria, desde que seu evento causador ocorra durante o transporte aéreo (art. 18); d) em havendo atraso no transporte aéreo de passageiro, bagagem ou mercadorias (art. 19). Em restando provado, porém, que o fato decorreu de negligência ou outro ato doloso ou omissão da pessoa que reclama a indenização, ou da pessoa de quem emanam os direitos da primeira, que causou ou contribuiu para o dano, a transportadora será total ou parcialmente exonerada da sua responsabilidade perante o requerente (art. 20).¹⁹²

O autor ainda explica que pela nova Convenção, o transportador, em caso de morte ou lesão corporal “não poderá eximir-se de indenizar o consumidor, ficando a este assegurado, pelo menos, o recebimento de quantia equivalente a 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro (art. 21)”¹⁹³. No que tange às causas excludentes de responsabilidade, a Convenção de Montreal procurou ser mais clara e adequada à teoria da responsabilidade objetiva. O transportador aéreo assume o ônus de demonstrar que os danos não foram causados por negligência, dolo ou omissão de seus agentes e ainda terá como comprovar que contribuíram para a ocorrência dos danos, atos de terceiros, seja por negligência, dolo ou omissão.

Ainda resta esclarecer que a Convenção de Montreal adota como unidade monetária para instruir as indenizações o chamado “Direito Especial de Saque” (DES) em substituição ao “Franco Poincaré” antes estipulado pela Convenção de Varsóvia. O “Direito Especial de Saque”, como unidade monetária, é definido pelo Fundo Monetário Internacional (FMI).

¹⁹¹ a) da Convenção para a unificação de regras relativas ao transporte aéreo internacional, firmada em Varsóvia, em 12 de Outubro de 1929, denominada “Convenção de Varsóvia”; b) do Protocolo de Haia, de 28 de Setembro de 1955, que modificou a referida Convenção, cognominado “Protocolo de Haia”; c) da Convenção de Guadalajara, firmada em 18 de setembro de 1961; d) do Protocolo de Guatemala, assinado em 8 de maio de 1971; e) dos Protocolos ns. 1, 2, 3 e 4 de Montreal, firmados em 25 de setembro de 1975.

¹⁹² GRASSI NETO, 2007, p. 4805.

¹⁹³ Ibid., p. 4806.

O FMI, Instituição criada em 1944, pelo Acordo de Bretton Woods, desenvolveu, em 1969, o Direito Especial de Saque – DES - (em inglês: Special Drawing Rights - SDR), moeda escritural utilizada como Reserva dos Estados, naquela Instituição, juntamente com o ouro e moedas de alguns países de economia forte e estável, constituindo as Reservas dos Estados junto ao FMI. Até então, os Estados lastreavam suas moedas em ouro, contudo, nos primeiros anos da década de setenta, os Estados começaram a substituir suas reservas em ouro por Direitos Especiais de Saque e moedas fortes de outros países, abandonando o lastro-ouro, até então adotado.¹⁹⁴

A Convenção de Montreal, ao contrário de Varsóvia, definitivamente adota a teoria do risco do empreendimento, enquanto a segunda lastreava-se pela presunção de culpa. Porém, para a Convenção de Montreal, a responsabilidade é objetiva até o limite de 100.000 DES, situação esta que não perquire hipóteses de isenção de responsabilidade. Caberá à vítima a demonstração, apenas, de que o dano ocorreu a bordo da aeronave ou durante as operações de embarque ou desembarque. Esta aferição caberá o judiciário quando do julgamento de cada caso. Quando o dano efetivo superar o patamar de 100.000 DES, emergirá a teoria da presunção de culpa do transportador que possibilitará ao transportador a prova de que o evento danoso não ocorreu por negligência, ação ou omissão de seus agentes a fim de eximir-se do dever de indenizar.

Já no que tange ao conflito entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica, esclarece Ali Taleb Fares.

Já no que se refere ao conflito criado pelo Código de Defesa do Consumidor, este, por ser lei nova, prevalece sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Apesar de alguns dizerem que a lei geral posterior (CDC) não revoga a lei especial anterior (CBA), não procede o argumento, pois tal regra não é absoluta e não se aplica ao caso em exame. Conforme ensina Antonio Herman Benjamin, "o Código de Defesa do Consumidor pertence àquela categoria de leis denominadas 'horizontais', cujo campo de aplicação invade, por assim dizer, todas as disciplinas jurídicas (...) São normas que têm por função, não reger uma determinada matéria, mas proteger sujeitos particulares, mesmo que estejam eles igualmente abrigados sob outros regimes jurídicos". É o Código de Defesa do Consumidor lei especial, no sentido de atingir toda e qualquer relação de consumo; sempre que houver tais relações, aí incidirá o Código. Assim, tratando-se de relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor é lei própria, específica e exclusiva.¹⁹⁵

¹⁹⁴ PEREIRA, Guttemberg Rodrigues. Conferência de Direito Aeronáutico 18 a 28 de maio de 1999 – Montreal, Canadá - Convenção para unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/artigos/Anterior/07.htm>>. Acesso em 19 mar. 2009.

¹⁹⁵ FARES, Ali Taleb. **Novo panorama da responsabilidade civil no transporte aéreo**. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/artigos/Anterior/1731.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2008.

O CBA, a exemplo da Convenção de Varsóvia, também limita a responsabilidade do transportador aéreo¹⁹⁶ e como já ressaltamos, tal limitação encontra resistências na jurisprudência brasileira. Em seu artigo 248, o CBA estabelece que os limites não se aplicam quando o dano resultar de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos. Segundo José da Silva Pacheco “uma ação ou omissão temerária e consciente da probabilidade da ocorrência do dano [...]”¹⁹⁷.

Marco Fábio Morsello parte do pressuposto de que o Código de Defesa do Consumidor já seria preponderante simplesmente pelos critérios cronológicos, da especialidade e da hierarquia¹⁹⁸.

Porém, o autor ainda elenca outras razões para a antinomia entre ambos os estatutos como a regra do artigo 246 do Código Brasileiro de Aeronáutica, a qual impõe limitação aos danos, no caso de responsabilidade contratual do transportador, quanto às hipóteses dos artigos 257, 260, 262 e 277 do CBA. Isto porque ocorre grave afronta aos preceitos constitucionais (art. 5º, XXXII e art. 170, V) e art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.¹⁹⁹

Morsello ainda ressalta a preponderância do CDC afirmando que o prazo prescricional deste código, que é de cinco anos conforme artigo 27, para a pretensão indenizatória é mais favorável ao consumidor em relação ao prazo de dois anos do artigo 317, I a III do Código Brasileiro de Aeronáutica.²⁰⁰

Entretanto, reitera-se que o conflito de normas somente se impõe na parte em que as legislações em questão tratam da responsabilidade civil. E desde a edição do CDC, muitos se posicionaram pela impertinência da velha regra *lex*

¹⁹⁶ Artigo 246: “A responsabilidade do transportador, por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte, está sujeita aos limites estabelecidos neste Título”.

Artigo 257: “A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional (OTN), e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional (OTN).

§ 1º - Poderá ser fixado limite maior mediante pacto acessório entre o transportador e o passageiro.

§ 2º - Na indenização que for fixada em forma de renda, o capital para a sua constituição não poderá exceder o maior valor previsto neste artigo”.

¹⁹⁷ PACHECO, 2006, p. 377.

¹⁹⁸ MORSELLO, 2006, p. 413.

¹⁹⁹ Ibid., p. 414.

²⁰⁰ Ibid., p. 415.

posterior generalis non derragat priori speciali, pois, como “lei própria, específica e exclusiva [...] nenhuma outra lei pode e ele (Código) se sobrepor ou substituir”. [...]. Sendo o Código do Consumidor lei mais nova e da mesma hierarquia das leis anteriores que pontualmente disciplinam a matéria, a toda evidência há de prevalecer naquilo que inovou, de acordo com as regras do direito intertemporal.²⁰¹

A transição entre a Convenção de Varsóvia e a de Montreal ainda vem sendo assimilada pela jurisprudência brasileira, entretanto, no que tange às excludentes de responsabilidade disciplinadas pelo sistema anterior, já recebiam críticas quanto a denominada *Teoria da Diligência*. Ocorre que a Convenção de Varsóvia autorizava ao transportador, para isentar-se do dever de indenizar, a comprovação de que havia tomado todas as medidas necessárias para evitar o dano ou de que era impossível evitá-lo. Mas como já ressaltamos anteriormente, em se tratando de relação de consumo, onde vigora a Teoria do Risco do Empreendimento, aquela excludente não encontra espaço.

Aliás, o próprio Código Brasileiro de Aeronáutica já havia afastado esta disposição de Varsóvia (artigos 256, 261 e 264) criando, assim, mais uma crise de subsistência entre os dispositivos legais.

Marco Fábio Morsello, inclusive, propõe uma releitura da Teoria da Diligência afirmando que as duas correntes que a interpretaram não mais se valem isoladas. Uma das correntes, escudada no critério objetivo, baseia-se na exigibilidade da conduta do transportador e em parâmetros de razoabilidade da atividade²⁰². Ou seja, que todas as medidas necessárias para se evitar o dano seriam todas aquelas razoáveis e que o acidente teria sido causado por algo superior às possibilidades do transportador e de seus agentes.

A outra corrente, esta em consonância com a teoria subjetiva, valora “o comportamento e condições psicológicas do sujeito que se encontrava executando a prestação do transporte”.²⁰³ Marco Fábio Morsello ressalta que além da prova da razoabilidade e da adoção de todas as medidas ou de não se tê-las adotado por

²⁰¹ CAVALCANTI, André Uchôa. **Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo**: tratados internacionais, leis especiais e Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 119.

²⁰² MORSELLO, 2006, p. 287.

²⁰³ MORSELLO, 2006, p. 287.

serem impossíveis, o transportador há de provar, ainda, o “fato externo, insuperável ou invencível [...]”, o que o autor chama de “força maior extrínseca”.²⁰⁴

A culpa exclusiva da vítima, por outro lado, é acatada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor como excludente de responsabilidade (artigo 14, § 3º, II). Igualmente o faz o artigo 21 da Convenção de Varsóvia. Como alerta Sérgio Cavalieri Filho, o fato exclusivo da vítima pode ser invocado pelo transportador sempre que o único agente determinante para o evento danoso tenha sido o próprio passageiro. Mas esta excludente afasta-se do campo da culpa para se inserir especificamente na seara do nexa causal.²⁰⁵

Conquanto trate-se, no caso concreto, de culpa concorrente do passageiro, José de Aguiar Dias pontifica que “a responsabilidade é de quem interveio com culpa eficiente para o dano”. O autor ainda esclarece que quando uma culpa exclui a de outrem, a intervenção de um agente concorrente deve ser de tal forma decisiva que a culpa do outro passa a ser irrelevante. Mas essa análise deve ficar a critério do magistrado ao apreciar o caso concreto.²⁰⁶ É o caso de pessoa que traz consigo para o interior da aeronave artefato explosivo que em pleno vôo é detonado causando-lhe a morte e sem maiores conseqüências para os demais passageiros.

Já o fato de terceiro somente exonera o transportador do dever de indenizar efetivamente se configurar causa estranha ao contrato de transporte, eliminando totalmente a relação de causalidade entre o dano e a execução do contrato.²⁰⁷ Carlos Roberto Gonçalves afirma que o fato de terceiro equipara-se ao caso fortuito, porém, lembra que a jurisprudência vem rechaçando essa excludente ao argumento de que a responsabilidade não é elidida por fato de terceiro porque contra este o transportador possui ação regressiva (súmula 187 do Supremo Tribunal Federal).²⁰⁸ É o caso, por exemplo, de atrasos e cancelamentos de vôos em razão de ação dos controladores de tráfego aéreo.

²⁰⁴ Ibid., p. 287.

²⁰⁵ CAVALIERI FILHO, 2007, p. 293.

²⁰⁶ DIAS, 1995, p. 946.

²⁰⁷ Ibid., p. 926.

²⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 747.

Tal exoneração restaria admitida quando o fato de terceiro for considerado doloso, eis que não guarde nenhuma relação com os riscos do empreendimento.²⁰⁹ Ocorre que o fato de terceiro há de ser atribuído a alguém especificamente.

Se o dano não pode ser atribuído a alguém, nesse sentido de que se deve a ação humana, estranha aos sujeitos da relação vítima-responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou força maior.²¹⁰

Certamente, as maiores dúvidas pairam sobre a configuração do caso fortuito e da força maior, notadamente, em se tratando de transporte aéreo. Cumpre traçar um breve conceito de força maior e caso fortuito. Opiniões abalizadas como a de Sergio Cavaliere Filho sustentam a inexistência de diferença entre ambos. Segundo o autor, o fortuito se caracterizaria pela imprevisibilidade enquanto a inevitabilidade seria a força maior.²¹¹

Mas em decorrência da alta tecnologia que envolve o sistema de tráfego aéreo na atualidade e que equipa as aeronaves comerciais, a imprevisibilidade deixou de ser um fator preponderante para a isenção de responsabilidade.

Já o caso fortuito, a fim de servir como fator excludente da responsabilidade, vem sendo dividido pela doutrina em fortuito interno e externo. O interno está sempre relacionado à organização da empresa como o estouro de um pneu durante o pouso, o choque com pássaros durante a decolagem que danificam estruturas ou motores da aeronave ou o mal súbito do comandante que lhe causa a morte.

E o fortuito externo também é fato imprevisível e inevitável, porém, estranho aos negócios da companhia, que com ela não guardam nenhuma relação. Há quem o compare com a força maior, razão pela qual, a doutrina quase não faz distinções entre ambas as excludentes. Ocorre que, previsível ou não, a jurisprudência não acolhe sequer o fortuito externo, quanto mais o interno. Segundo o Código de Defesa do Consumidor, basta haver um defeito do serviço para obrigar ao transportador o pagamento da devida indenização. A justificativa está no fato de que, embora extrínseco o evento danoso, a maioria deles, dado o avanço da ciência e da tecnologia, tornou-se previsível ou, ao menos, superável. Em sua obra, Marco

²⁰⁹ CAVALIERI FILHO, 2007, p. 295.

²¹⁰ DIAS, 1995, p. 928.

²¹¹ *Ibid.*, p. 291.

Fábio Morsello menciona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº. 140.659-RJ, publicado em 11/02/99, o caso fortuito foi classificado como uma “força ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes”. Já a força maior, tratar-se-ia de um fato de terceiro, criadora de um obstáculo cuja boa vontade do devedor não é suficiente para vencê-la. O autor ainda menciona outra decisão do mesmo Tribunal (Recurso Especial 120.647/SP, julgado em 16/02/2000) em que 3ª Turma considerou para caracterização do caso fortuito a necessidade de restarem plenamente demonstradas a inevitabilidade e a não imprevisibilidade, porém, dentro de um critério de razoabilidade daquilo que seria exigível do transportador.²¹²

Há, no entanto, que se levar em consideração que mesmo previsíveis ou superáveis tais ocorrências podem tornar-se irresistíveis. Relatos de turbulências com forças destrutivas raras, porém, indetectáveis aos mais modernos instrumentos, servem como exemplo.

Ainda outro tema que merece atenção são as condições meteorológicas que repercutem no campo da responsabilidade civil. É sabido que o fator meteorológico adverso não se apresenta como um fenômeno imprevisível. As condições climáticas que ensejem interrupção da execução do contrato de transporte, no entanto, devem ser consideradas em conjunto com outros fatores como, por exemplo, as providências tomadas pelo transportador, as ordens emanadas das autoridades aeronáuticas a serem seguidas para a proteção do voo (princípio da proteção). Certas condições climáticas podem se tornar irresistíveis, notadamente, quando a aeronave já estiver em voo. Nestas hipóteses, é forçoso, por parte do comandante da aeronave, a tomada de decisão imediata que lhe obrigaria o desvio de rota ou inclusive o pouso em aeródromo diverso do previsto como destino. Nestes casos, a excludente de responsabilidade subsiste.

Ademais, os fenômenos meteorológicos são detectados com facilidade pelos equipamentos da aeronave e de solo, o que torna fácil a tomada de medidas preventivas para elidir a irresistibilidade. Apenas quando impossíveis tais medidas é que haverá preponderância da excludente. No caso extremo de cancelamento do voo cumprirá, ao transportador, a adoção das providências de praxe como, hospedagem aos passageiros, traslado, alimentação, recolocação em outro voo da

²¹² MORSELLO, 2006, p. 27.

companhia ou devolução dos valores pagos. Tais medidas elidem o dever de indenizar.

Por fim, através da Resolução nº. 37 de 07 de agosto de 2008, a ANAC promove a atualização dos limites de indenização de que trata o Código Brasileiro de Aeronáutica. Ocorre que entre a extinção da OTN em 1986 até a criação do Real em 1994, os valores das apólices de seguros eram atualizados por critérios definidos pelo Instituto de Resseguros do Brasil, atual IRB-BRASIL RESSEGUROS S.A. A última atualização havia sido realizada pelo Instituto em 1995, através do comunicado DECAT-001/95.

Por recomendação do Ministério Público Federal, a ANAC aprovou a Resolução 37/08, a qual, no artigo 01º, estabelece o valor unitário da OTN em R\$ 11,70 (onze reais e setenta centavos), adotando o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) como critério de atualização monetária, desde julho de 2008.

2.4 SERVIÇO PÚBLICO E A PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA

O serviço público foi inicialmente concebido para ser prestado gratuitamente ou mediante tarifa equânime, especialmente em razão da idéia de que o serviço público pressupunha um único prestador, qual seja o Estado, quiçá, fazendo-o por delegatários seus que, no entanto, não descaracterizavam a titularidade do ente público. Com a transferência para a iniciativa privada, as empresas concessionárias passaram a investir com o intuito de gerar produção em troca da obtenção de lucro, o que não ocorre quando o prestador do serviço é o Estado, conquanto este o faz com o intuito exclusivo de satisfazer uma “necessidade social”²¹³. Ocorre que estes direitos sociais foram os mesmos que incentivaram a concorrência, “fortalecendo a caracterização do serviço público como espécie de atividade econômica”.²¹⁴

A primeira lei nacional a consagrar a idéia de prestação de serviço público por mais de uma empresa e com maior liberdade de entrada no mercado foi a Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos nº. 8.987/95 em seu artigo

²¹³ ARAGÃO, 2007, p. 409.

²¹⁴ Ibid., 409.

16.²¹⁵ O que se verifica na prática, atualmente, em termos de concorrência no transporte aéreo doméstico é uma flexibilização tarifária, acompanhada de liberdade para a oferta de produtos e serviços diferenciados para sedução do usuário, expansão dos investimentos em aeronaves e tecnologias. Entretanto, nenhuma facilitação para a entrada no mercado, destacadamente em razão das dificuldades de acesso à infraestrutura.

A atividade aeronáutica, mesmo que explorada pela iniciativa privada por força da concessão, continua integrando a esfera público-estatal, portanto, sujeita ao planejamento pelo Poder Concedente. Novamente, Alexandre Santos Aragão²¹⁶ demonstra que a prestação de serviços públicos é dependente de elementos que propiciem a concorrência, mas que, no entanto, exigem significativa parcela de cautela. Iniciando pelos elementos norteadores da concorrência, tem-se como primeiro deles a separação entre a gestão da infraestrutura disponível e dos serviços propriamente ditos, uma vez que, uma mesma “rede” (infraestrutura) pode servir a diversos prestadores de serviços públicos em regime de concorrência.

O segundo elemento facilitador da concorrência, aplicável ao caso sob estudo, é o abandono do modelo de regulação dos serviços públicos, baseado na não concorrência, predominantemente estatal, o qual, muitas vezes atende, essencialmente, interesses corporativos em prejuízo dos investimentos necessários à melhoria do próprio serviço.

O Estado deve, igualmente, dada a previsibilidade do mercado, não apenas direcioná-lo, mas sim, preservá-lo e intensificá-lo. Há que se considerar, ainda, que liberdade de mercado e lucro não são contraditórios aos ideais de interesse público. Portanto, a busca pelo lucro permite o aumento da eficiência que, por sua vez, resulta no abatimento das tarifas e por fim na liberdade de escolha pelo usuário.

Já a cautela reside, em primeiro lugar, na necessidade de assimetria de informações, porquanto, geralmente o prestador do serviço possui maior acesso às informações sobre a atividade do que o próprio agente regulador, dificultando a aplicação das normas reguladoras.

A regulação do serviço público tem a tarefa de coibir a concentração da concorrência em parcelas do mercado mais lucrativas, ou seja, em camadas da

²¹⁵ Art. 16 – A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada.

²¹⁶ ARAGÃO, 2007, p. 413-420.

sociedade com maior poder aquisitivo, conseqüentemente, a maior beneficiada pela concorrência em detrimento do princípio da isonomia e da universalização dos serviços. No caso particular do transporte aéreo, verifica-se concretamente que as empresas congestionam as linhas mais lucrativas, abandonando aquelas consideradas menos lucrativas.

A forma como os *slots*²¹⁷ são gerenciados pela ANAC é determinante para a concentração de companhias aéreas em determinados aeroportos do país. Apenas para se ter uma idéia, segundo dados fornecidos pela própria agência reguladora do setor, TAM e GOL, juntas, apenas no aeroporto de Congonhas em São Paulo, operam mais de 90% dos *slots* disponíveis, considerando que somente Oceanair e Pantanal também se utilizam daquele aeródromo.²¹⁸

Mas um fato que deve ser levando em consideração é que Congonhas possui algumas das rotas mais rentáveis do país (Congonhas-Santos Dumont/RJ e Congonhas-Curitiba), cuja lotação das aeronaves é sempre máxima. A ANAC estabelece que a perda destes *slots* dar-se-á apenas nas seguintes situações: “se as empresas optarem voluntariamente por isso; se deixarem de operar; se não utilizarem algum *slot* por mais de 30 dias; ou se tiverem mais de 20% de cancelamentos no uso dos *slots* no prazo de 90 dias”.²¹⁹ Desta maneira, tornam-se remotas as chances de novas companhias disputarem o mercado com objetivos voltados ao aeroporto de maior fluxo de passageiros do país. A saturação deste aeroporto, ao contrário do que muitos possam considerar, vem beneficiando sobremaneira as companhias que nele operam e, por tais razões, nenhuma delas cogita a possibilidade de deixar de operar em Congonhas. A ANAC vem realizando estudos para uma melhor redistribuição dos *slots*, propondo a perda destes pelas companhias que possuem altos índices de atrasos, cancelamentos ou de segurança operacional abaixo das expectativas.

²¹⁷ “Slot” significa um limite de tempo e relaciona-se a um determinado espaço, que uma companhia aérea utiliza para que sua aeronave, em determinada rota, possa realizar os procedimentos de aterrissagem e decolagem em um aeroporto. Assim, faz parte do *slot* o intervalo de tempo do procedimento que está associado às instalações: pista, estacionamento, portão de embarque e desembarque de passageiros, ou seja, toda e qualquer infra-estrutura referente à aterrissagem e decolagem. Cf. ROCHA, Bolívar Moura; TAVARES, Márcia Prates. Crise, concorrência e regulação no transporte aéreo doméstico brasileiro. In: ROCHA, Bolívar Moura (Org.) **A regulação da infraestrutura no Brasil: balanço e propostas**. São Paulo: IOB Thomson, 2003. p. 290.)

²¹⁸ Cf. disponível em: <<http://www.anac.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2009.

²¹⁹ Ibid.

E se não bastasse, o mercado aeronáutico é suscetível de cartelização, ou seja, uma forma de união entre empresas voltada à unificação de condutas para obtenção de lucro, baseando-se na fixação de preços e na demanda existente. Particularmente no mercado doméstico de transporte aéreo, há concentração da oferta em duas companhias aéreas, com expressiva dificuldade de ingresso de novas empresas concorrentes, além de um grande número de usuários, cuja demanda não sofre variações ao longo do tempo.

Os efeitos deste cartel são sentidos pela sensível redução do número de vôos realizados pelas empresas. Exemplo disso ocorreu em 2008 quando a GOL deixou de operar em duas cidades paulistas (São José do Rio Preto e Ribeirão Preto) e a TAM, seguindo a mesma prática, deixou de operar as cidades de Maringá, no Paraná e Caxias do Sul, no Rio Grande do Sul. As empresas justificam se tratarem de rotas não rentáveis em razão do custo operacional de suas aeronaves. Assim, este mercado está aberto para novas companhias aéreas que dispõem de aviões menores como a Pantanal, Trip (a maior empresa aérea regional do país) e a nova Azul Linhas Aéreas. Outros indícios de cartel podem ser observados no aumento de tarifas, mesmo que as empresas pratiquem constantemente a redução de custos; a criação, pelas empresas dominantes, de barreiras para a competição de outras companhias, reduzindo a concorrência que sempre é mais favorável ao consumidor.

Hoje sabe-se da aquisição de parte da Varig pela GOL, no entanto, em um passado não muito distante (2003), a tentativa de fusão com a Varig foi manifestada pela TAM. Ambas praticaram o denominado “*codeshare*”, ou seja, um acordo entre companhias onde uma transporta passageiros que adquiriram bilhetes emitidos por outra com intenção de que a emitente possa oferecer mais vôos do que poderia oferecer isoladamente. No entanto, o cartel passou a ficar evidente quando ambas as empresas acabaram suspendendo vôos lucrativos nas mesmas linhas operadas por elas. Mais tarde, a Secretaria Administrativa de Defesa Econômica foi instada a se pronunciar por força de processo administrativo proposto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda.

O denominado “preço predatório” consiste na venda de bilhetes aéreos por valores muito abaixo dos praticados normalmente, tendente a subtrair a concorrência e evitar a disputa pelo desestímulo, de forma a resultar numa espécie de monopólio. Geralmente, a empresa que pratica o preço predatório experimenta

significativos prejuízos no início da campanha, no entanto, suas expectativas são de recuperação dos lucros tão logo o competidor seja eliminado.²²⁰ Assim é que a GOL lançou promoções com tarifas a R\$ 50,00 (cinquenta reais) e até a R\$ 1,00 (um real), limitando o número de assentos disponíveis no interior da aeronave e, algumas vezes, disponibilizando a venda em seu site em horários geralmente na madrugada. Também impunha outras condições como, por exemplo, a impossibilidade de compra de bilhete apenas de ida ou volta pelo preço da promoção e o intervalo entre os vôos deveria ser de, no mínimo, dois dias, mediante confirmação da aquisição com dias mínimos de antecedência.

Outra questão de extrema relevância para o setor aeronáutico do país e, por consequência, para o tema em debate, é o poder que as companhias aéreas exercem sobre os setores do Governo Federal responsáveis pela administração aeroportuária. Uma grande estratégia usada pelas duas maiores companhias aéreas é a concentração de suas operações no Aeroporto de Congonhas em São Paulo por ser ele o de maior movimento da América Latina e sem dúvida o de maior movimento do país. Sozinho ele é capaz de proporcionar mais de 35% de todo o lucro destas empresas e apenas a TAM concentra 22% dos seus vôos diários em Congonhas.²²¹ Por isso Congonhas se apresenta como uma “mina de ouro” para as companhias aéreas e sua forte influência para nele permanecerem operando, mesmo diante de inúmeras críticas e opiniões divergentes a respeito da segurança do aeroporto, lhes permite (GOL e TAM), hoje, serem responsáveis por mais de 90% da movimentação diária do aeródromo, não mais existindo espaço para a operação de novas companhias e aeronaves de grande porte. Apenas empresas de transporte aéreo regionais ainda continuam operando em Congonhas, no entanto, por que o fazem utilizando-se de aviões de pequeno porte, mesmo assim, enfrentando uma

²²⁰ A Lei 8.884/94 que trata, dentre outros assuntos da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica dispõe:

Art. 20 - Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

²²¹ Cf. disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/noticias>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

convivência nem sempre harmoniosa. É desta forma que Congonhas vem sendo considerado como um “monopólio” das empresas GOL e TAM.

O posicionamento estratégico do aeroporto é uma questão que determina a preferência dos usuários que se destinam a São Paulo. Algumas tentativas para a diminuição do número de vôos diários em Congonhas, de limitação quanto ao tamanho das aeronaves que lá operam ou até mesmo para fechamento definitivo do aeroporto foram imediatamente rechaçadas pelas companhias aéreas e nenhuma medida até o momento foi adotada pela Agência Nacional de Aviação Civil, com exceção da Resolução nº. 55 de 08 de outubro de 2008, a qual, em resumo, limita os vôos não regulares a determinados dias e horários pré-estabelecidos, proíbe o uso do aeródromo para vôos de treinamento e o fechamento total do aeroporto a partir das 23 horas, exceto em situações de emergência.

Um dos grandes problemas verificados nos dias de hoje é o que o NECTAR²²² denomina de “gargalo de infraestrutura”. Alessandro Vinícius Marques de Oliveira ressalta que a concentração das companhias nos grandes centros e aeroportos centrais e em horários de “pico” se deve ao fato de nestas regiões concentrar-se maior poder de mercado e porque não existem regras de precificação das infraestruturas. Por consequência, surgem os chamados gargalos de infraestrutura, notadamente, porque o setor não se desenvolve de maneira equânime. No entender do autor, devem ser adotadas “políticas industriais que objetivem ampliar a acessibilidade social e territorial do transporte aéreo, em prol de um incremento na sua universalização”, fomentando o crescimento da aviação regional e melhor utilizando aeroportos “secundários ou subutilizados”.²²³

E é possível, ainda, perquirir acerca da própria legislação que criou a ANAC, a fim de comprovar que o órgão regulador do transporte aéreo no país, promoveu a liberação do mercado, conforme demonstra o artigo 48, parágrafo 1º da referida Lei.²²⁴ Este dispositivo criou a chamada “livre mobilidade” e como adverte

²²² O NECTAR - Núcleo de Estudos de Competição e Regulação do Transporte Aéreo é um centro de pesquisas localizado e apoiado pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), voltado para a área de economia do transporte aéreo, com ênfase nos estudos de regulação e na compreensão dos fenômenos competitivos em mercados aéreos totalmente ou parcialmente liberalizados.

²²³ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Liberação econômica e universalização do acesso no transporte aéreo**: é possível conciliar livre mercado com metas sociais e ainda evitar gargalos de infra-estrutura. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

²²⁴ “Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade

Alessandro Vinícius Marques de Oliveira, este dispositivo dificulta ao agente regulador a imposição de “critérios econômicos para impedir a livre entrada e saída das companhias aéreas estabelecidas nas diversas ligações do sistema aéreo nacional”.²²⁵ Estas empresas, uma vez estabelecidas, exercem forte impacto no mercado local e impedem decisivamente a concorrência de outras empresas.

Em todos os países do mundo onde ocorreu a flexibilização da atividade econômica do setor aéreo observou-se uma visível expansão no número de companhias aéreas. Igualmente um número maior de rotas e melhor distribuição destas entre as empresas, com maiores vantagens aos consumidores, possibilitando o acesso de um segmento da sociedade não acostumada às viagens aéreas. Esta última experiência até vem sendo experimentada pela sociedade brasileira, no entanto, sem a possibilidade de escolha entre um número variado de empresas com diversificação dos serviços prestados.

Indubitavelmente, a liberação econômica proporcionou um ganho de qualidade dos serviços prestados, entretanto, a mesma liberação não foi acompanhada de investimentos públicos que por sua vez viabilizassem novos investimentos privados, cuja situação vem sendo de extremo interesse das companhias que dominam o mercado de transporte aéreo no Brasil.

A questão da concentração do mercado aeronáutico nos grandes centros urbanos é, indiscutivelmente, vantajosa para as empresas na medida em que ofertam seus serviços em área de grande contingente de consumidores. Ademais, registram lucros que lhes permitem ampliar sua capacidade produtiva em número de usuários e tamanho de aeronaves ou ainda no número de vôos diários. No entanto, o aumento na capacidade das aeronaves, implica em disponibilizá-las para vôos onde a ocupação seja proporcional. Eis a razão da prioridade dada pelas empresas para os grandes centros urbanos em detrimento de cidades que atualmente não mais são servidas pelo transporte aéreo regular.

É importante ressaltar, no entanto, que, embora se crie através do desinteresse das grandes companhias aéreas para com localidades de menor capacidade econômica, uma excelente oportunidade para as chamadas companhias regionais, hoje, no Brasil, não há estímulos necessários para incremento da

operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC”.

²²⁵ OLIVEIRA, 2009, p. 11.

competitividade, novamente, pela ausência de investimentos no âmbito da infraestrutura aeroportuária.

Alessandro Vinícius Marques de Oliveira ainda adverte para o fato de que:

[...] o sistema atual, de liberdade de preços de passagens aéreas, combinado com rigidez de tarifas aeroportuárias, tem elevado fortemente o poder de mercado das companhias aéreas detentoras da maior parte dos *slots* em aeroportos congestionados. As autoridades devem estar assim, muito esclarecidas com relação ao fato de que conceder *slots* é o mesmo que distribuir direitos de usufruto de poder de mercado e que, portanto, mecanismos de concessão têm implicações econômicas relevantes.²²⁶

E uma das implicações econômicas mais relevantes a serem consideradas, portanto, é o desestímulo à competitividade e, por consequência, a manutenção de um domínio econômico “duopolista” antidemocrático.

Ana Maria de Oliveira Nusdeo elenca algumas práticas que “afetam o funcionamento do mercado” e que precisam ser combatidas pelas normas de proteção à concorrência. Tais práticas são conhecidas por monopólio, oligopólio e cartel. Embora no setor da aviação comercial doméstica não se possa falar, na acepção da palavra, em monopólio, segundo Ana Maria Nusdeo, este se caracteriza por haver um único produtor que estabelece o preço mediante o controle da oferta a fim de maximizar os seus lucros. Portanto, a posição dominante no mercado pelo monopolista é marcada por práticas como a redução da sua produção o que lhe permite vender o produto por um preço mais elevado. E para impedir a entrada de novos concorrentes, o monopolista se utiliza de expedientes como o preço predatório e o aumento repentino da produção, além da apropriação dos meios de produção e de matéria prima.²²⁷

Já o cartel é definido como “acordos restritivos à concorrência vinculando concorrentes num mesmo mercado relevante [...]”.²²⁸ Através dele as empresas realizam alinhamento de preços e ajustes simultâneos num mesmo período de tempo.

E por fim o oligopólio que se aproxima muito do cartel quando os poucos concorrentes existentes praticam aumento dos preços acima dos patamares

²²⁶ OLIVEIRA, 2009, p. 13.

²²⁷ NUSDEO, 2006, p. 159-189.

²²⁸ *Ibid.*, p. 166.

competitivos ao mesmo tempo, no entanto, sem se comunicarem para tanto.²²⁹ A doutrina considera o oligopólio uma prática de difícil combate pelas medidas antitruste, notadamente, porque as prática não são previsíveis, conquanto, invariavelmente ocorre em mercados de elevada competitividade.

Para Calixto Salomão Filho, os oligopolistas expressam alguns comportamentos, entretanto, nem sempre típicos e racionais, que possibilitem uma identificação ou presunção de seus atos. Geralmente os oligopolistas adotam comportamentos “paralelos”.

Não há incentivo para que qualquer dos membros reduza seus preços, pois sabe que seu comportamento será prontamente acompanhado pelos outros participantes do mercado”. “Pré-requisito para que haja comportamento paralelo é a existência de um sistema de informações que permita a cada concorrente saber prontamente o comportamento do outro [...].²³⁰

Os oligopolistas também agem dissimuladamente através de benefícios indiretos aos consumidores, como a diferenciação no produto ou no serviço prestado desaparecendo a concorrência no tocante aos preços. A reação dos oligopolistas é imediata diante de qualquer ato de seus concorrentes. E essa reação rápida somente é possível quando o mercado é disputado por poucos concorrentes em razão da dificuldade de transmissão das informações, comum em mercados em que há muitos concorrentes.

A Constituição Federal reserva à livre concorrência o status de princípio da ordem econômica em seu artigo 170, inciso IV e no artigo 173, § 4º assevera que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Igualmente o faz a Lei 8.884/94 que dispõe sobre “a preservação e a repressão às infrações contra a ordem econômica orientada pelos ditames constitucionais de liberdade e iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

2.4.1 O Serviço Público Adequado de Transporte Aéreo de Passageiros

²²⁹ NUSDEO, 2006, p. 167.

²³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147-148.

Inicialmente, a Lei 8.987/95, em seu artigo 6º, § 1º conceituou serviço público adequado como sendo aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Dinorá Adelaide Mussetti Grotti expõe que a continuidade deriva da “indispensabilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que o serviço satisfaz. Destarte, seu funcionamento há de ser contínuo, sem interrupções, a não ser em hipóteses estritas prevista em lei”.²³¹ Também Eros Roberto Grau ressalta que a continuidade é inerente ao serviço público e que este “é atividade indispensável à consecução da coesão social e a sua noção há de ser construída sobre as idéias de coesão e de interdependência social”.²³² O serviço não é prestado em função do interesse exclusivo do usuário, mas sim, no interesse da sociedade²³³ e a sua continuidade está garantida por uma série de fatores como a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas do contrato de concessão pelo Poder Concedente, pela necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e poderes outros do Poder Concedente como a encampação, intervenção e até mesmo a extinção da concessão.²³⁴

A regularidade nada mais é do que uma consequência da continuidade, no entanto, assim não pode ser entendida, pois, trata-se da imposição, ao concessionário, de atendimento aos “padrões de qualidade e quantidade” ditados pela Administração Pública, não olvidando das “condições técnicas exigidas pela própria natureza do serviço público e as condições de sua prestação”.²³⁵

A generalidade ou universalidade é entendida por Dinorá Grotti como um desdobramento ou “manifestação do princípio da igualdade”, ou seja, “a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos” [...] “indistintamente, independentemente de poder aquisitivo [...]”.²³⁶

²³¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261.

²³² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 138.

²³³ GROTTI, op. cit., p. 266.

²³⁴ Ibid., p. 277-278.

²³⁵ GASPARINI, 2006, p. 297.

²³⁶ GROTTI, 2003, p. 289.

Eficiência significa o “bom resultado prático da prestação que cabe oferecer aos usuários” e a segurança contribui para não colocar em risco, tanto os usuários do serviço público, quanto terceiros. A atualidade obriga a uma “constante atualização tecnológica dos serviços públicos. Já a cortesia refere-se ao bom tratamento dispensado ao usuário.”²³⁷

A modicidade tarifária está intimamente ligada à própria “função jurídica natural” do serviço público que não se coaduna com a oneração excessiva do usuário.²³⁸

Marçal Justen Filho considera o serviço público adequado quando este é eficiente, ou seja, o “desempenho concreto das atividades necessárias à prestação das utilidades materiais, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, com imposição do menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico.”²³⁹

Como se trata de conceito jurídico indeterminado, será possível reputar que alguns serviços são inquestionavelmente adequados; outros, indubitavelmente inadequados. Mas existirá um campo intermediário, em que reconhecer a existência de adequação ou inadequação dependerá da análise de sutilezas circunstanciais.²⁴⁰

Isto porque seria impossível à norma jurídica contemplar com precisão, critérios em todos os segmentos da prestação dos serviços públicos para determinar o que se entenderia, em cada caso, como adequado ou inadequado.

Como não há um padrão a ser seguido de maneira uniforme a todos os serviços públicos, deverão ser levadas em consideração as variações das circunstâncias sociais em que o serviço é prestado.²⁴¹

Marçal Justen Filho também explica que a regularidade, continuidade e a segurança são emanações diretas do conceito de eficiência. Ao tratar da segurança, afirma que o serviço não deixa de ser adequado quando se verificarem ocasionais ofensas à integridade física ou emocional dos usuários, desde que tenham sido empregadas todas as técnicas e providências para a redução do risco de danos.

²³⁷ GASPARINI, op. cit., p. 297-298.

²³⁸ MELLO, 2007, p. 663.

²³⁹ JUSTEN FILHO, 2003, p. 302.

²⁴⁰ Ibid., p. 304.

²⁴¹ Ibid., p. 305

A generalidade pode ser ofendida quando haja fixação de limites ou privilégios na escolha dos usuários que serão beneficiados pelos serviços ou quando uma “parte significativa do universo de usuários não é atendida”.

Também a cortesia é levada em consideração pelo autor para nos alertar que um dos grandes problemas reside na falta de preparo “daqueles que tratam diretamente com os usuários” e para quando tal fato “ultrapassa o limite da excepcionalidade, transformando-se, muitas vezes, em regra. Um exemplo negativo foi vivido pelos usuários do transporte aéreo no Brasil quando da instalação da “crise aérea”.²⁴²

Phillip Gil França assevera que:

[...] a partir da admissão do ônus de bem prestar e servir o serviço público, não há meio da empresa concessionária de tal serviço não aceitar a direta aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais à sua atuação e condição de prestadora de serviço público.

Por conseqüência, o autor demonstra que os valores fundamentais constitucionais da “legalidade, liberdade, igualdade, publicidade e transparência, moralidade, eficiência, continuidade do serviço público, menor impacto econômico do usuário, segurança jurídica, atendimento ao interesse público, inafastabilidade jurisdicional pelo Estado e dignidade da pessoa humana”, devem nortear a atividade do concessionário responsável pela prestação do serviço público.²⁴³

Além dos atrasos e cancelamentos de vôos e do próprio *overbooking*, outros acontecimentos e falhas estruturais influenciam diretamente no alcance dos objetivos da Lei 8.987/95, em seu artigo 6º, § 1º; podem ser citadas falhas dos sistemas de controle da navegação aérea, manutenção de equipamentos e das próprias aeronaves, insuficiência de operadores de radares e, principalmente, a insuficiência de infraestrutura aeroportuária.

2.5 O QUE É SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL?

²⁴² JUSTEN FILHO, 2003, p. 306-307.

²⁴³ FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: RT, 2008. p. 198-200.

Paula Forgioni inicialmente desta que “na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa isolada. Essa visão que a confina nas próprias fronteiras, desliga-a do funcionamento do mercado [...]”.²⁴⁴

O fim da empresa é construir riqueza para a comunidade, oferecer trabalho, melhorar a técnica, favorecer o progresso científico – e não simplesmente buscar lucros para distribuição os sócios. [...]. Emerge, assim, a “empresa em si”, instrumento de desenvolvimento econômico geral”, em que todos os interesses subjugam-se à aquele da nação. Para garantir a boa administração da sociedade, deve haver o “controle do controlador”. A intervenção do Estado [sobre a empresa capitalista] explica-se e justifica-se ao considerarmos que a empresa não decorre apenas do livre jogo do contrato, mas é uma instituição útil ou perigosa conforme os fins perseguidos.²⁴⁵

Assim, torna-se elementar que o objetivo de qualquer corporação é a obtenção de retorno quanto ao capital investido. Mas a fim de que as empresas possam se manter por um longo período, enfrentando os imprevistos da atividade, realizando efetivamente uma atividade sustentável, há que observar os três princípios basilares da sustentabilidade: sustentabilidade econômica, sustentabilidade ambiental e sustentabilidade social.

Para entendimento acerca do conceito de sustentabilidade empresarial, necessária se faz uma rápida abordagem do conceito de desenvolvimento sustentável. Pela Comissão de Brundtland, o desenvolvimento sustentável é aquele que “satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades”.²⁴⁶ A partir da compreensão do desenvolvimento sustentável, os órgãos responsáveis pela formulação de políticas públicas devem estimular o setor empresarial a estabelecerem metas que visem ao incremento ou à manutenção da produtividade, “acompanhada de indicadores de justiça social e de qualidade no processo produtivo, na prestação de serviço, no produto e nas condições ambientais”.²⁴⁷

Ensinam José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira:

²⁴⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 128.

²⁴⁵ Ibid., p. 75-77.

²⁴⁶ URSINI, Tarcila Reis. BRUNO, Giuliana Ortega. **A gestão para a responsabilidade social e o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/RevistaFAT03_ethos.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2009.

²⁴⁷ BARATA, Martha Macedo de Lima. O setor empresarial e a sustentabilidade no Brasil. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**. Rio de Janeiro, ano 07, nº. 01, 2007. Disponível em: <<http://www.uff.br/revistamarketing/Volume%201/Setor%20Empresarial.pdf>>.

Empresa sustentável é a que procura incorporar os conceitos e objetivos relacionados com o desenvolvimento sustentável em suas políticas e práticas de modo consistente. Contribuir para o desenvolvimento sustentável é o objetivo dessa empresa e a responsabilidade social, o meio para tornar a sua contribuição efetiva.²⁴⁸

Por definição adotada pelo Instituto Ethos, sustentabilidade empresarial, portanto, é a capacidade de “assegurar o sucesso do negócio em longo prazo e ao mesmo tempo contribuir para o desenvolvimento econômico e social da comunidade, um meio ambiente saudável e uma sociedade estável”.²⁴⁹ De qualquer forma, a sustentabilidade empresarial não significa apenas um crescimento rentável gerador de resultados econômicos, mas também, ambientais e sociais.

Neste cenário, a Sustentabilidade Empresarial, isto é, a gestão lucrativa da empresa ao longo do tempo pressupõe, dentre outras, a habilidade de simultaneamente ampliar a atividade econômica, reduzir os impactos ambientais e contribuir para a melhoria da qualidade de vida humana. [...] Práticas já estabelecidas de sustentabilidade corporativa permitem às empresas reduzir custos, aumentar a fidelidade dos funcionários e clientes, criar novos mercados e reduzir as chances de serem surpreendidos por algum tipo de ônus indesejável e inoportuno.²⁵⁰

Martha Macedo de Lima Barata, ao tratar do tema, oferece uma importante contribuição para a compreensão do conceito de sustentabilidade empresarial. Afirma a autora:

Sustentabilidade empresarial corresponde a habilidade da empresa manter-se competitiva e rentável ao longo do tempo, através da oferta de produtos e/ou serviços com qualidade e preço compatíveis com o mercado, e da justa remuneração de sua força de trabalho, investidores e/ou proprietários.²⁵¹

Muitas vezes, as empresas adotam determinadas práticas de mercado, impelidas pela própria exigência do setor em que atuam, notadamente, advinda dos consumidores, os quais, se tornaram mais conscientes e mais exigentes. Entretanto,

²⁴⁸ BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável**: da teoria à prática. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 70.

²⁴⁹ INSTITUTO ETHOS. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/RevistaFAT03_ethos.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2009.

²⁵⁰ CANTARINO, Anderson Américo Alves. BARATA, Martha Macedo de Lima. LA ROVERE, Emilio Lebre. Indicadores de sustentabilidade empresarial e gestão estratégica. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**. Rio de Janeiro, ano 07, nº. 01, 2007. ISSN 1982-2596. Disponível em: <<http://www.uff.br/revistamarketing/Volume%201/Sustentabilidade.pdf>>.

²⁵¹ BARATA, 2007, p. 2.

especialmente no setor de transporte aéreo, além da empresa, também o agente regulador necessita possuir uma compreensão clara e objetiva de suas ações e principalmente como estas repercutirão ambiental, social e economicamente na atividade desenvolvida pela concessionária, de modo a contribuir para a garantia da sustentabilidade. Assim, podemos concluir que a realização da sustentabilidade, assim como descreve Martha Macedo de Lima Barata, também depende da atuação do agente regulador.

Antes de tudo, o regulador deve se concentrar no usuário do transporte, porquanto, é no bem-estar deste que se encontra o caminho para o bom desempenho das companhias aéreas.²⁵² A regulação deve levar em consideração algumas peculiaridades do setor.

[...] é o modal que necessita maior volume de capital não apenas para implantação (desde a infraestrutura aeroportuária até a estruturação de uma empresa aérea), mas como para a sua operação e para a continuidade da oferta dos serviços propriamente dita (*leasing* de aeronaves, combustível, taxas aeroportuárias e de auxílio à navegação aérea, *catering*, marketing, sistemas de reservas, manutenção, pessoal especializado, etc.); além disso, é o modal que opera os mais dispendiosos e modernos veículos de transporte comercial existentes.²⁵³

Relembrando os passos da liberalização, encontram-se algumas importantes medidas tomadas pelo então Ministério da Aeronáutica, as quais, mais tarde, resultaram na concentração de mercado verificada nos dias de hoje. Especialmente a partir de 1997, período conhecido como Segunda Fase de Flexibilização, seguindo a onda de liberalização imprimida pelas Portarias 986/DGAC e 988/DGAC, ambas de 18 de dezembro de 1997, encontramos a Portaria 1003/DGAC de 24 de dezembro de 1997 e a Portaria 05/GM5 de 09 de janeiro de 1998. A primeira altera as normas para autorização e vôos *charter*²⁵⁴ domésticos de passageiros e a segunda estabelece “Linhas Especiais”. Esta última, de grande impacto para o setor de transporte aéreo doméstico, abre as chamadas “Pontes Aéreas” para as empresas nacionais, quando antes, estas linhas eram

²⁵² OLIVEIRA, 2009, p. 174.

²⁵³ SANTO JR., Respicio Antonio Espírito; BARREIRO, José Henrique de Lima Corrêa Dieguez; SANTOS, Márcio Peixoto de Siqueira. Flexibilização do transporte aéreo no Brasil: ingresso numa era de maior competição? In: **Anais...** XII Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes - Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes – ANPET, Fortaleza, 1998. p. 120-164.

²⁵⁴ Vôo fretado, previamente pago e reservado, geralmente, por operadoras de turismo para grupos especiais de turistas.

operadas exclusivamente pelas companhias regionais. Entretanto, esta Portaria em nada modifica a situação das quatro maiores e principais companhias atuantes naquele período. Ocorre que as então regionais Rio-Sul e Nordeste eram controladas pelo Grupo Varig, o qual, indiretamente, portanto, já operava num mercado, antes, restrito às empresas regionais. Os mesmo se pode afirmar em relação aos Grupos TAM e Transbrasil, as quais, também possuíam subsidiárias regionais. Portanto, a referida Portaria apenas oficializa o que já acontecia na prática.²⁵⁵

Conclui-se que os quatro maiores centros do país, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte e Brasília eram atendidos, exclusivamente, pelas três maiores companhias aéreas nacionais em operação. Este pode ser considerado um fator determinante para a concentração verificada na atualidade, a qual corresponde, apenas, a uma continuidade do que há muito já se praticava no mercado de transporte aéreo de passageiros, notadamente, nos principais aeroportos do país. O que na verdade ocorreu foi um reforço no nível de concentração, na medida em que, reduziu-se o número de companhias nacionais. Em contrapartida, um número mais significativo de companhias regionais, que não eram subsidiárias dos grandes grupos, foi forçado a se estabelecer em mercados de menor relevância econômica. Estas empresas não competem com as companhias nacionais, notadamente, em razão do número reduzido de aeroportos existentes nos grandes centros e porque nestes, a infraestrutura não permite tal acessibilidade.

Este é o principal aspecto a ser considerado como barreira econômica à entrada de novas competidoras e, principalmente, à sobrevivência daquelas que já atuam no setor, conquanto, necessitam de um grande volume de investimentos e de geração de capital para se manterem em pleno funcionamento.

A sustentabilidade, na perspectiva empresarial, passa pela análise de diversos fatores como os naturais riscos da atividade, mão-de-obra e equipamentos essenciais ao processo produtivo, instabilidades políticas e sociais. No caso particular das companhias aéreas, não apenas estes fatores, mas também outros elementos, os quais, num primeiro momento, podem parecer estranhos àqueles que

²⁵⁵ SANTO JR., Respicio Antonio Espírito. BARREIRO. José Henrique de Lima Corrêa Dieguez. SANTOS, Márcio Peixoto de Siqueira. Flexibilização do Transporte Aéreo no Brasil: Ingresso numa era de maior competição? In: XII Congresso da Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes. Fortaleza, 1998. Disponível em: <<http://www.institutocepta.org>>. Acesso em 22 maio 2009.

estejam menos atentos às atuais circunstâncias que envolvem o transporte aéreo mundial, particularmente, as hipóteses de ataques terroristas. O enfrentamento dos riscos deve ser precedido de uma preparação para os infortúnios pelos quais podem passar as companhias aéreas, como acidentes e, por consequência, as indenizações que deles decorrem naturalmente. Faz parte da empresa considerar os impactos econômicos de sua atividade, entretanto, não apenas estes, mas também e principalmente, as estratégias que transcendem as metas econômico-financeiras.

Os investimentos de uma companhia aérea são representados, na sua maior parte, por equipamentos de longa solidez e durabilidade além de larga capacidade operacional. Tais equipamentos possuem um alto preço e longa etapa de construção até que estejam à disposição do transportador. Igualmente, os investimentos realizados possuem um retorno lento, geralmente instável e complexo. Ocorre que além de todas essas instabilidades, os investimentos privados somente prosperam se acompanhados de investimentos públicos, notadamente em infraestrutura que possibilite a garantia do retorno desejado.

3 O PAPEL DA ANAC NO FOMENTO DA COMPETITIVIDADE DO SETOR DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS E O RESGUARDO DA SUSTENTABILIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

3.1 A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA ANAC E A SUA ESPECÍFICA COMPETÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

Trata-se de autarquia da Administração Pública Federal Indireta, vinculada ao Ministério da Defesa, com sede e foro no Distrito Federal, que teve a ela transferidos o patrimônio, acervo técnico, obrigações e direitos de organizações do antigo Comando da Aeronáutica. Como autoridade aeronáutica no país, lhe são assegurados pela Lei 11.182/05 a independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes (artigo 4º).

Além da Diretoria, órgão máximo deliberativo no seu organograma, a agência possui uma procuradoria, uma corregedoria, um conselho consultivo e uma ouvidoria (artigo 9º). A Diretoria é formada por um Diretor-Presidente e quatro diretores e sua competência é: a) propor, por intermédio do Ministro de Estado da Defesa, ao Presidente da República, alterações do regulamento da ANAC; b) aprovar procedimentos administrativos de licitação; c) conceder, permitir ou autorizar a prestação de serviços aéreos; d) conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária; e) exercer o poder normativo da Agência; f) aprovar minutas de editais de licitação, homologar adjudicações, transferência e extinção de contratos de concessão e permissão, na forma do regimento interno; g) aprovar o regimento interno da ANAC; h) apreciar, em grau de recurso, as penalidades impostas pela ANAC; i) aprovar as normas relativas aos procedimentos administrativos internos da Agência. (artigo 11).

Os diretores são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal e deverão demonstrar reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade do cargo que ocuparão (artigo 12). O mandato de 05 (cinco) anos (artigo 13) e a perda dar-se-á por renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou imposição de pena de demissão decorrente de processo administrativo disciplinar (artigo 14).

Francesca Emmanuelle Leite Viana Abreu²⁵⁶ descreveu os seis estágios da evolução histórica das políticas regulatórias do setor de transporte aéreo no Brasil.

O primeiro deles inicia-se em 1973 e se desenvolve até 1986, denominado de período da “*Regulação com Política Industrial*”. Com forte controle sobre a competição, é o marco do surgimento das companhias regionais quando o país estava dividido em cinco regiões, sendo liberado o monopólio. As empresas eram “subsidiadas por suplementação tarifária, em rotas de baixa densidade” e a entrada de novas empresas não era permitida.

O segundo estágio denominado de “*Regulação com Política de Estabilização Ativa*”, ocorre entre os anos de 1986 e 1993 e é marcado pelas intervenções políticas de reajustes tarifários para forçar a redução dos preços, o que gerou grandes prejuízos às companhias aéreas.

Em seguida, a denominada “*Liberação com Política de Estabilização Inativa*”, no período entre os anos 1993 e 1997, coincide com o “Programa Federal de Desregulamentação”. A flexibilização tarifária é implantada e os monopólios são abolidos de forma que novas companhias puderam disputar o mercado. No entanto, a autora aponta para uma parcial manutenção das políticas de reajustes, notadamente, nos grandes centros como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília.

Entre 1998 e 2001 houve a “*Liberação com Restrição de Política de Estabilização*” marcada por uma forte competitividade ocasionada, principalmente, pelos fenômenos da “corrida por frequência” e “corrida de preços”. Devido à desvalorização do real frente ao dólar, os custos operacionais das companhias aéreas aumentaram, forçando-as a cessar as promoções tarifárias. Cumpriu, por conseguinte, às autoridades, exercer controle dos reajustes de tarifas, autorizando e limitando as estratégias competitivas, exigindo a atuação das autoridades antitrustes.

Já entre 2001 e 2002, o período da “*Quase-desregulamentação*” exigiu das autoridades de defesa econômica um maior monitoramento do setor aéreo. Neste momento, o mercado estava receptivo a novas empresas, à abertura de novas

²⁵⁶ ABREU, Francesca Emmanuelle Leite Viana. **Análise sistêmica do setor aéreo brasileiro: propostas para o planejamento do setor.** 2008. 139 f. Dissertação (Mestrado em Transportes) – Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2008. Disponível em: <<http://www.transportes.unb.br/paginas/resumo-abstract-francesca-emmanuelle-leite-viana-abreu>>. Acesso em: 03 maio 2009.

linhas, frequência de vôos e crescimento da frota de aviões, este, incentivado pelo surgimento da Gol Linhas Aéreas.

No sexto e último estágio denominado de “*Re-regulação*”, a partir de 2003, novamente ocorre uma interferência no mercado para controle do excesso de oferta e para impedir a competição predatória. As empresas, para que conseguissem a importação de novas aeronaves, dependiam de prévio estudo de viabilidade econômica, todavia, não havia ingerência sobre os valores das tarifas.

A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC que substitui o Departamento de Aviação Civil – DAC, é uma entidade autárquica que possui a competência de regular e de fiscalizar as atividades da aviação civil, da infra-estrutura aeroportuária, além de ter a obrigação de observar e implementar estratégias, políticas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho de Aviação Civil – CONAC.²⁵⁷

O artigo 3º da Lei 11.182/05 estabelece que a ANAC, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo Conselho de Aviação Civil – CONAC e, para os fins deste trabalho científico, as atribuições ditadas pelo artigo 08º compreendem, dentre outras: implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil (inciso I); regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos (inciso XIII); conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos (inciso XIV); regular as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infraestrutura aeroportuária disponível (inciso XIX); estabelecer o regime tarifário da exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte (inciso XXV). O artigo 49 da referida norma autoriza a prevalência da liberdade tarifária na prestação dos serviços aéreos regulares; o parágrafo primeiro deste artigo ressalta que as concessionárias ou permissionárias poderão determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à ANAC, em prazo por esta definido.

Pela Portaria 243/GC5 do Comando da Aeronáutica, em março de 2003, foi determinado ao DAC (Departamento de Aviação Civil), então considerado órgão máximo de gestão do setor da aviação civil comercial brasileira, a adoção de medidas para adequação da relação oferta/procura e ainda que as empresas que desejassem importar aeronaves deveriam demonstrar a real necessidade.

²⁵⁷ ABREU, 2008, p. 26.

Outra portaria, de nº. 731/CG5, do mesmo mês, determinou que a criação de novas empresas, deveria observar a situação de empresas já existentes, bem como, que se evitasse a superposição de linhas com proximidade de horários.

A partir da criação da ANAC, esta ficou responsável por celebrar convênios com órgãos e entidades do Governo Federal a fim de harmonizar suas ações institucionais de defesa e proteção da concorrência, conforme artigo 6º da referida lei. No exercício do seu papel de fiscalização, a ANAC, ao tomar conhecimento de ato que possa configurar infração contra a ordem econômica que comprometa a concorrência do setor, deverá comunicar aos órgãos do Governo mencionados no caput do artigo 6º, para a adoção de medidas cabíveis.

A ANAC também assegura às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na agência, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 48.

Como bem esclarece José da Silva Pacheco, já na exposição de motivos interministerial nº. 6.613 de 24 de outubro de 2000 salientou-se que a proposta de criação da ANAC visava:

fazer com o Estado, ao invés de prestar serviços, resguardasse e garantisse à 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.²⁵⁸

A ANAC, criada para substituir o antigo Departamento de Aviação Civil – DAC foi implantada no dia 20 de março de 2006, após cinco anos de discussão no Congresso Nacional que resultou na Lei 11.182 de 27 de dezembro de 2005.

Ao extinto Departamento de Aviação Civil competia o planejamento, gerenciamento e controle das atividades relacionadas com a aviação civil, nos termos do artigo 18 do Anexo 01 do Decreto nº. 5.196 de 24 de agosto de 2004. Ainda, o DAC como órgão executivo que era, restringia-se ao estrito cumprimento do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565 de 19 de dezembro de 1.986) e tinha em sua estrutura a maioria de militares. Certamente que as competências da ANAC

²⁵⁸ PACHECO, 2006, p. 43.

excedem em muito as do antigo Departamento de Aviação Civil, principalmente após o Decreto nº. 5.731/2006, pelo qual, o Executivo instituiu atribuições à ANAC que são significativamente relevantes para a atividade econômica desenvolvida pelas empresas aéreas.

A regulação econômica que compete à ANAC compreende a prática da coibição de concorrência abusiva (em conjunto com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica), a concessão da exploração de rotas e de infraestrutura aeroportuária, fiscalização de serviços aéreos e das próprias concessões. Outros exemplos de regulação econômica encontrados na Lei 11.182/05 podem ser considerados: a) a promoção e a conservação da livre-concorrência, apurando fatos que possam configurar ofensas à ordem econômica ou que comprometam, dificultem ou impeçam a concorrência ampla, sempre se reportando ao Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor; b) Promover e divulgar regularmente estudos específicos sobre as condições do mercado, tráfego e demanda por serviços de transportes aéreos; c) Assegurar a liberdade tarifária; d) Estabelecer as prioridades quanto à exploração e utilização de serviços de transporte aéreo e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, de acordo com as diretrizes estabelecidas na política de aviação civil brasileira.

É verdade que o DAC exerceu, mesmo que timidamente, alguma atividade reguladora quando pelas Portarias nº. 346/GC5 de 13 de março de 2003 e nº. 731/GC5 de 11 de agosto de 2003 passou a “adequar a oferta de transporte aéreo feita pelas empresas aéreas à evolução da demanda”. Assim, o DAC assumiu o papel de impedir a competição predatória a fim de evitar consequências danosas às empresas.

O DAC nasce em 1931, sob a denominação de Departamento de Aeronáutica Civil subordinado ao então Ministério de Viação e Obras Públicas, cuja função reguladora naquele período limitava-se à disciplina das escolas e clubes de aviação surgidos na época, da emissão de carteiras de piloto e do ensino aeronáutico no Brasil. Este período era caracterizado por uma forte influência do setor militar em franca expansão por conta da crise mundial que culminaria na 2ª Guerra. Em 1941 o Departamento de Aeronáutica Civil passou a ser controlado pelo recém criado Ministério da Aeronáutica e somente em 1969 é que passou a se chamar Departamento de Aviação Civil.

Porém, o marco inicial da regulação do mercado de aviação civil ocorreu em 1960 e não dependeu unicamente do DAC. Suas funções ainda encontravam-se voltadas à administração da infraestrutura aeronáutica em geral até que tal responsabilidade fosse assumida pela Infraero, criada em 1972 através da Lei 5.862 de 12 de dezembro.

Referida regulação apenas teve início efetivamente a partir das Conferências Nacionais de Aviação Civil (CONAC) realizadas em 1962, 1963 e 1968, estimulando a concentração de empresas, o controle de novas linhas e controle tarifário. É da mesma época a primeira tentativa de estímulo à aviação regional com a criação da Rede de Integração Nacional (RIN).

Houve ainda a organização dos chamados Sistemas Integrados de Transporte Aéreo Regional (SITAR) que previam a divisão do território nacional em 05 (cinco) regiões atendidas individualmente por empresas aéreas em regime de monopólio. É a partir deste momento que são separadas as companhias aéreas em nacionais e regionais. Já no V CONAC são modificadas as regras para a aviação civil, estabelecendo-se a autorização para a criação de novas empresas, competição entre as operadoras nacionais e regionais e extinção de áreas demarcadas. A extinção completa da distinção entre empresas de âmbito nacional e regional ocorreu apenas em 2000 (Portaria 569/GM5). Antes disso, as empresas já haviam recebido autorização para conceder descontos e em 2001 as tarifas foram totalmente liberadas.²⁵⁹

Pelo Decreto 3.564/2000 o CONAC se tornou órgão de assessoramento do Presidente da República e seu conselho consultivo composto pelo Ministro da Defesa, Ministro da Fazenda, Ministro das Relações Exteriores, Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Ministro do Turismo, Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, pelo Chefe da Casa Civil e pelo Comandante da Aeronáutica. São convidados permanentes o Presidente da ANAC, da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero e o Diretor Geral do Departamento do Espaço Aéreo – DECEA.

Assim, pode-se concluir que a Agência Nacional de Aviação Civil contraria a tendência mundial de se implementar agências independentes, considerando que

²⁵⁹ Dados fornecidos pela Diretoria de Estudos Macroeconômicos – Coordenação de Regulação e Estudos de Mercado do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 21 dez. 2007.

sua independência não é absoluta como propõe o caput do artigo 08º da Lei 11.182/05. Aliás, a própria lei em seu artigo 03º confronta o princípio da independência ao estabelecer que a ANAC exercerá suas competências, observando e implementando diretrizes e políticas estabelecidas pelo Conselho de Aviação Civil – CONAC.

Excetuam-se da competência da ANAC assuntos relacionados ao Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro (SISCEAB) e ao Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER).

3.2 A REGULAÇÃO ECONÔMICA DO TRANSPORTE AÉREO: A FLEXIBILIZAÇÃO TARIFÁRIA, PODER DE MERCADO E COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS NACIONAIS

O transporte aéreo de passageiros no Brasil apresenta uma série de obstáculos legais e infralegais a serem superados pelas empresas que desejam explorar a atividade. Em primeiro lugar encontra-se a concessão do serviço público e todas as exigências documentais que se atrelam a ela. As limitações financeiras, além das vedações de investimentos estrangeiros (máximo de 20% de acordo com a lei 7.565/86) e principalmente as dificuldades de regulação, notadamente, de infraestrutura em aeroportos coordenados²⁶⁰ que já atingiram seu grau de saturação. Cumpre apenas salientar que durante as pesquisas para realização desta dissertação, houve o anúncio, pelo Conselho Nacional de Aviação Civil – CONAC, de aprovação de texto de projeto de lei para alteração do Código Brasileiro de Aeronáutica visando ao aumento do capital estrangeiro nas empresas aéreas nacionais, cujo limite atual de 20% seria estendido a 49%. As barreiras causadas pela infraestrutura apresentam-se no acesso aos aeroportos, como dificuldades em se estabelecer horários de pouso e decolagem e capacidade de terminais.

Em contrapartida os instrumentos jurídicos que facilitam a aquisição de aeronaves colaboram sobremaneira para a ocupação dos aeródromos e para a

²⁶⁰ Conforme artigo 2º, II da Resolução nº. 002/2006 da ANAC, aeroporto coordenado é aquele “onde a expansão de capacidade, a curto prazo, é altamente improvável e a demanda por facilidades excede as possibilidades aeroportuárias, causando saturação em determinadas faixas de horário e durante um período de tempo relevante, implicando em que as tentativas de resolver os problemas por meio de modificações voluntárias de horário normalmente não são bem sucedidas, tendo as empresas que receber a alocação de slots para operar no aeroporto”.

compreensão de que as barreiras econômicas não significam fator impeditivo relevante para o ingresso no setor. A política reguladora de alocação de infraestrutura é, atualmente, a principal barreira à entrada, no mercado de transporte aéreo de passageiros, de novos competidores. Hoje, no Brasil, a probabilidade de acesso de novos competidores exclui totalmente o aeroporto de Congonhas em São Paulo e também é bastante limitada em outros centros urbanos do país. Esta foi uma das razões do porque o CADE não visualizou impedimentos à aquisição da VARIG pela Gol Linhas Aéreas, conquanto, ambas já atuavam no mercado relevante caracterizado pelo aeroporto de Congonhas.

Ocorre, ainda, que os *slots* disponíveis em aeroportos brasileiros não se encontram em mercados relevantes geográficos e a existência de poucos concorrentes, concentrados nesses mercados, justifica a existência de uma considerável demanda reprimida que poderia ser melhor aproveitada por novos agentes econômicos e melhor preparada para a otimização do serviço público. Este é o reflexo de uma característica histórica da aviação brasileira doméstica. Em todos os tempos, o mercado foi oligopolizado, nunca havendo um número maior do que três ou quatro concorrentes e mesmo depois da total flexibilização tarifária este número aumentou, considerando, é claro, as companhias de âmbito nacional. O mercado, no passado, especialmente nos anos 70 e 80, contemplava três principais companhias, Varig-Cruzeiro, Vasp e Transbrasil. Já a partir da década de 90, Tam, Varig e Gol, esta última com uma menor participação, representavam as únicas concorrentes.

Alessandro Oliveira considera que desde 2005 observa-se um crescimento acelerado no mercado aéreo no país e este fenômeno é marcado pela desistência manifestada pela Varig e Tam quanto ao compartilhamento de aeronaves e pelo “Efeito Gol”, cuja política de baixo custo ocasionou maior competitividade no setor. Também, o autor aponta para um momento favorável da economia brasileira.²⁶¹

Ocorre que esse favorecimento não foi acompanhado de políticas públicas para o setor, notadamente, em razão da importância que o transporte aéreo representa para o crescimento sustentável do país. Devido à extensão territorial do Brasil, muito se fala em garantir a sustentabilidade do crescimento, entretanto, o transporte aéreo, peça fundamental para esta pretensão, não alcançará a

²⁶¹ OLIVEIRA, 2009, p. 46.

universalização tal qual em outros serviços públicos como o de telecomunicações ou energia elétrica. Portanto, diante desta constatação, é imperioso que o agente regulador realize um planejamento, em primeiro lugar, menos dependente da região Sudeste do Brasil. Ademais, a concentração em poucos aeroportos e a inexistência de investimentos em aeroportos regionais sacrificam a concorrência. A inoperância do agente regulador resta evidente ao se questionar o manejo dos já escassos recursos de ampliação e modernização da infraestrutura disponível.²⁶²

Vê-se que a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tornou-se muito efetiva no setor de transporte aéreo de passageiros a partir do período da “quase-desregulamentação”, portanto, a partir do ano de 2000. Isto porque a desregulamentação conduz, invariavelmente, ao aumento do poder de mercado das empresas. E foi exatamente neste período em que se iniciaram os maiores desafios ao agente regulador para a apuração e controle de práticas tarifárias das companhias aéreas. Inclusive, o extinto Departamento de Aviação Civil – DAC passou a “monitorar” certas linhas, em que pese o fizesse sem muita efetividade, já que esta atuação, no passado, mais exatamente no período em que vigorava o controle total de preços, antes da liberalização, não se encontrava dentre as praticadas por aquele órgão regulador, até mesmo porque as circunstâncias não exigiam.

No período conhecido por “quase-desregulamentação” houve o maior índice de pedidos de concessão para novas empresas e, por parte daquelas que já operavam no mercado doméstico, pedidos de ampliação da malha aérea, maior frequência de vôos, além de aumento no número de aeronaves. Esse processo culminou com a entrada da Gol em janeiro de 2001, mas que, por via inversa, sacrificou a infraestrutura existente e a concorrência por horários em aeroportos de maior movimento, congestionou as estruturas, sendo uma das principais causas da recente “crise aérea”.

Com a total liberalização dos preços, as companhias passaram a praticar diferentes tarifas, gerenciando a disponibilidade aos clientes no momento da compra e da reserva. Os preços podem variar de acordo com o horário, o dia da semana, o tempo de antecedência da compra, período da viagem, trecho e aeroporto de

²⁶² Ibid. p. 76.

destino e origem.²⁶³ No caso da competitividade entre as empresas incentivada pela liberalização, passou a se verificar a prática de preços predatórios, os quais, necessariamente, não modificavam a estrutura das tarifas. Isto ocorre quando as empresas alocam mais ou menos assentos no interior das aeronaves, ajustando-os de acordo com classes tarifárias.

Como referido anteriormente, houve um curto período de “re-regulação” entre os anos de 2003 e 2004 fortemente influenciado pela intensa crise financeira pela qual passavam Tam e Varig e pelos processos falimentares de Vasp e Transbrasil. Foi assim que as Portarias 243/GC5 de 13 de março de 2003 e 731/GC5 de 11 de agosto de 2003 do antigo DAC foram responsáveis por uma breve, porém súbita parada, rumo à total liberalização. A primeira determinava ao Departamento de Aviação Civil a adoção de “medidas necessárias para assegurar a consecução dos objetivos da Política Aeronáutica para o setor de Transportes Aéreos Civis, promovendo a adequação da oferta de transporte aéreo feita pelas empresas aéreas à demanda disponível no mercado”. A segunda alterava as diretrizes para o transporte aéreo nacional, previstas na Política para Serviços de Transporte Aéreo Comercial do Brasil de 1992, para:

[...] adequar a oferta de transporte aéreo, feita pelas empresas aéreas, à evolução da demanda, com a finalidade de impedir uma competição danosa e irracional, com práticas predatórias de consequências indesejáveis sobre todas as empresas.²⁶⁴

Em que pese as medidas governamentais tomadas, uma última chance de recuperação da Varig através do acordo de compartilhamento de aeronaves celebrado com a Tam não surtiu os efeitos esperados, encerrando-se o pacto em abril de 2005, tendo início o processo de falência da Viação Aérea Rio-Grandense em 2006. Essa fase significou

[...] uma interrupção na trajetória de concessão de maiores graus de liberdade estratégica às companhias aéreas e sinalizou ao mercado que o regulador teria a habilidade de intervir no mercado, de forma discricionária.²⁶⁵

²⁶³ OLIVEIRA, 2009, p. 91.

²⁶⁴ OLIVEIRA, 2009, p. 97.

²⁶⁵ Ibid., p. 98.

A retomada da desregulação ocorre apenas com o advento da Agência Nacional de Aviação Civil. Diante de tantos questionamentos acerca da sua capacidade de promover a livre concorrência, a própria agência já se ressentia de um moderno mecanismo de incentivo à competição entre as empresas aéreas e de impulso da maior eficiência do serviço público. A partir da Resolução 002 de 03 de julho de 2006, a ANAC concluiu pela necessidade de realmente se criar um novo modelo de realocação de *slots*, como forma de reduzir o poder de monopólio das empresas, notadamente, em aeroportos saturados e, desta forma, impulsionar a concorrência, conseqüentemente, permitindo o ingresso de novas concessionárias.

A trajetória até a total desregulamentação tarifária mostrou um importante dimensionamento da regulação econômica a cargo da Agência Nacional de Aviação Civil, a qual se resume em cinco elementares que compõem o moderno marco regulatório: relação com a política econômica, competitividade e concorrência, entrada e saída de empresas, precificação das empresas e infraestrutura aeroportuária. Tratou-se, sem dúvida nenhuma, de uma significativa evolução até a total liberalização. Por outro lado, marcou o fim de uma era de intervenção macroeconômica, passando a uma intervenção associada a uma política de imposição de restrições de acordo com a lei antitruste com maior presença da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Entretanto, a questão da concorrência necessariamente está relacionada ao gerenciamento de novas políticas públicas e uma atuação mais concentrada do órgão regulador em assuntos como o da privatização dos aeroportos, a regulação de atrasos e cancelamentos de vôos, a prática do *overbooking* e melhoria da infraestrutura aeroportuária, inclusive de aeroportos localizados fora do eixo de maior concentração econômica.

Milton Santos, por fim, lembra que:

O exercício da competitividade torna exponencial a briga entre as empresas e as conduz a alimentar uma demanda diuturna de mais ciência, de mais tecnologia, de melhor organização, para manter-se à frente da corrida.²⁶⁶

Outra prática competitiva muito utilizada pelas empresas aéreas é o chamado “*overbooking*”. Muitos passageiros deixam de se apresentar nos balcões

²⁶⁶ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 31.

de *check-in* das companhias (*no show*)²⁶⁷ no horário previsto, razão pela qual, as empresas aéreas realizam reservas acima da capacidade da aeronave, de forma a gerar uma compensação entre o número de passageiros que não se apresentaram e o dos que fizeram reserva para aquele determinado voo²⁶⁸. Tal prática não se confunde com o excesso de venda de passagens, conhecido por “*oversale*”.

Aquele que portar bilhete com reserva confirmada e que for impedido de embarcar em razão do excesso de passageiros já embarcados (*overbooking*), terá direito a “ser acomodado pela empresa em outro voo, próprio ou de congênere, no prazo máximo de quatro horas após a partida da aeronave para a qual tinha reserva confirmada”²⁶⁹. Ainda, na impossibilidade de acomodação imediata, o passageiro poderá optar pelo embarque em horário diverso além das quatro horas ou ser reembolsado do valor pago. Havendo espera para embarque por tempo superior a quatro horas, obriga-se, o transportador, a providenciar hospedagem, alimentação e transporte. A revalidação do bilhete de embarque, igualmente, deverá ocorrer independentemente de ônus ao passageiro.

Assim, as empresas praticam o “*overbooking*” com a finalidade de evitarem riscos relativos às perdas causadas pela decolagem de uma aeronave com ociosidade de assentos. “Entretanto, esta prática pode resultar em uma situação de risco, em que um passageiro, com reserva confirmada e presente ao embarque no momento do voo, tenha seu embarque negado devido à falta de assentos disponíveis na aeronave – o chamado *denied boarding*”.²⁷⁰

²⁶⁷ Um passageiro *no-show* é aquele que não comparece ao embarque mesmo após ter confirmado sua reserva, inviabilizando a confirmação de outros passageiros. O *no-show* pode ser resultado de três fatores causais: intencionais, inevitáveis e por negligência. O *no-show* intencional resulta de passageiros viajando a turismo, que alteram seus planos em última instância, decidindo prolongar sua estadia para aproveitar mais a viagem. Executivos e passageiros a negócios, que adquirem bilhetes sem ou com poucas restrições, também podem estar classificados nesta categoria. Também são considerados intencionais aqueles que efetuam múltiplas reservas, em diversos voos e de diferentes companhias, a fim de “garantir” a viagem. Nestes casos, este passageiro fatalmente será um *no-show* nos voos em que efetuou a reserva e não a cancelou. Já o *no-show* inevitável resulta de uma categoria de passageiros que deixam de comparecer ao embarque por razões que fogem de seu controle, como por exemplo, aqueles pertencentes a conexões subseqüentes e cujo voo anterior não chega ao aeroporto no horário previsto. Por fim, o *no-show* por negligência pode derivar de erros humanos, causados pela negligência de funcionários das empresas aéreas. Erros na identificação do passageiro podem duplicar uma reserva e, conseqüentemente, uma delas resultará em um *no-show*. Cf. FERRAZ, Renée Baptista; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **A estratégia de overbooking e sua aplicação no mercado de transporte aéreo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br>>. Acesso em: 13 mar. 2009. p. 4.

²⁶⁸ PACHECO, 2006, p. 337.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 338.

²⁷⁰ FERRAZ; OLIVEIRA, 2009, p. 6.

Enquanto o *overbooking* possa ser entendido como uma prática benéfica para empresa, na medida em que diminui seus riscos de prejuízos causados pelo não comparecimento de passageiros com reserva confirmada, por outro lado, tal prática pode não ser igualmente benéfica e tolerável pelos passageiros que vierem a ter seu ingresso na aeronave negado. Quando isto acontece, dizemos que o *overbooking* foi mal sucedido, o que vem se tornando uma prática rotineira das companhias aéreas brasileiras, cujo ápice foi constatado, exatamente, na pior época da batizada crise aérea, muito longe de ser totalmente afastada. Na verdade, além de vantajoso para a própria companhia aérea, ainda assim pode ser considerado apenas pelo passageiro beneficiado que acaba embarcando.

A questão ética a ser observada aqui está na escassez de informações quanto às possibilidades de se praticar o *overbooking* ou ainda quanto às formas de indenização e providências a serem tomadas pelas companhias em relação aos passageiros não embarcados. A conduta, muitas vezes, evasiva ou despreocupada das companhias aéreas causa transtornos desnecessários, aumentando ainda mais o descrédito das empresas aéreas já, há muito, bastante acentuado.

Geralmente, o passageiro não atingido pelo *overbooking* é aquele que deixou para adquirir o bilhete de embarque nos dias próximos ao voo e que, por consequência, despendeu maiores quantias. Ou seja, aquele passageiro que se aproveitou das promoções tarifárias e adquiriu o bilhete com relativa antecedência, provavelmente, será o atingido pelo *denied boarding*. A imagem negativa que prevalece é a de desorganização da companhia mesmo que o *overbooking* seja uma estratégia competitiva largamente utilizada no mundo da aviação comercial, mas que, no Brasil, recebe das empresas pouca ou nenhuma atenção, notadamente, em relação ao trato com o passageiro.

Usualmente, as companhias, após o encerramento das operações de embarque, questionam aos passageiros já embarcados se há, dentre eles, alguém que queira ceder seu assento a um passageiro que teve o embarque negado, ou seja, este embarque dependerá da voluntariedade de outros passageiros.²⁷¹ Ao

²⁷¹ Os procedimentos de escolha de passageiros que terão o embarque negado em virtude da prática de *overbooking* por empresas aéreas brasileiras baseiam-se, normalmente, na ordem de chegada dos passageiros ao balcão de check-in (algoritmo do first come – first served). Os passageiros são atendidos e aceitos no voo até que a capacidade disponível seja atingida. No momento em que a empresa percebe que o *denied boarding* está prestes a se concretizar, os funcionários da linha de frente do check-in realizam uma “entrevista” com os passageiros remanescentes (aguardando para atendimento no balcão) em busca de possíveis voluntários que aceitem trocar de voo e prorrogar a

passageiro não embarcado deverá ser disponibilizado outro voo no prazo máximo de quatro horas ou, na impossibilidade de se verificar esta opção, o reembolso do valor despendido. Outras facilidades, igualmente, devem ser oferecidas como comunicação, hospedagem, transporte e alimentação. Isto tudo acaba sendo impactante para a estratégia das companhias especialmente se os riscos foram mal calculados.

3.3 O PAPEL DA ANAC NO FOMENTO DA COMPETITIVIDADE: A ALOCAÇÃO DE SLOTS COMO FORMA DE IMPEDIMENTO AO INGRESSO DE NOVOS COMPETIDORES

A melhor definição para “*slot*” vem do direito europeu, como afirma o Estudo Econômico Sobre Regulação e Concorrência no Setor de Aeroportos realizado pela Superintendência de Estudos, Pesquisas e Capacitação para a Aviação Civil – SEP, da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Segundo este estudo, trata-se da “permissão de uma linha aérea para usar toda a infraestrutura aeroportuária necessária para operar uma rota aérea em um aeroporto coordenado numa data e horário específico com o propósito de pouso ou decolagem.”²⁷²

Nos termos da Resolução nº. 02/2006 da ANAC, a alocação de *slots* recebe disciplina regulatória e, portanto, deve ser exercida pelo poder concedente do serviço público, devendo pautar-se pelos princípios da universalidade, regularidade, continuidade, eficiência e segurança.

O artigo 2º da referida Resolução conceitua *slot* como “o horário estabelecido para uma aeronave realizar uma operação de chegada ou uma operação de partida em um aeroporto coordenado” (inciso I). Já o *slot* utilizado é aquele “alocado e efetivamente utilizado pela concessionária nas suas operações, permanecendo indisponível para alocação enquanto utilizado pela concessionária

viagem por um período determinado pela empresa. As entrevistas visam estimular a rejeição voluntária, porém, caso não existam passageiros dispostos a tal rejeição, ou a quantidade de voluntários seja insuficiente, a empresa obriga-se a rejeitar passageiros de forma involuntária. Cf. FERRAZ, Renée Baptista; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **A estratégia de overbooking e sua aplicação no mercado de transporte aéreo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br>>. Acesso em: 13 mar. 2009. p. 09.

²⁷² ANAC. **Estudo Econômico Sobre Regulação e Concorrência no Setor de Aeroportos**. Superintendência de Estudos, Pesquisas e Capacitação para a Aviação Civil – SEP. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/Volume_Completo2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2009.

nas condições definidas” (inciso II). Há também o *slot* não utilizado, ou seja, aquele alocado, porém, não utilizado pela concessionária, o *slot* disponível (pendente de alocação) e o par de *slots*, ou seja, “o horário de chegada e o horário de partida da aeronave no aeroporto coordenado”.

A Resolução ainda especifica uma série de critérios a serem observados durante o processo de alocação de *slots*. O primeiro é a organização de duas grades de rodízio em cada aeroporto coordenado, sendo uma destinada às concessionárias que já atuam no aeroporto, na proporção de 4/5 (quatro quintos) de pares de *slots* e outra destinada às entrantes, na proporção de 1/5 (um quinto) de pares de *slots*. O segundo critério é a possibilidade de realocação dos *slots* quando a empresa concessionária: a) não tiver implantado o serviço no prazo de 30 dias a contar da alocação; b) não atingir índice de regularidade mensal igual ou superior a 80% (oitenta por cento) da operação prevista, durante o período de 90 (noventa) dias consecutivos; c) deixar de utilizar o par de *slots* por período superior a 30 (trinta) dias consecutivos; d) manifestar desinteresse na exploração do *slot*. O terceiro critério é a possibilidade da implantação do sistema de rodízios, condicionada à demonstração da capacidade técnica da concessionária.

Quanto às hipóteses de perda dos *slots* consideradas pela Agência Nacional de Aviação Civil, apenas lembrando, tal pode ocorrer se as empresas optarem voluntariamente por isso; se deixarem de operar; se não utilizarem algum *slot* por mais de 30 dias ou se tiverem mais de 20% de cancelamentos no uso dos *slots* no prazo de 90 dias.

Cumpra esclarecer que a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC possui um sistema de mensuração da pontualidade, regularidade e eficiência operacional das companhias aéreas que avalia os níveis de prestação de serviço adequado. Grande parte da culpa pela “crise aérea” deve-se às próprias companhias que ao longo dos últimos anos iniciaram uma expansão das suas estruturas operacionais sem o planejamento responsável, ignorando aspectos como a da infraestrutura aeroportuária (disponível pelo processo de concessão de *slots*), insuficiente para recepcionar o crescimento da demanda que exigia, das empresas, a aquisição de aeronaves maiores, mais rápidas, porém, mais econômicas, o que permite um número de horas diárias de vôo ainda maior.

Esta infraestrutura sofreu um colapso devido à forte pressão a qual está submetida, resultando no congestionamento e, conseqüentemente, numa maior

demora do serviço prestado pelas companhias aéreas. Essa crescente disputa das empresas por novos espaços nos mercados mais populosos proporcionou a superlotação dos principais aeroportos do país e o acúmulo de passageiros somente contribuiu para a desestruturação do sistema aeroportuário há muito já sacrificado pela ausência de investimentos. Para os usuários do transporte aéreo restou o sentimento de insatisfação e logicamente de constante insegurança, principalmente, após os dois últimos grandes acidentes aéreos ocorridos com a Gol em dezembro de 2006 e com a TAM em julho de 2007.

Os atrasos forçam o sistema a operar com alto custo, baixo nível de serviço devido à má qualidade, interferindo nos índices de sustentabilidade. Os atrasos são causados, na sua maioria, em razão de chegadas e partidas de aeronaves em número maior à capacidade do aeroporto.

E outros problemas ainda são observados, complicando ainda mais a pontualidade dos serviços. Questões como o crescimento da taxa de atendimento nos balcões de *check-in*, a falta de recursos humanos em número suficiente para atendimento da demanda e capacitados para solucionar os problemas de forma ágil e cordial. Problemas de dimensionamento dos espaços ocupados pelas companhias que dificultam ou impedem a circulação de passageiros e a formação de filas organizadas. Também, a falta de serviços de apoio e atendimento ao usuário e até mesmo a inobservância de questões básicas como a prioridade de embarque de pessoas idosas, gestantes e deficientes físicos.

O professor Respicio Antonio Espírito Santo Jr. defende a idéia de que a administração dos aeroportos merece ser descentralizada a fim de acabar com a rotulação de “lucrativos” e “deficitários”. E ao que tudo indica, esse é o caminho a ser trilhado pela Agência Nacional de Aviação Civil, porquanto, no Relatório de Atividades do ano de 2008, o agente regulador reconheceu que a distribuição dos “*slots*” nos aeroportos deveria observar três critérios: equidade, eficiência e concorrência. O primeiro, a fim de que a distribuição dos “*slots*” se dê de forma igualitária entre todas as empresas que dependem desse acesso para bem oferecerem o serviço. Já a eficiência, recomenda que a distribuição dos “*slots*” observe aquela empresa considerada mais eficiente no uso do aeródromo, ao contrário de empresas que historicamente o exploram, já que estas nem sempre dele extraem maior eficiência no seu uso. Por fim, a concorrência, para que não se consolide uma estrutura de concentração, o que dificulta a entrada de novos

concorrentes. O agente regulador tem a função de estimular a concorrência em aeroportos saturados, incentivando às empresas produzirem com menor custo e, conseqüentemente, repassando ao consumidor seus lucros em forma de redução tarifária.²⁷³ Assim, a ANAC vem estudando nova Resolução que redistribuirá os “slots”, a cada dois anos, a partir de um critério de avaliação da estabilidade de operação das empresas concorrentes, cujos atributos observados são: atrasos, cancelamentos e segurança operacional. A proposta considera apta a empresa concessionária que: a) opere há pelo menos seis meses; b) tenha manifestado interesse em começar a atuar no aeroporto; c) não controle, nem seja coligada ou controlada de uma empresa atuante no aeroporto; d) apresente um certo nível de eficiência, obtendo pelo menos dois pontos de três possíveis nos critérios de qualificação (atrasos, cancelamentos e segurança).

Uma vez certificadas as operadoras, o princípio da Livre Mobilidade garante que qualquer uma delas possa ter acesso a todo e qualquer mercado. Entretanto, pode haver conflitos de interesses por conta de sobreposição de malhas, situação que é agravada na existência de aeroportos congestionados e com regras de slots. Há, como visto, que se definir uma forma de alocar os recursos escassos de forma atender as necessidades das firmas reguladas que, ao mesmo tempo, se pautem pela eficiência, economia e legalidade, evitando-se os chamados *grandfather rights*, isto é, a concessão sem critérios e que se perpetua *ad eternum*. Mecanismos de mercado para a alocação de slots, onde se introduza a concorrência pelo acesso à infraestrutura escassa, são desejáveis.²⁷⁴

O agente regulador deve aceitar que essa é uma barreira regulatória de proporções consideráveis, a qual gera significativos danos à concorrência. Atualmente, as recém entrantes no mercado almejam pela exploração de mercados mais competitivos e, por consequência, mais lucrativos. Ao ficarem limitadas a aeroportos com menor operação e menos lucrativos, expostas estarão a maiores riscos. Especialmente, por conta da ruptura da prestação do serviço público ocasionada pela fragilidade financeira, que por sua vez, é criada pelo próprio agente regulador, insensível ao fato de estar permitindo a configuração de uma barreira à entrada em aeroportos congestionados, porém, altamente lucrativos.²⁷⁵

²⁷³ Cf. disponível em: <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/Relatorio_ANAC_2008_c.pdf>. Acesso em 20 maio 2009.

²⁷⁴ OLIVEIRA, 2009, p. 181.

²⁷⁵ Ibid., p. 124.

Paula Andrea Forgini faz a seguinte observação:

Não há disputa pelas oportunidades de troca se não houver liberdade de contratar. Note-se bem: a afirmação de que a concorrência significa a disputa pela oportunidade de troca implica o reconhecimento de que ela é, na verdade, a disputa pela celebração de um contrato. A assertiva de que o bom funcionamento do sistema requer a exposição a oportunidades de troca denota que é preciso garantir oportunidades de contratar aos agentes econômicos. Sem a liberdade contratual, o sistema de mercado não se sustentaria.²⁷⁶

Alessandro Oliveira lembra que para uma empresa apresentar-se como competitiva, deve tomar decisões que afetam sua *performance* operacional e financeira, notadamente em relação a sua capacidade produtiva. Tais decisões, dizem respeito ao tipo de aeronave, sua configuração em termos de número de assentos, frequências de vôos nos diversos aeroportos disponíveis. Estas escolhas são fundamentais para o posicionamento da empresa no mercado e influenciam em aspectos operacionais como a frequência de uso das pistas e, necessariamente, nos níveis de congestionamento do sistema.²⁷⁷

Conseqüentemente, o processo de tomada de decisão em relação à capacidade produtiva da companhia está vinculado a uma série de fatores, dentre eles, a forma como o acesso aos aeroportos é concedido. Na verdade, o *slot*, foi um mecanismo discricionário de controle encontrado pelo regulador para entrada e saída de agentes econômicos dos mercados relevantes. Entretanto, como ressalta Alessandro Oliveira, esse sistema de *slots* acabou por “preservar as participações de mercado das companhias aéreas dominantes”, notadamente, no aeroporto de Congonhas.²⁷⁸

Os chamados ‘*grandfather right*’ retratam uma situação típica do transporte aéreo mundial, onde a dominância histórica da(s) companhia(s) aérea(s) em um dado aeroporto se torna institucionalizada pelas próprias regras que governam aquele aeroporto, isto é, todo o arcabouço normatizador da rotina aeroportuária acaba sempre por consolidar a dominância do agente de operação aérea.

²⁷⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.** São Paulo: RT, 2009. p. 211.

²⁷⁷ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Regulação da oferta no transporte aéreo: do comportamento de operadoras em mercados liberalizados aos atritos que emergem da interface público-privado.** Série de Documentos de Trabalho, Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação, nº. 024. São José dos Campos, SP. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br/dt024.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2009. p. 8.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 10.

O aeroporto de Congonhas em São Paulo possui capacidade operacional de 30 movimentos/hora, ou seja, 15 pares de *slots*. Do total de pousos e decolagens diários realizados pelas companhias que lá operam atualmente (Gol/Varig, TAM, Pantanal e Oceanair), A Gol opera 46,6% da capacidade do aeródromo e a TAM 42,6%, ou seja, juntas, são responsáveis por 89% da capacidade de todo o aeroporto.²⁷⁹

Inclusive, a recente “crise aérea” está relacionada a uma falha de planejamento, uma implementação falha das diretrizes que envolvem a concessão de “*slots*” até chegarmos ao “apagão aéreo”. Notadamente em razão de não ter havido uma contenção dos pedidos de concessão de infraestrutura nos aeroportos brasileiros e as medidas adotadas pelo agente regulador não terem sido suficientes para comportar a demanda crescente. Atualmente, a pressão exercida sobre a capacidade aeroportuária é decorrente, em especial, do aumento das operações em horários de pico, igualmente da concentração em aeroportos de maior movimentação, pela evolução da tecnologia das aeronaves que lhes permitiu uma maior ocupação de assentos o que, conseqüentemente, reflete na demanda. Também surge como razão para o gargalo de infraestrutura a insuficiência de recursos para sua ampliação, construção e manutenção. O dimensionamento do *slot* deve levar em consideração, nos diferentes aeroportos, a demanda em três aspectos: passageiros, cargas e aeronaves. Esse dimensionamento pode evitar o desequilíbrio entre a capacidade e a demanda.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que o *slot* é, particularmente, é um meio de sustentação do poder econômico da empresa, porquanto, habilita-a a agir no mercado em que atua. Entretanto, o *slot* utilizado pode se consubstanciar num meio de cometimento de abuso do poder econômico porque sua concessão depende de uma infraestrutura que o Poder Público não disponibiliza, dando a certeza às empresas já atuantes que novos concorrentes não encontrarão o espaço para competir. Adverte Pedro Dutra que “o abuso do poder econômico, ao corromper a

²⁷⁹ Cf. disponível em: <http://www.anac.gov.br/infraestrutura/infraestrutura_Slots.asp>. Acesso em: 11 jun. 2009.

ordem econômica, corta o direito de livre iniciar – de livre empreender – de livre concorrer que constitucionalmente assista a toda pessoa física ou jurídica”.²⁸⁰

Calixto Salomão Filho coloca em evidência a proteção aos interesses do consumidor, invocando o artigo 54 da Lei 8.884/94 que regula o controle das concentrações e o artigo 20, § 1º da mesma Lei que regula as situações de poder adquiridas pela empresa²⁸¹, no caso específico em análise, o que dispõe o inciso II do dispositivo que trata do domínio de mercado relevante. Lembra, o autor, que o artigo 54, § 1º reforça que além da eficiência, os benefícios decorrentes dela sejam “distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”.²⁸²

Sumam-se os objetivos da lei antitruste e a atividade regulatória em busca de um mesmo objetivo, qual seja a proteção do equilíbrio entre os agentes de mercado que leva naturalmente à realização de um objetivo maior da política econômica, a proteção da empresa. Notadamente, daquela que pleiteia o ingresso num mercado concentrado e que necessita concorrer com o poder exercido pelas empresas dominantes do setor, beneficiadas pela distribuição desequilibrada dos *slots* patrocinada pelo agente regulador nos últimos anos.

3.4 DELINEAMENTOS DA PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS NO BRASIL: COMENTÁRIOS À ADMINISTRAÇÃO DA INFRAESTRUTURA COMO MEIO DE FOMENTO DA COMPETITIVIDADE. O MERCADO AÉREO NO BRASIL APÓS A CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL E A POLÍTICA DE FLEXIBILIZAÇÃO QUE RESULTOU NA CONCENTRAÇÃO DE MERCADO

O transporte aéreo representa para o país um importante instrumento de desenvolvimento econômico e apresenta-se como um dos principais meios de integração nacional e até mesmo internacional. Para tanto, o Estado está estruturado em órgãos especialmente criados para absorver as necessidades da navegação aérea e da infraestrutura aeronáutica. Esse sistema complexo abrange

²⁸⁰ DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 274.

²⁸¹ SALOMÃO FILHO, 2008, p. 150.

²⁸² *Ibid.*, p. 151.

órgãos governamentais, alguns diretamente ligados ao Ministério da Defesa, o qual possui uma Secretaria específica para assuntos relacionados à aviação civil. A Secretaria de Aviação Civil (SAC) tem as seguintes finalidades: a) assessorar o Ministro de Estado da Defesa na coordenação e supervisão dos órgãos e das entidades responsáveis pela gestão, regulação e fiscalização da aviação civil, da infraestrutura aeroportuária civil e da infraestrutura de navegação aérea civil vinculados ao Ministério da Defesa; b) elaborar estudos, projeções e informações relativos aos assuntos de aviação civil, de infraestrutura aeroportuária civil e de infraestrutura de navegação aérea civil; c) assessorar o Ministro de Estado da Defesa na formulação das diretrizes da política nacional de aviação civil; d) coordenar a condução, pelos representantes brasileiros, junto às organizações internacionais ou estrangeiras, dos assuntos relativos à aviação civil, à infraestrutura aeroportuária civil e infraestrutura de navegação civil, respeitadas as competências estabelecidas para cada órgão ou entidade na legislação vigente; e) exercer as atividades de Secretaria-Executiva do CONAC, com as seguintes atribuições: e.1) prover o apoio administrativo e os meios necessários à execução dos trabalhos do CONAC; e.2) acompanhar, no que couber, o cumprimento das deliberações adotadas pelo CONAC; e.3) coordenar as atividades da COTAER; f) acompanhar, em articulação com a ANAC, o comportamento do mercado de aviação civil; g) promover a harmonização dos planejamentos relativos à aviação civil, à infraestrutura aeroportuária civil e à infraestrutura de navegação aérea civil; h) formular e propor medidas para adequar o funcionamento dos diversos sistemas ou subsistemas que integram a aviação civil, a infraestrutura aeroportuária civil e a infraestrutura de navegação aérea civil; i) promover, no âmbito de sua competência, a interação com órgãos e entidades nacionais e internacionais nos assuntos relacionados à aviação civil; j) analisar e propor a adequada distribuição dos recursos de programas orçamentários relativos a infraestrutura aeroportuária e a infraestrutura de navegação aérea civis; l) propor ao Ministro de Estado da Defesa, quando couber, a criação de comitês ou de grupos de trabalho para tratar dos assuntos de sua competência; m) realizar outras atividades inerentes à sua área de atuação.²⁸³

²⁸³ Cf. disponível em: <<http://www.defesa.gov.br/estrutura/index/ph>>. Acesso em 18 maio 2009.

A SAC, por sua vez, está subdividida em *Departamento de Política Regulatória de Aviação Civil*, cujas funções são: a) elaborar estudos para a formulação de diretrizes de políticas relacionadas com a aviação civil, a formação de recursos humanos da área da aviação civil, o desenvolvimento do transporte aéreo e a prestação de serviço público adequado à sociedade; b) elaborar estudos, em articulação com a ANAC, sobre o comportamento do mercado de aviação civil; c) desempenhar atividades de planejamento, gerenciamento e avaliação de resultados relativos às políticas, aos planos, aos programas e aos projetos nas áreas de sua competência; d) propor medidas para o aprimoramento da coordenação entre as atividades de regulação aérea, de infraestrutura de navegação aérea civil e de infraestrutura aeroportuária civil.

Vinculada à Secretaria de Aviação Civil ainda está o *Departamento de Infraestrutura Aeroportuária Civil* que tem como funções: a) elaborar estudos para a formulação de diretrizes relacionadas à infraestrutura aeroportuária civil, em suporte às atividades do CONAC; b) coordenar a elaboração de estudos e propor diretrizes e políticas relativas: b.1) à integração da infraestrutura aeroportuária civil às demais modalidades de transportes; b.2) à infraestrutura aeroportuária civil, com o desenvolvimento do transporte aéreo e com a prestação de serviço público adequado à sociedade; b.3) ao fortalecimento da capacidade competitiva, para o desempenho sócio-econômico da infraestrutura aeroportuária civil e para a prestação de serviço público adequado à sociedade; c) elaborar análises e contribuir com propostas para a formulação da política voltada para as atividades de infraestrutura aeroportuária civil; d) assessorar o Secretário nos assuntos de sua competência, relacionados à formulação da Política Nacional de Aviação Civil.

Por fim, o *Departamento de Infraestrutura de Navegação Aérea Civil* com as seguintes incumbências: a) elaborar estudos para a formulação de diretrizes relacionadas com a infraestrutura de navegação aérea civil, a formação de recursos humanos na área de infraestrutura de navegação aérea civil, o desenvolvimento do transporte aéreo e a prestação de serviço público adequado à sociedade; b) elaborar estudos relacionados à infraestrutura de navegação aérea civil e apresentar propostas, em suporte às atividades do CONAC, valendo-se, sempre que necessário, da cooperação do Departamento de Controle do Espaço Aéreo - DECEA, respeitadas as competências estabelecidas na legislação em vigor; c) elaborar estudos visando ao estabelecimento de diretrizes e políticas voltadas à

integração da infraestrutura de navegação aérea civil ao desenvolvimento do transporte aéreo; d) assessorar o Secretário, nos assuntos de sua competência, relacionados à formulação da Política Nacional de Aviação Civil.

Já a infraestrutura aeronáutica possui suas disposições no artigo 25 do Código Brasileiro de Aeronáutica e é conceituada como “o conjunto de órgãos, instalações ou estruturas terrestres de apoio à navegação aérea, para promover-lhe a segurança, regularidade e eficiência”. É composta pelos sistemas aeroportuário, de proteção de vôo, de segurança de vôo, pelo sistema de registro aeronáutico brasileiro, de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos, de facilitação, segurança e coordenação do transporte aéreo, pelo sistema de formação e adestramento de pessoal destinado à navegação aérea e à infraestrutura aeronáutica, pelo sistema de indústria aeronáutica, de serviços auxiliares e de coordenação da infraestrutura aeronáutica (artigo 25, incisos I a X).

Responsável pela administração da infraestrutura está a INFRAERO – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, empresa pública da administração indireta, igualmente vinculada ao Ministério da Defesa. Criada pela Lei 5.862 de 12 de dezembro de 1972, exerce o controle de 67 aeroportos em todo o país.

Outra organização governamental subordinada ao Ministério da Defesa e ao Comando da Aeronáutica é o Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA. Na subdivisão do órgão destacam-se os Centros Integrados de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (CINDACTA) e o Sistema de Proteção ao Vôo (SRPV). Igualmente compõem a sua estrutura os Centros de Controle de Área, Controles de Aproximação, Torres de Controle de Aeródromo, Destacamentos Regionais de Controle do Espaço Aéreo e Estações de Telecomunicações Aeronáuticas.²⁸⁴ O aparato institucional, finalmente ainda possui o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA), concluindo, assim, a estrutura institucional responsável pela atuação do Poder Público no setor da aviação civil comercial, além, é claro, da própria ANAC.

A agência se ocupa da regulação, fiscalização, estudos de mercado, relacionamento com a sociedade, harmonização de interesses, atendimento ao usuário e treinamento e capacitação. Importe consignar que o Brasil é signatário da

²⁸⁴ Cf. disponível em: <<http://www.decea.gov.br>>. Acesso em: 19 maio 2009.

Convenção Internacional de Aviação Civil de Chicago de 1944, da qual resultou a criação da Organização de Aviação Civil Internacional – OACI. O órgão tem caráter de agência especializada das Nações Unidas e seus principais objetivos são o desenvolvimento dos princípios e técnicas de navegação aérea internacional, a organização e o processo dos transportes aéreos, de modo a favorecer a segurança, a eficiência, a economia e o desenvolvimento dos serviços aéreos. Também contribui de maneira significativa com a organização da infraestrutura aeronáutica nos países signatários da referida Convenção. Ademais, o Brasil assumiu perante a OACI o compromisso de adotar internamente as normas preconizadas pela entidade e manter representação em sua sede em Montreal, composta por membros do Ministério das Relações Exteriores, da ANAC e do Comando da Aeronáutica.²⁸⁵ Foi motivada pelas recomendações da OACI que a Agência Nacional de Aviação Civil, através da Resolução nº. 30 de 21 de maio de 2008, criou o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC), o qual substituirá, gradativamente, os atuais Regulamentos Brasileiros de Homologação Aeronáutica (RBHAs). É através do RBAC que a ANAC exterioriza o seu poder normativo.

No setor da regulação econômica desempenhada pela ANAC, verifica-se que outrora, o Estado interferiu decisivamente na prestação do serviço público de transporte aéreo de passageiros. O mercado passou por uma gradual eliminação das restrições à operação de linhas aéreas domésticas com igual tendência verificada pelos vôos denominados *charters*, ou fretados. Também, o Estado, promoveu incentivos ao surgimento de novas linhas com a liberação tarifária, tímida, mas gradual a partir de 1998, culminando com a total ausência de restrições a partir de 2001. O novo perfil regulatório adotado pelo Estado brasileiro, notadamente, a partir da criação da Agência Nacional de Aviação Civil, que encerrou a fase da flexibilização tarifária, promoveu a mudança de paradigmas na aviação doméstica, em especial, permitindo o ingresso de novas companhias *low-cost / low-fare* (baixos custos / baixas tarifas). Entretanto, a concorrência, de certa forma, facilitada pela intervenção estatal, ocasionou a redução gradativa da participação de mercado de empresas tradicionais, resultando na exclusão de quase todas.

A ANAC promoveu a liberação das tarifas para vôos internacionais seguindo orientação do CONAC por meio da Resolução 07/2007, segundo a qual:

²⁸⁵ ANAC. **Relatório de desempenho regulatório**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/Relatorio_ANAC_2008_c.pdf>. Acesso em 19 maio 2009.

A regulamentação dos preços para o mercado internacional deverá ser revista pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, com vistas à maior promoção da liberdade de mercado e ao maior acesso dos usuários ao transporte aéreo internacional.

Desta forma, a agência objetivou assegurar uma maior liberdade tarifária e, por consequência, uma otimização da concorrência. A primeira medida adotada foi a aprovação da Resolução 16/08, através da qual, flexibilizou-se a tarifa para vôos partindo do Brasil e tendo como destino países exclusivamente da América do Sul. Após a realização de audiências públicas, a flexibilização alcançou vôos para outros países. A Resolução 07/2007 ainda estabelece que acordos internacionais, chamados “Acordos sobre Serviços Aéreos – ASAs”, dos quais o Brasil seja parte, deverão observar, necessariamente, a modicidade tarifária e a disponibilidade de serviços mediante uma maior concorrência entre as empresas.

Retornando ao transporte doméstico, verifica-se que a própria Agência Nacional de Aviação Civil reconhece insuficiente expansão da infraestrutura aeroportuária, fato este, imprescindível para a ocorrência da chamada “Crise Aérea”. Atualmente, o estrangulamento da malha aérea brasileira é tema prioritário de debate entre os órgãos do Governo Federal. E a flexibilização tarifária contribuiu em muito para o crescimento do número de passageiros, chegando a quase inviabilizar as operações nos principais aeroportos do país, em especial Congonhas em São Paulo. Segundo dados da ANAC, o aeroporto de Congonhas passou de 158.400 pousos e decolagens no ano de 2000 para 175.700 em 2006. Já o número de passageiros no mesmo período saltou de 10.544.000 para 16.888.000.²⁸⁶ Após medidas adotadas pelo agente regulador, estes números reduziram em 2008 para 148.200 pousos e decolagens e 13.414.000 usuários. Por conseguinte, o Estado deverá rever o atual modelo de exploração econômica da infraestrutura aeroportuária, aumentando os investimentos e expandindo a capacidade operacional dos aeroportos, o que exige a atuação do CONAC para novas políticas públicas.

Em que pese a falta de investimentos pelo Estado na infraestrutura aeroportuária, não podemos nos omitir em relação ao fato de que as autorizações de pousos e decolagens de acordo com as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infraestrutura disponível compete à ANAC, nos termos do artigo

²⁸⁶ ANAC, 2009.

8º, XIX da Lei 11.182/05. Enquanto persistiam as autorizações de ocupação dos espaços nos aeroportos de todo o país, os investimentos em infraestrutura naqueles eram ínfimos ou quase inexistentes, refletindo na segurança de vôo e na qualidade dos serviços prestados. A liberação tarifária expandiu a procura pelo transporte aéreo, causando o estrangulamento dos principais aeroportos brasileiros em razão do desequilíbrio entre a procura e a oferta do serviço, notadamente, de infraestrutura, conseqüentemente gerando implicações na concorrência de mercado. Esse, sem dúvida, vem sendo o principal desafio imposto ao agente regulador, que lhe exige uma total reformulação das normas que disciplinam o acesso de empresas aéreas aos aeroportos de maior movimento em todo o país.

As condições de acesso das empresas aéreas aos aeroportos de maior movimento têm implicações do ponto de vista da concorrência no mercado, já que essa infraestrutura pode ser considerada um insumo essencial para a prestação de serviços quando é o único capaz de viabilizar ligações entre a sua área de influência e os demais aeroportos conectados pelas empresas aéreas. Soma-se a isso o fato de que a escassez de horários em um aeroporto no limite de sua capacidade gera um custo social representado: (i) pela perda dos lucros da linha aérea, impossibilitada de oferecer um determinado vôo, e (ii) pela perda dos usuários, cujas opções de destino/horário se reduzem. Por outro lado, a distribuição inadequada de horários tende a gerar congestionamento, que se traduz em atrasos sucessivos em razão da transmissão de atrasos de um vôo para outro.²⁸⁷

O Relatório de Desempenho Regulatório referente às atividades desenvolvidas pela ANAC no ano de 2008 aponta para a necessidade de adoção de duas grandes medidas que permitirão o fomento da competitividade, notadamente, nos aeroportos de maior movimento no país. A primeira conclusão a que se pode chegar é a de que o aeroporto é um elemento estratégico, facilitador e multiplicador de oportunidades de negócios. Antes que um mero local destinado à movimentação de aeronaves, cargas e pessoas, o aeroporto é um local de prestação de serviços, essencial ao fomento da concorrência entre as empresas. Além de “facilitador, um catalisador para as mais diversas atividades sociais, culturais, econômicas, políticas, ambientais...”²⁸⁸

A ANAC ainda prevê o estabelecimento de convênios com governos estaduais e municipais para a administração, manutenção, operação e exploração

²⁸⁷ ANAC, 2009.

²⁸⁸ SANTO JR., Respicio Antonio Espírito. Uma visão estratégica para a administração de aeroportos. In: Conferência Internacional de Capital Privado em Aeroportos. São Paulo, 2009. **Anais...** Disponível em: <<http://www.institutocepta.org>>. Acesso em: 22 maio 2009.

de aeródromos públicos, competência essa que a agência possui por força do artigo 8º, XLVIII da Lei 11.182/05.²⁸⁹ Assim, os Estados e os Municípios poderão, mediante contrato de concessão de uso de área, assumir plena e total responsabilidade legal, administrativa e técnica para execução de obras e serviços.

Em 2008, a ANAC aprovou o Plano de Investimentos do Programa Federal de Auxílio a Aeroportos (PROFAA). Este programa já havia sido instituído desde 1992 e destina “20% dos recursos oriundos do adicional tarifário sobre as taxas aeroportuárias à aplicação em aeroportos e aeródromos de interesse regional ou estadual, contribuindo assim para a consecução dos planos aeroviários estaduais”.²⁹⁰ Os planos aeroviários estaduais são:

instrumentos macrodiretores da política de desenvolvimento de aeroportos, que definem e orientam as diretrizes de implantação da infraestrutura aeronáutica no estado, de modo a capacitá-lo a atender às demandas de aviação civil e adequá-la ao desenvolvimento sócio-econômico.²⁹¹

Verificamos, assim, que o modal adotado de administração aeroportuária alimenta a concentração de empresas nos principais centros do país em aeroportos há muito saturados. O número de empresas concorrentes não espelha, necessariamente, um cenário de competitividade equilibrada, conquanto, todas atuam num universo reduzido de infraestrutura, adverso ao estabelecimento da competição.

A política de flexibilização iniciada em 1990 possuía como objetivo claro a facilitação para a entrada de novas empresas e intensificação da concorrência no mercado interno. Entretanto os resultados foram diversos e determinantes para a concentração de mercado que vivencia-se no presente. É indiscutível estar-se diante de um oligopólio, fruto de acordos operacionais do passado.

Respício Antonio do Espírito Santo Jr. lembra que, embora os entraves econômicos tenham sido retidos, possibilitando o ingresso de novas concorrentes, por outro lado, estas encontravam barreiras de penetração, com ganho de mercado inexpressivo. Aquelas empresas consideradas nacionais já possuíam uma larga

²⁸⁹ 8º, inciso XLVIII - firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades governamentais, nacionais ou estrangeiros, tendo em vista a descentralização e fiscalização eficiente dos setores de aviação civil e infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

²⁹⁰ ANAC, 2009.

²⁹¹ Ibid.

vantagem competitiva, porquanto, operavam em grandes centros, capitais e outras cidades de grande e médio porte, onde há grande concentração de passageiros. Na década de 90 apenas duas empresas regionais conseguem se destacar, TAM e Rio-Sul, esta última pertencente ao Grupo Varig. Por conseguinte, as empresas mais tradicionais, com exceção da TAM que, até então, limitava-se ao interior paulista, se fortaleciam, à custa de um mercado muito restrito para as novas competidoras.²⁹²

Muitas aquisições foram realizadas sem que houvesse o necessário acompanhamento quanto a possíveis implicações. A Varig tornou-se a maior potência dentre as nacionais, exatamente porque era detentora da Cruzeiro até o ano de 1992 e antes disso já possuía parte da Real e da Panair. Mais tarde incorporaram à Varig, a Rio-Sul e Nordeste. Enquanto reinava soberana a Varig, outra companhia seguia seus exemplos. A TAM obtinha o controle da Brasil-Central, Helisul e Itapemirim-Regional. Não houve concorrência imposta pela Transbrasil, porquanto esta possuía apenas uma regional e a Vasp não realizou qualquer operação de fusão ou incorporação com outras companhias menores. Assim, pode-se afirmar que TAM e Varig já vivenciaram um oligopólio no passado, tal como a primeira, hoje, mantém a Gol.

Ocorre que em 2003 a forte crise que se abatia sobre a Varig, ocasionada especialmente por dívidas aeroportuárias, combustível, *leasing* de aeronaves e a consequente manutenção destas, forçou a companhia a firmar com a TAM um acordo onde se buscava o saneamento operacional e administrativo das duas empresas e, especialmente, a implementação de um acordo para a disponibilização recíproca de assentos (*codeshare*). Na verdade, este acordo favorecia muito mais à própria Varig, cuja situação financeira era inúmeras vezes inferior a da TAM. O *codeshare* foi aprovado pelo CADE, como medida emergencial que permitiria a sobrevivência da Varig, entretanto, tendo em vista a situação financeira mais favorável vivida pela TAM, esta se desinteressou pela continuidade do acordo, forçando à Varig a busca por uma solução alternativa, a qual resultou no pedido de recuperação judicial.

²⁹² SANTO JR., Respicio Antonio Espírito. Concentração no transporte aéreo e os possíveis impactos sobre os consumidores, a sociedade e a economia. In: **Anais...** XIV Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes - ANPET, Gramado, 2000. p. 239-251.

Nesta fase de profundas alterações no mercado de transporte aéreo no Brasil, a TAM havia contribuído para a derrocada da Varig e não encontrava qualquer ameaça de outras companhias, exceto da Gol, porém, ainda muito distante. Outras companhias, igualmente enfraquecidas, como a Vasp caminhavam para o fim de suas atividades, como de fato ocorreu no início de 2005. A Transbrasil já havia encerrado suas operações em julho de 2001.

Considerando que Agência Nacional de Aviação Civil é criada no ano de 2005, pode-se afirmar que a regulação do transporte aéreo regular de passageiros, naquele período, resumia-se a três principais companhias, Varig, TAM e Gol, não obstante, o forte declínio da participação no mercado apresentado pela primeira. A nova agência reguladora não conseguiu ampliar o número de empresas regionais a fim de que suprissem as deficiências de mercado observadas, especialmente, no interior do país e que pudessem servir de fluxo de passageiros destas regiões mais periféricas até os grandes centros urbanos. As empresas regionais surgidas nesse período sofreram por não conseguirem se estabelecer diante da forte pressão exercida por TAM e Gol junto ao agente regulador para ocupação dos espaços nos principais aeroportos do país. A saturação destes mercados reduziu o número de empresas concorrentes se tornando determinante para a quebra de empresas entrantes como a BRA e a inexpressível atuação de Oceanair e Webjet.

O setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil sofreu uma considerável mudança a partir do ingresso da Companhia Aérea Gol. O início da sua atuação no mercado brasileiro foi fortemente baseado numa característica nunca antes vivenciada no país, conhecida por "*Low Cost, Low Fare*". A Gol recebeu da Agência Nacional de Aviação Civil "um considerável grau de acessibilidade a aeroportos congestionados como Congonhas e Santos Dumont, mesmo sendo uma nova entrante com poucos meses de operação".²⁹³ Aliás, sua nova política de preços contribuiu sobremaneira para sua rápida ascensão, sendo evidente que o usuário do transporte aéreo dispunha de duas opções, quais sejam, preferir um tarifa maior praticada, até então pela TAM, a qual oferecia um serviço mais personalizado ou tarifas mais populares exercidas pela Gol. Definitivamente, a TAM incorporava uma característica presente no mercado aéreo nacional, entretanto, a novidade

²⁹³ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Estudos dos determinantes dos preços das companhias aéreas no mercado doméstico**: reações à entrada de novas empresas e suas implicações concorrenciais. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/EstudosRegulatorios_EdicaoII.PDF>. Acesso em: 22 jun. 2009.

trazida pela Gol indicava que sua concorrente haveria de se adequar a essa nova realidade, inclusive, porque o usuário havia se identificado com o inédito sistema “*Low Cost*”.

O ingresso dessa companhia em janeiro de 2001 apresentou ao Brasil um estilo de serviço de baixo custo conhecido apenas nos EUA, copiado da Southwest Airlines, pioneira neste modelo. A Gol Linhas Aéreas foi notavelmente favorecida pela saída da Transbrasil e principalmente pela facilidade de acesso ao Aeroporto de Congonhas. Mas a empresa, que havia experimentado um crescimento visível em pouco tempo, sendo agressiva em sua publicidade e praticando preços muito inferiores ao da concorrência, também enfrentou dificuldades quando sua política tarifária foi incorporada pela principal concorrente, a TAM Linhas Aéreas. A empresa também foi impactada pelo período da re-regulação em 2003, forçando ao congelamento dos preços.²⁹⁴

Havia uma grande disparidade entre a Gol e outra empresa que pleiteava seu ingresso no setor, obtendo-o no ano de 2005. A Webjet intencionava disputar o mercado adotando as mesmas características da Gol, entretanto, suas operações, logo no início, resumiam-se a apenas uma aeronave. Para reduzir ainda mais os seus custos operacionais, a fim de que pudessem ser repassados aos usuários em forma de descontos, ainda mais agressivos que aqueles praticados pela Gol, a venda de suas passagens dava-se exclusivamente pela internet. A Webjet sofria de sucessivas interrupções em seus serviços em razão da baixa ocupação, provocada principalmente pelas poucas linhas exploradas. Em 2006 a companhia foi vendida para o operador turístico CVC a fim de servir, apenas, a vôos *charters*.

Um grande fator que influenciou a prosperidade da Gol foi a concorrência enfrentada por esta em comparação à Webjet. A Gol disputava, no início de sua atuação, com outras companhias que se encontravam em situação econômica frágil e já se dirigiam ao final de suas operações como Varig, Vasp e Transbrasil. Já a Webjet encontrou, logo no início, fortes barreiras à concorrência como a dificuldade de obtenção de *slots* e empresas concorrentes bem estruturadas como a própria Gol e a TAM. A venda de passagens através de agentes de turismo, um número superior de aeronaves e o acesso a aeroportos congestionados foram fatores que

²⁹⁴ OLIVEIRA, 2009, p. 06.

influenciaram positivamente para o crescimento da Gol, entretanto, para o fracasso da Webjet.

Outra companhia *Low Cost* acaba de iniciar suas atividades no Brasil. A Azul Linhas Aéreas representa mais uma iniciativa de impor uma concorrência a altura das duas companhias dominantes no setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil. Seguindo a filosofia de David Neeleman já implantada em outras duas companhias americanas, a JetBlue e a Westjet, a Azul Linhas Aéreas explorou a sua visibilidade desde o anúncio de sua chegada ao mercado nacional, a começar pela campanha promovida para escolha do nome. A empresa aposta na opção que fez em relação às aeronaves. Serão ao todo 36 jatos, todos adquiridos da empresa brasileira Embraer, com menor capacidade interna, porém, que exploram o conforto e o espaço entre poltronas para a conquista do consumidor. Uma das principais estratégias da companhia aérea é a realização de vôos diretos, nos mesmos trechos cujas concorrentes realizam escalas ou conexões.

A manifestação da Azul quanto à pretensão de estabelecer bases nas cidades de Belo Horizonte, Rio de Janeiro e Curitiba, reascendem as expectativas de melhorias de infraestrutura nestas e em outras linhas, porquanto, a empresa não pode almejar aos mercados congestionados. Entretanto, especialmente em relação à reabertura da ponte aérea Rio de Janeiro - São Paulo utilizando-se do aeroporto Santos Dumont, o debate ainda é bastante acirrado. O referido aeródromo é bastante limitado quanto ao espaço para trânsito de aeronaves e passageiros. Por esta razão, é usado quase exclusivamente para os vôos que realizam a ponte aérea e outros considerados regionais. Através da Portaria 187/DGAC de 08 de março de 2005, o antigo Departamento de Aviação Civil – DAC estabelecia restrições de uso ao Aeroporto Santos Dumont, como exemplo, a vedação de ligações regulares, com exceção de Congonhas, utilizando-se de outros tipos de aeronaves que não fossem turbo-hélice com capacidade de até 50 assentos.

Esta Portaria acabou sendo revogada pela Portaria 75 de 03 de março de 2009, após audiência pública especialmente convocada para esse fim. Essa revogação gerou protestos por parte do Governo do Estado do Rio de Janeiro por entender que a providência pode prejudicar o processo de privatização do Aeroporto do Galeão.

Assim, a revogação da Portaria 187 e o interesse da Azul Linhas Aéreas em explorar o aeroporto Santos Dumont, provocaram reação das principais companhias

aéreas (Gol e TAM), as quais, imediatamente oficializaram pedidos de concessão de novos *slots* para ligação entre o referido aeroporto e Belo Horizonte, Brasília e Vitória.²⁹⁵

Outra companhia aérea efêmera no mercado nacional de transporte aéreo de passageiros foi a BRA. Com uma frota reduzida e tendo se dedicado, inicialmente, aos vôos *charters*, anunciou a suspensão total de suas atividades no mês de novembro de 2007 e atualmente encontra-se em processo de recuperação judicial. A razão invocada pela companhia para a paralisação das atividades foi a falta de condições financeiras para a continuidade das operações. No dia 16 de junho de 2009 a ANAC publicou no Diário Oficial da União a Decisão nº. 247 autorizando à BRA a realização de vôos não regulares. Esta decisão foi tomada, preponderantemente, em razão dos objetivos traçados pela Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 que visam à manutenção das atividades das empresas que se socorrem daquela norma.

Atualmente, constam registradas junto à Agência Nacional de Aviação Civil as seguintes companhias aéreas regulares de transporte de passageiros, excetuando-se as indicadas como “inoperantes”, ou seja, aquelas em que a concessão foi cassada, sofrem de suspensão de certificados de homologação, possuem atividades suspensas ou situação técnica irregular ou que se voltam, unicamente, ao transporte de cargas. São elas: Abaeté Linhas Aéreas S.A.; AIR Minas Linhas Aéreas Ltda.; Azul Linhas Aéreas; Cruiser Linhas Aéreas Ltda.; Gol Transportes Aéreos S.A.; Mega Linhas Aéreas Ltda.; META – Mesquita Transportes Aéreos Ltda.; NHT – Linhas Aéreas Ltda.; Oceanair Linhas Aéreas Ltda.; Passaredo Transportes Aéreos S.A.; Puma Air Linhas Aéreas Ltda.; RLA – Rico Linhas Aéreas S.A.; Sete Linhas Aéreas Ltda.; TAF Linhas Aéreas S.A.; TAM Linhas Aéreas S.A.; TEAM Transportes Especiais Aéreos e Malotes S.A.; Total Linhas Aéreas S.A.; TRIP – Transporte Aéreo Regional do Interior Paulista Ltda.; VRG Linhas Aéreas S.A.; Webjet Linhas Aéreas S.A.²⁹⁶

Algumas inovações foram introduzidas pela Gol, tais como, o *e-ticketing* (tecnologia para emissão eletrônica de bilhetes de embarque via internet ou telefone), serviço de bordo simplificado, frota padronizada de aviões fabricados pela

²⁹⁵ OLIVEIRA, 2009, p. 30.

²⁹⁶ Cf. disponível em: <<http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/regulares.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

Boing. Foi a empresa que, na história da aviação brasileira, apresentou a maior e mais rápida taxa de crescimento, “passando de 3% em abril de 2003 para 27% em setembro de 2005” e chegando a 42% em 2007.²⁹⁷

A característica *Low Cost* evidencia uma forma de atuação mais econômica que prioriza passageiros que somente voam pagando preços mais baixos, criando um nicho de mercado que não oferece resistências ao padrão do serviço oferecido, notadamente, ao serviço de bordo simplificado. O sistema de reserva pela internet busca oferecer maior agilidade ao usuário e também possibilita a redução da tarifa em razão da pouca infraestrutura necessária. A característica que mais identifica este tipo de serviço é a disposição das poltronas que prioriza a otimização dos espaços, sacrificando o conforto, entretanto, aumentando a capacidade interna, o que também reflete na redução da tarifa. A frota é submetida a uma exaustiva rotina de vôos diários, cujas rotas são marcadas por escalas e conexões, quase não havendo vôos diretos.

Apenas uma característica das companhias *Low Cost* presente nas empresas norte-americanas não foi recepcionada no modelo brasileiro. A operação em aeroportos secundários não se aplica à única companhia brasileira que segue este padrão. A razão está na existência de taxas aeroportuárias menos onerosas em aeroportos norte-americanos menos congestionados, fato este que não acontece em aeroportos brasileiros. Por isso o desinteresse das companhias em operar linhas de menor lucratividade levando-as a se concentrar em aeroportos com maior demanda, reduzindo a oferta do serviço. A ausência de infraestrutura para as grandes companhias não é recompensada através de incentivos à aviação regional que operam com aviões menores e os custos operacionais nos grandes centros já não mais permitem, por exemplo, à Gol Linhas Aéreas praticar fielmente a redução tarifária que identifica o serviço *Low Cost*.

3.5 A SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DA REGULAÇÃO DO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS. O FOMENTO DA COMPETITIVIDADE E A PROMOÇÃO DA INFRAESTRUTURA NECESSÁRIA

²⁹⁷ OLIVEIRA, 2009, p. 66-67.

Uma vez instalada a “crise aérea”, sensivelmente agravada pelos desastres aéreos que marcaram a história da aviação civil brasileira envolvendo as companhias Gol e TAM, surge o debate acerca da eficiência do atual marco regulatório do setor de transporte aéreo de passageiros. O encerramento das atividades do Departamento de Aviação Civil – DAC, o qual cedeu lugar à Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, gerou ímpeto renovado para a discussão quanto ao papel desta autarquia especial e como esta se comportaria diante das dificuldades econômicas enfrentadas pelas companhias brasileiras e de que forma tais deficiências não intensificariam, ainda mais, a livre concorrência. O maior enfrentamento seria, imediatamente após a transição entre as instituições, a realocação dos *slots* operados pela Varig, conquanto, esta companhia se encaminhava para o encerramento de suas atividades.

A ANAC não poderia ignorar o fato de que o acesso aos aeroportos é “reconhecido como um dos fatores que conferem poder de mercado a uma empresa aérea”.²⁹⁸

A atual agência reguladora não participou de qualquer das etapas da Política de Flexibilização da Aviação Comercial Brasileira, a qual começou efetivamente em 1992 através do “Programa Federal de Desregulamentação” implantado pelo Governo Collor. Entretanto, a política tarifária foi alvo da Lei nº. 11.182/05, de forma que o nascimento da ANAC acabou por concretizar a intenção inicial de liberdade tarifária, livre acesso e livre mobilidade pretendida desde 1992.²⁹⁹

José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira, ao definirem responsabilidade social empresarial como “as expectativas econômicas, legais, éticas e discricionárias que a sociedade tem em relação às organizações”, também sustentam que a responsabilidade econômica remete “ao fato de que a empresa dever ser lucrativa”.³⁰⁰ Uma das formas de se conferir às empresas aéreas maiores vantagens competitivas é lhes permitir a atuação em aeroportos de captação e redistribuição de passageiros, os chamados *hubs*, porquanto, a existência deles confere poder de mercado à empresa que os dominam. Ocorre que a concentração da quase totalidade dos vôos do país em poucos aeroportos, diminuiu a oferta do serviço ao longo do território nacional conferindo vantagens às empresas

²⁹⁸ OLIVEIRA, 2008.

²⁹⁹ Ibid., p. 08.

³⁰⁰ BARBIERI; CAJAZEIRA, 2009, p. 53-54.

favorecidas pelos “hubs” em razão da redução dos custos operacionais, entretanto, agravando a saturação da rede de infraestrutura e, conseqüentemente, tornando-se um impeditivo à entrada de novas concorrentes. Alessandro Vinicius Marques de Oliveira enumera os dez principais aeroportos do país, asseverando que estes, em relação às frequências domésticas, concentram 63% dos vôos, segundo levantamento realizado no ano de 2008. São eles: Congonhas, Brasília, Santos Dumont, Galeão, Guarulhos, Salvador, Curitiba, Porto Alegre, Confins e Recife.³⁰¹

Em termos de sustentabilidade econômica, o gerenciamento do acesso aos aeroportos adotado pela Agência Nacional de Aviação Civil, onde empresas consagradas no mercado há mais tempo atingiram uma frequência de ocupação de 63% em apenas dez aeroportos, mostra que os mercados relevantes encontram-se restritos a poucas companhias e fechados para novas concorrentes.

Com a maior concentração em poucos aeroportos (“hubs”), temos o atual congestionamento nos grandes centros, com geração de gargalos na infraestrutura aeroportuária e do espaço aéreo. A combinação de livre mercado para o setor aéreo (Política de Flexibilização), com o estrito controle e regulação das infraestruturas relacionadas, mostrou-se, assim, fortemente indutora de perdas de bem-estar econômico. Essas perdas de bem-estar econômico podem ser medidas em termos de preços mais altos e prestação de serviço mais sujeito a atrasos e cancelamentos, pelo lado do consumidor (passageiros), e de menor lucratividade e ambiente menos propício a novos investimentos, pelo lado do produtor (companhias aéreas).³⁰²

A função do ente regulador é exatamente proporcionar a livre concorrência mediante meios que garantam a sustentabilidade das concorrentes. Assim como sustenta Calixto Salomão Filho, para garantir a concorrência, “deve o Estado agir com energia, garantindo a existência da concorrência”.³⁰³

[...] se não houver alternativa para escolha de um produto, não é possível saber quanto a alternativa não escolhida traria de utilidade para o consumidor. E, mesmo que a alternativa exista, só é possível saber o nível de utilidade para o consumidor após o momento que essa alternativa é exercida.³⁰⁴

³⁰¹ OLIVEIRA, 2009, p. 17.

³⁰² Ibid, p. 22.

³⁰³ SALOMÃO FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial**. as condutas. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49.

³⁰⁴ SALOMÃO FILHO, 2007, p. 49-50.

Garantir a concorrência é o mesmo que garantir a própria sustentabilidade da empresa, porquanto, esta somente dependeria da sua eficiência para permanecer no mercado. Por outro lado, o que ocorre com o mercado de transporte aéreo doméstico no Brasil é um desequilíbrio das relações econômicas decorrente do poder de mercado exercido pelas empresas que possuem posição dominante, as quais dificultam, ao máximo, a atuação de novas concorrentes.

Devemos considerar, por conseguinte, que a posição dominante de mercado de duas companhias aéreas decorre, especialmente, da omissão reguladora em preservar um ambiente mais propício à ampla concorrência através de investimentos em infraestrutura e, principalmente, levando a cabo medidas mais efetivas de concessão de *slots*, respeitando aos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Novamente Calixto Salomão Filho ressalta que “fundamental para qualquer ordem econômica e para seu equilíbrio é que todos tenham acesso ao serviço”.³⁰⁵ Entretanto, a garantia da universalização do serviço prescinde da criação de condições de concorrência e estas são de inteira responsabilidade do agente regulador, pois, a ANAC expressamente assume seu papel de fomentadora da competitividade.

Assim, a fim de viabilizar a consecução dos objetivos traçados no artigo 8º da Lei 11.182/05, a Agência Nacional de Aviação Civil alterou a Portaria 774/GM-2 de 13 de novembro de 1997, que estabelecia critérios e procedimentos para utilização de áreas aeroportuárias. O órgão regulador visualizou a necessidade de expedir normas que disciplinassem novos critérios para utilização de áreas, edifícios e instalações nos aeroportos. Isto em razão da necessidade de se atenuar o poder do gestor aeroportuário na fixação de taxas a serem pagas, principalmente, em aeroportos onde a demanda é superior à oferta do serviço e, conseqüentemente, fazendo-se refletir na política de preços do transporte aéreo coordenado pelas companhias. A questão enfrentada pela ANAC foi a de possibilitar a otimização das funções do gestor aeroportuário ao mesmo tempo incentivando-o a buscar lucratividade sem perda da qualidade do serviço prestado às companhias e aos usuários.

³⁰⁵ Id., 2008, p. 159.

Pela referida Portaria, ainda em vigor, os aeroportos são mantidos e explorados diretamente pela União, por empresa especializada da administração indireta ou suas subsidiárias vinculadas ao Ministério da Aeronáutica, hoje Ministério da Defesa. Isto é possível mediante convênio com Estados ou Municípios e por concessão ou autorização nos termos do artigo 1º. Já o artigo 6º da referida Portaria considera como atividades operacionais essenciais os serviços próprios das empresas para seu uso exclusivo, quais sejam: despacho de aeronaves, passageiros e respectivas bagagens (*check-in*); recebimento e despacho de carga e de bens transportados por aeronaves; manutenção de aeronaves e serviços correlatos; carga e descarga de aeronaves; serviços de telecomunicações e meteorologia; serviços auxiliares de pista; abrigo de aeronaves e venda de passagens, reservas e informações, quando feita diretamente pelo transportador; comissária e administração específica de serviços, a critério exclusivo da entidade administradora do aeroporto.

Cumpra, portanto, ao agente regulador, garantir o acesso das empresas aos serviços considerados essenciais através de uma alocação de espaços com o menor custo possível às empresas e uma utilização mais eficiente das áreas disponíveis.

Uma proposta da Agência Nacional de Aviação Civil é a adoção de áreas para uso compartilhado entre as companhias (*pool*), na proporção de 10% de cada área de atividades operacionais essenciais. O valor pago pela utilização seria proporcional aos custos operacionais da área. As empresas ainda poderiam optar pela exclusividade dos espaços, arcando com a integralidade dos valores. Os espaços para *check-in* também seriam proporcionais ao número de passageiros transportados por cada companhia; igualmente seriam levados em consideração o número de assentos ofertados por cada empresa e a proporção de movimentos de aeronaves para a definição de espaços.

Através do compartilhamento, todas as empresas teriam acesso ao aeroporto, porquanto, o atual sistema de exclusividade torna inviável esse acesso, principalmente, à infraestrutura considerada essencial às suas atividades. A redução dos custos para as companhias é considerada pela ANAC como elemento essencial para que aquelas se encorajem a ocupar aeroportos menos movimentados. A mudança da Portaria 774/GM-2 também objetiva à concessão de liberdade ao gestor

aeroportuário para negociação dos preços de alocação dos espaços. Com isso, se pretende potencializar aeroportos, atualmente, considerados pouco atrativos.

As companhias aéreas não possuem poder de negociação quanto aos preços praticados pelo gestor aeroportuário, entretanto, se o custo for unicamente determinado pelas despesas de manutenção da infraestrutura, companhias com menor capacidade de investimento poderão praticar tarifas mais competitivas. Também o compartilhamento da infraestrutura evitaria a formação de monopólios quanto à ocupação dos espaços e a consequente escassez destes.

Assim, a proposta que ainda depende de submissão à consulta pública, estabelecerá uma estrutura de preços e uma liberdade de negociação, ao invés da tradicional tomada de preços.³⁰⁶

As agências reguladoras surgiram por força do processo de privatizações e concessões se caracterizando como um “novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico”.³⁰⁷ As agências modernas servem a um modelo gerencial, ou seja, baseadas na avaliação de desempenho (eficiência), exercendo uma intervenção “condicionante da eficiência”. Assim, representam o Estado regulador que “contribui para o aprimoramento das eficiências do mercado”.³⁰⁸

A atividade reguladora do setor aeronáutico convive com marcante concentração de poder econômico e, portanto, baixa densidade competitiva, notadamente, em razão das poucas empresas atuantes. Este fato colocou em questionamento a qualidade do serviço prestado pelas companhias durante a “crise aérea”. No entanto, igualmente proporcionou acirrado debate acerca do papel da ANAC em relação à promoção da concorrência e ao estímulo da rivalidade entre as competidoras, em especial, sua omissão em abrir o mercado à entrada de novas empresas, enfrentando a questão da limitação nos aeroportos. Aeroportos como o de Congonhas, possuem empresas dominantes naquele mercado; a criação de um novo aeroporto na mesma área de influência é impossível; o acesso a esses aeroportos é essencial para as empresas atuarem no mercado; as regras

³⁰⁶ Exposição de motivos da proposta de resolução que disciplina a utilização de áreas aeroportuárias consideradas essenciais, em substituição às regras estabelecidas na Portaria nº. 774/GM-2, de 13 de novembro de 1997. Cf. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/portal/media/ExposicaDeMotivos_areasAeroportuarias.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2009.

³⁰⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO. Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 271.

³⁰⁸ Ibid., p. 272.

reguladoras não possuem o alcance necessário para permitir o ingresso de novas concorrentes. Esses são alguns dos problemas decorrentes do exercício do poder de mercado pelos agentes econômicos que controlam estes aeródromos.

A Resolução nº. 60 de 20 de novembro de 2008 que aprova o Regimento Interno do Conselho Consultivo da Agência Nacional de Aviação Civil em seu artigo 6º, inciso V, atribui como competência do referido Conselho a propositura de “ações objetivando a democratização das atividades de aviação civil para a geração de emprego e renda e a redução das desigualdades regionais”. Logo em seguida, no inciso VII, nova competência é fixada, desta vez a de “zelar para que o desenvolvimento da aviação civil no país se faça sob a égide da sustentabilidade ambiental, social, cultural e econômica”.³⁰⁹

Entretanto, a criação da ANAC que fechou o ciclo de liberalização tarifária, por outro lado, também possibilitou que as empresas operassem indiscriminadamente em qualquer aeroporto do país, agravando ainda mais os problemas de infraestrutura. A crise econômica de algumas empresas que chegaram ao colapso ocasionou a diminuição de rotas e, por consequência o aumento da demanda. A ocupação indiscriminada permitiu a concentração das empresas em aeroportos tidos como lucrativos gerando, na contramão da demanda crescente, a inacessibilidade de algumas regiões ao serviço de transporte aéreo de passageiros, o que demonstra que a atuação do agente regulador não se deu de forma integrada e sistematizada.

3.6 A TARIFA MÓDICA E O PREÇO PREDATÓRIO NO TRANSPORTE AÉREO DOMÉSTICO DE PASSAGEIROS E A INTERFERÊNCIA DA ANAC NA ATIVIDADE DO GESTOR AEROPORTUÁRIO

A administração aeroportuária no Brasil está a cargo da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, explorando diretamente ou subcontratando, através de licitação, os serviços prestados aos usuários do transporte aéreo. Por meio de Portarias ou Resoluções, a ANAC realiza a regulação da receita que é repassada à INFRAERO valendo-se do regime disciplinado pela Lei 6.009/73 que dispõe sobre a utilização e a exploração dos aeroportos e das

³⁰⁹ Cf. disponível em: <<http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/ResolucaoNovoRegimentoDoConselhoConsultivo.pdf>>

facilidades à navegação aérea, disciplina o pagamento pela utilização de áreas, edifícios, instalações, equipamentos, facilidades e serviços de um aeroporto. Todas as tarifas aeroportuárias são aprovadas pela ANAC.

A regulação tarifária prevê cinco tarifas distintas. A primeira delas é a tarifa de embarque, suportada diretamente pelo passageiro, portanto, somada ao custo final do valor devido à companhia aérea. Além das tarifas de pouso e permanência, ainda são devidas tarifas de armazenagem e capatazia (tarifa devida pela movimentação e manuseio da carga no recinto do terminal de cargas), as quais, dizem respeito exclusivamente às aeronaves de carga.³¹⁰

A INFRAERO ainda recebe 41% de tarifas devidas pelo uso de comunicações e auxílio à navegação aérea em rota, porquanto, a empresa administra as torres de controle dos aeroportos.³¹¹ Especialmente em Congonhas, a precificação para pouso e permanência assume uma dinâmica diferenciada, pois, os órgãos gestores da aviação comercial encontraram nestas tarifas específicas uma maneira de proporcionar, entre as companhias aéreas, maior rotatividade e meios de punir permanências mais longas. A Resolução nº. 17 de 07 de março de 2008³¹², posteriormente revogada pela Resolução nº. 103 de 23 de junho de 2009 foi mais um elemento que demonstrou a escassez de infraestrutura, reconhecendo os problemas operacionais que envolvem os aeroportos saturados.

Alessandro Vinícius Marques de Oliveira, ao comentar a respeito dos aspectos determinantes dos preços praticados pelas companhias aéreas, informa que o ingresso bem sucedido da Gol forçou a uma queda dos preços. O autor, no entanto, aponta para dois questionamentos, sendo o primeiro deles, se estes preços efetivamente teriam sofrido redução caso a Gol não tivesse ingressado no mercado doméstico. O outro questionamento refere-se à possibilidade que a Gol teria de operar preços menores na hipótese de ter enfrentado dificuldades de acesso aos aeroportos centrais e de maior movimento, porquanto, é notório que a empresa teve esse acesso facilitado. Em primeiro lugar, a Gol não teria a fatia de mercado (*market*

³¹⁰ FIUZA, Eduardo P. S., PIONER, Heleno Martins. **Regulação e concorrência no setor de aeroportos.** Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/EstudosRegulatorios.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

³¹¹ *Ibid.*, p. 141.

³¹² Aprova os valores das Tarifas Aeroportuárias de Embarque, Pouso, Permanência e dos Preços Unificados domésticos para o Aeroporto Internacional de São Paulo/Congonhas, e estabelece procedimentos de cobrança.

share) que hoje possui se não lhe fosse facilitado o acesso ao aeroporto de Congonhas, o mais estratégico em termos de malhas aéreas no Brasil. Na ocasião, a alocação de *slots* para a companhia não se baseou nos padrões atualmente vigentes, porquanto, vigia à época o sistema “*grandfather rights*” que privilegiava empresas estabelecidas no aeroporto há mais tempo.³¹³ Ademais, os privilégios gozados pela companhia construíram um forte bloqueio à entrada de novas concorrentes. Por conseguinte, a ausência de competidores acabou por atenuar a característica *Low Cost*, conquanto, os preços praticados pela Gol não se distanciam significativamente da sua principal concorrente, a TAM Linhas Aéreas.

Pode-se entender a tarifa como sendo a forma de remuneração devida a um serviço público prestado. Jacinto Arruda Câmara ressalta que especialmente se tratando de outorga de concessão ou permissão de serviço público, o regime da remuneração cabível ao particular que presta o serviço em nome próprio é o tarifário.³¹⁴ “As tarifas só têm cabimento para os serviços cuja fruição seja uma faculdade posta à disposição dos usuários”.³¹⁵ Portanto, em se tratando de serviços obrigatórios, prestados diretamente pelo Estado, o sistema de remuneração é o tributário, por meio de taxas.

Entretanto, resta saber se o regime da “liberdade tarifária”, ainda que aplicado ao serviço público prestado em função de concessão, continua sujeitando o concessionário ao regime jurídico da tarifa. A liberdade tarifária admite que o concessionário estabeleça unilateralmente o valor da tarifa, no entanto, sem que isso acarrete descaracterização do regime remuneratório próprio do serviço público, passando ao regime do setor privado, ou seja, o preço. Assim, novamente Jacinto Arruda Câmara esclarece:

A “liberdade” conferida ao concessionário é circunstancial, transitória. Não significa abdicar do poder de intervir, mas apenas a implementação de técnicas de regulação que empregam instrumentos próprios da atividade privada para extrair proveitos em prol do interesse público. Cessada a circunstância que faça desta técnica uma medida benéfica, o Poder Público resguarda a prerrogativa de retomar o regime de maior intervenção.³¹⁶

³¹³ OLIVEIRA, 2009.

³¹⁴ CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 45.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 89.

O mesmo Jacinto Arruda Câmara tenta demonstrar que o diferencial entre o setor aéreo e outros setores como o dos serviços de telecomunicações, é que neste houve uma opção legislativa de que o regime de preços seja o privado, até mesmo porque, não há contrato de concessão entre as prestadoras do serviço e o Poder Público. Portanto, no setor aéreo:

a legislação admite a adoção de um sistema de liberdade aos operadores para fixação de suas tarifas, mas também prevê expressamente a possibilidade de retomada do regime mais rígido, a qualquer tempo, desde que constatado prejuízo ao interesse público.³¹⁷

No entanto, deve-se observar que a Lei 11.182/05 em nenhum momento mencionada de que forma poderá ocorrer a retomada do controle tarifário, porquanto, a referida norma limita-se a contemplar a hipótese de estabelecimento de mecanismos para assegurar a fiscalização e a publicidade das tarifas, conforme parágrafo terceiro do artigo 49.

Importa ressaltar ainda que a remuneração do transportador aéreo não se dá por meio de taxa, a qual é exigida, conforme assevera Dinorá Adelaide Musetti Gotti, sempre que a fruição do serviço pelo administrado seja compulsória, “não importando, neste caso, se há, ou não, efetiva utilização para caber a incidência”.³¹⁸ Se não bastasse, a taxa prescinde de previsão em lei como fonte da sua criação (princípio da legalidade). Assim, a tarifa se adapta melhor ao serviço público objeto de concessão, em razão do interesse de lucro que envolve a atividade.

A Agência Nacional de Aviação Civil claramente priorizou o dinamismo concorrencial através da concessão de *slots*, potencialmente nos mercados de maior concentração que, mais tarde, por aspectos conjunturais e de desacertos regulatórios, resultaram na excessiva concentração econômica. Por outro lado, a agência encerrou o ciclo de liberalização do setor entendendo que a concorrência dar-se-ia, antes por uma postura de regulação concorrencial, por isso a política conservadora de concessão de *slots*, do que, propriamente, pela regulação econômica. Daí a previsão contida no artigo 49 da Lei 11.182/05, o qual ressalta o regime da liberdade tarifária.

³¹⁷ CÂMARA, 2009, p. 90.

³¹⁸ GROTTI, 2003, p. 231.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que o princípio da modicidade tarifária não se aplica ao transporte aéreo doméstico regular de passageiros, conquanto, a exigência da adoção da tarifa módica prescinde de uma política legislativa específica em matéria tarifária, algo com o que a lei de regência da ANAC não se preocupou.

Ao conferir ao usuário de serviço público o direito de pagar tarifas módicas, a lei, de modo indireto, acaba autorizando ao poder concedente que adote modelos tarifários que viabilizem o atingimento deste fim. Noutras palavras, para garantir a modicidade de tarifas é possível que o poder concedente lance mão de diversos instrumentos de política tarifária.³¹⁹

Alessandro Vinícius Marques de Oliveira reforça a discussão ao expor que:

o sistema atual, de liberdade de preços de passagens aéreas, combinado com rigidez de tarifas aeroportuárias, tem elevado fortemente o poder de mercado das companhias aéreas detentoras da maior parte dos *slots* em aeroportos congestionados.³²⁰

Aliás, o próprio sistema *Low Cost* implantado pela Gol Linhas Aéreas não teria sido possível se não fosse a evolução de uma flexibilização tarifária iniciada em 1990 e a total liberalização oportunizada a partir do surgimento da ANAC. Essa característica que prioriza tarifas reduzidas e um serviço simplificado acabou perdendo sua marca registrada no Brasil por conta de um marco regulatório impróprio. As tarifas reduzidas limitaram-se aos trechos mais curtos, entretanto, a Gol passou a intensificar sua presença em vôos de maior duração, com maior número de escalas e conexões, o que não é próprio de companhias *Low Cost*. Também os cancelamentos de várias rotas antes operadas pela Varig, favoreceram a Gol; inicialmente, a expansão de sua atuação no mercado doméstico, para em seguida promover profundo impacto na precificação, principalmente, da companhia recém chegada.

Quando da Primeira Rodada de Liberalização ocorrida entre os anos de 1991 e 1997, introduziu-se uma tarifa de referência, com a adoção das bandas tarifárias, as quais poderiam variar entre -50% e +32% do valor de referência. Os valores de referência eram controlados e sofriam reajustes periódicos, portanto, as

³¹⁹ CÂMARA, 2009, p. 73.

³²⁰ OLIVEIRA, 2008, p. 24.

bandas tarifárias serviam como instrumento temporário para acirrar a competição, a critério do órgão regulador da época.

A Segunda Rodada de Liberalização teve início a partir da extinção das bandas tarifárias. Também neste período as companhias regionais perderam o direito de operar as Linhas Aéreas Especiais (pontes aéreas). Entre os anos de 1997 e 1998 ocorreu no Brasil a primeira “guerra de preços” e “corrida por frequências” da história da aviação nacional.³²¹

A Terceira Rodada de Liberalização iniciada em 2001 é composta por diversos atos em conjunto do Departamento de Aviação Civil e o então Ministério da Fazenda, implementados para uma definitiva liberalização tarifária e impulsionados pela expressiva recuperação da economia nacional após a implantação do Plano Real. A maior beneficiada pela “Quase-Desregulação” foi a Gol Linhas Aéreas.

Alessandro Vinícius Marques de Oliveira comenta que em 2003 o órgão regulador retomou a interferência econômica no setor do transporte aéreo doméstico de passageiro a fim de conter o que se convencionou chamar de “excesso de capacidade” e “acirramento da competição ruínosa”, fazendo-o através das Portarias 243/GC5 de 13 de março de 2003 e 731/GC5 de 11 de agosto de 2003, já comentadas anteriormente. Foi o chamado período da “Re-regulação”.³²²

Calos Emmanuel Joppert Ragazzo e Rutelly Marques da Silva explicam que “em consequência da desregulação, as empresas aéreas iniciaram uma expansão da capacidade como forma de impedir a expansão de suas rivais ou de prováveis entrantes”.³²³ Uma das principais medidas adotadas como forma de viabilizar a desregulação do setor foi a eliminação da restrição para que empresas regionais operassem linhas nacionais o que, evidentemente, ocasionou uma natural busca pela expansão da oferta de vôos. Entretanto, companhias atuantes no mercado nacional utilizaram-se da estratégia de manutenção de capacidade “para dificultar a entrada de novas empresas”, inclusive linhas deficitárias eram mantidas pelas empresas para atingir tal finalidade.³²⁴

³²¹ OLIVEIRA, 2008. p. 8.

³²² Ibid., p. 10.

³²³ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, Rutelly Marques da. Viaje por R\$ 50,00: promoção ou preço predatório. In: MATTOS, César. (Coord.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. v. 2. São Paulo: Singular, 2008. p. 527.

³²⁴ Ibid., p. 527.

Com o agravamento da situação econômica do país, a desvalorização da moeda frente ao dólar, ao qual, estavam atrelados os custos das companhias e a redução da demanda, as empresas aéreas passaram a exercer grande pressão sobre o órgão regulador da época, o DAC. Isto porque desejavam uma intervenção no sentido de se retomar a regulação do setor, o que acabou amenizando o ânimo competitivo das empresas que pleiteavam o acesso ao mercado.

Por conseguinte, o DAC rendeu-se às pressões das companhias editando as Portarias 243/CG5, 731/CG5 e 447/DGAC entre os anos de 2003 e 2004, dificultando a entrada de novas empresas e possibilitando o crescimento das já atuantes no mercado. O agente regulador da época também coibiu práticas promocionais.

Novamente Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Rutelly Marques da Silva comentam que a Portaria 243/GC5 limitou a competição, além de impôr sérias barreiras as novas concorrentes, ao passo em que, condicionou a importação de aeronaves apenas quando comprovada a real necessidade.³²⁵ Já a Portaria 731/CG5 orientava para que quando da análise da criação de novas empresas, fossem observados, o “comportamento e a especificidade do mercado foco de atuação e a situação econômica das empresas existentes, principalmente quanto a compromissos assumidos” destacando ainda ser:

fundamental evitar que um maior nível de competição entre os operadores, via preços, comprometa sua saúde financeira e ocasione elevação do grau de concentração na indústria, ou que, contrariamente, as tarifas cobradas se mostrem abusivas em relação aos custos reais de operação, em função de práticas monopolistas ou cartelizantes.³²⁶

A Portaria 447/DGAC de 13 de maio de 2004 do Departamento de Aviação Civil já estabelecia que os valores das tarifas aéreas aplicáveis às linhas aéreas domésticas seriam estabelecidos livremente pelas empresas de transporte aéreo regular. O artigo 7º reservava ao DAC a função de acompanhamento constante das tarifas praticadas, podendo intervir no mercado e nas concessões, a fim de coibir atos contra a ordem econômica. Entretanto, conforme ressaltado, não há na Lei 11.182/05 qualquer previsão acerca de uma intervenção para coibir práticas

³²⁵ RAGAZZO; SILVA, 2008, p. 530.

³²⁶ DAC. Portaria nº. 731 de 11 de agosto de 2003. Altera dispositivos da Política para os Serviços de Transporte Aéreo Comercial do Brasil. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/portarias/Port0731GC5.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

tarifárias, que possam interferir na ordem econômica seja para proteção aos interesses dos usuários, estando a ANAC impedida de fazer intervenções no regime tarifário, quiçá para remeter ao órgão de proteção da concorrência atendendo ao que a própria Lei 11.182/05 destaca em seu artigo 6º.

Natália Santos Ferreira e Alessandro Vinícius Marques de Oliveira afirmam que no Brasil, “a concorrência é por aeroportos e não por rotas”, isto porque há um excesso de demanda e isto se configura como uma estratégia para “evitar a entrada ou impedir o fortalecimento de competidores”.³²⁷ Entretanto, outra estratégia consiste nos preços predatórios, que por estarem muito aquém do normal, afetam a estrutura competitiva. Uma das práticas competitivas adotadas pela Gol Linhas Aéreas, notadamente, no início de suas atividades, entretanto, não foi interpretada pelas autoridades antitruste brasileiras como predatória, mas sim, uma prática competitiva lícita. Foram constatadas reduções excessivas dos preços praticados pela referida companhia, provocando reações de suas concorrentes, as quais argumentavam que a recém empresa de baixo custo praticava preços reduzidos, mesmo em sacrifício de seu lucro, a fim de eliminar competidores. Diversos trechos foram oferecidos pela Gol ao preço de R\$ 50,00 (cinquenta reais) no ano de 2004, entretanto, os valores foram considerados pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) como uma simples promoção, conquanto, restrita a um período curto e determinado e a um número limitado de assentos.³²⁸

É bom que se diga que a Lei 8.884/94 considera ilícita a venda, injustificadamente de mercadoria abaixo do preço de custo, no entanto, autoriza os preços promocionais desde que, conforme artigo 20, incisos I a IV, não limite, falseie ou prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa, não seja tendencioso ao domínio de mercado relevante de bens ou serviços, aumente arbitrariamente os lucros ou exceda de forma abusiva posição dominante.

No caso brasileiro, em decorrência das barreiras institucionais e regulatórias erigidas pelo Poder Concedente, as empresas incumbentes têm incentivos para reduzir coordenadamente a oferta e assim aumentar os preços, em razão

³²⁷ FERREIRA, Natália Santos; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Discussão das abordagens teóricas na investigação de práticas de concorrência predatória no transporte aéreo.** Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br>>. Acesso em: 28 jun. 2009. p. 6.

³²⁸ *Ibid.*, p. 8.

da dificuldade de contestação. Dessa forma, o atual sistema regulatório de entrada no setor aéreo brasileiro reduz a ação da concorrência potencial.³²⁹

Carlos Ari Sundfeld, ao comentar a regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações, faz uma importante conclusão, a qual permite traçar um paralelo com o sistema da liberdade tarifária específica do transporte aéreo doméstico. Explica o autor que a União, ao outorgar a exploração do Serviço Móvel Celular na Banda B para as atuais prestadoras deste serviço, optou pela política de “estímulo à competição” e “justa competição entre os respectivos competidores”. Por conseguinte, facultou-se as prestadoras o reajuste das tarifas, sem que nenhuma disposição na lei conferisse à ANATEL o controle daquelas, apenas dando-lhe o poder de “deferir revisão”, “negociar reduções” e “homologar cálculo de reajuste”. A importante contribuição do autor, no entanto, chama a atenção para o fato de que ao suprimir o controle tarifário da ANATEL, a Lei Geral das Telecomunicações (Lei 9.472/97), submeteu o Sistema Móvel Celular Banda B ao enquadramento do regime privado. Assim, por ausência de limitação legal, falta ao órgão regulador prerrogativa para interferir na política tarifária, de modo que não lhe é possível impor alteração unilateral das cláusulas referentes à tarifa. Do contrário, seria necessária uma mudança no próprio sistema legal.³³⁰

Verifica-se, pois, que a falta de instrumentos legais ao alcance da ANAC, lhe impede de, em primeiro lugar, exercer uma ação coordenada com instituições como CADE, SDE e SEAE para monitoramento das condutas das companhias aéreas. No Brasil há um nível baixo de competitividade e um crescente aumento do poder de mercado, além de reduzidas frequências de vôos e coincidências de rotas operadas pelas duas companhias dominantes do setor. Os preços, especialmente, por conta da inexistência de um maior número de empresas concorrentes, não variam, estando, o usuário, a mercê, unicamente, das tarifas promocionais que aparecem de tempos em tempos.

Alexandre Santos de Aragão chama a atenção para o fato de que os preços devem ser de certa forma, determinados pela livre concorrência entre os agentes

³²⁹ Ibid., p. 11.

³³⁰ SUNDFELD, 2006. p. 317-328.

econômicos. Entretanto, que essa liberdade de preços somente faz sentido na área dos serviços públicos onde houver “liberdade de entrada”.³³¹

Cumpra também observar que a liberdade de preços deve ser mantida apenas enquanto gerar efeitos positivos para os consumidores, sem abusos do poder econômico, devendo, portanto, estar sempre sujeita a um diuturno acompanhamento por parte da Administração Pública.³³²

Neste caso, a fiscalização iria além do acompanhamento das práticas concorrenciais e da proteção aos interesses dos usuários, culminando no exercício efetivo das prerrogativas do Poder Concedente.

Para um regime competitivo como o da aviação civil, os preços devem ser submetidos a um controle pelas normas de defesa da concorrência, conquanto, no regime tarifário, já considerado superado no setor do transporte aéreo de passageiros, não há que se falar em práticas lesivas à concorrência como o preço predatório ou discriminatório.³³³

³³¹ ARAGAO, 2007, p. 431-432.

³³² ARAGAO, 2007, p. 432.

³³³ Ibid., p. 432.

4 INSTRUMENTOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS PARA CORREÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DA ATIVIDADE REGULADORA NO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS NO BRASIL.

4.1 A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS QUE ENVOLVEM O TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS NO BRASIL: A REVISÃO JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL EM PRESERVAÇÃO DOS OBJETIVOS DA LEI 11.182/05

Paulo Todescan Lessa Mattos aponta para a uma das causas de distorção para o mau funcionamento do livre mercado como sendo a “teoria da captura”. Afirma o autor, que grupos pequenos de empresas que competem num determinado mercado possuem maiores incentivos para se organizarem e exercerem maior poder de influência sobre a ação reguladora do Estado.³³⁴

O autor socorre-se do modelo norte-americano para explicar que, inicialmente, as agências reguladoras necessitam de uma legitimação constitucional, porquanto, editam normas, exercendo uma função, “quase-legislativa”; decidem conflitos, exercendo uma função, “quase-jurisdicional”, além de aplicarem e interpretarem normas. Também, executam leis, exercendo uma função “quase-executiva de formulação de políticas públicas”. Acrescenta-se ainda o fato de que as garantias de independência decisória permitem à agência a formulação de políticas públicas de modo a contrariar os interesses políticos do próprio Presidente da República, o qual foi eleito de maneira democrática. Desta forma, Paulo Todescan explica que a partir da concepção liberal de política, duas teorias de regulação econômica podem ser abordadas: a teoria do interesse público e a teoria da captura e da escolha pública.

A teoria baseada no interesse público encontra justificativa nas agências reguladoras, conquanto, estas são compostas por “tecnocratas especializados que têm a função de regular mercados visando corrigir suas falhas em nome do interesse público”.³³⁵ Portanto, uma regulação econômica seria a melhor forma para

³³⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade.** São Paulo: Singular, 2006. p. 61.

³³⁵ Ibid., p. 172.

combater as “falhas de mercado”, porquanto, uma vez formuladas as políticas públicas pelo Poder Legislativo, a formulação de normas técnicas e a tomada de decisões segundo juízos técnicos, caberia apenas à agência para correção de tais falhas. E sendo assim, com base no mesmo princípio do interesse público, cabe ao Poder Judiciário o controle da atuação das agências reguladoras, notadamente, quanto à revisão das normas por elas editadas e demais deliberações. Cabe ao juiz, enquanto intérprete da lei, definir o que é e o que não é interesse público em cada caso. Ao juiz cabe confrontar a norma técnica editada pela agência reguladora com os fins previstos na lei editada pelo Poder Legislativo.

As políticas públicas partem do Poder Legislativo na forma de leis que, por sua vez, são executadas pelo Executivo discricionariamente. O Judiciário controlaria as “escolhas” ao conferir se estas não ferem a ordem constitucional, “bem como se a burocracia estatal está regulamentando tais leis e executando as políticas públicas segundo os princípios e diretrizes estabelecidos”.³³⁶

Por outro lado, Paulo Todescan ensina que a captura ocorre quando o conteúdo da regulação econômica é vencido pelos interesses dos grandes grupos econômicos, os quais influenciam o processo decisório interno das agências. Afirma o autor que “[...] os agentes privados atuam segundo a lógica de maximização de seus interesses, e segundo a qual o processo político contamina a eficiência das práticas de mercado”.

[...] a garantia de que interesses privados dos grupos mais privilegiados não se sobreponha ao interesse de grupos menos privilegiados na sociedade está exatamente no aperfeiçoamento e no controle, por meio do Direito, dos mecanismos de participação pública que possibilitam que as partes afetadas registrem seus argumentos nos processos decisórios sobre o conteúdo da regulação. O aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública e das formas de controle de sua observância faz parte, assim, do processo de democratização das instituições que compõem a burocracia estatal e, dessa forma, é condição para a legitimação do conteúdo da regulação formulado por agências reguladoras.³³⁷

Alexandre Santos de Aragão ensina que:

[...] apesar da maior ou menor magnitude de poder normativo legalmente outorgado nas suas esferas de atuação, todas as agências reguladoras – umas mais e outras menos – possuem competências normativas calcadas

³³⁶ MATTOS, 2006, p. 173.

³³⁷ Ibid., p. 198.

em *standards*, ou seja, em palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras, devendo exercer estas competências na busca da realização das finalidades públicas – também genéricas – fixadas nas suas respectivas leis.

Assim, o autor conclui que a generalidade contida na lei, permite ao agente público agir com razoável discricionariedade, conferida pela própria lei, a fim de que preencha os espaços por ela deixados para “desenvolver os princípios nela estabelecidos”. Inexistindo maiores elementos que pautem a atuação do ente público, prevalecem os valores morais, políticos e econômicos citados por Alexandre Santos de Aragão como sendo “saúde pública, utilidade pública, suprimento do mercado interno, boas práticas da indústria, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.”.³³⁸

Marcos Paulo Veríssimo afirma que as agências reguladoras marcaram o surgimento de um Estado “policêntrico” onde há “muitos centros de decisão e de responsabilidade”. Uma dessas responsabilidades seria a entrega de respostas mais rápidas, adequadas e menos rígidas às demandas da sociedade. Ocorre que os *Standards* acabam sendo uma forma de as agências se desincumbirem desta tarefa o que faz daqueles a chave para a atuação do poder de revisão pelo Poder Judiciário em relação à atividade normativa das agências reguladoras. A indeterminação normativa, invariavelmente, deve ser questionada em juízo para revisão das “escolhas” tomadas no exercício do poder normativo-regulador.³³⁹

Os interesses das empresas reguladas podem influenciar e moldar as decisões a serem tomadas pelas agências, inclusive, distorcendo-as em favor próprio. Esta inadequação das regulamentações e decisões da agência deve ser objeto de perquirição pelo Poder Judiciário, inclusive para suspendê-las através da concessão de liminares, adiando a eficácia das medidas fixadas pelo órgão regulador até a completa verificação da sua conveniência.

Ary Casagrande Filho observa que a discricionariedade do ato encontra validade desde que limitada pelo próprio direito. Ensina, o autor, que o ordenamento jurídico se encarrega de autorizar o exercício da discricionariedade em razão do

³³⁸ ARAGÃO, 2003, p. 408.

³³⁹ VERISSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 387-388.

interesse público perseguido, podendo-se optar por diversas soluções válidas que o satisfaçam. “[...] o fato de se permitir maior discricionariedade ao ente público não implica em se reconhecer ausência de legalidade [...], vez que a própria fonte autorizadora encontra-se prevista no próprio ordenamento.”³⁴⁰

Tampouco o controle jurisdicional exerce restrições à discricionariedade, porquanto, sua função é garantir que aquela seja exercida nos “limites impostos pelo ordenamento jurídico”.³⁴¹

Também está, o Judiciário, encarregado de coibir os chamados desvios de finalidade. Como assevera Beatrice Maria Pedroso da Silva, “deveras, se a lei designa uma finalidade a ser cumprida, cabe à Administração se vincular a essa finalidade, que subordina e dirige a vontade do agente público”.³⁴² O desvio de finalidade ou de poder baseia-se num comportamento desvirtuado do objetivo da lei ou pode ser entendido como um “vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder) ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei”.

[...] o dever de procurar sempre a satisfação da finalidade contida na norma de competência é, por natureza, inseparável do princípio da legalidade, uma vez que toda ação – ou omissão – estatal que desconsidera o fim normativo desrespeita a lei.³⁴³

Ao judiciário restará invalidar os motivos invocados pela Administração, inclusive para alcançar atos que “direta ou indiretamente, infringem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

De fato, os Tribunais pátrios vêm paulatinamente adotando a teoria do desvio de poder na modalidade que se relaciona com a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade mesmo quando não mencionada expressamente pela autoridade julgadora nas razões de decidir. Porém, de forma inequívoca, mostra, na essência dos julgados, o desvio da finalidade por parte da autoridade pública, através da prática de atos irrazoáveis e inconvenientes que importam desvio de finalidade e, por consequência, lesão de direito.³⁴⁴

³⁴⁰ CASAGRANDE FILHO, Ary. **Estado regulador e controle judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 178-179.

³⁴¹ Ibid., p. 179.

³⁴² SILVA, Beatrice Maria Pedroso da. Agentes Públicos. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Coord.) **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. 3 v. p. 595.

³⁴³ Ibid., p. 592-593.

³⁴⁴ Ibid., p. 615.

No caso da Agência Nacional de Aviação Civil é fácil perceber que a Lei 11.182/05 utiliza-se de expressões indeterminadas. É nesse sentido que parecer haver vagueza na dicção do artigo 8º, quando este se refere às “*medidas necessárias*” para atendimento do interesse público e para o “*desenvolvimento e fomento da aviação civil*”.

Novamente Marcos Paulo Veríssimo orienta que esses conceitos indeterminados, desde que jurídicos e pertencentes ao mundo do direito, devem vincular à Administração e, portanto, permitem “algum grau de controle jurisdicional”. “[...] o Judiciário passa a ser, hoje, agente formulador de políticas, tanto quanto o Legislativo e o Executivo, pois, essas políticas incorporam-se ao direito e ele, Judiciário, é, no mínimo, um dos intérpretes autorizados desse direito”.³⁴⁵

Lucas de Souza Lehfeld, ao enfrentar o tema, entende insustentável a viabilidade do controle, pelo Judiciário, das escolhas realizadas pela agência para atingir os objetivos previamente traçados pelas políticas públicas. Para ele, os *Standards* referem-se a campos de mérito ao agente regulador que, diante das condições fáticas, poderá adotar instrumentos que repute mais adequados em busca do interesse público. O autor, todavia, salienta que a discricionariedade necessariamente submete-se aos limites do ordenamento jurídico e a liberdade decisória da agência encontra limites no princípio constitucional da legalidade.³⁴⁶

Paulo Todescan Lessa Mattos ressalta que uma corrente administrativista majoritária aponta para uma limitação mais estrita quanto à possibilidade de revisão judicial de atos administrativos discricionários. Para essa corrente, se o ato administrativo basear-se em interpretação de conceitos indeterminados (oportunidade e conveniência), impossível a hipótese de revisão pelo Poder Judiciário, exceto nos casos de desvio de finalidade e, neste caso, essencialmente quanto aos “motivos, finalidade e causa do ato”.

Por outro lado, Paulo Todescan informa que um posicionamento diverso da doutrina, admite a “inexistência de conceitos jurídicos indeterminados” e que, portanto, nenhum ato administrativo está isento de revisão cabendo ao juiz, único intérprete da lei, “verificar se o ato administrativo está ou não de acordo com o conceito [...] constante do ordenamento jurídico”.³⁴⁷

³⁴⁵ VERISSIMO, 2006, p. 404-410.

³⁴⁶ LEHFELD, 2008, p. 359.

³⁴⁷ MATTOS, 2006. p. 222-223.

O Decreto 6.780 de 18 de fevereiro de 2009 que aprova a Política Nacional de Aviação Civil – PNAC tem como principal objetivo:

assegurar à sociedade brasileira o desenvolvimento de sistema de aviação civil amplo, seguro, eficiente, econômico, moderno, concorrencial, compatível com a sustentabilidade ambiental, integrado às demais modalidades de transporte e alicerçado na capacidade produtiva e de prestação de serviços nos âmbitos nacional, sul-americano e mundial.³⁴⁸

Também destaca a importância do aumento da disponibilidade da infraestrutura aeroportuária “com vistas a aumentar a oferta de serviços de transporte aéreo” para aumento do bem-estar da sociedade brasileira e da integração do país.

Ao traçar os objetivos, a Política Nacional de Aviação Civil define prestação de serviço adequado como aquele que pressupõe a continuidade, regularidade e pontualidade e que, para tanto, é “necessário estabelecer medidas que identifiquem e eliminem as ameaças a estes preceitos e que respondam rápida e positivamente aos fatores naturais, materiais ou humanos que possam interromper a prestação do serviço de transporte aéreo”.

O PNAC também considera que a aviação civil possui peculiaridades que devem ser normatizadas no âmbito dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, a fim de que o usuário do transporte aéreo não necessite recorrer à via judicial sempre que haja ofensa à sua dignidade, saúde, segurança e interesses econômicos.

No que tange ao desenvolvimento da aviação civil, o PNAC admite que a infraestrutura aeroportuária e de serviços aéreos é fundamental, porquanto, o mercado é caracterizado por elevada intensidade de capital, mão-de-obra qualificada e tecnologia avançada, não olvidando da vulnerabilidade a condições meteorológicas e geográficas e de uma rede diversificada e bem estruturada. O desenvolvimento do setor necessariamente passa pelo estímulo à competitividade e à manutenção de um marco legal atualizado, transparente e políticas públicas específicas, além da ampliação do acesso aos serviços.

³⁴⁸ BRASIL. Decreto nº. 6.780 de 18 fev. 2009. Aprova a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/Decreto_6780_PNAC.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2009.

A eficiência das operações de aviação civil exige do marco regulatório uma constante busca pela eficiência econômica que “permite a ampliação do bem-estar social e possibilita melhor alocação de recursos produtivos”. A alocação eficiente possibilita maior oferta dos serviços e, por consequência, a ampliação da concorrência.

O Plano Nacional de Aviação Civil estabelece metas para a promoção do serviço adequado dentre as quais pode-se citar: a) o estímulo ao uso de novas tecnologias; b) respostas rápidas a fatores adversos materiais e humanos que possam interromper os serviços; c) garantia da previsibilidade, precisão e clareza das obrigações das empresas; d) garantia da segurança jurídica nas relações de consumo no setor, transparência e eficiência das informações entre consumidores e prestadoras do serviço, informações estas que sejam corretas, claras, precisas, ostensivas e tempestivas, notadamente em relação aos horários dos vôos, atrasos e cancelamentos; e) garantir a exploração do mercado doméstico de transporte aéreo às empresas constituídas sob as leis brasileiras; f) identificar e estudar tendências, coordenar o planejamento e elaborar diretrizes e políticas que garantam crescimento sustentável da aviação civil; g) redução dos riscos regulatórios de forma a proporcionar um ambiente favorável ao desenvolvimento da aviação civil; h) garantia de uma regulação econômica bem definida que propicie estabilidade a investimentos privados e públicos; i) atualização dos planejamentos de infraestrutura aeroportuária e adequação contínua da sua capacidade; j) estimular o desenvolvimento das ligações de baixa e média densidade de tráfego; l) promover a adequada provisão, ampliação e otimização da infraestrutura aeroportuária civil, por meio do direcionamento estratégico de investimentos, visando ao desenvolvimento econômico, à integração nacional e ao atendimento de regiões de difícil acesso; m) desenvolver incentivos econômicos e regulatórios de forma a gerir a demanda e otimizar o uso dos aeroportos, ordenando os serviços de transporte aéreo; n) monitorar a relação entre a demanda de serviços aéreos e a capacidade instalada, visando planejar a ampliação ou a adequação da infraestrutura e minimizar possíveis desequilíbrios; o) estimular o desenvolvimento e a expansão dos serviços aéreos em todo território brasileiro aumentando o número de cidades atendidas, bem como, a concorrência; p) coibir práticas anticoncorrenciais e assegurar a prestação adequada de serviços, a modicidade dos preços e a garantia dos direitos dos usuários.

O PNAC demonstra preocupação com a atuação do agente regulador, porquanto, faz ressalvas ao seu papel de conferir estabilidade ao mercado, mantendo a liberdade tarifária, bem como, na formulação de normas e procedimentos que facilitem o acesso de potenciais entrantes, notadamente, em aeroportos considerados saturados.

Desta forma, o problema a ser enfrentado pelo Poder Judiciário reside na necessidade de correção dos atos regulatórios quando estes estiverem em desacordo com os princípios e normas constitucionais ou com os “objetivos, diretrizes e prioridades constantes dos planos nacionais de desenvolvimento aprovados em lei pelo Poder Legislativo”³⁴⁹ como o Plano Nacional de Aviação Civil – PNAC. Cabe ao Judiciário corrigir distorções e omissões do agente regulador do setor aéreo, eliminando os efeitos negativos da má realização da regulação econômica que obstruem a livre concorrência e limitam a liberdade de escolha do usuário.

4.1.1 As Tutelas Específicas e a Tarefa do Ministério Público

Com muita propriedade disserta Phillip Gil França tratar-se de um enorme equívoco pensar que o Judiciário não possui capacidade técnica para tratar do ato administrativo regulatório, notadamente, em razão das agências reguladoras possuírem notável conhecimento técnico sofisticado. Também é um engodo admitir-se que o Judiciário é por demais lento e que não teria agilidade suficiente para a “tomada de decisões ou apontamento de alternativas eficientes para o progresso e bem da nação”.³⁵⁰

Preliminarmente, há que se considerar que o Judiciário possui ferramentas hábeis para enfrentamento das questões técnicas de alta indagação, cujos peritos prestam relevante contribuição quando solicitados.

Entretanto, Marçal Justen Filho não subscreve tal entendimento, exemplificando nos seguintes termos:

Suponha-se, por exemplo, uma operação de concentração empresarial de grande porte, apta a produzir um poder de domínio do mercado reputado

³⁴⁹ MATTOS, 2006, p. 226.

³⁵⁰ FRANÇA, 2008, p. 108-109.

como suficientemente perigoso para colocar em risco a livre competição. A avaliação desta questão depende de conhecimento técnico-científico, de abrangência restrita a alguns segmentos ou setores de especialistas. A qualificação da operação em face da legislação antitruste e a identificação da solução mais adequada retratam uma certa proposta de política a ser implementada no âmbito econômico. A tentativa de submeter as decisões regulatórias estatais produzidas num caso com essas características aos padrões usuais de controle jurisdicional de atos administrativos será desastrosa.³⁵¹

Sérgio Varella Bruna ressalta que, em que pesem as amplas possibilidades de revisão judicial dos atos administrativos, não se admite a anulação destes, exceto pela via da ação direta de inconstitucionalidade, cuja legitimidade está restrita ao rol do artigo 103 da Constituição Federal.³⁵² Entretanto, pela via difusa, qualquer juiz ou tribunal pode invalidar ato normativo, seja pela inconstitucionalidade, seja pela ilegalidade, avaliando quais opções técnicas foram determinantes para o agente regulador e, principalmente, a quem elas aproveitaram.

Passando ao tema da responsabilidade das agências reguladoras quanto ao planejamento e ao fomento, Eros Roberto Grau conceitua o planejamento como a “forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos [...]”.³⁵³

Embora o planejamento envolva decisões políticas e, portanto, situe-se no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, a agência reguladora é instrumento de implementação dessas políticas. As agências são responsáveis por desenvolver incentivos aos agentes regulados a fim de que estes não abandonem a atividade, causando o colapso do mercado. São ainda responsáveis em relação aos agentes não regulados, a fim de que se filiem aos planos e ainda ao próprio consumidor, parte mais vulnerável da relação, a quem incumbe todos “os encargos sociais e econômicos produzidos pelo mercado”.³⁵⁴ Em que pese a liberdade do agente econômico para atuar no mercado, como ressalta Rodrigo Neves, as empresas sentem-se motivadas a participar do mercado, impulsionadas por planejamentos e

³⁵¹ JUSTEN FILHO, 2002, p. 591.

³⁵² BRUNA, Sergio Varella. **Agências reguladoras**: poder normativo, consulta pública e revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 264.

³⁵³ GRAU, 2007, p. 151.

³⁵⁴ NEVES, Rodrigo Santos. **Função normativa e agências reguladoras**: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 184.

políticas públicas que, mais tarde, acabam abandonadas, frustrando planejamentos individuais das empresas e também dos consumidores.

Por esta razão, a omissão da agência reguladora, a má execução do planejamento e a tomada errada de decisões, que resultam em danos aos agentes econômicos, ensejam responsabilização do órgão regulador.

Marcos Paulo Veríssimo ainda esclarece que a função do Judiciário, muitas vezes, pode transcender aos critérios meramente jurídicos para analisar outros fatores que envolvem a atuação da agência reguladora, critérios estes como o grau de seriedade, imparcialidade e comprometimento da agência, legalidade e transparência de seus procedimentos, histórico de sua atuação.³⁵⁵

É importante identificar quais as vias processuais existentes para o questionamento dos atos emitidos pelas agências reguladoras perante o Poder Judiciário. Para tanto, valem os ensinamentos de Fabio Barbalho Leite. Este explica que uma primeira via para anulação do ato regulatório é o controle difuso de constitucionalidade. Ressalta que o controle difuso ocorre nas demandas individuais em que o regulamento é “questionado incidentalmente”. O ato impugnado pode ser afastado ou ter impedida a sua edição por medida preventiva de natureza cautelar para então, obter-se a restrição de sua eficácia diante da inconstitucionalidade levantada. O que se reconhece como inconstitucional é o ato isolado, não havendo como esta declaração alcançar a validade ou a vigência do regulamento como um todo.

Considerando que a declaração gera efeitos práticos “invalidatórios do regulamento em si”, com efeitos *erga omnes*, são adotadas medidas processuais que possuem este condão, tais como, as ações coletivas, “mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ação ordinária coletiva”.³⁵⁶

Lembra Marçal Justen Filho que o Ministério Público possui a legitimidade e a titularidade ativa para a propositura da ação civil pública e para a ação popular, para correção dos vícios que maculam o ato regulatório. Ainda, ressalta o autor que independentemente das providências pelas vias judiciais, o Ministério Público dispõe

³⁵⁵ VERISSIMO, 2006, p. 413.

³⁵⁶ LEITE, Fabio Barbalho. O controle jurisdicional de atos regulamentares das agências reguladoras diante do princípio da moralidade administrativa. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 456-457.

de competência para instauração de inquérito civil público para apuração do cumprimento das funções próprias que competem às agências.³⁵⁷

Já no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, direto ou abstrato, o ataque ao ato regulatório pela via processual que visa, exatamente, a anulação do próprio ato normativo, é questionado. No caso específico dos atos emanados da Agência Nacional de Aviação Civil, a competência para o controle direto é do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, I, “a” da Constituição Federal.

Fabio Barbalho Leite esclarece que da mesma forma como ocorre com os regulamentos autorizados, ou seja, aqueles em que há uma autorização legal explícita para sua edição, os regulamentos autônomos são igualmente editados, porém, sem que haja um “texto legal que possa servir de parâmetro”. Não havendo para estes uma autorização explícita para o seu exercício, o “parâmetro” ao qual se refere Fabio Barbalho somente pode ser obtido pela via do controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, o autor ainda acrescenta que se a solução para o regulamento autônomo é o controle pelo STF, também o deva ser para os regulamentos autorizados, porquanto, “a novidade normativa que os mesmos trazem [...] receba controle jurisdicional perante a única norma superior restante: a Constituição”.³⁵⁸

Particularmente em relação à ação popular, esta é conceituada por Miguel Seabra Fagundes como:

aquela por meio da qual o indivíduo, como partícipe da comunidade política, provoca o pronunciamento do órgão julgante sobre atos ou abstenções da Administração Pública, que, não ferindo direito seu, afetem de qualquer modo, preceitos do direito objetivo ou critérios de moralidade administrativa.³⁵⁹

Deve-se considerar que as agências reguladoras são mecanismos de proteção e segurança da economia e que através da ação popular poderão ter seus atos anulados quando demonstradas a ilegalidade e a lesividade oriundas de regulamentos comissivos ou omissivos. É cediço que a ação popular serve à

³⁵⁷ JUSTEN FILHO, 2002. p. 589.

³⁵⁸ LEITE, 2006, p. 464.

³⁵⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 429-430.

correção de atos discriminatórios em relação a concorrentes. É passível de ação popular qualquer conduta do agente regulador que contenha vícios como ilegalidade do objeto, inexistência de motivos ou desvio de finalidade ou que importe em lesão aos valores morais. A ação popular é a “materialização processual coletiva da defesa de interesses transindividuais que, pelo Código de Defesa do Consumidor [...], compreende interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”.³⁶⁰

Todo aquele que possua cidadania ativa, ou seja, que esteja no gozo dos seus direitos políticos poderá intentar a ação popular. Assim o fazendo, estará em juízo em nome próprio em defesa da aplicação da lei. O autor da ação popular defende interesse próprio que, todavia, também é de uma coletividade, porquanto, a sentença gera efeitos “*erga omnes*”.

Cabe ao Ministério Público acompanhar todos os atos praticados em sede de ação, “zelando pela celeridade do andamento, pela satisfatória produção da prova dependente de requisição, pelo exaurimento da instância, pela execução da sentença e pela efetivação das responsabilidades que desta resultem”.³⁶¹ E complementa Gustavo Binenbojm, na condição de atualizador da obra de Miguel Seabra Fagundes que, em havendo desistência do autor, caberá ao Ministério Público, em noventa dias, promover o prosseguimento da ação, nos termos do artigo 9º, da Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, porquanto, tal medida visa “evitar que o Ministério Público possa tornar-se, ainda que eventualmente, um instrumento de dificuldades para a apuração da ilegitimidade do ato e um colaborador de agentes que tenham malservido ao interesse público”.³⁶²

Paula Forgioni lembra que o interesse tutelado pelo inciso I do artigo 20 da Lei 8.884, assegura aos agentes econômicos a livre concorrência, livre iniciativa ou liberdade de desenvolvimento de atividade econômica. A idéia de liberdade, reforça a autora, pressupõe “acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado”³⁶³, o que impõem ao Estado disciplinar o comportamento dos agentes econômicos que importem em prejuízo à concorrência, bem como, a implementar eficazmente as políticas públicas, nos exatos termos dos artigos 3º e 170 da Constituição Federal.

³⁶⁰ LEHFELD, 2008, p. 315.

³⁶¹ FAGUNDES, 2006, p. 443.

³⁶² Ibid., p. 444.

³⁶³ FORGIONI, 2008, p. 273.

Tem-se, por conseguinte, que qualquer ato praticado em prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa é ilícito, se considerada a previsão do artigo 173, § 4º da Constituição Federal que dispõe, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Aponta Paula Forgioni para o fato de que “tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição”.³⁶⁴

A ilicitude ainda está na convivência da Agência Nacional de Aviação Civil em permitir que os agentes econômicos do setor se utilizem da rede de infraestrutura para exercer o abuso da posição dominante ou ainda a obtenção de vantagens competitivas.

Por fim, a tutela inibitória é medida salutar para a prevenção do ilícito e que ainda visa prevenir a sua repetição ou continuação. Luiz Guilherme Marinoni pontifica que “quando a ação inibitória objetiva inibir a continuação do ilícito, a tutela tem por escopo evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita”.

As costumeiras alegações de conveniência e oportunidade são mais do que descabidas, e a mera afirmação de indisponibilidade orçamentária não pode desonerar o Estado de seu dever, sob pena de se admitir que ele pode entender que não deve dispor de dinheiro para evitar a degradação de um direito afirmado inviolável pela própria Constituição Federal.³⁶⁵

E ainda complementa o autor:

Anote-se, aliás, que, se o Estado realmente demonstrar (o ônus da prova é seu) sua impossibilidade orçamentária, a conclusão será a de que ilegalmente deixou de considerar tal necessidade. Portanto, o juiz deverá ordenar sob pena de multa que o Estado não só inclua, em seu próximo orçamento, dinheiro necessário para a realização da prestação, mas também que o use de modo a cumprir o seu dever constitucional.³⁶⁶

O processualista prossegue referindo-se a dois instrumentos ao alcance do juiz para a prestação das tutelas inibitórias: os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Chama a atenção Marinoni que o artigo 84 do CDC serve à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais

³⁶⁴ FORGIONI, 2008, p. 275.

³⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008. p. 204.

³⁶⁶ Ibid., p. 204.

homogêneos, cuja regra se serve das disposições da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Isto torna o artigo 84 do CDC a “base processual para as ações coletivas inibitórias e de remoção do ilícito.”³⁶⁷ Já o artigo 461 é a base para as lides particulares, como no caso das empresas que se vêem privadas da liberdade de acesso ao mercado e, por consequência, da livre concorrência. O juiz poderá valer-se da imposição de um fazer ou um não fazer, concedendo a tutela específica ou “providências que assegurem resultado prático equivalente”, além de poder fixar multa, cujo valor poderá ser aumentado ou diminuído e ainda determinar medida de execução direta, cuja modalidade prevista na sentença poderá alterar na fase de cumprimento da sentença.³⁶⁸

4.2 O PAPEL DO CADE NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AÉREO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE foi criado pela Lei 4.137/62 e transformado em autarquia pela Lei 8.884/94. O órgão compõe, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF) e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ao CADE cumpre o julgamento dos processos instruídos pelas demais secretarias.

Sobre a livre concorrência, o CADE assim se pronuncia:

O princípio da livre concorrência está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso IV e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado. Em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a se manter nos menores níveis possíveis e as empresas devem constantemente buscar formas de se tornarem mais eficientes, a fim de aumentarem seus lucros. Na medida em que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e inovação das empresas.³⁶⁹

³⁶⁷ MARINONI, 2004, p. 219.

³⁶⁸ Ibid., p. 220.

³⁶⁹ Cf. disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 27 maio 2009.

Assim, nos termos do artigo 54 da Lei 8.884/94 “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

A autoridade antitruste atuará intervindo de maneira repressiva e preventiva, em relação a atos considerados lesivos à competição (fusões, incorporações, articulações de mercado como colusão tácita, articulação de preços e quantidades). As deliberações do CADE dirigem-se aos agentes econômicos envolvidos nas práticas consideradas em cada caso concreto, não havendo uma imposição genérica, conquanto, esta é uma incumbência do agente regulador. O CADE atuará em processos de controle da estrutura da indústria, voltado ao controle da formação de poder de mercado e no controle das condutas a fim de coibir abusos do poder de mercado. Estes processos assumem uma dimensão horizontal, ou seja, quando as empresas competem em um mesmo segmento de mercado e outra vertical, quando as empresas situam-se em diferentes níveis da cadeia produtiva.³⁷⁰

Vejamos, entretanto, que a Lei 11.182/05 consagra os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, notadamente, em seu artigo 6º, assumindo o compromisso de agir institucionalmente no intuito de promover a concorrência e no seu artigo 49 ao asseverar que “na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária”. Ocorre que “quando, no exercício de suas atribuições, a ANAC tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades referidos no caput deste artigo, para que adotem as providências cabíveis” (artigo 6º, parágrafo único da Lei 11.182/05). Quis com isso, o legislador, assegurar que as opções regulatórias não se sujeitam a censura do CADE nem, tampouco, dependam de aprovação deste. No processo de concessão de serviço público de transporte aéreo, competirá ao CADE, durante a execução do contrato pela concessionária, analisar os reflexos das operações praticadas pelas empresas do setor, ou seja, se se tratam de condutas legítimas, no estrito cumprimento de sua função de coibir as infrações à ordem econômica.

³⁷⁰ OLIVEIRA, 2009, p. 94.

Pedro Dutra ressalta que a lei de proteção da concorrência destina-se a todos os agentes econômicos atuantes no mercado econômico de bens e serviços. Assim, indiferente tratar-se de pessoa física ou jurídica, a forma de organização, empresa ou não, estatal ou privada, prestadoras de serviço público ou não.³⁷¹

A concorrência é um fenômeno próprio do mercado econômico, formado pela oferta e procura livres de bens e serviços. O abuso do poder econômico por parte dos agentes atuantes nestes mercados, que frustra a concorrência, materializa-se inexoravelmente se não for ele reprimido e prevenido efetivamente. Esta função dupla é posta como dever do Estado, e faz objeto da Lei 8.884/94; para ser cumprida integralmente, não poderia a Lei deixar de destinar suas regras a todos os mercados de bens e serviços e a todos os seus figurantes, a todos que neles atuem. Do contrário, estaria o legislador deixando à margem da repressão ao abuso do poder econômico, que é fenômeno próprio da atividade econômica, a ação de alguns agentes em determinados mercados de bens e serviços, em inaceitável exceção à regra constitucional.³⁷²

Na verdade, abuso do poder econômico é comum a toda atividade econômica exigindo repressão em amplo sentido. Entretanto, a repressão e a prevenção do abuso econômico têm maior repercussão no campo da prestação de serviços públicos, conquanto, prevalece o maior interesse público nesses setores de condições especial de concorrência.

Nesse sentido, o CADE poderá, mesmo em relação a prestadores de serviços públicos, tais como as companhias aéreas, repreender condutas anticompetitivas (artigos 20 e 21 da Lei 8.444/94) quando verificadas hipóteses de ocorrência de prejuízo à livre concorrência. No entanto, as condutas das empresas no campo específico da prestação do serviço público compete, exclusivamente, ao agente regulador.

O CADE ocupa-se, essencialmente, da coibição do que se denomina “concentração econômica”. A concentração pode ser entendida como o “aumento de poder econômico de um ou mais agentes que atuam no mercado relevante”. Ou ainda os acordos entre empresas concorrentes ou não que se unem para exercer vantagem competitiva sobre as demais.³⁷³ A conveniência da autorização ou da tolerância da concentração ou ainda dos impactos que ela causará sobre o mercado, passará, necessariamente, pelo estudo da existência de barreiras advindas da

³⁷¹ DUTRA, 2003, p. 248-249.

³⁷² Ibid., p. 252.

³⁷³ FORGIONI, 2008, p. 464.

concentração quanto ao ingresso de novos concorrentes e como a concentração irá se comportar diante de um mercado relevante, ou seja, “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”.³⁷⁴

Por ocasião do julgamento do processo administrativo nº. 08012.000677/1999-70, as empresas Viação Aérea Rio-Grandense (VARIG – S.A.), Transportes Aéreos Regionais S.A. (TAM), TRANSBRASIL Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo (VASP) sofreram a imposição de multa no montante de 1% sobre o faturamento bruto obtido sobre o mercado relevante definido como a ponte aérea entre os aeroportos Santos Dumont (Rio de Janeiro) e Congonhas (São Paulo) no ano de 1999. Igualmente sofreram diversas outras penalidades, em razão de terem adotado práticas anticoncorrenciais como o aumento paralelo de preços.³⁷⁵ O parecer sob nº. 363/2001/MF/SEAE/COGDC-DF da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda considerou imprópria a defesa das representadas, que desejavam caracterizar como lícita a concentração já que o país possuía uma má distribuição de renda, razão pela qual, as empresas concentravam-se nos aeroportos de maior competitividade. Naquela ocasião, ironicamente, o parecer da SEAE, citou a Gol Linhas Aéreas como uma empresa recém chegada ao setor de transporte aéreo de passageiros, detentora de apenas 3,5% do mercado, mas que, todavia, disponibilizava preços mais acessíveis e um produto mais diversificado. Este parecer convencionava que existia uma crise conjuntural baseada no domínio, naquele período, exercido pela VARIG, a qual possuía 20% do mercado. A situação atual apenas reflete uma mudança das empresas que exercem o mesmo domínio, dentre elas, a própria Gol, que à época, como se salientou, representava somente 3,5% da concorrência e hoje supera, em muito, a VARIG daquela época.

Hoje, o aeroporto de Congonhas em São Paulo representa um típico caso de “mercado relevante geográfico”, ou seja, aquele em que as empresas podem aumentar os preços sem correrem o risco de perder um grande número de clientes

³⁷⁴ FORGIONI, 2008, p. 231.

³⁷⁵ Cf. disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000307461732.pdf>. Acesso em: 29 maio 2009.

que passariam a se utilizar de outros fornecedores ou de permitir a concorrência destes que até então estavam fora deste mercado.³⁷⁶

Este aeroporto é identificado como um mercado relevante geográfico, pois, o público que dele se utiliza não está disposto a se afastar e pela localização, não representa custos adicionais aos que dele saem, via terrestre, para outros destinos ou que se dirigem a fim de embarcarem. Também, porque recebe incentivos das autoridades locais e representa uma grande barreira a entrada de novos agentes econômicos.

Um caso típico de concentração ocorre quando “uma empresa adquire ativos ou parcela do patrimônio de outra”.³⁷⁷ Assim, a concentração merece especial atenção por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pois, trata-se de uma operação suscetível de causar a neutralização da concorrência entre os agentes econômicos.

Um exemplo a ser considerado ocorreu durante a 38ª Sessão Extraordinária do CADE em 25 de junho de 2008 quando foi submetido a julgamento pelo Plenário (artigo 7º da Lei 8.444/94), o Ato de Concentração nº. 08012.0003267/2007. Nesta ocasião, o CADE enfrentou a questão envolvendo a aquisição, pela GTI S.A., uma subsidiária do grupo brasileiro Gol Linhas Aéreas Inteligentes, da totalidade das ações da VRG Linhas Aéreas, detentora da Varig. O Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, relator do processo, considerou a operação lícita e incapaz de gerar efeitos nocivos à livre competição. No caso concreto, as empresas não poderiam exercer poder de mercado tendo em vista a competição acirrada de preços no setor de transporte aéreo de passageiros.

Assim, cumpre ao CADE, nos termos dos artigos 1º, 3º e 54º da Lei 8.884/94 examinar se as aquisições societárias implicam em modificações concorrenciais que favoreçam ao abuso do poder dominante. Entretanto, o CADE poderá concluir que a concentração aumenta a eficiência da prestação do serviço público e, por consequência, os benefícios ao usuário/consumidor. Isso porque a concentração necessariamente não implicará, indistintamente, em prejuízo aos princípios da livre concorrência. Há que se considerar que o CADE vislumbrará, em todos os casos analisados, a busca pelo atendimento aos interesses da coletividade.

³⁷⁶ FORGIONI, 2008, p. 234.

³⁷⁷ Ibid., p. 466.

A autoridade antitruste não possui legitimidade para operar na questão de alocação de *slots*, mesmo que a lei 11.182/05 tenha expressamente previsto que ANAC e CADE atuarão conjuntamente. Ocorre que, neste caso, a questão não se coaduna com a atuação do Conselho, principalmente, a disciplina dos *slots*, mesmo sendo uma significativa barreira ao ingresso de novos competidores, limitando a continuidade, universalidade e eficiência da prestação do serviço. Reclama, essencialmente, uma mudança do sistema regulatório e, conseqüentemente, de políticas públicas, conquanto, as deficiências de infraestrutura são pré-existentes ao ato societário que exige a confirmação pelo CADE.

Portanto, ambos os órgãos se complementam para a proteção dos interesses públicos, um disciplinando a prestação do serviço e o outro cuidando para que não se dêem práticas anticompetitivas. Sendo assim, o CADE não poderá intervir na tarefa reguladora de competência da agência, tampouco a ANAC atuar na repressão às infrações à ordem econômica, cuja atribuição é do primeiro por força do artigo 19, XIX da Lei 9.472/97. O agente regulador realizará atos de constatação de barreiras à livre concorrência, comunicando ao CADE a fim de que sejam aplicadas as sanções cabíveis.

4.2.1 O Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal como Mecanismos de Proteção do Usuário do Transporte Aéreo Perante a Agência Nacional de Aviação Civil

Paula Forgioni inicialmente consigna que o consumidor encontra na Lei Antitruste uma proteção muito restrita, porquanto, as disposições da Lei 8.884/94 interessam ao consumidor, exclusivamente, no que tange ao aumento arbitrário de lucros dos agentes econômicos.³⁷⁸ A preocupação da Lei Antitruste é com a livre iniciativa e a livre concorrência. Por outro lado, a Lei das Concessões (Lei 8.987/95) expressamente dispõe em seu artigo 7º a respeito dos direitos dos usuários do serviço público, em prejuízo das disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, Dinorá Adelaide Musetti Grotti aponta para uma falha da Lei das Concessões, conquanto, esta é omissa acerca do direito indenizatório do

³⁷⁸ FORGIONI, 2008, p. 296.

usuário.³⁷⁹ A esse respeito, a autora informa que “de nada adiantaria enunciar os direitos do usuário à obtenção do serviço se o interessado não dispusesse do instrumental administrativo e jurisdicional para os fazer valer, quando relegados”.³⁸⁰

Por isso, entende a autora que o usuário poderá, invocando o artigo 287 do Código de Processo Civil³⁸¹, utilizar-se do direito de petição, administrativa ou judicialmente, para representar junto ao Ministério Público ou entidades legitimadas, pela propositura da ação civil pública. Inclusive perante a própria agência o usuário poderá peticionar a fim de apontar fato ilegal ou abusivo e contrário ao interesse público, exigindo a tomada de providências.

Lucas de Souza Lehfeld explica que se trata de um “direito-garantia” colocado à disposição dos administrados “para que possam, de um lado, contribuir para a formatação da política regulatória e, de outro, resistir à sua efetivação quando lhes desagrade ou viole seus interesses particulares”.³⁸²

Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior:

[...] o significado do Código de Defesa do Consumidor no campo dos serviços públicos é garantir a defesa do consumidor-usuário, ampliando o grau de participação qualitativa deste. Este diploma legal, ao falar em equilíbrio contratual, não prevê apenas o equilíbrio econômico do contrato, mas trata do equilíbrio entre direitos e obrigações. Isto significa dizer que o direito de participar pode e deve ser visto como um direito político do consumidor-usuário. Em outras palavras, a interpretação que nós fazemos do Código não deve se limitar a entendê-lo como um meio legal que veio para proteger os interesses econômicos do consumidor, mas também como instrumento para garantir os interesses políticos, garantir o direito de voz, garantia daquilo que alguns autores têm chamado de uma “mais-valia política”. Neste sentido, o fornecedor do serviço não pode se apropriar do “poder político excessivo” (mais-valia política) que detém em razão de sua posição no mercado.³⁸³

Complementa o autor, afirmando que o artigo 6º do CDC não deve ser interpretado restritivamente, apenas numa perspectiva econômica, mas também, “de igualdade de direitos, do poder de fiscalização, do poder de participação [...]”.

³⁷⁹ GROTTI, 2003, p. 337.

³⁸⁰ Ibid., p. 338.

³⁸¹ “Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela”. (arts. 461, § 4º, e 461-A).

³⁸² LEHFELD, 2008. p. 293.

³⁸³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A regulação e os direitos do consumidor. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. In: SUNDFELD. Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 252.

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor pode ser encarado como um instrumento para obrigar à agência o dever de prestar as informações adequadas quanto ao monitoramento do mercado, sobre a gestão do serviço público regulado.

Deve-se considerar que a relação entre o usuário do transporte aéreo e a concessionária pressupõe a existência de um contrato prévio entre esta e o Poder Concedente. Pelo contrato de concessão, a concessionária se obriga a prestar o “serviço adequado”, definido no artigo 6º da Lei 8.987/95, a qual, também define as sanções aplicáveis em razão do descumprimento do contrato, tais como, multas, intervenção e extinção da concessão.

Alexandre Santos de Aragão explica que uma visão meramente “consumerista” haveria de considerar o indivíduo isoladamente, como ser hipossuficiente diante do poder econômico das empresas, independentemente, dos instrumentos coletivos de proteção do consumidor. No entanto, a visão “publicista” considera o cidadão coletivamente preocupado com a prestação do serviço de forma equânime, universal e contínua. Assim, o foco deve ser o “indivíduo enquanto cidadão, ou seja, enquanto integrante de uma coletividade”.³⁸⁴

Trata-se de uma visão “liberalizante” de Estado, mais garantidor do que limitador de direitos, que permite regras de direito privado estenderem-se aos usuários de serviços públicos, notadamente, por serem inatas certas regras de Direito Público àqueles. São prerrogativas que se justificam a partir da noção de “interesse público”, o qual, não mais deve ser considerado antagonicamente face os interesses individuais dos usuários.³⁸⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a regulação econômica se dá, inicialmente, por meio de três instrumentos básicos: pela edição de regras de conduta (função normativa), pela fiscalização e repressão (função administrativa) e pela resolução de conflitos (função judicial). Entretanto, o fomento seria um quarto instrumento, porquanto, o funcionamento equilibrado do mercado depende da regulação pela agência e sua omissão pode ocasionar prejuízo às empresas e também aos consumidores ou usuários do serviço público. Portanto, como conclui

³⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **REDAE** – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 15, ago./set./out., 2008. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 09 nov. 2007. p. 5

³⁸⁵ Ibid., p. 7.

Maria Sylvia Di Pietro “pode propiciar a formação de monopólios, pode levar ao abuso do poder econômico, pode criar embaraços à livre concorrência”.³⁸⁶

É importante ressaltar que, como toda função administrativa, a regulação constitui poder-dever da entidade a que a lei outorga a competência. Em consequência, é uma atividade irrenunciável, cuja omissão pode acarretar a responsabilidade dos agentes públicos nos âmbitos administrativo, civil e penal, além da responsabilidade por ato de improbidade.

É preciso considerar, ainda, que as agências reguladoras exercem uma função administrativa e que, segundo a mesma autora englobam funções, não apenas normativas e judicantes, mas também, de polícia, intervencionista e de fomento. E somente as agências possuem competência para exercício da atividade regulatória, porquanto, a competência é definida em lei. Assim sendo, as agências sujeitam-se às regras do artigo 37, § 6º da Constituição Federal.³⁸⁷

O que importa saber, nesse momento, é qual há responsabilidade da agência em razão da sua omissão. Dentre as diversas competências atribuídas à agência reguladora como as típicas do poder de polícia: autorização, licenças, aplicação de penalidades e notificações e as de caráter normativo como resoluções e portarias além daquelas judicantes, verifica-se que todas, sem exceção, no Brasil, sujeitam-se aos princípios da Administração Pública, quais sejam, “legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, razoabilidade, motivação, predominância de interesse público”. A competência normativa reguladora da agência manifesta-se através da edição de resoluções, entretanto sua omissão em expedir atos normativos deve ser sanada pela via do mandado de injunção, conforme artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, notadamente, a omissão em se implementar políticas sociais e econômicas que visem à livre concorrência.³⁸⁸

No que tange à omissão da agência em exercer o poder de polícia, notadamente, “em relação ao controle, prevenção e repressão das infrações da

³⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, Juarez. (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 251-252.

³⁸⁷ “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

³⁸⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 260.

ordem econômica, configurada está, na opinião de Maria Sylvia Di Pietro a “teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público onde o Estado responderá pelos danos causados a partir de quando o serviço público deixe de funcionar como deveria, funcione com atraso ou mal.

Aqui, não se pode deixar de transcrever as palavras de José Cretella Júnior, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bônus pater familiae*, nem como *bônus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental.³⁸⁹

Por fim, quanto ao fomento, considerado o incentivo necessário patrocinado pelo Estado a fim de que os agentes econômicos possam desenvolver a sua atividade, ressalta-se que o Estado deve responder pelas modificações de suas políticas quando os agentes já se comprometeram financeiramente e tiveram suas expectativas frustradas. O fomento da aviação civil anunciado no artigo 8º da Lei 11.182/05 demonstra que há norma expressa em que a Administração Pública assume o referido compromisso e cuja boa-fé à qual a Administração está inserida, mostra-se como elemento crucial para que a omissão seja inaceitável. Os agentes econômicos adotaram comportamentos na expectativa do fiel cumprimento das disposições normativas, entretanto, a não implementação de acordo com a indução causada pelo Estado ao criar a ANAC resultou em lesão aos direitos à livre concorrência e livre acesso aos mercados.

4.2.2 Instrumentos de Proteção da Livre Concorrência e de Combate ao Abuso de Posição Dominante no Mercado de Transporte Aéreo Doméstico de Passageiros

Paula Forgioni³⁹⁰ inicialmente lembra que “a disputa é, assim, essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida,

³⁸⁹ DI PIETRO, 2006, p. 261-262.

³⁹⁰ FORGIONI, 2009, p. 209.

desejada pelo agente econômico”. Entretanto, a autora também ressalta que a concorrência não é apreciada pelas empresas, as quais, apenas a admitem como forma de conquistar mercado e aumentar seus lucros.

Para tanto, as empresas necessitam de oportunidades, as quais podem ser obtidas através da subtração de outras empresas ou criando-as.³⁹¹ É certo que no mercado da aviação comercial estas oportunidades, dificilmente, são criadas pelos próprios agentes econômicos, conquanto, são extremamente dependentes de uma infraestrutura, esta sim, responsável pela geração das oportunidades.

Para Calixto Salomão é preciso garantir a existência da concorrência. Segundo o autor, o equilíbrio das relações econômicas dá-se através de regras que impeçam a formação do poder econômico de mercado que possibilita ao agente econômico a sua afirmação por meio, exclusivamente, da posição dominante que ocupa, quando deveria sê-lo pela maior eficiência demonstrada.³⁹²

Colocar a concorrência como garantia institucional mínima do sistema econômico tem uma consequência muito relevante. A afirmação da concorrência como valor mínimo garante a liberdade de escolha e informação o mais abundante possível para o consumidor. A ele caberá descobrir a solução mais adequada para suas necessidades.³⁹³

A idéia de omissão também reside na falta de uma maior interação da agência com os agentes econômicos. Sua incapacidade em conduzir estudos conclusivos sobre a atual dependência do mercado das duas empresas que o dominam e, por consequência, da reduzida concorrência, conduz à conclusão acerca da sua despreocupação quanto aos possíveis prejuízos da evidente concentração de mercado. Diante desse quadro, são importantes as contribuições de Respício Antônio do Espírito Santos Jr., em texto apresentado ao XIV Congresso da Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes no ano de 2000, ou seja, muito antes da entrada em vigor da Lei 11.182/05. Sua visão futurista parece ainda importante nos dias atuais para exemplificar o que ocorre em termos de ineficiência da estrutura governamental a amparar a livre concorrência entre as empresas de transporte aéreo de passageiros.

³⁹¹ FORGIONI, 2009, p. 209.

³⁹² SALOMÃO FILHO, 2007, p. 55.

³⁹³ Id., 2008, p. 158.

Dado que haja esta total abertura e transparência, a nova legislação deve impedir que a Agência tenha exclusividade em analisar e propor a realização de qualquer estudo relativo ao transporte aéreo no Brasil. Com isso, outros órgãos do Executivo, tais como os Ministérios da Justiça, Planejamento e Fazenda, e mais o Legislativo e o Judiciário deverão ter plenos poderes para acionar o Estado e seus múltiplos instrumentos para garantir um ambiente de competição no mercado doméstico. Desta forma, deverão ser mantidas e, se possível, expandidas, as contribuições diretas da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), entre outros órgãos especializados em regulamentação e concorrência.³⁹⁴

Oportuna e esclarecedora a doutrina de Luís Cabral de Moncada, ao propor o incentivo à concorrência e a redução do monopólio estatal ao mínimo. Segundo o autor da Universidade de Lisboa, o problema está na manutenção da infraestrutura, da qual se utiliza o serviço público prestado, sob monopólio do Estado. Inicialmente, os custos fixos da infraestrutura de uma rede alternativa seriam incompatíveis com a capacidade do setor privado. Por consequência, é aceitável que o Estado assumira o monopólio de uma infraestrutura mínima, entretanto, que haja concorrência privada em torno da infraestrutura monopolizada.³⁹⁵ O exemplo é perfeitamente adaptado ao caso dos aeroportos brasileiros que se constituem em uma rede cuja administração concentra-se, em sua totalidade, nas mãos do Poder Público. A regulação estatal continuaria indispensável, entretanto, sofreria sensível diminuição no tocante ao que, hoje, impede a universalização dos serviços de transporte aéreo no Brasil, notadamente, a reduzida oferta de infraestrutura e os altos custos suportados pelas companhias aéreas.

Apenas para se ter uma idéia da cobertura de infraestrutura no Brasil, invoca-se o estudo promovido pelo NECTAR – Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo do Instituto Tecnológico de Aeronáutica – ITA. O estudo aponta para uma sensível queda da cobertura no período compreendido entre os anos de 1998 e 2008 quando, ao todo, 44 aeroportos deixaram de operar, ou seja, uma queda de 22%.

³⁹⁴ SANTO JR., 2000, p. 239-251.

³⁹⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. rev. e actual. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 451.

A Infraero atualmente administra 66 aeroportos em todo o país, todavia, essa forma de administração central retira dos aeródromos a possibilidade de aproveitarem “oportunidades para desenvolver ou optar por estratégias próprias”.³⁹⁶

Os aeroportos não são tratados como centros de negócios e a forma de gestão conduzida pela Agência Nacional de Aviação Civil e também pela Infraero mostra-se conveniente para as companhias aéreas que operam a infraestrutura saturada em razão da possibilidade de um efetivo aumento do poder de mercado que se origina dessa situação, notadamente, pelas empresas detentoras do maior número de *slots*.

À ANAC compete, inicialmente, “a suplementação de recursos para aeroportos de interesse estratégico, econômico ou turístico”, nos termos do artigo 3º, IV da Lei 11.182/05. Também a regulação e fiscalização da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, exceto no que tange aos procedimentos relacionados ao sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos. A agência ainda aprova planos diretores dos aeroportos, propõe ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado da Defesa, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à construção, manutenção e expansão da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, autoriza a exploração da infraestrutura, estabelece o regime tarifário, homologa, registra e cadastra aeroportos, arrecada, administra e suplementa recursos para seu funcionamento, aprova e fiscaliza a construção, reforma e ampliação de aeroportos.

A gestão orçamentária dos aeroportos do país acaba permanecendo a cargo da Infraero, por força das disposições contidas na Lei 5.862/72, entretanto, sem qualquer planejamento estratégico de longo prazo que reúna as principais necessidades dos aeroportos brasileiros, principalmente, para expansão da aviação regional e de uma utilização mais eficiente. Além dos convênios com os estados e os municípios para administração dos aeródromos “o mecanismo das PPP’s (parcerias público-privadas) poderia ser utilizado para garantir a realização dos investimentos em expansão e desconcentração no uso de aeroportos”.³⁹⁷ Esta seria uma forma de incentivo que proporcionaria a revitalização de aeroportos a partir de

³⁹⁶ OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de; SILVA, Lucia Helena Salgado e. **Constituição do marco regulatório para o mercado brasileiro de aviação regional**. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br/estudoreg.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2008. p. 133

³⁹⁷ OLIVEIRA; SILVA, 2008, p. 134.

uma concessão à administração privada ou em parceria com o Poder Público, onde a melhor infraestrutura e a prática de tarifas menos onerosas seriam um atrativo à criação de aeroportos alternativos.

A aviação regional, igualmente, reclama incentivos, principalmente em razão de algumas peculiaridades que envolvem o setor. A desigualdade entre as companhias é notável, porquanto, algumas delas voam utilizando-se de aeronaves de pequeno porte e de uma infraestrutura precária, geralmente, em rotas de baixa densidade. Outras, embora também consideradas regionais, possuem um desempenho similar ao de companhias nacionais, explorando os mesmos aeroportos que estas e voando aeronaves maiores e mais modernas. Em que pese a operação de aeronaves menores lhes permita acessar mercados não acessíveis às grandes companhias, essas localidades atendem a uma demanda pouco densa.

A aviação regional desempenha um importante papel no desenvolvimento do país, sofrendo pela ausência de políticas públicas de fomento o que não condiz com a realidade de uma nação com mais de oito milhões de Km² e mais de cinco mil municípios, onde regiões do interior não atingem percentuais satisfatórios de desenvolvimento sustentável e que poderiam ter alavancadas as suas oportunidades, inclusive de integração nacional, a partir de um marco regulatório específico para o transporte aéreo regional.³⁹⁸

Os estudos conduzidos pelo NECTAR concluíram que de todos os 44 aeroportos cujas operações foram encerradas, 72% deles referem-se a aeroportos locais de pequeno porte. Esse diagnóstico apontou para uma maior eficiência concorrencial das empresas aéreas brasileiras, entretanto, que essa disputa acabou por concentrar-se em aeroportos localizados em regiões de maior renda e com um maior potencial.

As empresas aéreas regionais de pequeno porte ressentem-se de uma melhor infraestrutura e pelos altos custos de manutenção e de combustíveis, bem como, da impossibilidade operacional da maioria dos aeroportos em que atuam, notadamente, pela ausência de balizamentos para vôos noturnos, por exemplo.

Além da falta de clareza e precisão das regras de concessão dos “*slots*” por parte da agência reguladora que permite a manutenção de uma capacidade ociosa nos grandes aeroportos do país, as companhias regionais ainda convivem com a

³⁹⁸ Ibid., p. 14.

cultura de preferência, do brasileiro, pelas companhias nacionais de maior expressão. Estas oferecem vantagens como o programa de milhagens, maior contexto de informações e facilidades tecnológicas como o *check-in* eletrônico.

No transporte aéreo sob condições de livre mercado e de plena desregulação econômica, não há incentivos para o investimento individual em qualidade e segurança na prestação de serviços, desde que não haja garantia de que o retorno de tal investimento será apropriado individualmente. Assim, qualidade e segurança da prestação do serviço são típicos bens públicos e, como tais, sub-ofertados. Cabe ao setor público, portanto, assumir tal tarefa, evitando que se estabeleça o quadro típico da Tragédia dos Comuns, qual seja, ações racionais tomadas individualmente levem coletivamente a resultados irracionais.³⁹⁹

A “Tragédia dos Comuns”, explica o estudo, trata-se de um “conflito sobre um bem comum, finito e escasso, mas de benefício para a maioria, e que tem que ser repartido de acordo com interesses individuais”. Assim, se o acesso é livre e irrestrito, ocorre o abuso na sua exploração, configurando-se numa falha do mercado, inaceitável em se tratando de um serviço público prestado em regime de concessão. Mas a adequação do serviço público objeto de concessão somente pode ser observada de modo irrestrito, notadamente, no setor do transporte aéreo de passageiros, a partir de uma regulação técnica e econômica pautada pelos princípios representativos do interesse público como a “universalização, integração do território nacional, provisão de infraestrutura e transporte para o desenvolvimento econômico de localidades”.⁴⁰⁰

Tais princípios, desde que colocados como prioridade pelo agente regulador, representariam o início de ações construtivas de um mercado orientado por menos desequilíbrios entre os concorrentes. É nesse sentido que a complementaridade entre as empresas é uma das propostas suscitadas pelo NECTAR a fim de demonstrar que mecanismos de parceria entre companhias nacionais e regionais favoreceriam à ampliação e densificação de malhas aéreas e, por consequência, da própria infraestrutura.

Outras propostas são, ainda, consideradas pelo NECTAR. A primeira delas a adoção de padrões mais rígidos de concessão de *slots*, baseados num sistema de rodízio e de controle mais rígido da pontualidade das companhias. Atualmente, 4/5

³⁹⁹ OLIVEIRA; SILVA, 2008, p. 141.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 144.

dos slots são reservados para as companhias já atuantes no mercado e as novas entrantes necessitam atender a uma série de demonstrativos econômicos de elevada dificuldade para empresas novatas. Ademais, tais demonstrativos não significam a garantia de regularidade e confiabilidade na prestação do serviço. Uma segunda proposta, portanto, é a de que para participação no sorteio dos *slots* baste à companhia a prévia autorização para operação, sem nenhuma exigência de natureza econômica.

Já a terceira proposta é a de que, quando da retomada de *slots* em razão do não cumprimento das regras de qualidade da prestação do serviço público, a redistribuição ocorra, preferencialmente, às entrantes ou empresas já atuantes no mercado, porém, desde que estas operem em parceria com uma regional. Uma quarta proposta baseia-se na verificação prévia do histórico da empresa candidata a fim de se constatar possíveis indícios de uma atuação predatória. Também a fixação de uma carência para a saída da companhia após ter recebido o *slot* (quinta proposta).

Em relação à sexta proposta, já comentada anteriormente, diz respeito ao aumento do capital estrangeiro nas companhias nacionais, o qual, em breve, passará a ser de 49% e não mais os atuais 20%.

Por fim, propõe-se uma parceria entre a Agência Nacional de Aviação Civil e os órgãos de defesa da concorrência (CADE, SDE, SEAE) a fim de que a atuação conjunta destes órgãos proporcione maior confiabilidade quanto às decisões tomadas em relação às alianças entre companhias regionais e nacionais. Em suma, as propostas concentram-se na reformulação da Resolução nº. 02 de 03 de julho de 2006 da ANAC, a qual trata da alocação dos horários de chegada e partida de aeronaves em aeroportos congestionados em linhas aéreas domésticas. A definição de “serviço adequado” constante do artigo 6º da Lei 8.987/95 (regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária) não é mais suficiente para pautar a política de concessão de *slots*. É preciso que os critérios sejam mais objetivos e expressamente constem do contrato de concessão que ainda deve prever regras mais rígidas para a perda dos *slots*.

Não há, atualmente, competição entre as empresas para acesso aos *slots* e a idéia é a de se estabelecer o leilão como meio de disputa, prevalecendo a proposta da companhia que se dispuser a pagar o maior valor pelas tarifas aeroportuárias. As regras atuais também não prevêem periodicidade para utilização

dos *slots* o que permite às companhias a utilização do *slot* como um mecanismo estratégico de barreira à entrada de novos competidores.

Essa forma de se utilizar das irregularidades do sistema regulatório para imprimir uma concorrência predatória poderia ser coibida mediante a adoção de medidas como a aplicação de penas pecuniárias e implicações desvantajosas para a companhia que descumpra as regras de qualidade, mediante perda de direitos nos rodízios.

Anteriormente comentou-se a respeito de uma série de pré-requisitos a serem cumpridos pelas companhias a fim de se habilitarem ao processo de alocação de *slots*, notadamente para comprovação de uma regularidade fiscal e financeira. Esta exigência, igualmente, constitui-se numa barreira à entrada de novas concorrentes, tamanha a burocracia que desestimula a disputa.

Por fim, depara-se com, talvez, a mais significativa das contribuições promovidas pelos estudos do NECTAR. Uma proposta de “demarcação de mercados” com a finalidade de melhor compreender o funcionamento do setor, possibilitando a propositura de políticas públicas direcionadas, tanto de fomento, quanto de “alavancagem de investimentos privados”. A criação de um marco regulatório “setorizado” contribuiria para o desenvolvimento de regiões até então mal servidas de uma malha aérea que as comunique com outras localidades do país. Até mesmo para melhor identificação de falhas de mercado e para o estabelecimento de uma competitividade mais equilibrada entre as empresas locais, além da compatibilização dos interesses públicos, ampliação do serviço de transporte aéreo, integração territorial, desenvolvimento econômico de localidades afastadas dos grandes centros e atendimento aos próprios interesses privados quanto ao retorno do capital investido.

CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou propiciar uma ampla investigação a respeito das características e dificuldades enfrentadas pelo setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil, notadamente, quanto aos aspectos econômicos, de infraestrutura e de desenvolvimento.

Lançou-se mão de uma análise histórica que reconstruiu a passagem de um mercado aeronáutico baseado em regramentos estritos e conservadores, inflexíveis quanto ao modo de se adaptar às necessidades do mercado. Uma regulação, no início, essencialmente técnica, promovida por um órgão (DAC) que não possuía sequer a independência funcional, da qual, goza a atual Agência Nacional de Aviação Civil, porquanto se restringia à aplicação das disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica. Uma regulação que limitava o número de assentos no interior das aeronaves, deliberava acerca das rotas, frequências de vôos e tarifas. Num processo lento e meticuloso, o mercado de transporte aéreo de passageiros ganhou liberdade de atuação para os agentes econômicos.

Inegavelmente o processo de desregulamentação proporcionou uma maior competitividade, entretanto, a desigualdade de condições de acesso ao mercado mostrou-se como uma barreira quase intransponível para novas concorrentes. No Brasil, a aviação comercial, antes de ser pensada sob o aspecto da geração de resultado econômico para a empresa e como instrumento de integração nacional para elaboração de políticas públicas foi, por muito tempo, considerada pela perspectiva da segurança e soberania nacional, com forte impacto de uma interpretação essencialmente militar.

O processo de desregulamentação proporcionou o nascimento de um marco regulatório menos intervencionista, é verdade, em que pese também o tenha sido concebido como um compromisso de estímulo à competição e ao fomento de novas empresas e de uma maior eficiência operacional e de infraestrutura. Ao passo que “afrouxaram-se” as restrições para operação das empresas em um mercado, agora, de liberdade tarifária e livre mobilidade, concomitantemente o Estado não promovia a fiscalização para garantir a presença de uma competição em níveis adequados. Em razão do seu dinamismo, da dependência de uma economia própria, intensidade de investimento de capital, o transporte aéreo exige atenções especiais, particularmente, uma contrapartida de iguais proporções do Poder Público em

investimentos na infraestrutura e de ações coordenadas para resistir à pressão exercida pelas companhias.

Trata-se de um mercado de fortes tendências para formação de oligopólios, assim como, acontece no Brasil, onde a concentração é determinante para a eliminação da concorrência. É neste cenário que o “*slot*” representa a principal arma das companhias aéreas para se afirmarem como dominantes. Acrescentando-se o fato de não haver uma divisão de mercados com uma maior e mais diversificada oferta de infraestrutura e a ausência de uma política pública de desenvolvimento de uma aviação regional, a corrida por *slots* resultou no chamado “gargalo de infraestrutura”, fazendo dos principais aeroportos do país um “quase duopólio” entre Gol e TAM.

É possível que a Agência Nacional de Aviação Civil sofra de uma mediana imaturidade ou de uma dependência ministerial incompreendida em razão da noção de “agência reguladora independente” que deve nortear tal autoridade administrativa para exercer uma regulação econômica de um setor onde tal intervenção é efetivamente necessária; ainda as vontades políticas que norteiam a atuação do CONAC acabam por subtrair, sensivelmente, a independência, autonomia, especialidade e permeabilidade da ANAC, frente aos interesses e necessidades dos agentes regulados e, mais importante, de uma sociedade inteira sobre a qual recaem todos os efeitos negativos pelas falhas da gestão regulatória.

A partir do momento em que o foco principal da regulação passou a ser a intransigente defesa dos interesses do consumidor, faz-se mister que a regulação, por conseguinte, não se entregue aos exclusivos interesses dos agentes econômicos privados. Quando a atuação do ente regulador é pautada pela neutralidade, diminuem-se os riscos da “captura pelo agente regulado”. E o mesmo se diga em relação às instâncias responsáveis pela formulação das políticas públicas. Isto é o que a literatura chama de “regulação reflexiva”, que concentra esforços para tutelar os interesses coletivos envolvidos, hipossuficiências e os próprios interesses envolvidos nas políticas públicas traçadas, sopesando e cotejando os interesses e necessidades dos cidadãos.

A mudança de paradigmas também envolve a participação da sociedade no controle dos atos praticados pelas agências. A consecução dos interesses coletivos envolve a participação de outras autoridades, inclusive, jurisdicionalizadas. A participação do Ministério Público ou de autoridades relacionadas à defesa da

concorrência faz sentido quando o que se está buscando é a constatação de estar ou não, a agência, logrando consagrar e proteger os interesses dos usuários do serviço público. Ou então, isto significaria uma união de esforços para a realização dos preceitos da Lei 11.182/05, especialmente, o de fomento da aviação civil e da verdadeira liberdade concorrencial, com níveis desejáveis de qualidade, liberdade de opções e todos os elementos que distinguem o serviço público adequado.

O serviço de transporte aéreo no Brasil é determinado por fatores de concentração geográfica, influenciado por indicadores sociais. A universalização do serviço foi sacrificada por uma desproporcional cobertura de infraestrutura ao longo do território nacional; portanto, a complexidade do setor aéreo se ressentiu de um acompanhamento constante e de um planejamento em níveis estratégicos e operacionais. O crescimento da demanda saturou a infraestrutura e muitos aeroportos já operam acima da sua capacidade.

Assim, a Agência Nacional de Aviação Civil ainda deverá encarar o desafio de iniciar uma nova etapa da “Política de Flexibilização da Aviação Comercial” iniciada em 1990, para criação de um novo marco da regulação econômica do mercado de transporte aéreo de passageiros no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABAR. **Associação Brasileira de Agências de Regulação**. Disponível em: <<http://www.abar.com.br>>. Acesso em: 24 abr. 2009.

ABREU, Francesca Emmanuelle Leite Viana. **Análise sistêmica do setor aéreo brasileiro**: propostas para o planejamento do setor. 2008. 139 f. Dissertação (Mestrado em Transportes) – Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2008. Disponível em: <<http://www.transportes.unb.br/paginas/resumo-abstract-francesca-emmanuelle-leite-viana-abreu>>. Acesso em: 03 maio 2009.

ANAC. **Estudo econômico sobre regulação e concorrência no setor de aeroportos**. Superintendência de Estudos, Pesquisas e Capacitação para a Aviação Civil – SEP. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/Volume_Completo2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2009.

_____. **Relatório de desempenho regulatório 2008**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/Relatorio_ANAC_2008_c.pdf>. Acesso em 19 maio 2009

_____. Resolução nº. 002 de 03 de julho de 2006. Regulamentação sobre a alocação de chegadas e partidas de aeronaves em linhas aéreas domésticas de transporte regular de passageiros, nos aeroportos que menciona. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/resolucao/resolucao2.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2009.

_____. Resolução nº. 016 de 27 de fevereiro de 2008. Altera os valores máximos de desconto para as tarifas aéreas internacionais, com origem no Brasil e destino nos países da América do Sul. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/resolucao.asp>>. Acesso em: 19 maio 2009.

_____. Resolução nº. 030 de 21 de maio de 2008. Institui o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil – RBAC e a Instrução Suplementar – IS, estabelece critérios para a elaboração e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/resolucaoConac.asp>> Acesso em: 19 maio 2009.

_____. Resolução nº. 037 de 07 de agosto de 2008. Dispõe sobre a atualização dos limites de indenização do que trata o Título VIII do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBAer. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/resolucao.asp>> Acesso em: 26 maio 2009.

_____. Resolução nº. 55 de 08 de outubro de 2008. Estabelece critérios de utilização do Aeroporto de São Paulo/Congonhas (SBSP) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/resolucao.asp>> Acesso em: 27 maio 2009

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Alexandre (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **REDAE** – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 15, ago./set./out., 2008. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 09 nov. 2007

_____. O conceito jurídico de regulação da economia. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 02, n. 06. Curitiba: Juruá, 2001, p. 59-74.

ARAUJO, Marcos. **Agências reguladoras**. Disponível em: <<http://www.juxtalegem.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Coords.). **Serviços públicos**: estudos dirigidos. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARATA, Martha Macedo de Lima. O setor empresarial e a sustentabilidade no Brasil. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**. Rio de Janeiro, ano 07, nº. 01, 2007. Disponível em: <<http://www.uff.br/revistamarketing/Volume%201/Setor%20Empresarial.pdf>>.

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável**: da teoria à prática. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord). **Agências reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

_____. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **REDAE** – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, ano 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009

BENITEZ, Gisela Maria Bester. Quando, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado contemporâneo deixa de ser empresário? In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coords.). **Direito Empresarial & Cidadania: questões contemporâneas**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 127-153.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**: fundamentos teóricos. V. 1. São Paulo: Monole, 2005.

BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **REDAE** – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, ano 3, ago./set./out. de 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009

BLANCHET, Luiz Alberto. Alterabilidade unilateral do contrato de concessão. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). **Serviços públicos**: estudos dirigidos. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Alexandre Walmott. **Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2003.

BRAGA, Luiz Gustavo Thadeo. Caos aéreo: responsabilidade do Estado em face dos atrasos e cancelamentos de vôos. **Consulex**, Revista Jurídica, ano 11, nº. 249, maio, p. 26-31, 2007.

_____. A regulação do transporte Aéreo. **Consulex**, Revista Jurídica, Brasília, ano 12, nº. 282, out, p. 52-53, 2008.

BRASIL. Decreto nº. 6.780 de 18 fev. 2009. Aprova a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) e dá outras providências.

_____. Decreto nº. 3.564 de 17 ago. 2000. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho de Aviação Civil – CONAC e dá outras providências.

_____. Lei nº. 11.182, de 27 set. 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências.

_____. Lei nº. 8.987, de 13 fev. 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

_____. Lei 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem pública e dá outras providências.

_____. Lei nº. 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. Lei nº. 8031 de 12 abr. 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____. Lei nº. 7.565 de 19 dez.1986. Código Brasileiro de Aeronáutica (Substitui o Código Brasileiro do Ar).

_____. Lei nº. 6.009 de 26 dez. 1973. Dispõe sobre a utilização e a exploração dos aeroportos, das facilidades à navegação aérea e dá outras providências.

_____. Lei nº. 5.862 de 12 dez. 1972. Autoriza o Poder Executivo a constituir a Empresa Pública denominada Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, e dá outras providências.

_____. Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Secretaria De Comunicação de Governo da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>. Acesso em: 24 jun. 2009.

BRUNA, Sergio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas concessões.** São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Agências de Regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro.** Porto Alegre: Safe, 2000.

CANTARINO, Anderson Américo Alves. BARATA, Martha Macedo de Lima. LA ROVERE, Emilio Lebre. Indicadores de sustentabilidade empresarial e gestão estratégica. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração.** Rio de Janeiro, ano 07, nº. 01, 2007. ISSN 1982-2596. Disponível em: <<http://www.uff.br/revistamarketing/Volume%201/Sustentabilidade.pdf>>.

CARBONELL PORRAS, Eloísa; MUÑOZ MUGA, José Luiz. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América.** Madrid: Marcial Pons, 1996.

CARDOZO, José Eduardo Martins. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Coords.) **Curso de Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006. 3 v.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2004

CASAGRANDE FILHO, Ary. **Estado regulador e controle judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CAVALCANTI, André Uchôa. **Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo: tratados internacionais, leis especiais e Código de Proteção e Defesa do Consumidor.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes do; CORRÊA, Leonardo Alves. **Estado regulador**: uma (re)definição do modelo brasileiro de políticas públicas econômicas. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/giovani_clark-1.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2009.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONAC. Resolução nº. 007 de 20 de julho de 2007. Aprova as seguintes Diretrizes referentes ao Transporte Aéreo Brasileiro no mercado internacional. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/resolucaoConac.asp>>. Acesso em: 19 maio 2009.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. (Coord.) **Serviço Público**: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania. Curitiba: Juruá, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. Estado, intervenção, regulação e economia. In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coords.). **Direito Empresarial & Cidadania**: questões contemporâneas. 1. ed. 4 tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 309-329.

CUÉLLAR, Leila. **Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2).

_____. **Introdução às Agências Reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DAC. Portaria nº. 1003/DGAC de 24 de dezembro de 1997. Altera as normas para autorização de vôos charter domésticos de passageiros. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/iac/IAC1227.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2009.

_____. Portaria nº. 988/DGAC de 18 de dezembro de 1998. Estabelece os índices tarifários de referência para o monitoramento das tarifas aéreas domésticas. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/portarias>>. Acesso em: 07 jun. 2009.

_____. Portaria nº. 986/DGAC de 18 de dezembro de 1998. Estabelece os critérios de Liberação das Tarifas Aéreas Domésticas. Disponível em: <<http://www.aerolex.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 2009.

_____. Portaria nº. 731 de 11 de agosto de 2003. Altera dispositivos da Política para os Serviços de Transporte Aéreo Comercial do Brasil. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/portarias/Port0731GC5.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Portaria nº. 447/DGAC de 13 de maio de 2004. Estabelece as regras de funcionamento do sistema de tarifas aéreas domésticas. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/tarifasAereas.asp>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

_____. Portaria nº. 243 de 13 de março de 2003. Dispõe sobre as medidas destinadas a promover a adequação da indústria de transporte aéreo à realidade do mercado. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/portarias/Port0243GC5.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Portaria nº. 187/ DGAC de 08 de março de 2005. Estabelece critérios de utilização dos aeroportos situados nas Áreas de Controle Terminal (TMA) do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/portarias/Port187DGAC.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Portaria nº. 05/GM5 de 09 de janeiro de 1998. Estabelece as Linhas Especiais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/portarias/Port05GMAC.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, Juarez. (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do Estado**. São Paulo: RT, 2007.

DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARES, Ali Taleb. **Novo panorama da responsabilidade civil no transporte aéreo**. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/artigos/Anterior/1731.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2008

FERRAZ, Renée Baptista; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **A estratégia de overbooking e sua aplicação no mercado de transporte aéreo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br>>. Acesso em: 13 mar. 2009

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência**. In: ARAGÃO. Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Natália Santos; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Discussão das abordagens teóricas na investigação de práticas de concorrência predatória no transporte aéreo**. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br>>. Acesso em: 28 jun. 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rev., amp. e atual. até a Emenda Constitucional 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 12).

FIUZA, Eduardo P. S., PIONER, Heleno Martins. **Regulação e concorrência no setor de aeroportos**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/EstudosRegulatorios.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 4. ed. rev. e atual. Rio

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Direito Concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: RT, 2009

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo: RT, 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. (Coord.) **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: contratos**. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia (Uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRASSI NETO, Roberto. Crise no setor de transporte aéreo e a responsabilidade por acidente de consumo. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais Eletrônicos...** Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/roberto_grassi_netto.pdf>. Acesso em 10 dez. 2008

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. As agências reguladoras. **REDAE** – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, ano 6, maio/jun./jul. 2006. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto; SALGADO, Lucia Helena. **A regulação do mercado de aviação civil no Brasil**. Diretoria de Estudos Macroeconômicos. Coordenação de Regulação e Estudo de Mercado do Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 21 dez. 2007.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. **REDAE**– Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1 fevereiro/março/abril, 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em 20 mar. 2008.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEITE, Fabio Barbalho. O controle jurisdicional de atos regulamentares das agências reguladoras diante do princípio da moralidade administrativa. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2001.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A regulação e os direitos do consumidor. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 252.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. **RETE** – Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador, ano 1, mar/abr/maio de 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/revista/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2009.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **RETE** – Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador, ano 1, mar/abr/maio de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2009.

_____. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros: 2006.

MATTOS, César. (Coord.). **A revolução do antitruste no Brasil**: a teoria econômica aplicada a casos concretos. v. 2. São Paulo: Singular, 2008.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado Regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 13)

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 55 de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. **REDE**– Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7 jul./ago./set., 2006. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 06 maio 2009.

MELLO, Vanessa Vieira. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. Portaria nº. 774/GM-2 de 13 de novembro de 1997. Estabelece critérios e procedimentos para a utilização de áreas aeroportuárias, edificadas ou não, de instalações, de equipamentos, de facilidades e de serviços nos aeroportos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/portarias/port774GM2.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2009.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. rev. e actual. Lisboa: Coimbra, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-EGONBOCKMAN.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. Serviço público e concorrência: a regulação do sector eléctrico. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 223-247.

MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Rodrigo Santos. **Função normativa e agências reguladoras: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência: agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros: 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A regulação e o direito da energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de; SILVA, Lucia Helena Salgado e. **Constituição do marco regulatório para o mercado brasileiro de aviação regional**. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br/estudoreg.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **Transporte aéreo: economia e políticas públicas**. São Paulo: Pezco, 2009.

_____. **Liberação econômica e universalização do acesso no transporte aéreo: é possível conciliar livre mercado com metas sociais e ainda evitar gargalos de infraestrutura**. 2008. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

_____. **Regulação da oferta no transporte aéreo: do comportamento de operadoras em mercados liberalizados aos atritos que emergem da interface público-privado**. Série de Documentos de Trabalho, Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação, nº. 024. São José dos Campos, SP. Disponível em: <<http://www.nectar.ita.br/dt024.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2009.

_____. **Estudos dos determinantes dos preços das companhias aéreas no mercado doméstico: reações à entrada de novas empresas e suas implicações concorrenciais**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/arquivos/pdf/EstudosRegulatorios_EdicaoII.PDF>. Acesso em: 22 jun. 2009.

PACHECO, José da Silva. **Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PEREIRA NETO, Caio Mário Silva; CORREA, Paulo. Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº. 3.337/04. In: BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PEREIRA, Guttemberg Rodrigues. Conferência de Direito Aeronáutico 18 a 28 de maio de 1999 – Montreal, Canadá - Convenção para unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/artigos/Anterior/07.htm>>. Acesso em 19 mar. 2009.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: RT, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Contribuições de intervenção no domínio econômico.** São Paulo: Dialética, 2002.

POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa.** 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2007.

PORTO NETO, Benedicto. A regulação e o direito das telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, Rutelly Marques da. Viaje por R\$ 50,00: promoção ou preço predatório. In: MATTOS, César. (Coord.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos.** v. 2. São Paulo: Singular, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Bolívar Moura. **A Regulação da infra-estrutura no Brasil.** São Paulo: Thomson Iob, 2003.

ROCHA, Bolívar Moura; TAVARES, Márcia Prates. Crise, concorrência e regulação no transporte aéreo doméstico brasileiro. In: ROCHA, Bolívar Moura (Org.) **A regulação da infra-estrutura no Brasil: balanço e propostas.** São Paulo: IOB Thomson, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos.** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito Concorrencial: as estruturas.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito Concorrencial: as condutas.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTO JR., Respicio Antonio Espírito. Uma visão estratégica para a administração de aeroportos. In: Conferência Internacional de Capital Privado em Aeroportos. São Paulo, 2009. **Anais...** Disponível em: <<http://www.institutocepta.org>>. Acesso em: 22 maio 2009.

_____. Concentração no transporte aéreo e os possíveis impactos sobre os consumidores, a sociedade e a economia. In: XIV Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes - ANPET, Gramado, 2000. **Anais...** p. 239-251

SANTO JR., Respicio Antonio Espírito; BARREIRO, José Henrique de Lima Corrêa Dieguez; SANTOS, Márcio Peixoto de Siqueira. Flexibilização do transporte aéreo

no Brasil: ingresso numa era de maior competição? In: **Anais...** XII Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes - Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes – ANPET, Fortaleza, 1998. p. 120-164.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SILVA, Beatrice Maria Pedroso da. Agentes Públicos. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Coord.) **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 4. ed. v. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

_____. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 126.

SOUZA, Washington Pelouso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS AÉREOS – SSA. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/anac/ssa.asp>>. Acesso em: 22 maio 2009.

TEORIA do desenho dos mecanismos leva Nobel de Economia. **O Estadão**, São Paulo, 15 out. 2007. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,teoria-do-desenho-dos-mecanismos-leva-nobel-de-economia,65116,0.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

URSINI, Tarcila Reis. BRUNO, Giuliana Ortega. **A gestão para a responsabilidade social e o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/RevistaFAT03_ethos.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2009.

VERISSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)