

# **O LIMITE DE PARTICIPAÇÃO DO CAPITAL ESTRANGEIRO NO SETOR DE TRANSPORTE AÉREO BRASILEIRO – ASPECTOS REGULATÓRIOS**

***FOREIGN CAPITAL LIMITATION IN THE AIR  
TRANSPORT MARKET - REGULATORY ASPECTS***

*Alessandra Japiassú Maia*

*Procuradora Federal, pós-graduada em Direito Público pela ESAP da FGV  
e graduada em direito pela UERJ*

*Sérgio L. B. F. Reis*

*Especialista em Regulação da Agência Nacional do Cinema – ANCINE,  
mestre em direito pela Universidade Cândido Mendes e graduado em direito pela UERJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Estado e o Setor Aéreo; 2 O Cenário do Setor Aéreo Brasileiro; 3 Barreiras à Entrada; 4 Limitações ao Capital Estrangeiro; 5 Efetividade e Concorrência; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo analisa a limitação legal ao capital estrangeiro nas companhias aéreas brasileiras. Esta limitação tem origem em outro período econômico em que prevalecia a idéia da proteção do mercado doméstico nacional como uma estratégia de desenvolvimento econômico. Atualmente, em uma economia e mundo globalizados, esta regra pode ser caracterizada como uma barreira à entrada de novos agentes neste mercado, assim como uma limitação à expansão das empresas já atuantes, que não está de acordo com a modernização econômica brasileira. Desta forma, esta limitação legal deve ser revogada com a finalidade de se criar um melhor e mais competitivo cenário empresarial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Econômico. Regulação. Setor Aéreo. Barreiras à Entrada. Capital Estrangeiro

**ABSTRACT:** This article analyses the legal limitation on foreign capital on Brazilian airlines. The limitation has its origins on another period of the economy in which prevailed the idea of protection of the domestic market as a strategy for economic development. Nowadays, in a globalized world and economy this rule can be characterized as a legal barrier to entry of new agents, as well as a limitation on the expansion of the existing companies, which is not in accordance with Brazilian modernization. Therefore, this legal limitation should be revoked with the objective of creating a better and more competitive business environment.

**KEYWORDS:** Economic Law. Regulation. Airlines. Barriers to Entry. Foreign Capital.

## **INTRODUÇÃO**

O setor aéreo é um mercado bastante especial das mais diversas economias ao redor do mundo e possui certas características que tornam o seu estudo e sua regulação algo complexo e desafiador. A aviação comercial é responsável pelo transporte de uma enorme quantidade de cargas e passageiros diariamente e chega a ser sinônimo de desenvolvimento econômico e social. Uma determinada região possuir um aeroporto ou um país sediar uma grande companhia aérea pode ser compreendido como o alcance de uma posição relevante no cenário internacional. Significa ser absorvido em uma dinâmica empresarial moderna, de um mundo globalizado, onde as relações comerciais acontecem de uma forma cada vez mais ágil.

No entanto, este mercado, assim como outros, possui significativas barreiras à entrada de novos agentes, ou seja, o setor aéreo possui uma dinâmica própria que lhe é peculiar e os recursos envolvidos, assim como a forma de atuação dos agentes, em diversos momentos, funcionam como uma restrição à entrada de novos concorrentes. Em certas hipóteses, em um contra-senso, o próprio Estado acaba por estabelecer limitações à participação de novos agentes.

Por uma questão metodológica, optamos por focar este trabalho em aspectos relativos às empresas de aviação comercial, às companhias aéreas e, em certa medida, ao transporte de passageiros. Tangencialmente iremos abordar aspectos relacionados à infra-estrutura aeroportuária, controle de vôo e outras questões relacionadas a este mercado. Nossa pretensão é abordar algumas questões relativas às barreiras à entrada no referido setor, mais precisamente as barreiras afetas ao Estado, às limitações de capital estrangeiro e de poder de direção, ou seja, limitações criadas pelo Estado que acabam por restringir o exercício pleno da livre iniciativa. O fato de a norma legal que estabelece princípios norteadores do setor trazer limitações à participação estrangeira pode ser considerada como uma restrição à entrada de novos agentes, posto que impede arranjos contratuais e societários que permitiriam a estruturação de novas empresas, assim como a eventual capitalização de agentes já atuantes, ou seja, a possibilidade de crescimento de empresas atuantes neste setor no Brasil.

Ora, se certas condições de acesso ao mercado são necessárias, por exemplo, para organização do tráfego e segurança aéreas, em outras situações podem acabar limitando a entrada ou o fortalecimento de agentes neste setor, o que tende a restringir a competição e,

conseqüentemente, os efeitos sociais positivos relativos a um mercado que opera em regime concorrencial, quais sejam, a diminuição do valor das tarifas e de custos operacionais, o estímulo à inovação, profissionalização da gestão, um aprimoramento da qualidade nos diversos momentos da operação, desde a manutenção até o consumidor, entre outras. Vantagens estas que são derivadas da competição e criam, além dos pontos observados, alguns benefícios indiretos, como a capacidade de competir em novos mercados, inclusive internacionais.

Desta forma, deve-se ter em mente que a livre concorrência não pode ficar restrita à letra do texto constitucional e ser vista como um princípio abstrato e de difícil aplicação prática. Entendemos que uma das interpretações cabíveis para a noção de livre concorrência e iniciativa é que estes princípios devem nortear a intervenção do Estado e servir para restringir as hipóteses em que esta se faça necessária. Os mais diversos mercados devem ser acessíveis para os mais variados empreendedores que anseiem por realizar uma atividade econômica. A existência de um mercado competitivo é algo que deve ser valorizado e prezado, conforme a ordem constitucional iniciada com a Carta Magna de 1988. Desta forma, o Estado, ao elaborar uma norma que tenha por finalidade intervir em um determinado segmento da atividade econômica, deverá refletir sobre a coerência desta intervenção em relação ao modelo sócio-econômico vigente e, neste contexto, acerca de eventuais danos à concorrência que podem derivar desta norma. Caso a intervenção e o prejuízo à competição sejam inevitáveis, isto deverá ser ponderado com outros princípios para que cause o menor impacto possível.

É preciso ressaltar, ainda, que a concorrência no setor aéreo traz benefícios não só para os usuários diretos deste serviço, mas para toda a coletividade, posto que eventuais ganhos de eficiência tendem a ampliar o bem estar social de toda a coletividade. A possibilidade de enviar uma encomenda, uma peça de reposição de uma máquina, do sul para o norte do país, de uma forma rápida e econômica, não é somente vantajoso para o receptor e o remetente desta encomenda, mas também para eventuais compradores dos bens produzidos com aquela máquina. Um transporte mais eficiente de empresários tende a criar um ambiente favorável aos negócios. Custos de passagens aéreas reduzidos tendem a incrementar o turismo em certas regiões, o que acarreta a ampliação do comércio e da construção civil.

Desta forma, é importante destacar que não estamos falando de um setor isolado, mas de um mercado com grande relevância para toda

a economia nacional e que a barreira à entrada neste setor e eventuais limitações da concorrência, acabam por impactar na economia como um todo.

## 1 O ESTADO E O SETOR AÉREO

Devido à importância do setor aéreo, já abordada anteriormente, houve a necessidade do Estado intervir nesta atividade em diversas jurisdições, tendo em vista que a aviação, em seus primórdios, teve uma significativa relação com o setor militar, até mesmo por considerar aspectos de soberania e segurança nacional envolvidos. Houve a atuação militar neste setor, seja de forma indireta, na estruturação do espaço aéreo e seus mecanismos de controle de tráfego, seja diretamente, através de órgãos que disciplinavam a aviação civil.

Cabe também chamar a atenção para o fato de que, no âmbito civil, a aviação foi amplamente disseminada pelo Estado por conta do serviço de correios, atividade que continua sendo exercida em regime de monopólio pelo Estado em diversos países até os dias de hoje. O transporte aéreo de correspondências e pequenas cargas foi de grande importância para demonstrar o potencial da exploração desta atividade econômica, inicialmente utilizado diretamente pelo Estado, e que, ao longo do tempo, teve algumas etapas delegadas à iniciativa privada. Deve ser feita menção ao modelo de contratação do United States Postal Service, os correios norte-americanos, em que havia indiretamente uma idéia de indução e de estímulo à exploração privada da atividade de transporte aéreo<sup>1</sup>, além da função direta, que seria conferir eficiência à operação dos correios.

Após a observação de que a intervenção do Estado ocorreu, em um primeiro momento, tanto na esfera militar como no serviço de correios, é preciso abordar que, na exploração da aviação civil, houve a adoção de variados modelos de estruturação da exploração econômica e da intervenção do Estado, que variam conforme as características político-sociais de cada país.

Em diversos países houve a opção por uma atuação direta do Estado<sup>2</sup>, em que este criava e era o titular de uma ou mais companhias

---

1 É necessário observar que em diversos momentos a atividade de transporte de passageiros e de cargas caminha em paralelo, ou seja, estímulos a uma dessas atividades tendem a ter efeitos positivos também na outra. Ressaltamos, no entanto, a existência de empresas atuantes tão somente no mercado de transporte de cargas.

2 Neste ponto, cabe menção a lição do professor José Tomás Baganha ao descrever o modelo português, vigente até os dias de hoje: "Trata-se, pois, de um sector eminentemente público: pelo capital, pelos

aéreas. A atividade econômica estava inserida num contexto mais amplo de concretização de políticas públicas e também tinha relação com aspectos geopolíticos. Citando como exemplo a Air France, observa-se que na atuação desta empresa, dentre os diversos objetivos, pode ser observada uma busca para manter a relação da França com suas ex-colônias africanas e americanas. Projetos como o do Concorde, independentemente de sua custosa operação, tinham por finalidade projetar a Inglaterra e a França como centros de excelência em desenvolvimento aeronáutico.

Em países da antiga União Soviética, países comunistas, as companhias aéreas eram estatais e possuíam aspectos operacionais bastante diversos. Empresas como a Aeroflot, de origem russa, possuíam a finalidade de aproximar os diversos países que compunham a União Soviética e países amigos. Serviam como instrumento de propaganda da indústria aeronáutica russa e a operação de linhas áreas regulares funcionavam como um termômetro para se aferir as relações diplomáticas entre o regime russo e outros países.

Países liberais, tais como os Estados Unidos, optaram por modelos de delegação da exploração pela iniciativa privada, nos quais o Estado atuava como um agente regulador, o Civil Aeronautics Board – CAB, em que havia significativa regulação de preços e de entrada e saídas das empresas. No que diz respeito às tarifas, o CAB adotava padrões de remuneração e de subsídio cruzado entre rotas longas, mais lucrativas, e rotas curtas. Em relação à entrada e saída de empresas, o procedimento era bastante restritivo e complexo<sup>3</sup>. Em dado momento, o dinamismo da economia norte-americana permitiu a desregulação

---

modelos de gestão, pelos interesses públicos em jogo. A natureza exclusivamente pública destes não isenta, todavia, aquelas empresas da sujeição aos princípios do direito da concorrência e da regulação econômica, impostos pela necessidade de contornar as evidentes 'falhas de mercado' [...]. BAGANHA, José Tomás. A Regulação na Aviação Civil em Portugal, no Quadro da União Européia. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, No. 3, Ano 1, julho 2003.

- 3 Cabe menção ao disposto pelo pesquisador Leandro Novais e Silva: "Quanto à regulação de entrada e saída de companhias aéreas, a atuação do CAB foi ainda mais severa. No começo da regulação, em 1938, 16 companhias aéreas receberam os certificados de transporte e começaram a operar. De 1938 a 1978 a agência não permitiu a entrada de uma só empresa, negando 74 pedidos para funcionamento de nova empresa aérea entre 1950-1974. Nos anos iniciais de desregulamentação, somente 10 companhias restaram; seis empresas desapareceram por meio de fusões. O processo de permissão de funcionamento de uma nova companhia aérea era dispendioso e demorado, gerando enorme custo regulatório. Em algumas situações, o CAB permitia a entrada de novas empresas nos serviços aéreos locais, restringindo a atuação nas rotas comerciais mais lucrativas, culminando com o processo de moratória de rotas entre 1969-1974. Em raras circunstâncias, fora do período da moratória, e em mercados de alta densidade, o CAB permitia a entrada de uma nova empresa. Nesses casos, a autoridade regulatória preferia o aumento

deste setor, um fenômeno bastante estudado dentro deste tema e tido por muitos como um objetivo a ser alcançado para regulação em outros setores da economia.

No Brasil houve a opção inicial por um modelo em que havia a exploração puramente privada do serviço de transporte aéreo de passageiros, algo relativamente desregulado. Neste contexto surge a Pan Air na década de 30, subsidiária da empresa norte americana Pan Am. Em 1965, durante o regime de exceção, foi cassada a autorização para operar da Pan Air, o que caracterizou uma ação desmedida do regime militar, assim como um interesse em estabelecer um novo norte para o setor de aviação civil. Com o fim da Pan Air, parte de suas rotas e de seu patrimônio foi incorporado à Varig, uma empresa nascida em 1927, mas que ganhou espaço com a derrocada da maior empresa então atuante no setor. De forma implícita, e em certos momentos explícita, fica claro o interesse do governo no fortalecimento de uma empresa nacional no setor aéreo, surgindo uma relação afetuosa da Varig com o Estado.

Ao longo do tempo acaba ocorrendo um movimento de concentração no mercado brasileiro, sendo a Varig o agente com posição dominante. Do ponto de vista do governo, é interessante instrumento de propaganda a existência de uma empresa nacional que leve a bandeira brasileira a diversos continentes, assim como uma empresa com rotas que alcancem pontos remotos de um país continental. O respeito ao porte da empresa fica claro quando esta passa a integrar a *Star Alliance*<sup>4</sup>, em 1997.

Durante o regime militar, a intervenção no mercado é significativa, o setor está imerso em uma burocracia complexa e pouco transparente; existia inicialmente a previsão de um modelo de regulação que buscava estimular a concentração de empresas, exercer o controle de entrada e de definição de linhas. Em paralelo, existia um regime de tarifas estruturado pelo Estado, pouco competitivo. Neste ponto, reproduzimos os comentários do pesquisador Eduardo Augusto Guimarães:

---

do número de competidores a uma redução das tarifas. De qualquer forma, a agência não permitia mais do que duas ou três companhias servindo a mesma rota.”

SILVA, Leandro Novais e. “Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil – Parte I – A desregulação nos EUA. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 14, ano 4, abril 2006.

4 A *Star Alliance* é um acordo operacional entre empresas aéreas de forma a otimizar sua capilaridade e alguns aspectos de rede inerentes ao setor. Existem outros acordos do gênero envolvendo conjuntamente mais de duas empresas aéreas.

[...] um regime regulatório cuja razão de ser é proteger a estrutura vigente da indústria, como ocorreu no setor de transporte aéreo, ao abolir a concorrência e implementar uma política de preços que tem por base o nível de custos da indústria, acaba por sancionar a ineficiência das empresas que a compõem. Assim, se o processo de concorrência premia a empresa eficiente com lucro e pune a ineficiente com a exclusão do mercado, a regulação pode até premiar os produtores mais eficientes, que se destacam de seus pares, assegurando-lhes maior margem de lucro, mas não pune a empresa ineficiente – pelo contrário, garante a sua sobrevivência e assegura-lhe mesmo alguma margem de lucro<sup>5</sup>.

Dentro deste cenário é criado o Código Brasileiro do Ar, o Decreto Lei No. 32 de 1966<sup>6</sup>, posteriormente sucedido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei No. 7.565/86.

Observando o artigo 21, inciso XII da Constituição Federal<sup>7</sup> fica estabelecido que a competência pela exploração dos serviços de navegação aérea será da União, podendo este serviço ser explorado por terceiro mediante autorização, concessão ou permissão. No Código Brasileiro de Aeronáutica é definido no artigo 175<sup>8</sup> o escopo deste

---

5 GUIMARÃES, Eduardo Augusto; SALGADO, Lucia Helena. In *A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil*. Nota Técnica 2, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diretoria de Estudos Macroeconômicos – Coordenação de Regulação e Estudos de Mercado. Rio de Janeiro, out. 2003. p. 3.

6 Observamos que nossa abordagem deste texto legal não pôde ser aprofundada dada a dificuldade de acesso a este texto, que não consta sequer no sítio oficial do governo, que funciona como um repositório.

7 Em seguida reproduzimos o caput do artigo 21 e a alínea “c”, do inciso XII, da CRFB/88 com pretensão didática:

Art. 21. Compete à União:

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

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

8 Para melhor didática, abaixo reproduzimos o artigo 175, do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei No. 7.565/86:

Art. 175. Os serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional.

§ 1º A relação jurídica entre a União e o empresário que explora os serviços aéreos públicos pauta-se pelas normas estabelecidas neste Código e legislação complementar e pelas condições da respectiva concessão ou autorização.

§ 2º A relação jurídica entre o empresário e o usuário ou beneficiário dos serviços é contratual, regendo-se pelas respectivas normas previstas neste Código e legislação complementar, e, em se tratando de transporte público internacional, pelo disposto nos Tratados e Convenções pertinentes (artigos 1º, § 1º; 203 a 213).

§ 3º No contrato de serviços aéreos públicos, o empresário, pessoa física ou jurídica, proprietário ou explorador da aeronave, obriga-se, em nome próprio, a executar determinados serviços aéreos, mediante remuneração, aplicando-se o disposto nos artigos 222 a 245 quando se tratar de transporte aéreo regular.

serviço público e, em seus respectivos parágrafos, são estabelecidas linhas gerais desta relação. Cabe, ainda, observar que, por questões afetas à soberania e segurança nacional, a aviação comercial ficou submetida a regras oriundas de órgãos militares. De forma curiosa, por exemplo, o Departamento de Aviação Civil, apesar do nome, tinha tradicionalmente em sua composição uma preponderância de militares da Força Aérea. Recentemente, em 2005, houve a opção por uma nova modalidade de intervenção estatal no setor de transporte aéreo civil, mais especificamente, houve a escolha por delegar as questões afetas a este setor a uma agência reguladora, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Esta agência passou a ter atribuição de regular o setor sob um novo enfoque, conferindo um dinamismo necessário à intervenção do Estado e ao mesmo tempo observando preceitos relevantes à política de Estado de longo prazo, essenciais para esta atividade econômica.

Em que pese a busca de um novo desenho estatal para a intervenção no setor aéreo, ainda existem significativas barreiras à entrada neste setor. Algumas dizem respeito às características do setor, tais como a existência de altos custos operacionais e de aquisição de aeronaves e da estrutura necessária para iniciar uma operação, assim como os gastos com marketing voltados à atração de clientes. Inobstante às barreiras associadas ao perfil do setor, existem também significativas barreiras legais à entrada de novos agentes, ou seja, marcos legais que servem como restrição à operação de novos agentes. Neste trabalho abordaremos uma destas barreiras, qual seja, a limitação ao capital estrangeiro e ao exercício da direção por estrangeiro.

## 2 O CENÁRIO DO SETOR AÉREO BRASILEIRO

Nesta análise do setor aéreo não pretendemos exaurir o tema, mas traçar uma objetiva exposição do atual cenário, principalmente no que diz respeito ao objeto deste trabalho. No ano de 2008, conforme dados do anuário da ANAC<sup>9</sup>, as empresas brasileiras de transporte aéreo regular apresentaram perdas elevadas por questões afetas ao cenário internacional. No entanto, o faturamento alcançado, R\$ 18,5 bilhões, foi o mais expressivo nos últimos anos. Merece destaque a recuperação do segmento internacional das empresas aéreas brasileiras, no que diz respeito à geração de receitas, voltando a crescer depois de dois anos de

---

9 Utilizamos dados relacionados ao anuário da ANAC do ano de 2008. Observamos que no momento em que este trabalho começou a ser elaborado ainda não estava disponível o Anuário de 2009. Ademais, os dados utilizados servem para reflexões acerca de questões tangenciais ao objeto deste trabalho não havendo uma influência em relação ao objetivo principal.

retração com a paralisação da Varig. Observa-se, ainda, que somente no mercado doméstico o faturamento foi na ordem de R\$ 14,2 bilhões.

Em 2008 são iniciadas as operações da Azul, uma empresa voltada ao transporte aéreo regular de passageiros, tendo como proposta ser uma companhia aérea *low cost*. Seu sócio fundador, o Sr. David Neeleman, é um empresário com significativa experiência no setor aéreo, tendo empreendido em diversas áreas deste setor e tendo um grande sucesso com a companhia aérea JetBlue. Um fato que chama a atenção é que o Sr. David Neeleman, na forma como está a atual legislação, somente pode ser o titular de parcela de mais 20% da empresa Azul e exercer a direção da empresa pelo fato de ter nascido no Brasil e para todos os efeitos ser considerado brasileiro nato, mesmo considerando que o Sr. Neeleman tinha pais norte-americanos e se mudou do Brasil aos cinco anos de idade. Ora, se o Sr. Neeleman não tivesse nascido no Brasil, na forma da atual lei não poderia exercer as atividades de direção de uma empresa aérea e não poderia empreender no Brasil. Possivelmente a Azul não existiria.

Outro ponto relevante está no fato de que, com a aquisição da Varig pela Gol, estas duas nomenclaturas passaram a significar meramente marcas utilizadas para identificar os serviços prestados pela empresa resultante da fusão que atua como VRG Linhas Aéreas. De forma interessante, observa-se que a Varig, apesar das dificuldades financeiras que a envolveram por um longo tempo, ainda possuía um capital intangível significativo, seja na força da marca Varig, seja no seu programa de fidelidade *Smiles*, seja nos *slots* e na estrutura que a empresa possuía nos diversos aeroportos. Analisando sob outra perspectiva, fica evidente que no mercado brasileiro a construção de uma marca pode ser uma barreira à entrada e ao crescimento de um novo agente, com significativos custos afundados em publicidade e marketing, e até mesmo para obtenção de uma marca que goze de penetração em relação a consumidores efetivos e potenciais.

Aspecto igualmente relevante diz respeito à importância dos *slots* como forma de obter uma posição de mercado favorável, tanto no que diz respeito à possibilidade de criar uma estrutura de conexões que permita a formação de uma rede aérea, como na possibilidade de a empresa conseguir acesso aos mercados brasileiros mais importantes e lucrativos como, por exemplo, a Ponte Aérea Rio (Santos Dumont) e São Paulo (Congonhas)<sup>10</sup>.

---

10 Em relação aos *slots*, cabe menção ao trabalho do Professor Alessandro Vinicius Marques de Oliveira, em cuja conclusão é afirmado: "Os resultados apontaram para a significância de indicadores de concentração

Uma característica que chama a atenção diz respeito à concentração neste mercado. Tal fato pode ser observado em vários dados e análises do setor. Neste trabalho, optamos em trazer, especificamente, os dados relativos à oferta de assentos-quilômetros no mercado doméstico, pois entendemos que estes podem ser uma boa referência, uma vez que dizem respeito à oferta. Com base em dados do Anuário da ANAC de 2008, a Gol ofereceu 38,4%, a Varig 5,9% e a Tam tinha uma oferta que correspondia a 48,9% do mercado. Somente 6,7% dos assentos-quilômetros oferecidos correspondiam a outras empresas aéreas diferente das três que, de fato eram duas, conforme anteriormente mencionado. Este dado deixa aparente a significativa concentração do setor. Sem querer adentrar na questão de uma possível eficiência deste duopólio, observa-se que a possibilidade de entrada de novos agentes neste setor seria uma forma de estimular a concorrência e, conseqüentemente, trazer efeitos sociais positivos derivados de um ambiente competitivo. Em que pese o fato de que nos dados analisados ainda não existir a empresa Azul, observa-se que as barreiras legais à entrada de novos agentes não tendem a ser algo desejável em setor tão concentrado.

Neste capítulo relativo ao cenário aéreo cabe ainda observar que, com base em dados do citado anuário da ANAC, nas rotas internacionais, as empresas nacionais oferecem uma rivalidade relativa. Em rotas para países da América do Sul, as empresas Tam e Gol conseguem ter uma boa participação de mercado e, em um passado recente, até mesmo adquiriram empresas sul-americanas. Alguns dados permitem inferir que as empresas aéreas brasileiras têm tido competitividade na América do Sul, com participações de mercado significativas no transporte aéreo de cargas e de passageiros.

No entanto, quando o cenário analisado diz respeito às rotas para Europa ou América do Norte, observa-se uma participação pequena das empresas citadas, ressaltando-se, por exemplo, que a Gol/Varig sequer opera vôos para tais destinos. Desta forma, os dados transmitem a idéia de uma pequena participação das empresas brasileiras no transporte de/para estes países, o que, de certa forma, demonstra uma dificuldade dos agentes brasileiros conseguirem ter uma participação significativa ou

---

no deslocamento do poder de mercado e para a necessidade de aprimoramento da qualidade de alocação de *slots* como recursos essenciais nesse setor; devendo, portanto, ser perseguidos mecanismos facilitatórios de acesso pelas autoridades regulatórias". OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. "Acesso a Recursos Essenciais e Poder de Mercado: Estudo de Caso da Concessão de *Slots* em Aeroportos no Brasil" in II Prêmio SEAE: *Monografias em defesa da Concorrência e Regulação Econômica* 2007. Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico. Brasília: SEAE, 2009.

capacidade de rivalizar com empresas estrangeiras atuantes nestas linhas de uma forma mais eficaz. Em outras palavras, destinos mais competitivos e lucrativos, que envolvem agentes com significativo porte econômico, tradição e capacidade de inovação, simplesmente não conseguem ser alcançados, ou não são desejados, pelas empresas brasileiras. Existe um duopólio nacional que aparentemente não consegue ser competitivo em mercados nos quais a concorrência é mais acirrada.

Diante do cenário exposto neste capítulo, pode ser concluído que não haveria um prejuízo associado à entrada de novos agentes no mercado brasileiro de transporte aéreo regular de passageiros. Destaca-se que este é um mercado em crescimento, que aparentemente tem potencial para manter esta tendência, que é bastante concentrado no mercado doméstico. E esta concentração não cria empresas nacionais com a possibilidade de rivalizar<sup>11</sup> com os agentes estrangeiros nas rotas para os Estados Unidos e Europa.

### 3 BARREIRAS À ENTRADA

A decisão de um agente/empresa de entrar em um mercado é uma decisão complexa, que envolve uma série de questões e de decisões. Podemos mencionar inicialmente a necessidade de capital, que tende a ser uma questão de grande relevância em um empreendimento; a dificuldade de estruturar um plano de negócio que estime todos os riscos e benefícios de uma determinada atividade; a existência de informações e *know how* que não são de domínio público; a dificuldade de compreender a racionalidade dos concorrentes efetivos e potenciais e assim por diante.

Destacamos ainda que o sistema normativo também influencia a decisão de entrada. Uma análise da estrutura legal de uma jurisdição nos seus mais diversos aspectos e, principalmente, do tratamento normativo dado ao setor em que se pretende atuar tem um peso significativo na decisão de entrada. Regras e normas claras e estáveis podem servir como um atrativo, conferindo certa segurança para a decisão. Por outro

---

11 Em certas hipóteses, discute-se as vantagens da concentração no mercado doméstico com a finalidade de estimular a criação de um "national champion" apto a competir em mercados internacionais, possivelmente mais competitivos. Houve situações no setor aéreo em que a visão política seguia neste sentido. No Brasil, por exemplo, cabe menção a atuação da Embraer antes de sua privatização. Para maiores informações sugerimos o trabalho – GOLDSTEIN, Andrea. "Embraer from National Champion to Global Player", Cepal Review No. 77. p. 97-115. Para uma visão econômica relativa a noção de "national champion", cabe menção ao artigo: "Footloose Monopolies: Regulating a National Champion", CALZOLARI, Giacomo; SCARPA, Carlo. *Journal of Economics & Management Strategy*, vol. 18, Issue 4, p. 1179-1214, Winter 2009.

lado, um sistema obtuso e instável gera um risco para o investimento que precisa ser considerado. Cabe menção à lição dos professores Baird, Gertner e Picker:

In many instances, a legal rule has dramatic effects even though it attaches consequences to actions that individuals never take, regardless of whether the legal rule is in place or not. By attaching consequences to this combination of actions, a legal rule leads individuals to shift from one combination of actions to another<sup>12</sup>.

Neste ponto é preciso ainda destacar que, se analisado sob uma ótica conservadora, a resposta recorrente, em inúmeras hipóteses, é a de que é mais seguro simplesmente não entrar. A adoção de um comportamento inerte é explicada em uma estratégia de aversão a riscos.

No entanto, existem agentes/empresas com uma motivação empreendedora, ou seja, após uma análise dos riscos e benefícios envolvidos, estes agentes estão dispostos a dar um passo adiante e encarar a empreitada de se estabelecer em um novo mercado. Estão dispostos a concretizar os preceitos constitucionais relativos à livre iniciativa. Em contraponto ao empreendedorismo dos entrantes, existe a resistência dos agentes atuantes naquele mercado, que não têm interesse na entrada de um novo concorrente<sup>13</sup>.

Dentro deste contexto, ganha relevância a análise acerca do que deve ser entendido como condições de entrada em um mercado. De uma forma objetiva, quanto mais fácil a entrada, mais competitivo será este mercado. A vantagem de um mercado competitivo está no fato de que haverá estímulos para um constante desenvolvimento da eficiência, da inovação e da oferta aos consumidores de uma diversidade de opções, essas e outras vantagens advindas da pressão competitiva. Um maior número de agentes tende a criar um ambiente competitivo, que gera ganhos sociais. Neste ponto, dada a sua clareza, cabe reproduzir as lições dos professores Viscusi, Harrington e Vernon:

---

12 BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press. Cambridge, MA, EUA, 1998. p. 268.

13 O Professor George Stigler ao analisar os benefícios que o Estado pode fornecer a uma indústria expõe: “Propomos a hipótese geral: toda indústria ou toda ocupação que tem poder político suficiente para utilizar o Estado procurará controlar acesso à entrada. Além disso, a política regulatória muitas vezes será moldada de forma a retardar a taxa de crescimento de novas empresas”. No presente trabalho observamos ambas as idéias expostas pelo professor uma vez que a limitação de participação estrangeira terá esses dois impactos como será visto adiante. STIGLER, George J. “A Teoria da Regulação Econômica” in *Regulação Econômica e Democracia – o Debate Norte-Americano*. São Paulo: 34, 2004. p.27

Entry conditions are important for two reasons. First, the number of active firms is partially determined by the cost of entry as well as other factors such as economies of scale. Thus, entry conditions play an important role in determining concentration. Second, entry conditions determine the extent of potential competition. It is generally believed that a credible threat of entry will induce active firms to compete vigorously.<sup>14</sup>

Diante da visão exposta sobre condições de entrada, pode-se concluir que, quanto menor forem às condições de entrada, existe a perspectiva de um maior número de agentes em dado mercado atuando em um ambiente competitivo. De forma complementar, observa-se que, mesmo que o número de agentes seja pequeno, o potencial de entrada de novos agentes servirá como um estímulo à manutenção de preços competitivos, posto que a prática de preços acima de um determinado padrão tende a estimular a entrada de novos agentes<sup>15</sup>.

Com significativa afinidade com a noção de condições de entrada, existe a idéia de barreiras à entrada. Estas barreiras servirão como uma limitação, ou até mesmo uma restrição, para que determinado agente passe a atuar em um setor. Em outras palavras, são os mais variados motivos que impedem a penetração de um novo agente em certo mercado. O conceito pode ser ampliado também para a idéia de barreiras ao crescimento, ou seja, a ampliação da participação dos agentes atuantes em dado mercado<sup>16</sup>.

Uma observação cabível diz respeito ao fato do conceito de barreiras à entrada ser tratado tanto sob o prisma do direito antitruste como do direito regulatório. O conceito será o mesmo, posto se tratar de uma lógica apropriada da economia, o que irá variar será a sua forma de aplicação em vista do seu objetivo. No direito antitruste, principalmente na análise de atos de concentração às limitações à entrada, serão tratadas de uma determinada forma no que diz respeito a um cenário que permita as duas empresas fusionadas abusar de sua

14 VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4. ed. Cambridge, MA, EUA: MIT Press, 2005. p. 164-165.

15 A doutrina aborda também os conceitos de “condições de saída” ou “barreiras à saída”. Nestes existe a idéia de que quanto menor for a dificuldade para que um agente deixe de atuar em um dado segmento, melhor sob o prisma concorrencial.

16 Neste sentido, cabe menção a lição do professor Richard Whish: “The Commission considers that barriers to expansion and entry are factors that make entry impossible or unprofitable while permitting established undertakings to charge prices above the competition level”. WHISH, Richard. “Competition Law”. 6. ed. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2009. p. 42.

posição dominante. Por outro lado, no âmbito regulatório, estas barreiras devem ser analisadas em outro contexto e estarão relacionadas com a estrutura do mercado e com os objetivos das políticas públicas afetos a este. Nesta perspectiva, dentro deste gênero tido como barreiras à entrada tratada acima, pode ser estabelecida uma espécie, que seriam as barreiras à entrada, que têm origem na intervenção estatal reguladora. O fato em comum nas duas hipóteses é que tais barreiras tendem a ser um limitador da concorrência.

Neste contexto, um direito de exclusivo concedido através de uma patente cria um monopólio legal para o titular de uma invenção, em que pese os diversos debates envolvendo o direito patentário, este direito de exclusividade tem fundamento na lei e cria restrições ao uso por terceiros daquela tecnologia protegida. Será uma barreira à entrada de outros agentes tendo por fundamento a lei. Podemos observar também que, nos processos de desestatização, em que certos momentos são licitados lotes, serviços ou partes de um todo, haverá a exclusão de terceiros, quais sejam, os agentes que não adquiriram o direito. Como exemplo, podemos mencionar os leilões realizados no setor de telecomunicações. A restrição legal pode até mesmo ser técnica, por exemplo, na impossibilidade de dois aviões decolarem ou aterrissarem ao mesmo tempo em um aeroporto por questões afetas à segurança de vôo, fato que acabará influenciando na forma como os espaços para pousos e decolagens poderão ser regulados.

Diante do exposto, podemos constatar que o ideal é que os diversos marcos regulatórios não influenciem no ambiente concorrencial ou que alterem o mínimo possível<sup>17</sup>. No entanto, é relevante observar que, em certas situações, os marcos regulatórios podem efetivamente servir como uma barreira à entrada. Entendemos que esta barreira pode existir desde que fundamentada no interesse público inerente à questão e balizado no sistema constitucional e jurídico pátrio. Uma ofensa direta à Constituição poderia ocasionar a não recepção de certo marco regulatório ou a eventual declaração de sua inconstitucionalidade, através do controle direto ou difuso de constitucionalidade. O não atendimento ao interesse público é algo cuja aferição em certos casos é óbvia, mas em outras situações pode ser bastante complexa, que demande ampla análise, podendo se mostrar até mesmo inconclusiva.

17 Dentro deste tema, consideramos oportuno reproduzir o disposto pelos professors Sullivan e Grimes: "Competition, if feasible, is the most powerful incentive for productive efficiency. Regulators should be empowered to reduce entry constraints when actual or potential rivalry begins to encroach [...]". SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Estados Unidos: Thomson/West, 2006. p. 750.

De acordo com a linha adotada neste trabalho, entendemos relevantes certas lições trazidas pelos professores Viscusi, Harrington e Vernon, abaixo reproduzidas:

The concept of barriers to entry lacks clarity, and one is never sure what to do with it. [...] The best advice we can offer is to perform a two-stage inquiry. In the first stage, carefully examine the assumptions underlying the particular argument that something is a barrier. Determine whether it is indeed true that existing firms can maintain price above cost while deterring entry. In the second stage, consider whether there is a policy that could “remove” the barrier and improve social welfare<sup>18</sup>.

Resumindo esta análise em dois estágios preconizada pelos professores mencionados, entendemos que as restrições ao capital estrangeiro e a atuação de não-brasileiros prevista em lei têm as características de uma barreira à entrada, mais especificamente, uma barreira de fundamento legal, conforme será mais profundamente analisado no capítulo seguinte. Evoluindo para o segundo estágio da análise, entendemos que estas barreiras podem ser removidas de uma forma simples, através da revogação expressa do dispositivo que trata da questão. E com o fim desta barreira, os benefícios sociais tendem a ser um incremento na concorrência e todas as vantagens derivadas de um ambiente competitivo.

#### 4 LIMITAÇÕES AO CAPITAL ESTRANGEIRO

A intervenção do Estado em vários setores está intimamente relacionada à criação de marcos regulatórios. Certos marcos são estabelecidos diretamente em norma que regula um dado setor, por exemplo, uma lei pode servir para estabelecer um norte, que posteriormente será complementado pela atuação de um agente regulador. Sob uma perspectiva hierárquica, as leis elaboradas e aprovadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo são hierarquicamente superiores às normas elaboradas pelos agentes reguladores de um dado setor.

No setor aéreo está em vigor a Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei No. 7.565/86, doravante denominado “CBA”. Posteriormente, em 2005, entrou em vigor a Lei No. 11.182/05, que altera tacitamente certos pontos do CBA e estabelece alguns princípios que servem

18 VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, JR, Joseph E.; VERNON, John M. op. cit. p. 172.

para a interpretação do disposto no CBA, que foram integrados ao ordenamento na mesma hierarquia e trata-se de lei posterior. Sob certa perspectiva, houve a atualização de alguns marcos regulatórios dispostos no CBA.

No entanto, permanece em vigor norma voltada a estabelecer a necessidade de um nacional de um concessionário de transporte aéreo restringir o capital estrangeiro nestas empresas, assim como limitar a brasileiros o poder de direção, conforme o disposto nos artigos 180 e 181 do CBA, abaixo reproduzidos:

### Da Concessão ou Autorização para os Serviços Aéreos Públicos

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

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

I - sede no Brasil;

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

III - direção confiada exclusivamente a brasileiros.

Inicialmente, é preciso observar que o CBA é uma norma oriunda de um período no qual o Estado assumia uma forma diversa de atuação. Com a Constituição de 1988, ganham vulto os princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência, o Estado passa a ter uma atuação subsidiária<sup>19</sup> em relação aos agentes que concorrem livremente no mercado. Posteriormente, é estabelecida no Brasil a idéia da intervenção estatal na economia, na forma de um Estado Regulador, associado à idéia de desestatização, mas também à idéia de correção de falhas de mercado

19 Em relação a idéia de subsidiariedade podemos citar o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca que dispõe: "A intervenção do Estado no setor econômico deve ocorrer também para propiciar o equilíbrio, e, nestas condições, será ela supletiva, exigida e limitada no tempo, para que não se fira o princípio da livre iniciativa no campo econômico". FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. Quarta edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 239. Neste tema, também consideramos a obra: TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

em determinados setores da economia. Existem situações nas quais o Estado intervém com a finalidade de buscar reequilibrar o mercado, neste sentido cabe menção a lição dos professores Sullivan e Grimes, “(...) In general we leave markets alone when they are functioning reasonably well. But we intervene both when they fail badly or when politically approved goals are beyond their reach”.<sup>20</sup>

Dentro deste contexto, fica estabelecida a idéia de que a intervenção em certas atividades deve ser a menor possível e na medida do necessário. No entanto, há de se convir que as limitações do artigo 181 do CBA são significativas e de grande repercussão no mercado, por dizer respeito ao capital e às pessoas com capacidade de exercer os poderes de direção.

Existe uma intervenção que não goza mais de fundamento constitucional e social. Esta limitação também não está de acordo com a reestruturação estatal e o modelo de Estado desenvolvimentista adotado no texto constitucional. Neste ponto, cabe menção à lição do Professor Calixto Salomão:

A substituição da preocupação econômica com os resultados, pela preocupação jurídica com os valores, mesmo no campo econômico importa em mudança relevante. Igualdade de oportunidades, inclusão no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais, cooperação, menos que resultados econômicos passam a compor o quadro valorativo de construção de uma democracia econômica. Aí o verdadeiro impacto desenvolvimentista da análise jurídica.<sup>21</sup>

Em diversos setores de grande relevância para a economia nacional houve a alteração de paradigma constitucional e infraconstitucional, com a finalidade de que estes setores refletissem a mudança institucional derivada da Constituição de 1988. Sem a pretensão de exaurir o tema, podemos fazer menção ao fim do monopólio da exploração de petróleo, ao movimento de desestatização dos sistemas de telecomunicação nacionais, à alteração do regime de resseguros no país e às alterações no regime do transporte marítimo dentro do país.

Por se tratar de um exemplo envolvendo o setor de transportes e dizer respeito à nacionalidade dos agentes e, por fim, se tratar de um

20 SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. op. cit. p. 739.

21 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento* in *Regulação e Desenvolvimento*. Calixto Salomão Filho (coord). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57.

mercado regulado, iremos analisar um pouco mais a situação envolvendo a navegação de cabotagem e interior. Neste setor houve a alteração de marcos estabelecidos em sede constitucional, para que o setor pudesse se adequar aos princípios e paradigmas constitucionais e sociais. No texto original da Constituição de 1988 havia a seguinte redação:

*Art. 178. A lei disporá sobre:*

[...] II - a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros e do país exportador ou importador;

[...]

§ 1º A ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União, atendido o princípio de reciprocidade.

§ 2º *Serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais.*

§ 3º A navegação de cabotagem e a interior são *privativas de embarcações nacionais*, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei. (grifos nossos)

Em 1995 foi aprovada emenda constitucional alterando o dispositivo acima reproduzido, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

*Parágrafo único.* Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

Sem a finalidade de estudar de forma profunda esta emenda, constata-se que houve uma opção do legislador constitucional derivado de retirar certos marcos constitucionais, que estabeleciam os requisitos para que um agente do mercado fosse considerado brasileiro. Tais requisitos tendiam a atuar como barreiras à entrada, posto que a ausência de um

dos elementos geraria a descaracterização da empresa como brasileira e, assim, uma série de repercussões em relação à sua operação.

Nota-se também que, em relação à navegação de cabotagem e interior, houve uma alteração do marco com a finalidade de flexibilizar a participação de empresas estrangeiras no setor. O texto original vedava a atuação de estrangeiros e criava uma única exceção nas hipóteses de necessidade pública. O texto após a emenda trata de uma forma diferente, retirando a restrição e delegando à lei o estabelecimento das condições para atuação de empresas e embarcações estrangeiras. Ademais, por se tratar de um setor que possui uma agência reguladora, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, esta agência poderá, dentro de suas atribuições, analisar e fiscalizar o mercado, com a finalidade de apurar a atuação das empresas estrangeiras no mercado nacional, assim como fazem com as empresas nacionais. A ANTAQ poderá até mesmo estabelecer normas com a finalidade de corrigir eventuais distorções que possam acontecer.

Em diversos setores observamos a concessão de serviços públicos a empresas estrangeiras, com capital estrangeiro e com diretores vindos de outros países com significativo conhecimento técnico em suas respectivas áreas de atuação. Em um período globalizado como o atual, no qual o Estado teve que diminuir a sua atuação, pois não tem capacidade para assumir uma amplitude de obrigações, como fez em dado momento, não conseguimos aferir problemas em permitir que empresas brasileiras com capital estrangeiro, ou até mesmo empresas estrangeiras, operem linhas de transporte aéreo doméstico, desde que a dita empresa observe as normas brasileiras aplicáveis ao setor, principalmente no que diz respeito à segurança do tráfego aéreo, ao meio ambiente e às normas consumeristas.

Ademais, ressalta-se que, no Brasil, temos uma agência reguladora do setor, a ANAC. Esta agência tem competência para atuar em várias questões envolvendo o setor, tanto sob a forma preventiva, como na forma sancionadora, podendo até mesmo retirar a capacidade de atuar no Brasil. No que diz respeito a eventuais abusos de poder econômico, a ANAC pode atuar de forma a regular o setor, para equilibrar a concorrência, não permitindo desvios e, inclusive, pode atuar em conjunto com os órgãos de defesa da concorrência, nas hipóteses de abuso do poder de mercado por parte de agentes atuantes no Brasil.

Não pode ser esquecido que em diversos segmentos do setor aéreo existe a atuação de empresas estrangeiras que vieram atuar no Brasil, pois um dia observaram o potencial do setor no país, gerando empregos, atuando em um ambiente competitivo e, na maioria das vezes, não têm a nacionalidade de seu capital questionada<sup>22</sup>.

Cabe ainda mencionar que diversos países possuem limitações ao capital estrangeiro nas empresas do setor aéreo, quando não são estas empresas de titularidade do Estado. Um exemplo que merece consideração é o dos EUA. Apesar deste país ser considerado um exemplo de desregulação do setor aéreo, ainda existe limitação ao capital estrangeiro nas empresas aéreas. Conforme o Federal Aviation Act de 1958<sup>23</sup>, FAA, ainda em vigor, o capital estrangeiro está limitado a 25% do capital votante de uma empresa<sup>24</sup>. Em que pese haver posicionamento doutrinário críticos a essa limitação, que restringe a participação de grupos estrangeiros nas empresas aéreas norte-americanas, assim como dos princípios liberais associados, observa-se que, apesar de tecnicamente estar caracterizada uma barreira à entrada, a abundância de capital naquele país pelos mais variados motivos históricos e sociais jamais ficou caracterizada uma falta de competitividade das empresas por conta da falta de recursos financeiros. Pelo contrário, mesmo após as mais variadas crises, o setor tem se recuperado e se mostrado competitivo, principalmente nas rotas internacionais. Cenário diferente do brasileiro em que o capital é limitado e no processo de desestatização ficou claro que não havia sequer recursos para o Estado manter e realizar os investimentos necessários em serviços básicos como o de energia elétrica, comunicações, entre outros. Desta forma, empresas atuantes no Brasil tendem a precisar de recursos estrangeiros no seu processo de capitalização.

22 Neste ponto, podemos citar como exemplo a Swissport que opera serviços de infra-estrutura de suporte ao transporte aéreo em aeroportos brasileiros, assim como em outros países. Esta empresa de origem suíça atualmente é de titularidade de um grupo espanhol, Grupo Ferrovial. Na mesma forma que a Swissport, outras empresas, de outras nacionalidades, envolvendo capital multinacional, também operam no segmento de transporte aéreo brasileiro.

23 Federal Aviation Act of 1958, Pub. L. No. 85-726, 72 Stat. 737 (codificado como U.S.C. §§ 1301 *et. seq.* (1988)).

24 A legislação norte americana a nacionalidade da empresa da seguinte forma:

(a) [A]n individual who is a citizen of the United States or one of its possessions,

or (b) a partnership of which each member is such an individual, or (c) a corporation or association created or organized under the laws of the United States or any State, Territory, or possession of the United States, of which the President and two-thirds or more of the board of directors and other managing officers thereof are such individuals and in which at least 75 percent of the voting interest is owned or controlled by persons who are citizens of the United States or of one of its possessions.

Observamos, ainda, que o setor de transporte aéreo está em franco crescimento e precisa acompanhar o ritmo do país. Em paralelo com diretrizes de ampliação e modernização da capacidade aeroportuária, uma *essential facility*, é necessário refletir sobre as empresas que serão necessárias para o transporte de passageiros.

Diante do exposto, fica claro que as evoluções ocorridas em outros setores não atingiram o setor em análise, assim como o fato de o Brasil não ser o único a manter regras restritivas no tema. Sobre os efeitos da limitação de capital e suas repercussões, cabe destacar as opiniões tecnicamente abalizadas como a do pesquisador Eduardo Augusto Guimarães e da Professora Lúcia Helena Salgado abaixo expostas:

A elevação do limite de participação do capital estrangeiro dos 20% atuais para 49% não teria nenhuma implicação do ponto de vista do controle nacional das empresas do setor. Assim, a consequência da manutenção do atual limite é apenas evitar a possibilidade de maiores investimentos na indústria. É, portanto, uma proposta inadequada, uma vez que dificulta a expansão do setor e a entrada de novos competidores no mercado<sup>25</sup>.

Nesta mesma Nota Técnica, ao comentar algumas conclusões do documento do Comitê Técnico de Políticas Públicas do CONAC - Conselho Nacional de Aviação Civil, de 15 de maio de 2003, a professora Lucia Helena Salgado opina:

Tais medidas [...] certamente inibiriam os interesses de investidores estrangeiros em participar desse mercado, o que, em vista da escassez de recursos domésticos, constitui-se em forte obstáculo à futura expansão do setor<sup>26</sup>.

Portanto, nossa opinião é a de que a regra que cria limitações ao capital estrangeiro nas companhias aéreas está defasada, não condizente com o atual cenário social e constitucional. Este tipo de limitação inviabiliza investimentos que poderiam ser realizados em novas empresas, assim como na capitalização e na ampliação das operações de empresas já existentes. Esta limitação constrange a possibilidade de fornecer certas garantias para operações internacionais, envolvendo possivelmente taxas de juros mais favoráveis do que as praticadas no mercado interno, permitindo a criação de empresas financeiramente

25 GUIMARÃES; SALGADO, op. cit., p. 12.

26 Idem. op. cit., p. 22.

mais saudáveis. De forma simplificada, pode-se afirmar que a norma em análise é prejudicial à concorrência.

## 5 EFETIVIDADE E CONCORRÊNCIA

Como já analisado anteriormente quando abordamos as barreiras à entrada, quanto mais claras forem as regras, melhor. O empreendedor terá maior capacidade de análise do setor no qual pretende empreender. Complementarmente, a previsibilidade em relação à forma de aplicação da regra também é positiva e que auxilia a atuação dos agentes no setor. No entanto, não podemos nos esquecer da relevância que tem a efetividade das normas, ou seja, a aplicação de uma regra estabelecida em tese em uma situação prática, o *enforcement* de uma norma. Por um lado, a não aplicação de uma norma traz prejuízos econômicos e sociais dos mais diversos, a falta de efetividade pode até mesmo levar a um descrédito do agente regulador que é responsável pela aplicação da norma<sup>27</sup>.

Sob uma perspectiva concorrencial o fato de uma norma estar em vigor, e a sua aplicação, influenciam o ambiente competitivo. Hipoteticamente, poderá existir um agente, cumpridor de todas as regras vigentes aplicadas à sua atividade, obediente às normas das mais diversas naturezas (regulatórias, tributárias, trabalhistas, previdenciárias, etc.), incorrendo este agente em diversos custos. Poderá haver também um agente que assume riscos na forma de inadimplir com certas obrigações legais, praticamente apostando em hipóteses em que não haverá a capacidade de o Estado verificar o cumprimento destas obrigações legais. Ora, este agente tenderá a ter menos custos do que aquele outro que cumpriu todas as regras, conseqüentemente, terá recursos para aportar em outras atividades da empresa e concorrer de forma mais sólida com aquele outro agente. Uma das funções de um sistema normativo é deixar claro o ambiente regulatório vigente, neste ponto cabe menção à lição dos professores Baird, Gertner e Picker:

The need to ensure that the rules governing bargaining give parties the right set of incentives throughout their relationship permeates the law. As we have seen, parties to a contract may be able to structure the environment in which future

---

27 Eventualmente nos meios de comunicação são debatidas as “leis que não pegaram”. Apesar da norma estar em vigor, por não serem efetivamente aplicadas acaba ocorrendo um descrédito da norma e a desobediência a esta. O tema é bastante vasto e neste trabalho optamos por somente abordar o fato de que uma característica da norma é ser cogente, assim como a parte relativa ao descrédito do agente regulador.

bargaining takes place at the time of their initial contract. The law, however, must still supply a set of default rules.<sup>28</sup>

Esta questão relacionada à aplicabilidade das regras de forma geral e ampla, fica ainda mais delicada quando observado o dinamismo do setor aéreo, não só no Brasil como em todo mundo. Isto ocorre tanto no que diz respeito a operações de fusão, como também em questões envolvendo o surgimento e capitalização de empresas já existentes. Exemplificativamente, no cenário internacional, cabe menção à recente operação envolvendo a United Airlines e a Continental, duas grandes empresas norte-americanas e a consolidação da fusão da Air France com a KLM. No Brasil, tivemos o surgimento da Azul, conforme já abordado, assim como a aquisição da Varig pela Gol e operação envolvendo a Avianca e Oceanair. Mais recentemente, iniciaram-se questionamentos acerca da empresa de transporte aéreo de cargas MTA Cargo. Parte dos questionamentos envolve a origem e a gestão da empresa. Por fim, cabe especial menção à recente operação envolvendo a TAM e a LAN, empresa aérea chilena com significativa atuação na América do Sul, uma fusão que envolve grandes grupos e regimes regulatórios diversos, o que por si só acarreta uma significativa complexidade. Não pretendemos neste trabalho analisar tais operações, mas estas servem para exemplificar a necessidade de existir um regime jurídico efetivo e moderno que crie balizas nas quais fiquem claros o ambiente e a forma na qual ocorrerá a concorrência.

Um cenário indesejado pode levar à adoção de estruturas societárias que subvertam a norma e os objetivos de política pública associados ao momento de sua concepção e início de sua vigência. Isto leva o Estado a um dilema, qual seja, o de aplicar uma norma que não faz mais sentido dentro de uma estrutura social e econômica e sancionar os agentes que não a observarem ou, como outra opção, deixar de aplicá-la ao não fiscalizar e sancionar o seu descumprimento. Nesta hipótese, haveria o risco moral em relação ao agente que não cumpre o seu dever, assim como a avocação indevida do Poder Legislativo, e subsidiariamente do Poder Judiciário, posto que somente estes Poderes têm competência para retirar a eficácia de uma norma do ordenamento nacional no sistema democrático e republicano vigente.

Diante do exposto, é necessário ser amadurecido o sistema regulatório, de forma que este venha a trazer os melhores resultados sociais possíveis. Na hipótese tratada, é necessária a atualização das

---

28 BAIRD; GERTNER; PICKER, op. cit., p. 220.

regras acerca da titularidade do capital, assim como a efetiva verificação da aplicação dessas novas regras. Observando-se que tais regras não devem ser limitadoras do dinamismo do setor, muito pelo contrário, devem conferir uma estabilidade que tende a criar um ambiente favorável ao crescimento e expansão deste. Nesta questão, cabe menção à lição do professor Posner:

Serious problems remain, however, though the fundamental objection to wealth maximization as an ethical norm is not, as might be supposed, that most transactions have third-party effects and that the economy cannot be organized on a purely voluntarist basis. It is true that coercion is indispensable to prevent a number of serious market failures [...]. But it is possible to design methods of regulation that bring about the approximate results that the free market would bring [...].<sup>29</sup>

Neste ambiente desenhado em que os parâmetros de limitação ao capital estrangeiro são alterados e no qual a concorrência tende a ter novos contornos, haveria a atuação complementar de duas áreas de atuação do Estado, *i.e.*, a regulação e a defesa da concorrência. Em primeiro lugar, em relação à regulação, seria necessária a delegação ao agente regulador do setor aéreo, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, das atribuições de estabelecer e fiscalizar questões afetas à participação de capital estrangeiro nas empresas áreas nacionais, observada a tendência flexibilizadora abordada ao longo do trabalho. Haveria, portanto, um tratamento da questão no âmbito regulatório, num órgão com conhecimento técnico do setor, e não mais diretamente pelo Poder Legislativo, um poder que possui diversas atribuições e competências bastante relevantes para o país. Neste ponto, observamos ainda que o nosso entendimento é de que a limitação dos membros de diretoria a brasileiros é algo tão ultrapassado que não caberia qualquer tipo de restrição legal e, conseqüentemente, regulatória.

Em segundo lugar, complementarmente à regulação, estaria a defesa da concorrência. Haveria a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dos órgãos que o compõe, a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda (SEAE) e da autarquia com competência *judicandi*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência teria a função de analisar sobre uma perspectiva

29 POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press. Cambridge, MA, EUA, 2004. p. 99.

concorrencial mais ampla se o comportamento dos agentes do mercado está equilibrado e gerando ganhos competitivos. A função preventiva nas hipóteses de fusão e outras operações que lhe são submetidas como as que envolvem *code-share*. E, eventualmente, a função repressiva, caso ocorram condutas que distorçam, de forma ilegal, o cenário concorrencial. Acreditamos que os diversos casos tratados no âmbito do SBDC envolvendo o setor aéreo permitiram um significativo amadurecimento dos referidos órgãos para o exercício destas atribuições.

A atuação da agência reguladora – ANAC, coordenada com o SBDC, tende a criar um cenário empresarial mais favorável, no qual as regras estabelecidas sejam claras e, efetivamente, cumpridas por todos os agentes.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do analisado neste trabalho, concluímos que existe a necessidade de revogação do disposto no artigo 181 do CBA no que diz respeito à limitação do capital estrangeiro e à restrição do exercício dos cargos de direção a brasileiros. Acreditamos na possibilidade da intervenção através da regulação em questões afetas ao tema, voltadas à atualização deste marco regulatório para normatizar a participação estrangeira em empresas aéreas nacionais, de forma a estimular a formação de um cenário competitivo. Este dispositivo foi elaborado e entrou em vigor em um contexto histórico e econômico diferente do atualmente vivido no Brasil. Na lógica adotada naquele período fazia sentido, pelos mais diversos fundamentos, restringir o acesso ao mercado brasileiro de agentes estrangeiros. Como exposto neste trabalho, esta lógica não se aplica mais em nosso atual cenário sócio-econômico.

Na forma como este dispositivo se encontra em nosso ordenamento pátrio, ele está distante dos ideais constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de concorrência, assim como da noção de empreendedorismo inerente ao sistema capitalista, adotado na Constituição de 1988. Esta limitação serve como barreira à entrada de novos agentes neste setor e à ampliação dos agentes já atuantes ou, em outras palavras, traz significativo prejuízo à concorrência. Em um cenário indesejado, pode levar à adoção de estruturas societárias que subvertam a norma e os objetivos de política pública associados ao momento de sua concepção e início de sua vigência.

Como abordado em diversos momentos, uma característica do setor analisado é o seu dinamismo. Observa-se que, nos mais

diversos setores da economia brasileira, nem sempre um excesso de proteção através de barreira à entrada de novos concorrentes permitiu o desenvolvimento de um setor competitivo e dinâmico. Pelo contrário, em certas hipóteses criou setores acomodados que operavam com custos muito altos e, conseqüentemente, os preços/tarifas praticados aos consumidores eram acima do valor praticado internacionalmente, gerando uma alocação ineficiente da renda dos consumidores e limitação ao acesso por consumidores/usuários. Neste contexto, a abertura econômica fez bastante sentido. Diante das características do setor aéreo e observando a existência de um agente regulador do setor, a ANAC, que tem amadurecido bastante a sua atuação, entendemos que faz sentido abolir certas regras, como a analisada neste trabalho, com a finalidade de estimular a entrada de novos agentes, o crescimento dos agentes já atuantes, a concorrência e a livre iniciativa.

Complementarmente ao viés liberalizante desta nossa proposta e a delegação ao agente regulador de certas atribuições, cabe menção à função do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no sentido de acompanhar o ambiente competitivo do setor e evitar estruturas ou condutas que venham a ser consideradas prejudiciais à concorrência. Uma economia que se pretende dinâmica e moderna deve ter a capacidade de eliminar barreiras à entrada e confiar na atuação de seus órgãos de defesa da concorrência para dirimir eventuais distorções. O excesso de intervenção tende a engessar a atuação dos agentes, ou pior, estimular a existência de estruturas societárias que subvertam de forma indesejada a regulação do setor.

Por fim, deve ficar claro que este trabalho tem uma pretensão acadêmica e voltada à introdução de um debate necessário sobre a atualização de certos marcos regulatórios, neste caso, especificamente, o que diz respeito à titularidade e direção de empresas aéreas nacionais. No cenário institucional que é desenhado em nosso país, devemos não só discutir a criação de novos marcos, mas também revogar aqueles que não se mostram mais pertinentes. Num país com proporções continentais e com pretensões econômicas elevadas como o Brasil é preciso atuar de forma a estimular cada vez mais a concorrência, a inovação e a eficiência. Atenuar barreiras legais à entrada que permitam a acomodação dos agentes em dado setor. Desta forma, imprescindível a busca por garantir que haja um setor aéreo que cumpra a sua função de transportar mais passageiros e cargas e de forma mais eficiente.

**REFERÊNCIAS**

- BAGANHA, José Tomás. A Regulação na Aviação Civil em Portugal, no Quadro da União Européia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 3, ano 1, jul. 2003.
- BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press. Cambridge, MA, EUA, 1998.
- BORESTEIN, Severin. The Evolution of U.S. Airline Competition. *Journal of Economic Perspectives*, v. 6, n. 2, p. 45-73. Spring, 1992.
- CALZOLARI, Giacomo; SCARPA, Carlo. Footloose Monopolies: Regulating a National Champion, *Journal of Economics & Management Strategy*, v. 18, Issue 4, p. 1179-1214, Winter 2009
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GOLDSTEIN, Andrea. *Embraer from National Champion to Global Player*. Cepal Review n. 77. p. 97-115.
- GUIMARÃES, Eduardo Augusto; SALGADO, Lucia Helena. In *A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil* Nota Técnica 2, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diretoria de Estudos Macroeconômicos – Coordenação de Regulação e Estudos de Mercado. Rio de Janeiro, Outubro de 2003.
- OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. Acesso a Recursos Essenciais e Poder de Mercado: Estudo de Caso da Concessão de *Slots* em Aeroportos no Brasil. In *II Prêmio SEAE: Monografias em defesa da Concorrência e Regulação Econômica 2007*. Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico. Brasília: SEAE, 2009
- POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press. Cambridge, MA, EUA, 2004.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. In *Regulação e Desenvolvimento*. Coordenação de Calixto Salomão Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Leandro Novais e. Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil – Parte I – A desregulação nos EUA. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 14, ano 4, Abr. 2006.

SILVA, Leandro Novais e. Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil – Parte II – A regulação e a concorrência no setor aéreo no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 15, ano 4, p. 49-71, jul/set 2006.

STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In *Regulação Econômica e Democracia – o Debate Norte-Americano*. São Paulo: 34, 2004

SULLIVAN, Lawrence A., GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Estados Unidos: Thomson/West, 2006.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

WHISH, Richard. *Competition Law*. 6. ed. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2009.

