

---

# DESAFIOS DO PODER PÚBLICO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

*GOVERNMENT CHALLENGES FOR THE COMPETITION DEFENSE AT THE  
BRAZILIAN CIVIL AVIATION SECTOR*

---

*Gabriel de Mello Galvão*

*Procurador Federal lotado na Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Procurador-Geral da ANAC entre novembro de 2008 e agosto de 2012, Mestre em Direito Público – FD/UnB.*

*Leonardo Raupp Bocorny*

*Advogado da União, Consultor Jurídico Substituto do Ministério da Defesa, Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas – FGV e em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Aviação e Administração Aeronáutica em Constante Transformação; 1.1 O Primeiro Período Civil: o Departamento de Aeronáutica Civil (DAeC); 1.2 Sob a Administração Militar: do Departamento De Aviação Civil (DAC); 1.3 O Segundo Período Civil – Primeira Etapa: da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e do Comando da Aeronáutica; 1.4 O Segundo Período Civil – Segunda Etapa: a Secretaria de Aviação Civil

do Ministério da Defesa (SAC/MD); 1.5 O segundo Período Civil – Terceira Etapa: a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC/PR); 1.6 Questões Concorrenciais e o Atual Contexto de Transições; 2 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O direito aeronáutico e o direito da concorrência no Brasil passaram por recentes inovações, que acompanham a evolução dos setores afetados por essas especialidades do direito público brasileiro. O histórico da atuação do poder público nesses dois campos revela a necessidade de coordenação entre os órgãos competentes e a utilidade do estudo dos fatores e razões da evolução do setor regulado e das instituições públicas que o regulam e fiscalizam. Fatos recentes indicam ainda a possibilidade de surgimento de novas questões concorrenciais na aviação civil, demandando especial atenção do poder público nessa matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito da Concorrência. Defesa da Concorrência. Direito Aeronáutico. Instituições Públicas. Regulação. Infraestrutura. Aviação Civil. Transporte Aéreo. Aeroportos.

**ABSTRACT:** Aeronautical and competition law in Brazil went through recent innovations, that follow the evolution of the sectors affected by these peculiarities of the Brazilian Public Law. The history of government actions in those fields reveal the necessity of coordination between the competent institutions and the value of studies about the aspects and reasons for the evolution of the regulated sector and institutions that regulate and control it. Recent facts indicate the emergence of new civil aviation competition issues, which will demand special attention of the government.

**KEYWORDS:** Competition Law. Competition Defense. Aeronautical Law. Public Institutions. Regulation. Infrastructure. Civil Aviation. Air Transportation. Airports.

## INTRODUÇÃO

A Defesa da Concorrência no Brasil passou por recentíssima modificação, decorrente da edição da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (referida neste artigo como Lei de Defesa da Concorrência – LDC), em aperfeiçoamento da legislação destinada a concretizar os preceitos estruturados no art. 170 da Constituição Federal de 1988. O atual presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, bem sintetiza o significado da nova lei, em suas diversas dimensões <sup>(1)</sup>:

Essas modificações inauguram uma nova fase na implementação da política de defesa da concorrência brasileira.

Primeiro, porque a Lei 12.529/2011 consolida avanços no que tange à implementação dessa política no SBDC propriamente dito. Aqui, trata-se tanto dos avanços que se deram na esfera institucional, como no que diz respeito a questões de direito material que deram objeto de discussões frequentes no regime da Lei 8.884/1994.

Segundo, mas não menos importante, porque a nova lei abre novos caminhos para que a política brasileira da concorrência seja cada vez mais pensada para além da esfera exclusivamente administrativa, com uma maior coordenação entre a repressão às infrações contra a ordem econômica na esfera penal e, o que é ainda mais incipiente no Brasil, também na esfera civil. [...]

Considerando a diversidade de assuntos que passam pelo crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é natural imaginar que essa nova conformação da legislação concorrencial vá espalhar seus efeitos sobre diversos campos da atividade econômica, tendo em vista tanto o plano procedimental quanto o material, e os resultados dessa nova fase fornecerão farto material para estudo.

Mas, em momentos como o presente, parece especialmente interessante voltarmos a atenção para setores da atividade econômica que sejam ou pouco estudados ou que, por sua vez, estejam passando por suas próprias transições.

Entendemos que esse é o caso da aviação civil brasileira. Como será destacado na sequência, os temas de aviação civil passaram longo período sob a guarda da administração militar, e apenas a partir de 2006 passaram a sofrer plenamente a exposição ao escrutínio público típico

1 CORDOVIL, Leonor [et al.] *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.31

das administrações civis e que já era rotina em outros serviços públicos no Brasil.

Some-se a essa circunstância o fascinante ritmo de crescimento da aviação civil nos últimos anos e as consequências e desafios dessa explosão para os empresários do setor e para a administração pública encarregada da regulação e da fiscalização.

Pretende-se, assim, neste artigo, um primeiro mapeamento das atuais interseções inevitáveis entre a regulação da aviação civil e a defesa da concorrência e a identificação de desafios futuros nessa matéria e de possíveis campos para estudo.

## **1 AVIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO AERONÁUTICA EM CONSTANTE TRANSFORMAÇÃO**

O transporte aéreo, no Brasil e no mundo, passou nas últimas décadas por substantivas transformações, seja em razão do desenvolvimento de novas tecnologias aeronáuticas, seja em razão de fatores jurídicos, políticos e econômicos. Ambos os aspectos são fundamentais para compreender e estimular o crescimento desse modal de transporte. Combinam-se mutuamente, na medida em que se trata de um setor com grande demanda por inovações tecnológicas e que, em muitos países, constitui-se em serviço público para a coletividade. Chama-se a atenção para o segundo aspecto.

Em que pese a existência um número razoável de pesquisas acerca dos fatores político-econômicos, a verdade é que poucos são os estudos que têm dedicado esforços para compreender a questão do ponto de vista jurídico.

Ocorre que, mesmo na seara jurídica, há um vasto campo de elementos a serem estudados – o que talvez explique o desestímulo pela análise do tema a partir dessa perspectiva. Por esta razão, a presente análise limita-se ao exame de um dos principais aspectos jurídicos que envolvem o setor aéreo e que significativamente determinou os rumos da aviação no País, a saber, o regime das instituições públicas dedicadas a esse importante modal de transporte.

Com efeito, a Administração Pública Federal tem observado e experimentado, nas últimas décadas, importantes mudanças na sua organização, no que se refere ao arranjo dos órgãos e entidades públicas voltadas ao setor aéreo. Entendê-los adequadamente é fundamental para que o interesse público seja realizado, na medida em que, constitucionalmente, a prestação de serviços aéreos, aeroportuários e aeronáuticos são competências atribuídas à União.

A seguir, passa-se a traçar a linha evolutiva das instituições públicas relacionadas ao setor aéreo, bem como investigar os motivos pelos quais as transformações ocorreram.

### 1.1 O PRIMEIRO PERÍODO CIVIL: O DEPARTAMENTO DE AERONÁUTICA CIVIL (DAEC)

O primeiro órgão da Administração Pública Federal com competências para lidar com a aviação no País foi então Departamento de Aeronáutica Civil, criado por meio do Decreto n. 19.902, de 22.4.1931, e integrante da estrutura do Ministério da Viação e Obras Públicas.

Naquele momento, observava-se administrativamente a necessidade de um órgão específico para o trato da matéria. Oportuno destacar as considerações feitas à edição do referido Decreto:

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, usando das atribuições que lhe confere o art. 1º do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, e

Atendendo à necessidade de dar organização definitiva aos serviços civis de navegação aérea;

Atendendo a que os serviços aeronáuticos envolvem questões técnicas, jurídicas e administrativas de feição inteiramente nova, que exigem métodos e processos de trabalho diversos dos atualmente adotados na administração pública;

Atendendo às relações que terão de ser mantidas com organizações estrangeiras e, especialmente, com a Comissão Internacional de Navegação Aérea, na forma dos convênios internacionais;

Atendendo a que esses objetivos não podem ser atingidos, com propriedade e eficiência, por nenhuma das atuais repartições do Ministério da Viação e Obras Públicas; [...]

Sua finalidade era “superintender os serviços relativos à aeronáutica civil e comercial” (art. 1º do seu regulamento). Estava organizado em três divisões, a saber, Divisão Administrativa, Divisão de Operações e Divisão do Tráfego. Por eles, o DAEC reunia competências para estabelecer políticas e, em alguma medida, executá-las, bem como para regular e fiscalizar questões como instalações de aeródromos, concessões de linhas aéreas, tarifas, vistoria e matrícula de aeronaves, registro de aeronautas, execução de regras internacionais referentes à aviação, balisamento de rotas, planos e cartas de viação aérea, dentre outros.

Um dado que merece destaque é o de que os Ministérios da Guerra e da Marinha manteriam junto ao Departamento de Aeronáutica Civil dois oficiais aviadores “como elementos de ligação e colaboração no estudo das questões de aeronáutica e no desempenho de funções técnicas especializadas” (art. 14 do regulamento).

É importante observar que inexistia previsão constitucional ou legal a respeito de competências da União ou de qualquer ente Federado a respeito da aviação civil. Com efeito, a aviação havia recém surgido, e nenhuma previsão legal, até então, atribuía a esta ou aquela pessoa de direito público interno qualquer responsabilidade sobre o setor.

Todavia, havia a necessidade premente de organizar o Estado brasileiro com instituições voltadas para o tema. Lembre-se do contexto político em que vivia o País. Iniciavam-se naquela época os primeiros anos do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, decretado por Getúlio Vargas. Daí porque o citado Decreto n. 19.902 ter se fundamentado na norma de caráter excepcional que o instituiu, veiculada por meio do Decreto n. 19.398, de 11.11.1930 e que conferiu ao Governo Provisório o exercício discricionário, “em toda sua plenitude”, das “funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo”, até a eleição da Assembléia Constituinte para o estabelecimento da reorganização constitucional.

A respeito, é em 1934 que, pela primeira vez, se insculpe previsão constitucional relativamente a competências executivas e legislativas da União em matéria de navegação aérea.

Posteriormente, por meio do Decreto n. 2.961, de 20.1.1941, é criado o Ministério da Aeronáutica. Naquele momento, a aviação indicava tratar-se de promissor segmento e suas atividades ganhavam complexidade. O Presidente da República, considerando “o desenvolvimento alcançado pela aviação nacional e a necessidade de ampliar as suas atividades e coordená-las técnica e economicamente”, “que sua eficiência e aparelhamento são decisivos para o progresso e segurança nacionais” e, “finalmente, que sob uma orientação única esses objetivos podem ser atingidos de modo mais rápido e com menor dispêndio”, resolve transferir o DAeC, do Ministério da Viação e Obras Públicas para o então criado Ministério da Aeronáutica. Seu pessoal civil é também transferido para essa estrutura. Vale registrar que não são modificadas as competências do órgão, apenas sua localização na estrutura administrativa federal.

É relevante destacar as razões apresentadas para a edição do referido decreto. A aviação é, naquele instante, concebida como um setor que, por suas determinantes técnicas e de elevada complexidade, deve possuir orientação política e regulação econômica oriundos

da mesma autoridade. Além disso, a atribuição à Aeronáutica como a instituição responsável pelo setor parece ser resultado do entendimento de que a aviação, mesmo civil, representava elemento estratégico a ser considerado em matéria de segurança nacional. Com efeito, travava-se a 2ª Guerra Mundial, oportunidade em que se verificou a importância da indústria da aviação como condição para a estabilidade e poder de uma nação, desde o acompanhamento da cadeia produtiva, controle dos materiais e formação de pilotos até o controle do espaço aéreo em sua acepção mais ampla. Eis as razões por que os órgãos militares deixam de apenas colaborar tecnicamente, como no modelo anterior, para estabelecer integralmente os rumos do desenvolvimento do modal aéreo.

Nos seus últimos anos de existência, com a edição do Decreto nº 60.521, de 31.3.1967, que estabeleceu a estrutura básica da organização do Ministério da Aeronáutica, o DAeC tem suas competências reescritas nos seguintes termos:

O Departamento de Aeronáutica Civil é o órgão do Alto Escalão incumbido de assegurar a consecução dos objetivos da Política Aeronáutica Nacional, no setor dos transportes aéreos civis, públicos e privados, planejando, orientando, incentivando, coordenando, controlando e apoiando as suas atividades.

Não são observadas mudanças substanciais em relação àquelas competências que já lhe eram atribuídas. Isso porque, do ponto de vista jurídico, convém notar que continuava a existir na Administração Pública Federal um único órgão, vinculado a uma autoridade militar, e ao qual se lhe conferiam responsabilidades de formular políticas, planejar, regular e fiscalizar o setor.

Sobre a criação do Departamento de Aeronáutica Civil, portanto, conclui-se que:

- era, inicialmente, em 1931, órgão da administração pública federal de natureza civil, integrante da estrutura de ministério também civil (Ministério da Viação e Obras Públicas);
- a participação de representantes militares era complementar às atividades do órgão e, a respeito, na perspectiva tão somente técnica;
- o órgão reunia competências das mais diversas em matéria de aviação, sendo responsável tanto pela elaboração de políticas e execução material de certas atividades do setor, como a regulação e fiscalização técnica como econômica da aviação;
- inexistia previsão constitucional ou legal a respeito da aviação civil ou mesmo do direito aeronáutico, razão pela qual, diante

da necessidade de organizar o Estado para o trato do tema, o órgão surge com fundamento no Decreto de instalação do Governo Provisório;

- em 1941, com a criação do Ministério da Aeronáutica, o DAeC é para aquela Pasta transferido, consolidando, nos anos seguintes, a centralização em um único órgão todas as competências políticas, gerenciais e técnicas relativas ao modal aéreo.

## 1.2 SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR: DO DEPARTAMENTO DE AVIAÇÃO CIVIL (DAC)

O Departamento de Aeronáutica Civil é substituído em 1969 pelo Departamento de Aviação Civil (DAC). Ainda compreendido na estrutura do Ministério da Aeronáutica, o órgão inicialmente teve suas competências definidas por meio do Decreto nº 65.144, de 12.9.1969, diploma normativo que instituiu o Sistema de Aviação Civil do Ministério da Aeronáutica.

A visão de gestão pública através da criação de sistemas era a diretriz legal recém editada na época, conforme previsão do art. 30 do Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967<sup>(2)</sup>. A respeito, cabe destacar os principais efeitos jurídicos do estabelecimento de determinado órgão como o central de um sistema, a saber o reconhecimento dos poderes normativo, de supervisão e de fiscalização sobre os demais que a ele se vinculam por meio do sistema.

Dessa forma, e utilizando-se de termos mais precisos na descrição das competências do DAC e dos elementos que compõem juridicamente a expressão “aviação civil”, observa-se, na verdade, que, por meio da edição do Decreto nº 65.144/1969, houve o aprofundamento da centralização administrativa, de modo que todo e qualquer assunto relativo ao setor estaria sob a responsabilidade deste único órgão da Administração Pública Federal.

O DAC passou a ter previsão legal quando foram acrescidos ao Decreto-Lei nº 200/1967, por parte do Decreto-Lei nº 991, de 21.10.1969, os dispositivos com a identificação detalhada dos órgãos setoriais do Ministério da Aeronáutica (art. 66 daquele diploma).

Não será objeto de análise a adequação das medidas adotadas pelo DAC. Para tanto, há os estudos de política econômica.

2 Art. 30. Serão organizadas sob a forma de sistema as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central.

§ 1º Os serviços incumbidos do exercício das atividades de que trata este artigo consideram-se integrados no sistema respectivo e ficam, conseqüentemente, sujeitos à orientação normativa, à supervisão técnica e à fiscalização específica do órgão central do sistema, sem prejuízo da subordinação ao órgão em cuja estrutura administrativa estiverem integrados. [...]

Do ponto de vista jurídico, cabe investigar as transformações das competências desse órgão da Administração Pública Federal e os fatores que lhe foram determinantes. A respeito, é possível distinguir dois grandes momentos da atuação do DAC.

Durante as décadas de 70 e 80, o DAC, de fato e de direito, foi o único e grande responsável pelo desenvolvimento do setor, seja ao tratar de aspectos eminentemente técnicos, seja ao determinar o modo de utilização, pelas empresas, do espaço aéreo brasileiro e internacional, bem como do sistema aeroportuário.

Mesmo a criação do Conselho Aeroviário Nacional, no âmbito do Ministério da Aeronáutica, por meio do Decreto-Lei nº 270, de 28.2.1967, e constituído pelo Decreto nº 61.819, de 4.12.1967, a quem se atribuiu a elaboração de um Plano Aeroviário Nacional, não é suficiente para caracterizar a elaboração de um conjunto de agentes na formação do processo decisório em relação à indústria aeronáutica civil, na medida em que seu período de existência foi muito curto – sua extinção ocorreu com a edição da Lei nº 5.989, de 17.12.1973 –, tampouco houve a elaboração do pretendido documento. Certo é que, ao final e na prática, as competências relativas ao planejamento e coordenação setorial foram exercidas pelo DAC.

Constitucionalmente, desde 1934, tem sido competente a União para explorar, direta ou indiretamente, os serviços de navegação aérea e legislar sobre esse modal de transporte. No plano legal, normas disciplinaram o setor de modo a submetê-lo a estrito controle do DAC. Nesse sentido, chama-se a atenção para as seguintes disposições do já revogado Decreto-Lei nº 32, de 18.11.1966 (Código Brasileiro do Ar):

Art. 74. Os serviços aéreos de transporte regular ficarão sujeitos às normas que o Governo estabelecer para impedir a competição ruínosa e assegurar o seu melhor rendimento econômico podendo, para êsse fim, a autoridade aeronáutica competente, a qualquer tempo, modificar rotas, frequências, horários e tarifas de serviço e outras quaisquer condições de concessão ou da autorização.

Art. 75. As normas e condições para à exploração de serviços aéreos não regulares, inclusive os de táxi-aéreo, serão fixadas pela autoridade aeronáutica competente, visando a evitar a competição desses serviços com os de transporte regular, e poderão ser alteradas pela mesma autoridade quando julgado necessário, para assegurar, em conjunto, melhor rendimento econômico dos serviços aéreos.

Semelhantes disposições foram inscritas na vigente Lei nº 7.565 (Código Brasileiro de Aeronáutica), de 19.12.1986, mas que não encontram mais força na atualidade:

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

Art. 194. As normas e condições para a exploração de serviços aéreos não regulares (artigos 217 a 221) serão fixadas pela autoridade aeronáutica, visando a evitar a competição desses serviços com os de transporte regular, e poderão ser alteradas quando necessário para assegurar, em conjunto, melhor rendimento econômico dos serviços aéreos.

Parágrafo único. Poderá a autoridade aeronáutica exigir a prévia aprovação dos contratos ou acordos firmados pelos empresários de serviços especializados (artigo 201), de serviço de transporte aéreo regular ou não regular, e operadores de serviços privados ou desportivos (artigos 15, § 2º e 178, § 2º), entre si, ou com terceiros.

A regulação produzida nessa época não era meramente técnica, tampouco indicativa para o setor privado. Pelo contrário, era determinante, de modo que o Estado chamava para si a responsabilidade por decidir a respeito da eficiência produtiva e da eficiência alocativa dos recursos da indústria do transporte aéreo. Dessa forma, todos os aspectos econômicos do setor e as formas de operação das empresas poderiam ser objeto de disciplina pelo DAC.

Vigia o regime de regulação estrita (ou competição controlada). Assim, os valores das tarifas, as rotas, os horários, as empresas entrantes e o nível de concorrência estavam sujeitos a complexo monitoramento e, portanto, passíveis de decisão político-administrativa.

É nesse contexto, por exemplo, que se observa a edição do Decreto nº 76.590, de 11.11.1975, que dispõe sobre os sistemas integrados de transporte aéreo regional (SITAR). Por esses sistemas, poderiam ser instituídas regiões do País ou redes regionais de linhas aéreas, nas quais somente uma empresa de transporte aéreo seria considerada habilitada a oferecer os serviços. Referida empresa não poderia realizar operações de âmbito nacional, e suas atividades teriam a remuneração suplementada

com recursos oriundos de um adicional de 3% incidente sobre as tarifas de passagens aéreas das linhas domésticas. Conforme registra estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, constituíam-se verdadeiros monopólios. Com efeito, “cabe destacar que um dos princípios estabelecidos para os SITAR era a delimitação clara de atuação de empresas regionais e nacionais; como norma geral do modelo de regulação, sobressaía o desestímulo à concorrência no mercado de aviação civil, vista como prejudicial à estabilidade do mercado”<sup>(3)</sup>.

Outra diretriz administrativa vigente na época é aquela contida no Decreto nº 75.070, 9.12.1974. Por esse diploma, determinava-se, de um lado, que fossem construídos e operados aeroportos pela União ou pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO em todas as capitais ou cidades relevantes e que somente essas pessoas o fizessem. De outro, caberia aos Estados a construção e operação de aeródromos de interesse regional, por meio de atos de concessão ou autorização. Nenhuma disposição havia sobre a participação de capital privado. Em tempo, registre-se que a INFRAERO surge neste contexto institucional e, segundo sua lei de criação (Lei nº 5.862, de 12.12.1972), estava vinculada e sujeita à supervisão do Ministério da Aeronáutica, cabendo-lhe implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe fosse atribuída por aquele órgão, o que denota a absorção pelo Estado da prestação dos serviços aeroportuários, sem qualquer participação da iniciativa privada.

Além disso, vale registrar que, nesse período, surge a concepção de que as empresas prestadoras de serviços aéreos regulares seriam sujeitas a um procedimento especial de extinção, não se lhes aplicando boa parte da legislação falimentar ordinária. É o caso dos artigos 187 e seguintes do Código Brasileiro de Aeronáutica. Exemplificativamente, citem-se as regras prevendo a tentativa inicial de restabelecimento por meio de intervenção por agente público, a impossibilidade de requerer concordata, o privilégio de certos créditos da União em caso de extinção e a preferência pela liquidação extrajudicial, aplicável o pedido de falência tão somente nos casos de o ativo não ser suficiente para atender pelo menos à metade dos créditos ou se houver fundados indícios de crimes falimentares.

A partir da década de 90, o modelo intervencionista começa a ser substituído por um regime de maior flexibilidade. No plano normativo, observa-se a edição do Decreto nº 99.179, de 15.3.1990, que instituiu o

3 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A regulação do Mercado de Aviação Civil. Notas apresentadas no Seminário Regulação do Setor de Transporte Aéreo promovido pela Secretaria de Acompanhamento, Econômico (Seae) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 28/08/2003, no IPEA/ Brasília: <<http://www.ipea.gov.br/pub/notas/notastecnicas2.pdf>>.

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

Os Estados Unidos já haviam iniciado seu processo de desregulamentação do setor aéreo a partir dos anos 70, sob o entendimento de que a aviação civil se constituía de um mercado potencialmente competitivo, razão pela qual eventual disciplina deveria ser evitada e plenamente justificada, sob pena de gerar distorções no funcionamento da economia (redução da produtividade das empresas, permanência de agentes ineficientes, redução do bem-estar dos usuários e prejuízos financeiros no setor). De fato, nos EUA, se observou um grande desenvolvimento do modal aéreo com a superação do modelo intervencionista, especialmente quando se observam dados relativos aos preços cobrados pelas passagens, número de empresas do setor e freqüências e horários de rotas.

Direcionando as atenções ao usuário, e não mais às empresas, a relação da Administração Pública Federal com o setor de aviação civil passou a contemplar o ambiente concorrencial como estímulo ao desenvolvimento da qualidade dos serviços aéreos. Dá-se início à introdução de elementos de um regime de livre mercado.

A 5ª Conferência Nacional de Aviação Civil, de novembro de 1991, propôs medidas para a desregulamentação. Nesse sentido, segundo Márcia Prates Tavares e Bolívar Moura Rocha, são estabelecidas, nos anos seguintes, pelo DAC, as seguintes ações: (a) eliminação gradual das restrições associadas ao funcionamento de linhas aéreas domésticas; (b) flexibilização de vôos charter; (c) incentivos à alocação de novas linhas ou alteração das já existentes, (d) implementação gradual da liberdade tarifária. De fato, por meio da Portaria 340/GM5, de 12.6.1991, novas regras foram estabelecidas para o estabelecimento, aprovação, modificação e cancelamento de linhas aéreas regulares domésticas, introduzindo-se aspectos concorrenciais, pela Portaria nº 075/GM5, de 6.2.1992, foi instituída a liberação monitorada das tarifas aéreas domésticas; por meio da Portaria nº 569/GM5, de 5.9.2000, eliminou-se em definitivo a distinção entre empresas regionais e nacionais; com a edição da Portaria nº 248/GM5, de 10.8.2001, alcançou-se a liberação das tarifas dos vôos regulares.

É importante verificar que o processo de desregulamentação dos anos 90, ao introduzir elementos de livre mercado no setor de aviação civil, não atentou contra o Código Brasileiro de Aeronáutica, na medida em que

a diretriz de se buscar o melhor rendimento econômico, preconizada pelos artigos 193 e 194, demonstrava-se, segundo estudos setoriais, atendida.

Com efeito, análises econômicas apontam, a partir de dados do DAC, que “o fluxo passageiros.km em 2000 foi de 20,5 milhões, contra 11,8 milhões em 1992, o que representa um crescimento de mais de 9% a.a., taxa muito superior à da expansão da economia” (4). Ademais, estudos específicos puderam desmistificar a crença de que o setor aéreo não sobreviveria em um ambiente concorrencial, bem como que a má situação financeira das empresas tradicionais seria fruto de um “excesso de oferta” indesejável a que foram levadas a produzir em razão da competição. De fato, novas empresas ingressam no mercado, e aquelas existentes cedem espaço exatamente em razão da maior eficiência das entrantes no mercado, fruto da racionalização de suas operações. No que se refere ao mercado de aviação regional, houve expressivo aumento do número de cidades atendidas. Por fim, verifica-se o surgimento de dois tipos de competição até então inexistentes, a saber, por preços e por diferenciação (qualidade do serviço).

As mudanças ocorridas no setor de aviação civil foram acompanhadas de alterações na organização na Administração Pública Federal.

Nesse sentido, ainda na década de 90, é editada a Lei nº 8.884, de 11.6.1994, a qual transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Referida legislação marca um importante passo no controle das atividades dos agentes do setor aéreo, na medida em que questões relativas a práticas anticoncorrenciais deixam de ser objeto de exame pelo DAC e passam, a partir daí, ao exame do CADE.

A função de estabelecer as políticas para o setor também foi objeto de nova definição no âmbito da Administração Pública Federal. A mudança institucional se deu no momento em que passou a prever a existência de um órgão colegiado de assessoramento ao Presidente da República cuja atribuição seria propor a política relativa ao setor de aviação civil. Nessa linha, é editado o Decreto nº 3.564, de 17.8.2000, instituindo o Conselho de Aviação Civil (CONAC). Lembre-se de que, até então, cabia ao DAC o mister de exercer o planejamento e a coordenação do setor, nos termos do Decreto nº 60.521/1967. Por oportuno, registre-se que, recentemente, com a alteração da Lei nº 10.683, de 28.5.2003, referida função daquele colegiado foi modificada, a fim de que seja o órgão responsável por “estabelecer as diretrizes da política relativa ao setor de aviação civil”.

4 Idem. p. 15.

### **1.3 O SEGUNDO PERÍODO CIVIL – PRIMEIRA ETAPA: DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC) E DO COMANDO DA AERONÁUTICA**

O passo seguinte e determinante para o arranjo institucional da União diz respeito à diretriz estabelecida pela Lei Complementar nº 97, de 9.6.1999, no sentido de se editar lei ordinária para a criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a qual competiria, dentre outras matérias institucionais, regular e fiscalizar a aviação civil e as infraestruturas aeronáutica e aeroportuária. Para tanto, seriam transferidas competências técnicas da Aeronáutica para a nova entidade, nos termos da futura lei.

Após seis anos, é editada a Lei nº 11.182, de 27.9.2005, por meio da qual é criada a ANAC e são estabelecidos novos princípios aplicáveis ao setor.

Um dos conceitos mais importantes introduzidos pela nova legislação diz respeito à distinção entre dois tipos de infraestrutura, a saber, a aeroportuária e a aeronáutica. Ao contrário do Código de Brasileiro de Aeronáutica, que identifica o setor a partir da noção de infraestrutura aeronáutica e dentro do qual se insere o sistema aeroportuário, a Lei nº 11.182/2005 cria dois campos distintos, de igual equivalência normativa, e para os quais deve haver distinta regulação.

Do ponto de vista administrativo, o surgimento da ANAC representa mais um corte no conjunto de competências até então atribuídos à Aeronáutica. Isso porque a autarquia constitui-se em autoridade de aviação civil, ou seja, o agente responsável pela regulação e fiscalização técnica das atividades desse modal, inclusive das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica, à exceção das matérias afetas ao Comando da Aeronáutica, quais sejam, controle do espaço aéreo e investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos.

Nessa perspectiva, coexistem duas autoridades, a saber, a já mencionada autoridade de aviação civil, na espécie exercida pela ANAC, e a autoridade aeronáutica, função afeta ao Comando da Aeronáutica. Não há sobreposição de competências; pelo contrário, ambas concorrem, cada qual em sua esfera de atuação, para formação do arcabouço de regulação técnica do modal aéreo.

Com relação à repressão de condutas contrárias à ordem econômica, vale lembrar que a lei de criação da ANAC não derogou as disposições da Lei nº 8.884/1994. Pelo contrário, registra, em seu artigo 6º, que “com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais na área da defesa e promoção da concorrência, a ANAC celebrará

convênios com os órgãos e entidades do Governo Federal, competentes sobre a matéria.”. Ademais, “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 do artigo 6º], para que adotem as providências cabíveis”. É mantida, portanto, a atuação do CADE no mercado de aviação civil.

Todavia, a Lei nº 11.182/2005 é importante não apenas por estabelecer uma nova autoridade no setor com poderes de regulação e fiscalização, mas por consagrar dois dos princípios que hoje são tidos como basilares do modal aéreo nos Países desenvolvidos e que adotam o modelo de livre mercado. Sobre isso, chama-se a atenção para a previsão legal do princípio da liberdade de rotas, sujeito apenas aos fatores limitantes de capacidade operacional e ditames de serviço adequado (art. 48, §1º) <sup>(5)</sup>, e do princípio da liberdade tarifária (art. 49) <sup>(6)</sup>.

A previsão desses dois postulados não é mera opção legislativa. Trata-se do amadurecimento da visão institucional acerca da indústria aeronáutica. Com efeito, boa parte da regulação técnica torna-se fruto de atos de um ente civil, de modo que, por exemplo, a vinculação do setor aéreo a aspectos militares e de interesse à segurança do País, como na década de 40 do século passado, é mitigada. Além disso, a própria noção do serviço aéreo é transformada para a concepção de ser não uma atividade a ser explorada em monopólio, resultado direto de sua origem estatal e dependente da intervenção da União, mas um serviço público com forte conteúdo econômico e, por isso mesmo, hábil a absorver aspectos de livre mercado, a fim de que se desenvolva de modo eficiente e atendendo ao interesse da coletividade.

#### **1.4 O SEGUNDO PERÍODO CIVIL – SEGUNDA ETAPA: A SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DO MINISTÉRIO DA DEFESA (SAC/MD)**

5 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.

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

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

As duas autoridades já citadas, à toda evidência, estão, no exercício de suas competências, obrigadas a observar as políticas estabelecidas pelo Poder Público.

Sobre o tema – formulação de políticas públicas – , observa-se nova reforma institucional. Por meio do Decreto nº 6.223, de 4.10.2007, é criada, no âmbito do Ministério da Defesa, a Secretaria de Aviação Civil (SAC/MD), órgão responsável pelo assessoramento do Ministro de Estado da Defesa na condução das políticas voltadas ao setor aéreo. Coube à SAC/MD realizar o trabalho de articulação entre os órgãos e entidades envolvidos no setor aéreo e, como atribuição complementar, secretariar os trabalhos do CONAC. Note-se que, neste momento, tanto ANAC, como INFRAERO e, por óbvio, o Comando da Aeronáutica, integram a estrutura do Ministério da Defesa.

Com base nesse arranjo institucional, se observa a criação de um ambiente institucional propício ao debate público e para a reflexão dos problemas setoriais, a partir dos quais se viabilizou a produção de diversas diretrizes políticas ao modal aéreo. De fato, durante o período em que a SAC/MD prestou seus serviços, trabalhando dados e elaborando propostas de ação governamental, verifica-se, apenas para citar alguns exemplos:

- (a) a edição do Decreto nº 6.780, de 18.2.2009, o qual veicula a Política Nacional de Aviação Civil (conjunto de diretrizes e estratégias que nortearão o planejamento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da aviação civil brasileira, estabelecendo objetivos e ações estratégicas para esse setor), donde se extrai, dentre outras medidas, o estímulo à participação do capital privado, tanto para a prestação de serviços aéreos, como para a ampliação da infraestrutura aeroportuária;
- (b) a edição do Decreto nº 7.168, de 5.5.2010, que dispõe sobre o Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil Contra Atos de Interferência Ilícita;
- (c) a edição do Decreto nº 7.205, de 10.6.2010, que dispõe sobre o modelo de concessão aplicável à exploração do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante - ASGA, no Estado do Rio Grande do Norte, constituindo-se no primeiro aeroporto objeto de delegação pela União ao setor privado;

- (d) a aprovação da Lei nº 12.379, que institui o Sistema Nacional de Viação, que, dentre outras medidas, consagra a possibilidade de celebração de convênios de delegação entre União e Estados/Municípios para posterior exploração aeroportuária pelo setor privado (arts. 6º, §2º, e 37);
- (e) a definição da natureza jurídica da relação entre União e empresas prestadoras de serviços aéreos regulares domésticos, por meio da Resolução CONAC nº 7/2008;
- (f) o envio, pelo Exmo. Sr. Presidente da República ao Congresso Nacional, das Mensagens nºs 115 e 116, de 11.3.2010, as quais tratam de reformas no Código Brasileiro de Aeronáutica em questões relativas, respectivamente, ao regime de exploração dos serviços aéreos e aos direitos dos usuários;
- (g) a definição de competências acerca de matérias controvertidas entre ANAC e Comando da Aeronáutica;
- (h) o incremento dos convênios celebrados com unidades da Federação no âmbito do Programa Federal de Auxílio a Aeroportos, criado pela Lei nº 8.399, de 7.1.1992;
- (i) a revisão do Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO, cujos ganhos econômicos foram rapidamente detectados em estatísticas da empresa;
- (j) a introdução de mecanismos de liberação dos valores de passagens aéreas internacionais com origem no Brasil, segundo dispõe a Resolução nº 83/2009-ANAC,
- (k) a garantia de acesso à infraestrutura aeroportuária, por meio do compartilhamento de áreas operacionais de aeroportos, nos termos da Resolução nº 113/2009-ANAC, a qual estabelece critérios e procedimentos para a alocação de áreas;
- (l) as medidas aplicáveis para proteção do usuário, em casos de atrasos e cancelamentos de voos e às hipóteses de preterição de passageiros, conforme dispõe a Resolução nº 141/2010-ANAC;

- (m) o estabelecimento de um modelo, transparente e objetivo, de regulação de tarifas aeroportuárias que incentive a busca de eficiência, qualidade de serviço e modicidade tarifária, nos termos da Resolução nº 180/2011-ANAC; dentre outros.

Dados econômicos apontam o expressivo crescimento do setor ao longo destes primeiros anos do século XXI, seja em relação à quantidade de vôos ofertados, seja em relação a diversificação de destinos. Com efeito, segundo dados da ANAC, apenas entre abril/2010 e abril/2011, o mercado doméstico cresceu 15,44% em termos de assentos-quilômetros oferecidos (ASK) e 31,45% em termos de passageiros-quilômetros-pagos-transportados (RPK). No que se refere a vôos internacionais realizados por empresas brasileiras, esses números correspondem, respectivamente, a 18,59% e 34,88%.

### **1.5 O SEGUNDO PERÍODO CIVIL – TERCEIRA ETAPA: A SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (SAC/PR)**

A última etapa da evolução institucional de interesse do modal aéreo diz respeito à retirada dessa matéria no âmbito do rol daquelas que compõem os assuntos afetos ao Ministério da Defesa. Com a edição da Medida Provisória nº 527, de 18.3.2011, posteriormente convertida na Lei nº 12.462, de 5.8.2011, houve a transferência do tema a um novo órgão, denominado Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, ao qual se atribuiu o planejamento setorial e desenvolvimento de políticas, além da supervisão sobre as ações da ANAC e da INFRAERO.

A desvinculação da aviação civil em relação a um órgão afeto a assuntos militares representa notória mudança de paradigma, vivido desde a década de 40 do século passado. Com efeito, muito embora ainda se reconheça a importância estratégica do controle do espaço aéreo, do ponto de vista da Administração Pública, não parecia fazer mais sentido que o controle técnico e econômico das atividades de aviação civil, (já suficientemente caracterizada como serviço público e cujo conteúdo econômico revelou-se capaz de atrair suficientes investidores privados e de admitir ambiente concorrencial), estivesse atrelado a uma estrutura organizacional cuja finalidade principal é, por meio do preparo e do emprego das forças armadas, a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem.

Além disso, cabe considerar o momento histórico de estabilidade democrática e de fortalecimento institucional em que vive o País hoje, razão por que a concepção atual dos órgãos militares e respectivas competências é, à toda evidência, bastante diversa daquela entendida há cerca de 60 anos.

É importante registrar que indigitada modificação institucional não teve por finalidade redistribuir a competência relativa ao controle do espaço aéreo. Com efeito, essa atribuição permanece afeta ao Comando da Aeronáutica, em especial ao Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA. Ademais, subsistem as atividades de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos no âmbito da referida Força, especificamente a cargo do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CENIPA, criado pelo Decreto nº 69.565, de 19.11.1971. Tais competências decorrem do que dispõe o art. 8º, II e XXI, e parágrafos 2º e 6º, da Lei nº 11.182/2005, o qual permanece inalterado neste particular.

## **1.6 QUESTÕES CONCORRENCIAIS E O ATUAL CONTEXTO DE TRANSIÇÕES**

Do histórico traçado acima é importante reter duas observações principais: (i) a evolução da legislação setorial e das instituições públicas competentes sobre a matéria indica que o Estado brasileiro tem sistematicamente reagido e se adaptado às mutações desse setor de atividade econômica, bem como tem buscado direcionar a evolução do setor conforme a noção de interesse público desses sucessivos períodos da evolução da aviação; e (ii) a complexidade do mercado de aviação civil hoje é reproduzida na estrutura da administração federal, que se dividiu em órgãos e entidades especializadas, conforme as prioridades de enfrentamento de questões determinadas.

Assim, se pensarmos na eficiência do Estado brasileiro na regulação e na fiscalização da aviação civil, o primeiro imperativo que surge é o da coordenação e articulação entre os órgãos e entidades desse sistema. Por isso é que parece absolutamente relevante, e necessário para a defesa do interesse público nesse setor, que haja atuação conjunta e harmônica entre SAC-PR, Ministério da Defesa (MD), ANAC (sob supervisão ministerial da SAC-PR), DECEA-COMAER (sob supervisão ministerial do MD) e CENIPA-COMAER (também sob supervisão ministerial do MD), todos sob a orientação política pelo CONAC. A isto se soma ainda o papel estratégico desempenhado pela INFRAERO que, a um só tempo, é vetor da política da União (na exploração de aeroportos,

sob a orientação da SAC-PR, que representa a União no Conselho de Administração da estatal) e também agente regulado pela ANAC.

Paralelamente e complementarmente a esse sistema setorial, tem-se ainda o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que, ao menos no plano jurídico-formal prevê a articulação entre SEAE-MF, CADE e ANAC <sup>7</sup>.

Obviamente, a complexidade da estrutura administrativa tem suas razões históricas (vide a evolução da administração da aviação civil referida anteriormente) e uma finalidade específica, que é enfrentar a complexidade do setor regulado e fiscalizado por meio da constituição de estruturas especializadas. Essa situação, por outro lado, pressupõe a eficiência administrativa e a diligência dos dirigentes dessas organizações, caso contrário as estruturas administrativas especializadas se transformariam em fator impeditivo do bom funcionamento e do crescimento do setor.

Por essa razão é que parece improvável tentar entender a aviação civil brasileira por meio da análise de questões isoladas. Ainda que isso seja viável em procedimentos administrativos específicos (por exemplo, no caso em que determinada empresa pede autorização administrativa para operar determinada rota, ou nos atos de concentração de empresas em mercados específicos), deve ser abrangente qualquer estudo nessa matéria que tenha por finalidade entender o mercado de aviação ou formular soluções consistentes para situações de impasse.

Com esse propósito é importante registrar desde logo duas características comuns entre o direito da concorrência e o direito aeronáutico, que são:

- (i) a diversidade de mecanismos de tutela jurídico-administrativa; e
- (ii) a complexidade do universo tutelado pelo poder público. Especificamente sobre o direito da concorrência, é possível divisar dois grandes mecanismos jurídico-administrativos fundamentais. O primeiro, assim indicado por se desenvolver no universo da atuação preventiva do poder público, é o controle de concentrações, delineado nos art. 88 e 90 da LDC<sup>8</sup>. O segundo, erigido como chave de abóbada do sistema é a repressão de

7 Em complementação aos mecanismos legais de cooperação entre o CADE e as agências reguladoras, tem sido celebrados acordos de cooperação técnica para a promoção da eficiência na promoção da concorrência. No caso da ANAC, foi celebrado acordo de cooperação técnica em 19.11.2009.

8 Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

condutas descritas como infrações da ordem econômica, listados no art. 36 da LDC <sup>(9)</sup>, por meio de diversos instrumentos.

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3o deste artigo.

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6o deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5o deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

[...]

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes."

9 Art. 36. 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:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Se empreendermos um esforço de mapeamento do plexo de temas e problemas desses dois campos do direito brasileiro no contexto presente, o resultado quase imediato é a constatação de que as questões concorrenciais já são um fator essencial para a compreensão

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

do setor. Intuitivamente, como será exposto mais adiante, supõe-se que o leque de questões concorrenciais se amplie e se transforme em um dos principais focos de atuação do Estado na defesa do interesse público nesse campo.

Sobre a primeira constatação, é importante notar que o histórico de atuação do CADE em seus processos revela que os temas da aviação civil apresentam relevância na defesa da concorrência.

Os casos mais conhecidos são os de associações, acordos operacionais de diversos formatos, fusões e aquisições entre empresas aéreas. São exemplos dessa categoria:

- (i) a aprovação da incorporação, pela Varig, das empresas Nordeste e Rio-Sul – processo nº 08012.006671/2002-27;
- (ii) o embrião de uma fusão entre TAM e Varig, a partir de fevereiro de 2003, iniciada mas descontinuada – processo nº 08012.001291/2003-87;
- (iii) a alienação, à VRG [Gol], das unidades produtivas da antiga Varig, denominadas Varig, Nordeste e Rio-Sul, já no processo de derrocada da Varig – processo nº 08012.007916/2006-67;
- (iv) aquisição, pela GTI, das ações da VRG pertencentes à VarigLog e Volo, condicionada pelo CADE à devolução de 10 pares de slots da Varig no aeroporto de Congonhas, SP – processo nº 08012.003267/2007-14;
- (v) operação de fusão entre TAM e LAN, aprovada com a condição de permuta de slots em Guarulhos e escolha entre alianças globais diferentes das quais fazem parte das duas empresas – processo nº 08012.009497/2010-84;
- (vi) entendimentos para a aquisição da WebJet e VRG [Gol] 08012.008378/2011-95; (vii) aquisição, pela TAM, da totalidade das ações da Pantanal – processo nº 08012.000321/2010-67;
- (viii) incorporação das ações da Trip pela Azul – processo nº 08700.004155/2012-81.

Esses exemplos, apesar de muito significativos, representam apenas uma parte das questões concorrenciais existentes na rotina do transporte aéreo. Outras questões também sensíveis apresentam relevância comercial e significado concorrencial, tais como:

- (a) Contratos e acordos, ou renovações ou aditamentos destes, quanto a compartilhamento de voos/*codeshare*:
  - (i) entre LAN e TAM – processo 08012.011750/2007-64;
  - (ii) entre VRG e Air Europa – processo nº 08012.002471/2008-91;
  - (iii) entre VRG e Air France – processo nº 08012.003128/2009-44;
  - (iv) entre VRG e AeroMexico – processo 08012.008715/2009-20;
  - (v) entre VRG e American Airlines – processo nº 08012.010625/2009-07;
  - (vi) entre VRG e Delta – processo nº 08012.002877/2010-13;
  - (vii) entre VRG e Qatar Airways – processo nº 08012.00035/2011-82;
  - (viii) entre Varig e Iberia – processo nº 08700.004215/2012-66;
  - (ix) entre VRG e KLM – processo nº 08012.003340/2012-15.
- (b) Formação de alianças regionais ou globais: entre Delta e VRG – processo 08012.011158/2011-44
- (c) Operações de concentração relacionadas a sistemas de reserva e banco de dados de clientes, como ocorreu nos seguintes casos:
  - (i) associação entre Varig, TransBrasil e o sistema AMADEUS para operação de sistema de reservas, aprovada com a celebração de termo de compromisso de desempenho – processo nº 08012.008101/1999-79; e

- (ii) associação entre TAM e Varig para a formação de empresa destinada a comercializar pacotes de turismo – processo nº 08012.002335/2000-43.
- (d) Operações de reestruturação societária em empresas de manutenção de equipamentos aeronáuticos e de aeronaves, atividade essa que representa a um só tempo uma parcela significativa das despesas das empresas aéreas e um requisito regulatório imprescindível à garantia da segurança operacional das aeronaves:
  - (i) desmembramento das operações de manutenção da antiga Varig, com alienação de ações à GE – processo 08012.001710/1998-96; e
  - (ii) alteração de controle acionário da empresa resultante desse desmembramento – processo nº 08012.010665/2005-17.
- (e) Operações referentes ao comércio varejista existente nos aeroportos, como é o caso típico das lojas de venda de produtos *duty free*, analisado pelo CADE na alteração de controle societário da BRASIF, adquirida pela DUFRY, aprovada no processo nº 08012.002004/2006-07.
- (f) Distribuição de combustíveis de aviação e de lubrificantes para turbinas: (i) operação entre BP e ExxonMobil nas operações de distribuição de lubrificantes – processo 08012.006734/2000-83; (ii) ato de concentração referente à operação realizada entre TOP Aviation e BP Global – processo nº 08012.007182/2002-92.

Por último é importante observar também que o CADE tem, em seu histórico, a análise de possíveis infrações nesse setor, em diversas oportunidades, pelo que se pode constatar dos seguintes exemplos:

- (i) averiguação preliminar sobre suposta conduta coordenada entre TAP e Varig, arquivada – processo nº 080000.014704/1995-70;

- (ii) averiguação preliminar de práticas anticoncorrenciais pela Petrobrás na distribuição de combustível de aviação – processo nº 08000.020939/1996;
- (iii) aplicação de penalidade ao SNEA, Varig, Vasp, TransBrasil e TAM, por ofensa ao disposto nos art. 20, I c/c 21, I e II, da Lei nº 8.884/1994 – processo 08012.000677/1999-70;
- (iv) averiguação preliminar contra Varig e sistema AMADEUS, arquivado por decorrência da prescrição intercorrente – processo nº 08012.005052/2001-34;
- (v) averiguação sobre suposta prática de preços abusivos pela TAM, arquivada por prescrição - processo nº 08012.001470/2003-14;
- (vi) averiguação preliminar contra Varig e TAM, arquivada – processo nº 08012.004067/2004-28; (
- vii) averiguação quanto a denúncia sobre prática de preços predatórios pela Gol em suas tarifas promocionais – processo nº 08001.006298/2004-03
- (viii) averiguação preliminar por suposta prática de preços predatórios pela Varig na linha para Boa Vista–RR, também arquivada – processo nº 08012.008719/2005-95;
- (ix) averiguação preliminar de suposta prática de preços predatórios pela GOL contra a WebJet – processo nº 08012.007719/2005;
- (x) averiguação preliminar de suposta prática de preços predatórios pela TAM contra a WebJet, arquivada – processo nº 08012.002164/2006-48.

Do levantamento não-exaustivo de casos acima, não restam dúvidas sobre a diversidade de temas concorrenciais relacionados à aviação civil, nem sobre a importância do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para controlar as concentrações, as eventuais infrações nesse setor, em seus diversos desdobramentos, e ainda analisar outras questões associadas ao tema, de modo a dar

plena aplicação aos preceitos constitucionais, consideradas as balizas atuais da LDC.

Pode-se, portanto, estimar que continuarão a apresentar implicações concorrenciais as operações societárias e atividades empresariais que já vêm sendo examinadas rotineiramente pelo CADE, conforme identificado acima, a saber:

- (i) associações, acordos operacionais de diversos formatos, fusões e aquisições entre empresas aéreas;
- (ii) operações de concentração relacionadas a sistemas de reserva e banco de dados de clientes;
- (iii) operações de reestruturação societária em empresas de manutenção de equipamentos aeronáuticos e de aeronaves;
- (iv) operações referentes ao comércio varejista existente nos aeroportos;
- v) distribuição de combustíveis de aviação e de lubrificantes para turbinas.

Mas essa visão panorâmica deve ser complementada pela principal novidade do setor, que é a reestruturação da prestação dos serviços de infraestrutura aeroportuária, que apresenta suas complexidades específicas e tem ocorrido em diversas etapas.

Como observado acima, talvez o momento mais marcante para a constituição de uma infraestrutura aeroportuária significativa no Brasil tenha sido a criação da INFRAERO em 1972. Sem prejuízo do mérito dessa decisão de política governamental da época e dos inegáveis resultados produzidos, ocorreu um visível descompasso entre o crescimento do volume do transporte aéreo e a infraestrutura disponível.

Nesse ponto, o primeiro efeito observado foi o estrangulamento das instalações em determinados aeroportos e a deterioração dos serviços, tanto daqueles prestados pela INFRAERO, quanto daqueles prestados pelas empresas aéreas e até por órgãos públicos que neles desempenham suas competências<sup>10</sup>. Um dos fatores que têm sido apontados

<sup>10</sup> TC 026.156/2011-3 (decisão do plenário do TCU)

SUMÁRIO: RELATORIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. DPF/MJ. RFB/MF. CONTROLES MIGRATÓRIO E ADUANEIRO NOS AEROPORTOS INTERNACIONAIS DO BRASIL.

como determinantes para esse fato tem sido a falta de instrumentos flexíveis e ágeis o suficiente para que a INFRAERO atuasse de modo empresarialmente adequado – fator esse que veio a motivar a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC <sup>11</sup>.

Mas existe outro resultado importante dessa situação, que é o possível desequilíbrio do mercado de transporte aéreo, tendo em vista as possíveis distorções que pode gerar a falta de espaço para operação de vôos, tais como a dificuldade de entrada de novas empresas no mercado ou da formação de uma posição dominante por determinadas empresas. No regime legal de liberdade de exploração de rotas, restringida apenas pela limitação de capacidade do aeroporto <sup>12</sup>, não é por outra razão que o CADE em, ao menos, duas oportunidades vinculou a aprovação de atos de concentração à redistribuição ou permuta de *pares de slots* (horários para pouso/decolagem individualizados, alocados à empresa aérea).

Assim, sem prejuízo das medidas de aprovação prévia de atos de concentração e repressão a infrações da ordem econômica, parece que hoje o meio realmente eficaz de prevenir abusos seja assegurar

---

INSUFICIENTE ALOCAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS NOS PROCEDIMENTOS AFETOS AOS CONTROLES MIGRATÓRIO E ADUANEIRO. OUTRAS OPORTUNIDADES DE MELHORIA. RECOMENDAÇÕES. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES INTERESSADOS. MONITORAMENTO.

11 Lei nº 12.462/2011.

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

12 Vide Acórdão do TCU sobre as obrigações sob o atual regime da concessão para exploração do transporte aéreo - ACÓRDÃO Nº 346/2008 - TCU - PLENÁRIO, TC - 011.088/2005-9, no qual expressamente o tribunal orientou à ANAC a estritamente observar esse regime de liberdade, nos seguintes termos do item 9.2 do dispositivo do acórdão: "9.2. *determinar à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/92 c/c art. 250, II, do Regimento Interno deste Tribunal, que se abstenha de considerar aspectos relativos à eventual excesso de oferta de vôos na análise de novos pedidos de Hotran por parte das concessionárias de serviços aéreos domésticos de transporte de passageiros em face ao disposto na Lei 11.182/2005, art. 48, parágrafo 1º...*"

que o crescimento da infraestrutura aeroportuária acompanhe o crescimento do transporte aéreo.

Observa-se que essa meta tem sido buscada por meios diversos. Grande parte desse esforço passa pela reformulação da forma de atuação da INFRAERO (com a aplicação do RDC, por exemplo), mas também pela concessão da exploração dos aeroportos à iniciativa privada.

No âmbito federal, já foram realizados quatro leilões para a concessão. O primeiro, para a outorga para concessão da exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante – RN, destinado a substituir o atual aeroporto de Natal – RN. Os outros três foram realizados com base em um único edital, para a outorga da concessão para exploração dos aeroportos de Brasília-DF, Guarulhos-SP e Campinas-SP.

Só pelo fato de serem concedidas essas importantes estruturas para exploração pela iniciativa privada, surgiram novas questões que não se apresentavam no regime de predominância da INFRAERO. Um exemplo significativo que demonstra a profundidade da reestruturação foi a criação da tarifa de conexão, prevista no art. 3º, V, da Lei nº 6.009/1973, com a redação dada pela Lei nº 12.648/2012 (conversão da Medida Provisória nº 551, de 22.11.2011), considerado fator determinante para a viabilidade das novas concessões, uma vez que os aeroportos concedidos passam a ficar destacados do bloco de 66 aeroportos administrados pela INFRAERO<sup>13</sup>.

No leilão para a outorga da concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante<sup>14</sup>, foi prevista regra para restringir a possibilidade de integração *vertical* entre empresas aéreas e o aeroporto, nos termos do edital de licitação<sup>15</sup>.

13 No ponto, chama-se a atenção para o fato de que não se trata apenas da criação de mais uma fonte de receita. Em verdade, constitui-se em medida jurídica necessária à viabilidade de ingresso de novos agentes na exploração da infraestrutura aeroportuária. A estrutura tarifária até então estabelecida espelhava a situação de exploração por uma única empresa e permitia surgirem argumentos como o de que o setor somente se sustenta se administrado na forma de rede e em regime monopolista, sem que isso comprovasse ou sustentasse o argumento de que *monopólio e tarifas* se justificavam mutuamente. Ao se admitir a tarifa de conexão, o novo agente também pode se relacionar com a rede existente em fases intermediárias do voo, mas sem depender das receitas dos aeroportos de origem e destino. É por essa razão que a criação da citada tarifa deve ser compreendida mais do que mera tarifa do setor, mas, sim como ruptura do paradigma então vigente.

14 Disponível em: < <http://www2.anac.gov.br/asga/> > acesso em: 30.09.2012

15 3.14. As Empresas aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, não poderão participar deste Leilão isoladamente, sendo admitida a sua participação como membro de consórcio desde que observadas as seguintes condições:

3.14.1. participação máxima no Consórcio, considerando a consolidação das participações diretas e indiretas, limitada a 10% (dez por cento); e

Também no caso dos leilões para a outorga da concessão dos aeroportos de Brasília, Guarulhos e Campinas<sup>16</sup> houve o tratamento de determinadas questões concorrenciais, tal como a restrição à possibilidade de integração vertical prevista no edital da licitação<sup>17</sup>. Ainda em relação aos aeroportos de Brasília, Guarulhos e Campinas, há também limitações à associação ou ao controle acionário cruzado, para evitar a integração *horizontal* ou o poder de influência entre concorrentes, conforme disposto em cada um dos Contratos de Concessão:

10.7.3. O Acionista Privado não poderá admitir, como acionista, qualquer entidade, suas controladoras, controladas, coligadas, que seja acionista direto ou indireto da Concessionária dos demais Aeroportos objeto do Edital do Leilão nº 2/2011.

Além disso, é possível que ocorram novos processos de concessão à iniciativa privada, mas em menor escala, em decorrência da recente autorização legal a que Estados, Municípios e Distrito Federal utorguem à iniciativa privada os aeroportos cuja exploração lhes tenha sido delegada por convênio pela União<sup>18</sup>.

---

3.14.2. vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração da SPE, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria enquanto vigente o Contrato de Concessão.

[...]

6.13. Fica vedada a participação da Concessionária ou de seus sócios, direta ou indiretamente, no capital votante de Empresas Aéreas, em percentual igual ou superior a dez por cento.

16 Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/GRU-VCP-BSB/>>. Acesso em: 30 set.2012.

17 3.17. É admitida a participação de Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas como membro de Consórcio, observadas as seguintes condições:

3.17.1. participação máxima na Concessionária, considerando a consolidação das participações diretas e indiretas, limitada a 2% (dois por cento); e

3.17.2. vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração do Acionista Privado e da Concessionária, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria enquanto vigente o Contrato de Concessão.

3.18. É admitida a participação em até 20% (vinte por cento) na Concessionária de empresas controladoras de empresas aéreas ou coligadas a empresas aéreas e que sejam coligadas ou controladas, direta ou indiretamente, por entidades de direito público brasileiras ou de países com os quais a República Federativa do Brasil tenha assinado acordo de serviços aéreos.

[...]

6.18. A participação dos acionistas do Acionista Privado, direta ou indiretamente, no capital votante de empresas aéreas deverá observar as regras de limitação à participação previstas neste Edital.

18 Houve significativa discussão no âmbito do governo federal quanto à possibilidade legal de que os entes federados sub-delegassem a privados a exploração de aeroportos sob sua responsabilidade nos termos de convênios celebrados com a União. Firmou-se o entendimento de que não havia autorização legal para

Dependendo do número ou da relevância dos aeroportos que também passem à exploração da iniciativa privada com base nesse mecanismo legal, é de se supor que novas questões concorrenciais (em sentido amplo) possam vir à pauta dos órgãos do SBDC ou até mesmo à consideração das instâncias políticas. Isto porque é possível, apesar das características essencialmente centrípetas do modelo federativo brasileiro, o surgimento de distorções concorrenciais resultantes de incentivos localizados, a exemplo do que ocorreu no caso do aeroporto de Leipzig-Halle, no qual a Comissão Européia, em decisão mantida pela oitava câmara do Tribunal da União Européia<sup>19</sup>, concluiu que seria contrária ao direito comunitário da concorrência a prestação de garantias adicionais pelo governo local ao aeroporto e à empresa DHL, na hipótese de retorno insuficiente dos investimentos<sup>20</sup>.

Mas o problema não se resume a essas grandes iniciativas.

Dentro da operação dos aeroportos e na relação comercial existentes entre os diversos agentes que trabalham para que o transporte aéreo funcione, podem surgir outras questões de impacto concorrencial.

O primeiro indício disso pode ser observado a partir dos conflitos já identificados no âmbito da INFRAERO na distribuição de áreas aeroportuárias às empresas aéreas, aos prestadores de serviços auxiliares e aos demais comerciantes. Considerando o regime legal da INFRAERO que impõe a obrigatoriedade de licitações, observadas as disposições específicas do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, as ocorrências identificadas se resolveram sob o enfoque da legalidade da atuação da estatal<sup>21</sup>, mas isso não desautoriza a observação de que o conflito entre empresas pode sempre ocorrer nessas situações de escassez de áreas disponíveis no aeroporto, com implicações concorrenciais.

---

tanto, tendo em vista os precedentes legislativos, como o do regime de exploração de portos, que partiam de expressa autorização legal. A questão veio a ser pacificada com o disposto no inciso VIII, do art. 24-D da Lei nº 10.683/2003, com a redação dada pela Lei nº 12.462/2011, segundo o qual compete à SAC-PR: “transferir para Estados, Distrito Federal e Municípios a implantação, administração, operação, manutenção e exploração de aeródromos públicos, direta ou indiretamente”.

19 Decisão de 24.03.2011, Processos T-443/08 et T-455/08.

20 Cf. decisão da Comissão Européia, State aid No C 48/2006 (ex N 227/2006) – Germany. Disponível em: < [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/217622/217622\\_643788\\_29\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/217622/217622_643788_29_1.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2012.

21 Cf. decisão do TCU no TC-021.539/2005-5, instaurado com base de denúncia da empresa aérea Oceanair contra suposto favorecimento da Gol pela INFRAERO na distribuição de áreas: “Não há ilegalidade na celebração direta, sem licitação, de contrato para a concessão de áreas aeroportuárias de uso diretamente relacionado à exploração dos serviços de navegação aérea já devidamente concedidos por meio do competente procedimento licitatório”

Considerando a relativa uniformidade das características do transporte aéreo no mundo, reforçam essa hipótese, por exemplo, as conclusões da Autoridade da Concorrência da República Francesa na análise de consulta prévia sobre as consequências concorrenciais de eventual privatização de aeroportos franceses, que observou que, no caso de privatizações, seria especialmente necessária a manutenção de mecanismos de transparência e de isonomia da distribuição de áreas aeroportuárias pelo explorador privado do aeroporto, bem como na contratação de obras e de serviços <sup>22</sup>.

No atual cenário, (i) em que se encontram pouco regulados pela ANAC os critérios para a distribuição de áreas aeroportuárias, de natureza operacional ou comercial (Resolução ANAC nº 113/2009), para o funcionamento e seleção, pelas empresas aéreas, das prestadoras de serviços aéreos (Resolução ANAC nº 116/2009) e para o compartilhamento das áreas de check-in pelas empresas aéreas (Resolução ANAC nº 208/2011), e que (ii) nos Contratos de Concessão celebrado essas questões são remetidas à livre negociação entre os interessados, é possível estimar também que conflitos e questões concorrenciais surjam nesses temas.

Caso isso ocorra, será fundamental o exercício pela ANAC de sua competência legal para mediar conflitos dessa natureza, e que os órgãos do SBDC desempenhem adequadamente suas funções, tanto no plano preventivo quanto no plano repressivo.

## 2 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do setor aéreo brasileiro, ao que tudo indica, não é consequência apenas das melhores condições econômicas do País em relação às últimas décadas, ou evolução das técnicas aeronáuticas, embora esses também sejam dados relevantes.

Considerando que esse setor historicamente é muito regulado, a evolução da aviação civil brasileira indica que é determinante o papel do Estado para esse desenvolvimento, ainda que por meio da decisão de reduzir a intensidade dessa regulação em determinadas oportunidades.

---

22 Avis nº 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français. / Parecer nº 10-A-04 de 22 de fevereiro de 2010 relativo a uma consulta da Associação para a manutenção da concorrência nas malhas e infraestruturas – AMCRI sobre os problemas de concorrência eventualmente resultantes da privatização dos aeroportos franceses.

Assim, a evolução do setor parece ser fruto da adequada compreensão do papel do Estado no que diz respeito à sua participação no setor de transportes aéreos. A visão de planejamento, associada à premissa de que a intervenção estatal cabe tão somente naquelas hipóteses de evidente falha de mercado, forma o pano de fundo em que atualmente se organizam as instituições públicas brasileiras, distinguindo-se as funções de planejamento e formulação de políticas; repressão a condutas anticoncorrenciais, regulação técnica dos serviços aéreos, aeroportuários e aeronáuticos; e prestação dos serviços de transporte e aeroportuários.

Destaca-se a relevância das questões suscitadas no presente estudo, sobretudo quando se considera que, em matéria de aviação civil, confluem sensíveis preceitos constitucionais tais como a mobilidade dos cidadãos, a circulação de bens, a integração nacional e a defesa da concorrência e do consumidor.

Sem prejuízo da necessidade de estudos detalhados sobre questões específicas tratadas neste artigo, defende-se que a eficiente proteção do interesse público no campo da aviação civil depende:

- (i) de estreita coordenação entre os diferentes órgãos governamentais que tratam da regulação e fiscalização setorial e entre estes e os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e
- (ii) da avaliação abrangente dos fatores e problemas relevantes para essa atividade econômica, para que a atuação estatal não tenha apenas efeitos fragmentados e inconsistentes.

Nesse contexto, avalia-se, ainda, que as recentíssimas mutações do setor, bem com as alterações no sistema de defesa da concorrência apresentarão ao Estado brasileiro significativos desafios e novos horizontes para a garantia do interesse público.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 19.398, de 11.11.1930.

\_\_\_\_\_ Decreto nº 19.902, de 22.4.1931.

\_\_\_\_\_ Decreto nº 2.961, de 20.1.1941.

- \_\_\_\_\_Decreto-Lei nº 32, de 18.11.1966.
- \_\_\_\_\_Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967.
- \_\_\_\_\_Decreto-Lei nº 270, de 28.2.1967.
- \_\_\_\_\_Decreto nº 60.521, de 31.3.1967.
- \_\_\_\_\_Decreto nº 61.819, de 4.12.1967.
- \_\_\_\_\_Decreto nº 65.144, de 12.9.1969.
- \_\_\_\_\_Decreto-Lei nº 991, de 21.10.1969.
- \_\_\_\_\_Lei nº 5.862, de 12.12.1972.
- \_\_\_\_\_Lei nº 5.989, de 17.12.1973.
- \_\_\_\_\_Decreto nº 75.070, 9.12.1974.
- \_\_\_\_\_Decreto nº 76.590, de 11.11.1975.
- \_\_\_\_\_Lei nº 7.565 (Código Brasileiro de Aeronáutica), de 19.12.1986.
- \_\_\_\_\_Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- \_\_\_\_\_Decreto nº 99.179, de 15.3.1990.
- \_\_\_\_\_Lei nº 8.399, de 7.1.1992.
- \_\_\_\_\_Lei nº 8.884, de 11.6.1994.
- \_\_\_\_\_Lei Complementar nº 97, de 9.6.1999.
- \_\_\_\_\_Decreto nº 3.564, de 17.8.2000.
- \_\_\_\_\_Lei nº 10.683, de 28.5.2003.
- \_\_\_\_\_Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A regulação do Mercado de Aviação Civil. Notas apresentadas no Seminário Regulação do Setor de Transporte Aéreo promovido pela Secretaria de Acompanhamento, Econômico

(Seae) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 28/08/2003, no IPEA/Brasília: <<http://www.ipea.gov.br/pub/notas/notastecnicas2.pdf>>

\_\_\_\_\_ Lei nº 11.182, de 27.9.2005.

\_\_\_\_\_ Tribunal de Contas da União, decisão na TC-021.539/2005-5.

\_\_\_\_\_ Decreto nº 6.223, de 4.10.2007.

\_\_\_\_\_ Conselho Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 7/2008.

\_\_\_\_\_ Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 346/2008 - TCU – PLENÁRIO, TC - 011.088/2005-9.

\_\_\_\_\_ Decreto nº 6.780, de 18.2.2009.

\_\_\_\_\_ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 83/2009.

\_\_\_\_\_ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 113/2009.

\_\_\_\_\_ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 116/2009.

\_\_\_\_\_ Presidência da República. Mensagens nºs 115 e 116, de 11.3.2010.

\_\_\_\_\_ Decreto nº 7.168, de 5.5.2010.

\_\_\_\_\_ Decreto nº 7.205, de 10.6.2010.

\_\_\_\_\_ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 141/2010.

\_\_\_\_\_ Lei nº 12.462, de 5.8.2011.

\_\_\_\_\_ Lei nº 12.529, de 30.11.2011.

\_\_\_\_\_ Tribunal de Contas da União, decisão na TC 026.156/2011-3.

\_\_\_\_\_ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 180/2011.

\_\_\_\_\_ Agência Nacional de Aviação Civil, Contrato de concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante – RN, disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/asga/>>

\_\_\_\_\_ Agência Nacional de Aviação Civil, Contratos de concessão dos aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos, disponíveis no site: <http://www2.anac.gov.br/GRU-VCP-BSB/>

CORDOVIL, Leonor ... [et al.] Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANÇA. Autoridade da Concorrência da República Francesa. Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia, State aid No C 48/2006 (ex N 227/2006): [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/217622/217622\\_643788\\_29\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/217622/217622_643788_29_1.pdf)

\_\_\_\_\_ Tribunal Geral, decisão de 24.03.2011, Processos T 443/08 et T 455/08.