

A PROPRIEDADE COMO ELEMENTO E INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO O CASO DA AVIAÇÃO COMERCIAL NO BRASIL²⁸⁷

*Flávio M. Prol
Iagê Z. Miola
Diogo R. Coutinho*

Com frequência, as normas de propriedade são descritas como elementos anteriores à regulação, na medida em que comporiam as precondições de existência de um setor econômico ou mesmo de um mercado (COLE, 2012). Para alguns, a regulação, neste sentido, é entendida como disciplina exógena, uma restrição administrativa à propriedade privada, algo que se imporá sobre direitos de propriedade previamente definidos – e, por isso, tomados – nem sempre de forma consciente, é verdade – como dados. Vale dizer, como a existência da propriedade não fosse política, histórica e juridicamente construída. Essa concepção tem distintas implicações relevantes, sendo a determinação dos limites da regulação em relação à propriedade um exemplo importante. Se a propriedade é anterior lógica, econômica ou empiricamente à regulação, pode-se supor que

²⁸⁷Agradecemos Juliana Fonteles da Silveira a pesquisa bibliográfica valiosa para a redação deste artigo. Agradecemos, também, os comentários e sugestões feitos por Anna Binotto e Carolina Miranda Cavalcante nas ocasiões em que versões preliminares deste texto foram revistas e discutidas. Uma delas aconteceu no “II Seminário Internacional Propriedades em Transformação e Conferência Financiamento do Desenvolvimento Sustentável no Brasil”, ocorrido no Cebrap, em São Paulo, entre 16 e 18 de dezembro de 2019. Agradecemos, ainda, Alessandro V.M. Oliveira por sua leitura, sugestões e apontamentos, em junho de 2020.

esta deve respeito àquela, sendo essa relação de proteção assegurada pelo direito. A precedência da propriedade se traduziria, assim, em hierarquia normativa: em caso de conflito, no limite, a regulação que desrespeita a propriedade deve ser revista. Essa visão, por sua vez, perpassa certas teorias modernas sobre os limites da atuação estatal no domínio econômico por meio da regulação, como a doutrina da “regulações expropriatórias”, por exemplo²⁸⁸.

Neste artigo, sugerimos, contudo, que as normas de propriedade, uma convenção jurídica (não um dado da natureza), além de desempenharem um papel constitutivo da economia e do capitalismo, também operam como parte importante de um ambiente regulatório que pretende infundir regras substantivas e procedimentais, bem como conteúdos normativos na economia (EDELMAN e STRYKER, 2005; COLE, 2012) – isto é, cumprem certas funções econômicas.

Buscamos evidenciar como a propriedade é constitutiva e constituída pela regulação a partir do estudo do setor de aviação civil no Brasil²⁸⁹. O caso que analisamos permite compreender que “a regulação não apenas justifica e protege direitos de propriedade existentes, mas cria propriedade onde antes não havia” (COLE, 2012, p. 126). O conjunto de normas ou regras sobre a propriedade das empresas de aviação civil – em especial, sobre a titularidade da propriedade e sobre sua concentração (a determinação jurídica do quanto do capital da empresa aérea pode ser detido por um proprietário nacional ou estrangeiro) é, nesse sentido, ferramenta chave para compreender os objetivos econômicos e de política pública da regulação do setor.

O argumento central é que a estrutura jurídica dos direitos de propriedade é empregada e mobilizada pelo Estado como um dos elementos para se atingir objetivos tipicamente regulatórios que variam historicamente: eles podem estar associados à expansão do mercado de aviação (malha aeroviária), à sua estabilização, à concorrência entre agentes econômicos etc. Vale dizer: o recurso a normas jurídicas que delimitam a propriedade das empresas aéreas tem sido um componente constante do setor e isso revela a ligação histórica de sua regulação com os distintos contextos e momentos de economia política em meio aos quais a aviação civil se desenvolveu no país. Por sua vez, os arranjos jurídicos e institucionais resultantes da definição proprietária – a “caixa de ferramentas regu-

²⁸⁸A noção de “regulação expropriatória” remete à doutrina dos “regulatory takings” do direito dos EUA e é frequentemente entendida como o fenômeno em que “[r]egulações cujo feitiço de legítimas normas limitadoras da atividade econômica encobre um ato de inconstitucional esvaziamento da propriedade privada, entendida em seu sentido amplo, enquanto garantia de proteção de bens e direitos contra o confisco” (CYRINO, 2014, P. 203).

²⁸⁹O foco de análise é a aviação civil para transporte de passageiros, não a aviação de carga.

latória” – carregam consigo a resultante das forças políticas em jogo no embate em torno dessa definição²⁹⁰. Em síntese, argumentamos que o direito regulatório da aviação civil brasileira pode ser compreendido, com certos ganhos, por meio da chave analítica dos regimes de propriedade prevalecentes uma vez que estes jogam luz sobre a conexão existente (mas nem sempre compreendida) entre o direito, as instituições reguladoras e a economia política do setor²⁹¹.

Para desenvolver este argumento, utilizamos a periodização da regulação do setor aéreo em três momentos, tal como proposta por Bielchowski e Cunha (2011): (i) o período de pouca ou quase nenhuma restrição à propriedade de companhias aéreas, de modo a promover o desenvolvimento do setor (1920-1966/73), (ii) o período em que a regulação da propriedade de companhias aéreas por estrangeiros e mesmo nacionais foi bastante severa, para permitir o controle pelo governo de preços e da oferta dos serviços (1966/73-1986/91) e (iii) o período mais recente de desregulamentação ou flexibilização das regulamentações implementadas no período anterior, de modo a promover a eficiência no setor (1986/1991 em diante). A periodização proposta por esses autores já foi incorporada ou compartilhada de modo semelhante por outros pesquisadores, como Côrrea (2018) e Ferreira (2017), e segue, de modo geral, o que também foi proposto anteriormente por Oliveira (2007a, 2007b, 2009)²⁹² e Malagutti (2001). Optamos por adotar interva-

²⁹⁰A propriedade e sua economia política são componentes-chave dos processos e ciclos de constituição e redefinição das relações sociais e econômicas, tanto no plano doméstico, quanto no plano transnacional. Os direitos de propriedade têm, igualmente, lugar de relevo na confluência do direito, da economia, do Estado e da cultura. Cf. Coutinho *et al.* (2018, pp. 13).

²⁹¹Subjacente está a premissa de que a economia política e o direito econômico são campos interligados e capazes de produzir influências recíprocas. Tal suposição abre perspectivas de investigação úteis e ricas para ambos os saberes. Os economistas, nesse diálogo, podem encontrar caminhos férteis para compreender como o direito molda instituições-chave do capitalismo. Os juristas, de seu lado, podem agregar às suas análises as disputas de poder em torno das funções do Estado (vis-à-vis a margem de liberdade concedida ao mercado) em meio à historicidade e aos efeitos distributivos que as marcam (COUTINHO, 2016). A abordagem de direito e economia política, nas palavras de Wilkinson e Lokdam, permite o estudo de fenômenos “na intersecção entre o direito, a política e a economia. Ela apresenta eventos do mundo real e desenvolvimentos no direito e na economia política por meio de lentes históricas, conceituais e interdisciplinares, em vez de tomar o direito, a política e a economia como disciplinas autônomas, a serem estudadas por meio de métodos puros”, dizem Wilkinson e Lokdam (2018, pp. 2).

²⁹²Oliveira (2007a, p. 134) sugere: “O setor de transporte aéreo no Brasil passou por duas grandes reformas regulatórias ao longo dos últimos 35 anos: a introdução da regulação estrita (“competição controlada”), associada a mecanismos de desenvolvimento regional, entre o final dos anos 1960 e início da década de 1970, e a política de “flexibilização”, introduzida no início da década de 1990”. No mesmo sentido, IPEA (2010) e Guarany (2010). Nos três textos mencionados, os autores tratam o período a partir de 1986 com algumas diferenciações, embora

los de anos quando da transição entre os períodos para sinalizar que não há uma transição abrupta entre um momento histórico e outro, mas uma transformação regulatória que se consolida com um conjunto de medidas.

Ao acompanhar a literatura que faz uma análise da evolução histórica da regulação e levando em consideração o contexto de desenho e aprovação dessas regulações, bem como os objetivos que as autoridades tinham ao promovê-las, buscamos evitar uma caracterização que poderia ser classificada como descontextualizada, em termos de atenção ao contexto de economia política em cada época do desenvolvimento capitalista brasileiro, e que descreveria opções regulatórias como “nacionalistas” e “capturadas”. Ver, como possível exemplo desse tipo de abordagem, Rodrigues (2015).

Entendemos, ademais, que é possível analisar e diferenciar esses períodos regulatórios a partir de algumas variáveis comuns, listadas abaixo:

- (a) regras relativas à participação do setor público ou do setor privado;
- (b) regras relativas à participação de capital estrangeiro;
- (c) modelo ou arranjo regulatório escolhido;
- (d) arranjo institucional – que autoridades regulam o setor;
- (e) marco legal;
- (f) objetivos explicitamente defendidos pelo desenho jurídico-institucional;
- (g) modelo de tarifação.

Para os propósitos deste artigo, as principais variáveis de análise são, de um lado, as que dizem respeito às regras jurídicas destinadas a definir a propriedade de companhias aéreas delineadas em cada período (“a” e “b”) e, de outro, as funções ou objetivos atribuídos ao modelo ou arranjo regulatório criado (“f”). Por meio dessas variáveis, procuramos compreender os aspectos jurídicos, institucionais e regulatórios do setor em meio às circunstâncias de economia política que os cercam. A tabela abaixo sintetiza as principais informações coletadas na pesquisa, de acordo com a periodização e as variáveis propostas, além de trazer uma linha adicional sobre o número de empresas ou o grau de concentração no setor:

todas a partir do mesmo vetor de base, que é o de flexibilização/liberalização, motivo pelo qual adotamos, neste texto, somente três períodos.

Tabela 8 – Periodização da regulação da aviação comercial

	Período da Expansão 1920-1966/73	Período da Regulação Estrita 1966/73-1986/92	Período da desregulamentação 1986/92 - até hoje
a. Regras sobre propriedade pública/privada	Público e Privado. Exemplos de empresas estatais: VASP e Real Ltda. (1945 a 1961) - (FERREIRA, 2017, p. 8)	Público e privado. Exemplo de empresa estatal: VASP.	Privado
b. Regras sobre propriedade por nacional/ estrangeiro	Não há restrições para investimentos estrangeiros.	Limite de 20% para participação de estrangeiro em capital social de companhia aérea.	Limite de 20% permanece. A partir de 2019, irrestrito.
c. Modelo regulatório: comando e controle / concorrencial	Concorrencial, embora com aporte de recursos públicos.	Comando e controle, com divisão estrita de regiões e companhias autorizadas, e aporte de recursos públicos.	Concorrencial. Privatização e progressiva desregulamentação. Fim do monopólio geográfico.
d. Autoridades que regulam o setor	Criação do Departamento da Aeronáutica Civil (DAC).	DAC e criação do Sistema Integrado de Transporte Aéreo Regional (SITAR).	Departamento de Aviação Civil, posteriormente substituído com a criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).
e. Marco legal e normativo	Decreto 16.983/1925, “Regulamento para os serviços de navegação aérea”.	Código Brasileiro do Ar (CBA) de 1966 - Decreto-Lei 32/1966, Decreto 72.898/73 e Decreto 76.590/75.	Lei nº 7.565/1986 (CBA) Lei 11.182/2005 (Lei da ANAC), Decreto 6.780/2009 (Política Nacional da Aviação Civil) e Lei 13.842/2019
f. Principal objetivo da regulação	Desenvolvimento do setor	Segurança nacional, prestação de serviços e controle de preços.	Redução de preços e concorrência
g. Tarificação ²⁹³		Preço de referência imposto pelo DAC; controle de reajustes de preço; ausência de registros de preços; banda tarifária ausente até 1988; [-25%, +10%] em 1989; [-50%, +32%], de 1990 em diante (somente para tarifas com desconto).	Preço de referência não imposto pela DAC até 2001; controle de reajustes de preço presente até 2001, mas associado à inflação no setor; registros de preços <i>ex-ante</i> até 2001, <i>ex-post</i> entre 2001 e 2003, <i>ex-ante</i> de 2004 em diante; banda tarifária até 1997 [-50%, +32%], tanto para tarifas cheias quanto para tarifas com desconto, a partir de 1997, ausente. Cf. Oliveira (2007). Mais recentemente (2016 em diante), possibilidade de cobrança pelas bagagens, outorgando ainda mais liberdade às companhias.

²⁹³Cf. Oliveira (2007, p.8).

h. Número de empresas ou grau de concentração do mercado/ principais players	As empresas foram fundadas nesse período, com destaque para Varig, Vasp e Cruzeiro do Sul. Diversas empresas entram (e saem) do mercado.	Varig, Vasp e Transbrasil controlavam 97% do mercado em 1990 - (FERREIRA, 2017)	Fim do oligopólio legal. Diversas empresas entram (e saem) do mercado. TAM e Varig dominam mercado até Varig ser comprada em 2006. TAM e Gol dominam o mercado atualmente.
--	--	---	--

Fonte: elaboração dos autores, com a colaboração de Juliana Fonteles da Silveira²⁹⁴.

Conforme sintetizado na tabela – e detalhado nas seções seguintes – no setor de aviação civil, as normas e concepções sobre a propriedade compuseram, historicamente, o arcabouço regulatório para o desempenho de diferentes funções econômicas. Em um primeiro momento, regras que tratam e efetivamente criam a propriedade estiveram associadas ao objetivo de promover o surgimento e o crescimento de participação de empresas de transporte aéreo em um setor considerado estratégico; em um segundo momento, conectaram-se à função de limitar o número de empresas que poderiam exercer atividades econômicas de modo a garantir o suprimento de voos domésticos a um determinado preço; e, por fim, no terceiro momento, vincularam-se a um novo objetivo regulatório, o de promover maior concorrência em um mercado considerado oligopolizado. Nesse histórico de transformações regulatórias no setor, notam-se duas recorrências nas discussões sobre as regras de propriedade: a permanente tensão em torno do caráter público/privado e nacional/estrangeiro da propriedade das empresas atuantes e em torno do grau de concentração da propriedade do capital dessas empresas²⁹⁵.

²⁹⁴Dentre outros temas regulatórios relevantes para o setor de aviação civil, deixamos de analisar neste artigo, propositalmente, a evolução da política regulatória de alocação de *slots* em aeroportos por companhias aéreas, bem como outros fatores relevantes para a competitividade de companhias aéreas, como programas de fidelidade (ver, nesse sentido, a análise do Conselheiro Relator Olavo Chinaglia no Ato de Concentração n. 08012.009497/2010-84, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), uma vez que esses temas não afetam o argumento central do artigo. A discussão sobre *slots*, em particular, se relaciona com a discussão de propriedade, uma vez que há intensa disputa, inclusive jurisprudencial, a respeito de sua natureza jurídica. Vale dizer: debate-se se *slots* são de propriedade das companhias aéreas ou se resultam da alocação de direito de uso pela regulação, ainda que no Brasil a concepção de alocação de direito sempre tenha prevalecido na regulação (sobre o tema, ver, ainda CRAVO, 2014). No julgamento do ato de concentração no CADE mencionado, o Conselheiro Relator do CADE chegou a afirmar que a indisponibilidade de *slots* seria a principal barreira ao aumento de competitividade no setor aéreo.

²⁹⁵As empresas de transporte aéreo, nacionais ou estrangeiras, não estão sujeitas ao regime jurídico dos serviços públicos nos termos art. 175 da Constituição. São, no entanto, “serviços públicos” nos termos do art. 175 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986) - anterior

Argumentamos, assim, que há uma expectativa regulatória em relação à função dos direitos de propriedade, que compõe o “imaginário jurídico-institucional” compartilhado pelas autoridades em cada período. Essa expectativa atribui às regras jurídicas de propriedade alguma capacidade de promover mudanças reais relevantes na vida econômica e social. Nessa forma de ver, portanto, a definição jurídica dos contornos da propriedade possuiria o condão de produzir efeitos econômicos – como induzir investimentos econômicos e padrões de eficiência. Esse parece ser o caso, inclusive, de discussões recentes sobre o tema, como aquela associada à total liberalização de participação de estrangeiros no quadro societário de empresas do setor. Essa medida foi apresentada e interpretada como possível e principal solução para o problema de insuficiente competitividade e dos elevados preços de passagens aéreas praticados na aviação, como se demonstrará na seção 3.

Ao apresentar uma reconstrução histórica da economia política da regulação da aviação civil no Brasil centrada na propriedade, não pretendemos sugerir que as regras sobre propriedade sejam o único – nem mesmo o principal – instrumento de regulação do setor. Como se verá, a propriedade é parte de um arranjo jurídico mais amplo, formado por normas legais e infralegais que disciplinam diferentes aspectos da atividade econômica, tais como a formação de preços, requisitos de entrada no mercado, tarifas aéreas, bem como a estrutura de governança regulatória do setor. A ênfase na propriedade, assim, é um recorte analítico que tem por objetivo destacar que normas de propriedade integram a “caixa de ferramentas” da regulação, isto é, que podem encarnar expectativas regulatórias – cumprindo-as ou não.

Essa hipótese, em nossa visão, problematiza a concepção sobre a relação entre regulação e propriedade não raro presente em abordagens jurídicas e eco-

à Constituição de 1988, portanto. A previsão constitucional existente é a de que compete à União, nos termos do art. 21, XII, “c”, “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” a “navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária”. Assim, mesmo que a exploração do transporte aéreo regular dependa de um ato estatal e formal prévio de “concessão”, não se estabelece, para ela, o regime tradicional de serviço público com seus requisitos de licitação prévia, regularidade, continuidade, política tarifária, entre outros. Quanto a isso, Kawahala defende que se trata de uma atividade econômica em sentido estrito (em oposição à noção técnica de serviço público) uma vez que não há, por exemplo, “qualquer determinação, por parte do Estado, acerca das rotas a serem exploradas ou da quantidade de voos a serem operados pela companhia aérea”. A autora aponta, ainda, como o Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão nº 346/2008, se manifestou, mais recentemente, a respeito das características típicas das atividades objeto das “concessões” aéreas. Cf. Kawahala (2019). Neste trabalho não pretendemos, contudo, adentrar na polêmica sobre qual o regime jurídico a ser seguido pelas empresas de transporte aéreo no Brasil.

nômicas. Acreditamos, com isso, que uma possível implicação do argumento (ainda que indireta) é que a visão aqui adotada desnaturaliza a propriedade como mero objeto de regulação e, assim, permite uma compreensão mais complexa da relação entre regulação e propriedade e, em última instância, da determinação dos limites da atuação do Estado em relação à propriedade. Se a propriedade não é simplesmente exterior (ou anterior) à regulação, mas parte de um arranjo regulatório histórico e dinâmico, a relação entre regulação e propriedade pode ser compreendida em outros termos, mais complexos desde o ponto de vista da economia política²⁹⁶.

Para desenvolver o argumento, o artigo está dividido em três partes, além desta introdução e da conclusão. Cada parte corresponde a um momento da periodização histórica da regulação do setor de transporte aéreo no Brasil. Em cada seção, são descritas em detalhes as regras jurídicas de propriedade vigentes no período, bem como as funções ou objetivos a elas atribuídos – no seu respectivo contexto da economia política. Ao final, apontamos para as possíveis implicações do nosso argumento sobre os papéis regulatórios da propriedade.

A CRIAÇÃO DO MERCADO E A PROGRESSIVA UTILIZAÇÃO DA PROPRIEDADE COMO FERRAMENTA REGULATÓRIA

Como fenômeno econômico e tecnológico do século XX, a origem do mercado de transporte aéreo no Brasil remonta, segundo a literatura, à década de 1920²⁹⁷, quando é consolidada a primeira legislação sobre o assunto, em 1925. Trata-se do “Regulamento para Serviços Cíveis de Navegação Aérea”, publicado em julho de 1925, por meio do Decreto 16.983. A regulação era responsável por incorporar ao regime jurídico brasileiro as disposições da Convenção de

²⁹⁶“No mundo da natureza mais ou menos apartado da sociedade organizada, há coisas, mas certamente não direitos de propriedade (...). Qualquer que seja a definição técnica de propriedade que preferamos, devemos reconhecer que a propriedade é uma relação não entre um dono e uma coisa, mas entre o dono e outros indivíduos em relação à coisa. Um direito é sempre contra um ou mais indivíduos”, pontuou Morris R. Cohen (1927, 12).

²⁹⁷Embora também seja verdade que as primeiras regulações sobre o assunto sejam de 1919. Naquele ano, o decreto 13.566 permitiu que Davidson, Pullen & Company organizasse um serviço de comunicações aéreas e os decretos 13.567, 13.568 e 13.569, permitiram que João Várzea, Francisco do Rego Barros Barreto Filho e Handley-Page Ltd, pudessem “organizar, sem privilegio ou monopólio de espécie alguma [para u]tilizar-se dos aparelhos aereos dos mais aperfeiçoados, no transporte de passageiros e mercadorias, entre as principais cidades do Brasil” (mantivemos a grafia da época). Segundo Espírito Santo Jr e Correia (2006, p. 234), essas autorizações nunca surtiram efeito.

Paris sobre aviação, de 1919, que previa a soberania absoluta dos Estados sobre o espaço aéreo.

O Regulamento para Serviços Civis de Navegação Aérea previa que o transporte de passageiros ou cargas entre dois pontos do território nacional só poderia ser feito por aeronaves nacionais, embora autorizasse que o Ministro da Viação e Obras Públicas pudesse criar exceções à regra geral, em caráter especial e temporário (art. 70). O decreto ainda determinava que as aeronaves nacionais eram aquelas matriculadas no Brasil e que somente poderiam requerer a referida matrícula os cidadãos brasileiros ou empresa brasileira, segundo a legislação vigente (arts. 8 a 10). Ainda assim, a concessão para transporte aéreo não era vedada a empresas estrangeiras (arts. 64 a 66), o que permitiu o estabelecimento de algumas empresas estrangeiras no setor. Na prática, em especial a partir da década de 1930, as regras determinavam que empresas estrangeiras que quisessem atuar no Brasil teriam que criar subsidiárias brasileiras (ver ESPÍRITO SANTO JR. e CORREIA, 2006, p. 235).

A regulação de 1925 foi revogada em 1938, pelo Decreto-Lei n 483, já sob o governo de Getúlio Vargas, que instituiu o primeiro Código Brasileiro do Ar, e que em grandes linhas reproduziu a legislação anterior. Uma mudança significativa foi a regra prevista no artigo 37, alínea ‘a’ que permitia empresas estrangeiras serem concessionárias de linha regular de navegação aérea, desde que a maioria da sua administração fosse constituída por brasileiros ou fosse delegada a brasileiros todos os poderes de gerência da empresa (artigo 146 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937).

A principal barreira à entrada no mercado, portanto, não era jurídica, mas, na realidade, a dificuldade de acesso à tecnologia relacionada às aeronaves e ao seu elevado custo e financiamento. Nesse sentido, Bielchowski e Custódio (2011) relatam que essas barreiras tenderiam a ser vencidas somente por subsidiárias de empresas estrangeiras²⁹⁸.

Com efeito, duas das três principais empresas do período eram subsidiárias estrangeiras. No relato de Espírito Santo Jr. e Correia (2006), esse é o caso da empresa Sindicato Condor Ltda., subsidiária da empresa alemã de mesmo nome (Condor Syndikat), que recebeu autorização do governo brasileiro para atuar no Brasil em 1927. Ao longo da década de 1930 e, especialmente, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, a empresa teria encontrado dificuldades por suas origens germânicas, o que fez com que investidores brasileiros assumissem o seu controle, mudando seu nome para Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul. Outra

²⁹⁸Ver, no mesmo sentido, Corrêa, 2018, p. 99.

empresa criada no período, em 1929, foi a americana New York, Rio and Buenos Aires Line (NYRBA), que também constituiu uma subsidiária brasileira, e que operava linhas entre o Brasil e os Estados Unidos, bem como uma linha semanal interna, entre Belém e Santos, entrepostos econômicos de grande relevância à época. Posteriormente, a NYRBA foi adquirida pela americana Pan Am, passando a ser denominada Panair do Brasil (ESPÍRITO SANTO JR. e CORREIA, 2006). A empresa nacional criada no período foi a Viação Aérea Riograndense (VARIG), em 1927, fundada por Otto Ernst Meyer, descendente de alemães.

Outras três empresas foram criadas na década de 1930. A Vasp (Viação Aérea de São Paulo), criada em 1933 por um grupo de empresários paulistas, que após dificuldades financeiras, buscaram auxílio do Governo Paulista e do Governo da Cidade de São Paulo para capitalizar a empresa. Em 1935, a Vasp tornou-se uma empresa estatal (e essa foi sua configuração até sua privatização em 1990). Ao longo do tempo, a empresa passou a adquirir companhias menores e a aumentar sua malha aérea, como aconteceu na aquisição da Aerolloyd Iguassú, em 1939, empresa que operava as ligações entre São Paulo, Curitiba, Joinville e Florianópolis desde sua criação, em 1933 (FERREIRA, 2017, p. 6). A terceira empresa criada no período foi a Navegação Aérea Brasileira (NAB), em 1938, que veio a ser adquirida pela Vasp no início da década de 1960. O quadro abaixo, retirado com adaptações de Ferreira (2017), apresenta as empresas criadas nas duas primeiras décadas da aviação comercial no país:

Tabela 9 – Empresas aéreas fundadas entre 1920-1939

Fundação/ encerramento	Nome	Nacionalidade e natureza
1924-1927	Condor Syndikat	Empresa alemã, privada
1927-2006	Varig - Viação Aérea Rio Grandense	Empresa nacional, privada
1927-1942	Syndicato Condor	Subsidiária da empresa alemã, privada
1929-1930	NYRBA	Subsidiária da empresa estadunidense, privada
1930-1965	Panair do Brasil	Subsidiária da empresa estadunidense, privada
1933-1939	Aerolloyd Iguassu	Empresa nacional, privada, vendida à Vasp em 1939.
1933-2005	VASP - Viação aérea de São Paulo	Empresa nacional, pública, privatizada em 1990.
1938-1961	NAB - Navegação aérea brasileira	Empresa nacional, privada, vendida à Vasp em 1962.

Fonte: Ferreira, 2017.

As décadas de 1940 e 1950 foram de expansão e consolidação de outras empresas do setor, como demonstra a tabela abaixo. Ferreira (2017) menciona a criação de 28 empresas nesse período, 24 das quais encerraram suas atividades (seja por falência, seja por aquisição por concorrentes), até o fim da década de 1960. Das quatro empresas que permaneceram mais tempo no setor, duas pararam de operar no início da década de 1970, uma sendo assumida pela Varig e outra pela Transbrasil, e as outras duas operaram até 1993 - caso da Cruzeiro do Sul, que sucedeu a Sindicato Condor e foi adquirida pela Varig na década de 1970, mas que continuou operando sob esse nome – e 2007 – caso da TAF linhas aéreas, que era uma empresa regional do Nordeste²⁹⁹.

Tabela 10 – Empresas aéreas fundadas entre 1940-1959

Fundação/ encerramento	Nome	Nacionalidade e natureza
1942-1993	Cruzeiro do Sul	Antigo Sindicato Condor, nacional, privada. Adquirida pela Varig em 1975.
1942-1953	Aero Geral	Nacional, privada. Adquirida pela Varig em 1952.
1942-1961	Aerovias Brasil	Subsidiária da TACA, estadunidense, privada. Adquirida pela Varig em 1961.
1943-1951	LAP - Linhas Aéreas Paulistas	Nacional, privada. Incorporada ao Lóide Aéreo Nacional em 1951.
1944-1948	LAB - Linhas aéreas brasileiras	Nacional, privada, encerrou atividades em 1948.
1944-1951	LATB - Linha Aérea Transcontinental Brasileira	Nacional, privada, vendida à Real em 1951.
1944-1946	Companhia Meridional	Empresa nacional, privada. Operação regional, liquidada em 1946.
1944-1952	Viação Aérea Santos Dumont	Empresa nacional, privada, vendida à TAN em 1952.
1945-1950	Viação Aérea Arco-Íris	Nacional, privada. Operação regional, permissão cancelada em 1950.
1945-1948	Viação Aérea Bahiana	Nacional, privada. Operação regional. Encerrou atividades em 1948.
1945-1961	Real - Transportes Aéreos Redes Estaduais	Consórcio Real-Aerovias. Adquirida pela Varig em 1961.
1946-1950	LAN - Linhas Aéreas Natal	Operação regional (MG). Vendida à Real em 1950.
1946-1952	OMTA - Organização Mineira de Transportes	Taxi-aéreo. Adquirida pela TAN em 1950.

²⁹⁹Ver também Malagutti (2001, p. 4).

1946-1966	SAVAG - Viação Aérea Gaúcha	Operação Regional (RS). Absorvida pela Cruzeiro do Sul em 1966.
1946-1951	TABA - Transportes Aéreos Bandeirantes	Fusão com o Consórcio Lloyd Aéreo Nacional em 1950.
1946-1956	TAN - Transportes Aéreos Nacional	Integrada à Real em 1956.
1946-1950	VIABRAS - Viação aérea Brasil	Integrada à TAN em 1953.
1947-1957	ITAU - Companhia Itaú de Transportes Aéreos	Transportadora da produtora de cimento Itaú. Integrada à TAN em 1955.
1947-1948	LAW - Linhas Aéreas Wright	Adquirida pela Real em 1948.
1947-1966	TAC - Transportes Aéreos Catarinense	Regional (SC). Adquirida pela Cruzeiro do Sul em 1966.
1947-1949	TCA - Transportes Carga Aérea	Antecessora da Lóide Aéreo Nacional S.A.
1948-1950	Central Aérea	Adquirida pela Transporte Aéreo Nacional em 1950.
1949-1961	Aeronorte - Empresa de Transportes Aéreos Norte do Brasil	Regional (NE). Adquirida pela Aerovias em 1952, esta adquirida pela Real em 1954, por fim, a Real foi adquirida pela Varig em 1961.
1949-1962	Lóide Aéreo Nacional	Vendida à Vasp em 1962.
1949-1962	TAS - Transportes Aéreos Salvador	Vendida à Sadia em 1961.
1952-1970	Paraense Transportes Aéreos	Regional (PA). Rotas e aeronaves repassadas pelo governo à Varig.
1955-1972	SADIA Transportes Aéreos	Antecessora da Transbrasil, que encerrou as atividades em 2001.
1957-2007	TAF Linhas aéreas	Operação regional (NE).

Fonte: Ferreira, 2017.

Pesquisadores apontam que a aviação comercial brasileira enfrentou uma forte crise no final da década de 1950 e 1960, decorrente da instabilidade política e econômica, dos elevados custos de manutenção e da forte concorrência no mercado de transporte aéreo (MALAGUTTI, 2001, p. 5 e IPEA, 2010).

Nesse contexto, empresas aéreas e o governo criaram um espaço formal de diálogo em que estratégias para o setor poderiam ser discutidas. Isso aconteceu por meio das Conferências Nacionais de Aviação Comercial (CONAC), que serão discutidas na próxima seção. Nessas conferências, o governo federal e as empresas formularam a estratégia de reduzir o número de companhias aéreas para facilitar o controle e o apoio do governo. A estratégia resultou na aprovação do Novo Código Brasileiro do Ar, em 1966, que trazia limitações jurídicas à propriedade das companhias aéreas por estrangeiros e, principalmente, no De-

creto 72.898/1973, que estabeleceu um regime de comando e controle no setor, com oligopólios regionais definidos em lei e com amplo controle administrativo, inclusive das variáveis de preço e quantidades de voo (MALAGUTTI, 2001, OLIVEIRA, 2007a e IPEA, 2010).

O “imaginário” que vincula regras sobre a propriedade – em especial, sobre a sua titularidade – a uma certa função regulatória começa a se formar neste período histórico. Isto é, se nas primeiras décadas da aviação civil comercial predominavam padrões regulatórios mais fluidos ou menos intrusivos (vale dizer: a iniciativa privada era relativamente menos disciplinada em termos de regras regulatórias restritivas, do tipo comando-e-controle), progressivamente a propriedade, sobretudo a pública, torna-se constitutiva e organizadora do arcabouço regulatório do setor. Isso pode ser observado por meio de dois exemplos pontuais: a regra, já mencionada, segundo a qual as empresas estrangeiras deveriam constituir subsidiárias no Brasil para aqui atuar, bem como a estatização da Vasp em 1935 (com as subseqüentes aquisições por ela feitas e pelos “resgates públicos” operados pelo Estado). Nota-se, nestes exemplos, que o controle público sobre a propriedade é paulatinamente encarado como condição necessária à criação e expansão de um mercado de aviação civil.

O imaginário do período deve ser compreendido desde uma perspectiva mais ampla no plano da economia política vigente durante todo o período entre 1920-1966/73 (a transição para a industrialização), com base na suposição inicial de que se o Brasil seguisse as determinações internacionais sobre o tema, daria bom encaminhamento regulatório e econômico ao setor de aviação civil nacional, seguida pela iniciativa de construção intencional de um arcabouço regulatório doméstico, já sob Vargas. Uma crise da década de 1960, contudo, fez com que o governo buscasse novas formas – desta vez explicitamente baseadas em critérios de propriedade do capital de empresas – de controlar o provimento dos serviços no setor.

A PROPRIEDADE NACIONAL COMO MEIO DE CONTROLE DE PREÇOS E GARANTIA DE SERVIÇOS

Diante da crise das décadas de 1950 e 1960, o setor privado e o governo decidiram tentar se organizar de um modo mais estruturado. Na década de 1960, representantes das empresas aéreas e o governo federal, por meio do Departamento da Aviação Civil, realizaram três conferências nacionais, denominadas de Conferências Nacionais de Aviação Comercial (CONAC). A 1ª CONAC foi rea-

lizada em 1961, a 2ª CONAC em 1963 e a 3ª CONAC em 1968. De acordo com MALAGUTTI (2001, p. 5), chegou-se ao consenso de que havia a necessidade de se instaurar uma política de estímulo à fusão de empresas, “com o fim de reduzir o seu número a um máximo de duas, na exploração do transporte internacional, e três, no transporte doméstico”.

Neste período, o Brasil também incorporou à legislação nacional definições de tratados internacionais a respeito do tema, derivadas das Conferências de Chicago da década de 1940. Isso se deu por meio da criação do Código Brasileiro do Ar (CBA) de 1966 (Decreto-Lei 32/1966) e que estabeleceu, pela primeira vez, um limite à participação de estrangeiros em concessionárias prestadoras de transporte aéreo, em 20% do capital. O CBA foi promulgado numa época de economia fechada, de monopólios estatais e preços controlados.

É importante salientar que não era somente uma crise econômica que afetava o setor. A tecnologia envolvida no transporte de passageiros havia se aprimorado, com a introdução dos jatos comerciais com grande autonomia de voo, o que resultou na eliminação das paradas para reabastecimento. Esses desenvolvimentos resultaram no declínio do número de cidades atendidas no país, de cerca de 400 no início da década de 1960, para menos de 100 em meados dessa década (MALAGUTTI, 2001, p. 5).

A situação vivenciada nas décadas de 1950 e 1960 estimulou uma postura do Estado de mais intervenção, em que os preços e as frequências de voo passaram a ser ditadas pelo poder público, que também limitou a entrada de novas companhias aéreas. Um relatório do IPEA sobre o tema (IPEA, 2010, p. 16), seguindo a sugestão de Oliveira (2007), define que esse período regulatório se consolida em 1973, com a publicação do Decreto 72.898, e, por fim, com a criação do Sistema Integrado de Transporte Regional (SITAR), por meio do Decreto 76.590, de 1975, e o define como o de “regulação com intervenção”. Para Bielchowski e Custódio, esse é o período de “Regulação Estrita”.

Em síntese, a regulação determinou que o mercado de transporte aéreo de passageiros ficaria dividido em dois segmentos: o nacional e o regional. As empresas que operavam no mercado nacional deveriam atuar apenas em ligações tronco, em contraposição com as demais ligações, realizada pelas empresas regionais. O Decreto 72.898/1973 estabeleceu um arcabouço em que as quatro grandes companhias aéreas de âmbito nacional atuantes no período (Varig, Vasp, Cruzeiro do Sul e Transbrasil) seriam explicitamente responsáveis por toda a operação do sistema (art. 15), além de prever que era responsabilidade do DAC manter a “distribuição de linhas regulares domésticas e internacionais,

obedecidas as limitações de oferta e as condições de expansão estabelecidas pelo Ministro da Aeronáutica” e que, no setor internacional, operariam as empresas Varig e Cruzeiro do Sul. Mais fundamentalmente, para fins do desenho jurídico, o decreto previu que o exercício do direito das companhias aéreas de prestar os serviços aéreos dependia da fiel observância das “rotas, com ou sem escalas intermediárias, os horários, tarifas e demais condições ou limitações que serão aprovadas ou estabelecidas pelo Departamento de Aviação Civil.” Ou seja, o governo federal determinaria, diretamente, a quantidade de voos e os preços ofertados.

Para a definição do mercado regional, em 1975, com a criação dos Sistemas Integrados de Transportes Aéreo Regional (SITAR), por meio do Decreto n. 76.590/1975, o país foi dividido em cinco grandes áreas. O decreto previa a competência do Ministério da Aeronáutica para instituir os SITAR, constituídos de linhas e serviços aéreos de uma Região, sendo que cada um seria operado por uma empresa concessionária de linhas aéreas (arts. 1º a 4º). Ou seja, cada área era monopólio de uma empresa regional. A região norte era controlada pela Transportes Aéreos da Bacia Amazônica (Taba), a região centro-sul, pela Rio-Sul (controlada da Varig), a região nordeste, pela Nordeste (fundada por um consórcio entre o governo da Bahia, a Transbrasil e a Votec), o Centro-Oeste, pela Votec, e os estados de São Paulo e sul do Mato Grosso, pela Taxi Aéreo Marília (TAM). O decreto ainda previa que a concessão para exploração de linha aérea regional seria de 15 (quinze) anos, prorrogáveis por períodos idênticos.

Os decretos de 1973 e 1975, lidos e compreendidos em conjunto, consolidam um sistema regulatório de comando-e-controle do setor de aviação civil pelo governo federal. A política setorial do período também incentivou, por meio de linhas de crédito, o uso de aeronave produzida pela Empresa Brasileira de Aeronáutica (Embraer), o EMB-110 (Bandeirante) (MALAGUTTI, 2001; OLIVEIRA, 2007a; IPEA, 2010). Por isso, considera-se que a política para o setor compreendia uma política industrial de incentivo de produção industrial no país.

A concentração do mercado da aviação civil não foi decorrente apenas de definições jurídicas ou regulamentares, já que, em 1975, a Varig adquiriu a Cruzeiro do Sul, o que fez com que a empresa alcançasse a totalidade dos voos internacionais no país e uma participação de 35% no mercado doméstico. O crescimento da economia brasileira no período também garantiu que as empresas se beneficiaram de um mercado consumidor estável e crescente, o que inclusive permitiu que elas investissem em aeronaves tecnologicamente avançadas (BIELSCHWOSKY e CUSTÓDIO, 2011, p. 80).

Assim como as condições econômicas do país parecem ter determinado a estabilidade desse regime de comando-e-controle ao longo da década de 1970 e no início da década de 1980, foi o cenário econômico que prejudicou o setor de aviação civil a partir do recrudescimento da crise econômica da década de 1980. Com efeito, a combinação de manutenção de preços com desvalorização da taxa real de câmbio criou uma combinação de pressões do lado da oferta e da demanda que diminuíram significativamente a rentabilidade das companhias aéreas (OLIVEIRA, 2007a, p. 136; IPEA, 2010, p. 17). Desde a ótica econômica, como explica ainda OLIVEIRA, sobretudo a partir de 1986 até o Plano Collor II (em 1991-1992), as questões decorrentes das tentativas de estabilização “tornaram-se ainda mais prementes, dado que os seguidos planos tiveram impactos relevantes nas tarifas e na lucratividade dos setores de infraestrutura — transporte aéreo incluso”. Por isso, o autor denomina esse interregno como marcado por “regulação com política de estabilização ativa” e o caracteriza “pelo desgaste das políticas industriais e forte intervenção nas políticas de reajustes tarifários, levando a preços reais artificialmente baixos que causaram prejuízos contestados judicialmente pelas operadoras aéreas” (OLIVEIRA, 2007b, p. 12-13)³⁰⁰.

Foi nesse período em que o governo voltou a se reunir formalmente com o setor de aviação civil para duas novas conferências, as CONACs de 1986 e 1991 (MALAGUTTI, 2001). A partir da CONAC de 1986, de fato, o governo começa a sinalizar a possibilidade de flexibilizar a política de controle de preços e mudanças regulatórias no setor. Com efeito, no mesmo ano ocorre a publicação do Novo Código Brasileiro do Ar, de 1986, por meio da Lei 7.565/86, que basicamente adequa a legislação brasileira às previsões internacionais das quais o país fazia parte à época. A gradual flexibilização se consolida, efetivamente, com a CONAC de 1991, quando governo e setor de aviação passam a defender que sejam definitivamente liberados preços e quantidades, além da abertura do mercado para novas empresas. Isso marca o fim do período de regulação estrita de comando e controle.

O imaginário sobre a propriedade continua a aparecer neste período histórico, acompanhado por transformações importantes na estrutura jurídica do setor. O controle público sobre a propriedade, que começava a se desenhar no período anterior, se consolida como instrumento de regulação. Essa tendência pode ser

³⁰⁰No mesmo sentido, ver: Bielchowsky e Custódio (2011), que para além dos efeitos de desvalorização real do câmbio e manutenção das tarifas, ainda alegam que as companhias aéreas tinham feito consideráveis investimentos no final da década de 1970 e início da década de 1980, com expectativas de manutenção ou aumento da demanda, e que isso acarretou em aumento dos custos operacionais, em um contexto econômico prejudicial.

observada, por exemplo, na continuidade da atuação de uma empresa estatal como a Vasp e na formação de consórcio entre o governo da Bahia, a Transbrasil e a Votec para a prestação do serviço na região Nordeste. Além disso, a propriedade privada também é submetida a maior controle público, por meio da regra que limita a propriedade por estrangeiros.

A titularidade nacional é concebida e estimulada juridicamente como instrumento de regulação necessário para atingir certos objetivos de política pública: a garantia de prestação do serviço e estabilidade de preços. Ainda, a concentração da propriedade nacional é entendida como mecanismo necessário a uma desejada coordenação da competição para o atingimento das finalidades públicas – ou seja, para o desempenho de uma certa função econômica. O quadro dos principais instrumentos regulatórios utilizados no período se consolida com as regras estritas a respeito da possibilidade de operação de linhas aéreas (limitadas tanto no nível nacional como regionalmente) e da quantidade de voos oferecidos e dos preços praticados.

PROPRIEDADE GLOBALIZADA PARA PROMOVER A CONCORRÊNCIA

O final da década de 1980 e o início da década de 1990 são marcados por mudanças legais e regulatórias que implicaram a liberalização da regulação no setor (MALAGUTTI, 2001; OLIVEIRA, 2007a). O processo de liberalização tem como marcos a privatização da VASP em 1990 e uma série de reformas que se estenderam até a primeira década dos anos 2000. Mais recentemente, no final da década de 2010, impulsos liberalizantes voltaram a se intensificar, com mudanças sobre regras para investimento estrangeiro no setor.

A liberalização da década de 1990 ocorreu em etapas e não foi feita de maneira abrupta (OLIVEIRA, 2007a, 2007b, 2009)³⁰¹. Em 1989, o governo passou a adotar um modelo de regulação de preços no setor com adoção de bandas tarifárias, não mais de definição do preço pelas autoridades, como aconteceu no

³⁰¹Na detalhada leitura de Oliveira (2007a, 2007b), há uma subdivisão do período iniciado em 1986 em pelo menos cinco períodos: (i) regulação com política de estabilização ativa (entre 86-92); (ii) liberalização com política de estabilização inativa, onde a competição começa a ser estimulada com o fim dos monopólios legais, mas ainda são aplicáveis as bandas tarifárias, ainda que não haja um controle de preços com fins de estabilização (entre 92-97); (iii) a liberalização com restrição de política de estabilização, na qual as bandas tarifárias são eliminadas, mas há um controle de preços com fins de estabilização (entre 98-01); (iv) a quase desregulação entre 2001 e 2002, quando praticamente todos os controles foram removidos; (v) e o período de reregulação, de 2003 em diante, em especial no restabelecimento de controles para a autorização de frequência de voos, rotas e aeronaves.

período anterior (OLIVEIRA, 2007a, 2007b). Em paralelo, monopólios regionais foram quebrados por meio da autorização inicial do Decreto 99.179/1990 e de Portarias do DAC de 1992³⁰². Com essas novas regras, o modelo anterior de regulação foi extinto e, com isso, observou-se a entrada de novas companhias aéreas no mercado (OLIVEIRA, 2007a, por exemplo, argumenta que esse foi o momento da entrada das empresas Pantanal, Tavaj, Meta e Rico)³⁰³. Também houve a introdução de preços de referência com novas bandas tarifárias, “uma inovação diante do sistema de preços controlados do período de forte regulação”, nas palavras de SALGADO (2008)³⁰⁴.

A política de flexibilização do setor começou efetivamente a partir de 1992, no bojo do chamado “Programa Federal de Desregulamentação”, no governo Collor (OLIVEIRA, 2007b). A competição em preços era agora vista como “saúdável” para a indústria e passou a ser encorajada; nesse sentido, as bandas tarifárias eram concebidas como instrumentos temporários para intensificar a rivalidade de preços. “Contudo”, conforme OLIVEIRA (2007b), os preços ainda eram, de certa forma, “indexados, dado que as tarifas de referência eram, por definição, controladas e sujeitas às políticas de reajustes periódicos”.

Foi somente no final da década de 1990 e início dos anos 2000, por meio de novas portarias do DAC³⁰⁵, que a liberalização do setor foi concluída, tanto da perspectiva de preços como da perspectiva de exclusividade de direitos de operação (OLIVEIRA, 2007a, p. 138). No que toca os aspectos tarifários, com o cenário de aumentos de preços em diversos setores da economia em 1999, as

³⁰²Portaria 075/GM5, de 6 de fevereiro de 1992, Portarias 686 a 690/GM5, de 15 de setembro de 1992, de acordo com o relato de Oliveira (2007a, 2007b).

³⁰³De acordo com Oliveira, (2007a), havia ainda um monopólio regional em alguns aeroportos, chamados de Linhas Aéreas Especiais.

³⁰⁴“A competição em preços era agora vista como ‘saúdável’ para a indústria e passou a ser encorajada; nesse sentido, as bandas tarifárias eram concebidas como instrumentos temporários para intensificar a rivalidade de preços. Contudo, os preços ainda eram, de certa forma, indexados, dado que as tarifas de referência eram, por definição, controladas e sujeitas às políticas de reajustes periódicos. No final dos anos 1990, ainda conforme Salgado, “as autoridades de aviação decidiram remover dois importantes dispositivos de controle da competição que ainda perduravam no setor: as bandas tarifárias e a exclusividade do direito de as regionais operarem as Linhas Aéreas Especiais. Isso gerou a Segunda Rodada de Liberalização, SRL, (...), que visava dar mais liberdade às companhias aéreas e que, em última instância, estimulou o primeiro grande surto de competitividade desde o início da desregulamentação. De fato, em 1998, foram observados fenômenos de “guerras de preços”. Cf. Salgado (2008).

³⁰⁵Portarias 986 e 988/DGAC de 18 de dezembro de 1997, e Portaria 05/GM5, de 9 de janeiro de 1998 e, após crise econômica e desvalorização cambial de 1999, as Portarias 672/DGAC, de 16 de abril de 2001 e 1.213/DGAC, de 16 de agosto de 2001.

autoridades macroeconômicas, visando a controlar o recrudescimento das pressões inflacionárias, optaram por aplicar a legislação do Plano Real com relação à precificação das companhias aéreas, utilizando a regra da anualidade quanto aos reajustes (OLIVEIRA, 2007). Em janeiro de 2001, deu-se a entrada da Gol no mercado e nesse mesmo ano, um acordo entre o DAC e o Ministério da Fazenda permitiu que a maioria dos mecanismos de regulação econômica que ainda persistia no setor fosse removida com a interferência macroeconômica (OLIVEIRA, 2007b)³⁰⁶.

A mudança do marco legal e do arranjo jurídico-institucional do setor foi também significativa ao longo da primeira década dos anos 2000, embora as regras para a criação e operação das companhias aéreas não tenham sido alteradas com essas mudanças³⁰⁷. No ano 2000, foi instituído o Conselho Nacional de Aviação Civil (CONAC) (Decreto 3.564/2000). O CONAC passou a ter competência para, entre outras medidas, aprovar diretrizes para apoio financeiro para linhas aéreas e aeroportos, promover coordenação entre atividades de proteção e de regulação e estabelecer diretrizes para exploração comercial de linhas aéreas. Há quem argumente, vale dizer, que o ano de 2003 representou o fim do período da política de flexibilização da aviação comercial brasileira, reinaugurando a regulação mais incisiva (SALGADO, 2008; OLIVEIRA, 2009a)

Em 2005, é criada a Agência Nacional da Aviação Civil (a ANAC, criada pela Lei 11.182/2005), em substituição ao Departamento da Aviação Civil. À ANAC foi atribuída competência para observar e implementar políticas e diretrizes no setor, inclusive quanto à outorga de serviços aéreos e a exploração comercial de linhas aéreas. É criado, assim, um arranjo regulatório complexo, na forma de agência reguladora independente. Se de um lado a regulação se torna mais estruturada e passa a obedecer a um marco legal no bojo do qual passa a atuar um regulador, os requisitos de propriedade, como parte do pacote normativo da aviação, seguem, de outro lado, desempenhando um papel importante.

Em 2009, foi, em seguida, estabelecida a Política Nacional de Aviação Civil (Decreto 6.780/2009), válida até os dias de hoje, que estabelece diretrizes e estra-

³⁰⁶Por meio de portarias paralelas dos dois órgãos governamentais, foi posta em prática uma total liberalização dos preços (Portarias 672/DGAC/2001 e 1.213/DGAC/2001), registra Oliveira (2007b).

³⁰⁷É importante ressaltar, seguindo Oliveira (2007a, 2007b), que há possibilidade de interpretar o período a partir de 2003 como uma fase de reregulação, uma vez que o governo voltou a exigir da perspectiva regulamentar estudos de viabilidade econômica prévia para pedidos de novas linhas e novas companhias aéreas, controle que, segundo o autor, havia sido praticamente abolido no período anterior.

tégias para o desenvolvimento da aviação civil brasileira, enfatizando objetivos relacionados à segurança, prestação de serviço adequado e desenvolvimento da aviação civil, proteção do meio ambiente e do consumidor, e eficiência das operações da aviação civil. Como medidas regulatórias centrais para o alcance de tais objetivos, estabelece-se que a regulação deve conferir “ao mercado o papel de equilibrar a oferta e demanda, prevalecendo a liberdade tarifária”, além de estabelecer normas e medidas que facilitem novos entrantes e promovam aumento da competitividade. No mesmo ano, a ANAC aprovou as Resoluções 83 e 118, que estabelecem, respectivamente, o regime de liberdade tarifária para os serviços de transporte aéreo público regular internacional de passageiros e de carga com origem no Brasil, cumprindo, assim, o estabelecido no art. 49 da Lei de criação da agência (Lei n 11.182/2005)³⁰⁸. Vige atualmente no Brasil o regime de liberdade tarifária, no qual as empresas aéreas nacionais e internacionais são completamente livres para determinar o valor que cobrarão pelos serviços de transporte aéreo que prestarem (KAWAHALA, 2019. p. 28).

A última mudança legal substantiva sobre o tema aconteceu recentemente, em 2018 e 2019³⁰⁹, com o movimento de abertura do setor para investimento estrangeiro em companhias aéreas, por meio da Medida Provisória 863/2018, convertida na Lei 13.842/2019. A medida provisória excluiu a restrição estabelecida desde o CBA de 1966 e mantida pelo CBA de 1986, de um limite de até 20% (vinte por cento) de participação de capital estrangeiro em empresas concessionárias ou autorizadas de serviços aéreos e, em sua conversão em lei, promoveu outras mudanças tarifárias e regulamentares importantes, como a possibilidade das companhias aéreas cobrarem por bagagens aéreas despachadas, de modo a customizar os serviços em relação aos passageiros, algo que a ANAC já vinha defendendo infralegalmente desde 2016, pelo menos³¹⁰.

³⁰⁸Essas resoluções permitiram que os preços das passagens aéreas de voos com origem no Brasil e destino em qualquer país pudessem ter descontos sobre os valores mínimos obrigatórios, ou seja, as companhias aéreas nacionais ou estrangeiras foram autorizadas a fixar seus preços livremente. Cf. Agência Nacional de Aviação Civil, ANAC: 10 anos (2016), Agência Nacional de Aviação Civil – Brasília: ANAC, p. 83. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/livroanac10anos.pdf>.

³⁰⁹Embora o tema já fosse objeto de discussão há mais tempo, tanto por meio da tramitação do projeto de lei para um novo Código Brasileiro da Aeronáutica no Congresso Nacional, como diante da Medida Provisória nº 714/2016, que elevou a possibilidade de participação estrangeira dos 20% a 49%, que não foi convertida em lei.

³¹⁰Agradecemos em especial a Alessandro Oliveira por esta observação e por sinalizar como isso se relaciona com a intenção da Secretaria de Aviação Civil e da ANAC de atrair empresas estrangeiras de baixo custo (low cost) para o país.

De acordo com a exposição de motivos da Medida Provisória, o limite de participação estrangeira no capital das companhias aéreas tornava o “país um dos mais fechados a investimentos estrangeiros no setor aéreo”³¹¹. Por isso, a eliminação da restrição permitiria o aumento da competição e desconcentração do mercado doméstico, o aumento da quantidade de rotas e cidades atendidas pelo transporte aéreo, a redução do preço médio de passagens, a absorção de novas práticas gerenciais e tecnologias, o maior acesso a fontes de financiamento, a geração de empregos diretos e indiretos, e o desenvolvimento da cadeia produtiva da indústria aeronáutica.

A edição da Medida Provisória fez parte dos esforços da Secretaria de Aviação Civil e da ANAC para atrair atuação de companhias aéreas estrangeiras de baixo custo. Com efeito, até final de 2019, pelo menos sete empresas estrangeiras de baixo custo pediram autorização para atuar no país ou anunciaram interesse de atuar no país³¹².

Neste terceiro período descrito, nota-se, portanto, radical mudança no que se define como o objetivo regulatório, que passa a ser o aumento de concorrência e a redução de preços. Ainda que com essa alteração, percebe-se a permanência do imaginário em relação às regras de propriedade e do seu potencial como instrumento regulatório. Novamente, regras sobre a titularidade da propriedade passam a ser redefinidas como meio de se fazer cumprir essa função: ao invés do capital estatal, o capital privado; ao invés do capital nacional, o capital sem limi-

³¹¹Embora um estudo de 2016 que analisa mais de 120 regulações nacionais sobre limites a investimentos estrangeiros confirme que a restrição de 20% à participação de capital estrangeiro fosse mais exceção do que regra internacional (mais de 80 países adotavam o limite de 49% da participação de capital estrangeiro), a completa liberalização do setor era adotada por somente um conjunto pequeno de países - de acordo com o autor, Chile (o primeiro a adotar o modelo, ainda em 1979), Colômbia, Costa Rica, Equador, Hong Kong, El Salvador, Cazaquistão, Moldávia, Nova Zelândia e Singapura (WALULIK, 2016, p. 241).

³¹²São as companhias: Sky Airline, chilena, operação iniciada em novembro de 2018; JetSmart, também chilena, com operações a serem iniciadas; Norwegian, norueguesa, que começou a operar em maio de 2019, mas suspendeu suas operações no contexto da pandemia do coronavírus; AirChina, que começou a operar em março de 2019; FlyBondi, argentina, que começou a operar em outubro de 2019; Virgin Atlantic, inicialmente com operação prevista para início em março de 2020, embora tenha deixado o país a partir de maio, sem nunca ter realizado um voo; e Gulf Air, da República do Bahrein, que anunciou interesse em atuar no país, mas não tem data para início de operação. Ver, sobre o assunto: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/09/25/mudanca-regulatoria-atrai-sete-empresas-aereas-estrangeiras.ghtml>; <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2020/05/epoca-negocios-virgin-atlantic-deixa-o-brasil-sem-nunca-ter-realizado-um-voo.html>; <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/06/24/jetsmart-se-reuniu-em-marco-com-anac-para-atuar-em-voos-domesticos-no-brasil> (último acesso em 2 de agosto de 2020).

tações de origem. Apesar das mudanças legais e regulatórias, é possível perceber que grande parte da estrutura de organização do setor permaneceu semelhante: alto nível de concentração em poucas empresas domésticas.

Como argumentam ESPÍRITO SANTO JR. e CORREIA (2006), as consequências dos problemas financeiros enfrentados no mercado em meio à crise econômica do período da década de 1980 – pela VASP, pela Transbrasil e pela VARIG, acabaram gerando a sua saída do mercado ou absorção por um agente já incumbente. Para esses autores, tais consequências poderiam ter sido outras e menos perniciosas caso seu capital pudesse ter sido adquirido ou financiado por sócios estrangeiros. A conjuntura econômica negativa prevalecente na década de 1980 afetou direta e significativamente o setor de aviação civil que, sabidamente, responde de modo sensível à conjuntura econômica e em especial às crises³¹³.

Na década de 1990, como relata BINDER (2006), o mercado aéreo doméstico brasileiro era dividido entre quatro empresas de aviação: Varig, TAM, Vasp e Transbrasil. No início de 1999, relata esse autor, “as já fragilizadas companhias aéreas brasileiras sofreram um duro golpe com a desvalorização cambial, que reduziu a demanda por viagens internacionais e domésticas e causou um efeito negativo sobre os custos que são, em grande parte, atrelados à moeda norte-americana, assim como as dívidas e contratos de leasing das empresas”. As companhias aéreas então se reestruturaram e, segue Binder, passa a valer “uma dinâmica de mercado”. Em 2001, a Gol, até então parte do grupo de transporte rodoviário Áurea, faz sua entrada no mercado brasileiro.

A redução da participação da VARIG e o crescimento da TAM e da Gol a partir de 2000 resultaram, em 2004, numa mudança da estrutura de mercado, que passou a ser constituído por três companhias aéreas com participação semelhantes. Nos anos de 2005 e 2006, a crise financeira da VARIG se agravou ao ponto de sofrer intervenção judicial. Em julho de 2006, quando foi a leilão, a participação da VARIG no mercado doméstico era de insignificantes 3,54%. Enquanto isso, a TAM passou a ter 51,2% do mercado nacional e a Gol 36,0%,

³¹³Exemplo claro e cabal disso é a pressão crítica sofrida pelas empresas aéreas em todo o planeta por conta da pandemia do coronavírus. A reclusão forçada por meio de quarentena - em vários lugares adotada no formato radical de lockdown - afetou de forma dura o setor de aviação civil, sendo exemplos disso os casos da Avianca e da LATAM. Sobre os efeitos da crise da COVID-19 na aviação civil, cf. por exemplo "COVID-1 - by the end of May, most world airlines will be bankrupt", publicada no site da instituição CAPA - Centre for Aviation (CAPA) em março de 2020. Acessível em: <https://centreforaviation.com/analysis/reports/covid-19-by-the-end-of-may-most-world-airlines-will-be-bankrupt-517512>.

configurando-se, desta maneira, uma estrutura que se aproxima do duopólio³¹⁴. Dados mais recentes mostram que, a Gol, que lidera o mercado, possui um market share de cerca de 34%, seguida pela LATAM (32% aproximadamente) e Azul (22%) e pela Avianca (cerca de 11%)³¹⁵.

CONCLUSÃO

Com base em uma periodização aceita na literatura brasileira, vimos como regras jurídicas de propriedade foram mobilizadas durante todo o período analisado para atingir diferentes finalidades. A essas regras proprietárias, entretanto, corresponderam diversos arranjos regulatórios que, ao fim e ao cabo, refletiam as visões de mundo predominantes nos embates de economia política de cada época.

É possível perceber, ao longo desta breve narrativa, como foi persistente a expectativa de legisladores, reguladores e autoridades de que mudanças em relação à configuração da regulação jurídica da propriedade (se pública ou privada e se autorizando a participação de estrangeiros) permitiria o alcance de determinadas finalidades para o setor de aviação civil. A propriedade serviu, em outras palavras, como importante integrante da “caixa de ferramentas” regulatória utilizada em cada período, tendo seu conteúdo e as demais regras incidentes sobre o setor variado de acordo com o espírito de cada época quanto àquilo que se julgava ser o papel do Estado na economia e no setor de aviação em particular.

As mudanças observadas nesse setor mostram, ainda, que a propriedade é em boa medida criada pela regulação – isto é, não é algo a ela preexistente ou transcendente. Assim, se de um lado a regulação parte de um pano de fundo institucional no qual certos direitos de propriedade são necessariamente tomados como referência, de outro ela própria, como um processo dinâmico, define e redefine as relações de propriedade à medida que constitui os mercados e os disciplina, em interação constante, nem sempre harmônica, com agentes e interesses privados.

³¹⁴Dados retirados de NEIT/Unicamp (2007).

³¹⁵Conforme a Nota Técnica 11/2019/DEE/CADE (CADE, 2019), que usa dados de 2016 para estimar os shares das companhias aéreas brasileiras. Acessível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-no-11-2019.pdf>. Em maio de 2020, por conta da pandemia da COVID-19 a companhia aérea colombiana Avianca, com base no Capítulo 11 do Código de Falências dos Estados Unidos, entrou com um pedido de reorganização. A Avianca brasileira já havia solicitado recuperação judicial em dezembro de 2018.

A definição jurídico-regulatória da propriedade das empresas aéreas brasileiras evidencia, em outras palavras, seu caráter marcadamente histórico e político. É dizer: a propriedade, como instrumento da “caixa de ferramentas” regulatória vem sendo forjada pelo próprio Estado em distintos momentos, como resultado de um embate de visões de mundo – entre elas, ideologias dominantes sobre o papel do Estado na economia – que se convertem, por intermédio de normas, instituições, interpretações e processos jurídicos, em políticas setoriais para a aviação civil.

O caso da aviação brasileira evidencia, também, que a propriedade pode ser compreendida como elemento constitutivo e dinâmico da regulação e, ao mesmo tempo, como uma instituição capaz de desempenhar funções econômicas à luz de certos objetivos políticos. Como objeto de análise, a propriedade, em suma, joga luz bem-vinda sobre a intrincada e intrigante relação entre direito, economia política e as instituições capitalistas e, com isso, desvela uma importante e pouco explorada agenda de pesquisas, agenda essa na qual os estudos sociojurídicos têm importante contribuição a dar.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, ANAC: 10 anos (2016), Agência Nacional de Aviação Civil – Brasília: ANAC. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/livroanac10anos.pdf>.

BIELCHOWSKI, Pablo e CUSTÓDIO, Marcos da Cunha (2011). “A evolução do setor de transporte aéreo brasileiro” in *Revista Eletrônica Novo Enfoque*, v. 13, n 13, pp. 72-93.

BINDER, Marcelo P. (2006). “A Entrada da Gol no Mercado Brasileiro”. Disponível em: http://www.paulorodrigues.pro.br/arquivos/estudo_de_caso_02.pdf.

CADE (2019) “Nota Técnica 11/2019/DEE/CADE”. Acessível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-no-11-2019.pdf>.

COHEN, Morris R. (1927. “Property and Sovereignty” in 13 *Cornell Law Review* 8.

COLE, Daniel (2012). “Property creation by regulation” in COLE, D. e OSTROM, E. *Property in land and other resources*, Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.

CÔRREA, Ismael Nedeuf do Vale (2018). “O capital externo nas empresas aéreas brasileiras” in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

COUTINHO, Diogo R. (2016). “Direito Econômico e a Construção Institucional do Desenvolvimento Democrático” in *Revista de Estudos Institucionais* vol. 2, número 1.

COUTINHO, Diogo R.; FERRANDO, Tomaso; LESSA, Marília Rolemberg; MIOLA, Iagê Zendron; PROL, Flávio Marques; UNGARETTI, Débora in “Propriedade em Transformação: Uma Agenda Contemporânea de Estudos Sociojurídicos”. São Paulo: Blucher, 2018.

CRAVO, Beatriz. 2014. “A alocação de slots e a concorrência no setor de transporte aéreo” in *Journal of Transport Literature*, vol.8, no.1 Manaus Jan. 2014.

ESPÍRITO SANTO JR., Respício Antônio e CORREIA, Fábio Cardoso, 2006. *O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras*. Artigo apresentado em janeiro de 2003 e publicado pelo Senado no caderno 43, n 171, jul./set. 2006. Brasília: Senado Federal.

FERREIRA, Josué Catharino (2017). “Um breve histórico da aviação comercial brasileira.” *XII Congresso Brasileiro de História Econômica. 13ª Conferência Internacional de História de Empresas*. Niterói: Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica.

GUARANY, Marcelo Pacheco dos (2010). *Análise jurídica da política regulatória de transporte aéreo no Brasil*. Dissertação de mestrado. Brasília: Universidade de Brasília.

IPEA, 2010. *Panorama e perspectivas para o transporte aéreo no Brasil e no Mundo*. Brasília: IPEA.

KAWAHALA, Érica de Angelis (2019). “Serviço de transporte aéreo nacional.” *Revista do Advogado* n. ° 142.

MALAGUTTI, Antônio Osller, 2001. *Evolução da aviação civil, no Brasil*. Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Brasília. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/arquivos-pdf/pdf/109712.pdf> (último acesso em 6 de junho de 2020).

MCKINSEY & Company (2010). *Estudo do Setor de transporte aéreo do Brasil*. Rio de Janeiro: BNDES.

NEIT/UNICAMP (2007). *Estudos da competitividade do turismo brasileiro*. Campinas: Unicamp, 2007. Disponível em: https://www.eco.unicamp.br/Neit/images/stories/arquivos/O_TRANSPORTE_AEREO_NO_BRASIL_PANORAMA_GERAL_AVALIACAO_DA_COMPETITIVIDADE_E_PROPOSTAS_DE_POLITICAS_PUBLICAS_PARA_O_SETOR.pdf (último acesso em 2 de agosto de 2020).

OLIVEIRA, Alessandro e SALGADO, Lucia Helena (2005). *Reforma regulatória e bem-estar no transporte aéreo brasileiro: e se a flexibilização dos anos 1990 não tivesse ocorrido?* Brasília: IPEA.

OLIVEIRA, Alessandro e SALGADO, Lucia Helena (2008). *Constituição do marco regulatório para o mercado brasileiro de aviação regional*.

OLIVEIRA, Alessandro (2007a). “Performance dos regulados e eficácia do regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro” in SALGADO e MOTTA, 2007, *Regulação e concorrência no Brasil*. Brasília: IPEA.

OLIVEIRA, Alessandro (2007b). *A experiência brasileira na desregulamentação do transporte aéreo: um balanço e propositura de diretrizes para novas políticas*. Documento de trabalho n 45, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Ministério da Fazenda. Brasília.

OLIVEIRA, Alessandro (2009). *Transporte aéreo: economia e políticas públicas*. São Paulo: Pezco Editora.

PINTO, Victor Carvalho, 2008. *O marco regulatório da aviação civil: elementos para a reforma do código brasileiro de aeronáutica*. Texto para discussão n 42 da Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília: Senado Federal.

RENNER, K. (1929 [1976, 2010]). *The institutions of private law and their social functions*. Londres: Routledge e Kegan Paul.

RODRIGUES, Eduardo Frade. “Restrições regulatórias nacionalistas: o caso das companhias aéreas”. *Journal of Law and Regulation* 1.2 (2015): 39-56, 2015

SALGADO, Lucia Helena, e MOTTA, Ronaldo Seroa da (2007). *Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência*. Brasília: IPEA.

SALGADO, Lucia Helena (2008). “Tópicos sobre Regulação na Aviação Civil”. 7º Simpósio de Transporte Aéreo–SITRAER. Disponível: <https://cabecadepapel.com/sites/viisitraer2008/pdf/p11.pdf>.

WALULIK, Jan (2016). “At the core of airline foreign investment restrictions: a study of 121 countries” in *Transport Policy*, n 49, pp. 234-251.

WILKINSON, Michael A. e LOKDAM, Hjalte (2018). “Law and Political Economy” in *LSE Law Society and Economy Working Papers* 7. Londres: London School of Economics and Political Science.