

Bagagens aéreas, populismo legislativo e a (in)segurança regulatória

O risco da falta de deferência legislativa e o retrocesso regulatório



FERNANDO VILLELA DE ANDRADE VIANNA

30/04/2019 06:01

PARCERIA DE CONTEÚDO

Espaço voltado à análise e proposição de soluções para os sistemas de regulação do país e seu respectivo impacto para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil. Profissionais de diversas áreas –órgãos públicos reguladores, agentes privados regulados e do meio acadêmico– produzem conteúdo para a página.

O ex-Ministro Pedro Malan é conhecido por alcinhar a frase “no Brasil, até o passado é incerto”. Desde quando ficou à frente do Ministério da Fazenda durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, o país passou distintas crises institucionais que o tornou mais sólido e confiável. O nível de insegurança e imprevisibilidade do final da década 1990 e início de 2000 não é mais tolerável nos dias atuais, principalmente se o Brasil busca concretizar os objetivos de liberalismo econômico e estabilidade dos nossos marcos regulatórios.

Quando foi editada no final de dezembro de 2018 pelo Governo Temer, com o aval da equipe econômica do futuro Governo Bolsonaro, a Medida Provisória nº 863 estava destinada a se tornar uma peça legislativa histórica. Afinal de contas, o Brasil finalmente levantaria formalmente as restrições normativas para a ampliação do capital estrangeiro em empresas aéreas brasileiras, apesar de o Tribunal de Contas da União, por ocasião da decisão que culminou no Acórdão nº 2.955/2018, de relatoria do ministro Bruno Dantas, ter jogado luzes sobre eventual não-recepção desses dispositivos limitativos pela Constituição Federal após o advento da Emenda Constitucional nº 06/95, que retirou do texto constitucional a diferenciação material entre empresas brasileiras de capital nacional ou estrangeiro.

Caso não haja uma tempestiva correção de rumos no âmbito do Congresso Nacional, a Medida Provisória nº 863 corre o risco de entrar para a história também por motivos menos nobres e elogiáveis. Isto porque, no âmbito da Comissão Mista, foi inserida uma emenda parlamentar que ressuscita a franquias mínima de bagagem por passageiro, representando, a um só tempo, verdadeiro retrocesso regulatório e um atalho odioso do devido processo legislativo.

O retrocesso regulatório reside justamente na avocação irrefletida de um determinado aspecto do subsistema regulado submetido originalmente ao órgão regulador, sem a devida justificativa e a consideração dos efeitos sistêmicos negativos no conjunto de

incentivos econômicos do setor. O rito constitucional diferenciado e expedito da conversão da medida Provisória em Lei ordinária, por sua vez, furta da sociedade a oportunidade de travar o debate adequado e democrático sobre o tema.

Até porque, a inexistência de barreira legal para o incremento da participação de capital estrangeiro em empresas aéreas é apenas um dos elementos que formam o ecossistema regulatório setorial. O coletivo de normas regulatórias e incentivos econômicos do setor, sob a supervisão de uma entidade regulatória dotada de multipolaridade e de visão prospectiva – *in casu*, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) –, devem ser previsíveis e confiáveis. O festejado magistrado britânico TOM BINGHAM, *Lord Chief Justice of England and Wales*, em primorosa obra intitulada “The Rule of Law”, ao tratar da necessidade de a Lei ser clara e previsível e sua correlação com a decisão de empresas internacionais em investir em determinado país, foi muito feliz ao sustentar que: “*the third reason is rather less obvious, but extremely compelling. It is that the successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties’ rights and obligations were vague or undecided.*”

Ao estabelecer a livre oferta dos serviços de transporte aéreo por meio da Resolução ANAC nº 400, dentre eles a cobrança por bagagem, a Agência Reguladora aproximou o Brasil das boas práticas regulatórias adotadas em outros países e conferiu concretude aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.

E mais: a regra, que entrou em vigor em 2017, foi submetida a intenso debate com a sociedade civil, tendo sido objeto ainda de controle externo exercido por distintos Tribunais, judiciais e administrativos – sempre favoráveis à medida. E foi justamente essa uma das medidas que facilitou a entrada, em nosso país, de empresas aéreas conhecidas como *low cost*, a exemplo do que ocorreu no mercado argentino.

Não é a primeira vez que o Congresso Nacional se permite se seduzir pelas tentações populistas. Em 2016, quando da polêmica lei que permitiu o uso da substância “fosfoetanolamina”, o Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da ADIn 5501, foi muito feliz em reconhecer que a atuação legislativa mitigou de forma indevida a competência regulatória da Agência Reguladora setorial (no caso, a ANVISA) e colocou em risco o próprio sistema regulado.

A “reserva do regulador” ou “reserva da administração”, como adotado pela Suprema Corte no referido caso, impede a substituição do juízo essencialmente técnico a cargo do órgão regulador por um político, exercido pelo legislativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes.

Está na hora de o Poder Legislativo exercer algum grau de autocontenção em matérias regulatórias complexas e que demandam uma avaliação setorial multipolar e a cargo de um órgão técnico especializado.

Trata-se, pois, de uma espécie de “deferência legislativa” a temas dessa natureza, já confiadas, pelo próprio Parlamento, a uma entidade regulatória, ao positivizar, no campo infraconstitucional, o art. 174 da Constituição Federal. Especialmente em se tratando de medidas que buscam, a médio prazo, o aumento da competitividade e a ampliação de entrantes no mercado brasileiro.

Em um momento em que uma empresa aérea passa por dificuldades financeiras e o mercado tende a se concentrar ainda mais, propostas legislativas desprovidas de debate técnico democrático e meramente populistas têm o condão de gerar efeitos econômicos reversos: as empresas aéreas passarão a embutir a bagagem em seus preços, tornando inexistente a concorrência nessa oferta de serviço e dificultando ainda mais a operação de empresas *low cost* no país. Como bem apontado pelo ministro Bruno Dantas em seu voto, que deu origem ao Acórdão nº 2.955/2018, *“a nova regra busca permitir a diferenciação de serviços para passageiros diversos. As empresas aéreas podem, com a nova regulamentação, deixar de cobrar o serviço de despacho de bagagem do passageiro que pode prescindir desse serviço. A maior diferenciação de serviços promove maior competitividade no setor aéreo e permite a entrada no mercado de companhias aéreas que adotam o modelo low cost, mais desenvolvido em outros mercados, onde a aviação civil é mais madura.”*

Ou seja, uma tempestade perfeita criada superficialmente pelo Congresso Nacional. Além do episódio da “fosfoetanolamina”, quer-nos parecer que esta proposta legislativa será um segundo caso de interferência intempestiva do Legislativo em um tema regulatório complexo e que demandaria uma visão holística mais apurada, inclusive com relação às políticas públicas de desconcentração do mercado e aumento da competitividade. Basta o Parlamento respeitar a sua própria decisão de confiar a um órgão regulador técnico setorial e evitar a tentação de avocar temas já alocados à “reserva da administração”, em uma humilde e desejada demonstração de deferência legislativa a temas regulatórios complexos.

Isso, claro, se ainda não se estiver diante de mais um caso de “contrabando legislativo”, por se tratar de emenda parlamentar sem pertinência temática, que visa dispor de pseudodireito do consumidor (franquia de bagagem aérea) no bojo de Medida Provisória que estabelece a abertura de capital (investimentos estrangeiros e direito societário), o que já foi vedado pelo STF na ADIn nº 5.127/DF e reafirmado em recentes precedentes.

Ainda há tempo de mudar e evitar o retrocesso regulatório. O mercado não pode enxergar a regulação brasileira como um “banana-boat” – pegando emprestado a célebre expressão adotada pelo ministro Humberto Gomes de Barros em seu voto no AgRg no Resp nº 382.736/SC -, variando aleatoriamente de direção, a depender das forças da natureza. O Estado Regulador brasileiro de hoje, diferentemente daquele do ex-Ministro Pedro Malan, precisa ter o passado certo, o presente confiável e o futuro previsível.

FERNANDO VILLELA DE ANDRADE VIANNA – Sócio do Setor de Direito Público, Regulação e Infraestrutura do Vella Pugliese Buosi e Guidoni (VPBG), Mestre em Regulação do Comércio pela New York University (NYU) e membro da Comissão de Direito Público da OAB/RJ.

Fonte: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/bagagens-aereas-populismo-legislativo-e-a-inseguranca-regulatoria-30042019>