

# CONTRATO DE CÓDIGO COMPARTILHADO

Dr. Ricardo Bernardi\*

O contrato de compartilhamento de código, conhecido internacionalmente como *codesharing*, desempenha importante papel no setor do transporte aéreo doméstico e internacional como mecanismo destinado a viabilizar o aumento da rede de cobertura oferecida pelas companhias aéreas contratantes, sem a necessidade de manter operações diretamente, o que permite aumentar a oferta e eficiência dos serviços, a custos substancialmente reduzidos.

Esse interessante tipo de contrato gera efeitos relevantes não apenas no que diz respeito diretamente às partes contratantes, mas também com relação aos consumidores, usuários dos serviços de transporte aéreo, e à concorrência. Justamente por esse motivo, não se pode realizar uma análise no plano jurídico sobre esse tipo de relação contratual sem fazer referência às principais questões consumeristas, regulatórias e concorrenciais a ele inerentes.

Primeiramente deve-se voltar a atenção para a conceituação do contrato de *codesharing*, com enfoque nos aspectos econômicos e operacionais<sup>1</sup>, para depois dedicar-se às referidas questões consideradas relevantes.

O *codesharing* insere-se na categoria dos contratos celebrados entre companhias aéreas regulares, com o intuito de aprimorar os serviços de transporte oferecidos ao público em geral. Diferenciam-se, portanto, dos chamados contratos sobre aeronaves que tem como objeto o arrendamento ou venda de aeronaves, e que são celebrados entre companhias aéreas e sociedades de arrendamento mercantil ou fabricantes aeronáuticos, e que tem por objeto a transferência de propriedade e/ou posse e operação do bem. Nesse sentido, não há no *codesharing* qualquer alteração na matrícula da aeronave junto ao Registro Aeronáutico Brasileiro (RAB) ou nos registros equivalentes em outros países, nem tampouco mudança das especificações operativas das empresas contratantes, mas tão somente

um acordo que produz efeitos entre as partes contratantes na esfera comercial.

## 1 – Contrato de *codesharing* - conceito

Essencialmente, trata-se de um acordo entre duas companhias aéreas que permite que aeronave operada por uma das companhias aéreas contratantes, ostente o número de voo da outra companhia.

Este sistema possibilita à companhia que não opera o voo, a venda serviços de transporte aéreo como se o operasse diretamente. Na realidade, esse arranjo permite que uma companhia aérea realize a venda de bilhetes de passagem aérea com relação a trechos que serão operados pela outra companhia aérea, sem perder a posição de transportadora contratante em todo o percurso, no que se refere à relação jurídica entabulada com o passageiro ou expedidor da carga<sup>2</sup>. Dessa forma, o serviço passa a ser oferecido ao passageiro como um voo *on-line* e não *interline*, como a seguir melhor explicado.

Para que se possa bem entender o funcionamento desse sistema, é fundamental fazer uma breve abordagem da posição contratual dos transportadores aéreos quando da execução dos contratos de transporte aéreo.

## Transportador contratual, sucessivo e “de fato”.

Nas relações entre a companhia aérea e o passageiro, transportador contratual é aquele que, como parte, celebra o contrato de transporte aéreo, mantendo relação jurídica direta com usuário dos serviços, responsabilizando-se pela execução de todo o transporte aéreo. É o caso da contratação de empresa aérea X para realizar voo entre São Paulo e Miami, sendo o bilhete emitido pela companhia aérea X que voará todo o percurso.

\*Membro da SBDA

<sup>1</sup> Temos sempre defendido que de nada vale a análise dos contratos no plano jurídico de forma dissociada da utilidade econômica. Sem o correto entendimento dos efeitos econômicos dos contratos empresariais, entendendo-se cuidadosamente ganhos e perdas, não se afigurava possível compreender sua essência, e portanto o tratamento jurídico adequado a ser dispensado.

<sup>2</sup> Muito embora seja possível o *codesharing* relacionado ao transporte de cargas, optamos por nos referirmos apenas ao transporte de passageiros, em vista da maior facilidade de ilustração que esse tipo de contrato de transporte aéreo oferece.

<sup>3</sup> O transporte sucessivo encontra-se previsto no art. 223 da Lei 7.565/86, no art. 36 da Convenção de Montreal, aprovada por meio do Decreto n. 59/2006 e promulgada por meio do Decreto 5.910/2006 e também, ainda que de forma genérica, no art. 733 do Código Civil. O art. 36 item 1 da Convenção de Montreal apresenta o seguinte conceito: Artigo 36 – Transporte Sucessivo - 1.No caso do transporte que haja de ser executado sucessivamente por vários transportadores e que esteja compreendido na definição do número 3 do Artigo 1, cada transportador que aceite passageiros, bagagem ou carga se submeterá às regras estabelecidas na presente Convenção e será considerado como uma das partes do contrato de transporte, na medida em que o contrato se refira à parte do transporte efetuado sob sua supervisão.

Transportador sucessivo<sup>3</sup> é aquele que realiza o transporte no trecho seguinte ao realizado pelo transportador contratual, quando o contrato de transporte tiver que ser executado por mais de um transportador, sendo também considerado parte do contrato de transporte. É o caso da contratação de uma empresa aérea X para realizar voo entre o Rio de Janeiro e Frankfurt e de lá para a República Checa com a companhia Y. O bilhete indica como origem o Rio de Janeiro, e destino Praga. As companhias X e Y são partes no contrato de transporte, sendo Y a transportadora sucessiva.

Transportador de fato<sup>4</sup> é aquele que realiza todo o transporte ou parte dele, autorizado pelo transportador contratual, mas sem se confundir com ele ou com o transportador sucessivo. O transportador de fato não é parte no contrato de transporte aéreo.

Esses conceitos, associados ao significado das chamadas operações *interline* e *online* são fundamentais para que se possa entender a lógica econômica do contrato de *codesharing*. Caso o transporte aéreo a partir de uma determinada localidade até o destino final, via um ponto intermediário, envolva trechos a serem operados por mais de uma companhia aérea, a operação geralmente seria classificada como *interline*, onde a primeira transportadora seria considerada a contratual e a segunda, a sucessiva, de acordo com os conceitos acima explanados. Na medida em que as duas transportadoras aéreas firmam um contrato de código compartilhado, onde, por exemplo, a primeira transportadora opera o voo ostentando o código da segunda, a operação passará a ser considerada como *online*, o que equivale a dizer que aquela que vende o bilhete (segunda transportadora) será considerada a transportadora contratual por todo o trajeto, e a primeira, a transportadora de fato em relação ao primeiro trecho. Em outros termos, por conta deste tipo de contrato, uma companhia anuncia e vende os serviços de outra companhia como se fosse seu próprio serviço. Permite, portanto, que se ofereçam ao mercado serviços de transporte envolvendo mais de uma companhia (*interline*) como se fossem serviços de transporte realizados por apenas uma companhia (*online*).

Como pode-se observar, a diferença entre operações *interline* e *online* é extremamente relevante no que se refere ao potencial de venda do trecho inteiro nos sistemas computadorizados de reservas (CRS), em benefício das partes contratantes do *codesharing*.

Vistos esses conceitos, pode-se avançar agora na abordagem da lógica econômica do *codesharing*.

## 2 - Aspectos econômicos e operacionais

O *codesharing* pode trazer vantagens tanto no plano comercial, como também no plano operacional, possibilitando a prestação de um serviço mais eficiente em favor do passageiro, com maior economia. Vejamos abaixo as principais vantagens advindas de um contrato de *codesharing* para as companhias aéreas participantes:

a) Maior visibilidade nos sistemas computadorizados de reservas (CRS), uma vez que os voos operados em código compartilhado consideram-se, no sistema, como operados por uma única companhia (*on-line service*), com maior prioridade na listagem quando em comparação a voos nas mesmas rotas operados por duas companhias distintas e não relacionadas (*interline service*). Por exemplo, considere-se a rota Curitiba – São Paulo – Miami. Se, voando entre Salvador e São Paulo, temos uma determinada companhia aérea, e outra operando entre São Paulo e Miami, de forma autônoma, o sistema não uniria as rotas automaticamente, uma vez que cada trecho apareceria no sistema de forma desconectada. Pelo sistema de *codesharing*, consta do CRS uma das empresas como apta a realizar a rota toda, da origem ao destino final, com um único designador de voo, o que aumenta as chances de venda para as duas companhias participantes do acordo.

b) Respeitadas as normas do direito concorrencial, permite a formação de uma relação de cooperação com outras companhias para manter, proteger e aumentar suas posições no mercado. A genialidade desse tipo de contrato reside na possibilidade de aumentar a malha de serviços oferecidos ao público por meio de um simples mecanismo de venda, que consiste no compartilhamento de códigos de voo, com melhoria da posição no sistema de reservas.

c) Alcançar presença em rotas não operadas através de um mecanismo simples de *marketing*. Pelas razões acima expostas, as empresas aéreas participantes do contrato de *codesharing* passam a vender bilhetes com relação a rotas não efetivamente operadas, o que seria impossível sem esse mecanismo contratual.

d) Permite operação conjunta entre duas companhias em rotas cujo volume de tráfego não justifica operações separadas. Esse aspecto é de fundamental importância

<sup>4</sup> A figura do transportador de fato encontra-se prevista no art. 225 da Lei 7.565/86, no art. 39 da Convenção de Montreal, aprovada por meio do Decreto n. 59/2006 e promulgada por meio do Decreto 5.910/2006 e também, ainda que de forma genérica, no art. 733 parágrafo 2º do Código Civil. O art. 30 da Convenção de Montreal dispõe: Artigo 39 – Transportador Contratual – Transportador de Fato: As disposições deste Capítulo se aplicam quando uma pessoa – (doravante denominada “transportador contratual”), como parte, celebra um

contrato de transporte regido pela presente Convenção, com um passageiro ou com um expedidor ou com uma pessoa que atue em nome de um ou de outro, e outra pessoa – (doravante denominada “transportador de fato”), realiza, em virtude de autorização dada pelo transportador contratual, todo ou parte do transporte, mas sem ser com relação a dita parte um transportador sucessivo, no sentido da presente Convenção. Tal autorização se presumirá, salvo prova em contrário.

cia, uma vez que permite às companhias potencializar o uso do equipamento, ou seja, das aeronaves. Seja por razões econômicas ou até mesmo ambientais, a maximização do aproveitamento de uma aeronave propicia importante economia de recursos. É impensável admitir-se uma situação em que duas aeronaves operem a mesma rota com espaço ocioso, o que equivaleria a desperdício de recursos, mão de obra, combustível e degradação ambiental desnecessários. Nesse cenário, é óbvio que o compartilhamento de uma aeronave por duas companhias distintas, cada qual vendendo assentos e espaço de forma autônoma, constitui relevante benefício em todos os aspectos, eliminando-se o desperdício. A aeronave passa então a ser considerada como um equipamento neutro, utilizado para a execução dos serviços de transporte aéreo oferecidos por empresas concorrentes no plano comercial, mas parceiras na esfera operacional. Como se vê abaixo, o acordo envolvendo rotas sobrepostas desperta preocupações no âmbito concorrencial e deve ser objeto de detida análise pelas autoridades antitruste, mas não significam “per se” violação das regras concorrenciais.

e) Obtenção de um sistema de alimentação de tráfego aéreo. Esse mecanismo é largamente utilizado nas relações entre empresas aéreas que operam aeronaves de menor porte (“regionais”) e empresas aéreas que servem rotas nacionais e internacionais. Consideremos as rotas internacionais: vôos para destinos internacionais partem de apenas alguns aeroportos no território nacional, sendo que passageiros oriundos de localidades não servidas por tais serviços necessitam de uma forma eficiente de transporte até os pontos de saída do território nacional. Nesse cenário, acordos de código compartilhado entre empresas regionais ou nacionais e empresas que operam vôos internacionais possibilitam a captação de passageiros pelas duas participantes, na medida em que o vôo internacional já partiria da origem, ainda que operado pela transportadora doméstica.

Da mesma forma, o contrato de *codesharing* traz vantagens em favor dos usuários dos serviços, destacando-se:

a) Em termos operacionais, este tipo de acordo permite a emissão de um cartão de embarque no aeroporto de origem para todo o trajeto e o traslado de bagagem direta e automaticamente até o destino final.

b) Diminuição de tempo de viagens envolvendo troca de aeronaves, por força da maior eficiência das conexões e na coordenação de horários entre as companhias aéreas participantes.

c) Facilitação da transferência dos passageiros em conexão por conta do uso comum de terminais em aeroportos pelas empresas aéreas contratantes.

d) Possibilidade de tarifas reduzidas, quando em comparação ao vôo no mesmo trajeto por companhias desvinculadas.

e) Possibilidade de programas de milhagem comuns entre as companhias.

É necessário distinguir o contrato de código compartilhado propriamente dito das alianças mais sofisticadas entre companhias aéreas, que podem envolver vários aspectos além do simples compartilhamento de código. Nos contratos de código compartilhado simples, cada companhia aérea opera de forma independente em todos os aspectos, exceto no que se refere à utilização do código de uma companhia nos vôos da outra. Alianças mais sofisticadas, geralmente são contratadas, envolvendo acordos para bloqueio de espaço (*blocked space*), cooperação quanto ao manuseio de bagagem ou *ground handling*<sup>5</sup>, coordenação de horários de vôo, coordenação de programas de fidelidade ou milhagem, coordenação de serviços de manutenção de aeronaves, entre outras formas de cooperação empresarial.

Os acordos para bloqueio de espaço (*blocked space*) são muitas vezes associados a contratos de *codesharing* e ocorrem quando um determinado número de assentos ou espaço em aeronaves (para carga) são comprados por uma companhia aérea para o transporte de passageiros ou cargas em uma aeronave de outra companhia aérea. Muito embora os acordos de *blocked space* sejam mais antigos que os contratos de código compartilhado, a forma mista entre ambos é bastante comum.

Companhias aéreas participantes dos contratos de código compartilhado podem acordar o uso comum de empresas prestadoras de serviços auxiliares, coordenando assim de forma mais eficiente o traslado de bagagens durante a troca de aeronaves. Também podem coordenar os serviços de atendimento às aeronaves, com o intuito de reduzir custos e ganhar eficiência.

A coordenação de horários de vôo (HOTRANS) tem como intuito diminuir a estada do passageiro nos aeroportos de conexão, sendo, como acima destacado, bastante benéfica aos usuários dos serviços. Empresas participantes dos contratos de código compartilhado podem coordenar os horários de vôo programados e registrados junto às autoridades aeronáuticas, para que as decolagens do vôo de uma participante ocorram em horários próximos às chegadas programadas da outra companhia, proporcionando-se assim economia de tempo em benefício do passageiro. Obviamente, a viabilidade dessa coordenação depende da capacidade dos aeroportos envolvidos.

A coordenação de programas de fidelidade ou milhagem permite que passageiros que voem com qual-

<sup>5</sup> O termo *ground handling* equivale a serviços auxiliares de transporte aéreo, genericamente previstos no art. 102 do Código Brasileiro de Aeronáutica e detalhados na Portaria nº 382/DGAC de 28 de abril de 2004, que aprovou a Instrução de Aviação Civil que dispõe sobre a Execução de Serviços Auxiliares de Transporte Aéreo - IAC 163-1001A, de 05 de maio de 2004.

quer das companhias participantes obtenha milhagens a serem utilizadas nesta ou na outra companhia participante, sempre sujeito aos termos e condições dos respectivos programas instituídos por cada uma.

A coordenação de serviços de manutenção de aeronaves otimiza o uso de estrutura de apoio técnico já que permite que uma empresa aérea devidamente certificada pelas autoridades aeronáuticas competentes utilize sua estrutura para manutenção de aeronaves operadas pela outra companhia contratante, que eventualmente não conte com oficinas e mecânicos em determinada localidade.

Obviamente os acordos de código compartilhado não precisam envolver os aspectos acima indicados, podendo existir na versão mais simples. Por outro lado, podem apresentar características substancialmente mais complexas e abrangentes, sendo que essa a tendência, recentemente identificada, é bastante saudável para o mercado, desde que respeitadas as normas concorrenciais.

Vistos os aspectos comerciais e operacionais inerentes ao *codesharing*, podemos agora passar a abordar os aspectos consumeristas, regulatórios e concorrenciais relevantes.

### 3 – Aspectos relativos ao direito do consumidor

Conforme destacado pelo estudo materializado na Circular 269-AT/110 da ICAO<sup>6</sup>, a maior preocupação acerca dos efeitos dos contratos de *codesharing* com relação aos passageiros diz respeito à devida informação acerca do serviço adquirido. Deve-se evitar que o consumidor adquira um determinado serviço, mas usufrua outro, com características distintas. Nesse sentido, a ICAO fez diversas recomendações acerca das informações que devem ser disponibilizadas ao público com relação a venda de vôos com compartilhamento de código.

No Brasil, em vista do disposto no inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor<sup>7</sup>, a autoridade aeronáutica regulamentou essa questão por meio da Portaria n. 70/DGAC do então Ministério da Aeronáutica – Departamento de Aviação Civil - de 11 de fevereiro de 1999, que dispõe que os vôos a serem operados com compartilhamento de código devem ser claramente identificados como tal, tanto nos documentos impressos, como também nas telas dos sistemas de reservas (CRS). Mais especificamente, dispõe o art. 6º do referido regulamento que as empresas aéreas são obrigadas a informar aos passageiros, no momento da aquisição do bilhete de passagem, que a viagem envolverá o compartilhamento de código, com indicação das empresas aéreas que realizarão o

vôo, eventual troca de equipamento, o tempo estimado de espera para conexões e demais dados relevantes. Dessa forma, garante-se ao consumidor amplo conhecimento acerca dos serviços a serem prestados, cumprindo assim o mandamento contido na legislação consumerista.

Outro aspecto que merece destaque ao tratar da questão da relação do *codesharing* com o direito do consumidor refere-se à responsabilidade civil das empresas aéreas contratantes em caso de dano causado ao consumidor decorrente da prestação dos serviços de transporte aéreo.

Ao menos no que se refere à atribuição de responsabilidade, o assunto é tratado de forma expressa na legislação.

Como acima analisado, nos contratos de *codesharing* a companhia emitente do bilhete de passagem aérea mantém relação jurídica direta com o passageiro, assumindo a posição de transportadora contratual. A outra companhia aérea contratante que operará o vôo é considerada a transportadora de fato.

No âmbito do transporte aéreo doméstico, a questão é tratada pelo art. 259 da Lei 7.565/86, que prevê a responsabilidade solidária entre o transportador aéreo contratual e o transportador de fato. No transporte internacional, também há previsão acerca da responsabilidade solidária, conforme dispõe o art. 41 da Convenção de Montreal. Não obstante a previsão expressa no sentido de que a responsabilidade do transportador de fato sempre será limitada, nos termos da norma específica, ressaltamos que há dificuldades na aplicação dessa norma no Brasil em função da grande controvérsia existente sobre a legalidade dos limites de responsabilidade do transportador aéreo a luz dos preceitos da legislação consumerista. Não desenvolveremos o tema da responsabilidade civil no transporte aéreo além dessa observação, uma vez que foge aos limites desse artigo.

Dessa forma, verificado dano durante a execução do serviço de transporte aéreo realizado em *codesharing*, conclui-se que as duas companhias aéreas contratantes responderão solidariamente perante o passageiro, ressalvado eventual direito de regresso entre estas, nos termos previstos no contrato.

### 4 - Aspectos Regulatórios do contrato de código compartilhado

Em um ambiente globalizado e mais competitivo, como acima já destacado, os acordos de *codesharing*, as-

...

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

<sup>6</sup> Implications of Airline Codesharing - International Civil Aviation Organization, 1997

<sup>7</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

sim como outros tipos de acordo entre companhias aéreas, tem sido uma importante ferramenta para aumentar a participação das contratantes no mercado ou mesmo para se manterem atuantes no mercado, cada vez mais competitivo.

Devido à importância do assunto, os contratos desta natureza foram objeto de extensa análise em vários países, análises estas que foram levadas em consideração pela International Civil Aviation Organization - ICAO, na elaboração da citada circular 269/110, de 1997, que também abrange questões regulatórias. No Brasil não foram poucos os estudos de excelente qualidade sobre o assunto, tendo sido objeto de regulação por meio da também já mencionada Portaria n. 70/DGAC de 11 de fevereiro de 1999.

Nos primórdios, os contratos de *codesharing* eram considerados apenas meros instrumentos de *marketing*. Nesse cenário, não se exigia autorização das autoridades aeronáuticas para a celebração de acordos desta natureza. Todavia, em meados dos anos 80, uma preocupação manifestada pelas autoridades Norte-Americanas de que os contratos de código compartilhado poderiam permitir que empresas estrangeiras participassem do mercado doméstico nos Estados Unidos sem o correspondente benefício para as empresas americanas no exterior, levou à criação de regra segundo a qual uma companhia estrangeira apenas poderia celebrar um contrato de código compartilhado com uma empresa daquele país se tivesse a chamada *underlying authority* - ou autorização subjacente - para assim proceder. Em outros termos, os pontos a serem servidos nos Estados Unidos deveriam ser aqueles especificados no quadro de rotas previsto no tratado bilateral aplicável.

Foi esta a orientação também adotada pelo Brasil, e nem poderia ser outra, o que se evidencia a partir do disposto na Portaria 70 de 1999. O art. 2º deste regulamento dispõe que as operações em Código Compartilhado envolvendo empresas brasileiras estão sujeitas a prévia aprovação do DAC, hoje, Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC). Nos termos do parágrafo único do mesmo artigo, poderão ser suspensos sempre que deixarem de atender ao interesse público, ou por descumprimento das normas estabelecidas.

No que tange o transporte internacional, as regras quanto aos contratos de código compartilhado constam do artigo terceiro. Referido artigo apenas permite que empresas aéreas designadas operem em código compartilhado. Equivale a dizer que apenas empresas aéreas designadas<sup>8</sup> tanto pelo Brasil, como também pelos governos dos países em que empresas estrangeiras encontram-se estabelecidas, e devidamente autorizadas a operar nos termos da lei local, podem celebrar esse tipo de acordo.

O parágrafo 1º do artigo 3º dispõe que as operações em código compartilhado serão realizadas exclusivamente entre os pontos constantes do Quadro de Rotas dos respectivos tratados bilaterais e ainda, nos termos do parágrafo 2º, limitam-se ao total do número de frequências alocadas às empresas aéreas contratantes<sup>9</sup>. Vários tratados internacionais fazem referência expressa a esse tipo de acordo<sup>10</sup> já preestabelecendo em quais rotas poderão ser autorizados. Na ausência de menção a este tipo de acordo, os governos estão livres para aprová-los ou não, o que é decidido caso a caso. Em certas rotas, onde se aplica o princípio do *open skies*, política defendida pelos Estados Unidos da América, acordos de código compartilhado são autorizados sem limitação, como é o caso das rotas entre Estados Unidos, Inglaterra e Holanda. Por outro lado, podem existir restrições quanto aos acordos de código compartilhado sob a esfera da legislação concorrencial, o que é objeto de análise do próximo tópico.

## 5 – Aspectos concorrenciais

Como bem destacou Anne Bingaman em palestra proferida em Washington por ocasião do seminário de direito aeroespacial organizado pela American Bar Association em janeiro de 1996, para a legislação antitruste, os acordos de *codesharing* são formas de cooperação empresarial que se situam em algum lugar entre uma fusão e um simples acordo “interline”. Assim como qualquer operação de concentração empresarial, desperta preocupações na esfera concorrencial.

<sup>8</sup> Nos termos dos modelos ICAO normalmente adotados pelos países para a celebração de tratados bilaterais sobre transporte aéreo internacional, cabe às partes contratantes designar as empresas aéreas que prestarão os serviços de transporte aéreo internacional. Sob a ótica brasileira, as empresas designadas pelas autoridades aeronáuticas da outra parte contratante deverão obter autorização para funcionamento no país, nos termos previstos no Decreto 92.319/86.

<sup>9</sup> De acordo com o modelo ICAO proposto para a celebração de tratados bilaterais sobre aviação civil, o anexo I trata de questões operacionais, indicando-se, entre outros aspectos, o quadro de rotas, ou seja, a listagem de cidades de origem e destino de onde e para onde as empresas aéreas designadas pelas duas partes contratantes podem realizar vôos, assim como as frequências permitidas.

<sup>10</sup> É o caso dos tratados bilaterais celebrados entre o Brasil e os seguintes países: África do Sul, Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Cabo Verde, Canadá, China, Colômbia, Coreia do Sul, Egito, Emirados Árabes, Equador, Estados Unidos, França, Gana, Hong Kong, Índia, Israel, Japão, Jordânia, Luxemburgo, Nova Zelândia, Países Escandinavos (Noruega, Suécia e Dinamarca), Paraguai, Peru, Portugal, Suíça e Venezuela. Note-se que esse rol é alterado com frequência e portanto, pode estar desatualizado, tendo sido citado apenas como exemplo para demonstrar o grande número de tratados que fazem menção expressa aos contratos de *codesharing*.

A partir das bem colocadas palavras da mencionada especialista no assunto, pode-se contextualizar tais contratos, que realmente não se encaixam nem como mero contrato entre as companhias aéreas participantes, nem como operação que caracterize alguma forma de concentração empresarial, tal como uma fusão ou incorporação, ou operação societária de qualquer natureza. Na realidade, os acordos de compartilhamento de código devem ser vistos como uma espécie de *joint venture*.

As *joint ventures* nasceram da necessidade, sentida pelos empresários atuantes tanto no mercado doméstico de diversos países, como também no plano internacional, de obter melhor organização na produção e circulação de bens e serviços, redução de custos inerentes ao desenvolvimento de suas atividades e maior eficiência na prospecção de novos mercados.

Tais objetivos podem ser atingidos por meio de relações de cooperação mútua entre empresários, pelas *joint ventures*, dotadas das mais diversas características. A idéia central que se detecta em uma *joint venture* é a relação de cooperação entre as partes contratantes. Colocada a questão nestes termos, pode-se classificar as *joint ventures* levando-se em conta três tipos distintos<sup>11</sup>:

#### **Quanto à forma de constituição**

Quanto à forma de constituição, podemos classificá-las em: a) societárias ou *corporate joint ventures* e b) não societárias ou *non corporate joint ventures*.

As *corporate joint ventures* são aquelas em que as partes contratam ou instituem uma pessoa jurídica para a realização das atividades, como um instrumento para implementação do acordo de cooperação entre as partes. O regime societário e os instrumentos por ele fornecidos podem ser utilizados de forma eficiente para melhor estruturar direitos e obrigações nessa relação de cooperação, destacando-se o acordo de acionistas, as regras de limitação de transferência de participação societária, e as regras de limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da pessoa jurídica, nas hipóteses da sociedade limitada e sociedade anônima.

Muito embora as *joint ventures* societárias possam apresentar vantagens decorrentes de todo um arcabouço legislativo à disposição das partes, de forma a regular eficientemente suas relações, bem como suas relações com terceiros, apresentam como desvantagem o rigorosismo e a pouca flexibilidade destas mesmas normas jurídicas. Exemplificando, em caso de término da relação subjacente

<sup>11</sup> Alguns autores citam outros tipos de *joint ventures*, como as *equity joint ventures*, que implicam associação de capitais e as *non equity joint ventures*, onde não há contribuição de capitais e as *joint ventures* transitórias e permanentes, o que em nosso sentir inserem-se na classificação aplicável às societárias e não societárias.

que deu origem à *joint venture* societária, seria necessária a dissolução da pessoa jurídica, com conseqüente liquidação e partilha dos bens que a formam, o que traz enormes dificuldades operacionais aos contratantes e muitas vezes um elevado custo.

As *non corporate joint ventures* são aquelas em que as partes pactuam o desenvolvimento da atividade em cooperação independentemente da constituição de uma pessoa jurídica. Formam-se a partir de um contrato bilateral em que as partes contratantes mantêm sua autonomia, formando um empreendimento comum, cada parte assumindo direitos e obrigações, responsabilizando-se diretamente pelos efeitos do empreendimento, que será desenvolvido independentemente de uma pessoa jurídica.

A não utilização de uma pessoa jurídica como instrumento para o desenvolvimento da relação de cooperação gera maior flexibilidade e informalidade nas relações, que permanecem livres das regras previstas na legislação societária.

Pode-se considerar que as *joint ventures* propriamente ditas formam-se a partir de um vínculo contratual não societário, entre dois ou mais empresários, tendo como objetivo uma empreitada para alcançar um objetivo pré-determinado ou o desenvolvimento de uma atividade em cooperação, da qual decorra mútuo benefício.

#### **Quanto à forma de concentração**

Quanto à forma de concentração, podemos classificá-las em: a) *joint venture* horizontal e b) *joint venture* vertical.

Nas chamadas *joint ventures* horizontais, as partes atuam em um mesmo ramo de atividade econômica ou correlacionado, sendo que a partir da relação de cooperação, passam a ter melhor colocação no mercado.

Nas *joint ventures* verticais, as partes atuam em diferentes esferas do processo produtivo. Tem como objetivo diminuir custos de produção ou mesmo garantir acesso à matéria prima.

#### **Quanto à participação das partes**

Quanto à participação das partes, podemos classificá-las em: a) *joint venture* de colaboração e b) *joint venture* de cooperação.

Nas *joint ventures* de colaboração, existe uma clara subordinação empresarial de um dos *co-ventures* ao outro. Ocorre comumente nas *joint ventures* comerciais ou de investimento, em que geralmente o investidor tem um papel dominante na relação, seja econômica seja tecnologicamente, o que lhe dá uma posição de superioridade na relação.

Nas *joint ventures* de cooperação não se caracteriza a subordinação inerente às *joint ventures* de colaboração.

ção, atuando os *co-ventures* em uma relação pautada pela igualdade seja tecnológica, seja de capital.

Fazendo-se referência à classificação acima apontada, pode-se concluir que, regra geral, o contrato de *codesharing* pode ser caracterizado como uma *joint venture* não societária, do tipo horizontal ou vertical, e de cooperação, cujo objetivo é incrementar e otimizar, de forma independente, a prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros e cargas, potencializando o uso do equipamento.

Como genuína operação de *joint venture*, não restam dúvidas que o contrato de *codesharing*, a depender de suas características, como melhor explanado abaixo, deverá ser notificado às autoridades antitruste, para análise de seus efeitos no âmbito da concorrência.

Para que se possa bem avaliar essa questão, preliminarmente e de forma bastante sucinta far-se-á breve análise dos fundamentos do direito concorrencial no Brasil.

#### **Fundamentos do direito concorrencial no Brasil**

O artigo 170 da Constituição Federal instituiu um sistema liberal a reger a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, observados os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente, entre outros.

Enfocando o tema que interessa, a Constituição assegura o livre desenvolvimento da atividade empresarial, desde que de forma compatível com a livre concorrência. Duas são as formas de atingir a concorrência: pela prática de atos tipificados como concorrência desleal, ou em caso de infração contra a ordem econômica.

Concorrência desleal visa prejudicar um concorrente, o que se verifica nas hipóteses de espionagem industrial, violação de segredo industrial, destruição da imagem de concorrente por publicidade, ou qualquer das hipóteses previstas no art. 195 da Lei. 9.279/96 (Código de Propriedade Industrial). As chamadas infrações contra a ordem econômica, por outro lado, atingem as estruturas do livre mercado como um todo, prejudicando a concorrência e não o concorrente. E nesse cenário que nos interessa analisar os efeitos potencialmente nocivos decorrentes de acordos de *codesharing*.

Nos termos previstos na Constituição Federal, dispõe o art. 20 da Lei 8.884/94 que toda conduta será considerada abusiva quando visar domínio de mercado, eliminação de concorrência ou aumento arbitrário de lucros. Não é possível caracterizar qualquer conduta como abusiva, ou infração contra a ordem econômica, caso dissociada de algum dos supramencionados efeitos. Nesse sentido, condutas praticadas por quem detém poder de mercado para incrementar seu negócio e conquistar mais

clientes, ainda que de alguma forma desfavoráveis aos concorrentes, são perfeitamente lícitas sob este enfoque, desde que não tenham por escopo alguma das referidas conseqüências e, por óbvio, desde que não tipificadas como concorrência desleal. É a regra do jogo da concorrência, em que ganham os mais eficientes e também, sempre, os consumidores, que se beneficiam de produtos e serviços de melhor qualidade a preços reduzidos.

Infrações contra a ordem econômica, praticadas por mais de um empresário são chamadas de colusão, que comporta os seguintes tipos: a) horizontais, quando envolvem apenas empresários situados no mesmo estágio de produção e circulação econômica, como é o caso de concorrentes em atuação concertada, b) verticais, quando envolvem empresários situados em estágios diferentes de produção e circulação econômica, como fornecedores e distribuidores em atuação concertada e c) de concentração, hipótese em que empresas passam a submeter-se à uma mesma direção.

A caracterização de uma conduta como infração contra a ordem econômica depende de uma análise que envolve diversos fatores que não podem ser genericamente considerados, mas devem levar em conta as especificidades do caso concreto.

Feitas estas breves considerações, passa-se a analisar as condições em que os acordos de código compartilhado podem potencialmente resvalar para a ilicitude e caracterizar-se como infrações contra a ordem econômica.

#### **Codesharing e a lei antitruste**

De um lado, como ocorre na esmagadora maioria dos casos, acordos de *codesharing* oferecem amplo potencial competitivo, em vista das vantagens acima destacadas, gerando aumento de eficiência, redução de custos operacionais e gerando serviços mais adequados às necessidades dos consumidores e ao mesmo tempo tarifas reduzidas. Por outro lado, tais acordos podem mascarar condutas uniformes entre concorrentes, em prejuízo dos consumidores.

Dessa forma, ao analisar um contrato de *codesharing*, as autoridades antitruste<sup>12</sup> deverão avaliar se as partes contratantes são, de alguma forma, concorrentes, qual o nível de concorrência existente e, se o caso, em qual mercado relevante.

<sup>12</sup> Vale lembrar que não obstante a discussão passada acerca da competência da autoridade aeronáutica para aprovar acordos de código compartilhado inclusive na seara concorrencial, ocorrida nos autos do ato de concentração 08012.007398/00-70, a questão está pacificada pela lei 11.182/05 – art. 6º, sendo esta questão de competência exclusiva dos órgãos de proteção à concorrência.

Em se tratando de contratos de *codesharing* o mercado relevante equivale a cada rota entre dois aeroportos<sup>13</sup> sendo esse o critério geográfico a ser considerado. Dessa forma, cada rota constitui um mercado relevante distinto, ainda que o acordo refira-se de forma global a uma variedade de rotas. Já se ponderou a subdivisão do mercado relevante em rotas atendidas por vôos diretos e por vôos com conexão, cada um servindo a interesses de categorias distintas de consumidores. Para os efeitos desse trabalho, apenas considera-se a idéia de que o mercado relevante constitui a rota entre dois aeroportos, sem considerar a mencionada divisão.

Sob o enfoque da legislação antitruste, surgem preocupações de danos à concorrência se as partes contratantes no contrato de *codesharing* competem isoladamente no mercado relevante ou detêm alta participação no mercado. Em outros termos, a questão merece análise mais detida se as duas empresas aéreas contratantes decidem compartilhar códigos de vôo em rotas por ambas operadas, de forma sobreposta. Seria o caso do acordo de *codesharing* celebrado entre as empresas “A” e “B” com relação à rota São Paulo/Fortaleza, sendo que as duas partes contratantes operam nessa rota.

Por outro lado, caso as contratantes não sejam concorrentes no mesmo mercado relevante, servindo rotas complementares, as chances de dano à concorrência diminuem consideravelmente. Nessa situação, teríamos a empresa aérea “A” operando na rota Fortaleza/São Paulo e a empresa “B” operando na rota São Paulo/Washington.

Justamente por apresentar potencial efeito na concorrência, passou-se a questionar a obrigatoriedade de submissão dos acordos de *codesharing* à aprovação da autoridade antitruste, o que levou a Secretaria de Direito Econômico a analisar o assunto. Os estudos realizados pelo órgão resultaram no parecer CGAE/SDE n. 003/2008, que estabeleceu parâmetros para avaliar a necessidade de notificação acerca de contratos de *codesharing* à autoridade antitruste. Vale destacar os critérios estabelecidos pela Secretaria para a avaliação do potencial lesivo à concorrência oriundo dos acordos dessa natureza, e, portanto, para se determinar se acordos devem ser notificados à autoridade antitruste.

### **Primeiro critério**

Definido o mercado relevante (*city pair*) deve-se medir se as empresas aéreas contratantes detêm, isolada

<sup>13</sup> Nesse sentido, adotando experiência estrangeira, já decidiu a Secretaria de Acompanhamento Econômico - Nota Técnica n. 29/2004/COGDC-DF/SEAE/MF de 21 de maio de 2004 ao analisar contrato de *codesharing* celebrado entre TAM e VARIG, pg. 6. Também nesse sentido, cita-se o parecer n. 008/COGDC-DF/DF/SEAE/MF ao analisar o contrato de *codesharing* celebrado entre TAM e Transbrasil no ano 2.000 – pg. 7, nesse caso tendo se ponderado uma subdivisão com base nesse critério em: rotas com conexão e vôos diretos.

ou conjuntamente, parcela igual ou superior a 20% do mercado em questão. Note-se que percentual de 20% é estabelecido pelo art. 20 parágrafo terceiro da Lei 8.884/94 que pressupõe que empresas nessa situação presumidamente exercem posição dominante no mercado<sup>14</sup>.

### **Segundo critério**

Caso apurado que as partes contratantes se encontram em posição de domínio de mercado, deve-se avaliar se o acordo refere-se a rotas sobrepostas ou complementares. Se for o caso de compartilhamento de códigos em rotas sobrepostas, a notificação do acordo será obrigatória, para que se possam avaliar potenciais efeitos anticoncorrenciais. Por outro lado, nos exatos termos do Parecer em questão, se o acordo versar sobre rotas complementares, não há potencial lesivo à concorrência desde que: “a) abranja o mero compartilhamento de assentos em uma aeronave, com a manutenção de completa independência entre os centros decisórios e de comercialização de cada companhia aérea (exceto a permissão para a pontuação em programas de milhagem) e b) sejam operados em redes que envolvam aeroportos atendidos por outras companhias aéreas e com capacidade para suportar aumentos no número de passageiros e no número de vôos, e em cidades com demanda latente”.

Segundo o parecer, “todos os acordos complementares firmados em condições diversas das apresentadas têm a possibilidade, ainda que potencial, de limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência, devendo ser submetidos à apreciação das autoridades brasileiras de defesa da concorrência, nos termos do art. 54 da Lei 8.884/94”.

A preocupação da Secretaria de Defesa da Concorrência é justificável, considerando o elevado grau de concentração no mercado de transporte aéreo, principalmente em razão das dificuldades de entrada de novos concorrentes por conta de barreiras regulatórias (necessidade de concessão ou autorização para operações, requisitos para obtenção do Certificado de Homologação de Empresas Aéreas - CHETA, entre outros), econômicas (custo para iniciar serviços de transporte aéreo são exorbitantes, a começar pelo custo para aquisição, financiamento, manutenção e operação do principal ativo a ser utilizado: aeronaves), e físicas (em razão das limitações operacionais, principalmente dos principais aeroportos do país, tanto no

<sup>14</sup> Nos termos do Parecer n. 008/COGDC-DF/SEAE/MF proferido nos autos do Ato de Concentração n. 0812.007398/00-70 considerando que o mesmo dispositivo legal delega ao CADE alterar esse percentual para setores específicos da economia, decidiu-se elevar esse percentual de 20% para critério para 40%, em vista do alto grau de concentração identificado no setor. Não foi esse o critério adotado pelo parecer CGAE/SDE n. 003/2008.



que se refere a eslotas como também áreas para estacionamento de aeronaves, embarque e desembarque de passageiros, entre outras limitações).

No plano internacional, deve-se ressaltar que geralmente os acordos envolvem rotas não sobrepostas, seja por decisão das partes contratantes, seja por limitações impostas pelos acordos bilaterais aplicáveis, que pré-estabelecem em que rotas as empresas contratantes poderão operar com base em acordos de *codesharing*, como acima mencionamos, de forma que os riscos à concorrência são reduzidos. Obviamente, quanto mais restrito for o acordo bilateral vigente, e menor o número de empresas aéreas designadas a operar entre os territórios das partes contratantes, maiores os riscos à concorrência. Dessa forma, o crescente alargamento do escopo dos tratados sobre aviação civil (até talvez o ponto em que se terá vasta vigência dos acordos de céus abertos – *open skies agreements*), vem gradativamente diminuindo os potenciais efeitos anti-concorrenciais dos acordos de *codesharing* no plano internacional.

Fica, portanto, evidente que o aspecto concorrencial é um dos principais aspectos a ser considerado com relação aos contratos de código compartilhado.

## 6 - Conclusão

Por todo o exposto, depreende-se que os contratos de *codesharing*, surgidos como simples mecanismos de marketing e sem efeitos nas operações das companhias aéreas contratantes, foram imensamente incrementados, e passaram a gerar efeitos nas mais diversas esferas do direito. Atualmente, despertam interesse no âmbito do direito consumerista, regulatório e concorrencial, sem considerar as questões contratuais no plano interno, que dizem respeito às partes contratantes. Certamente, ver-se-á em futuro próximo uma crescente abrangência desse tipo de acordo entre companhias aéreas, inclusive em substituição às formas tradicionais de concentração empresarial do tipo societário, mas sem o engessamento e consequências de difícil reversibilidade que operações de fusão e incorporação apresentam.