

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIEL FERREIRA DE PINA LUCHETTI

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA POLÍTICA ANTITRUSTE À LUZ DA PANDEMIA
DE COVID-19: ESTUDO DE CASO A PARTIR DO SETOR AÉREO

BRASÍLIA
NOVEMBRO 2020

GABRIEL FERREIRA DE PINA LUCHETTI

**DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA POLÍTICA ANTITRUSTE À LUZ DA PANDEMIA
DE COVID-19: ESTUDO DE CASO A PARTIR DO SETOR AÉREO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para conclusão da graduação
em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Me. Mauro César Santiago
Chaves

BRASÍLIA
NOVEMBRO 2020

GABRIEL FERREIRA DE PINA LUCHETTI

**DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA POLÍTICA ANTITRUSTE À LUZ DA PANDEMIA
DE COVID-19: ESTUDO DE CASO A PARTIR DO SETOR AÉREO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para conclusão da graduação
em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Me. Mauro César Santiago
Chaves

Prof. Me. Mauro César Santiago Chaves
Professor Orientador
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA POLÍTICA ANTITRUSTE À LUZ DA PANDEMIA DE COVID-19: ESTUDO DE CASO A PARTIR DO SETOR AÉREO

Gabriel Ferreira de Pina Luchetti

SUMÁRIO: Introdução; I. Noções gerais sobre o direito da concorrência e o mercado de transporte aéreo de passageiros; I.i Fundamentos jurídicos e econômicos do direito da concorrência; I.ii Aspectos concorrenciais do mercado de transporte aéreo de passageiros; I.ii.i Aspectos gerais; I.ii.ii Aspectos específicos; II. Desafios jurídicos e econômicos da Covid-19 no mercado de transporte aéreo de passageiros; III. Revisão do AC Delta-Latam; IV. Considerações críticas sobre os AC Delta-Latam; Considerações finais.

RESUMO

Este artigo se propôs a avaliar a postura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) frente aos desafios jurídicos e econômicos da Covid-19 no mercado de transporte aéreo de passageiros. De início, apresentou-se os fundamentos do direito da concorrência e as especificidades da análise concorrencial no setor aéreo. Na sequência, pesquisou-se a abordagem tradicional do CADE neste mercado, especificamente nas análises de atos de concentração econômica. Em seguida, delimitou-se as variáveis econômicas e concorrenciais afetadas pela pandemia, de modo a ponderá-las com as discussões no âmbito do ato de concentração entre Delta e Latam. Ao final, concluiu-se que o Tribunal Administrativo do CADE adotou postura mais conservadora do que a Superintendência-Geral do CADE, ao avocar o ato de concentração para aprofundar a análise do referido AC. Expõe-se as perspectivas relacionadas ao julgamento do AC.

ABSTRACT

This paper aims to evaluate the assessment of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in face of the Covid-19's legal and economic challenges in the air transport market. At first, it presented the foundations of competition law and the specificities of competition analysis in the airline sector. Following this, it introduced CADE's traditional approach in this market, specifically in the analysis of concentration acts. Next, it delineated the economic and competitive variables affected by the pandemic, in order to weigh them with the discussions in the scope of the proposed merger between Delta and Latam. Finally, it was concluded that CADE's Administrative Tribunal adopted a more conservative approach than CADE's General Superintendence, by requesting a more detailed analysis of the concentration act. Some perspectives related to the judgment of the concentration act are also suggested.

INTRODUÇÃO

A crise da Covid-19 obrigou as empresas de inúmeras indústrias, sobretudo do setor aéreo, a modificar seus negócios e suas estratégias enquanto navegam pelos efeitos econômicos da atual pandemia. Em muitos casos, as soluções propostas sugerem uma isenção pontual de regras concorrenciais para permitir uma coordenação temporária entre concorrentes para evitar o comprometimento na prestação de diversos serviços, especialmente no caso de serviços públicos, como ocorre no transporte aéreo de passageiros. Acrescenta-se à equação o choque econômico causado pela Covid-19, que afetou substancialmente o setor aéreo. Ou seja, não bastasse as complexidades da análise antitruste tradicional, a pandemia de Covid-19 fez reaparecer a discussão sobre a necessidade de uma flexibilização temporária do *enforcement* concorrenciais no setor aéreo.

Se, de um lado, o combate a cartéis e ao abuso de posição dominante no setor aéreo continua sendo importante durante o surto, doutro, tem sido discutida a possibilidade de uma isenção excepcional de regras concorrenciais para permitir uma coordenação temporária de rotas e horários. A emergência de saúde pública não deve levar à isenção das empresas em relação às obrigações relativas ao direito da concorrência. Não obstante, assegurar o fornecimento contínuo de bens críticos pode exigir coordenação entre companhias aéreas que, de outra forma, estariam sujeitas a um rigoroso exame e eventual sanção antitruste.

Nessa esteira, a pertinência do presente trabalho surge a partir da discussão, entre Governo Federal e agentes de mercado, sobre possível flexibilização da política de *enforcement* antitruste no que tange a acordos de cooperação transitória entre concorrentes em tempos de Covid-19. Em outras palavras, busca-se esclarecer se e em que medida a abordagem tradicional do CADE frente a acordos de cooperação entre competidores no setor aéreo curvou-se aos desafios apresentados pela pandemia de Covid-19.

Para endereçar o tema, o capítulo I revisitará, no primeiro subtópico, os fundamentos jurídicos e econômicos do direito da concorrência, especificamente no que tange a atos de concentração horizontais, com o objetivo de delimitar conceitualmente os principais institutos do controle de estruturas antitruste. No subtópico seguinte, o capítulo objetivará compreender de que maneiras a análise concorrenciais é conduzida especificamente no mercado de transporte aéreo de passageiros, de modo a avaliar qual tem sido a abordagem tradicional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) neste mercado.

Na sequência, o capítulo II apresentará os desafios jurídicos e econômicos trazidos pela pandemia de Covid-19 ao setor aéreo, de modo a estabelecer as efetivas variáveis comerciais afetadas no mercado.

O capítulo III terá por escopo a revisão do ato de concentração entre Delta e Latam, notificado ao CADE após a decretação da pandemia e cuja análise tem se debruçado significativamente sobre os efeitos da pandemia no setor aéreo.

Por fim, o capítulo IV avaliará criticamente os argumentos e fundamentos apresentados no AC Delta-Latam, de modo a examinar em que medida o CADE tem curvado sua abordagem frente aos desafios trazidos pela pandemia.

Na conclusão, extraiu-se, ainda que de maneira preliminar, as posições preliminares do CADE e as perspectivas para o julgamento do AC Delta-Latam, na medida em que o posicionamento do CADE neste caso sinalizará, de maneira concreta, qual a abordagem da autoridade frente aos desafios jurídicos e econômicos da pandemia no mercado de transporte aéreo de passageiros.

I. NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS

I.i Fundamentos jurídicos e econômicos do direito da concorrência

A defesa da concorrência é um dos pilares da economia de mercado adotada pelo Brasil. Além de estar insculpida na Constituição Federal, cujo artigo 174, § 4º, estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”¹, a matéria é regulamentada em âmbito infraconstitucional pela Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

A defesa da concorrência também possui extensa fundamentação econômica que a legitima, o que será objeto de reflexão mais aprofundada neste subtópico e que reflete diretamente nas disposições legislativas e constitucionais dispostas acima.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 jun. 2020.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira Neto, uma economia de mercado funcionará adequadamente se:

i) Indivíduos e organizações puderem desenvolver atividades econômicas com liberdade para escolher e alterar a forma de estruturação dos recursos de que dispõem; e ii) se esses mesmos agentes econômicos rivalizarem entre si em seus esforços para disponibilizar e adquirir bens e serviços no mercado.²

Logo, a escolha por uma economia de mercado enseja reconhecer que, em regra, os mercados funcionam como mecanismos eficientes de alocação de recursos.³ Isso porque, segundo este modelo econômico, os preços são formados a partir da livre interação entre as forças atuantes no mercado, notadamente oferta e demanda, em oposição à tomada de decisão por um planejador central, geralmente o Estado. A partir da dinâmica de autorregulação, o mercado é considerado eficiente porque, em tese, faz com que o máximo possível de consumidores tenha acesso ao bem ou serviço pelo menor preço disponível.⁴

Sob a ótica econômica, o referencial analítico das economias de mercado é o modelo da “concorrência perfeita”. Este modelo teórico assume que (i) há inúmeros compradores e fornecedores; (ii) os produtos fornecidos no mercado são perfeitamente intercambiáveis; e (iii) não há custos para entrar ou sair do mercado.⁵ A partir desse referencial, os níveis de competição no mercado serão tão intensos que nenhum agente econômico conseguirá, unilateralmente, influenciar nos preços ou quantidades ofertadas no equilíbrio do mercado, que serão livremente determinados pela intersecção entre oferta e demanda, situação em que o bem-estar social é maximizado.

A utilidade do modelo da concorrência perfeita enquanto referencial analítico para avaliar o comportamento de variáveis econômicas diante de competição intensa pode ser melhor examinada ao se considerar o quadro oposto à concorrência perfeita, qual seja, o de monopólio, em que há apenas uma empresa fornecendo o bem ou serviço ao mercado. Neste caso, o monopolista não tem incentivos para fornecer toda a quantidade demandada, porquanto seu lucro é maximizado

² PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 26. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502620070>>. Acesso em 4/5/2020.

³ MANKIW, Gregory. **Principles of Microeconomics**. 8. ed. Harvard: Cengage, 2016, p. 10-11.

⁴ RODRIGUES, Eduardo Frade. **O direito societário e a estruturação do poder econômico**. São Paulo: Singular, 2016. p. 36.

⁵ MANKIW, op. cit., p 268.

a um volume menor de produção.⁶ Como não há outros fornecedores no mercado, parte dos consumidores estará disposta a pagar preços mais elevados pelo produto ou serviço, gerando um preço de equilíbrio superior ao observado na concorrência perfeita. Assim, há uma apropriação de bem-estar dos consumidores por parte do monopolista, na forma de lucros maiores. Além disso, a parte da demanda que deixa de ser atendida é uma perda social, porquanto não é absorvida pelo fornecedor – o que é chamado de peso-morto ou ônus do monopólio.⁷

Nesse sentido, Caio Mário da Silva conclui que

A teoria econômica determina a adoção de medidas de política pública que promovam o funcionamento do mercado de forma que se aproxime do referencial do mercado competitivo, bem como impeçam mudanças que impliquem distanciamento de tal referencial”.⁸

Não obstante suas virtudes enquanto referencial analítico (i.e., para avaliar o comportamento de variáveis comerciais na presença de intensa competição), a busca pela concorrência perfeita não é a finalidade das economias de mercado, tampouco da política de defesa da concorrência.⁹ Isso porque este modelo teórico assume condições irrealistas, como a ausência completa de falhas de mercado, além de gerar efeitos deletérios sobre os incentivos ao empreendedorismo e à inovação.¹⁰

Na realidade, todos os mercados implicam coordenação substancial sobre alguns aspectos a fim de facilitar a concorrência em outros.¹¹ A própria concepção de uma empresa, segundo Coase¹², sugere uma complexa “teia” de contratos (coordenação) entre trabalhadores, gerentes e detentores de capital, até o ponto em que o custo da coordenação interna supere o custo de controlar a produção via estratégias de mercado, momento em que as empresas buscarão cooperação externa. A partir disso, Easterbrook conclui que não há um equilíbrio ideal entre cooperação interna e externa. Existe apenas um equilíbrio em constante mudança, que difere de empresa para empresa,

⁶ MANKIW, Gregory. **Principles of Microeconomics**. 8. ed. Harvard: Cengage, 2016, p. 297.

⁷ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33.

⁸ *Ibid.*, p. 34.

⁹ EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. **Texas Law Review**, Texas, n. 63, ago. 1984, p. 1.

¹⁰ MANKIW, Gregory. **Principles of Microeconomics**. 8ª Ed. Harvard: Cengage, 2016.

¹¹ EASTERBROOK, *op. cit.*, p. 1-2.

¹² COASE, R. H. The Nature of the Firm. **Economica**, n. 4, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1506378>>. Acesso em 1 jun. 2020.

de produto para produto e de tempos em tempos, à medida que os custos relativos das cooperações internas e de mercado mudam conforme os incentivos e condições de competição.¹³

Além dos fatores internos que influenciam os comportamentos das empresas (tais como os custos de coordenação interna da atividade econômica), as forças externas de mercado também exercem papel relevante na configuração do ambiente econômico. Nesse sentido, o nível de competitividade é geralmente afetado por uma série de variáveis concorrencialmente sensíveis, tais como barreiras à entrada e saída, condições de oferta e demanda, substituíbilidade dos produtos, e o próprio nível de interdependência mútua entre empresas.¹⁴

No Brasil, a difícil missão de promover o *level playing field* das condições competitivas do mercado cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), que atua em três frentes: (i) preventiva¹⁵, pelo controle de atos de concentração que possam incrementar artificialmente poder de mercado, distorcendo as condições competitivas; (ii) repressiva¹⁶, pela investigação e punição de condutas nocivas ao ambiente concorrencial; e (iii) educativa, disseminando a cultura e os benefícios da competitividade dos mercados.

A partir das funções do CADE e dos conceitos até então analisados, é possível extrair que o objetivo da política de defesa da concorrência deve o aprimoramento do funcionamento de mercados competitivos.¹⁷ Tal objetivo, por sua vez, não deve partir de uma “fé inconcebível” nos mecanismos de autorregulação (do mercado). Isso porque, na realidade, a punição de práticas anticompetitivas pelo próprio mercado não é “*quick or painless*”. Existem custos para obtenção de informação, além de outras falhas de mercado que dificultam a identificação e punição de práticas anticompetitivas. Daí surge a aceção de que, mesmo que os aplicadores da lei antitruste tenham informação perfeita acerca dos mercados, ainda seria difícil (quicá impossível) decidir qual a estrutura de organização industrial ótima a longo prazo, justamente por não existir nível ideal de

¹³ EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, Texas, n. 63, ago. 1984, p. 2.

¹⁴ VASIGH, B.; FLEMING, K.; TACKER, T. **Introduction to air transport economics: from theory to applications**. 2. ed. Farnham: Ashgate, 2013, p. 339.

¹⁵ O controle de estruturas diz respeito ao controle prévio de atos de concentração pelo CADE. Com fundamento no art. 88 da Lei 12.529/2011, são estabelecidos alguns critérios que, se preenchidos, criarão a obrigação de notificar o ato de concentração para que seja analisado pelo CADE. É importante notar ainda que, de acordo com o § 7º do art. 88, o CADE poderá visitar atos de concentração já consumados, em até 1 ano a contar da consumação, mesmo que os referidos atos não se enquadrem nos critérios previstos pelo art. 88.

¹⁶ O controle de condutas é fundamentado no art. 36 da Lei 12.529/2011, que exemplifica uma série de estratégias comerciais que podem configurar ilícitos antitruste. Não obstante sua relevância para a política de defesa da concorrência, o controle de condutas está fora do recorte metodológico do presente artigo, que foca especificamente nos aspectos relacionados ao controle de estruturas.

¹⁷ EASTERBROOK, op. cit., p. 1.

cooperação e competição nos mercados, além das dificuldades de se identificar práticas deletérias à saúde concorrencial dos ambientes econômicos.

Além disso, outra dificuldade fundamental enfrentada por agências e tribunais antitruste na aplicação da política concorrencial é a incomensurabilidade do risco de decisões equivocadas (*error costs*). Se a decisão equivocada condena uma proposta de cooperação eficiente, os potenciais benefícios dessa prática serão perdidos definitivamente, em razão da força dos precedentes no antitruste e do *stare decisis*, ainda que em jurisdições culturalmente lastreadas no *civil law*. Por outro lado, se a decisão equivocada deixar de condenar uma prática ilícita e que acarrete em preços/condições de monopólio, a perda de bem-estar social diminuirá com o tempo, porque preços de monopólio, em regra, atraem novos competidores ao mercado – ainda que haja perdas sociais nesse ínterim, e mesmo que a entrada demore a ocorrer. A estabilidade da política antitruste, nesse sentido, estaria na agilização da chegada do longo-prazo, estando limitada pelos custos de operacionalização, *error costs* e para obtenção de informação acerca dos mercados.¹⁸

Portanto, o sistema antitruste deve ser projetado de forma a minimizar o custo total de (i) práticas anticompetitivas que ‘escapam’ de condenação; (ii) práticas competitivas que são condenadas; e (iii) do sistema em si¹⁹. Para isso, Easterbrook sugere a criação de regras claras que “filtrem”²⁰ as práticas de mercado provavelmente benéficas para fora do escopo do antitruste, deixando as práticas provavelmente anticompetitivas a serem analisadas *vis-à-vis* as potenciais eficiências²¹. Tais filtros são o que o autor chama de “saída dos economistas”, ou simplesmente a criação de presunções para que o sistema antitruste, ainda que limitado²², possa operar de maneira eficiente.

¹⁸ EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, Texas, n. 63, ago. 1984., p. 2-3.

¹⁹ No sentido de que, para além dos *error costs*, o custo da intervenção estatal também deve ser inferior ao custo da falha de mercado, considerando que existem custos para operar o aparato estatal (tais como remuneração de servidores, infraestrutura de tribunais e agências, dentre outros).

²⁰ Easterbrook propõe cinco filtros para o antitruste: (i) demonstração de poder de mercado; (ii) demonstração da probabilidade de enriquecimento do detentor de poder de mercado em detrimento dos consumidores; (iii) avaliação se as outras empresas do mercado utilizam métodos diferentes ou similares de produção ou distribuição; (iv) evidência consistente de uma redução na oferta; e (v) se a identidade dos agentes econômicos prejudicados pode inferir algo a respeito das consequências da conduta analisada. Somente se comprovados estes cinco filtros deveriam as agências antitruste perseguirem uma conduta comercial à luz da regra da razão.

²¹ Paula Forgioni (2014, p. 193) dialoga com os filtros propostos por Easterbrook ao chamá-los de “válvula de escape” do antitruste. Com relação à regra da razão, Forgioni aponta que “são técnicas destinadas a viabilizar a realização de determinada prática, ainda que restritiva da concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização”.

²² “Regras jurídicas que tentem replicar precisamente os complexos pensamentos e efeitos econômicos são contraproduzidas, minando os fins que procuram servir. [...] As virtudes da simplicidade administrativa superam ocasionais perdas econômicas. Devemos nos preocupar com regras ou precedentes que autorizem o escrutínio de determinado tipo de comportamento indesejável de preço mas que acabe desencorajando a concorrência de preços

Dentre os filtros do antitruste propostos por Easterbrook, merece especial destaque a conceituação do ‘poder de mercado’. Segundo o autor, poder de mercado é a habilidade de aumentar preços significativamente sem perder vendas de modo que o aumento não seja lucrativo.²³⁻²⁴ Ocorre que, no limite, todas as empresas possuem certa parcela de poder de mercado, na medida em que conseguem estabelecer, ainda que minimamente, preços acima do custo de produção. Por essa razão, é importante destacar o apontamento de Paula Forgioni, que complementa este conceito ao indicar que

“Todas as vezes que um acordo entre agentes econômicos tem por consequência proporcionar aos partícipes condição de independência de comportamento (ainda que coletivo) em relação a outros agentes econômicos, podemos falar em existência de posição dominante [poder de mercado]”.²⁵

Logo, o poder de mercado será relevante para a análise antitruste quando propiciar condição de independência de comportamento da empresa dominante em relação a seus competidores, de modo a arrefecer a pressão competitiva exercida por outros agentes econômicos. Além disso, deverá ser ponderado com a existência de barreiras à entrada e com outros elementos que permitam avaliar a probabilidade de exercício do poder de mercado identificado.

Por essa razão, mesmo na presença de posição dominante, caso estratégias de elevação unilateral ou coordenada de preços ou restrição de quantidade possam ser contestadas por reação de concorrentes efetivos ou potenciais, então não haverá que se falar em poder de mercado antitruste.²⁶ Logo, para auxiliar a identificação das restrições que disciplinam o poder de mercado, a legislação antitruste tem tradicionalmente utilizado *market shares* enquanto indicadores para

legítima.” (EASTERBROOK *apud*. Juiz Breyer em *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d, 227, 234 (1st Cir. 1983)).

²³ EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. **Texas Law Review**, Texas, n. 63, ago. 1984, p. 20.

²⁴ Destaca-se a semelhança dos conceitos apresentados com o conceito legal previsto no artigo 36, §2º, da Lei 12.529/2011, que estabelece a presunção de poder de mercado quando “uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado”.

²⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 258. Apesar de não utilizar “poder de mercado” e “posição dominante” como sinônimos, a autora reconhece que aquele é decorrência lógica desta. Portanto, para fins do presente trabalho, ambas as expressões são utilizadas como sinônimas, sem prejuízo do rigor metodológico-conceitual.

²⁶ BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, mai. 2016, p. 9.

inferir a existência de posições dominantes, o que conseqüentemente torna central, para as análises concorrenciais, a necessidade de se definir mercados relevantes.²⁷

Especificamente no que tange ao controle de atos de concentração horizontal pelo CADE, é possível observar que a análise geralmente conduzida pela autoridade reflete justamente as ponderações indicadas acima. Nesse sentido, a análise clássica conduzida pelo CADE perpassa pelos seguintes passos: **(i)** definição do mercado relevante; **(ii)** análise do nível de concentração horizontal (possibilidade de exercício de poder de mercado); **(iii)** avaliação da probabilidade de exercício de mercado; e **(iv)** ponderações de eficiências.

Nesse sentido, segundo o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE,

“A delimitação do [mercado relevante] é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação.

Na definição do mercado relevante, são consideradas duas dimensões: produto e geográfica.²⁸⁻²⁹

²⁷ WERDEN, Gregory J. **Why ever define markets? An answer to Professor Kaplow**, 13 fev. 2012, p. 1. Disponível em: <[²⁸ A ferramenta analítica utilizada pelo CADE para auxiliar na definição do mercado relevante diz respeito ao teste do monopolista hipotético \(TMH\). Em síntese, o TMH estabelece, inicialmente, um mercado relevante candidato, equiparando-o ao menor grupo de produtos \[dimensão produto\] e à menor área \[dimensão geográfica\] necessária para que um \[monopolista\] hipotético esteja em condições de impor um aumento de preços pequeno, porém significativo e não transitório \(SSNIP\). O SNNIP, por sua vez, é uma convenção \(geralmente arbitrada em 5%\) utilizada para avaliar se, a partir de sua imposição em um dado mercado, haverá desvio de demanda para produtos de concorrentes não considerados no mercado em análise.](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655#:~:text=Werden,Gregory.Werden&text=Professor%20Louis%20Kaplow%20has%20argued,power%20or%20evaluating%20competitive%20effects.&text=Most%20importantly%2C%20market%20delineation%20separates,from%20those%20in%20the%20background.>”. Acesso em: 7 jun. 2020.</p></div><div data-bbox=)

²⁹ As evidências consideradas no âmbito do TMH podem ser (i) de ordem qualitativa (i.e., se as características dos produtos/serviços indicam haver possibilidade de substituição); (ii) informações de preços (i.e., similaridade de preços pode ser indício de competição, enquanto elevadas dispersões podem sugerir segmentações de nichos de mercado); (iii) análise de fluxo de mercadorias e consumidores (para avaliar, por exemplo, a reação das importações e exportações em relação ao preço relativo das mercadorias); (iv) definição de raios, para estimar a distância máxima que o consumidor está disposto a percorrer para adquirir o produto ou serviço; e (v) análise de perda crítica, método quantitativo que, a partir de informações sobre a elasticidade preço da demanda, compara o percentual de queda nas vendas (em razão do SSNIP) com o ganho marginal oriundo do aumento de preços, para avaliar se tal aumento é lucrativo ou não.

Sob a ótica do produto, busca-se identificar “bens e serviços considerados, pelo consumidor, substituíveis entre si, devido a suas características, preços e modos de utilização”.³⁰ Para auferir essa substitutibilidade, examina-se a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda para outros produtos, na hipótese de piora das condições comerciais do produto inicial (i.e., aumento de preços, restrição de oferta, queda na qualidade, etc.).³¹

Já sob a ótica geográfica, pretende-se estabelecer os limites geográficos que restringem a oferta e a demanda por determinado bem ou serviço. Ou seja, dentro dos limites geográficos traçados, avalia-se a existência de pressões competitivas suficientes para disciplinar eventuais abusos por parte de uma empresa dominante (i.e., se consumidores estão dispostos a se deslocar para desviarem sua demanda para competidores e se tais competidores podem fornecer seus produtos para absorver eventuais desvios de demanda dentro do determinado escopo geográfico).³²

Uma vez definido o mercado relevante, é possível extrair as participações de mercado dos agentes identificados, com base na parcela que corresponde a cada um dos *players* em relação ao tamanho total do mercado relevante. No mesmo sentido, também será possível fazer inferências acerca dos níveis de concentração do mercado relevante, a partir dos índices de concentração³³, bem como do nexos de causalidade entre variações nos índices de concentração e a probabilidade de exercício de poder de mercado.³⁴

³⁰ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 13. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

³¹ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 13. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

³² Apesar de parecer um esforço hercúleo, a lógica que justifica o TMH e as evidências analisadas é bastante simples. A partir do mercado relevante candidato (inicialmente estabelecido), são avaliados conjuntos progressivamente mais amplos de produtos e mercado geográficos, até o ponto em que o monopolista hipotético seja capaz de impor, de maneira lucrativa, um SSNIP no mercado relevante identificado. Neste momento, não haverá competidores significativos de modo a absorver eventual desvio de demanda ocasionado pelo SSNIP (razão pela qual o SSNIP será lucrativo), restando definido o mercado relevante para fins da análise antitruste.

³³ O principal índice de concentração utilizado pelo CADE é o Índice de *Herfindahl-Hirschman* (HHI). Segundo o Guia de ACs Horizontais do CADE, o HHI é calculado pelo somatório do quadrado das participações de mercado de todas as empresas de um dado mercado relevante, e pode ir até 10.000 pontos – ou seja, uma empresa com 100% de participação de mercado (monopólio). Nesse escopo, o CADE divide o espectro de concentração dos mercados em três regiões, que podem ser genericamente definidas como **(i)** não concentrados: HHI < 1.500 pontos; **(ii)** moderadamente concentrados: 1.500 pontos < HHI < 2.500 pontos; e **(iii)** altamente concentrados: HHI > 2.500 pontos.

³⁴ Com relação ao nexos de causalidade entre HHI e potenciais abusos de poder de mercado, o CADE considera que: **(i)** não geram problemas concorrenciais: operações que resultem em variações de HHI inferiores a 100 pontos ($\Delta\text{HHI} < 100$) e/ou que o mercado, após o ato de concentração, permaneça com HHI inferior a 1.500 pontos, não deve gerar efeitos negativos, não requerendo, usualmente, análise mais detalhada; **(ii)** potencialmente geram problemas

Diante dessas considerações, é importante destacar que a definição do mercado relevante em uma narrativa antitruste não apenas identifica a parcela da economia mais diretamente afetada pela operação/conduita analisada; mas também permite a análise do processo competitivo efetivamente afetado. Isso porque, apesar de revelar um retrato estático do nível de concentração do mercado relevante e possibilitar que se depreenda relações entre mudanças nos índices de concentração e probabilidade de abuso de poder de mercado, as análises a partir do HHI³⁵ são sensíveis a outros argumentos.

Houve, nesse sentido, uma certa superação do paradigma da *Structure-Conduct-Performance* (SCP)³⁶ na teoria da organização industrial, segundo o qual haveria uma correlação direta entre o número de empresas e o preço de equilíbrio no mercado. O ponto principal do paradigma é que, à medida que o número de empresas diminui, os preços aumentam. Consequentemente, uma vez que fusões e aquisições necessariamente reduzem o número de empresas no mercado, necessariamente acarretam em aumento dos preços. Essa abordagem unicamente estrutural dos mercados não reflete de maneira adequada a realidade de mercado complexos, razão pela qual as agências de defesa da concorrência, sobretudo o CADE, têm desenvolvido suas jurisprudências no sentido de conduzir análises mais específicas, complexas e casuísticas, avaliando outras circunstâncias para além do número de empresas concorrentes.

Não obstante, o paradigma SCP permanece útil para gerar presunções, ainda que constestáveis, acerca das estruturas de mercado, filtrando práticas potencialmente benéficas/neutras à concorrência para fora do antitruste, e acendendo alertas para a necessidade de se aprofundar a análise de *hard cases*. Ou seja, mesmo que a operação se enquadre em casos presumidamente problemáticos sob a ótica estrutural (i.e., que o exercício do poder de mercado

concorrenciais em mercados moderadamente concentrados: operações que resultem variação do HHI superior a 100 pontos ($\Delta\text{HHI} > 100$), tornando recomendável uma análise mais detalhada; e (iii) potencialmente geram problemas concorrenciais em mercados altamente concentrados: operações que resultem em variação do HHI entre 100 e 200 pontos ($100 \leq \Delta\text{HHI} \leq 200$), sugerindo uma análise mais detalhada. Além disso, operações que, em mercados com HHI acima de 2.500 pontos, resultem na variação do HHI acima de 200 pontos ($\Delta\text{HHI} > 200$), presumivelmente geram aumento de poder de poder de mercado, o que poderá ser refutado por evidências persuasivas em sentido contrário.

³⁵ Cf. notas de rodapé 35 e 36.

³⁶ Segundo Weiss (1979, p. 2-3), as principais hipóteses do paradigma SCP são (i) a concentração de mercado facilita colusão, tácita ou explícita, e (ii) a margem preço-custo das empresas tende a aumentar na mesma proporção em que as barreiras à entrada aumentam. Ou seja, haveria uma correlação positiva entre estruturas concentradas de mercado e os incentivos a abusos de posição dominante. Logo, a superação do paradigma SCP, segundo Muris (2003) se deu na medida em que estudos de casos, particularmente envolvendo operações e investigações antitruste, indicaram que, embora algumas indústrias parecessem ter estruturas de mercado favoráveis à existência e ao exercício de poder de mercado substancial, as indústrias eram, na realidade, bastante competitivas. Daí decorre que as análises de HHI e ΔHHI são sensíveis a outros argumentos.

seja possível), não significa que a empresa dominante será capaz de exercer, unilateral ou coordenadamente, seu poder de mercado (i.e., que o exercício será provável).

Daí decorre que atos de concentração horizontal serão problemáticos, sob o prisma dos efeitos unilaterais, se permitirem à empresa agir de forma menos competitiva em relação ao comportamento observado antes da operação, considerando que os *players do mercado* não alterem suas estratégias competitivas. Ademais, especialmente em mercados com produtos homogêneos, os níveis de custo das rivais são determinantes da sua capacidade de restringir o poder de mercado da empresa resultante de um ato de concentração. Sendo assim, espera-se que a capacidade dos competidores de rivalizar ou de absorver desvios de demanda seja, em grande medida, determinada por fatores relacionados ao custo de produção.

Os efeitos unilaterais diferem dos efeitos coordenados na medida em que estes surgem quando a operação induz os rivais a alterarem suas estratégias competitivas, gerando incentivos para coordenação na estrutura de mercado pós-*deal*.³⁷

Além disso, como já foi mencionado, não basta que a operação resulte em efeitos unilaterais ou coordenados para que seja considerada prejudicial à concorrência. É preciso ainda que o poder de mercado seja duradouro, não contestável no curto prazo por concorrentes efetivos ou potenciais. Nesse sentido, são avaliadas as barreiras à entrada no mercado relevante analisado, definidas pelo CADE como “qualquer fator em um mercado que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos.”³⁸

A lógica que segue é: quanto maiores forem as barreiras à entrada, menor será a probabilidade de eventuais abusos de posição dominante sejam disciplinados pelas forças de mercado, o que pode ensejar uma atuação mais incisiva por parte do CADE.³⁹ Além disso, para

³⁷ O CADE considera, dentre outros fatores, que os seguintes aspectos aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado: (i) reduzido número de empresas e/ou concentração de grande parcela da oferta em poucas empresas; (ii) homogeneidade de produto e sem necessidade de customização; (iii) transparência nos preços, operação de capacidade, base de clientes, e de outras informações relevantes sobre os competidores e seus comportamentos; (iv) ausência de formas de conduta de precificação mais agressiva e não comprometidas com a cooperação (mavericks); (v) Histórico de coordenação no MR em questão, ou em mercados de produtos ou de dimensões geográficas comparáveis; etc.

³⁸ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 27. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

³⁹ Os seguintes fatores constituem as mais convencionais barreiras à entrada: os custos irrecuperáveis (*sunk costs*); as barreiras legais ou regulatórias; os recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; as economias de escala e/ou de escopo; o grau de integração da cadeia produtiva; a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e a ameaça de reação dos competidores instalados.

que as condições de entrada sejam valoradas positivamente, é necessário que sejam prováveis, tempestivas (deve ocorrer em pelo menos 2 anos) e suficientes.⁴⁰

Finalmente, ainda caberá às empresas demonstrar as eficiências geradas pelo ato de concentração. Logo, eventual probabilidade de exercício de poder de mercado (i.e., efeitos unilaterais ou coordenados somados à presença de barreiras à entrada) poderá ser mitigada tendo em vista as eficiências econômicas da operação. Trata-se da condição de efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico dos consumidores.⁴¹

Mesmo que não seja demonstrado, a princípio, efeito líquido não-negativo da operação, as autoridades antitruste dispõem de remédios, impostos ou negociados com os agentes privados, que têm por objetivo mitigar as preocupações concorrenciais identificadas, ao invés de vetarem por completo as operações.⁴² Destaca-se, ainda, que os remédios podem ter natureza comportamental e estrutural.⁴³

Com suporte nos conceitos gerais sobre o direito da concorrência apresentados neste subtópico, compete pormenorizar, por conseguinte, os principais aspectos concorrenciais que dizem respeito especificamente ao mercado de transporte aéreo de passageiros. Além disso, também se faz necessário ponderar acerca da abordagem que tem sido adotada pelo CADE em face

⁴⁰ BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 9. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/ acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020

⁴¹ BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 8. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/ acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁴² BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília: Ministério da Justiça, out. 2018, p. 7. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/ acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view>.

⁴³ Segundo o Guia de Remédios Antitruste (p. 16), “remédios estruturais devem ser considerados prioritariamente, visto que a origem do problema concorrencial geralmente reside em mudança na configuração da estrutura de um mercado relevante. Nesse sentido, um remédio estrutural, tal como um desinvestimento, tende a ser mais efetivo, visto que direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta. Além disso, remédios estruturais trazem menor custo de monitoramento e menor risco de distorções do mercado pelos remédios impostos na operação. A adoção de remédios estruturais refere-se à transferência dos direitos de propriedade. Esta resulta em mudança significativa de incentivos na forma de gerenciamento de ativos, dado que implica um novo proprietário. Ao segmentar a propriedade em duas massas de capital, os incentivos à coordenação de decisões sobre o uso desses ativos diminuem substancialmente, o que potencializa resultados mais competitivos no mercado. Em contraposição, visto que nos remédios comportamentais não há alteração de propriedade de ativos, não há mudanças, a princípio, sobre os incentivos do proprietário. A Autoridade Concorrencial prescreve medidas econômicas ao proprietário do ativo que, possivelmente, não seriam tomadas na ausência da intervenção. Por conseguinte, podem surgir problemas de risco moral, que podem comprometer a efetividade desse tipo de remédio.”

do mercado ora em estudo, no que tange às alianças áreas, objeto deste artigo. É o que se passa a avaliar no subtópico a seguir.

I.ii Aspectos concorrenciais do mercado de transporte aéreo de passageiros

O presente capítulo é dividido em dois subtópicos: **(I.ii.i) Aspectos gerais**, que apresentará as condições de demanda, oferta, dinâmica estrutural e panorama geral das alianças aéreas; e **(I.ii.ii) Aspectos específicos**, que avaliará as discussões especificamente relacionadas à análise concorrencial do mercado de transporte aéreo de passageiros que têm sido endereçadas pelas agências antitruste, sobretudo pelo CADE, com destaque para: definição do mercado relevante, poder de mercado, barreiras à entrada, análise de rivalidade, eficiências e remédios antitruste.

I.ii.i Aspectos gerais

O setor de transporte aéreo é um vetor de desenvolvimento econômico e promotor de integração nacional, na medida em que se diferencia dos demais modais de transporte por suas características intrínsecas de velocidade desempenhada nos trajetos, eficiência e maior segurança. Isso confere à aviação elevada capacidade de conectividade que, em uma sociedade que demanda agilidade e rapidez na condução de suas atividades, é um importante alicerce para a competitividade econômica e para o desenvolvimento regional.⁴⁴

Além disso, o desempenho do setor aéreo está diretamente relacionado ao da economia de um país. A maior renda e as perspectivas de crescimento econômico criam oportunidades para a expansão do transporte aéreo, pois incrementam a demanda e elevam a disponibilidade de crédito.⁴⁵ Do mesmo modo, eventual deterioração das condições econômicas impactarão significativamente o desempenho do mercado.

Nesse sentido, a demanda⁴⁶ pelo serviço de transporte aéreo de passageiros é tida como derivada, ou seja, os usuários recorrem a esse tipo de transporte para atingir algum objetivo, de forma que o deslocamento não é um bem ou serviço final. Por consequência, as companhias aéreas

⁴⁴ CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, p. 1, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁴⁵ Ibid., p. 1-2.

⁴⁶ A demanda, segundo Vasigh *et. al.* (2013, p. 110), é medida em termos de passageiros pagos por quilômetro (RPK – *revenue passenger kilometers*), ou seja, um passageiro pagante voado por um quilômetro.

não são, geralmente, capazes de afetar diretamente a demanda por seus produtos, além de que reagem amplamente às variações de demanda ocasionadas por fatores como a renda da população e a disponibilidade de outros modais de transporte.⁴⁷

As condições de oferta⁴⁸ também são fortemente marcadas pelo aspecto de rigidez. Ou seja, além de estarem limitadas pelo elevado custo dos insumos, pela especificidade dos ativos envolvidos na atividade de transporte aéreo e pela estrutura de mercado, a sazonalidade da demanda influencia diretamente a decisão sobre a quantidade ofertada pelas prestadoras do serviço de transporte aéreo de passageiros, restringindo significativamente a influência das empresas aéreas sobre as condições de oferta.⁴⁹

Com relação à dinâmica estrutural, o arranjo de organização industrial do mercado de transporte aéreo de passageiros apresenta fortes características de oligopólio⁵⁰. Disso decorre que há poucos e grandes *players* competindo no mercado – o que poderia ser problemático sob a ótica concorrencial a partir de uma abordagem estritamente do paradigma SCP.

Por outro lado, poucas empresas de grande porte atuando no mercado podem frequentemente desfrutar de economias de escala e expandir serviços a custos mais baixos, além de ofertá-los preços inferiores aos de uma indústria composta por empresas menores e em maior quantidade.⁵¹ Isso pode ser explicado pelo modelo de negócios das companhias aéreas, que apresenta elevados custos fixos somados a custos marginais progressivamente menores de acordo com o tamanho da rede das empresas.⁵² Além disso, devido à necessidade de grandes investimentos em infraestrutura, as escalas mínimas de operação eficiente são significativamente elevadas. Consequentemente, quanto maior a escala das operações, menor o custo unitário de sua prestação.⁵³

A lógica que decorre dessa constatação é que pode ser insustentável (além de economicamente irracional) que cada empresa aérea oferte, individualmente, voos para os mais

⁴⁷ CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, p. 13, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁴⁸ A oferta, segundo Vaish *et. al.* (2013, p. é mensurada em termos de assentos disponíveis por quilômetro (ASK – *available seat kilometers*), ou seja, o número de assentos voados a cada um quilômetro, sem que necessariamente estejam ocupados. A presença de um passageiro pagante ocupando o assento é a diferença entre o RPK e o ASK. Além disso, ao dividir RPK por ASK, encontra-se o *load factor*, ou seja, a proporção de assentos disponíveis e comercializáveis que são efetivamente vendidos e ocupados na aeronave (p. 132).

⁴⁹ CNT, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁰ VASIGH, B.; FLEMING, K.; TACKER, T. *Introduction to air transport economics: from theory to applications*. 2ª ed. Farnham: Ashgate, 2013, p. 365.

⁵¹ *Ibid.*, p. 286.

⁵² VASIGH, B. *et. al.*, *op. cit.*, p. 426.

⁵³ CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, p. 10, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>. Acesso em 23 nov. 2020.

diversos destinos, enquanto os padrões de demanda variam em número, densidade, tempo e geografia.⁵⁴ Diante disso, é natural que os agentes de mercado tenham incentivos para buscar a cooperação externa mediante alianças aéreas⁵⁵, na medida em que a redução dos custos marginais obtidas através das alianças é significativamente vantajosa em comparação aos custos fixos para expandirem suas próprias operações individualmente, em razão das economias de escala.

Além de produzir eficiências de escala, o compartilhamento de recursos mediante alianças aéreas também permite a criação de economias de escopo, na medida em que a cadeia produtiva se organizará a partir da centralização das atividades e melhor utilização de recursos, o que também pode reduzir os custos operacionais.⁵⁶

Outro aspecto importante do mercado de transporte aéreo de passageiros diz respeito à economia de densidade. Conforme esclarece a CNT, trata-se de

Prática que objetiva a redução dos custos com a consolidação das operações e a utilização de aviões maiores ou a redução do espaço entre assentos. A empresa aérea pode ter, então, uma redução de custo unitário médio e um aumento da receita, se beneficiando sem modificar tempo de viagem médio ou nos aeroportos. No caso do transporte aéreo, as economias de densidade também podem se manifestar por meio da adequação do formato da rede de transporte, de forma que as rotas sejam desenhadas para melhor atender aos fluxos de passageiros em detrimento dos pontos com baixo nível de utilização da capacidade das aeronaves.

Nesse sentido, tem-se observado um movimento de consolidação do setor aéreo mediante alianças aéreas, na medida em que facilitam a racionalização de custos, geram eficiências de escala,

⁵⁴ OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 9. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)>. Acesso em 23/11/2020.

⁵⁵ Segundo a OECD (2014, p. 9), as alianças aéreas referem-se a qualquer tipo de acordo de cooperação horizontal que não se enquadre nas hipóteses de fusão e aquisição, além de variarem em escopo e profundidade de integração (cf. notas de rodapé 62 – 64 abaixo). A racionalidade jurídica para a celebração das alianças estaria principalmente na dificuldade de efetivar fusões e aquisições multinacionais, devido a restrições de nacionalidade na propriedade de empresas aéreas. Logo, por manterem as estruturas societárias, as alianças aéreas se mostram como excelente alternativa para expansão de redes internacionalmente. Ademais, a OECD indica que a racionalidade econômica das alianças aéreas está pautada na lógica nas economias de rede, permitindo às companhias aéreas ampliar e aprofundar suas redes, crescer e racionalizar seus custos, sem precisarem expandir suas próprias capacidades de aeronave ou ofertas de rota, sendo vistas como o segunda melhor opção após fusões/aquisições para gerar economias de escala, escopo e densidade.

⁵⁶ CNT, op. cit., p. 11.

escopo e densidade, além da aumentarem a capacidade de atender diferentes partes do mundo, alavancando a presença das companhias aéreas parceiras nesse mercado.⁵⁷

A despeito das sinergias induzidas por alianças aéreas, é certo que esse tipo de arranjo comercial tanto pode melhorar o serviço e a experiência dos passageiros, quanto prejudicar a concorrência, por exemplo, através da elevação de barreiras à entrada e levando a tarifas mais altas, especialmente em rotas *hub-to-hub*⁵⁸ e sem escalas.⁵⁹ Além disso, o potencial para sinergias e o risco de efeitos anticompetitivos podem aumentar de acordo com a profundidade da coordenação e integração promovidas pela aliança. Nesse sentido, o CADE tem incorporado tabela em suas análises (conforme apêndice), para mapear os tipos de alianças aéreas de acordo com o nível de integração que promovem entre as empresas.⁶⁰⁻⁶¹⁻⁶²

O *tradeoff* entre as eficiências de escala, escopo e densidade e o nível ótimo de coordenação entre as empresas aéreas dialoga com o fato de não haver *benchmark* acerca da estrutura ideal de organização industrial do setor de transporte aéreo.⁶³ Fica evidente, portanto, que uma abordagem

⁵⁷ OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 6. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En). Acesso em 23/11/2020.

⁵⁸ Segundo Vasigh *et. al.* (2013, p. 214), a dinâmica *hub-and-spoke* consiste em uma prática das empresas aéreas investirem substancialmente na infraestrutura de um único aeroporto (*hub*), para consolidar suas operações comerciais e logísticas a partir deste centro e em direção aos aeroportos de destino (*spokes*). Sob a ótica econômica, a rede *hub-and-spoke* tem um custo extremamente alto, de forma de que as empresas terão todo o incentivo para utilizar esses ativos da forma mais intensa possível, distribuindo o custo fixo do investimento por mais unidades de produção (ASK), em função das economias de escala e escopo.

⁵⁹ OECD, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰ As alianças de integração mais baixa começam a partir de acordos de *interlining*. Segundo a OECD (2014, p. 10), o *interlining* permite aos passageiros voarem usando apenas um bilhete para todo o itinerário, quando os trechos são operados por empresas aéreas distintas. Assim, acordos de *interlining* fazem com que as viagens operadas por múltiplas aéreas sejam “sem atrito”, ou seja, os passageiros não têm que recolher sua bagagem ou fazer o check-in novamente em caso de escala, e sua bagagem irá automaticamente até seu destino final.

⁶¹ Uma cooperação mais profunda e mais eficaz entre linhas surgiu através de acordos de *codeshare* (OECD, 2014, p. 10-11). Sob um acordo de *codeshare*, um voo operado por uma companhia aérea também podem ser comercializadas por companhias aéreas parceiras sob seu próprio código e designador. Em outras palavras, o *codesharing* permite que duas ou mais companhias aéreas compartilhem o mesmo voo enquanto vendendo bilhetes neste voo como se fossem seus. No Brasil, a notificação de acordos *codeshare* ao CADE não é obrigatória, por força da Res. 17/2016, que descaracterizou este tipo de acordo como contrato associativo passivo de notificação, em razão da ausência de compartilhamento de riscos (art. 2º, inciso I), muito embora cumpra com os requisitos de faturamento.

⁶² Já sob *joint ventures* e *joint business agreements* (JBAs) com neutralidade de metal, não importa para as companhias aéreas aliadas quem transportará os passageiros e quem obtém receitas sobre o voo, uma vez que as companhias aéreas envolvidas entraram em uma aliança de longo prazo de compartilhamento de custos e receitas. A neutralidade de metal é um incentivo para que as empresas aéreas aliadas se concentrem em melhorar as redes, horários, etc., ao invés de aumentarem suas próprias receitas individualmente. Isto garantiria a maximização da aliança em termos de sinergia e eficiências, para o benefício dos consumidores (OECD, 2014, p. 11).

⁶³ VASIGH, B.; FLEMING, K.; TACKER, T. *Introduction to air transport economics: from theory to applications*. 2ª ed. Farnham: Ashgate, p. 426, 2013.

meramente estrutural do mercado (i.e., a partir do paradigma SCP) pode não ser suficiente para revelar os reais impactos concorrenciais gerados a partir de alianças aéreas.

Por conseguinte, apesar da estrutura de organização industrial tendente à concentração e da inclinação natural de empresas aéreas buscarem cooperação externa via alianças, o próprio CADE reconhece que isso não significa que não possa haver concorrência no setor, seja na forma de práticas individuais, seja por meio de estratégias cooperativas.⁶⁴ Logo, avaliar os aspectos concorrenciais específicos das alianças aéreas é fundamental, para que se possa compreender como as autoridades antitruste, sobretudo o CADE, têm tentado equilibrar a balança entre cooperação empresarial e concorrência no setor aéreo.

I.ii.ii Aspectos específicos

Inicialmente, com relação à definição de mercado relevante, a OCDE aponta que

Nos setores de transporte, [...] a própria dimensão do produto já inclui um aspecto geográfico como qualquer serviço de transporte, seja por via ferroviária, aérea, marítima ou rodoviária, requer a realocação de uma pessoa ou mercadoria de um lugar para outro. Conseqüentemente, a delimitação de mercados relevantes no setor aéreo normalmente começa com a identificação do ponto de origem (O) e do ponto de destino (D), a chamada abordagem O&D.⁶⁵

A abordagem O&D é compatível com a maior parte das análises que têm sido conduzidas nos Estados Unidos, Europa e Brasil.⁶⁶ Não obstante, o CADE ressalta que tal abordagem pode não ser suficiente para avaliar casos complexos, sobretudo quando identificadas sobreposições horizontais nas rotas envolvidas pela operação – o que pode levar o CADE a considerar marginalmente espaços geográficos abrangentes em nível regional, nacional ou mesmo continental;

⁶⁴ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 26. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁶⁵ OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 22. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)>. Acesso em 23/11/2020.

⁶⁶ CADE, op. cit., p. 64-65.

ou questões relacionadas à infraestrutura aeroportuária, o que pode tornar necessário ampliar o poder de avaliação dos impactos concorrenciais em casos específicos.⁶⁷

No que tange à avaliação da existência de poder de mercado,

O CADE tem adotado estratégia tradicional – i.e., considerando uma abordagem focada na avaliação das participações de mercado (onde o HHI é o insumo principal) e de suas respectivas variações – para a verificação desse poder de mercado, considerando, sobretudo, dados de rotas com operação sobreposta ou mesmo considerando um conjunto de rotas onde se verifique a adoção de práticas anticompetitivas – no âmbito do mercado de transporte de passageiros –; [...]

Além disso, para que possa configurar um problema concorrencial, é preciso que o poder de mercado identificado seja duradouro, não contestável no curto prazo por concorrentes efetivos ou potenciais, o que torna central a avaliação acerca das barreiras à entrada.

O CADE tem historicamente considerado o mercado de transporte aéreo como de fácil entrada, a não ser na presença de (i) barreiras de cunho regulatório, (ii) haja escassez de infraestrutura aeroportuária ou (iii) seja constatada alguma barreira ligada a alianças entre empresas.⁶⁸

Com relação às barreiras à entrada no transporte aéreo, o escritório de advocacia Fenelon Advogados ilustra uma importante superação ocasionada com a alteração legal ocorrida em 2019:

Nos últimos anos, tivemos muitas transformações no setor aéreo brasileiro, que atualmente representa cerca de 1,4% do PIB. Uma dessas mudanças relevantes se deu em 2019, com a edição da Lei nº 13.842 de 17/06/2019, que alterou o art. 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA).

Até então, o controle das empresas aéreas no Brasil deveria ser majoritariamente nacional, com autorização para apenas 20% de capital estrangeiro com direito a voto. Com a mudança, ficou permitido até 100% de capital estrangeiro em companhias aéreas brasileiras.

Dessa forma, qualquer investidor estrangeiro pode estabelecer uma empresa no Brasil, certificar essa empresa na ANAC, operar voos para qualquer destino que a infraestrutura aeroportuária permitir e cobrar qualquer valor pelas passagens, de acordo com o seu modelo de negócio.

⁶⁷ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 65-67. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁶⁸ Itens 200 a 204 do voto do conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia no AC nº 08012.009497/2010-84 (LAN-TAM).

Na justificativa da Medida Provisória nº 863/2019, que originou a Lei nº 13.842/2019, consta que o Brasil era considerado um dos países mais fechados a investimentos estrangeiros no setor aéreo. Além disso, desde 2015 diversos setores brasileiros, como de ferrovias, telecomunicações e hospitalar, já permitiam a participação de até 100% do capital estrangeiro com direito a voto.⁶⁹

É evidente, portanto, que a promulgação da Lei 13.842/19 diminuiu substancialmente os entraves à entrada de concorrentes no mercado nacional, permitindo que empresas aéreas que tenham sede e sejam constituídas conforme a lei brasileira possam obter concessão para exploração de transporte aéreo perante a ANAC, desde que atendidos os demais requisitos de cunho meramente regulatório e de segurança operacional. Frise-se, contudo, que a análise quanto à probabilidade de entrada de novos competidores é específica para cada mercado relevante – considerando-se a abordagem O&D ou ampliando para macrorregiões, o que deverá ser feito caso a caso considerando-se os aspectos da tempestividade, probabilidade e suficiência.⁷⁰

Com relação às barreiras relacionadas a infraestrutura aeroportuária, tem sido objeto recorrente de discussão o tema da gestão e alocação de *slots*. Segundo a Resolução ANAC nº 338/2014,

Slot é o horário de chegada ou de partida alocado para o movimento de uma aeronave numa data específica em um aeroporto coordenado, sendo que, para efeitos de planejamento, considera-se o horário em que a aeronave chega ou sai do terminal, caracterizado pelo calço e descalço, respectivamente.⁷¹⁻⁷²

⁶⁹ ADVOGADOS, Fenelon. **Art. 181 do CBA – Capital Estrangeiro**. Brasília, 20 nov. 2020. LinkedIn: fenelonadvogados. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6733353630763622400/>>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁷⁰ Cf. nota de rodapé 41.

⁷¹ BRASIL. ANAC. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 338, de 22 de julho de 2014. Disponível em: <[⁷² Segundo o art. 2º, inciso I da Resolução ANAC nº 338/2014, entende-se por aeroporto coordenado aquele “cujo nível de saturação comprometa qualquer um dos componentes aeroportuários críticos \(pista, pátio ou terminal\)”. Atualmente, a ANAC é responsável pela coordenação de cinco aeroportos no Brasil: Congonhas \(CGH\), Guarulhos \(GRU\), Pampulha \(PLU\), Recife \(REC\) e Santos Dumont \(SDU\). Além disso, existem aeroportos que foram declarados pela ANAC como aeroportos de interesse, cujo processo de coordenação e alocação de horários é realizado pelo próprio operador do aeroporto. Atualmente são oito os aeroportos de interesse: Brasília \(BSB\), Confins \(CNF\), Florianópolis \(FLN\), Fortaleza \(FOR\), Galeão \(GIG\), Porto Alegre \(POA\), Salvador \(SSA\) e Viracopos \(VCP\).](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2014/resolucao-no-338-de-22-07-2014-1#:~:text=Ementa%3A,sobre%20os%20aerportos%20de%20interesse.>”. Acesso em 23.11.2020.</p></div><div data-bbox=)

A necessidade de criar, alocar e gerir *slots* se deu a partir da lacuna entre a demanda e a capacidade aeroportuária, além da improvável expansão da maioria dos aeroportos coordenados.⁷³ A alocação e gestão de *slots*, nesse sentido, configura-se como medida de administração de congestionamento de aeroportos que possuem alta demanda. Especificamente no Brasil, o processo de alocação de *slots* é coordenado pela ANAC, conforme procedimento definido pelo art. 11 da Resolução ANAC 338/2014, regido pelos princípios da transparência, não-discriminação, imparcialidade e utilização eficiente da capacidade aeroportuária declarada.⁷⁴ Regulação e concorrência, nesse sentido, convergem para o mesmo caminho.

Do ponto de vista concorrencial, a alocação de *slots* é extremamente sensível, na medida em que sua distribuição inadequada pode levar à

- (i) facilitação de acesso a infraestrutura aeroportuária a determinadas empresas aéreas, em detrimento de possíveis concorrentes; (ii) possíveis dificuldades de acesso a *slots* por novas empresas em aeroportos já operados por empresas já consolidadas no mercado; (iii) possíveis limitações capacidade para pousos e decolagens em horários de pico (de maior interesse na operação inicial de entrantes); e (iv) restrições de espaço físico para a instalação de novas estruturas de *check-in*, despacho de bagagens, tratamento e armazenagem de cargas por parte de novas empresas.⁷⁵

Por essa razão, o CADE tem aplicado remédios estruturais relacionados à transferência de *slots* para mitigar o arrefecimento da competição em determinadas rotas afetadas por atos de concentração. Nesse sentido, no AC 08012.009497/2010-84 (LAN-TAM), o CADE determinou a permuta de *slots* e de infraestrutura aeroportuária conexa (*gates*, etc.) no Aeroporto de Guarulhos por parte da TAM, para que cedesse a empresas interessadas a operação da rota direta entre

⁷³ Sobre este ponto, é relevante destacar que a recente onda de privatizações e concessões de aeroportos no Brasil têm sido alegadas como causa de eliminação de barreiras à entrada referentes à limitação da capacidade aeroportuária. Nesse sentido, ver o Formulário de Notificação do AC 08700.003258/2020-34 (Delta-Latam), p. 82.

⁷⁴ Sobre este ponto, o CNT (2015, p. 41) esclarece que a alocação de slots em um aeroporto brasileiro segue os padrões internacionais de respeito: à precedência histórica (*grandfather rights*), que afirma o direito de uma companhia aérea de manter seus slots previamente alocados; ao princípio de uso, conhecido como *use it or lose it*, que determina que a companhia aérea deve utilizar a proporção de 80,0% da frequência disponível do slot por 3 meses e não deixar de utilizá-lo por 30 dias consecutivos; e, por último, a preferência para serviços regulares, com a finalidade de garantir a maior frequência possível do serviço.

⁷⁵ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 51. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

Guarulhos e Santiago do Chile, por um período de 3 anos. Além disso, a permuta não poderia ser não remunerada, havia previsão de operação mínima dos *slots* permutados (que, se descumprida, deveria levar à outra permuta) e as empresas interessadas não poderiam possuir vínculo societários com as cedentes.⁷⁶⁻⁷⁷

Também destaca-se o AC 08700.004211/2016-10 (JBA entre TAM, Iberia e British), em que um dos remédios aplicados para mitigar preocupações concorrenciais relativas à sobreposição horizontal de rotas foi a obrigação de que as empresas disponibilizassem, sem custo, para um potencial entrante no mercado, *slots* no aeroporto de London Heathrow ou London Gatwick, à escolha da empresa interessada, pelo prazo de 10 anos, para uso em voos diários sem escala partindo do aeroporto de Guarulhos em São Paulo.⁷⁸⁻⁷⁹

Já no que diz respeito a barreiras à entrada ligadas a alianças aéreas, a OCDE aponta que

Demasiada ênfase na sobreposição entre rotas pode ignorar os efeitos deletérios que as alianças podem ter em outras rotas da mesma rede. Os efeitos de rede podem, nesse sentido, criar incentivos para reduzir voos, redirecionar rotas ou até mesmo aumentar o preço mesmo em rotas não sobrepostas.⁸⁰

Além das discussões sobre barreiras à entrada, algumas condições de rivalidade observadas no mercado podem alterar a capacidade de concorrentes (existentes ou potenciais) contestarem eventuais abusos de posição dominante, aumentando ou diminuindo a probabilidade de exercício do poder de mercado. Nesse sentido, aspectos como preferências dos passageiros⁸¹, capacidade

⁷⁶ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.009497/2010-84**. Requerentes: Tam S.A e Latam Airlines S.A. Julgado em 14 nov. 2011. Aprovado com restrições.

⁷⁷ É importante observar que, no âmbito deste AC, o CADE observou que foram cumpridas as determinações referentes à permuta de *slots*, por meio do Parecer Jurídico nº 64/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU (SEI 0089432). Não foi possível encontrar, contudo, estudos comprovando a efetividade concorrencial das medidas impostas.

⁷⁸ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08700.004211/2016-10**. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. e British Airways Plc. Julgado em 14 mar. 2017. Aprovado com restrições.

⁷⁹ Apesar de ser considerado o *leading case* no que tange à imposição de remédios para JBAs com neutralidade de metal no setor aéreo, a operação não chegou a ser implementada, em razão de decisão da Suprema Corte do Chile que vetou a operação. Logo, também não foi possível encontrar estudos que avaliaram os resultados dos remédios impostos pelo CADE.

⁸⁰ OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 26. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)>. Acesso em 23/11/2020.

⁸¹ Segundo o CNT (2015), passageiros com perfil turismo são mais sensíveis a aumentos de preço, podendo inclusive optar por rotas indiretas para chegar até seus destinos. Já passageiros com perfil negócio, o comportamento é oposto,

ociosa⁸², acordos de *open skies*⁸³ e tendências de privatização de aeroportos⁸⁴ também têm sido avaliados enquanto termômetro de rivalidade nos mercados.

Apesar das complexidades envolvendo regulação, acesso à infraestrutura e condições de rivalidade ora identificadas,

a avaliação quanto à probabilidade de exercício do poder de mercado tem sido efetivada, no Brasil, em termos da análise quantitativa, sobretudo, de índices – em especial o HHI –, sendo tal ação crucial para a aprovação de atos de concentração [alianças aéreas] ou mesmo para o arquivamento ou não de processos de apuração de condutas.⁸⁵

Outro aspecto concorrencial relevante na análise de alianças aéreas diz respeito a eficiências. Segundo a OCDE, a principal controvérsia em torno das alianças aéreas gira em torno de sua capacidade de efetivamente proporcionar eficiências e aumentar o bem-estar dos consumidores.⁸⁶ Ademais, no Brasil, é necessário que as eficiências sejam prováveis e verificáveis, além de decorrerem especificamente da aliança – ou seja, cuja magnitude e ocorrência possam ser

no sentido de que há menos flexibilidade de horários/rotas e, por consequência, menor elasticidade-preço da demanda. No que tange à rivalidade, quanto mais passageiros com perfil turismo, maior deve ser a rivalidade das rotas.

⁸² A presença de capacidade ociosa indica possibilidade de absorção de demanda no caso de abuso de posição dominante. No caso do mercado de transporte aéreo de passageiros, a capacidade ociosa é extraída do *load factor* (cf. nota de rodapé 52), e indica que, quanto mais capacidade ociosa, maior deve ser a rivalidade, salvo na existência de barreiras à entrada e à expansão da oferta (como acesso à infraestrutura aeroportuária).

⁸³ Segundo a Organização da Aviação Civil Internacional (2004, p. 33), acordos de *open skies* são um tipo de acordo que, embora não definidos de maneira uniforme, criam um regime regulatório que se baseia principalmente na promoção de concorrência entre mercados internacionais de serviços aéreos, reduzindo a ingerência da gestão governamental sobre direitos de voo, capacidade e preços, ao mesmo tempo em que preveem salvaguardas para manter a regulamentação mínima necessária para atingir as metas dos acordos.

⁸⁴ Segundo a ANAC, a concessão de aeroportos tem como objetivo atrair investimentos para ampliar, aperfeiçoar a infraestrutura aeroportuária brasileira e, conseqüentemente, promover melhorias no atendimento aos usuários do transporte aéreo no Brasil. Os níveis de qualidade dos serviços determinados para esses aeroportos, baseados em padrões internacionais, estão previstos nos contratos de concessão, que são geridos e fiscalizados pela ANAC.

⁸⁵ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 70. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁸⁶ No Brasil, o CADE (2017, p. 71-72) aponta que as discussões sobre eficiências produzidas nas operações de concentração de mercado giram em torno de (i) possíveis melhorias resultantes da junção de malhas aéreas, da eliminação de ineficiências e da ampliação das possibilidades de oferta de rotas entre empresas fusionadas – com eliminação de ineficiências estruturais (como dupla-margem); (ii) possível ampliação da praticidade na reserva e compra de bilhetes aéreos mediante uso de soluções tecnológicas capazes de facilitar o acesso a informações e a consultas de horários, preços e condições de compra; e (iii) possível redução de preços pós estabelecimento de acordos operacionais e *metal alliances*, além da integração entre programas de passageiros frequentes.

verificadas e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam comprovadas.⁸⁷

Nesse sentido, não há convicção acerca das eficiências geradas por alianças aéreas, especialmente no que tange a promessas de redução de preço pós estabelecimento de acordos com neutralidade de metal.⁸⁸ Além disso, em operações que implicam fortes sobreposições horizontais, “os potenciais danos à concorrência devem ser olhados com mais atenção e o repasse das eficiências deve ser avaliado de forma mais rigorosa.”⁸⁹ Há, portanto, uma evidente elevação no padrão de análise dos casos em que haja sobreposição de rotas, justamente por acarretarem, intrinsecamente, na redução da competição em tais rotas.

Por fim, no que diz respeito aos remédios antitruste aplicáveis a alianças aéreas, tem-se que consistem, em grande parte, em remédios semelhantes aos de fusões e aquisições, com foco em remédios estruturais, tais como desinvestimento de *slots*⁹⁰. Remédios comportamentais também já foram impostos pelo CADE, incluindo limitação de cláusulas de não-concorrência aos mercados específicos da operação⁹¹; obrigação de utilização eficiente de *slots*⁹²; obrigação de assinatura de *interlining*⁹³; e encerramento de *codeshare* entre uma das empresas requerentes e uma empresa concorrentes⁹⁴.

Várias jurisdições ainda têm adotado remédio antitruste específico para as alianças, que exigem que as empresas aéreas participantes excluam determinadas rotas do escopo da aliança, sobretudo rotas *hub-to-hub* ou rotas sobrepostas nas quais as partes desfrutariam de poder de mercado. Ao contrário dos remédios de desinvestimento, que implicam a transferência de ativos

⁸⁷ BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 45. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁸⁸ BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 72. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁸⁹ Item 19 do voto do Cons. João Paulo Resende no AC 08700.004211/2016-10 (SEI 0313066).

⁹⁰ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.009497/2010-84**. Requerentes: Tam S.A e Latam Airlines S.A. Julgado em 14 nov. 2011. Aprovado com restrições.

⁹¹ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.003267/2007-14**. Requerentes: GTI S.A e VRG Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 26 nov. 2008 (embargos de declaração). Aprovado com restrições.

⁹² BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.008378/2011-95**. Requerentes: VRG Linhas Aéreas S.A. Webjet Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 10 out. 2012. Aprovado com restrições.

⁹³ BRASIL. CADE. AC 08012.009497/2010-84 (Lan-Tam), op. cit.

⁹⁴ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08700.004155/2012-81**. Requerentes: Azul S.A. e Trip Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 06 fev. 2013. Aprovado com restrições.

para um terceiro concorrente, as rotas excluídas permaneceriam nas mãos das empresas aéreas membros; elas apenas estariam impedidas de cooperar ou integrar suas atividades nessas rotas.⁹⁵

Portanto, a perspectiva geral da análise concorrencial de alianças aéreas apresentada por este capítulo revelou a difícil tarefa de determinar e ponderar os respectivos riscos concorrenciais com potenciais eficiências. Embora as autoridades de concorrência tenham à sua disposição uma ampla gama de remédios, dentre os quais as alienações de *slots* e alinhamento de incentivos comerciais, a adequação e eficácia desses remédios também são questionadas.⁹⁶

Além disso, foi evidenciado que a abordagem tradicional do CADE em condições relativamente estáveis de mercado tem-se efetivado em termos quantitativos, pela análise de índices, sobretudo HHI, para definição de impactos competitivos. Em alguns *hard cases*, o CADE demonstrou preocupações relacionadas a alocação de *slots* e alinhamento de incentivos dos agentes de mercado, endereçando as questões mediante imposição de remédios estruturais e comportamentais, além de ter destacado a dificuldade de mensurar e repassar eficiências da operação aos consumidores.

Diante desse amplo contexto, acrescenta-se à equação o choque econômico causado pela Covid-19, que afetou substancialmente o setor aéreo. Ou seja, não bastasse as complexidades da análise ora evidenciadas, a pandemia de Covid-19 fez reaparecer a discussão sobre a necessidade de uma flexibilização temporária do *enforcement* concorrencial no setor aéreo, especialmente no que tange a propostas de cooperação entre concorrentes para enfrentamento dos efeitos econômicos da recessão. Diante disso, propõe-se a seguinte questão: é possível/necessário adequar a abordagem concorrencial tradicionalmente aplicada à alianças aéreas diante dos desafios trazidos pelo cenário pandêmico?

Para avaliar essa problemática, é fundamental delimitar as variáveis econômicas efetivamente impactadas pela crise de Covid-19, para avaliar se, diante dos potenciais custos e benefícios das alianças aéreas, tal forma de cooperação se mostra adequada para auxiliar as empresas a superarem o período de recessão econômica. Além disso, também se faz necessário avaliar, ainda que brevemente, como as outras jurisdições têm se posicionado frente aos desafios

⁹⁵ OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 26. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)>. Acesso em 23/11/2020.

⁹⁶ Ibid.

do setor aéreo em face da pandemia, de modo a verificar em que medida a postura até então adotada pelo CADE destoa do quadro internacional. É o que se passa a analisar no tópico seguinte.

II. DESAFIOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA COVID-19 NO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS

A crise da Covid-19 é o tipo de choque cujas soluções de mercado e efeitos econômicos delas decorrentes aumentam o risco de as empresas enfrentarem escrutínio antitruste durante os anos que o seguem. A título ilustrativo, convém recordar que empresas em todo o mundo ainda estão se defendendo da investida de ações antitruste que se seguiram logo após a Grande Recessão de 2008, em que as empresas tiveram que mudar as estratégias comerciais a fim de responder a uma economia em transformação, por exemplo, reduzindo a produção para responder efetivamente à diminuição das condições de demanda. É provável que com a Covid-19 não seja diferente. As empresas de inúmeras indústrias, sobretudo do setor aéreo, foram obrigadas a modificar seus negócios e suas estratégias enquanto navegam pelos efeitos econômicos da atual pandemia.⁹⁷

Como se sabe, a política de combate a cartéis e ao abuso de posição dominante é de grande importância para a defesa da concorrência em qualquer setor da economia e no setor aéreo não é diferente. Nesse sentido, a pandemia de Covid-19 não pode ser, por si, uma excludente dessa importante política pública. As exceções devem ser avaliadas de forma restritiva e justificadas de forma a deixarem clara as vantagens concorrenciais de médio e longo prazos. Evidentemente, as atividades de aplicação da lei até podem ser afetadas durante os *lockdowns*, mas cabe às autoridades esclarecer que isto não deve impedi-las de manter uma postura firme durante o período de emergência. O anúncio público de maior vigilância pode, por si só, ser um poderoso dissuasor de práticas anticompetitivas.⁹⁸

Ao mesmo tempo, tem sido discutida a possibilidade de uma isenção pontual de regras concorrenciais para permitir uma coordenação temporária de rotas e horários. A emergência de saúde pública não deve levar à isenção das empresas em relação às obrigações relativas ao direito

⁹⁷ RANA & Co, S.S.. **COVID-19 and New Exemptions Under the Antitrust Laws - A Global Review**, 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://iclg.com/briefing/13286-covid-19-and-new-exemptions-under-the-antitrust-laws-a-global-review>>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁹⁸ CPI. Competition Policy International. **Up in the Air: Airlines and Competition Policy in Times of COVID-19**, 28 jul. 2020. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/up-in-the-air-airlines-and-competition-policy-in-times-of-covid-19/#_ednref17>. Acesso em 20 nov. 2020.

da concorrência. Não obstante, assegurar o fornecimento contínuo de bens críticos pode exigir coordenação entre companhias aéreas que, de outra forma, estariam sujeitas a um rigoroso exame antitruste. Além disso, as empresas aéreas de passageiros também podem precisar, em circunstâncias limitadas, coordenar rotas ou horários para garantir a prestação mínima de serviços essenciais, tendo em vista o alto custo operacional e a baixa demanda.

Nesse sentido, o monitoramento de mercado feito mensalmente pela IATA fornece uma dimensão do impacto da pandemia na demanda pelo serviço de transporte aéreo de passageiros. A receita de passageiros-quilômetros (RPKs) da indústria diminuiu 72,8% em setembro, uma pequena melhoria em relação à queda de 75,2% em agosto. Especificamente no Brasil, os dados da IATA apontam uma queda no RPK de 55,3%, em relação ao mesmo período do ano passado.⁹⁹

Do lado da oferta, tem-se que a capacidade de adaptação por parte das empresas aéreas é extremamente limitada no curto prazo. Nesse sentido, conforme aponta o CNT,

As companhias aéreas criam seus itinerários com no mínimo seis meses de antecedência, e aceitam reservas mais de um ano antes, então elas devem aceitar seus itinerários ou enfrentar taxas de reacomodação. Custos fixos, como investimentos em infraestrutura em aeroportos hub, arrendamento de aeronaves, e contratos trabalhistas tem de ser pagos independentemente do itinerário, tornando impraticável para as companhias aéreas reduzir ou ampliar a capacidade a curto prazo.¹⁰⁰

Ou seja, a queda na demanda representou a paralisação na receita das empresas que, somada à constante contabilização de custos fixos e dificuldade de adaptação da oferta no curto prazo, gerou uma crise de liquidez na maior parte dos agentes de mercado. Por essa razão, tem-se observado uma movimentação do setor aéreo no sentido de racionalizar operações mediante alianças aéreas, principalmente via acordos de *codeshare*¹⁰¹, *joint venture* com neutralidade de

⁹⁹ IATA. International Air Transport Association. **Air Passenger Market Analysis**, set. 2020. Disponível em: <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/air-passenger-monthly-analysis---september-2020/>. Acesso em 20 nov. 2020.

¹⁰⁰ CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, p. 15, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>. Acesso em 23 nov. 2020.

¹⁰¹ Nesse sentido, de acordo com informações publicamente disponíveis, foram identificados 4 acordos *codeshare* celebrados no segundo semestre de 2020: (i) Azul-Latam; (ii) Gol-Avianca; (iii) Gol-Alitalia; e (iv) Latam Brasil-Latam Colômbia.

metal¹⁰² e uma proposta de aquisição da Transat pela Air Canada, envolvendo rotas entre a Europa e o Canadá.¹⁰³

Especificamente no mercado brasileiro, logo no início da pandemia, foi veiculada a notícia de que o CADE vetou uma proposta das companhias aéreas para criar um “cartel de crise”, que estaria sendo negociado juntamente com o poder público.¹⁰⁴ Pouco tempo depois, foi noticiada a criação da “malha aérea essencial”, ação conjunta do Ministério da Infraestrutura, CADE e ANAC para a manutenção de um serviço aéreo mínimo para atender a população¹⁰⁵. Algumas medidas de cunho regulatório com implicações concorrenciais também foram tomadas pela ANAC, como o anúncio da suspensão da regra *use-it-or-lose-it* referente à operação mínima de *slots*.¹⁰⁶

No caso do CADE, a autoridade tem se posicionado publicamente no sentido de estar atenta aos desafios econômicos trazidos pela pandemia e seus reflexos no ambiente concorrencial.¹⁰⁷ Especificamente sobre a cooperação temporária entre concorrentes para enfrentar a recessão econômica trazida pela pandemia, o CADE aprovou acordo de cooperação transitória no setor de varejo (Movimento Nós), que tem sido considerado o *leading case* para apreciação de novas propostas de cooperação entre concorrentes durante o período pandêmico, ressalvadas, evidentemente, as particularidades de cada setor.¹⁰⁸

A título comparativo, diversas jurisdições internacionais também têm se posicionado frente aos desafios econômicos trazidos pela pandemia. De acordo com levantamento preparado pelo

¹⁰² Proposta de *joint venture* entre Delta e Latam. Apesar das partes alegarem que a JV faz parte de um contexto maior de reestruturação comercial cuja aprovação pelo CADE independeria da Covid-19, percebe-se que a maior parte das discussões no âmbito deste caso diz respeito aos efeitos da pandemia no setor aéreo.

¹⁰³ **Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Transat by Air Canada.** Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_934. Acesso em: 23 dez. 2020.

¹⁰⁴ Sem aval do Cade, companhias aéreas desistem de compartilhar voos e venda de bilhetes. **Valor Econômico**, 13 mai. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/sem-aval-do-cade-companhias-aereas-desistem-de-compartilhar-voos-venda-de-bilhetes-24422263>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁰⁵ Malha aérea durante crise atenderá capitais e outras 19 cidades. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/03/27/malha-aerea-durante-crise-atendera-capitais-e-outras-19-cidades.ghtml>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁰⁶ **Flexibilização da regra de uso de slots é estendida para próxima temporada de coordenação**, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/flexibilizacao-da-regra-de-uso-de-slots-e-estendida-para-proxima-temporada-de-coordenacao>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁰⁷ Nesse sentido, ver **webinar Cooperação entre concorrentes, mudanças legislativas e o papel do CADE em tempos de crise**, realizado em 29.05.2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KCwVZuRIJXo&feature=youtu.be>.

¹⁰⁸ Em linhas gerais, a nota aponta que as estratégias que envolvam colaboração entre empresas devem ter escopo delimitado para tratar de um problema específico decorrente da crise, com a demonstração de que os resultados esperados não poderiam ser alcançados sem a colaboração. As estratégias devem delimitar a duração e o território ao estritamente necessário para que os resultados sejam alcançados.

escritório de advocacia Latham & Watkins LLP,¹⁰⁹ ao menos 40 jurisdições no mundo todo emitiram orientações a respeito da política concorrencial durante o período pandêmico. Dentre essas jurisdições, apenas 5 manifestaram-se especificamente sobre o mercado de transporte aéreo (Austrália¹¹⁰, Reino Unido¹¹¹ e Noruega¹¹², além do Brasil).

Outros países, apesar de não terem concedido isenções antitruste específicas ao setor aéreo, deixaram tal possibilidade em aberto. Por exemplo, a Comissão de Concorrência da Índia deixou em aberto a possibilidade de conceder isenções à coordenação entre concorrentes em infraestrutura e logística de transporte, se necessárias e proporcionais para atender às preocupações decorrentes da COVID-19.¹¹³ No Peru, a Agência de Concorrência (INDECOPI) declarou especificamente que os acordos em setores essenciais, como o transporte, podem ser isentos sempre que forem necessários para garantir o fornecimento ao maior número possível de regiões e pessoas.¹¹⁴

¹⁰⁹ Latham & Watkins LLP. **Impact of Covid-19: new exemptions under antitrust law**. 24 nov. 2020. Disponível em: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/covid-19-impact-new-exemptions-under-antitrust-law>.

¹¹⁰ A Comissão Australiana de Concorrência e Consumo (ACCC) publicou, em setembro de 2020, um *report* sobre as condições competitivas do mercado de transporte aéreo de passageiros na Austrália. Segundo o documento, a ACCC tem adotado uma abordagem conservadora, no sentido de A ACCC utilizar o monitoramento e a elaboração de relatórios para aferir a advocacia da concorrência durante a Covid-19 e potencialmente iniciar ações repressivas para proteger a concorrência no setor. Para tanto, a autoridade tem coletado dados da Qantas, Virgin e Rex, que são os principais *players* fornecedores de serviços aéreos de transporte de passageiros no país. A ACCC espera, a partir dos dados coletados mensalmente, construir uma série temporal de capacidade (em termos de ASK), utilização (em termos de *load factor*) e receitas (em termos de RPK) para embasar tanto a análise da ACCC quanto os relatórios públicos do governo. O *report* está disponível em: https://www.accc.gov.au/system/files/20-29RPT_Airline%20competition%20inquiry_FA.pdf. Acesso em 23 nov. 2020.

¹¹¹ **CMA acts to protect competition on UK-US airline routes**, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/cma-acts-to-protect-competition-on-uk-us-airline-routes>. Acesso em 23 nov. 2020. Além disso, a operação Transat/Aircanada tem tido como foco das discussões o impacto da crise de Covid-19 nas empresas aéreas e nas condições competitivas do setor. Não obstante, até o momento da elaboração deste artigo, a Comissão Europeia não finalizou a análise do caso, tampouco disponibilizou publicamente documentos da análise conduzida até o momento. Portanto, não foi possível extrair o posicionamento da Comissão frente aos desafios da Covid-19 no setor aéreo.

¹¹² A Autoridade Norueguesa de Concorrência concedeu uma isenção de três meses à SAS e à Norwegian Airlines, permitindo-lhes coordenar rotas e horários a fim de manter serviços mínimos de transporte para cidadãos e cargas. Também emitiu uma regulamentação mais ampla concedendo uma isenção limitada, mas amplamente redigida, da Lei de Concorrência para acordos no setor de transportes necessários para garantir a manutenção de funções socialmente críticas em conexão com a pandemia. Não obstante, a isenção “não deve ir além do necessário e deve ser tal que garanta a maior utilização possível dos recursos e a considere os interesses dos consumidores. A Autoridade Norueguesa de Concorrência deve ser notificada se a exceção for utilizada.” Disponível em: <https://svw.no/en/insights/the-transport-sector-is-exempted-from-norwegian-equivalent-to-article-101-tfeu-crisis-cartels-in-the-wake-of-the-covid-19-pandemic>. Acesso em 23 nov. 2020.

¹¹³ CGI. Competition Commission of India. **Advisory to Businesses in Time of COVID-19**, 19 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cci.gov.in/node/5088>. Acesso em 23 nov. 2020.

¹¹⁴ INDECOPI. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. **El indecopi precisa que acuerdos de colaboración para asegurar abastecimiento de productos durante emergencia son lícitos de acuerdo a la ley de libre competencia**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.indecopi.gob.pe/el-indecopi-precisa-que-los-acuerdos-de-colaboracion-para-asegurar-el-abastecimiento-de-productos-y-enfrentar-la-emergencia-del-covid-19-son-licitos-d>. Acesso em 23 nov. 2020.

Conclui-se, portanto, que a crise econômica de Covid-19 representa um problema sobretudo na demanda por serviços aéreos, enquanto componentes de custo e condições de oferta foram afetados indiretamente, justamente em razão da retração na demanda. Além disso, o CADE tem manifestado postura conservadora desde o início do surto, no sentido de que permaneceria vigilante em relação a práticas e operações anticompetitivas, o que tem sido uma tendência das autoridades antitruste em todo o mundo (salvo em casos extremamente pontuais).

Diante desse contexto, e considerando-se que os acordos de *codeshare* identificados não atraem, a princípio, a jurisdição do CADE,¹¹⁵ a análise sobre em que medida a abordagem tradicional do CADE se curvou aos desafios da pandemia será feita à luz do estudo de caso do AC Delta-Latam.¹¹⁶

III. REVISÃO DO AC DELTA-LATAM

III.i A operação segundo as Partes

De acordo com o formulário de notificação do AC¹¹⁷, trata-se de proposta de *joint venture agreement* (JVA) com neutralidade de metal entre a Delta e a Latam (as Partes), envolvendo seus serviços de transporte aéreo e de cargas entre Estados Unidos e Canadá, de um lado, e Brasil, Chile, Colômbia, Paraguai, Peru e Uruguai do outro. As Partes indicam que o presente JVA é o segundo passo para o estabelecimento de uma aliança estratégica entre as empresas, cujo primeiro passo foi dado na aquisição, pela Delta, de 20% das ações emitidas pela Latam, aprovada pelo CADE em 19 de março de 2020.¹¹⁸

Com relação à racionalidade econômica da operação, as partes alegam a parceria irá (i) aprimorar significativamente a habilidade das empresas competirem efetivamente nas rotas entre os Estados Unidos e América do Sul, complementando as lacunas existentes na rede das empresas; (ii) estabelecer e maximizar os benefícios aos consumidores por meio de parceiras internacionais na forma de *joint ventures* – de modo a aumentar a competição em relação a concorrentes mais relevantes para os consumidores sul-americanos (iii) aprimorar a habilidade das empresas

¹¹⁵ Cf. nota de rodapé 65.

¹¹⁶ Apesar das Requerentes alegarem que o AC faz parte de um conjunto anterior e independente de aquisições, as discussões no âmbito deste AC têm sido preponderantemente acerca dos desafios da Covid-19 no setor aéreo.

¹¹⁷ SEI 0779609.

¹¹⁸ Cf. Ato de concentração nº 08700.006045/2019-21.

acessarem *hubs* e portões de entrada em São Paulo, Santiago, Lima e Bogotá; e (iv) permitirá uma expansão significativa das operações em Miami, oferecendo uma concorrência mais direta à American Airlines neste importante portão de entrada para voos oriundos da América do Sul – o qual alega ser dominado pela American Airlines há anos; além de (v) gerar uma infinidade de sinergias por meio da parceria, incluindo melhores práticas de compartilhamento de lucro, otimização de frota, redução de custos em serviços em solo e custos de manutenção, compras conjuntas, vendas conjuntas e *redesign* de seus sistemas de TI.

As Partes adotaram a abordagem O&D tradicional para definir o mercado relevante, alegando que a análise deveria focar na sobreposição da rota GRU-JFK como o mercado relevante afetado pela presente Operação. Além disso, apresentaram rotas em que há sobreposição horizontal direta/indireta, considerando aquelas em que pelo menos uma das Partes opera voos diretos e a outra opera um voo indireto que adicione até 5 (cinco) horas em relação ao voo direto¹¹⁹, alegando que essa dinâmica evidencia a complementaridade entre as redes/rotas.

No que tange à possibilidade e probabilidade de exercício de poder de mercado nas rotas com sobreposição, as Partes alegam que, apesar dos altos índices HHI observados, os aeroportos envolvidos possuem baixas barreiras à entrada, devido à onda de privatização de aeroportos e ao acordo *open skies* recentemente promulgado em junho de 2018 entre Brasil e Estados Unidos; e altos níveis de rivalidade, sobretudo em razão do perfil turismo atendido pelas rotas e da observação de entradas recentes.

Por fim, as Partes destacam o impacto adverso que a Covid-19 tem causado no mercado de transporte aéreo de passageiros, alegando que é muito difícil prever, neste momento, os impactos exatos da pandemia na indústria aérea e como o setor se recuperará desse cenário negativo, razão pela qual a criação da Aliança Estratégica seria ainda mais relevante neste momento, pois ajudaria as duas empresas a superar essa crise da melhor maneira possível, requerendo a aprovação sem restrições da operação

III.ii Recomendação de aprovação pela Superintendência-Geral do CADE (SG)¹²⁰

A SG ponderou que, em todos os mercados relevantes considerados, as Requerentes permaneceram, em conjunto, detentoras de participações de mercado significativas – acima de 20%

¹¹⁹ MIA-GRU, MCO-GRU, JFK-GIG e BOS-GRU.

¹²⁰ Parecer N° 14/CGAA4/SGA1/SG/CADE.

para todos os mercados relevantes de transporte de passageiros. Além disso, as concentrações medidas pelo índice HHI foram todas superiores a 2.000 pontos e as variações do HHI foram igualmente elevadas, sempre superiores ao patamar de 100 pontos, o que ensejou aprofundamento da análise em todos os pontos O&D.

Na análise de probabilidade de exercício de poder de mercado, a SG avaliou, quanto à entrada, que há restrições de infraestrutura e regulatórias nas rotas afetadas pela operação, porém tais barreiras não se mostraram intransponíveis. Neste ponto, a SG considerou que foram observadas entradas recentes nas rotas, por mais que GRU e JFK sejam classificados como aeroportos nível 3 (em que haveria restrições de *slots*), além de que dados da Anac demonstraram haver *slots* disponíveis em GRU e que EWR, aeroporto de nível 2 (sem restrição de *slots*), seria substituto viável do JFK. Outro ponto valorado positivamente foi o recente acordo de *open skies* celebrado entre Brasil e Estados Unidos, que também mitigaria as preocupações concorrenciais. Por fim, avaliou que há muita incerteza em relação ao futuro do setor aéreo com o impacto da pandemia do Covid-19, fator que dificulta a previsão de entrada de futuras empresas nesse mercado.

Quanto à existência de rivalidade, a SG avaliou o impacto da pandemia nas rotas entre Brasil e Estados Unidos e que, somado à incerteza quanto ao futuro, reforçaria a ausência de probabilidade de exercício de poder de mercado em rotas entre Brasil e Estados Unidos em decorrência da Operação. Além disso, as rotas com sobreposição atenderiam preponderantemente clientes de perfil turismo, o que enseja maior substituíbilidade entre voos diretos e indiretos, aumentando a pressão competitiva que as rotas enfrentam.

Conclui, portanto, que condições de entrada e rivalidade, aliadas à atual conjuntura do setor, indicam ausência de probabilidade de exercícios de poder no mercado de transporte aéreo de passageiros, recomendando a aprovação sem restrições do AC.

III.iii Avocação pelo Tribunal Administrativo do CADE¹²¹

A despeito das conclusões da SG, a Conselheira Lenisa Prado requereu, em 5/10/2020, a avocação do ato de concentração, sob fundamento de que, ainda que a crise no setor aéreo causada pela Pandemia do Covid-19 gere impacto significativo no mercado e que o histórico do setor aéreo

¹²¹ Despacho Decisório nº 24/2020/GAB1/CADE (SEI 0813447).

no Século XXI aponte para retomadas geralmente lentas, tudo indica para que o fim da pandemia permitirá o restabelecimento do setor.

Logo, sugeriu que deve haver um certo cuidado na aprovação de um contrato de longo prazo, principalmente levando em conta que este tem efeitos estruturais sobre o setor envolvido, remetendo aos direcionamentos da Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de Covid-19 de que caso a solução seja perene e estrutural, os impactos concorrenciais desta solução devem ser considerados também para um cenário de funcionamento normal do mercado, sob pena de se criar estruturas pouco competitivas que favorecerão o abuso de poder econômico quando o mundo finalmente puder retornar às condições normais de deslocamento.

Especificamente sobre a análise conduzida pela SG, a Conselheira apontou para os altos níveis HHI e Δ HHI identificados na grande maioria dos mercados relevantes afetados pela operação, existindo, inclusive, nexos de causalidade entre a concentração observada e a operação. Nesse sentido, indicou que o movimento de consolidação do setor aéreo via alianças tem levantado preocupações concorrenciais no mundo todo. Na presente operação, o impacto seria significativo no transporte aéreo de pessoas entre a América do Sul e os Estados Unidos, o que considera relevante para que o Tribunal aprofunde a análise e tenha mais elementos para aprovar o ato de concentração.

A Conselheira também remeteu ao JBA entre Latam, IAG e British (AC 08700.004211/2016-10), operação que considera análoga ao AC Delta-Latam, em que foram analisados pontos aparentemente inexplorados pela SG:

- (i) ainda que se considere a existência de *slots* em Guarulhos, não há informações sobre a existência de slots nos aeroportos do Galeão, nos EUA e no México; (ii) não houve aprofundamento sobre a escala mínima viável para eventuais novos entrantes, nem sobre a suficiência e tempestividade da entrada; (iii) quanto à restrição regulatória, o Decreto nº 9423 de 2018 designa como “Empresa aérea de uma Parte”, e portanto beneficiária do Acordo, a “empresa aérea que detenha um Certificado de Operador Aéreo (AOC) emitido por aquela Parte e tenha sua matriz no território daquela Parte”. Como se vê, tal definição impede que se considere como possíveis entrantes empresas que não possuam o Certificado referido e nem a sua matriz no Brasil ou nos EUA. Não está claro, portanto, quais as empresas, possíveis entrantes, que estariam abarcadas pelo Decreto nº 9423 de 2018; (iv) com relação à rivalidade, não há esclarecimento sobre se os rivais existentes operam voos diretos ou indiretos, frequência dos voos, se

possuem capacidade para absorver a demanda, ou mesmo se poderiam aumentar a capacidade, em caso de eventuais aumentos de preços.

No mesmo sentido, lembrou que o AC Latam-IAG-British foi aprovado mediante celebração de acordo em controle de concentrações, que envolveu remédios relacionados à cessão de *slots* em aeroportos congestionados, além de remédios comportamentais referentes à formalização de acordos *interlining* com potenciais entrantes e manutenção/expansão das condições comerciais observadas antes da operação em rotas que apresentaram potenciais problemas concorrenciais.

Diante desses argumentos, requereu a avocação do AC para que o Tribunal aprofunde a análise nos pontos destacados, o que foi referendado em 9/10/2020.

IV. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O AC DELTA-LATAM

Até o momento da submissão deste artigo, o AC Delta-Latam não foi julgado pelo Tribunal do CADE. Se, por um lado, essa circunstância obsta uma conclusão definitiva acerca do posicionamento do CADE no setor aéreo frente os desafios da pandemia, por outro, permite uma reflexão sobre as perspectivas para o julgamento do mencionado AC.

Pode-se extrair, a princípio, que a Superintendência-Geral do CADE valorou as incertezas econômicas da Covid-19 de maneira favorável às requerentes Delta e Latam, indicando que as incertezas relacionadas à recuperação das empresas aéreas mitigariam a probabilidade de exercício de poder de mercado. Por outro lado, é evidente que o Tribunal do CADE adotou postura mais conservadora, na medida em que avocou o AC para ampliar algumas discussões não endereçadas pela SG, sobretudo no que tange a eventuais remédios estruturais e comportamentais aplicados em casos análogos, em que também foram identificados elevados níveis de concentração.

Diante disso, percebe-se que a avocação do AC pelo Tribunal do CADE representa a efetivação da postura vigilante do CADE anunciada no início da pandemia, no sentido de manter uma política antitruste firme durante o período pandêmico.

Isso porque, além de que não foram identificadas alterações muito radicais na postura das autoridades antitruste estrangeiras, salvo algumas exceções pontuais, os indícios econômicos analisados no AC Delta-Latam sugerem que a operação pode gerar efeitos anticompetitivos, o que de fato enseja análise mais aprofundada. Nesse sentido, pelo menos, tem sido a abordagem

tradicional do CADE em face do setor aéreo: elevados níveis de HHI e de Δ HHI funcionam, no mínimo, como filtros para aprofundar a análise de *hard cases*.

Nada obstante, é interessante observar que, em manifestação datada de 23/10/2020, as Partes buscaram dissociar a Operação do teste legal relacionado à cooperação entre concorrentes para enfrentamento da Covid-19. Nesse sentido, destaca-se a seguinte passagem:

A Operação não é uma reação à crise de COVID-19 - a primeira etapa do negócio, aprovada sem restrições em março de 2020, foi submetida à análise do CADE três meses antes do início da pandemia e, naquela oportunidade, as Partes já indicaram que a JV seria apresentada assim que seus termos fossem acordados. Assim, a crise de COVID-19 foi trazida pela SG tão somente como um pano de fundo do setor aéreo e uma questão factual que, na visão da SG, teve que ser estudada para atualizar a análise anterior. Nunca foi considerada a única razão para a aprovação, nem a Operação jamais foi considerada incapaz de ser aprovada por seus próprios méritos fora do contexto da pandemia

Ademais, as Partes também argumentam na manifestação de 23/10/2020 que o caso paradigma utilizado pela Conselheira Lenisa Prado para fundamentar o despacho de avocação (AC Latam-IAG-British) difere substancialmente do caso ora examinado, uma vez que aquele avaliou rotas entre Brasil e Europa, enquanto este diz respeito a Brasil e Estados Unidos. Sugerem, na verdade, que a comparação da presente operação deve ser feita com o AC 08700.003715/2017-95 (JBA entre Latam e American Airlines aprovado sem restrições em 2017). De fato, essa questão é extremamente importante, na medida em que as características específicas dos mercados relevantes (sobretudo presença de barreiras à entrada) podem ser definitivas para a análise concorrencial.

De qualquer forma, os efeitos da Covid-19 alteraram sobremaneira as estratégias e condições competitivas dos agentes de mercado, seja nas rotas entre Brasil-Europa, seja nas rotas Brasil-Estados Unidos. Logo, mesmo que se alegue que o AC Delta-Latam não é uma reação direta à Covid-19 e que as rotas com sobreposição já foram analisadas pelo CADE no âmbito do AC Latam-American Airlines, não se vislumbra hipótese em que a pandemia possa ser desconsiderada como fator de análise. O ponto central é que, a despeito da maneira genérica como foi considerada a pandemia pela SG, de fato parece prudente que seja feita uma melhor avaliação sobre os reais impactos da pandemia no setor aéreo. No que tange a esse ponto, como fundamentado pela Conselheira Lenisa Prado, os efeitos parecem estar sendo superados à medida que a demanda volta a apresentar sinais de crescimento.

Portanto, independentemente do caso paradigma a partir do qual a análise do AC Delta-Latam seja conduzida, parece ser indispensável uma avaliação cautelosa por parte do CADE no que tange aos efeitos da pandemia no setor aéreo. Ao se avaliar genericamente as incertezas da pandemia, corre-se o risco de aprovar um ato de concentração que aumente indevidamente o nível de concentração dos mercados (já bastante) concentrados, além de que iria contra a postura conservadora anunciada pelo CADE no início da pandemia.

Nesse sentido, a abordagem tradicional do CADE no transporte aéreo de passageiros tem revelado como necessário o aprofundamento das análises quando identificados elevados níveis de HHI e Δ HHI, assim como ocorre no AC Delta-Latam. A autoridade também possui uma gama de remédios que podem ser impostos para mitigar eventuais preocupações identificadas, sobretudo no que tange à diminuição de barreiras à entrada e alinhamento de incentivos pró-competição. Logo, uma vez que o mercado de transporte aéreo de passageiros está atravessando um período extremamente sensível em termos econômicos e concorrenciais, considera-se prudente que a análise do AC Delta-Latam seja aprofundada pelo Tribunal do CADE, especialmente no que tange aos efeitos econômicos da pandemia nas condições de entrada e rivalidade das rotas em que foram identificadas sobreposições.

O rigor dessa análise será fundamental para sinalizar, de maneira concreta, qual será a postura do CADE no que diz respeito aos desafios econômicos e jurídicos da pandemia para a política antitruste.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A defesa da concorrência é um dos pilares da economia de mercado adotada pelo Brasil. Além de ter alçada constitucional, a matéria também possui extensa fundamentação econômica que a legitima. Especificamente no que tange ao setor aéreo, percebe-se que o CADE tem adotado abordagem estrutural, em que análises sobre níveis de concentração de mercado, sobretudo HHI, têm sido determinantes para a avaliação da dinâmica concorrencial e para aprovação ou rejeição de atos de concentração.

Não obstante, a pandemia de Covid-19 trouxe uma série de desafios para a manutenção da qualidade da política antitruste diante de alterações nas condições de mercado e estratégias empresariais. Nesse sentido, a crise da Covid-19 é o tipo de choque econômico que aumenta o risco de as empresas enfrentarem escrutínio antitruste durante os anos que o seguem.

Jurisdições ao redor do mundo emitiram orientações para agentes de mercado que buscavam a cooperação externa para superarem os efeitos adversos da crise. Especificamente no caso brasileiro, o CADE tem se posicionado publicamente no sentido de estar atenta aos desafios econômicos trazidos pela pandemia e seus reflexos no ambiente concorrencial, e que não alteraria sua abordagem tradicional de maneira excessivamente permissiva.

Diante disso, buscou-se avaliar qual tem sido a postura do CADE diante dos desafios jurídicos e econômicos trazidos pela Covid-19, a partir do estudo de caso do setor aéreo – um dos mais afetados pela pandemia. O caso identificado foi o AC Delta-Latam, notificado ao CADE após a decretação da pandemia e no qual foi ponderada de maneira direta e explícita a questão da pandemia enquanto fator de análise dos efeitos concorrenciais da operação proposta.

A partir disso, conclui-se que a posição adotada pelo Tribunal do CADE de avocar o ato de concentração para aprofundar a análise, sobretudo no que diz respeito às questões de barreiras à entrada e infraestrutura aeroportuária, é coerente com a postura vigilante anunciada pelo CADE durante a pandemia. Em contrapartida, percebeu-se que a SG valorou de maneira genérica as incertezas da pandemia no setor aéreo, indicando que isso seria uma mitigação da probabilidade de exercício de poder de mercado de empresas dominantes.

Contudo, até o momento da submissão deste artigo, o AC Delta-Latam ainda não foi julgado pelo Tribunal do CADE. Se, por lado, essa circunstância obsta uma conclusão definitiva acerca do posicionamento do CADE no setor aéreo frente os desafios da pandemia, doutro, permite uma reflexão sobre as perspectivas para o julgamento do mencionado AC.

Portanto, a partir da abordagem tradicional identificada e com base nos argumentos ponderados no AC Delta-Latam, conclui-se que uma análise aprofundada do CADE é medida de prudência no que tange à manutenção de uma postura vigilante e firme frente aos desafios jurídicos e econômicos da pandemia no setor aéreo. Como perspectiva para o julgamento do mencionado AC, espera-se que sejam delimitadas as variáveis concorrenciais efetivamente afetadas pela pandemia, de modo que possam ser ponderadas com as eficiências alegadas por Delta e Latam.

REFERÊNCIAS

ADVOGADOS, Fenelon. **Art. 181 do CBA – Capital Estrangeiro**. Brasília, 20 nov. 2020. LinkedIn: fenelonadvogados. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6733353630763622400/>>.

ARAÚJO, Gabriel. GOL anuncia a retomada do acordo de codeshare com a Alitalia, **Economia IG**. 11 nov. 2020. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/columnas/contato-radar/2020-11-11/gol-anuncia-a-retomada-do-acordo-de-codeshare-com-a-alitalia.html>>.

Azul e Latam começam a operar 35 voos compartilhados. **Valor Econômico**. 12 ago. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/08/12/azul-e-latam-comecam-a-operar-35-voos-compartilhados.ghtml>>.

BRASIL. ANAC. Agência Nacional de Aviação Civil. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 338, de 22 de julho de 2014**. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2014/resolucao-no-338-de-22-07-2014-1#:~:text=Ementa%3A,sobre%20os%20aerportos%20de%20interesse.>>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 01 nov. 2011. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>.

BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: Ministério da Justiça, dez. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>.

BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>.

BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 45. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>.

BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília: Ministério da Justiça, out. 2018, p. 7. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view>.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08700.004155/2012-81**. Requerentes: Azul S.A. e Trip Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 06 fev. 2013. Aprovado com restrições.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.009497/2010-84**. Requerentes: Tam S.A e Latam Airlines S.A. Julgado em 14 nov. 2011. Aprovado com restrições.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08700.004211/2016-10**. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. e British Airways Plc. Julgado em 14 mar. 2017. Aprovado com restrições.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.003267/2007-14**. Requerentes: GTI S.A e VRG Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 26 nov. 2008 (embargos de declaração). Aprovado com restrições.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.008378/2011-95**. Requerentes: VRG Linhas Aéreas S.A. Webjet Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 10 out. 2012. Aprovado com restrições.

CGI. Competition Commission of India. **Advisory to Businesses in Time of COVID-19**, 19 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.cci.gov.in/node/5088>>.

CMA acts to protect competition on UK-US airline routes, 17 set. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/news/cma-acts-to-protect-competition-on-uk-us-airline-routes>>.

CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. **Economica**, n. 4, nov. 1937. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1506378>>.

Cooperação entre concorrentes, mudanças legislativas e o papel do CADE em tempos de crise, *webinar* realizado em 29.05.2020. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=KCwVZuRIJXo&feature=youtu.be>>.

CPI. **Competition Policy International. Up in the Air: Airlines and Competition Policy in Times of COVID-19**, 28 jul. 2020. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/up-in-the-air-airlines-and-competition-policy-in-times-of-covid-19/#_ednref17>.

EASTERBROOK, Frank H. *The limits of antitrust*. Texas Law Review, Volume 63, N. 1, Agosto de 1984.

Flexibilização da regra de uso de slots é estendida para próxima temporada de coordenação, Agência Nacional de Aviação Civil. 14 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2020/flexibilizacao-da-regra-de-uso-de-slots-e-estendida-para-proxima-temporada-de-coordenacao>>.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOL e Avianca estendem acordo de codeshare e aumentam benefícios para passageiros na Colômbia e no Brasil. Bogotá, 5 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.avianca.com/br/pt/sobre-nos/centro-de-noticias/noticias-da-avianca/parceria-gol-avianca/>>.

IATA. International Air Transport Association. **Air Passenger Market Analysis**, set. 2020. Disponível em: <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/air-passenger-monthly-analysis---september-2020/>.

INDECOPI. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. **El indecopi precisa que acuerdos de colaboración para asegurar abastecimiento de productos durante emergencia son lícitos de acuerdo a la ley de libre competencia**, 22 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.indecopi.gob.pe/-/el-indecopi-precisa-que-los-acuerdos-de-colaboracion-para-asegurar-el-abastecimiento-de-productos-y-enfrentar-la-emergencia-del-covid-19-son-licitos-d>>.

KLEVMO, Erik Martinius; LANGSETH, Jan Magne. **The transport sector is exempted from Norwegian equivalent to Article 101 TFEU – "crisis cartels" in the wake of the covid-19 pandemic**, 20 mar. 2020. Disponível em: <<https://svw.no/en/insights/the-transport-sector-is-exempted-from-norwegian-equivalent-to-article-101-tfeu-crisis-cartels-in-the-wake-of-the-covid-19-pandemic>>.

Latam Brasil e Latam Colômbia anunciam acordo de 'codeshare' com Aeroméxico. **Estadão Conteúdo**. 4 nov. 2020. Disponível em: <<https://istoe.com.br/latam-brasil-e-latam-colombia-anunciam-acordo-de-codeshare-com-aeromexico/>>.

MANKIWI, Gregory. **Principles of Microeconomics**. 8. ed. Harvard: Cengage, 2016.

Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Transat by Air Canada. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_934. Acesso em: 23 dez. 2020.

OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OCDE, 2014, Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)>

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2015

RANA & Co, S.S.. **COVID-19 and New Exemptions Under the Antitrust Laws - A Global Review**, 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://iclg.com/briefing/13286-covid-19-and-new-exemptions-under-the-antitrust-laws-a-global-review>>.

RODRIGUES, Eduardo Frade. **O direito societário e a estruturação do poder econômico**. São Paulo: Singular, 2016.

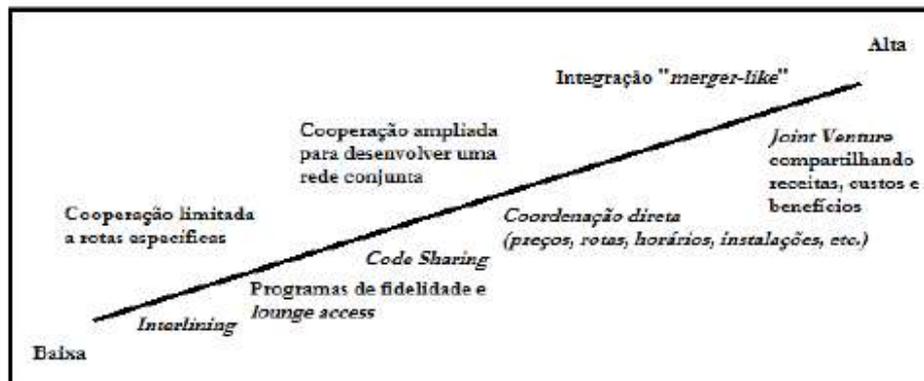
Sem aval do Cade, companhias aéreas desistem de compartilhar voos e venda de bilhetes. **Valor Econômico**, 13 mai. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/sem-aval-do-cade-companhias-aereas-desistem-de-compartilhar-voos-venda-de-bilhetes-24422263>>.

VASIGH, B., FLEMING, K., TACKER, T. **Introduction to air transport economics: from theory to applications**. 2ª ed. Farnham: Ashgate.

WEISS, Leonard W. The Structure-Conduct-Performance Paradigm and Antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 127, abr./1979. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3311794>>. Acesso em 23 nov. 2020.

WERDEN, Gregory J. **Why ever define markets? An answer to Professor Kaplow**, 13 fev. 2012, Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655#:~:text=Werden,Gregory,Werden&text=Professor%20Louis%20Kaplow%20has%20argued,power%20or%20evaluating%20competitive%20effects.&text=Most%20importantly%2C%20market%20delineation%20separates,from%20those%20in%20the%20background.>>.

APÊNDICE A – TABELA DE ALIANÇAS AÉREAS CONFORME NÍVEL DE INTEGRAÇÃO



Fonte: Comissão Europeia e USDOT (2010, p. 5). Tradução disponível na p. 3 do Parecer Técnico nº 108 - Superintendência-Geral, de 17 de abril de 2013, fl. 1208 do Ato de Concentração nº 08700.010858/2012-49.