

Cadernos do Cade

MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS E CARGAS



Dezembro/2017



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas

Departamento de Estudos Econômicos (DEE) – Cade

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

CEP: 70.770-504 – Brasília/DF

Edição

Guilherme Mendes Resende

Pesquisa

Gustavo Gouvêa Maciel

Redação

Gustavo Gouvêa Maciel

Revisão

Guilherme Mendes Resende

Patricia Alessandra Morita Sakowski

Planejamento Gráfico

Assessoria de Comunicação Social

Sumário

1. Introdução.....	6
2. O mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas.....	8
2.1. <i>Considerações gerais sobre concorrência no mercado de transporte aéreo.....</i>	8
2.2. <i>A configuração do mercado brasileiro.....</i>	12
2.2.1. A oferta por serviços aéreos.....	13
2.2.2. A demanda por serviços aéreos.....	18
2.2.3. Capacidade ociosa no transporte aéreo.....	23
2.2.4. Participação e concentração de mercado.....	26
2.2.5. Composição de receitas e custos.....	42
2.3. <i>Organização setorial e regulação.....</i>	45
2.3.1. A administração pública do transporte aéreo.....	46
2.3.2. A regulação dos serviços.....	48
2.4. <i>Implicações concorrenciais.....</i>	49
2.4.1. Barreiras à entrada e à operação.....	49
2.4.2. Características gerais de concorrência no transporte aéreo.....	51
3. Defesa da concorrência aplicada ao mercado de transporte aéreo no Brasil.....	55
3.1. <i>Análise crítica de aspectos gerais necessários para a defesa da concorrência no mercado de transporte aéreo sob a ótica do Cade.....</i>	59
3.1.1. A evolução das discussões sobre a delimitação de mercado relevante no transporte aéreo de passageiros e cargas.....	59
3.1.2. Avaliação de exercício de poder de mercado, barreiras à entrada e eficiências.....	69
3.2. <i>Avaliação do histórico de julgamentos em atos de concentração no mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas.....</i>	72
3.2.1. A evolução da análise dos processos de <i>Codeshare</i>	76
3.2.2. Fusões, aquisições, constituição de <i>joint ventures</i> : posicionamentos relevantes do Cade..	77
3.2.2.1. Avaliação dos atos de concentração aprovados sem restrições pelo Cade.....	81
• Posicionamento em casos de fusão/aquisição sem restrições no mercado de transporte aéreo de passageiros.....	84
• Posicionamento em casos de fusão/aquisição sem restrições no mercado de transporte aéreo de cargas.....	89
• Posicionamento em casos de <i>metal neutrality</i> com aprovação sem restrições.....	93
3.2.2.2. Em busca de remédios: avaliação dos casos de aprovação, com restrição, de fusões/aquisições, JV e JBA.....	95
• Remédios adotados pelo Cade em casos de fusão/aquisição de empresas aéreas..	96

• Remédios em casos de criação de <i>joint ventures</i> para o uso de soluções de TI em vendas de passagens aéreas	107
• Remédios para a constituição de acordos de <i>metal neutrality</i>	110
3.3. <i>Análise do histórico de apuração de práticas anticompetitivas na aviação civil comercial</i>	115
3.3.1. Condutas unilaterais: a prática de preços predatórios no transporte aéreo.....	121
3.3.2. Cartelização de procedimentos no transporte aéreo brasileiro	128
3.3.2.1. Combinação de preços de passagens aéreas	128
3.3.2.2. Discriminação de venda concertada.....	135
3.3.2.3. Divisão de mercado e redução de oferta de voos.....	137
3.3.2.4. Práticas colusivas vinculadas ao adicional de combustível (<i>Fuel Surcharge</i>)	139
3.3.3. Outras práticas anticompetitivas correlatas	143
4. Conclusões	148
5. Referências.....	150
6. Anexos.....	153

1. Introdução

O quinto número da série “Cadernos do Cade” concentra-se na avaliação de um dos mercados que mais cresceram no Brasil nas últimas décadas: o de transporte aéreo de passageiros e cargas¹. Houve forte ampliação da demanda e significativa reestruturação da gestão pública nesse setor. A criação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) certamente representou um marco nesse processo. Outros atores institucionais contribuíram para que chegássemos onde estamos: a Secretaria de Aviação Civil, atualmente vinculada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, e o Ministério da Defesa, sobretudo na figura do Comando da Aeronáutica e de seus respectivos órgãos subordinados. Além disso, a implantação de um novo modelo de gestão aeroportuária, mediante reestruturação da Infraero (Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária) e da concessão da exploração de alguns dos principais aeroportos da rede doméstica² à iniciativa privada, e a realização de eventos de grande porte – tais como a Copa do Mundo FIFA de Futebol 2014 e os Jogos Olímpicos Rio 2016 –, impulsionaram a atratividade de passageiros para o modal aéreo e dinamizaram o transporte de cargas.

Nesse contexto de acentuadas mudanças, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) teve que se manifestar em 123 processos administrativos para a prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica relativos ao mercado de transporte de passageiros e cargas no período compreendido entre 1994 e 2017³. Somente

¹ De modo a primar pela objetividade, o presente caderno não contempla a análise de mercados inter-relacionados com o de transporte aéreo, tais como os de frete, de correio, de manutenção/reparo e de produção de peças/partes de aeronaves e de produção e venda de aeronaves.

² Atualmente, os aeroportos concedidos à exploração por parte da iniciativa privada são: (i) o Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante e (ii) o Aeroporto Internacional de Brasília Presidente Juscelino Kubitschek, administrados pela Inframérica; (iii) o Aeroporto Internacional de Guarulhos André Franco Montoro, concedido à GRU Airport; (iv) o Aeroporto Internacional de Viracopos/Campinas, concedido à Aeroportos Brasil; (v) o Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro Galeão Antônio Carlos Jobim, concedido à RIOgaleão; (vi) o Aeroporto Internacional de Confins Tancredo Neves, concedido à BH Airport; (vii) o Aeroporto Internacional de Fortaleza Pinto Martins e (viii) o Aeroporto Internacional de Porto Alegre Salgado Filho, concedidos à Fraport AG Frankfurt Airport Services; (ix) o Aeroporto Internacional de Salvador Deputado Luís Eduardo Magalhães, concedido à Vinci Airport; e (x) o Aeroporto Internacional de Florianópolis Hercílio Luz, concedido à Zurich.

³ Apenas foram considerados os processos decididos/julgados até 11 de setembro de 2017 no âmbito do Cade.

nos últimos três anos (2014-2016), foram iniciados 29 processos, perfazendo uma média anual de aproximadamente 10 processos abertos por ano sobre assuntos relacionados com empresas aéreas.

Este caderno servirá então como ferramenta de disseminação das práticas do Cade nos assuntos relacionados ao transporte aéreo de passageiros e cargas, consolidando assim seu histórico relacionado a assuntos econômicos e detalhando seus posicionamentos acerca de temas sensíveis para todos aqueles interessados em defesa da concorrência. Para tanto, será feita, primeiramente, uma avaliação do mercado brasileiro de transporte aéreo de passageiros e cargas, explicitando suas características e tendências a respeito de sua configuração básica, oferta, demanda, características de concentração, organização setorial, regulação, gestão pública e barreiras existentes para a entrada de novos ofertantes.

Logo a seguir, serão listados, organizados e categorizados os casos apreciados pelo Cade sobre transporte aéreo de passageiros e cargas. As definições de mercado relevante adotadas e os remédios aplicados nos casos encerrados serão descritos e estudados. O arquivamento e a conclusão dos casos serão quantificados, os votos proferidos serão detalhados, sedimentando o posicionamento do Cade e divulgando assim a cultura da defesa da concorrência em assuntos afetos a essa temática no Brasil.

Em linhas gerais, busca-se criar um quadro-resumo sobre a situação do transporte de passageiros e cargas no Brasil para assim reduzir a assimetria de informação e facilitar o acesso a dados gerais do setor, a aspectos relevantes vinculados à regulação desse mercado e às principais questões associadas ao teor econômico dos julgados do Cade em matéria de aviação comercial.

2. O mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas

Será aqui apresentado o mercado de transporte aéreo em suas mais diversas perspectivas. Além disso, a organização da presente seção serve como guia para a compreensão das características do setor vinculadas à defesa da concorrência. Sendo assim, o foco não consiste apenas em descrever o objeto de estudo, mas também em apresentá-lo como elemento de interesse (e preocupação) para a defesa da concorrência – especialmente no contexto brasileiro, onde houve significativo aprimoramento das condições de regulação na aviação civil como um todo.

O modal aéreo certamente experimenta rápida evolução tecnológica e figura como um dos segmentos mais dinâmicos da economia global. No Brasil, a situação não é diferente. A dinâmica do transporte aéreo acompanha as tendências e padrões internacionais em relação a aspectos normativos: padrões de segurança a serem seguidos, regras de acesso ao espaço aéreo e condições de operação e comercialização de rotas⁴. Além disso, condicionantes domésticos também interferem: o modelo de gestão governamental adotado, a regulação promovida pela Anac e as diretrizes legais referentes à aviação civil e ao transporte de passageiros e cargas em território nacional determinam a dinâmica concorrencial desse mercado, sobretudo, em escala interna.

2.1. Considerações gerais sobre concorrência no mercado de transporte aéreo

De modo a orientar a avaliação concorrencial sobre o mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas a ser realizada ao longo desse caderno, apresenta-se inicialmente um conjunto essencial de ferramentas e conceitos técnicos de interesse, potencializando assim as discussões sobre o tema.

Alguns termos e expressões serão utilizados durante todo o processo de análise das práticas concorrências a ser aqui iniciado. Tais expressões são de interesse tanto para o estudo da defesa da concorrência (de modo mais abrangente) quanto para a informação de atos de concentração e averiguação de práticas anticompetitivas relacionadas à aviação civil

⁴ Para maiores informações, consultar o site eletrônico da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), agência especializada das Nações Unidas para tratar de assuntos afetos à aviação em escala global: <<http://www.icao.int>>.

(de modo específico). Convém então definir a terminologia aplicada, especialmente, ao mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas.

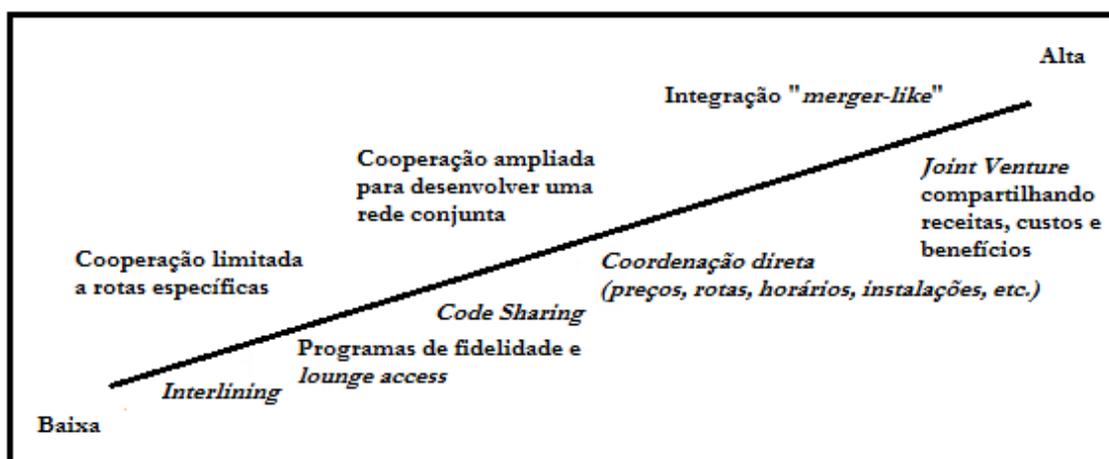
Em relação à concentração de mercado, os seguintes conceitos atinentes à aviação civil merecem destaque:

- ✓ *Interlining*: um trajeto ou bilhete aéreo é classificado como *online* quando a empresa operadora do serviço permanece a mesma para cada bilhete do itinerário. Em contrapartida, um itinerário é tido como *interline* quando há duas ou mais operadoras aéreas operando nesse itinerário” (Ito & Lee, 2006, p. 145);
- ✓ Integração de Programas de Fidelidade e *lounge access*: consiste na criação de vínculos entre programas de benefícios e acesso a espaços VIP, embarques preferenciais, políticas de descontos, etc. em aeroportos e aeronaves de empresas parceiras;
- ✓ *Code-sharing*: “um voo é considerado como *codeshared* quando as empresas aéreas responsáveis por sua operação e comercialização podem ser diferentes” (Ito & Lee, 2006, p. 145). Ex.: um voo operado pela empresa A no trecho Rio de Janeiro-Brasília é comercializado pela própria empresa A e também por outras empresas, usualmente em sistemas de reserva por computador (mais conhecidos pela sigla em inglês *CRS*, i.e., *Computer Reservation Systems*);
- ✓ *Metal neutrality*: representa o objetivo da criação de *joint ventures* ou *joint business agreements* na qual as empresas aéreas tornam-se efetivamente indiferentes sobre qual aeronave e qual empresa transporta passageiros ou cargas. Em outras palavras, as empresas atingem elevado grau de integração e coordenação (em rotas, planejamento de voos, preços, receitas, marketing e vendas) sem, entretanto, formalizarem uma fusão de fato (Comissão Europeia & USDOT, 2010, p. 7–8), i.e., constroem arranjos econômicos denominados como *merger-like*;
- ✓ Alianças aéreas: consiste em um termo genérico para sinalizar diferentes níveis de integração entre empresas aéreas. Essas alianças podem ser tanto de baixo nível de integração (*interlining* ou *code-sharing*) quanto de alto grau de integração (constituição de coordenação direta, *merger-like* ou mesmo o estabelecimento de *joint ventures*, *joint business agreements* e fusão/aquisição). Em outra perspectiva, as alianças também podem ser classificadas como táticas – baseadas em acordos pontuais e isolados entre poucas empresas para suprir

deficiências localizadas de rede – ou estratégicas – formadas por um grande número de empresas interessadas em promover sinergias e interesses comuns (Comissão Europeia & USDOT, 2010, p. 4–10)⁵.

Com base nessas definições concorrenciais⁶, o Cade usa de modo recorrente o disposto na Figura 1 como guia para seus pareceres técnicos. Tais informações, contidas nessa figura, remetem à discussão sobre alianças transatlânticas promovida pelo United States Department of Transportation (USDOT) e pela Comissão Europeia em novembro de 2010⁷.

Figura 1: Espectro de cooperação em alianças no mercado de transporte aéreo



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.

Em relação às questões voltadas para a análise de condutas anticompetitivas no mercado de transporte aéreo, os seguintes conceitos devem ser considerados para

⁵ As três principais alianças globais existentes no mercado de transporte aéreo são: a Oneworld, a Star Alliance e a Sky Team. Apenas duas empresas brasileiras participam de um desses grupos: a Latam faz parte da Oneworld e a Avianca da Star Alliance atualmente.

⁶ O processo nº 08700.010858/2012-49 (*codeshare* TAM-American), no Parecer Técnico nº 108 – SG/Cade, oferece subsídio teórico para a avaliação de concentração no transporte aéreo, em especial o de passageiros.

⁷ Para uma discussão mais recente e aplicada sobre a questão da concentração no transporte aéreo transatlântico, consultar o processo nº 08700.004211/2016-10, referente ao ato de concentração Latam-Iberia-British. Na Nota técnica nº 35/2016/DEE, de 4 de novembro de 2016 (nº SEI 0261515), avalia-se a relação concorrencial a ser estabelecida pelas partes mediante interpretação das formas de existentes de aliança entre empresas desse setor e suas possíveis implicações sob uma ótica antitruste.

compreender práticas colusivas setoriais, conforme apontado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) em seu documento de trabalho intitulado *Airline Competition* (Chammas & Pisarkiewicz, 2014, p. 38–40):

- ✓ A existência dos chamados contatos *multimarket*, i.e., a possibilidade de competição entre companhias aéreas em diferentes mercados sob condições distintas. A empresa A concorre com a empresa B ao mesmo tempo nos trechos Congonhas-Santos Dumont e Guarulhos-Galeão com vantagens competitivas diferentes e estratégias empresariais diferentes, o que pode gerar estímulo para a combinação de preços;
- ✓ O papel da *International Air Transport Association* (IATA) nas discussões de assuntos econômicos entre as empresas aéreas. Para além das deliberações conjuntas sobre segurança, questões ambientais e normas técnicas; essa organização, de modo subsidiário, detém poder suficiente para estabelecer parâmetros capazes de influenciar a política econômica de um conjunto significativo de empresas aéreas no mundo;
- ✓ A busca por soluções de tecnologia da informação para o estabelecimento de preços e estratégias de venda nas empresas aéreas. As inovações tecnológicas têm a capacidade de modelar e coordenar marcações de preços e estruturar políticas de vendas semelhantes.

Outra frente de criação de estímulos para a instauração de procedimentos administrativos voltados para a análise concorrencial no mercado de transporte aéreo diz respeito às práticas unilaterais, sobretudo de preços predatórios. Embora evidenciada residualmente, essas reduções não justificadas de preços não resultaram em efeitos administrativos no período 1994-2017⁸.

⁸ No período aqui analisado, houve a instauração de quatro inquéritos para apurar casos de prática de preços predatórios (processos n° 08001.006298/2004-03, 08012.008717/2005-95, 08012.007719/2005-67 e 08012.002164/2006-48) no mercado de transporte aéreo de passageiros. Entretanto nenhum desses processos resultou em condenação às empresas denunciadas.

2.2. *A configuração do mercado brasileiro*

O mercado brasileiro de transporte aéreo de passageiros e cargas sofreu mudanças ao longo, sobretudo, da última década. Em um período relativamente curto, houve a estruturação da regulação econômica e a reformulação da gestão pública no setor, a entrada de administradores aeroportuários privados, o estabelecimento de alianças (incluindo a constituição de *joint ventures* e *joint business agreements*) das mais diversas ordens e a fusão/aquisição de empresas aéreas.

Aliada a tudo isso, a aviação permaneceu em franco desenvolvimento tecnológico e aprimoramento técnico e de segurança; o mundo atravessou forte período de crise econômico-financeira a partir de 2008 e o Brasil recebeu uma série de megaeventos (Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20, XXVIII Jornada Mundial da Juventude Católica/Visita do Papa Francisco ao Rio de Janeiro/RJ, Copa das Confederações FIFA de Futebol Brasil 2013, Copa do Mundo FIFA de Futebol Brasil 2014 e Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio de Janeiro/RJ 2016). Nesse contexto, houve considerável investimento em organização e desenvolvimento de políticas de criação de eficiência no setor como um todo (criação e ampliação de terminais aeroportuários, ampliação de pistas de pouso e decolagem, reforma e ampliação de áreas de tratamento de cargas).

Em síntese, tanto a oferta por serviços de transporte aéreo de passageiros e cargas quanto sua respectiva demanda foram afetadas, fato esse que cria, sobremaneira, preocupações concorrenciais com implicações não só domésticas, mas também em escala mundial. A aviação opera em rede e houve o estabelecimento de muitos acordos entre empresas aéreas nacionais e/ou internacionais com capacidade para impactar no comércio brasileiro de passagens aéreas e de transporte de mercadorias. Quer seja para o compartilhamento de infraestrutura e ampliação das rotas ofertadas, quer seja para a aquisição e controle de empresas, a interação entre empresas merece ser estudada, debatida e avaliada sob uma ótica concorrencial.

Dessa forma, a presente seção busca oferecer informações essenciais para a caracterização econômico-competitiva do mercado de transporte aéreo, de modo a subsidiar e fundamentar o debate a respeito das decisões e posicionamentos do Cade sobre essas questões.

2.2.1. A oferta por serviços aéreos

Atualmente 11 empresas brasileiras e 54 estrangeiras exploram comercialmente rotas para transporte regular de passageiros e cargas no Brasil⁹. Pelo lado da oferta, o mercado passou por um processo de crescimento significativo, sobretudo na última década. Segundo dados oficiais da Anac, houve um total de 677.679 decolagens de voos regulares e não-regulares¹⁰ em 2006, enquanto ocorreram 964.388 decolagens em 2016. Um incremento de 42,18% no quantitativo total observado no período (ou 3,25% ao ano). A Figura 2 apresenta essa evolução na movimentação de aeronaves.

Figura 2: Decolagens realizadas (voos regulares e não regulares / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Para além do evidenciado crescimento contínuo até 2012, a Figura 2 serve também para apresentar a recente estagnação no quantitativo de decolagens (ainda apresentando valores bem superiores aos observados em 2006, mas bastante semelhantes aos do início da presente década, em 2010). Em números, ocorreu redução de 10,98% no

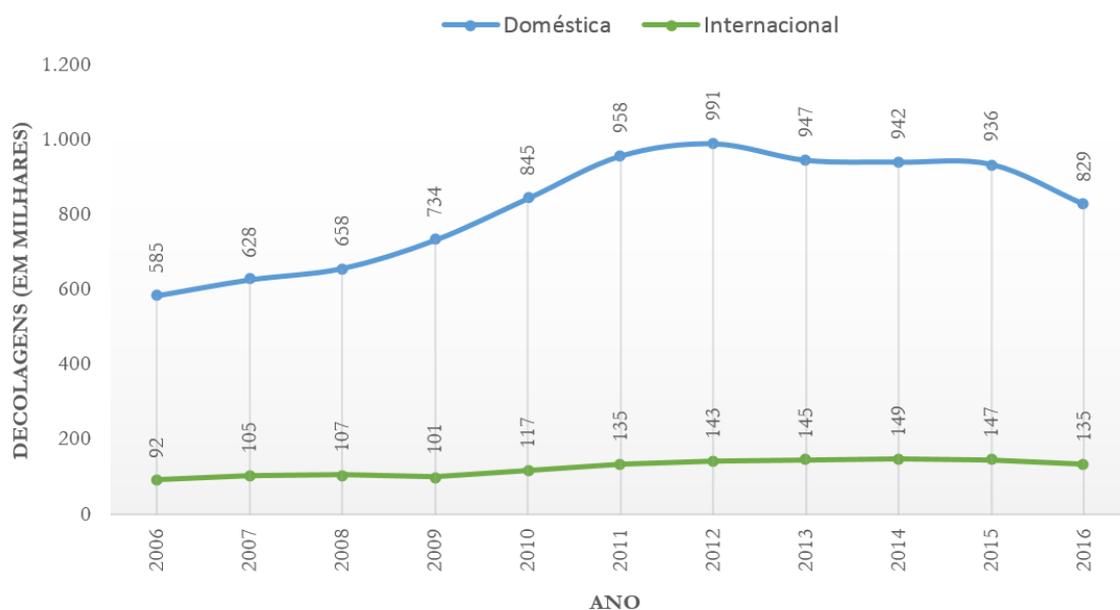
⁹ As listas completas e atualizadas das empresas nacionais e internacionais que operam rotas regulares em território brasileiro encontram-se disponíveis na seção de anexos (ver tabelas I e II).

¹⁰ Informação extraída da plataforma de *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

quantitativo de decolagens observadas em 2016, quando comparamos com os resultados de 2015.

De modo segmentado, observa-se uma outra tendência: mesmo considerando a realização de grandes eventos esportivos ao longo da década, a participação internacional no total de decolagens anuais manteve-se relativamente estável. De fato, observa-se que a inclusão de rotas internacionais permaneceu representando cerca de 13,32% da oferta por decolagens (13,56% em 2006; 13,98% em 2008; 12,16% em 2010; 12,62% em 2012; 13,65% em 2014 e 14,00% em 2016). Além disso, houve crescimento de 41,70% no número de decolagens domésticas no período 2006-2016 e de 46,73% no número de decolagens internacionais. Ademais, a partir de 2015, o número de decolagens domésticas caiu 11,43% e o de decolagens internacionais, 8,16%.

Figura 3: Decolagens realizadas (voos regulares e não regulares domésticos e internacionais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

O quantitativo de voos funciona como *proxy* para a oferta no setor como um todo (considerando transporte de passageiros e cargas). Entretanto, quando desejamos compreender a dinâmica de funcionamento da oferta tanto no transporte de passageiros quanto no de cargas; há indicadores mais ajustados para efetuar essa análise. Em linhas gerais, a oferta de assentos em aeronaves atua como variável de ajuste para o mercado de

passageiros, enquanto o peso transportado em tonelada atua como referência para uma avaliação global onde se considera passageiros e cargas (dando ênfase, sobretudo, à avaliação de massa transportada, o que direciona a análise para o espectro das cargas).

Dessas duas variáveis de ajuste derivam as principais medidas padronizadas de avaliação do mercado de aviação¹¹ voltadas para a oferta, segundo Gomes & Fonseca (2014, p. 134 e 139):

“Available seat.km (assentos oferecidos vezes quilômetros – ASK): resultado da multiplicação do número de assentos de cada aeronave da empresa pela distância percorrida em cada voo”;

[...]

“Available ton.km (toneladas oferecidas vezes quilômetros - ATK): é o número de unidades produzidas pela empresa, ao longo do ano, de forma geral – em relação à massa transportável \times distância – para o atendimento da demanda de passageiros + carga aérea”.

Considerando esses dois indicadores de oferta, torna-se possível apresentar o comportamento do mercado brasileiro ao longo da última década tanto para os resultados ASK (Figuras 4 e 5) quanto ATK (Figuras 6 e 7).

Em relação ao ASK, a Figura 4 apresenta uma tendência de crescimento no período 2006-2015. Apenas em 2016, houve retração da oferta por assentos no mercado brasileiro (considerando tanto voos domésticos quanto internacionais).

Em resumo, o Brasil vivenciou um processo de real ampliação na oferta de voos (como observado nas figuras 2 e 3), sendo observado um crescimento de quase 100% (precisamente 96,32%) na oferta de assentos na última década. Somente em 2016, houve reversão dessa tendência de crescimento, sendo registrada uma queda de 6,31% no quantitativo de assentos ofertados.

¹¹ Para maiores informações sobre os indicadores utilizados para a caracterização econômico-financeira do setor de transporte aéreo, ver Gomes & Fonseca (2014). Na subseção 2.2.2 serão apresentados também os indicadores que fazem referência à demanda por transporte aéreo de passageiros e cargas.

Figura 4: ASK (voos regulares e não regulares / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Apenas de forma detalhada, a Figura 5 expõe ainda que esse crescimento no número de assentos ofertados não refletiu apenas uma expansão interna (de 94,76%) no período 2006-2016, mas também um crescimento externo (da ordem de 97,46%). De fato, ocorreu retração em 2016 em ambos os segmentos, sendo uma redução de 5,93% no doméstico e 6,58% no internacional (uma diminuição um pouco mais acelerada nesse caso).

Figura 5: ASK (voos regulares e não regulares domésticos e internacionais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Em relação aos níveis de ATK (Figuras 6 e 7), percebe-se que ocorreu comportamento semelhante ao observado para ASK, mas ainda mais acentuado. 109,54% de ampliação do ATK no período 2006-2016. Novamente, apenas houve modificação do padrão de crescimento em 2016, sendo observada uma redução de 5,92%.

Figura 6: ATK (voos regulares e não regulares / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

A Figura 7, como era esperado, apresenta retração em ambos os segmentos (doméstico e internacional), refletindo uma redução da oferta no mercado brasileiro de transporte aéreo como um todo – muito em reflexo da crise econômica generalizada experimentada pelo país, sobretudo, em 2016. O modal doméstico apresentou crescimento de 31,78% no período 2006-2016 e o modal internacional, 122,16%. Já em 2016, observa-se retração da ordem de 14,57% do ATK doméstico e 4,95% do ATK internacional em relação ao ano anterior.

O mercado interno de aviação parece então ter sofrido mais com o advento da crise, sendo o indicador de oferta total de toneladas transportadas também impactado por esse processo de retração econômica. Os resultados obtidos de ATK reiteram o fato de que os impactos – tanto de crescimento ao longo da última década e de retração no último ano – foram igualmente sentidos no mercado de transporte aéreo de cargas (e não apenas no de passageiros).

Figura 7: ATK (voos regulares e não regulares domésticos e internacionais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

2.2.2. A demanda por serviços aéreos

Já em relação à demanda, o Brasil apresentou em 2016 um total de 109,61 milhões de passageiros transportados. A Figura 8 apresenta a evolução do número de passageiros pagos transportados na última década e reforça a tendência de crescimento observada na oferta, sendo igualmente revertida essa tendência apenas em 2016. Um registro de 102,94% de crescimento entre 2006 e 2016, o que representa uma elevação na procura por serviços de transporte aéreo ainda mais acentuada que a observada na oferta nesse mesmo período. Entretanto, a queda proporcional observa de 2015 para 2016 assemelha-se àquelas obtidas pelo lado da oferta, 6,92% de redução no movimento de passageiros.

Figura 8: Passageiros pagos transportados (voos regulares e não regulares / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Nessa mesma linha, a evolução no número de passageiros pagos transportados nos modais doméstico e internacional na década 2006-2016 é ilustrada na Figura 9. Observa-se cerca de 105% de ampliação no movimento doméstico de passageiros no período e 93,43% de ampliação no movimento internacional para esse mesmo período. Uma ampliação um pouco mais acelerada no mercado interno constata-se, apesar de ser seguida por uma também forte subida do interesse por serviços de transporte aéreo do Brasil para o exterior. Em 2016, quedas registradas de 7,79% e 3,05%, respectivamente. Houve, então, menor pressão na demanda por transporte internacional, sendo esta menos afetada pelo processo de crise observado no país a partir de 2015.

Figura 9: Passageiros pagos transportados (*voos regulares e não regulares domésticos e internacionais / 2006-2016*)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Pela ótica do transporte de cargas, o comportamento do mercado foi diferente (ver Figura 10). Houve crescimento significativo, mas em escala menor se comparado ao mercado de passageiros. 12,48% de ampliação do quantitativo de cargas pagas transportadas no período 2006-2016 indica uma maior estabilidade da demanda nesse segmento.

Além disso, o comportamento de retração aqui já é evidenciado a partir de 2014 (13,20% de queda acumulada até 2016), sinalizando menor pressão na oferta por parte desse componente. Em um contexto de crise sistêmica, houve ainda retração (de 5,04%) ligeiramente inferior àquela observada no transporte de passageiros.

Figura 10: Carga paga transportada (voos regulares e não regulares / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Além disso, observa-se na Figura 10 uma tendência de retração até 2009 (da ordem de 13,92% e vinculada ao processo de crise financeira internacional iniciado em 2008), fato esse que não foi mantido quando segmentamos a análise em doméstico e internacional (vide Figura 11). Retração de 22,51% no internacional, enquanto ocorreu aumento da carga paga transportada em nível doméstico no período 2006-2009.

Figura 11: Carga paga transportada (voos regulares e não regulares domésticos e internacionais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Já no segundo momento de retração iniciado em 2014, percebemos que o mercado doméstico já vinha sofrendo queda desde 2011, ao passo que o internacional crescia

até 2013. Os comportamentos descendentes no transporte de carga interno e externo somente se alinharam em 2013 e seguem como tendência desde então (queda de 10,75% para o internacional e de 18,13% para o doméstico de 2013 até 2016). Para efeitos de comparação, só no último ano, a redução para cada um dos segmentos foi de 4,87% (internacional) e de 5,42% (doméstico) respectivamente.

Os quantitativos de passageiros e cargas são usados obviamente como elementos definidores da demanda no setor de transporte aéreo. Entretanto, quando desejamos compreender a dinâmica de funcionamento dessa demanda de modo a considerar o impacto das distâncias voadas, convém observarmos duas variáveis críticas (conforme exposto por Gomes & Fonseca, 2014, p. 135 e 139):

“Revenue pax.km (passageiros pagantes transportados vezes quilômetros - RPK): resultado da multiplicação do número de passageiros pagantes transportados pela distância percorrida em cada voo”;

[...]

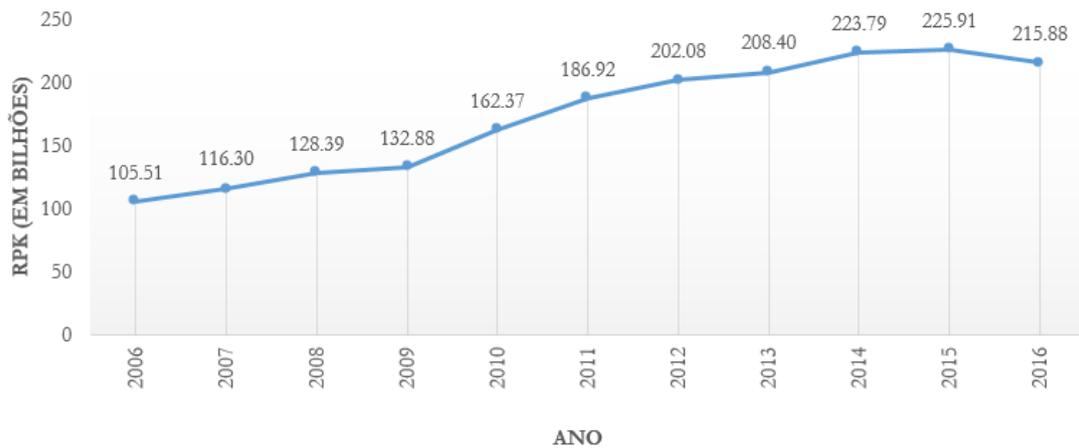
“Revenue ton.km (toneladas voadas vezes quilômetro – RTK): é o número de unidades vendidas pela empresa ao longo do ano de forma geral – relativo à massa transportada x distância – incorporando o tráfego de passageiros + carga aérea”.

Considerando esses dois indicadores, apresenta-se de modo a complementar a avaliação de demanda até agora realizada. No período 2006-2016, RPK e RTK tiveram comportamentos distintos (conforme exposto nas figuras 12 a 15).

Enquanto o RPK comportou-se de modo ascendente até 2015 (crescimento de 104,60% de 2006 até 2016), tendo sofrido queda apenas em 2016 (redução de 4,43%) (ver Figura 12); o RTK, por sua vez, oscilou ao longo desse mesmo período – embora tenha apresentado queda de 5,45% também em 2016 (ver Figura 13).

Essa diferença observada nas evoluções do RPK e do RTK parecem corroborar o já observado no total de passageiros transportados e na carga paga transportada; pois houve tendências de crescimento no quantitativo de passageiros ao longo da última década, enquanto ocorreu maior oscilação no total de carga embarcada nesse mesmo período.

Figura 12: RPK (voos regulares e não regulares / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Figura 13: RTK (voos regulares e não regulares / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Para além da avaliação global de RPK e RTK, podemos segmentar os resultados em doméstico e internacional (Figuras 14 e 15). As tendências não se modificam. O RPK doméstico cresceu 119,44% e caiu 5,65% em 2016. O RPK internacional aumentou de forma um pouco menos acelerada (95,30% em uma década) e diminuiu 3,56% em 2016. Já quanto ao RTK, houve manutenção dos patamares observados para o modal internacional em 2006 com significativa oscilação durante o período. Para o modal doméstico houve tendência de

estabilização dos valores. Tanto o RTK doméstico quanto o internacional tiveram quedas bastante diferentes no período 2015-2016: 18,42% e 1,82%, respectivamente.

Figura 14: RPK (voos regulares e não regulares domésticos e internacionais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Figura 15: RTK (voos regulares e não regulares domésticos e internacionais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

2.2.3. Capacidade ociosa no transporte aéreo

Outro importante fator para a análise antitruste centra-se na avaliação da capacidade ociosa dos mais diversos mercados. Para medir a ocupação/aproveitamento no transporte aéreo utiliza-se usualmente o *Load Factor*, que pode ser calculado tanto pela

proporção RPK/ASK quanto pela proporção RTK/ATK. Segundo Belobaba, Odoni, & Barnhart (2009, p. 48–49):

“O Load factor refere-se à razão entre ocupação e oferta como output, representando a proporção desse output que é vendido ou consumido. Para um dado voo (i.e., uma operação sem escalas ou conexões), seu load factor pode simplesmente ser definido como o número de passageiros dividido pelo número de assentos disponíveis no voo. [...] Pelo fato da maioria das empresas aéreas operar muitos voos, cada um com diferentes distâncias percorridas, a proporção torna-se melhor representada por um valor médio do load factor, definido como a razão entre RPK e ASK. [...] E embora nós tenhamos definido essas medidas para passageiros, há também uma medida paralela e similar que aplica-se ao transporte aéreo de cargas [por exemplo, o load factor medido em termos de RTK/ATK]” [Tradução livre].

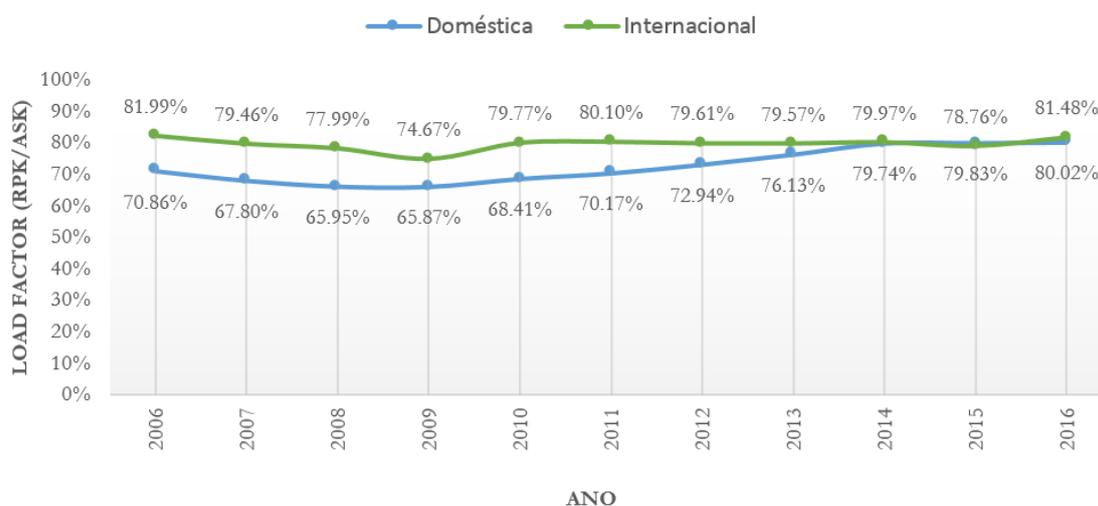
A aviação civil possui um espectro alargado de estudos que avaliam essa questão¹² (para o caso estadunidense, ver o relatório *Airline Economic analysis*, de Stalnaker, Usman, & Taylor, 2016).

O Brasil, que representa um mercado relevante no contexto global, apresentou estabilidade na ocupação de assentos nas aeronaves voltadas para o modal internacional e crescimento de 12,92% no modal doméstico, considerando o período 2006-2016 (ver Figura 16). Convém observar que a taxa de ocupação das aeronaves foi ampliada de 2015 para 2016. Além disso, as taxas de ocupação de passageiros em aeronaves no Brasil encontram-se atualmente próximas àquelas observadas no resto do mundo e aos limites capazes de criar pressões de demanda (em virtude de carência de oferta na prestação do serviço). Em suma, ao longo da década, o sistema ganhou eficiência operacional e reduziu a capacidade ociosa.

¹² Gomes & Fonseca (2014, p. 135) descrevem que o *Load Factor* (LF) de passageiros (RPK/ASK):

“situa-se normalmente entre 55% e 85%, e a média mundial situa-se atualmente na casa dos 80%. Abaixo de 50% dificilmente a empresa será rentável, e acima de 85%-90%, dado que esse indicador é uma média, a empresa já estará deixando gente no chão ou perdendo passageiros para a concorrência (ponto de saturação, spill). Só empresas “charteiras” – de fretamentos turísticos – podem (e devem) operar com LF na faixa de 95%-100%”.

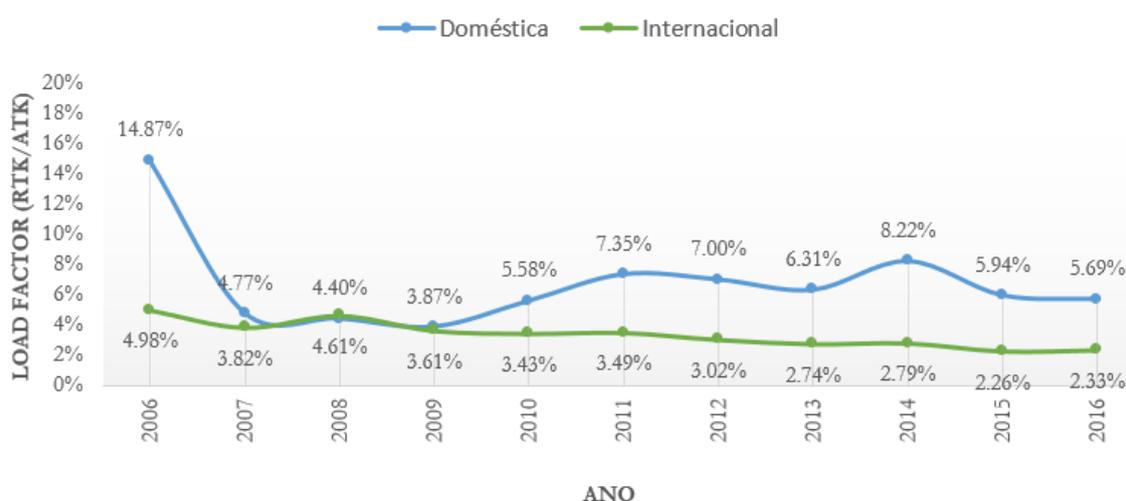
Figura 16: Load Factor RPK/ASK (voos regulares e não regulares domésticos e internacionais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Em relação ao LF total (RTK/ATK), percebe-se que houve relativa oscilação dos níveis domésticos no período 2006-2016 e redução constante dos níveis internacionais (à exceção do ano de 2008, que apresentou crescimento do LF total). Houve ainda redução no modal doméstico no último ano de análise da série (2016), sendo observada uma queda de 4,20% para o período; enquanto o modal internacional aumentou em 3,09% a ocupação nesse mesmo período.

Figura 17: Load Factor RTK/ATK (voos regulares e não regulares domésticos e internacionais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Em resumo, importa ressaltar que parece ter ocorrido expansão da oferta total medida em ATK, ao passo que ocorreu certa estabilidade da demanda medida em RTK, o que certamente faz com que o período recente da aviação civil apresente resultados de alta capacidade ociosa em parâmetros de transporte de carga, mesmo quando comparamos os resultados com aqueles esperados internacionalmente¹³.

2.2.4. Participação e concentração de mercado

A dinâmica do mercado de transporte aéreo gera naturalmente características potenciais de concentração de mercado, mas isso não quer dizer que não possa haver concorrência no setor. Os altos investimentos de entrada, as incertezas causadas por choques exógenos na aviação (por e.g., efeitos econômicos causados por flutuações nos preços de combustíveis fósseis, possíveis perdas geradas por acidentes etc.) – associados a barreiras legais para a constituição de empresas – fazem com que esse mercado funcione tendencialmente em um ambiente onde há poucas empresas (operando em níveis moderados e/ou altos de concentração).

No caso brasileiro não acontece diferente: na última década, a participação das empresas aéreas no quantitativo total de passageiros pagos transportados sofreu alterações, mas ainda manteve níveis relativamente elevados de concentração de mercado no modal doméstico – embora tenhamos observado resultados decrescentes no índice de concentração de mercado de Herfindahl–Hirschman (HHI)¹⁴: os valores¹⁵ caíram de 0,35 para 0,28 em uma década, mas ainda permanecem na faixa de ‘alta concentração’ (ver Figura 18).

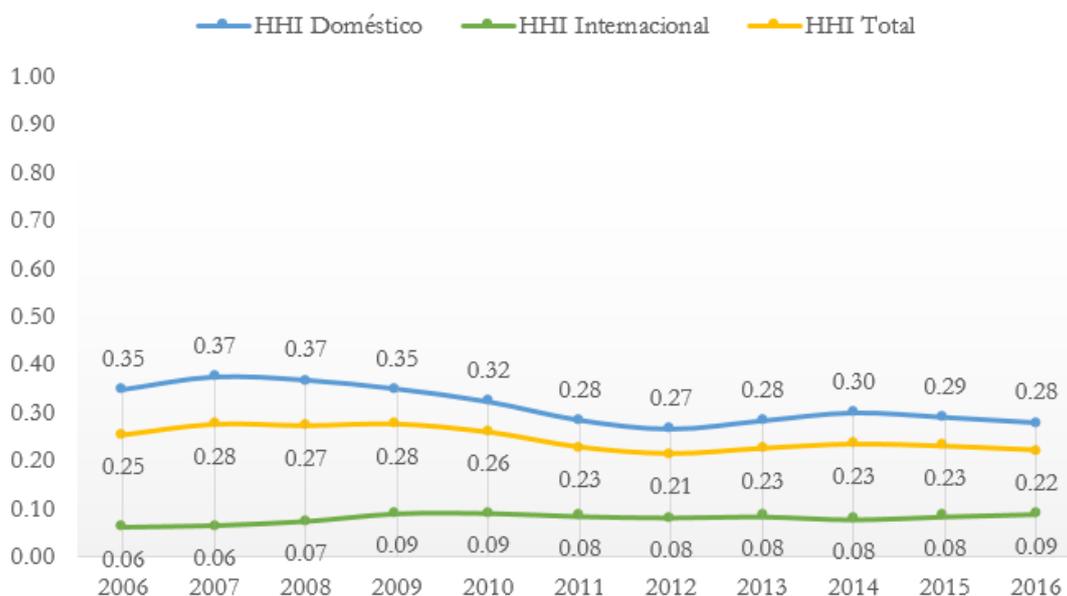
¹³ Segundo Gomes & Fonseca (2014, p. 139),

“[p]ara empresas que não são exclusivamente cargueiras (a maioria), a receita de carga representa, em regra, de 15% a 35% da receita operacional líquida. Assim, quanto maior for o LF só da carga tanto melhor, não havendo uma preocupação quanto a faixas ótimas para esse parâmetro”.

¹⁴ O HHI consiste em um índice tradicional para cálculo do grau de concentração dos mercados e é calculado com base no somatório do quadrado das participações de mercado de todas as empresas de um dado mercado.

¹⁵ De acordo com o Cade, HHI acima de 2.500 [ou 0,25 na escala de 0 a 1] descreveria um mercado altamente concentrado; HHI entre 1.500 e 2500 [ou entre 0,15 e 0,25], um mercado moderadamente concentrado; e HHI abaixo de 1.500 pontos [ou abaixo de 0,15], um mercado não concentrado. Para maiores detalhes, ver o “Guia para análise de atos de concentração horizontal – Guia-H” (Cade, 2016, pp. 24–25).

Figura 18: HHI de passageiros transportados (voos regulares e não regulares domésticos, internacionais e totais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do HHI realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

Já a Figura 19 mostra a evolução do *market share* no período 2006-2016 no mercado de passageiros em voos nacionais e demonstra a perda de poder de mercado por parte da LATAM (redução de 30,02% entre 2006-2016), uma certa estabilidade da GOL (valores oscilando na casa dos 37,08% em média) e crescimento acelerado de AZUL (atingindo 21,89% de participação do mercado em 2016) e AVIANCA (com 10,38% de *share* em 2016), representando essas quatro empresas, em 2016, 98,71% do mercado interno de transporte de passageiros.

Em relação ao mercado internacional de passageiros, a maior participação de mercado atual é da LATAM (com 24,45% do total). Para além da posição de destaque dessa empresa no mercado de transporte para o exterior, há uma pulverização da participação das outras empresas que operam rotas de/para o Brasil (consultar a Figura 20 para uma lista completa das empresas que participam desse mercado).

Considerando a abrangência geográfica, não faz sentido observar a competição no mercado internacional como um todo; pois, de fato, nem todas as empresas participam e operam rotas diversas para destinos em diferentes regiões do mundo (sendo esse acontecimento esperado na operação de empresas brasileiras, pois possuem *hub* em território

nacional e têm interesse em criar fluxos de passageiros que passem pelo Brasil). As empresas internacionais possuem atuação segmentada, atuando, sobretudo, em rotas entre o Brasil e o país de origem da empresa.

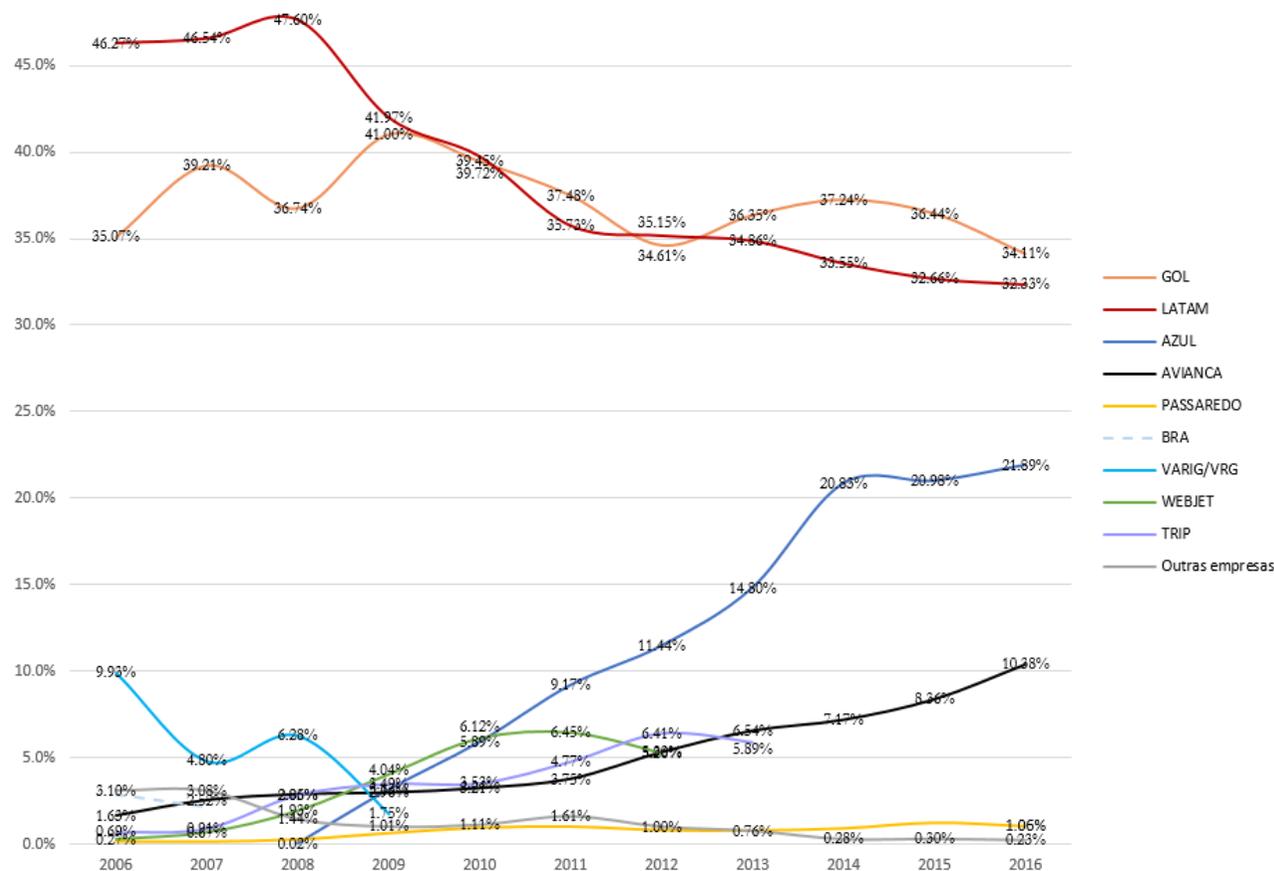
Tal fato, faz com que seja mais funcional observar a concentração (HHI) e a participação de mercado internacional em regiões específicas do globo e que apresentem empresas que efetivamente possam concorrer por passageiros em um espaço geográfico comum.

Para tanto, apresenta-se a seguir o mercado internacional de movimentação de passageiros entre o Aeroporto de Guarulhos (GRU) e (i) aeroportos na Europa; e (ii) entre GRU e aeroportos na América do Norte. Dessa forma, observamos a evolução da concentração e do *market share* por região, no transporte de passageiros do principal aeroporto internacional do país para dois de seus principais mercados geográficos externos (Europa e América do Norte).

A Figura 21 indica que, diferentemente da imagem apresentada na Figura 18 – onde o HHI internacional aparece como tendencialmente concorrencial –, a concentração de mercado no transporte de passageiros tanto para o mercado GRU-Europa quanto para o mercado GRU-América do Norte opera, segundo o Guia-H (Cade, 2016, p. 25), em níveis moderadamente concentrados: 0,15 e 0,23, respectivamente.

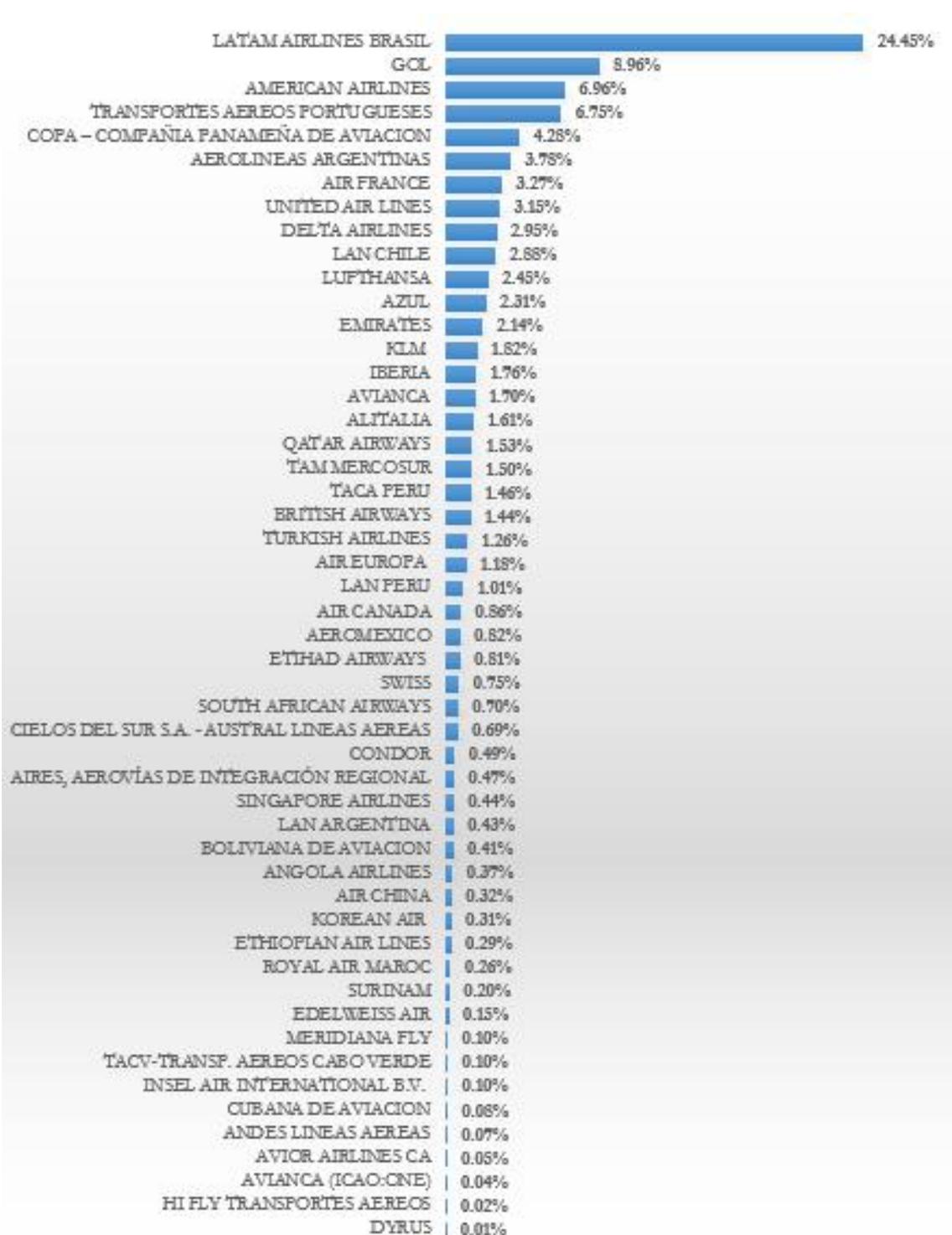
O histórico do HHI para GRU-América do Norte apresenta-se como mais elevado, se comparado no mesmo período (2006-2016) com GRU-Europa. Não se observa ampliação da concorrência nesses dois mercados de transporte aéreo de passageiros e, em sentido oposto, houve certa estabilidade nos patamares de concentração de mercado (tendo sido observado ligeiro aumento, quando comparamos os valores de 2016 com aqueles de 2006).

Figura 19: *Market Share* de passageiros transportados (voos regulares e não regulares domésticos / 2006-2016)



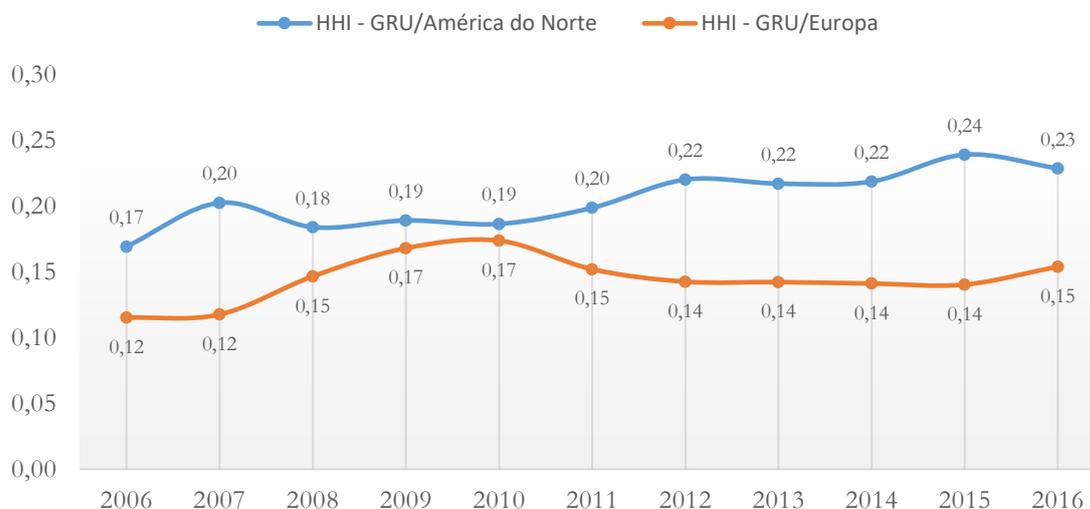
Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do *market share* realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

Figura 20: *Market Share* de passageiros transportados (voos regulares e não regulares internacionais realizados em 2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do *market share* realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

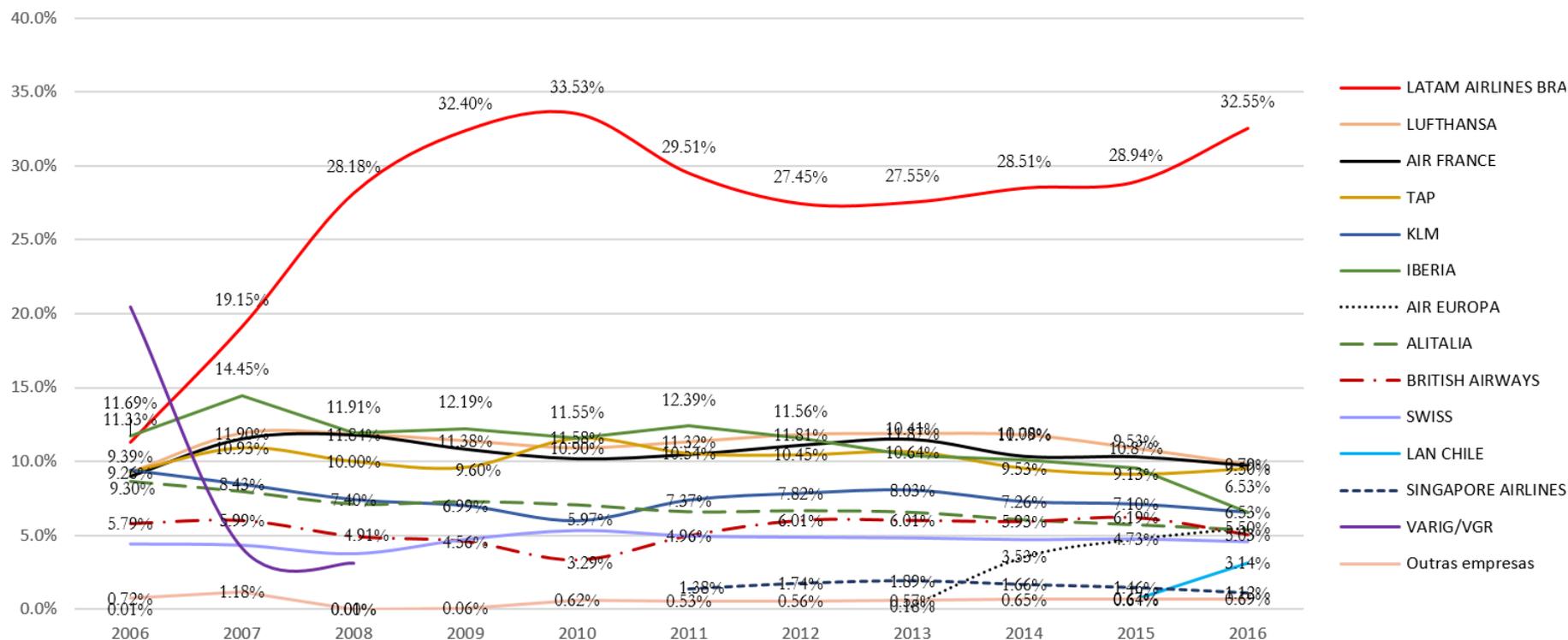
Figura 21: HHI de passageiros transportados entre GRU-Europa e entre GRU-América do Norte (voos regulares e não regulares internacionais / 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do HHI realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

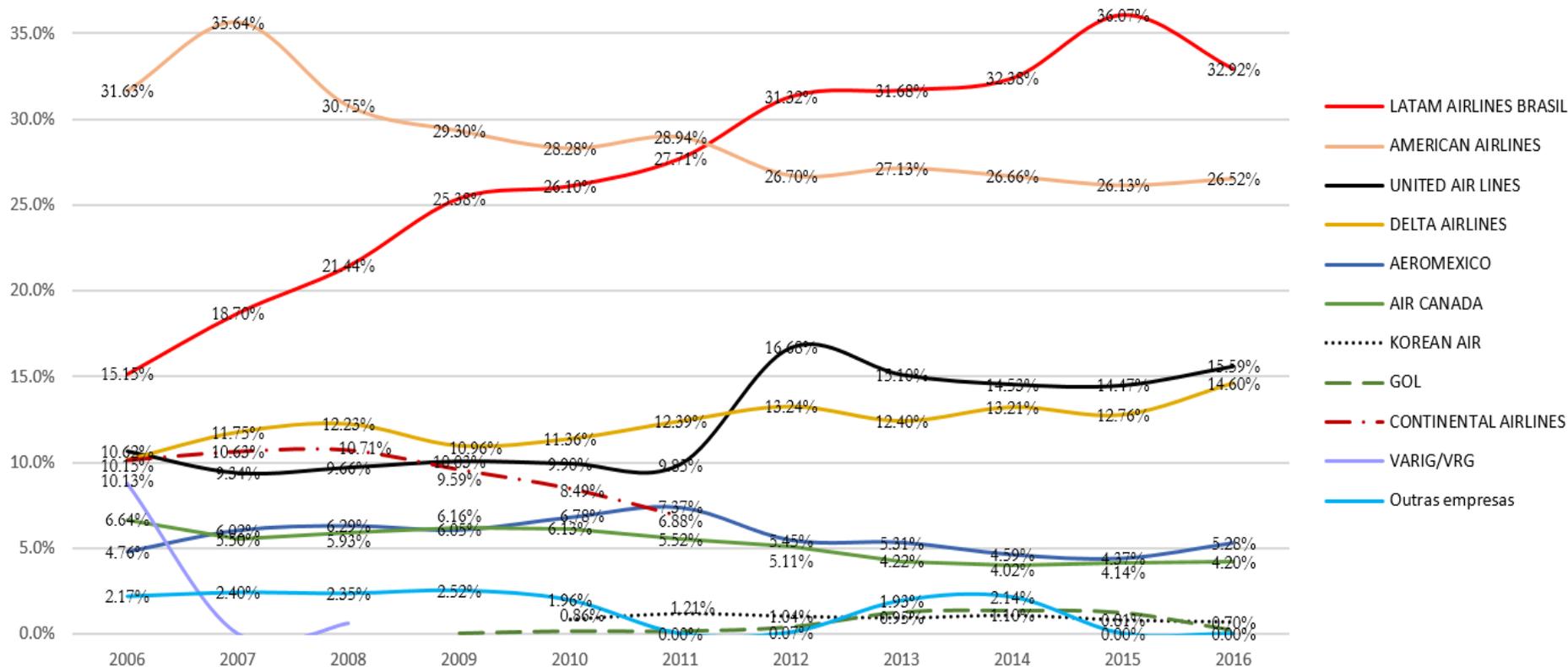
Em 2006, a VARIG aparecia como líder de mercado no transporte de passageiros para a Europa (ver Figura 22), tendo 20,46% de *market share*; enquanto a AMERICAN AIRLINES figurava como maior transportadora de passageiros para a América do Norte (ver Figura 23), detendo 31,63% desse mercado. Além disso, o período 2006-2016 destacou o forte crescimento da LATAM no transporte de passageiros de São Paulo para destinos na Europa e na América do Norte. A empresa já detinha forte presença no mercado doméstico em 2006 e realizou política de inserção em rotas internacionais. Em 2007, passou a liderar o mercado de passageiros GRU-Europa e, em 2012, o mercado GRU-América do Norte. Atualmente, a LATAM detém elevado poder de mercado no transporte de passageiros GRU-Europa, apresentando 32,55% de *market share*. LATAM, LUFTHANSA (9,79%), AIR FRANCE (9,73%) e TAP (9,50%) representam 61,57% do total de passageiros nas rotas Europa-GRU. Convém observar ainda que apenas a LATAM modificou sua participação nesse mercado, tendo as demais empresas permanecido em patamares de participação relativamente estáveis no período 2006-2016.

Figura 22: *Market Share* de passageiros transportados (voos regulares e não regulares internacionais com origem e destino entre Guarulbos/SP e Europa 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do *market share* realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

Figura 23: Market Share de passageiros transportados (voos regulares e não regulares internacionais com origem e destino entre Guarulbos/SP e América do Norte 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do *market share* realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

Quanto ao fluxo de passageiros nas rotas GRU-América do Norte, a LATAM também aparece como líder de mercado atual (com 32,92% de *market share*). Entretanto, nesse cenário, compete diretamente com AMERICAN AIRLINES (26.52%), UNITED AIRLINES (15.59%) e DELTA AIRLINES (14.60%). Esse conjunto das quatro maiores empresas representa 89,63% do mercado. No período 2006-2016 houve forte expansão das atividades da LATAM e, em simultâneo, redução da participação da AMERICAN AIRLINES. A DELTA AIRLINES cresceu, mas em ritmo moderado, e a UNITED AIRLINES passou por um ponto de inflexão em 2012 em virtude da fusão com a CONTINENTAL AIRLINES.

O transporte de passageiros tanto em GRU-Europa quanto em GRU-América do Norte aponta a LATAM como líder de mercado, sendo a única empresa nacional a ter significativa participação nessas regiões. Para além da LATAM, no contexto europeu, temos um total de 12 empresas operando com pelo menos 1% de *market share* (1 empresa alemã, 1 francesa, 1 portuguesa, 1 holandesa, 2 espanholas, 1 italiana, 1 britânica, 1 suíça, 1 chilena e 1 singapuriana. Na América do Norte, o transporte de passageiros é feito pela LATAM e por apenas outras 5 empresas com pelo menos 1% de *market share* (3 estadunidenses, 1 mexicana e 1 canadense).

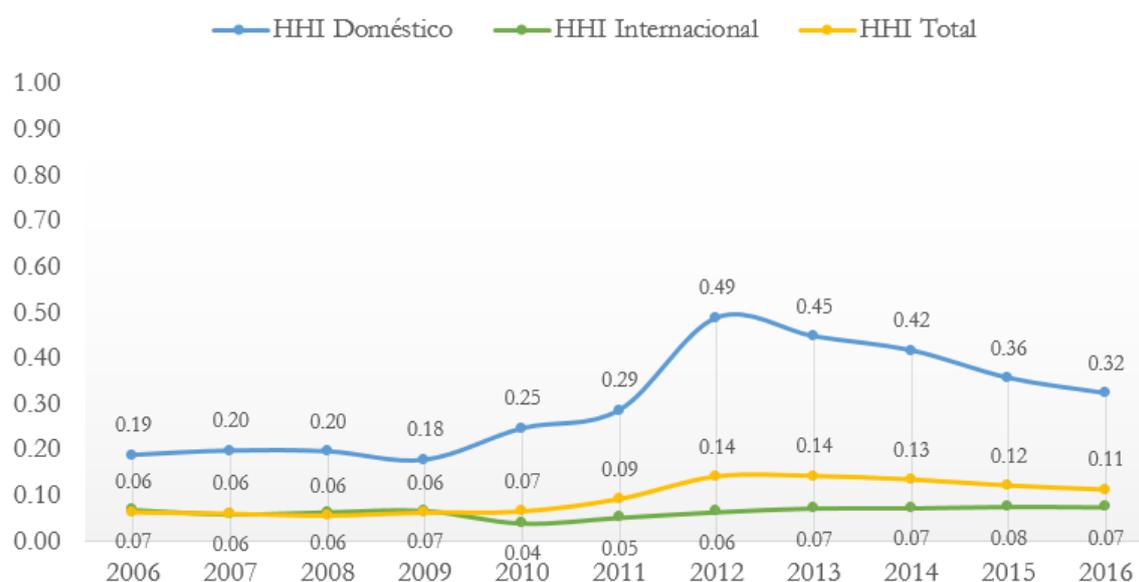
Em suma, o transporte internacional de passageiros passou por mudanças significativas ao longo dessa última década 2006-2016. Cabe reforçar ainda a significativa entrada da AIR EUROPA (com 5,50% de *market share* em 2016 e em crescimento no período 2013-2016) a partir de 2013 no mercado GRU-Europa e a saída da marca CONTINENTAL AIRLINES do mercado GRU-América do Norte a partir de 2012 em virtude da fusão com a UNITED AIRLINES.

Quanto ao cenário do transporte aéreo de cargas, pode-se dizer que este também possui características de concentração, tal como no cenário de passageiros. Em uma observação preliminar, tanto o HHI total (ver Figura 24) como o HHI internacional aparentam ser baixos. Entretanto, uma análise mais acurada, que observa o comportamento do HHI doméstico (que possui níveis elevados), merece ser realizada.

Primeiramente, em relação à movimentação de cargas no contexto doméstico é possível perceber que, comparativamente ao movimento de passageiros, atuamos historicamente (no período recente 2012-2016) em um mercado ainda mais concentrado. Atualmente, o HHI doméstico de cargas encontra-se em 0,32 (altamente concentrado,

segundo o Guia-H do Cade), ao passo que o de passageiros (conforme Figura 18) está e 0,28 (também altamente concentrado). O HHI doméstico de cargas oscilou na última década entre um valor máximo de 0,49 (altamente concentrado) e um mínimo de 0,18 (moderadamente concentrado). Já o de passageiros teve uma variação entre 0,37 (altamente concentrado) e 0,21 (moderadamente concentrado).

Figura 24: HHI de carga transportada (*voos regulares e não regulares domésticos, internacionais e totais / 2006-2016*)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do HHI realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade

Ademais, o histórico do *market share* de cargas domésticas (Figura 25) reflete exatamente o período final de funcionamento do grupo VARIG (que detinha 40,31% do mercado 10 anos atrás) e ascensão do conglomerado LATAM (responsável também pelas movimentações integradas da ABSA/TAM CARGO a partir de 2012). O grupo LATAM/ABSA responde por 46,09% do total de carga transportada domesticamente. A GOL aparece com 27,87%, a AVIANCA com 15,15% e a AZUL com 9,89% em 2016. LATAM/ABSA, GOL, AVIANCA, e AZUL representam 99% do mercado atual.

Houve tendência à concentração na movimentação interna de cargas, tendo sido inclusive reduzido significativamente o número de empresas com pelo menos 0,01% de *market share*: em 2006 eram 16 empresas, enquanto em 2016 são apenas 8. Os níveis de HHI

atingiram o pico de 0,49 (alta concentração segundo o Guia-H do Cade) em 2012 (momento no qual ABSA foi efetivamente incorporada à TAM CARGO).

Quanto ao segmento internacional (ver Figura 26), novamente, para que seja efetiva a avaliação de participação e concentração de mercado, torna-se necessário fracionar a movimentação em submercados de interesse. Para tanto, dois submercados foram definidos: GRU-Europa e GRU-América do Norte (ver Figuras 27 a 29).

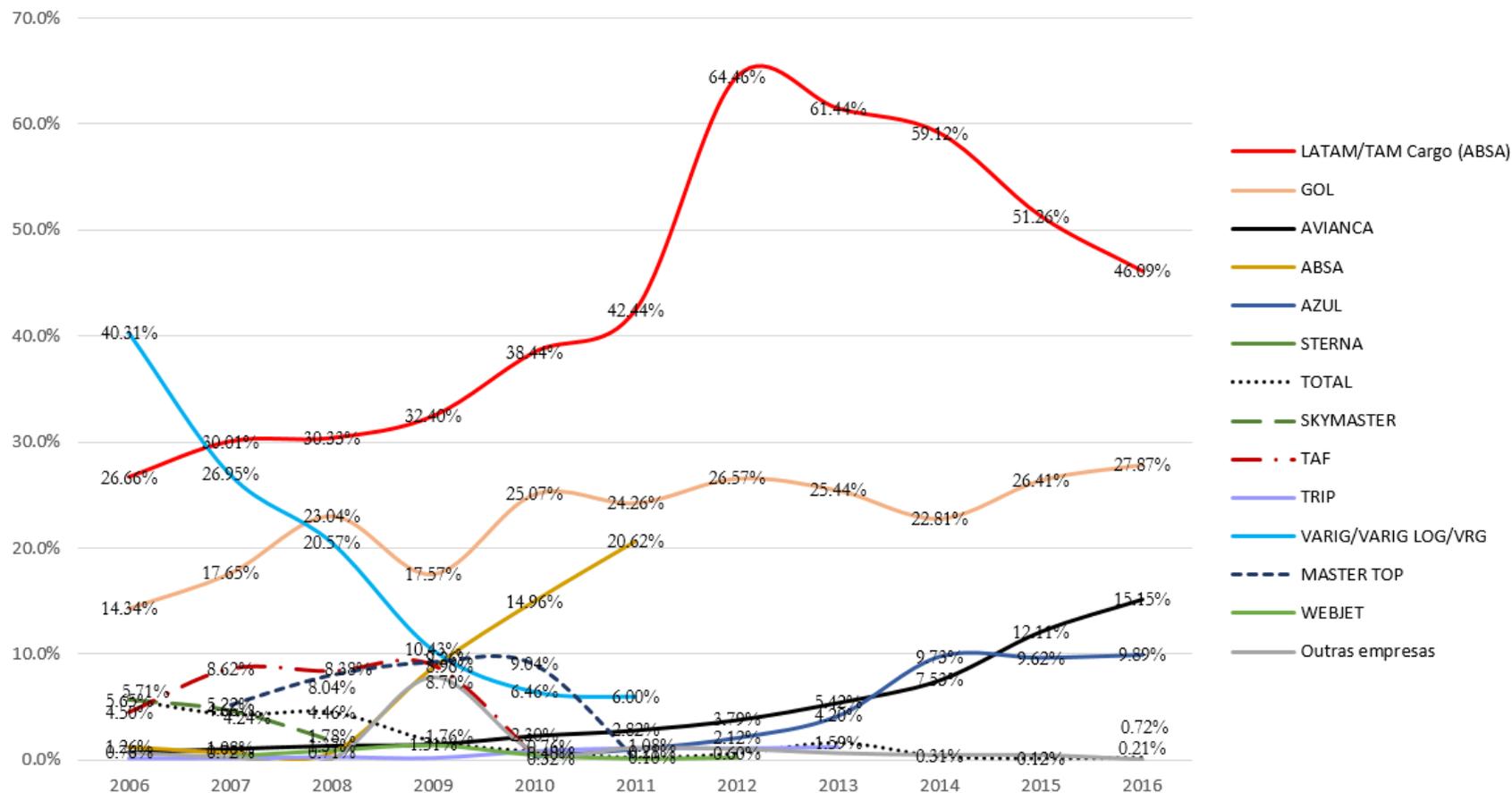
Há um total de 59 empresas no transporte de cargas internacional em âmbito brasileiro. Considerando a movimentação global de cargas, LATAM/TAM Cargo (ABSA) destaca-se com 22,06% de *market share* (vide Figura 26). Sendo a única empresa nacional nesse segmento com abrangência internacional nas principais rotas Brasil-Europa e Brasil-América do Norte, A LATAM/TAM Cargo (ABSA) detém grande poder de mercado.

Suas concorrentes diretas atuam apenas em regiões específicas. Além disso, sua vantagem competitiva vincula-se à capilaridade de distribuição de carga com origem no Brasil para diversos continentes de modo coordenado. Quanto à análise GRU-Europa e GRU-América do Norte, é possível observar na Figura 27 que o HHI para destinos Europeus é historicamente menor.

Houve oscilação ao longo da década, para a Europa, de valores de concentração de 0,11 (pouco concentrado segundo o Guia-H do Cade), em 2007, até 0,19 (moderadamente concentrado) em 2014.

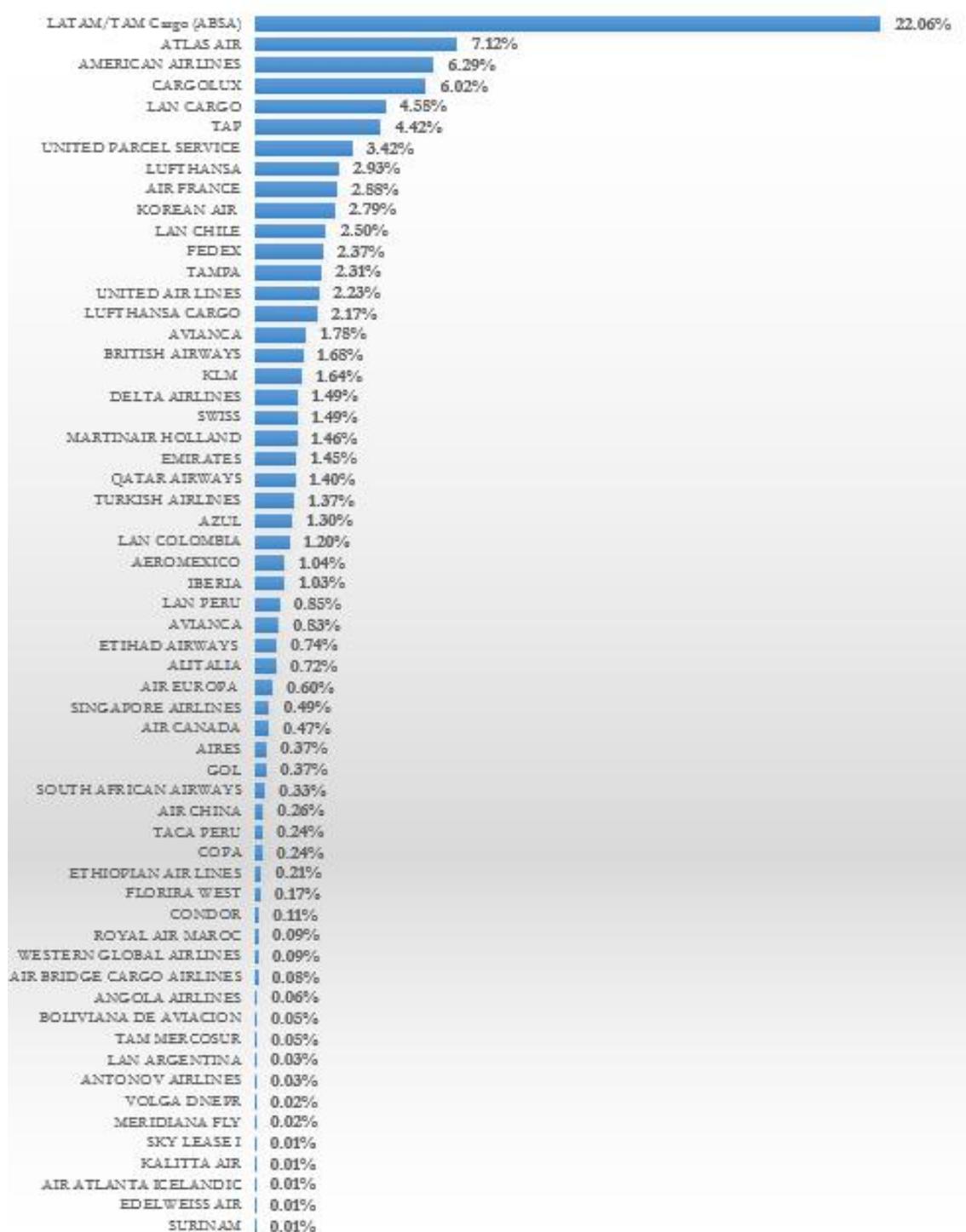
Já na América do Norte, a variação foi de 0,18, em 2006, (moderadamente concentrado) até 0,27 em 2014 (altamente concentrado). Ocorreu queda no grau de concentração em ambos os submercados a partir de 2015, após um fluxo contínuo de ampliação da concentração no período 2010-2014. A LATAM aparece com destaque em ambas as regiões (35,40% na Europa e 33,29% na América do Norte, respectivamente).

Figura 25: *Market Share* de carga transportada (voos regulares e não regulares domésticos / 2006-2016)



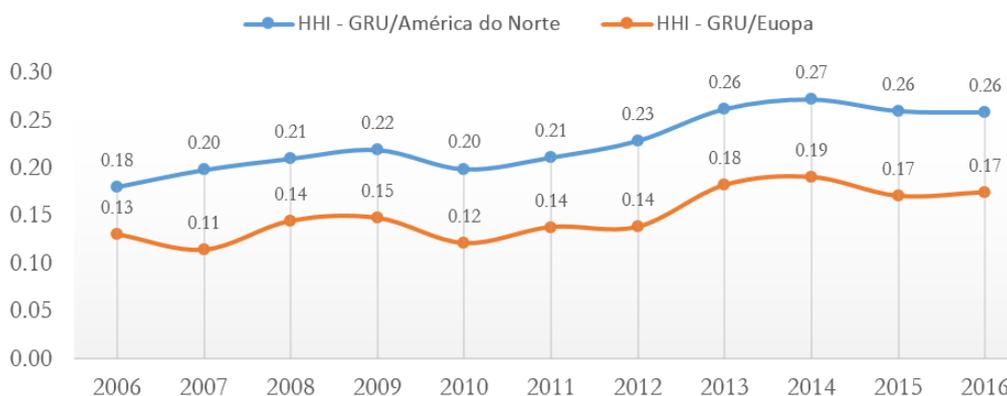
Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do *market share* realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

Figura 26: *Market Share* de carga transportada (voos regulares e não regulares internacionais realizados em 2016)



Fonte: Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do *market share* realizados pelo DEE/Cade.

Figura 27: HHI de carga transportada entre GRU-Europa e entre GRU-América do Norte (voos regulares e não regulares internacionais / 2006-2016)

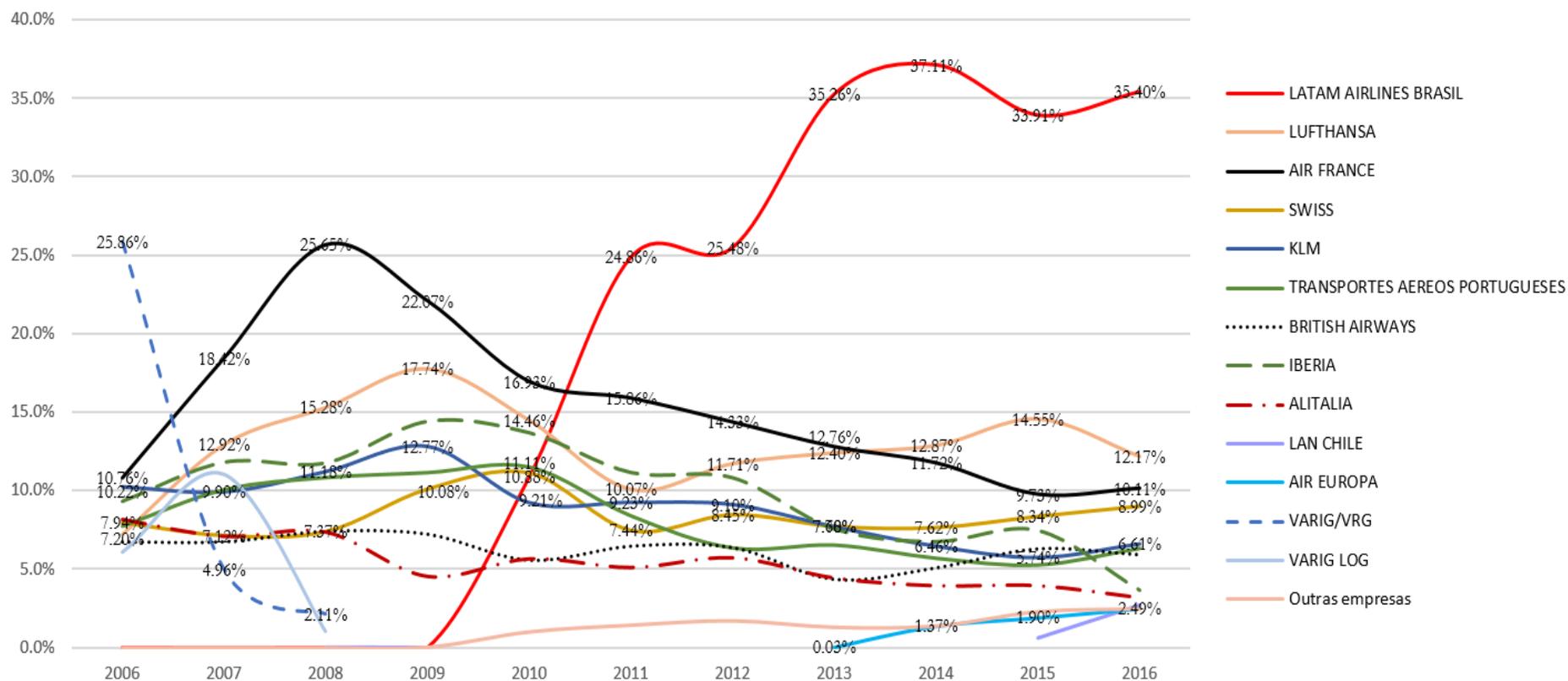


Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do HHI realizados pelo DEE/Cade.

No ambiente europeu (ver Figura 28) há repartição do restante do *market share* entre 16 marcas operantes, sendo 6 delas com participações entre 13% e 5% em 2016: LUFTHANSA (com 12,17%), AIR FRANCE (com 10,11%), SWISS (8,99%), KLM (6,61%), TAP (6,32%) e BRITISH AIRWAYS (5,91%), num total de 16 empresas operantes entre GRU e Europa. Ressalta-se ainda que a AIR FRANCE perdeu participação no transporte de cargas nas rotas GRU-Europa a partir de 2009 (houve uma redução de 59,63% de 2008 até 2016), fato esse acompanhado por LUFTHANSA (queda de 31,79% no período 2009-2016), IBERIA (queda de 74,53% no período 2009-2016) e TAP (queda de 45,18% no período 2010-2016) e ALITALIA (queda de 56,75% no período 2008-2016). Em contrapartida, houve expansão da operação da LATAM no transporte de carga de/para a Europa: a empresa detinha apenas 10,88% desse submercado em 2010 e atualmente possui 35,40% (em 2016) – um crescimento de 225,36%.

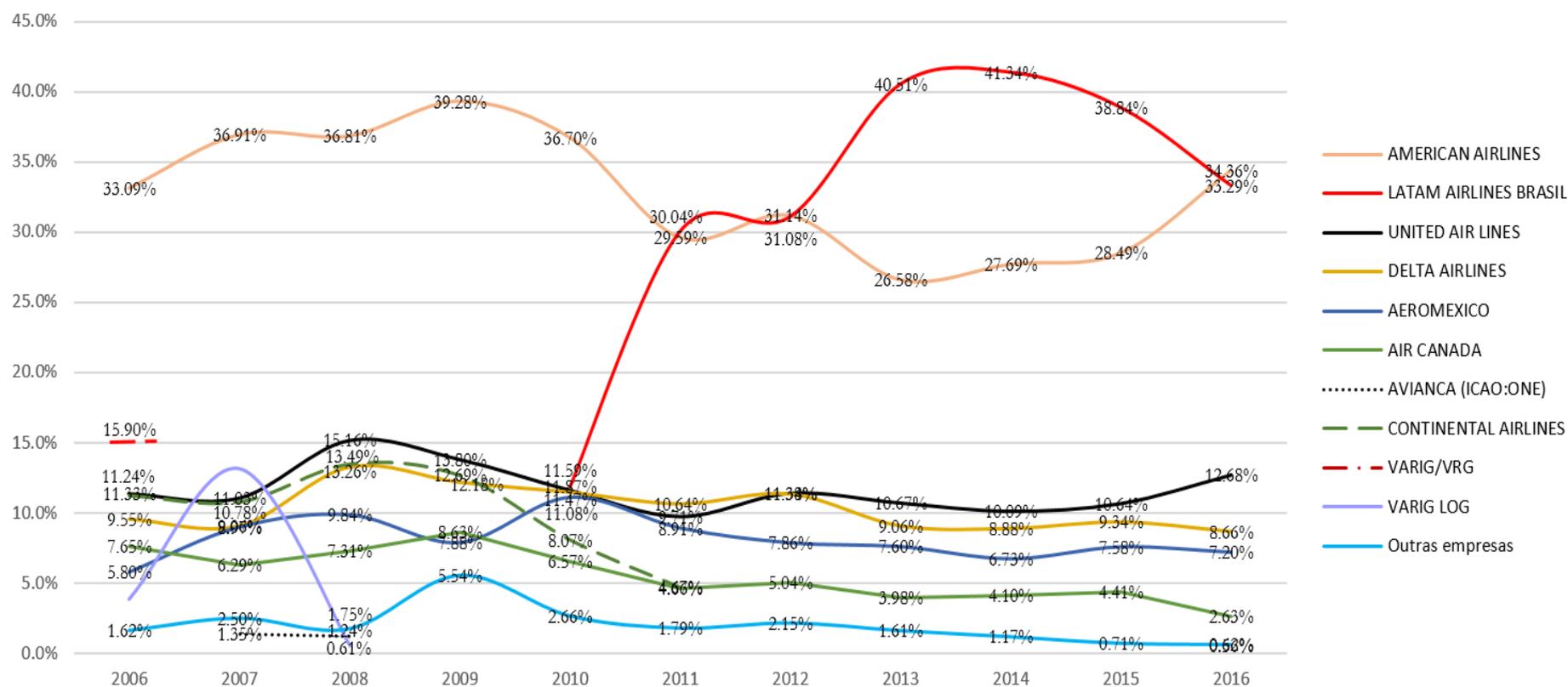
Na América do Norte, o cenário é um pouco diferente. A maior participação de mercado em 2016 foi da AMERICAN AIRLINES, seguida de perto pela LATAM. Desde 2011, essas duas empresas respondem sozinhas por pelo menos 60% desse submercado. A movimentação cargueira é polarizada entre as duas, tendo apresentado movimento de ascensão da AMERICAN AIRLINES e de declínio da LATAM a partir de 2013 (ver Figura 29). Outras 4 empresas apresentam *market shares* relativamente estáveis ao longo da série histórica 2006-2016: UNITED AIR LINES (12,68% em 2016), DELTA AIRLINES (8,66% em 2016), AEROMEXICO (7,20% em 2016) e AIR CANADA (com queda significativa nas operações; 65,62% de 2006 até 2016; mas com representatividade discreta no submercado em análise ao longo do período).

Figura 28: Market Share de carga transportada (voos regulares e não regulares internacionais com origem e destino entre Guarulbos/SP e Europa 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do market share realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

Figura 29: *Market Share* de carga transportada (voos regulares e não regulares internacionais com origem e destino entre Guarulhos/SP e América do Norte 2006-2016)



Fonte: *Dados Estatísticos do transporte aéreo do Brasil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>>, acessado em 5 de maio de 2017. Adaptações e cálculos do *market share* realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

2.2.5. Composição de receitas e custos

A partir da observação das receitas e dos custos no mercado de transporte aéreo, é possível definir o peso global de cada um dos modais aqui em destaque: passageiros e carga. A Tabela 1¹⁶ apresenta a composição das receitas no setor no período 2009-2015¹⁷ e mostra a importância do transporte de passageiros na aviação brasileira: historicamente pelo menos 80% dos ganhos são resultados da comercialização direta de passagens e fretamentos de aeronaves.

De outro lado, cerca de 6% da receita está relacionada com o transporte de carga (ainda que alarguemos o conceito de carga, englobando bagagem e mala postal; em 2015 os impactos das receitas desse modal no setor atingem 8,31% do total. Cabe ainda observar que há certa estabilidade no comportamento da composição das receitas ao longo do tempo, sem ter ocorrido nenhuma alteração significativa no período 2009-2016 ou mudança disruptiva capaz de reordenar as proporções usuais de tipo de receita.

Tabela 1: Composição da receita de voo na indústria aérea (*tipo de receita, 2009-2015*)

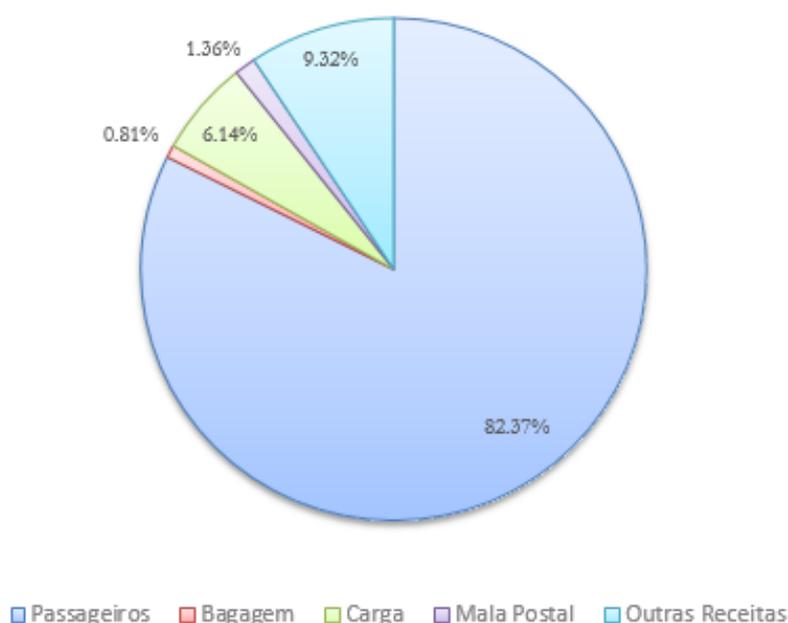
Categoria	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Passageiros	88,64%	86,80%	86,61%	87,20%	86,24%	87,97%	82,37%
Bagagem	0,59%	0,56%	0,69%	0,89%	0,73%	0,78%	0,81%
Carga	7,38%	8,73%	8,20%	6,97%	8,47%	7,82%	6,14%
Mala Postal	0,65%	0,79%	1,11%	1,20%	1,70%	0,14%	1,36%
Outras Receitas (<i>Receitas Auxiliares, Penalidades do Contrato de Transporte Aéreo e outras</i>)	2,75%	3,12%	3,38%	3,73%	2,86%	3,29%	9,32%

Fonte: *Anuário do Transporte Aéreo 2015* (Anac, 2016, p. 183/ Tabela Referente à Figura 8.4).

¹⁶ A Figura 30 apenas mostra os resultados visualmente para facilitar a interpretação.

¹⁷ Os dados apresentados nesta seção (receitas e custos do setor) encontram-se disponíveis no *Anuário do Transporte Aéreo 2015*, disponibilizado pela Anac. Os resultados 2016 não foram apresentados, pois ainda não houve divulgação oficial do *Anuário do Transporte Aéreo 2016*.

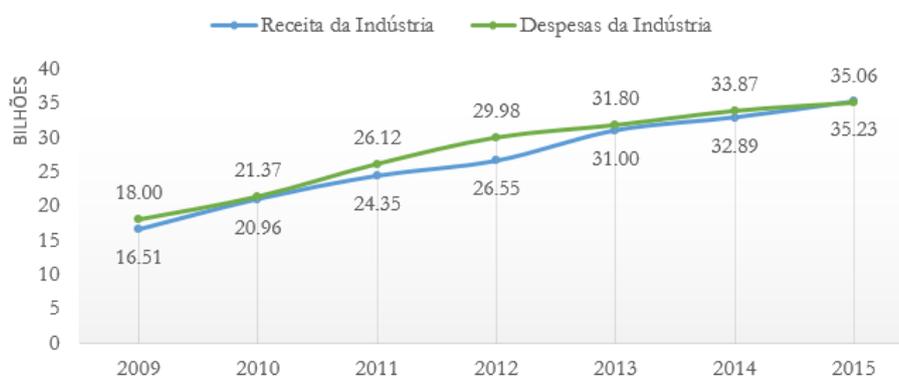
Figura 30: Composição da receita de voo na indústria aérea em 2015



Fonte: *Anuário do Transporte Aéreo 2015* (Anac, 2016, p. 182/ Figura 8.3).

Em 2015, a indústria como um todo auferiu um resultado de receita da ordem de 35,06 bilhões de reais (consultar Figura 31). Com um crescimento de 7,12% em relação a 2014, a taxa de crescimento foi menor do que aquelas do período 2009-2012, onde observamos taxas de até dois dígitos de ampliação anual de receita (26,92% de aumento no período 2010-2009, 16,21% no período 2011-2010 e 9,03% no período 2012-2011). Resumidamente, houve crescente ampliação das receitas até o ano de 2015, processo esse a ser possivelmente revertido já em 2016, em virtude da queda na oferta e na demanda por serviços aéreos (como observado nas subseções 2.2.1 e 2.2.2 deste Caderno).

Figura 31: Evolução receitas/despesas no transporte aéreo (cargas e passageiros 2009-2015)



Fonte: *Anuário do Transporte Aéreo 2015* (Anac, 2016, p. 181 e 186/ Figuras 8.1 e 8.9).

Ademais, a Figura 31 mostra-nos que os custos da indústria aérea foram maiores que as receitas obtidas ao longo do período 2009-2015. De fato, o setor operou no negativo até 2014. Apenas em 2015 houve reversão dessa tendência, mas ainda assim com margem reduzida de lucro. De acordo com a Anac, as quatro principais empresas nacionais – LATAM, GOL, AZUL e AVIANCA – obtiveram resultados financeiros sistematicamente negativos de 2013 a 2015. Em 2013, houve forte redução do processo de ampliação dos custos (até esse ano foram observados aumentos anuais de custo global de pelo menos 14,78%, enquanto a partir de 2013 foi observada ampliação anual de custos de 6,51% ou menos)¹⁸.

Os custos do setor aéreo brasileiro apresentam-se igualmente aqui decompostos. A Tabela 2¹⁹ aponta que os maiores custos são relacionados aos gastos com combustível (29,46% do total em 2015), à manutenção das aeronaves (21,05% do total em 2015), à gestão de pessoal (15,94% do total em 2015) e a despesas operacionais dos serviços aéreos públicos (13,33% do total em 2015). Para além dessas, é importante ressaltar que, em 2015, 7,26% dos custos eram definidos pela cobrança de tarifas aeroportuárias e de navegação aérea.

Considerando a evolução do peso relativo dos diferentes tipos de custo no custo total da indústria, observa-se que as participações são estáveis. Menção importante faz-se para a não existência de choques externos nos preços dos combustíveis, que inclusive pesaram menos para as empresas em 2015. Por fim, o impacto da burocracia pública (englobando as despesas realizadas com manutenção de aeronaves, tarifas e serviços públicos aeroportuários) reduziu ao longo do período analisado: em 2009, respondia por 26,16% do custo total e, em 2015, passou a responder por 20,60% do total.

Tabela 2: Composição dos custos de voo na indústria aérea (tipo de custo, 2009-2015)

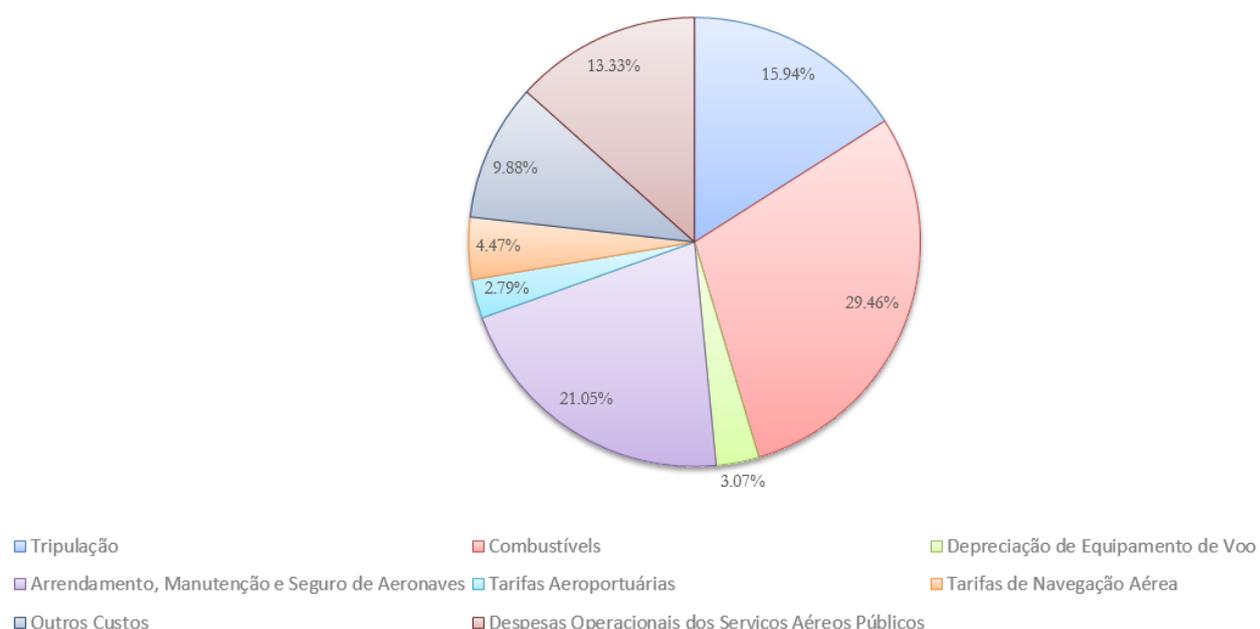
Categoria	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Tripulação	11.78%	12.22%	13.33%	11.45%	9.64%	9.62%	15.94%
Combustíveis	30.10%	33.08%	36.11%	38.77%	37.30%	36.56%	29.46%
Depreciação de Equipamento	3.74%	4.36%	4.32%	3.95%	3.70%	2.73%	3.07%
Arrendamento, Manutenção e Seguro de Aeronaves	19.71%	14.67%	13.07%	14.07%	16.96%	19.75%	21.05%
Tarifas Aeroportuárias	1.84%	1.65%	1.92%	2.34%	2.53%	2.57%	2.79%
Tarifas de Navegação Aérea	3.75%	3.48%	3.20%	3.47%	3.42%	3.31%	4.47%
Outros Custos	8.51%	9.50%	9.12%	8.88%	8.80%	8.76%	9.88%
Despesas Operacionais dos Serviços Aéreos Públicos	20.57%	21.05%	18.93%	17.07%	17.64%	16.71%	13.33%

Fonte: *Anuário do Transporte Aéreo 2015* (Anac, 2016, p. 187 e 188/ Figuras 8.11 e 8.13).

¹⁸ Para maiores informações, consultar o *Anuário do Transporte Aéreo 2015* (Anac, 2016, p. 191/ Figura 8.16).

¹⁹ A Figura 32 apenas mostra os resultados visualmente para facilitar a interpretação.

Figura 32: Composição dos custos de voo na indústria aérea em 2015



Fonte: *Anuário do Transporte Aéreo 2015* (Anac, 2016, p. 181 / Figura 8.11).

2.3. Organização setorial e regulação

A organização da aviação civil brasileira passou por grandes mudanças ao longo da última década²⁰. Do início do funcionamento da agência reguladora do setor em meados de 2006 até a reestruturação promovida, em 2016, já no governo Temer (com a subordinação da Secretaria Nacional de Aviação Civil ao recém-criado Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; houve significativo avanço na construção de um espaço de discussão acerca dos aspectos concorrenciais do mercado de transporte aéreo.

A consolidação da própria Anac durante esses 10 anos muito representou no modelo de coordenação a ser aplicado ao setor: menor interferência direta e criação de condições e estímulos à liberdade tarifária e redução da assimetria de informação com a instituição de espaços de diálogo entre administração pública direta, órgão regulador, agentes

²⁰ Para obter uma relação das principais normas atinentes ao transporte aéreo de passageiros e cargas, no que diz respeito a questões de defesa econômica, consultar a Lista I da seção de anexos. Há também a Lista II, que apresenta bibliografia relevante para o binômio ‘transporte aéreo-concorrência’.

do mercado regulado (concessionárias aeroportuárias públicas e privadas, empresas aéreas, empresas de *handling*, sindicatos e organizações representativas do setor) e cidadãos²¹.

A própria reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com o advento da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, estabeleceu nova dinâmica ao processo de informação de atos de concentração, incluindo aí processos de *interlining*, *code-sharing*, *metal neutrality* e fusões de empresas aéreas que promovam impactos concorrenciais no mercado brasileiro (modais doméstico e internacional) de aviação civil. A mudança da lógica da política da informação sobre atos de concentração – agora *ex-ante* – certamente ampliou a responsabilidade do Cade na defesa da concorrência do setor²² e o fez buscar ainda mais consolidar práticas concorrenciais e ampliar o diálogo entre regulação e defesa da concorrência, para assim não apenas estabelecer parâmetros democráticos de competição, mas também promover ambientes com maior estímulo para a inovação, ampliando assim o excedente econômico dos consumidores dos serviços aéreos.

2.3.1. A administração pública do transporte aéreo

A administração pública brasileira possui a sua gestão estratégica de transporte aéreo inserida na estrutura orgânica do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Através da atuação da Secretaria Nacional de Aviação Civil (SNAC), órgão específico e singular do referido ministério (vide alínea “c” do inciso II do Art. 2º do Anexo ao Decreto nº 9.000, de 8 de março de 2017), é que são coordenadas as políticas setoriais vinculadas aos modais de movimentação de passageiros e cargas. A SNAC tem como competências, no que diz respeito especificamente ao transporte aéreo, as seguintes questões:

²¹ Dois fóruns regulares de gestão do setor foram criados e merecem destaque: o Conselho de Aviação Civil (CONAC), instituído pelo Decreto nº 3.564, de 17 de agosto de 2000, e a Comissão Nacional de Autoridades Aeroportuárias (CONAERO), criada pelo Decreto nº 7.554, de 15 de agosto de 2011. Além disso, a Anac realiza regularmente audiências e consultas públicas, que constituem mecanismos de participação social no processo normativo da regulação aérea brasileira (as informações sobre esses instrumentos encontram-se disponíveis em < <http://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas>>, acessado em 15/12/2017.

²² A criação pelo DEE/Cade de uma série de cadernos temáticos reflete exatamente uma postura pró-ativa da autarquia frente a compreensão, conhecimento, acompanhamento e divulgação das condições de concorrência em mercados relevantes, como é o caso do transporte aéreo de passageiros e cargas.

“assessorar [...] na coordenação e supervisão dos órgãos e entidades do sistema de aviação civil; propor, implementar e monitorar a política nacional de transportes do setor de aviação civil [...]; participar da formulação e implementação do planejamento estratégico [...], relativo ao setor de aviação civil [...]; a celebração de instrumentos de cooperação técnica e administrativa envolvendo o setor de aviação civil [...]; monitorar as parcerias com a iniciativa privada relativas ao setor de aviação civil [...]; acompanhar a implementação, propor a atualização e promover a integração da política nacional de aviação civil, com as diversas esferas de Governo e com a sociedade civil” (ver art. 16 do Anexo ao Decreto nº 9.000, de 8 de março de 2017).

Em sua estrutura interna, a SNAC contempla o Departamento de Políticas Regulatórias, que assume papel relevante em assuntos concorrências, pois compete a ele, em especial:

“propor políticas e diretrizes para estímulo ao desenvolvimento, à concorrência, à expansão e à sustentabilidade ambiental dos serviços aéreos domésticos e internacionais; [...] avaliar os resultados da execução de políticas, planos, programas e projetos referentes aos serviços aéreos [...]; e acompanhar e analisar o desempenho do setor de transporte aéreo com vistas à proposição de políticas e diretrizes que incentivem a eficiência econômica, a prestação adequada dos serviços aéreos e o desenvolvimento da aviação civil [...]” (ver art. 20 do Anexo ao Decreto nº 9.000, de 8 de março de 2017).

De modo transversal, atuam ainda outros órgãos públicos, em assuntos de competência vinculada ao transporte aéreo, mas sem, sobretudo, definir diretrizes. Nesse contexto, há forte interface para a construção da coordenação pública do transporte aéreo e de sua regulação, as diretrizes e recomendações emanadas pelo Comando da Aeronáutica do Ministério da Defesa, personificado aqui simplificada e no Departamento de Controle do Espaço Aéreo (Decea), que é o órgão responsável pelo planejamento, gerenciamento e controle do tráfego aéreo brasileiro; e no Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (Cenipa), que responde pela investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos. Importante ressaltar que as deliberações de segurança e de funcionamento do espaço aéreo impactam diretamente na operação das empresas de aviação comercial, sendo assim necessário compreender que não é possível dissociar o transporte regular e não-regular de passageiros e cargas das questões de funcionamento e manutenção do espaço aéreo brasileiro.

Nesse mesmo contexto, aparece a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), que também exerce impactos diretos na operação de transporte aéreo de passageiros e cargas. A infraestrutura dos aeroportos pode inclusive atuar como barreira à entrada ou mesmo impedir a expansão das atividades de determinadas empresas em certas regiões (certas aeronaves possuem restrições de operação em determinados aeroportos por não existência de condições mínimas de uso de pista, processamento de passageiros, tratamento de cargas e existência de serviços de fiscalização de migração e controles fitossanitários e fiscais (no caso de aeroportos internacionais)²³.

2.3.2. A regulação dos serviços

A autoridade de aviação civil brasileira responsável pela normatização e fiscalização das atividades relacionadas ao transporte aéreo de passageiros e cargas é a Anac. Instituída pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e regulamentada pelo Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006, começou a funcionar em 2006, em substituição ao Departamento de Aviação Civil (DAC) do Comando da Aeronáutica do Ministério da Defesa. Possui vinculação ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e, por ser uma autarquia em regime especial, possui autonomia em suas decisões. Atua nas mais diversas áreas da aviação (atividades de certificação, fiscalização, normatização e representação institucional no campo da aviação civil) e, especificamente, no que diz respeito à defesa e promoção da concorrência no setor, deverá aproximar-se tecnicamente dos órgãos do SBDC para celebrar convênios (ver art. 8º do Anexo I ao Decreto 5.731/2006)²⁴. Além disso, segundo esse mesmo art. 8º, em seu parágrafo único, a ANAC, ao

²³ Há também a participação de agentes privados na operação de aeroportos. Tal operação também influencia o comportamento e a estratégia das empresas aéreas, podendo inclusive gerar estímulos ou mesmo desincentivos à operação. A lista completa das concessionárias privadas de aeroportos brasileiros encontra-se disponível na nota de rodapé nº 1 deste caderno.

²⁴ Há a acordo de cooperação técnica vinculado ao processo nº 60800.062970/2009-51 assinado em 03/12/2009 entre Anac e Cade com o objetivo de “empreender ações conjuntas voltadas para a promoção da concorrência e para a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, no tocante às atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária” (vide D.O.U., seção 3, página 10, de 5 de janeiro de 2010). Tal instrumento é válido por prazo indeterminado.

“tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades [do SBDC], para que adotem as providências cabíveis”.

Para além disso, a consolidação da Anac representou também um marco na consecução de uma política de liberdade tarifária. Conforme preceitua a Lei nº 11.182/2005, que em seu Art. 49 refere que “na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária [...] [, podendo] as concessionárias ou permissionárias [...] determinar suas próprias tarifas”. Em 2012, o então diretor-presidente da Anac disse que:

“o regime de liberdade tarifária do transporte aéreo doméstico é um dos pilares da concorrência e vem proporcionando a diversificação dos serviços aéreos, a redução de preços, a inclusão social e o crescimento do setor. Cada vez mais pessoas viajam de avião pela primeira vez, aproveitando os baixos preços e as inúmeras promoções. Aquelas que já utilizavam o serviço estão voando ainda mais. Os dados estatísticos revelam que a demanda praticamente triplicou na última década e os preços caíram à metade” (Guaranys, 2012).

Dessa maneira, regulação e competição caminham então no mesmo sentido. É objetivo deste caderno ampliar essa sinergia para assim promover a cultura da defesa da concorrência no mercado de transporte de passageiros e cargas.

2.4. Implicações concorrenciais

De modo objetivo, iremos apresentar nesta subseção uma avaliação das barreiras à entrada e à operação de empresas aéreas no mercado brasileiro, bem como sintetizaremos em um quadro-resumo as características gerais de concorrência no transporte de passageiros e cargas, em conformidade com toda a contextualização apresentada ao longo deste capítulo.

2.4.1. Barreiras à entrada e à operação

Quanto às barreiras à entrada e à operação, podemos destacar dois tipos: (i) um relacionado a questões de caráter legal e outro (ii) à infraestrutura aeroportuária.

Em relação ao primeiro tipo, há restrição para a concessão de exploração de serviços aéreos públicos. Os Artigos 180 e 181 do CBA (Lei nº 7.565/1986) apregoam que:

“Art. 180. A exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados”.

Art. 181. A concessão somente será dada à pessoa jurídica brasileira que tiver:

I - sede no Brasil;

II - pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto, pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social;

III - direção confiada exclusivamente a brasileiros.

[...]”

Ressalta-se que, no momento presente, há discussões no parlamento sobre essa questão e que atuam no sentido de acabar com as imposições presentes no Art. 181 do CBA. O Projeto de Lei nº 7.425/2017²⁵ tenta equacionar os problemas advindos dessa política restritiva de acesso ao mercado, conforme bem contextualizado pelos Ministros de Estado do Turismo e dos Transportes, Pertos e Aviação; Marx Beltrão e Maurício Quintella, respectivamente, que na exposição de motivos do referido projeto de lei, datada de 12 de abril de 2017, dizem, nos itens 21 a 23, o seguinte sobre a questão das limitações à participação de capital estrangeiro para a constituição de empresas aéreas:

“21. O presente Projeto de Lei também altera o art. 181 do CBA para eliminar o limite de até 20% (vinte por cento) de participação de capital estrangeiro com direito a voto em empresas que prestam serviços aéreos públicos. A eliminação desse limite de participação de capital estrangeiro com direito a voto justifica-se, por um lado, porque sua permanência faz com que o Brasil seja um dos países mais fechados a investimentos estrangeiros no setor aéreo. Segundo informações do Banco Mundial, apenas países como Arábia Saudita, Etiópia, Haiti e Venezuela mostram-se mais restritivos à participação de investidores estrangeiros nesse setor – nesses países o capital estrangeiro com direito a voto não é permitido, ao passo que em alguns países sul-americanos, como Chile, Colômbia e Bolívia, permite-se até 100% (cem por cento) de controle acionário por investidores estrangeiros em empresas aéreas nacionais. Por outro lado,

²⁵ Consultar andamento no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2129730>>, acessado em 26/12/2017.

tal limite ainda faz com que o transporte aéreo seja o setor da economia brasileira mais restritivo a investimentos estrangeiros. Nesse sentido é importante mencionar que setores relevantes como hospitalar, aeroportos, portos, ferrovias, telecomunicações, energia elétrica, saneamento básico, construção, turismo, varejo, mineração, óleo e gás, agricultura, manufaturas leves, bancos e seguros permitem a participação de até 100% de capital estrangeiro com direito a voto.

22. É importante destacar que não se trata, com esta proposta de Projeto de Lei, de garantir a exploração do mercado doméstico brasileiro a empresas aéreas estrangeiras. Empresas constituídas em outros países continuarão impedidas de realizar a chamada “cabotagem” – ou seja, o transporte aéreo de passageiros, carga e correio entre pontos no Brasil. Como observado na minuta normativa, a exploração de serviços aéreos públicos somente será dada à pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil. Deste modo, para que uma empresa aérea estrangeira queira explorar serviços aéreos públicos no país, ela deverá constituir uma filial em território brasileiro e operar conforme a legislação pátria.

23. Dentre os resultados esperados a partir da abertura do setor aéreo ao capital estrangeiro, incluem-se o aumento da competição e a desconcentração do mercado doméstico, o aumento da quantidade de cidades e rotas atendidas pelo transporte aéreo regular, a redução do preço médio das passagens, o aprimoramento de técnicas gerenciais e a incorporação de novas tecnologias no processo de gestão das empresas, a diversificação de serviços e produtos e uma melhor conectividade da malha aérea doméstica com voos internacionais”.

O segundo tipo refere-se, como já mencionado transversalmente na subseção 2.3.1, a questões de infraestrutura aeroportuária. Nesse grupo estão as seguintes categorias de barreiras: (i) facilitação de acesso a infraestrutura aeroportuária a determinadas empresas aéreas, em detrimento a outras 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.

2.4.2. Características gerais de concorrência no transporte aéreo

O crescimento acelerado da oferta e da demanda por transporte aéreo (tanto no modal ‘passageiros’ quanto no modal ‘cargas’), durante o período 2006-2016, contrasta com a nítida retração da oferta e da demanda pós-2015. O mercado de aviação exerce um papel

crucial no progresso de um país e, por ter experimentado acelerado crescimento nos últimos anos, torna-se, sem dúvidas, motivo de interesse para avaliação de impactos concorrenciais por parte do Cade. Enfim, forte ampliação da demanda em um ambiente de alta concentração traz preocupações significativas para a defesa econômica brasileira.

Após termos bem compreendido a organização pública e de regulação do setor e ter observado as limitações de acesso a mercados de transporte aéreo de passageiros e cargas, apresenta-se a o quadro-resumo (Tabela 3), contendo o resultado consolidado das discussões antitruste – realizadas na seção 2.1 deste capítulo – sobre oferta, demanda, capacidade ociosa, concorrência e competição no âmbito da aviação civil.

Em resumo, lidar com a avaliação do mercado aéreo significa lidar com um mercado em crise financeira (operação com déficits contábeis no período 2009-2015) e com índices moderados/altos de concentração. Embora venha reduzindo essa concentração em suas rotas domésticas no transporte de passageiros, traz preocupações concorrenciais em seus principais mercados externos (as rotas GRU-Europa e GRU-América do Norte) – tanto para o transporte de passageiros quanto para o de cargas – e no mercado de cargas doméstico.

Dessa forma, atuar em defesa da concorrência foi (e continua a ser) crucial. Tratar diretamente da atuação histórica do Cade nos assuntos afetos ao transporte aéreo torna-se então condição necessária para bem compreender as estratégias de análise de atos de concentração e de condutas anticompetitivas nesse mercado, bem como para promover a discussão e consolidar assim os posicionamentos econômicos desta autarquia antitruste, tornando transparentes as decisões efetuadas e construindo um arcabouço teórico para futuras análises e estudos de concorrência sobre aviação brasileira.

Tabela 3: Avaliação global das condições de competição entre empresas no mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas

Mercado	Dimensões de Análise											Resultados financeiros
	Oferta			Demanda			Capacidade ociosa		Concorrência e competição			
	Doméstica	Internacional	Total	Doméstica	Internacional	Total	Doméstico	Internacional	Doméstica	Internacional	Total	
Transporte de passageiros	<p><i>Período 2006-2016:</i> ✓ Crescimento de 94,76% no ASK;</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> ✓ Crescimento de 97,46% no ASK;</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> ✓ Crescimento de 96,32% no ASK;</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> ✓ Crescimento de 105,32% no n° de passageiros transportados; ✓ Crescimento de 119,44% no RPK;</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> ✓ Crescimento de 93,43% no n° de passageiros transportados; ✓ Crescimento de 95,30% no RPK;</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> ✓ Crescimento de 102,94% no n° de passageiros transportados; ✓ Crescimento de 104,60% no RPK;</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> ✓ Crescimento de 12,92% da ocupação de aeronaves (RPK/ASK);</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> ✓ Redução de 0,62% da ocupação de aeronaves (RPK/ASK);</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> Redução do HHI em 20%; Redução do Market Share das 2 maiores empresas em 18,31%; Redução de 63,63% no n° de empresas;</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> Aumento do HHI total em 50%; Aumento do HHI GRU-Europa em 25%; Aumento do HHI GRU-América do Norte em 35,29%; Aumento do Market Share GRU-Europa das 2 maiores empresas em 31,69%; Aumento do Market Share GRU-América do Norte das 2 maiores empresas em 27,09%; Redução de 7,14% no n° de empresas que operam em GRU-Europa; Redução de 20% no n° de empresas que operam em GRU-América do Norte;</p>	<p><i>Período 2006-2016:</i> Redução do HHI em 12%;</p>	Resultados negativos no período 2009-2015
	<p><i>Período 2015-2016:</i> ✓ Redução de 5,93% no ASK.</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> ✓ Redução de 6,58% no ASK.</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> ✓ Redução de 6,31% no ASK.</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> ✓ Redução de 7,79% no n° de passageiros transportados; ✓ Redução de 5,65% no RPK.</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> ✓ Redução de 3,05% no n° de passageiros transportados; ✓ Redução de 3,56% no RPK.</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> ✓ Redução de 6,92% no n° de passageiros transportados; ✓ Redução de 4,43% no RPK.</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> ✓ Redução de 0,23% da ocupação de aeronaves (RPK/ASK).</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> ✓ Crescimento de 3,45% da ocupação de aeronaves (RPK/ASK).</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> Redução do HHI em 3,44%. Redução do Market Share das 2 maiores empresas em 3,84%; Manutenção do n° de empresas.</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> Aumento do HHI total em 12,5%; Aumento do HHI GRU-Europa em 7,14%; Redução do HHI GRU-América do Norte em 4,16%; Aumento do Market Share GRU-Europa das 2 maiores empresas em 6,35%; Redução do Market Share GRU-América do Norte das 2 maiores empresas em 4,43%; Manutenção do n° de empresas que operam em GRU-Europa; Manutenção do n° de empresas que operam em GRU-América do Norte.</p>	<p><i>Período 2015-2016:</i> Redução do HHI em 4,34%.</p>	
							<p>Load Factor (RPK/ASK) 2006: 70,86% 2015: 79,83% 2016: 80,02%</p>	<p>Load Factor (RPK/ASK) 2006: 81,99% 2015: 78,76% 2016: 81,48%</p>	<p>HHI HHI 2006: 0,35 (concentração alta) HHI 2015: 0,29 (concentração alta) HHI 2016: 0,28 (concentração alta)</p> <p>Market Share agregado (2 maiores empresas) 2006: 81,34% 2015: 69,10% 2016: 66,44%</p> <p>N° de empresas 2006: 22 2015: 8 2016: 8</p>	<p>HHI GRU-Europa HHI 2006: 0,12 (concentração baixa) HHI 2015: 0,14 (concentração baixa) HHI 2016: 0,15 (concentração moderada)</p> <p>HHI GRU-América do Norte HHI 2006: 0,17 (concentração moderada) HHI 2015: 0,24 (concentração moderada) HHI 2016: 0,23 (concentração moderada)</p> <p>HHI Total HHI 2006: 0,06 (concentração baixa) HHI 2015: 0,08 (concentração baixa) HHI 2016: 0,09 (concentração baixa)</p> <p>Market Share agregado GRU-Europa (2 maiores empresas) 2006: 32,15% 2015: 39,81% 2016: 42,34%</p> <p>Market Share agregado GRU-América do Norte (2 maiores empresas) 2006: 46,77% 2015: 62,20% 2016: 59,44%</p> <p>Market Share agregado Total (2 maiores empresas) 2006: 33,41% 2016: 33,41%</p> <p>N° de empresas GRU-Europa 2006: 14 2015: 13 2016: 13</p> <p>N° de empresas GRU-América do Norte 2006: 10 2015: 8 2016: 8</p> <p>N° de empresas Total 2006: 51</p>		

Mercado	Dimensões de Análise											Resultados financeiros
	Oferta			Demanda			Capacidade ociosa		Concorrência e competição			
	Doméstica	Internacional	Total	Doméstica	Internacional	Total	Doméstico	Internacional	Doméstica	Internacional	Total	
Transporte de cargas	<u>Período 2006-2016:</u> ✓ Crescimento de 31,78% no ATK;	<u>Período 2006-2016:</u> ✓ Crescimento de 122,16% no ATK;	<u>Período 2006-2016:</u> ✓ Crescimento de 109,54% no ATK;	<u>Período 2006-2016:</u> ✓ Crescimento de 2,5% no quantitativo de carga paga transportada; ✓ Redução de 49,67% no RTK;	<u>Período 2006-2016:</u> ✓ Crescimento de 17,70% no quantitativo de carga paga transportada; ✓ Crescimento de 4,96% no RTK;	<u>Período 2006-2016:</u> ✓ Crescimento de 12,48% no quantitativo de carga paga transportada; ✓ Redução de 13,41% no RTK;	<u>Período 2006-2016:</u> ✓ Redução de 61,73% da ocupação em peso das aeronaves (RTK/ATK);	<u>Período 2006-2016:</u> ✓ Redução de 53,21% da ocupação em peso das aeronaves (RTK/ATK);	<u>Período 2006-2016:</u> Aumento do HHI em 68,42%; Aumento do <i>Market Share</i> das 2 maiores empresas em 10,42%; Redução de 50% no nº de empresas;	<u>Período 2006-2016:</u> Manutenção do HHI Total; Aumento do HHI GRU-Europa em 30,76%; Aumento do HHI GRU-América do Norte em 44,44%; Aumento do <i>Market Share</i> GRU-Europa das 2 maiores empresas em 29,86%; Aumento do <i>Market Share</i> GRU-América do Norte das 2 maiores empresas em 38,06%; Aumento de 23,07% no nº de empresas que operam em GRU-Europa; Redução de 9,09% no nº de empresas que operam em GRU-América do Norte;	<u>Período 2006-2016:</u> Aumento do HHI em 83,33%;	Resultados negativos no período 2009-2015
	<u>Período 2015-2016:</u> ✓ Redução de 14,57% no ATK.	<u>Período 2015-2016:</u> ✓ Redução de 4,95% no ATK.	<u>Período 2015-2016:</u> ✓ Redução de 5,92% no ATK.	<u>Período 2015-2016:</u> ✓ Redução de 5,42% no quantitativo de carga paga transportada; ✓ Redução de 18,42% no RTK.	<u>Período 2015-2016:</u> ✓ Redução de 4,87% no quantitativo de carga paga transportada; ✓ Redução de 1,82% no RTK.	<u>Período 2015-2016:</u> ✓ Redução de 5,04% no quantitativo de carga paga transportada; ✓ Redução de 5,45% no RTK.	<u>Período 2015-2016:</u> ✓ Redução de 4,20% da ocupação em peso das aeronaves (RTK/ATK).	<u>Período 2015-2016:</u> ✓ Aumento de 3,09% da ocupação em peso das aeronaves (RTK/ATK).	<u>Período 2015-2016:</u> Redução do HHI em 11,11%; Redução do <i>Market Share</i> das 2 maiores empresas em 4,78%; Redução de 11,11% do nº de empresas	<u>Período 2015-2016:</u> Redução do HHI total em 12,5%; Manutenção do HHI GRU-Europa; Manutenção do HHI GRU-América do Norte; Redução do <i>Market Share</i> GRU-Europa das 2 maiores empresas em 1,83%; Aumento do <i>Market Share</i> GRU-América do Norte das 2 maiores empresas em 0,47%; Aumento em 14,28% no nº de empresas que operam em GRU-Europa; Aumento em 11,11% no nº de empresas que operam em GRU-América do Norte.	<u>Período 2015-2016:</u> Aumento do HHI em 83,33%.	
						<u>Load Factor (RTK/ATK)</u> 2006: 14,87% 2015: 5,94% 2016: 5,69%	<u>Load Factor (RTK/ATK)</u> 2006: 4,98% 2015: 2,26% 2016: 2,33%	HHI HHI 2006: 0,19 (<i>concentração moderada</i>) HHI 2015: 0,36 (<i>concentração alta</i>) HHI 2016: 0,32 (<i>concentração alta</i>)	HHI HHI 2006: 0,19 (<i>concentração moderada</i>) HHI 2015: 0,17 (<i>concentração moderada</i>) HHI 2016: 0,17 (<i>concentração moderada</i>) HHI GRU-América do Norte HHI 2006: 0,18 (<i>concentração moderada</i>) HHI 2015: 0,26 (<i>concentração alta</i>) HHI 2016: 0,26 (<i>concentração alta</i>)	HHI HHI 2006: 0,06 (<i>concentração baixa</i>) HHI 2015: 0,06 (<i>concentração baixa</i>) HHI 2016: 0,11 (<i>concentração baixa</i>)		
								<u>Market Share agregado (2 maiores empresas)</u> 2006: 66,97% 2015: 77,67% 2016: 73,95%	<u>Market Share agregado GRU-Europa (2 maiores empresas)</u> 2006: 36,63% 2015: 48,46% 2016: 47,57%	<u>Market Share agregado GRU-América do Norte (2 maiores empresas)</u> 2006: 49,00% 2015: 67,33% 2016: 67,65%		
								<u>Nº de empresas</u> 2006: 16 2015: 9 2016: 8	<u>Market Share agregado Total (2 maiores empresas)</u> 2006: 29,18%	<u>Nº de empresas GRU-Europa</u> 2006: 13 2015: 14 2016: 16		
									<u>Nº de empresas GRU-América do Norte</u> 2006: 11 2015: 9 2016: 10	<u>Nº de empresas Total</u> 2016: 59		

3. Defesa da concorrência aplicada ao mercado de transporte aéreo no Brasil

Realizado, no capítulo 2, o detalhamento das características econômicas de competição no mercado de transporte aéreo brasileiro, passa-se agora então para a discussão sobre a aplicação do instituto da defesa da concorrência na aviação civil, papel esse exercido pelo Cade em todo o território nacional.

Em linhas gerais, o presente capítulo tratará sobre as principais questões relacionadas ao binômio “concorrência-transporte aéreo” e tentará apresentar criticamente a evolução das análises do Cade sobre o tema. Para tanto, foram aqui considerados todos os procedimentos administrativos para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica que guardam relação com a temática “transporte aéreo de passageiros e cargas” instaurados e julgados/decididos no período 1994-2017²⁶.

Primeiramente, o presente capítulo devotará especial atenção em compreender como o Cade construiu algumas das principais definições em matéria de concorrência nesse setor. Para tanto, serão apresentados, na seção 3.1, dois debates centrais: um sobre a delimitação de mercado relevante em casos relacionados ao transporte aéreo de passageiros e cargas e outro sobre as implicações competitivas vinculadas ao exercício de poder de mercado, às barreiras de entrada e às possíveis eficiências econômicas geradas.

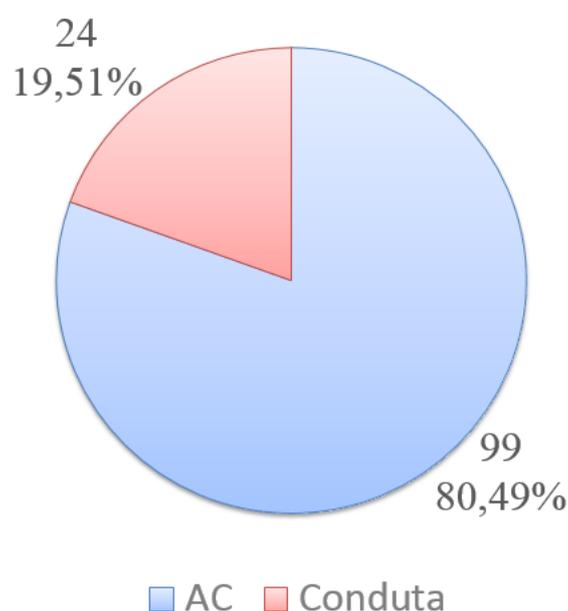
Para além desses aspectos gerais, serão apresentadas também duas outras seções que detalham a evolução dos julgados do Cade em relação a atos de concentração (AC) (ver seção 3.2) e a condutas anticompetitivas (ver seção 3.3). Ao todo, conforme disposto na Figura 33, foram instruídos 123 procedimentos, sendo 99 atos de concentração (AC) em suas mais distintas formas (fusões, aquisições, formação de *joint ventures*, operações de entrada de fundos de investimento no capital social de empresas do setor, modificação de participação societária, acordos de *codeshare*²⁷, participação em alianças globais de aviação comercial,

²⁶ Foram analisados todos os processos que tratavam de assuntos vinculados à aviação civil em seus mais diversos aspectos e dimensões. Para fins de consulta, a Tabela III, da seção de anexos, apresenta uma lista dos processos vinculados a ACs e condutas no transporte aéreo instruídos e decididos até 11 de setembro de 2017.

²⁷ Cabe ressaltar que, a partir da edição da Resolução do Cade nº17/2016, descaracterizou-se a obrigatoriedade de notificação de acordos de *codeshare* como contratos associativos.

integração de programas de fidelidade e *lounge access* e *joint agreements*) e 24 averiguações de condutas anticompetitivas realizadas por empresas do setor – essencialmente sobre prática de preço predatório, enganosidade, combinação de preços, divisão de mercados, redistribuição de *slots*, uso coordenado e indevido de ferramentas de TI, discriminação de remuneração a agências de turismo, discriminação de preços de venda, redução de oferta de voos e apuração de atos de concentração não informados). De forma objetiva, pode-se dizer que 80,49% dos procedimentos realizados no período tiveram relação com atos de concentração no mercado, enquanto 19,51% desse total relaciona-se com apurações de atos anticoncorrenciais.

Figura 33: Procedimentos instruídos em assuntos do transporte aéreo (1994-2017)



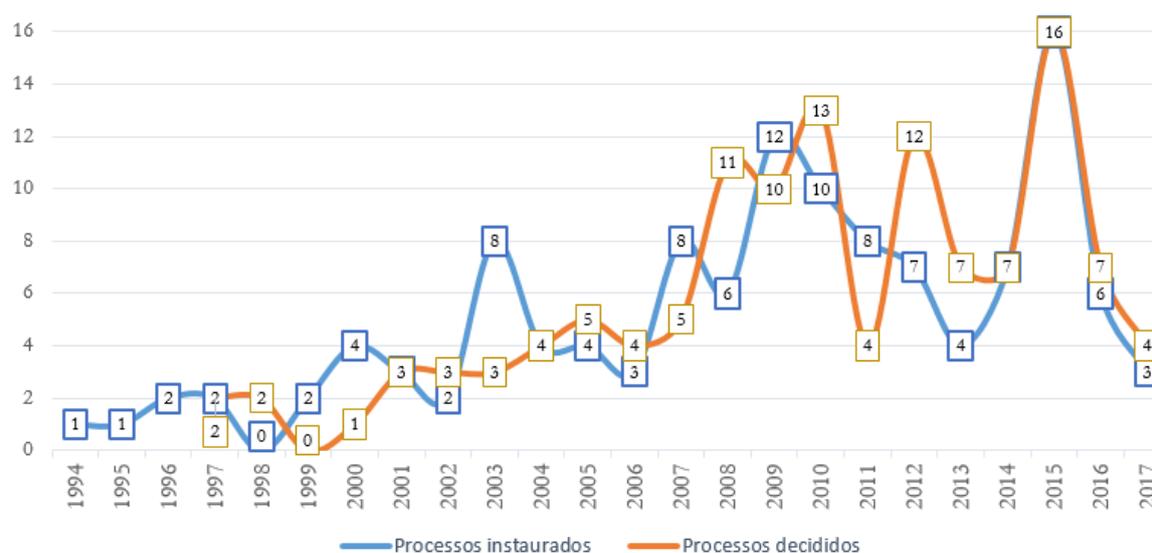
Fonte: Informações organizadas mediante consolidação de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade e no sistema de pesquisa processual interno do Cade. Obs.: os valores aqui apresentados englobam apenas os primeiros nove meses de 2017.

No período 1994-2017, a temática “transporte aéreo” manteve-se como fato recorrente. Mesmo com oscilações ao longo dos anos, a instauração de procedimentos de defesa da concorrência sobre esses assuntos parece ter sempre figurado como algo esperado. Desde 2000, sempre há instrução processual ou decisão em questões atinentes à aviação no âmbito do Cade de forma anual e ininterrupta (ver Figura 34).

Percebe-se ainda que, a partir de 2012, já sob a égide da nova lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de

2011), houve elevação no número médio tanto de processos instruídos (o período 1994-2011 apresentou uma média de 4,44 processos iniciados por ano, enquanto o período 2012-2016 apresentou um resultado médio de 8,00 processos iniciados por ano) quanto de processos julgados (no período 1997-2011, 4,66 processos decididos em média por ano; no período 2012-2016, 9,80 processos decididos em média por ano).

Figura 34: Quantidade de processos instaurados e decididos na área de transporte aéreo (1994-2017)



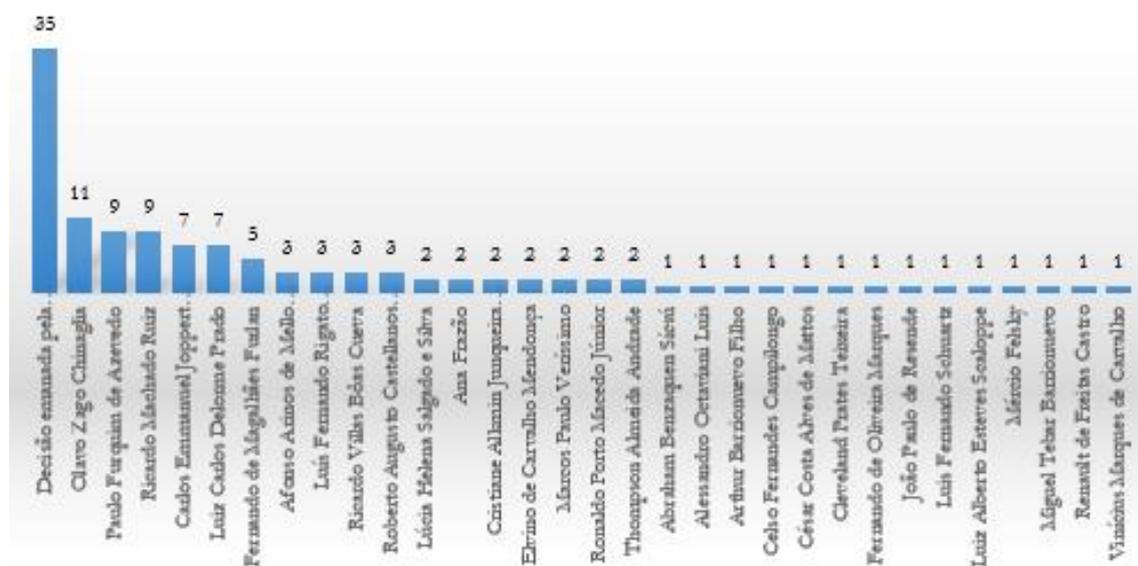
Fonte: Informações organizadas mediante consolidação de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade e no sistema de pesquisa processual interno do Cade. Obs.: os valores aqui apresentados englobam apenas os primeiros nove meses de 2017.

Desde 1994, os processos foram relacionados por 31 conselheiros relatores distintos e decididos em 35 oportunidades pela Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade), em conformidade com as novas diretrizes contidas na Lei nº 12.529/11. Ao todo, 103 votos (votos de relatoria, votos vista e vogais sobre assuntos da aviação comercial foram emitidos nesses últimos 23 anos de defesa da concorrência no Brasil.

Algumas relatorias de casos representativos podem ser aqui citadas *a priori*: a do conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos no caso de aquisição da Varig pelo grupo Gol (processo nº 08012.003267/2007-14); as do conselheiro Ricardo Machado Ruiz nos casos de apuração de práticas coordenadas anticoncorrenciais relacionadas à cobrança do adicional de combustível por empresas prestadoras de serviço de frete aéreo (cargas) para o exterior (processo nº 08012.011027/2006-02) e nas fusões Gol-Webjet (processo nº

08012.008378/2011-95) e Trip-Azul (processo nº 08700.004155/2012-81); a do conselheiro Thompson Almeida Andrade no caso de combinação de preços por parte de Varig, TAM, Transbrasil e Vasp (processo nº 08012.000677/1999-70); a do conselheiro Olavo Zago Chinaglia no caso de fusão LAN-TAM (processo nº 08012.009497/2010-84), a do conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no caso de constituição da *joint venture* ‘Delta, Air France e AFKL’ (processo nº 08012.004387/2009-92), a da conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no caso de aquisição da TNT Express pela FedEx (processo nº 08700.009559/2015-12) e a do conselheiro João Paulo de Resende no caso de constituição de um *Joint Business Agreement* (JBA) entre IAG (British Airways e Iberia) e Latam (processo nº 08700.004211/2016-10). A Figura 35 detalhada o quantitativo de relatorias por conselheiro, expondo ainda a participação das decisões da SG no contexto deliberativo do Cade.

Figura 35: Quantidade de relatorias em processos sobre transporte aéreo (por conselheiro no período 1994-2017)



Fonte: Informações organizadas mediante consolidação de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade e no sistema de pesquisa processual interno do Cade. Obs.: os valores aqui apresentados englobam apenas os primeiros nove meses de 2017.

Realizada a apresentação contextual da defesa da concorrência no mercado de transporte aéreo, torna-se agora necessário avaliar criticamente alguns aspectos centrais nas discussões antitruste aplicadas à aviação civil (passageiros e cargas).

3.1. Análise crítica de aspectos gerais necessários para a defesa da concorrência no mercado de transporte aéreo sob a ótica do Cade

Objetivamente, esta seção tratará de descrever evolutivamente a construção de duas importantes discussões antitruste – no âmbito do Cade – de modo aplicado ao setor aéreo. A primeira dessas discussões tem a ver com a delimitação de mercado relevante em atos de concentração e averiguação de condutas anticompetitivas envolvendo empresas de transporte aéreo de passageiros e cargas. A segunda versa sobre as implicações competitivas vinculadas ao exercício de poder de mercado; às barreiras existentes e às eficiências de mercado. Esses dois debates teóricos e aplicados são de extrema relevância para a posterior análise pormenorizada dos julgamentos de AC e condutas pelo Cade ao longo dos últimos 23 anos.

3.1.1. A evolução das discussões sobre a delimitação de mercado relevante no transporte aéreo de passageiros e cargas

Historicamente a definição de mercado relevante para transporte aéreo tem utilizado, via de regra, na dimensão produto, a separação entre mercado de transporte aéreo de passageiros e mercado de serviço de transporte aéreo de cargas. Ainda que estritamente relacionados um com o outro, ambos os mercados guardam particularidades e são essas particularidades que fazem com que, a depender do objeto em análise, haja a consideração desses dois mercados em separado ou de forma agregada.

Além disso, na dimensão geográfica também há diferentes abordagens: uma focada apenas no mercado entre origem e destino de determinadas rotas e outra focada em espaços geográficos abrangentes e que contempla uma macrorregião de interesse (por e.g., o mercado de transporte aéreo no Brasil; mercados inter-regionais, tais como o Brasil-América do Norte, o Brasil-Europa e o Brasil-América do Sul ou mesmo entre países, como é o caso do mercado Brasil-EUA). Outra possibilidade é a combinação dessas duas abordagens onde fica estabelecido um ponto fixo de origem e há a consideração de uma macrorregião de destino e vice-versa.

Há pouco questionamento a respeito da definição sob a ótica produto para esse setor, pois os mercados de passageiros e cargas podem ser facilmente separados e possuem medidas precisas para avaliação de suas respectivas ofertas e demandas e são analisadas

também suas respectivas concentrações e participações de mercado de modo autônomo ou agregado a depender dos interesses e objetivos de cada instrução processual.

Importante mencionar que existe uma discussão a respeito da definição de mercado relevante na dimensão produto para o mercado de cargas, pois na opinião emanada pela SG/Cade em seu parecer n° 2/2016/CGAA1/SGA1/SG, de 1° de fevereiro de 2016, temos que:

“O transporte aéreo de cargas pode ser realizado: i) por empresas aéreas dedicadas apenas a esta atividade, operando exclusivamente aviões cargueiros [...]; ii) por empresas aéreas combinadas, que transportam passageiros e cargas em aviões mistos ou exclusivos [...]; ou iii) por empresas integradoras que se dedicam ao transporte de cargas porta a porta, por meio de aeronaves próprias e pela contratação de serviços junto a outras” (Patrícia Semensato Cabral & Kenys Menezes Machado, item 101 do Parecer n° 2/2016/CGAA1/SGA1/SG, SEI n° 0161582).

De fato, a depender do caso em avaliação foram adotadas diferentes abordagens de definição de mercado relevante para o transporte de cargas na ótica produto, como pode-se observar nos atos de concentração n° 08700.004155/2012-81 (Azul e Trip), n° 08700.003530/2014-38 (EBCT e Rio Linhas Aéreas), n° 08700.009559/201512 (Fedex Corporation e TNT Express) e n.º 08012.004489/2000-70 (UPS e Challenge Air Cargo).

Já em relação ao mercado relevante na dimensão geográfica, é possível dizer que houve tendência de sua definição em termos ‘origem-destino’. Conforme descrito pelo conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos em seu voto datado de 7 de maio de 2008 e vinculado ao processo n° 08012.003267/2007-14, de aquisição da Varig pelo grupo Gol,

“Sob uma ótica geográfica, adotando-se o ponto de vista do consumidor, cada trecho, ou pares de aeroporto, pode ser definido como um mercado relevante distinto” (fl. 1071 do processo n° 08012.003267/2007-14).

Olavo Zago Chinaglia em seu voto datado de 14 de dezembro de 2010 no caso de fusão TAM-LAN (processo n° 08012.009497/2010-84) complementou dizendo que:

“Em diferentes casos, o Cade tem utilizado a abordagem ponto de origem/ponto de destino, para a definição de mercado relevante em operações no setor de transporte aéreo de passageiros.

[...] *Cada trecho aéreo que conecta duas cidades configura um mercado distinto, já que do ponto de vista da demanda haveria pouca substituíbilidade entre trechos que conectam cidades distintas*” (fl. 750 do processo nº 08012.009497/2010-84).

O conselheiro Olavo Chinaglia inseriu um detalhe à discussão: a diferenciação entre definições de mercado relevante na dimensão geográfica para transporte de passageiros e cargas. De fato, essa distinção é observável nos votos, onde, para o caso de cargas, o mercado acabou por ser relacionado a espaços geográficos mais abrangentes, enquanto para o de passageiros houve certa tendência em se adotar uma metodologia origem-destino. As palavras do conselheiro Roberto Pfeiffer em seu voto no ato de concentração ‘UPS-Challenge Air Cargo’ (processo nº 08012.004489/2000-70, folha 368) sintetizam, em um caso concreto, o modo pelo qual tem sido conformado o mercado geográfico para cargas:

“No âmbito geográfico, o mercado de transporte aéreo internacional de cargas deve ser definido em conformidade com as rotas aéreas operadas pela Challenge, que são as seguintes: Brasil-Argentina; Argentina-Brasil; Brasil-Panamá; Panamá-Brasil; Brasil-EUA; e EUA-Brasil”.

Posição semelhante para o caso de cargas é tomada no voto do conselheiro Ricardo Machado Ruiz no item 354-357 do processo nº 08012.011027/2006-02 (folhas 122 e 123), onde ênfase é concedida ao fato de que as cargas possuem fluxo direcionado para o *hub* de atuação de determinada empresa, sendo a mercadoria transportada primeiramente para esse ponto central para depois ser remetida ao seu destino. Por exemplo, uma carga remetida de Porto Alegre para São Paulo através de uma empresa com *hub* em Belo Horizonte seria preferencialmente encaminhada via conexão para Belo Horizonte para só assim seguir rumo a São Paulo, pois o transporte de carga é muito menos sensível à variável tempo, adequando-se muito mais aos interesses de logística das empresas aéreas e não se importando com a quantidade de conexões até o destino final.

Logo, o Cade adota historicamente posicionamento no sentido de fazer prevalecer na análise de atos de concentração e apuração de condutas anticompetitivas de transporte aéreo de cargas uma abordagem macrorregional e não ponto-a-ponto²⁸ em muito

²⁸ Ver processos nº 08700.0035302014-38, nº 08700.0095592015-12, nº 08700.0091942012-75, nº 08012.0110272006-02 e nº 08012.0044892000-70 para maiores informações.

relacionada com o posicionamento concorrencial internacional²⁹. Combinando os ditames contidos no voto do conselheiro Olavo Zago Chinaglia, no caso de fusão TAM-LAN, com o parecer técnico da SG/Cade, no caso Fedex-TNT, em linhas gerais, tem-se que

“O transporte aéreo de passageiros necessita de uma malha bastante capilarizada, com o objetivo de levar o passageiro o mais perto do seu destino final, com a maior rapidez possível, razão pela qual a delimitação do mercado geográfico por rotas é utilizada. Para o transporte aéreo de cargas, porém, a principal preocupação é que a carga seja entregue em um prazo pré-determinado, independente das rotas e de sua capilaridade (se haverá paradas no caminho ou se será preciso o uso de meio de transporte adicional), sendo necessário apenas que a carga chegue aos aeroportos principais e deles siga para outras localidades, ainda que por meio de outro modal, tornando a escolha mais flexível para o demandante” (Patrícia Semensato Cabral & Machado, 2016).

“[E também que,] quanto à dimensão geográfica do mercado, resta evidente que a abordagem cidade de origem/destino mostra-se por demais restrita para a análise do transporte de cargas entre países, já que a via aérea representa em geral apenas uma parte de uma estrutura mais ampla de transporte multi-modal responsável por levar a carga do seu local de partida ao de destino. Assim, o transporte de cargas usualmente começa antes e termina depois dos pontos de origem e chegada da rota aérea utilizada. Nesse sentido, a experiência antitruste internacional aponta para definições mais abrangentes do mercado de transporte aéreo de cargas, seja pela adoção de uma abordagem país de origem/país de destino ou mesmo continente de origem/continente de destino” (voto do conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia no AC nº 08012.009497/2010-84, itens 88 e 89).

Já o mercado relevante no transporte aéreo de passageiros, em âmbito geográfico, têm sido avaliado historicamente pelo Cade em termos de origem-destino (rota-

²⁹ A Comissão Europeia adota uma abordagem de delimitação do mercado de transporte aéreo de cargas “aberta”, ou seja, considerando espaços amplos de atuação das empresas aéreas envolvidas (tais como países ou mesmo continentes) e outras modalidades de transporte (rodoviário, ferroviário e/ou marítimo, a depender do caso em análise). Para maiores informações sobre essa questão, ver a decisão dos casos COMP/M.5747 – Iberia/British Airways, de 14/07/2010 (European Commission, 2010), COMP/M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines, de 28/08/2009 (European Commission, 2009), COMP/M.3770 - Lufthansa/Swiss, de 04/07/2005 (European Commission, 2005), M.7630 - FedEx/TNT Express, de 08/01/2016 (European Commission, 2016) e M.8361 – Qatar Airways/Alisarda/Meridiana, de 22/03/2017 (European Commission, 2017).

a-rotas)³⁰, aproximando-se, especialmente para os casos de avaliação de atos de concentração, de uma definição mais conservadora de mercado relevante, que preceitua que “a delimitação do MR 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” (Cade, 2016, p. 13). De modo substantivo, essa definição objetiva de mercado relevante assemelha-se em muito ao normatizado pela Diretoria Geral da Concorrência da Comissão Europeia³¹ (ver European Commission, 1997), nomeadamente quando diz que:

³⁰ Acessando o histórico processual do Cade no período 1994-2017, constam os seguintes casos onde houve a definição de mercado relevante de transporte aéreo de passageiros na dimensão geográfica como sendo ponto-a-ponto (origem-destino): Processos nº 08000.025952/1996-54, nº 08012.000677/1999-70, nº 08012.001119/2000-91, nº 08012.007398/2000-70, nº 08012.003362/2001-14, nº 08012.000852/2002-40, nº 08012.001470/2003-14, nº 08012.008215/2003-01, nº 08001.006298/2004-03, nº 08012.008385/2004-68, nº 08012.007719/2005-67, nº 08012.002164/2006-48, nº 08012.003267/2007-14, nº 08012.011318/2007-73, nº 08012.011750/2007-64, nº 08012.013004/2007-13, nº 08012.014594/2007-93, nº 08012.004066/2008-15, nº 08012.010260/2008-21, nº 08012.010497/2008-11, nº 08012.004387/2009-92, nº 08012.006677/2009-71, nº 08012.000800/2009-40, nº 08012.002593/2009-68, nº 08012.003128/2009-44, nº 08012.008715/2009-20, nº 08012.009198/2009-14, nº 08012.009685/2009-79, nº 08012.010625/2009-07, nº 08012.002635/2010-02, nº 08012.000321/2010-67, nº 08012.000700/2010-57, nº 08012.003877/2010-13, nº 08012.004855/2010-62, nº 08012.008252/2010-30, nº 08012.009497/2010-84, nº 08012.012418/2010-12, nº 08012.000035/2011-82, nº 08012.000418/2011-51, nº 08012.006443/2011-48, nº 08012.011050/2011-56, nº 08012.011158/2011-49, nº 08012.012261/2011-14, nº 08012.003340/2012-15, nº 08700.004215/2012-66, nº 08700.010858/2012-49, nº 08700.001796/2013-65, nº 08700.006488/2013-26, nº 08700.009968/2013-49, nº 08700.010625/2013-27, nº 08700.001973/2014-94, nº 08700.003836/2014-94, nº 08700.004468/2014-00, nº 08700.005722/2014-89, nº 08700.005793/2014-81, nº 08700.011932/2014-06, nº 08700.000292/2015-90, nº 08700.000517/2015-16, nº 08700.001862/2015-69, nº 08700.006571/2015-67, nº 08700.006584/2015-36, nº 08700.007106/2015-43, nº 08700.007206/2015-70, nº 08700.007365/2015-74, nº 08700.009104/2015-99, nº 08700.009389/2015-68, nº 08700.011682/2015-95, nº 08700.012314/2015-64, nº 08700.006556/2016-08, nº 08700.005265/2017-75, nº 08700.002529/2017-39 e nº 08700.003715/2017-95.

³¹ Embora exista discussão sobre uma abordagem em rede versus uma abordagem origem-destino no âmbito da Comissão Europeia, as decisões recentes utilizam preferencialmente a abordagem origem-destino – ver, por e.g., as decisões dos casos M.8361:Qatar Airways/Alisarda/Meridiana, de 22/03/2017 (European Commission, 2017), e M.7541:IAG/Aer Lingus, de 14/07/2015 (European Commission, 2015), onde a metodologia O&D é usada para avaliação de concentração de mercado. Em relação a uma abordagem de redes em nível concorrencial europeu destacam-se as decisões do caso COMP/M.6447: IAG/bmi, de 30/03/2012 (European Commission, 2012).

“Um mercado de produto relevante compreende todos os produtos e /ou serviços consideradas permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida [e] [...] o mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao fato, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas” (European Commission, 1997, p. 5–6).

Em decisão relevante, a própria Comissão Europeia, na análise do ato de concentração COMP/M.5747 – Iberia/British Airways (European Commission, 2010), utilizou definição de mercado relevante de passageiros considerando o aspecto origem-destino:

“A Comissão tem tradicionalmente definido o Mercado relevante para serviços regulares de transporte aéreo de passageiros em termos de ‘ponto de origem/ponto de destino’ (O&D) em uma abordagem de pares de cidade. Tal definição de mercado reflete a perspectiva do lado da demanda onde os consumidores consideram todas as possíveis alternativas de viagem de uma cidade de origem até uma cidade de destino onde não haja um par de cidades substituto. Como resultado, toda combinação de ponto de origem e destino é considerada como sendo um mercado separado. [...] A investigação de mercados confirma essa abordagem no presente caso. Enquanto, em particular as partes e algumas firmas que operam em rede tendem a acreditar que o mercado pode ser definido em termos de rede, a abordagem O&D melhor reflete a perspectiva por parte da demanda na qual tanto o ponto de origem como o de destino devem incluir todos os aeroportos que são substitutos sob a ótica dos passageiros” (European Commission, 2010, itens 9 e 10) [Tradução Livre].

As autoridades antitruste norte-americanas, embora possuam uma interpretação menos restritiva, usualmente definem o mercado relevante de passageiros via origem-destino, como pode ser observado em seu *Competitive Impact Statement* (U.S. Department of Justice - Antitrust Division, 2016), de 6 de dezembro de 2016, vinculado ao caso de fusão Alaska Air Group e Virgin American, que enfatiza a delimitação por rotas do mercado relevante e aproxima-se das interpretações da Comissão Europeia e, sobretudo, das do Cade.

Também é nesse sentido, que os organismos concorrências norte-americanos apresentam a definição de mercado relevante em seu *Horizontal Merger Guidelines* (U.S.

Department of Justice & Federal Trade Commission, 2010)³², dando margem para uma abordagem mais estrutural de análise do mercado relevante, especialmente no transporte aéreo de passageiros. Tal posicionamento prevê que:

“As medições de market share e de concentração de mercado não são um fim em si mesmas, mas são úteis na extensão em que iluminam os possíveis efeitos competitivos de fusões. A análise das agências não precisa começar com uma definição de mercado. Algumas das ferramentas analíticas usadas pelas agências para avaliar efeitos concorrenciais não dependem de uma definição de mercado, embora a avaliação de alternativas concorrenciais disponíveis aos consumidores seja sempre necessária em algum ponto na análise. A evidência de efeitos concorrenciais pode ser útil para construir a definição de mercado, assim como a definição de mercado pode ser útil em relação aos efeitos competitivos” (U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, 2010, p. 7) [Tradução Livre].

Em suma, as palavras do *U.S. Department of Justice* e da *Federal Trade Commission* simbolizam ao mesmo tempo a importância da definição do mercado relevante e desconstrução da criação de uma interpretação fechada sobre o próprio mercado relevante. Nesse sentido, a definição precisa de mercados relevantes não constitui condição prévia indispensável para a análise antitruste, mas sim configura-se como elemento de avaliação adequado para a observação e interpretação dos impactos competitivos. Muitas vezes, são os próprios impactos concorrencias observados que ajudam a definir os limites do mercado relevante a ser estudo e não o contrário, como se espera *a priori*.

Corroborando com essa visão mais abrangente de significação do mercado relevante, as decisões do Cade, no que tange o mercado de transporte aéreo de passageiros, têm redirecionado sua atuação para contemplar elementos que fogem à mera avaliação dos impactos concorrenciais relacionados à abordagem origem-destino. Conforme explicitado pelo conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, em seu voto referente ao processo nº 08012.003267/2007-14 (folhas 1071 e 1072), há tendência em se observar o mercado de transporte aéreo de passageiros também sob uma ótica mais abrangente, compreendendo

³² Disponível em <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2010/08/19/hmg-2010.pdf>>, acessado em 26/12/2017. Para maiores informações, ver também <<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>>, acessado em 26/12/2017.

que se trata de “um sistema de rede, onde as fronteiras geográficas se tornam tênues, notadamente pelo fato de serem mercados com características semelhantes”.

O Parecer nº 7/2015/CGAA4/SGA1/SG (Albuquerque & Assis, 2015) em seu item 15 descreve que “para uma definição precisa de mercados relevantes, é importante avaliar: (i) a existência ou não de substituíbilidade entre voos diretos e voos indiretos (com escala ou conexão); e (ii) a substituíbilidade entre aeroportos situados na mesma localidade”. Para mais que a mera verificação das rotas diretas envolvidas, as possíveis rotas indiretas substitutas e em aeroportos próximos devem ser consideradas para fins antitruste. Tal interpretação alarga um pouco mais o espectro de mercado relevante e reconstrói a ideia de menor espaço geográfico possível para análise e escolha por parte dos consumidores e produtores.

Entretanto, a existência recorrente de sobreposições horizontais entre rotas analisadas faz com que a delimitação do mercado relevante sob a ótica geográfica torne-se mais complexa e realizada caso a caso, especialmente para o modal ‘passageiros’. O conselheiro Ricardo Machado Ruiz no ato de concentração Azul-Trip acrescentou o seguinte à discussão sobre mercado relevante em seu voto (Processo nº 08700.004155/2012-81, fls. 985 e 986)³³:

“Para verificar os efeitos que geram a fusão de Trip com Azul no mercado, é necessário considerar este ambiente de flexibilidade das malhas aéreas das empresas e o modo como ocorre a regulação. Não se pode mais focar exclusivamente nas rotas origem-destino e mesmo levar para um primeiro plano a concentração na rota como indicador de elevada probabilidade do exercício do poder de mercado. A velocidade do ajuste da malha por parte de alguns concorrentes

³³ Os atos de concentração nº 08012.009497/2010-84 (TAM e LAN), nº 08700.009968/2013-49 (VRG Linhas Aéreas, Aerolíneas Argentinas e Austral Líneas Aéreas – Cielos del Sur S.A.), nº 08700.001796/2013-65 (AMR Corporation e US Airways Group), nº 08700.000517/2015-16 (VRG Linhas Aéreas, Aerolíneas Argentinas e Austral Líneas Aéreas – Cielos del Sur S.A.), nº 08700.007365/2015-74 (Azul e United Airlines), nº 08700.009104/2015-99 (TAM e Passaredo) e nº 08700.006556/201608 (LATAM e Qatar Airways) trazem em suas decisões a ideia de substituíbilidade entre aeroportos próximos e que servem como ponto de origem/destino para regiões geográficas semelhantes (e.g., os aeroportos Jorge Newberry/Aeroparque e Internacional Ministro Pistarini/Ezeiza devem ser considerados como substitutos, em razão da distância relativamente curta entre eles e da relativa proximidade de ambos em relação ao centro da cidade de Buenos Aires, Argentina).

pode ser um determinante mais importante que a concentração, assim como a velocidade com que a agência reguladora autoriza estas mudanças na malha”³⁴.

Deliberações mais recentes afastam então o posicionamento do Cade daquela posição simplista onde a análise concorrencial se limita à mera expectativa de problemas concorrenciais rota-a-rota sem escalas. Na verdade, como exposto recentemente, não se pode desconsiderar a importância dessa análise origem-destino, entretanto há mais fatores que perpassam a questão concorrencial em mercados aéreos e devem englobar complementarmente uma definição de mercado relevante mais abrangente também para o modal ‘passageiros’.

O conselheiro João Paulo de Resende em seu voto datado de 14 de março de 2017, constante do processo nº 08700.004211/2016-10, conduz as discussões sobre transporte aéreo de passageiros a um novo patamar de complexidade e de possíveis implicações concorrenciais, reconhecendo que

“(41) tanto a tese da [...] dimensão geográfica por rota como a tese [da] dimensão geográfica intercontinental fazem sentido. Existe um mercado rota a rota, em que a origem e o destino dos passageiros são os hubs de ligação entre [duas regiões], e para o qual voos com conexão não são bons substitutos [...], e existe um mercado de passageiros [...] [que optam pelas] rota[s] que lhe[s] proporciona[m] a melhor relação custo/benefício. Ambos os mercados são atendidos pela mesma tecnologia de oferta: a aeronave que realiza o voo de longa distância. Assim, meu entendimento é de que não se trata de optar por uma ou por outra definição de mercado relevante, mas sim de adotar ambas. (42) Em resumo, existem duas dimensões produto: transporte de passageiros e transporte de carga, e duas dimensões geográficas: um mercado rota a rota para voos diretos entre cidades de origem e destino, composto por passageiros menos sensíveis a variações de preços, e um mercado de voos (diretos e indiretos) intercontinental, de

³⁴ A SG/Cade também ressalta que “A substituíbilidade tende a ser maior nas rotas com maior proporção de passageiros a lazer (mais sensíveis a preços) e menor naquelas com maior proporção de passageiros a negócios (menos sensíveis a preços, tendem a preferir passagens flexíveis, além de companhias que ofereçam maior frequência de voos, de maneira a ter mais opções de troca para voos que partam mais cedo ou mais tarde e minimizar o tempo de viagem). Além disso, “a relação de intercambialidade tende a ser mais fraca quando se trata de trechos com tempo de viagem e distância reduzidos - como é o caso de diversas rotas em que ocorreu sobreposição no presente caso” (item 34 do Parecer Técnico nº 252 de 22 de novembro de 2012, vinculado ao processo nº 08700.004155/2012-81, ato de concentração. Azul e Trip).

passageiros com maior flexibilidade temporal e com demanda mais elástica. Essa distinção de dimensões geográficas só faz sentido para o transporte de passageiros pois [...] o transporte de carga é menos sensível a pontualidade e ao aeroporto de chegada e de partida” (itens 41 e 42 do voto SEI nº 0313066, Processo nº 08700.004211/2016-10).

De forma complementar, ainda cabe apresentar um grupo a parte de processos vinculados ao mercado de transporte aéreo de passageiros, mas que possui características particulares e que o fazem ser classificado de modo diferenciado: o mercado de venda de passagens aéreas via sistemas informáticos. Houve significativo questionamento sobre a adoção desse tipo de ferramenta, sobretudo, no período final da década de 90 e início dos anos 2000, em virtude do rápido desenvolvimento tecnológico no processo de venda nesse setor e da difusão da internet como meio de interação com o cliente. Nesse contexto, a experiência adquirida em processos anteriores poderá servir para melhor compreender possíveis questionamentos acerca de ferramentas tecnológicas recentes (aplicativos para smartphones, motores de busca de passagens, etc.) e que interferem na dinâmica concorrencial do mercado de transporte aéreo de passageiros. Os atos de concentração nº 08012.008101/1999-79 e nº 08012.002335/2000-43 trazem o conceito de mercado relevante, para esse tipo de mercado, como sendo aquele que esteja vinculado à comercialização de passagens aéreas (sob a ótica do produto) em âmbito geográfico abrangente (mercado nacional, por e.g.) via sistemas que usem tecnologia da informação. Dessa forma, no que diz respeito aos recursos tecnológicos aplicados ao mercado de passagens aéreas, o Parecer s/nº da Secretaria de Direito Econômico (SDE) referente ao processo nº 08012.010596/2004-61 (caso Amadeus Global Travel Distribution S.A. vs. TAM Linhas Aéreas S.A.) diz que:

“As empresas têm o poder de decidir a forma de distribuição de seus produtos que lhes seja mais vantajosa, salvo se, em razão da posição que detém no mercado e/ou da estrutura do mercado relevante, tal decisão tiver a possibilidade de interferir artificialmente em seu funcionamento”.

Tal posicionamento enfatiza a possibilidade de competição no desenvolvimento de novas soluções e facilidades para a aquisição de passagens, sem, entretanto, ferir a liberdade de atuação das empresas do setor e sem fomentar a criação de ambientes exclusivos de venda online de produtos das empresas aéreas.

Em linhas gerais, o quadro a seguir (Tabela 4) resume o modo pelo qual tem sido definido o mercado relevante nos diversos aspectos do transporte aéreo.

Tabela 4: Definição do mercado relevante no transporte aéreo

Categorias de análise do transporte aéreo	Dimensões do mercado	
	Dimensão Produto	Dimensão Geográfica
Passageiros	Mercado de transporte aéreo de passageiros.	Usualmente categorizado como origem-destino em casos de baixa complexidade (especialmente <i>codeshare</i>). Para casos mais complexos, categorizado como rota-a-rota, mas considerando marginalmente espaços geográficos abrangentes em nível regional, nacional ou mesmo continental para ampliar o poder de avaliação dos impactos concorrenciais em casos específicos.
Cargas	Mercado de transporte e movimentação de carga por via aérea.	Definido de forma ‘aberta’, ou seja, considerando espaços geográficos abrangentes (regionais, nacionais ou mesmo continentais).
Passagens aéreas	Mercado de comercialização de passagens aéreas mediante uso de recursos de TI.	Definido de forma ‘aberta’, ou seja, considerando espaços geográficos abrangentes, sobretudo, nacionais.

Fonte: elaboração própria do DEE/Cade.

3.1.2. Avaliação de exercício de poder de mercado, barreiras à entrada e eficiências

Conforme enfatizado no voto do conselheiro relator João Paulo de Resende para o caso IAG-Latam, tem-se que:

“para analisar a probabilidade de que as requerentes de fato exerçam o poder de mercado [...] [, faz-se necessário verificar] se as condições de entrada para novos concorrentes e o nível de rivalidade entre os concorrentes já estabelecidos se mostram suficientes para contestar o poder de mercado das partes gerado pelo acordo” (item 68 do voto do conselheiro relator João Paulo de Resende no AC nº 08700.004211/2016-10, SEI nº 0313066).

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 anticompetitivas³⁵ – no âmbito do mercado de transporte de passageiros –; e considerando o fluxo transportado de mercadorias entre regiões ou países – no âmbito do mercado de transporte de cargas³⁶.

A observação do exercício de poder de mercado tem sido efetivada em termos da análise quantitativa, sobretudo, de índices – em especial o HHI –, sendo tal ação crucial para a aprovação de atos de concentração ou mesmo para o arquivamento ou não de processos de apuração de condutas.

Nesse sentido, em seu parecer nº 363/2001/MF/SEAE/COGDC-DF, página 32, (vide processo nº 08012.000677/1999-70) a Seae enfatiza que não seriam as condutas a determinar a concentração de mercado, mas sim a estrutura de mercado a moldar as condutas. Tal afirmação traduz a efetiva dificuldade existente em se determinar o mercado relevante, o que deve ser considerado conforme as especificidades elencadas na subseção 3.1.1 e deve levar em conta as barreiras à entrada em mercados de transporte aéreo no cenário brasileiro e as possíveis eficiências resultantes das ações de concentração de mercado e das possíveis condutas anticoncorrenciais praticadas pelas empresas do setor.

³⁵ Como esperado, as avaliações de concentração de mercado em rotas sobrepostas (ou pares de rotas sobrepostas) – sobretudo mediante uso do HHI – têm sido utilizadas para justificar o exercício de poder de mercado no transporte aéreo de passageiros. Em especial os casos com grande impacto concorrencial no mercado de transporte aéreo de passageiros seguiram essa lógica: ver caso Gol-Varig (AC nº 08012.003267/2007-14), Gol-Webjet (AC nº 08012.008378/2011-95) e TAM-LAN (AC nº 08012.009497/2010-84). Como exceção a essa lógica, pode-se citar o caso de condenação vinculado ao processo administrativo nº 08012.000677/1999-70 (concertação de preços entre Varig, TAM, Transbrasil e Vasp), onde o argumento usado para a aplicação de sanções considerou a marcação simultânea e concertada de preços pelas empresas envolvidas, não propriamente adotando o poder de mercado como ponto de partida, mas sim a simples participação na ação anticompetitiva como lógica para a verificação do exercício de poder de mercado (embora limitado).

³⁶ O Parecer nº 2/2016/CGAA1/SGA1/SG relativo ao Ato de Concentração nº 08700.009559/2015-12 (Fedex-TNT Express) utiliza a avaliação de participação de mercado para definir as preocupações concorrenciais que merecem a atenção do Cade. Quanto à avaliação de práticas anticompetitivas no mercado de transporte de cargas, a discussão contida nas páginas 125-128 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no processo nº 08012.011027/2006-02 sobre práticas coordenadas relacionadas à cobrança do adicional de combustível por empresas prestadoras de serviço de frete aéreo para o exterior, usa abordagem analítica de dados de participação no mercado de movimentação de cargas para verificar assim o exercício de poder de mercado.

Quanto às barreiras à entrada e à operação, podemos destacar dois tipos: (i) um relacionado a questões de caráter legal e outro (ii) à infraestrutura aeroportuária, como já descrito na subseção 2.4.1 do capítulo anterior. Convém apenas ressaltar que, nesse quesito, os processos analisados no Cade constataram que, para além da discussão sobre a possibilidade da operação de empresas com capital estrangeiro em território nacional com modificação na redação do art. 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA, Lei nº 7.565/1986), importa ao estímulo à concorrência da aviação brasileira as barreiras relativas à operação de *slots* em aeroportos coordenados (aqueles com alta utilização dos horários de interesse para a operação comercial de aeronaves). Sendo assim, é possível observar que essa preocupação com *slots* foi alvo de todos os remédios aplicados pelo Cade em questões antitruste no período 1994-2017³⁷.

Por fim, verifica-se que as discussões sobre eficiências produzidas nas operações de concentração de mercado, ou mesmo na adoção de novas tecnologias (passíveis de questionamento a respeito de suas possíveis implicações anticoncorrenciais) giraram 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 estruturais³⁸;
- (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 compra³⁹;

³⁷ Na subseção 3.2.2.2 será detalhada a questão da aplicação de remédios em casos de fusão/aquisição de empresas aéreas. Ressalta-se que, em todos os casos, a discussão de aplicação de remédios passou pela avaliação de slots em aeroportos coordenados.

³⁸ Tal alegação pode ser considerada recorrente. A notificação de AC passa pela alegação de redução de ineficiências e oferta de maior número de destinos finais e possibilidades de conexões ao consumidor final.

³⁹ Para essa alegação de eficiência, ver o caso ‘e-TAM’ (processo nº 08012.010596/2004-61).

- (iii) Possível redução de preços pós estabelecimento de acordos operacionais e *metal alliances*. Fato esse discutido em especial no recente caso de constituição de JBA entre TAM, Iberia e British Airways em rotas específicas na Europa (ver processo nº 08700.004211/2016-1040). Importante debate sobre a redução dos preços dos bilhetes aéreos tem sido realizado em nível internacional, restando ainda inconclusiva a relação entre o estabelecimento de alianças entre empresas aéreas e a redução das tarifas. Há autores que sustentam que as eficiências criadas promovem essa redução de tarifas pós-concentração (ver Israel, Calzaretta, & Eilat, 2017) e outros que argumentam exatamente o contrário (ver Gillespie & Richard, 2011).

3.2. Avaliação do histórico de julgamentos em atos de concentração no mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas

As avaliações de atos de concentração no mercado de transporte aéreo podem ser categorizadas em dois grandes grupos: um de atos onde não se verifica o compartilhamento de receitas (ver subseção 3.2.1) – os acordos de *codeshare* enquadram-se neste grupo – e outro onde há, de fato, acordos do tipo *merger-like*, ou seja, em que ocorre efetivo compartilhamento de receitas (ver subseção 3.2.2) – neste segundo grupo encontram-se as análises concorrenciais de *Joint Business Agreements* (JBA's), *joint ventures*, aportes de capital, aquisições e fusões.

Quanto aos atos de concentração, a separação entre mercados (passageiros e cargas) costuma não ocorrer de modo intuitivo, posto que há, muitas vezes, a operação compartilhada e sobreposta de ambos os modais nas mesmas aeronaves. Há, entretanto, preponderância de avaliações relacionadas ao transporte de passageiros, muito em virtude do seu próprio funcionamento e de suas características intrínsecas, que, por si só, despertam maiores preocupações competitivas⁴¹.

⁴⁰ Houve apuração de eficiências nesse processo por parte do DEE/Cade. Para maiores informações, consultar a Nota Técnica nº 35/2016/DEE (nº SEI 0261515).

⁴¹ O mercado de transporte de passageiros difere do de cargas, sobretudo, em razão das suas características de operação. Passageiros preferem rotas com menos escalas e/ou mais rápidas. Em contrapartida, a movimentação aérea de cargas está atrelada, principalmente, ao cumprimento de prazos de entrega e não vinculadas à qualidade da rota (pouco tempo de voo e número de paradas ao longo do trajeto não são variáveis de decisão relevantes). Mercadorias são muitas vezes movimentadas até aeroportos *hub* e de lá encaminhadas para vários outros

Em um total de 99 atos de concentração no período 1994-2017, apenas 6 focaram em questões concorrenciais no mercado de transporte aéreo de cargas⁴². A grande maioria (os outros 93) observaram os impactos do mercado de cargas de modo complementar ou subsidiário, focando em delimitar primeiramente as decorrências relacionadas ao mercado de passageiros para assim observar também questões atinentes ao mercado de cargas, quando aplicáveis⁴³.

Para além dessa avaliação focada nos mercados envolvidos (passageiros e/ou cargas), a Figura 36 apresenta o cenário de situação processual dos atos de concentração analisados pelo Cade. Dos 99 casos, 68 (68,69%) foram aprovados sem restrições, apenas 7 (7,07%) foram aprovados com alguma cláusula restritiva⁴⁴ e 24 (24,24%) foram arquivados por perda de objeto ou por não conhecimento da operação.

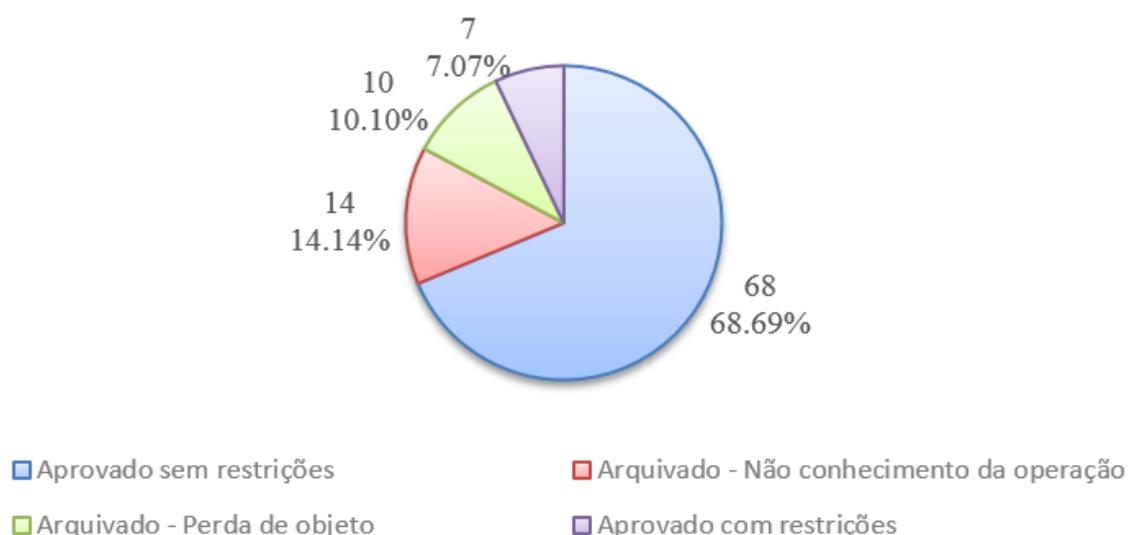
destinos. Como visto na subseção 3.1.1, o mercado relevante para cargas é mais abrangente exatamente por permitir maior essa maior flexibilidade na prestação do próprio serviço, quando comparado ao mercado de passageiros.

⁴² Apenas os processos nº 08700.009194/2012-75 (Aquisição, pela TAM, do controle acionário da ABSA), 08700.003530/2014-38 (Aquisição, por parte da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de ações da Rio Linhas Aéreas S.A.), 08012.004489/2000-70 (Aquisição por parte do grupo UPS da totalidade dos ativos da Challenge Air Cargo), 08012.010665/2005-17 (Aquisição pela Aero-LB Participações S.A. de 90% das ações da Varig Engenharia e Manutenção S.A. e de 95% das ações da Varig Logística S.A.), 08700.009559/2015-12 (Aquisição de 100% das ações da TNT Express N.V. pela FedEx Acquisition B.V.) e 08012.005790/2001-81 (aquisição por parte da Atlas Air Worldwide Holdings, Inc. da totalidade das ações disponíveis com direito a voto da Polar Air Cargo, Inc. por intermédio da General Eletrics) avaliaram questões onde as preocupações concorrenciais foram colocadas em primeiro plano. Todos os outros 93 atos de concentração apreciados no período 1994-2017 avaliaram o mercado de cargas em conjunto com o de passageiros.

⁴³ Os acordos de *codeshare*, objeto da subseção 3.2.1, mantiveram a análise direcionada, sobretudo, aos possíveis efeitos anticompetitivos observados no transporte aéreo de passageiros. Já os processos de fusão *de facto* foram conduzidos combinando a avaliação dos impactos concorrenciais em ambos os mercados, muito embora tenham concentrado esforços na dimensão ‘passageiro’.

⁴⁴ Esses atos de concentração serão explorados em detalhe na subseção 3.2.2.

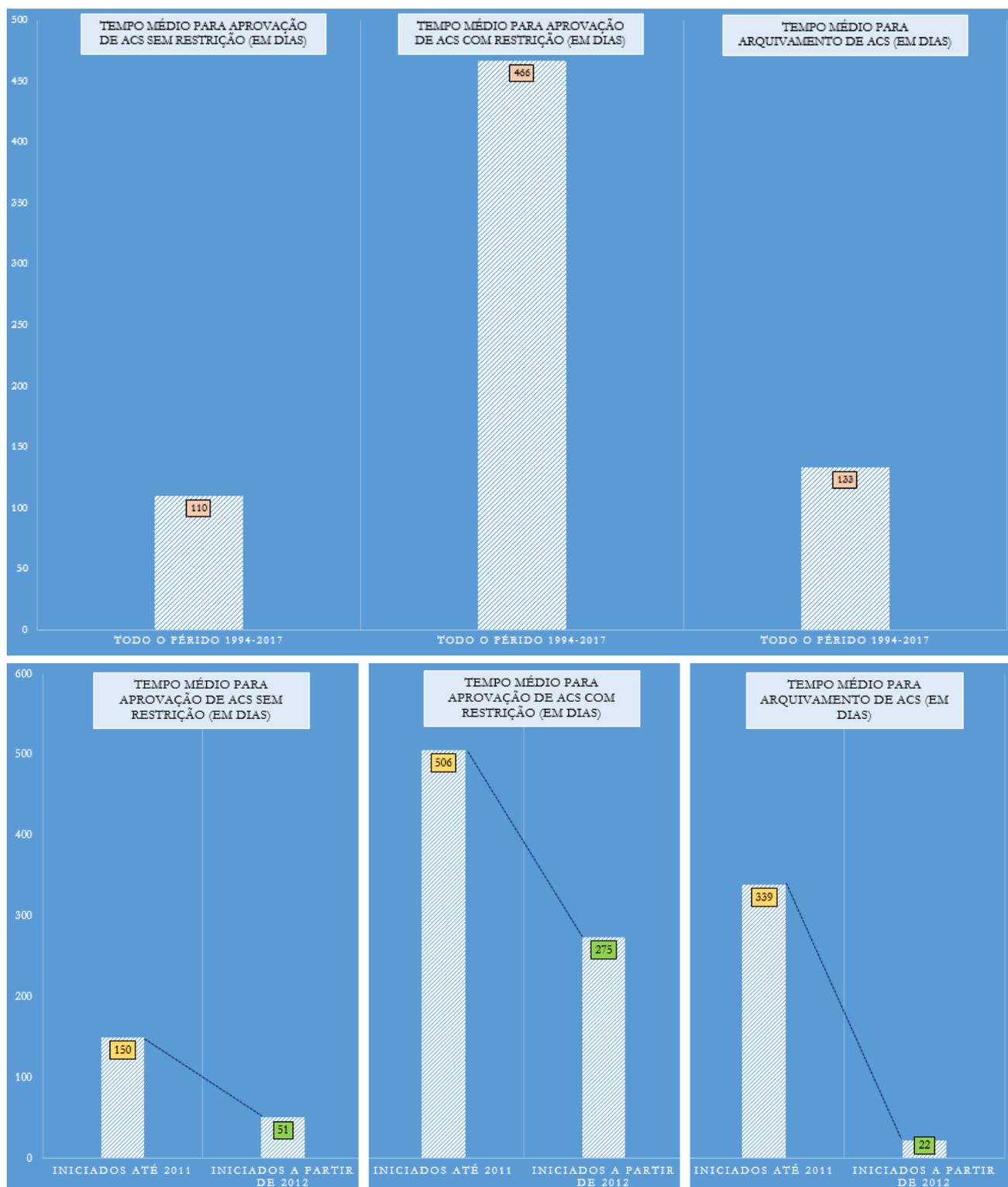
Figura 36: Atos de concentração em assuntos do transporte aéreo (1994-2017/ por situação processual)



Fonte: Informações organizadas mediante consolidação de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade e no sistema de pesquisa processual interno do Cade. Obs.: os valores aqui apresentados englobam apenas os primeiros nove meses de 2017.

O tempo médio de aprovação de acordos de cooperação julgados (ver Figura 37) como ‘sem restrições’ no período 1994-2017 foi de 110 dias corridos, enquanto o tempo médio de aprovação daqueles ‘com restrições’ atingiu 466 dias corridos (registrando um tempo médio de aprovação 4,23 vezes maior). Para aqueles casos arquivados, foram 133 dias corridos de média no mesmo período. Em relação à instauração de processo para avaliação de ACs antes e depois de 2012 (com a instituição da nova lei antitruste brasileira), é possível observar que houve redução significativa no prazo médio de julgamento dos casos pré e pós Lei 12.529/11. O tempo médio para aprovação de casos sem restrição caiu de 150 dias para 51 dias (redução de 66%). Já o tempo médio para aprovação de ACs com restrição também caiu: de 506 dias (em casos iniciados até 2011) para 275 dias (em casos iniciados a partir de 2012), o que representa uma redução de 45,65% no tempo para julgamento. Os arquivamentos seguiram a mesma tendência, com redução do tempo médio de apreciação sendo alterado de 339 dias para 22 dias, o que representa uma queda abrupta de 93,51% no tempo médio de decisão. Em linhas gerais, o processamento/julgamento de casos de transporte aéreo no Cade foi significativamente dinamizado com a reestruturação do SBDC ocorrida em 2011.

Figura 37: Tempo médio de decisão em atos de concentração sobre transporte aéreo
(1994-2017/ por situação processual)



Fonte: Informações organizadas mediante consolidação de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade e no sistema de pesquisa processual interno do Cade. Obs.: os valores aqui apresentados englobam apenas os primeiros nove meses de 2017.

3.2.1. A evolução da análise dos processos de *Codeshare*

A discussão para os casos de *codeshare* concentraram-se, sobretudo, na categorização da obrigatoriedade de notificação. De fato, todas as notificações submetidas ao Cade foram aprovadas sem restrições. Ao total foram 57 atos de concentração voltados para essa temática.

Ainda sob a égide da antiga lei de concorrência brasileira (a Lei nº 8.894/94), os acordos de *codeshare* eram de notificação obrigatória. Assim permaneceram após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, embora tenham sido enquadrados como contratos associativos. A própria edição da Resolução do Cade nº 10/2014 estabeleceu as condições para que esses contratos associativos fossem considerados para efeitos de notificação. Apenas recentemente, com a revogação da supramencionada resolução pela Resolução do Cade nº 17/2016, de 18 de outubro de 2016, é que tais acordos de *codeshare* mudaram de *status* para efeitos de notificação, sendo então desclassificados do rol de contratos com obrigatoriedade de avaliação de impactos competitivos.

No primeiro caso recebido pelo Cade após a edição da nova resolução, o AC nº 08700.002529/2017-39, referente ao *codeshare* entre TAM e Qatar Airways, a SG/Cade pronunciou-se da seguinte forma, em seu Parecer nº 4/2017/CGAA4/SGA1/SG, itens 26 a 28:

“26. Nesse mesmo sentido, depreende-se que o Contrato não prevê, e nem permite, que os preços de Latam e Qatar sejam estipulados de maneira conjunta, sendo cada parte do acordo livre para definir os seus preços, recebendo os respectivos resultados. [...]”

27. Ou seja, inexiste a previsão de que, a partir do Contrato em tela, as Requerentes venham a compartilhar riscos e resultados na exploração da atividade econômica relacionada ao transporte aéreo regular de passageiros.

28. Importante destacar, ainda, que o contrato em tela não prevê: i. reserva de assentos; ii. qualquer forma de ingerência de uma parte sobre a outra (incluindo em relação à estipulação de tarifas dos bilhetes, cronogramas, serviços, estratégias comerciais e matérias similares); iii. cláusulas potencialmente restritivas da concorrência; e iv. troca de informações concorrencialmente sensíveis. Cada Requerente também arcará com seus próprios custos e despesas de desempenho”.

Desta forma, muito embora tenha ocorrido modificação na lógica de notificação dos casos de acordo, a partir de outubro de 2016, os efeitos práticos de tal medida apenas simplificaram a tomada de decisão do Conselho, que ao longo do período 1994-2017 não vislumbrou óbices significativos concorrenciais no segmento de *codeshares* entre empresas aéreas para o transporte de passageiros.

Quanto à questão das cargas, em casos de *codeshare*, a avaliação restou subordinada às implicações no próprio modal ‘passageiros’, posto que não houve no período notificações desse teor entre empresas que atuassem no mercado apenas com aeronaves dedicadas à movimentação de cargas.

Cumprindo ainda ressaltar que do total de *codeshares* aprovados pelo Cade (45 processos), 16 envolveram ao menos uma empresa europeia, 16 envolveram alguma empresa norte americana ou do caribe, 5 asiáticas, apenas 1 africana e outros 5 casos envolveram exclusivamente empresas brasileiras. Dentre os casos de arquivamento por não conhecimento da operação (outros 6 casos), 4 processos foram encerrados por não existência de sobreposição horizontal no mercado de transporte aéreo⁴⁵, apenas 1 foi terminado em virtude de participação de mercado inferior a 20%⁴⁶ e outro, pela primeira vez, por ter sido avaliado à luz da Resolução do Cade nº17/2016⁴⁷, sendo assim descaracterizada como caso de contrato associativo passível de notificação – muito embora cumprisse os requisitos financeiros estipulados no art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

3.2.2. Fusões, aquisições, constituição de *joint ventures*: posicionamentos relevantes do Cade

Em relação às outras espécies de concentração, houve a apreciação de 42 casos pelo Cade ao longo do período 1994-2017. Desse total, apenas 11 processos encontram-se

⁴⁵ Ver os processos: 08700.012314/2015-64 (*codeshare* entre Oceanair e South African Airways), 08700.011682/2015-95 (*codeshare* entre Oceanair e Ethiopian Airlines), 08700.009389/2015-68 (*codeshare* entre Oceanair e Air Europa) e 08700.006104/2016-18 (*codeshare* entre VRG Linhas Aéreas e Aerovías de México).

⁴⁶ Ver o processo nº 08700.007365/2015-74 (*codeshare* entre Azul e United Airlines).

⁴⁷ Ver o processo nº 08700.002529/2017-39 (*codeshare* entre TAM Linhas Aéreas e Qatar Airways).

arquivados, ou por não conhecimento da operação (8 casos), ou por perda do objeto de análise (3 casos⁴⁸).

Quanto ao não conhecimento da análise, convém salientar que há apenas casos de reestruturação societária antes do advento da nova lei antitruste brasileira de 2011⁴⁹. Em tal situação, o principal argumento adotado para assim classificá-los foi o de que reestruturacões societárias dentro de um mesmo grupo empresarial não seriam de notificação obrigatória, fato esse que descaracterizaria o mérito da apreciação por si só. Cumpre ressaltar que dois desses processos ainda avaliaram o impacto concorrencial da reestruturação acionária intra-grupo econômico, afastando também as implicações anticoncorrenciais potencialmente presentes. De acordo com os votos dos conselheiros Paulo Furquim de Azevedo (AC nº 08012.008946/2008-52, fls. 121-125) e Olavo Zago Chinaglia (AC nº 08012.008130/2010-43, fls. 135-137) ainda que se questionasse o não conhecimento dessas operações, as implicações anticoncorrenciais advindas da reorganização interna dos grupos econômicos permaneceriam fracas e as operações deveriam ser então aprovadas sem restrições.

Já os outros processos onde houve o não conhecimento de operação não trataram de reorganizações dentro de um mesmo grupo econômico, mas sim de aquisição de participação societária por grupo econômico com faturamento insuficiente no Brasil⁵⁰ e de participação em alianças globais⁵¹. Quanto à participação acionária de outros grupos econômicos, a decisão pelo não conhecimento da operação esteve sempre vinculada às regras

⁴⁸ Ver processos: 08012.005790/2001-81 (General Electric Company e Atlas Air Worldwide Holdings, Inc.), 08012.001291/2003-87 (Varig e TAM) e 08012.010060/2003-64 (Air Canada e Trinity Investments).

⁴⁹ Ver os processos: 08012.008448/1997-12 (transferência de ações da Transportes Aéreos Marília – TAM) para a TAM Companhia de Investimentos em Transportes – TAM/CIT), 08012.009636/2003-41 (acordo de Compra de Ações em que a GEES adquire, da Varig Delaware e da Fundação Rubem Berta, 5% da participação na GE Varig Engine Services S.A.), 08012.008385/2004-68 (reestruturação da Air Canada e algumas de suas subsidiárias com a transferência da totalidade de seu capital social para a ACE Aviation Holdings Inc.), 08012.008946/2008-52 (incorporação pela VRG da GTA), 08012.008130/2010-43 (aquisição pela TAM das ações representativas da totalidade do capital social da TAM Milor).

⁵⁰ Ver os processos: 08700.000478/2016-20 (aquisição de participação societária da Azul pela Hainan Airlines Co. Ltd.) e 08700.005265/2017-75 (aquisição de ações com direito a voto da AFKL pela Delta).

⁵¹ Ver o processo nº 08700.005118/2015-33 (contrato associativo entre Oceanair Linhas Aéreas SA e Star Alliance Services GmbH).

de notificação obrigatória definidas normativamente (Lei nº 12.529/2011 e disposições infra-legais pertinentes) caso a caso. No caso ‘Azul-Hainan Airlines’, a motivação esteve vinculada ao disposto no art. 88, §1º, da Lei nº 12.529/2011 c/c o art. 1º da Portaria Interministerial 994/2012 dos Ministérios da Fazenda e da Justiça, onde constatou-se o faturamento de uma das partes como inferior aos limites suficientes para notificação obrigatória (vide Parecer nº49/2016/CGAA5/SGA1/SG, nº SEI 0162976). Já no caso ‘AFKL-Delta’, a motivação partiu da combinação do art. 9º, II, com o art. 10, I, ‘a’, da Resolução do Cade nº 2, de 29 de maio de 2012, em que:

“I – Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado:

a) Aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida”.

Desse modo, a aquisição de titularidade inferior ao patamar de 20% foi decisiva para o não conhecimento da operação e consequente arquivamento.

No caso da adesão da Oceanair à Star Alliance (Processo nº 08700.005118/2015-33), o não conhecimento da operação teve a seguinte motivação, conforme colacionado no item 7 do Parecer nº 202/2015/CGAA5/SGA1/SG, de 9 de junho de 2016:

“7. [...] Haja vista a Star Alliance, como informado pelas Requerentes, não se tratar de uma companhia aérea, mas apenas de uma associação de companhias aéreas, poder-se-ia, a princípio, argumentar que não existe sobreposição horizontal ou integração vertical que caracterize a operação como a celebração de um contrato associativo obrigatoriamente notificável, nos termos da Resolução 10/14 do Cade”.

Tal decisão, tomada já à luz das novas diretrizes vinculadas à Lei nº 12.529/2011, corroboram a decisão pela não existência de óbices aquando da aprovação da vinculação da TAM Linhas Aéreas S.A. à própria Star Alliance em 2008 (AC nº 08012.010621/2008-30). Nesse sentido, o conselheiro Olavo Zago Chinaglia concluiu em seu voto no caso ‘TAM-Star Alliance’ que:

“o negócio em tela não contempla compartilhamento de voos, de dados sobre preços, custos, faturamento ou qualquer outro elemento de informação estratégico-comercial entre as empresas. Assim, conforme afirmado pelas requerentes, cada uma das empresas potencialmente afetadas conserva, na verdade, completa autonomia em relação às demais.

Com isso, verifica-se a total ausência de relações verticais ou horizontais entre as requerentes, o que leva à conclusão de que o presente negócio não produzirá qualquer efeito anticompetitivo” (voto do conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia, fl. 111 do processo nº 08012.010621/2008-30).

Em suma, a adesão a alianças globais de transporte aéreo recebeu pareceres de não existência de impactos concorrencias em virtude da não existência de integração de riscos entre as partes envolvidas.

A perda de objeto de análise foi evidenciada apenas em três casos. Em relação ao caso ‘Air-Canada-Trinity Investments’, houve manifesta desistência das partes em prosseguir com a concretização da operação de aquisição acionária, fato esse que fez com que o Cade arquivasse o processo. Entretanto, enquanto esse AC tramitou, Seae/MF, SDE/MJ sinalizaram pela aprovação sem restrições do pleito. Muito em virtude do descrito pela própria Seae/MF em suas considerações sobre a operação, apresentadas no item III do Parecer Técnico nº 06036/2004/DF, de 9 de março de 2004, que trazem o seguinte à discussão:

“A operação em tela ocorre em âmbito mundial, fora do Brasil e entre empresas não brasileiras, não havendo aquisição direta de uma empresa brasileira ou de ativos localizados no Brasil. A empresa Air Canada efetuava apenas duas rotas aéreas para o Brasil e o grupo adquirente não operava no Brasil previamente à realização da operação. Não foi identificada nenhuma sobreposição horizontal ou relação vertical entre as atividades das requerentes”.

Sendo assim, o relator Cleveland Prates Teixeira enfatizou em seu voto a não ocorrência de qualquer efeito anticompetitivo, conforme exposto pela Seae/MF, e que, ainda que o processo tivesse continuidade, não justificaria qualquer aprofundamento de avaliação antitruste.

Ademais, apenas para fins de conhecimento, o arquivamento do processo nº 08012.001291/2003-87 (fusão Varig e TAM) foi motivado pela desistência de ambas as

partes na operação em virtude da modificação das estratégias competitivas das partes. Restando assim somente um outro caso de arquivamento por perda de objeto, aquele relacionado ao AC nº 08012.005790/2001-81 (Atlas Air-Polar Air Cargo), onde a Atlas Air Worldwide Holdings, Inc. adquiriria a totalidade das ações da GE na Polar Air Cargo. Mesmo sendo esse um dos poucos casos exclusivamente relacionados ao mercado de transporte aéreo de cargas, não houve maiores preocupações concorrenciais levantadas. Tal interpretação pode ser observada nas palavras contidas no voto do conselheiro relator Ronaldo Porto Macedo Júnior:

“A submissão da operação ocorreu em função do critério de faturamento dos grupos envolvidos, segundo estabelecido no §3º, do art. 54 da Lei nº 8.884/94. [...] as Requerentes protocolizaram petição requerendo o arquivamento do presente Ato de Concentração, sem julgamento do mérito, uma vez que, em virtude de decisão definitiva do Departamento de Transportes norte-americano, a operação deixa de produzir efeitos no Brasil, sendo realizada exclusivamente no exterior, não tendo mais a autoridade brasileira jurisdição sobre a mesma” (voto do conselheiro relator do AC nº 08012.005790/2001-81).

3.2.2.1. Avaliação dos atos de concentração aprovados sem restrições pelo Cade

Para além das questões de arquivamento, a avaliação central dessa subseção consiste na descrição e análise dos posicionamentos do Cade em matéria, sobretudo, de concentração no mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas. Outros 31 casos⁵² foram avaliados pelo Cade nesses últimos 23 anos. Desse total, 24 foram aprovados sem qualquer tipo de restrição. Tendo o restante (os demais 7 casos⁵³) adotado algum tipo de restrição, especialmente via Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) ou Acordo em Controle de Concentração (ACC). Ainda em relação a esse total de atos de concentração, temos a grande maioria focada no mercado de transporte de passageiros (25 processos) e

⁵² Consultar a Tabela III da seção de anexos, onde consta a lista de todos os processos julgados no Cade que dizem respeito aos mercados de transporte aéreo.

⁵³ São os casos: 08012.008101/1999-79 (constituição de *joint venture* Amadeus Brasil Ltda.); 08012.002335/2000-43 (criação de *joint venture* de comércio eletrônico PLATA); 08012.003267/2007-14 (aquisição pela GTI da totalidade das ações da VRG pela Variglog e pela Volo); 08012.009497/2010-84 (associação entre os negócios dos Grupos TAM e LAN); 08012.008378/2011-95 (aquisição da Webjet pela Gol); 08700.004155/2012-81 (incorporação da totalidade das ações da Trip pela Azul) e 08700.004211/2016-10 (operação conjunta nas rotas GRU/MAD e GRU/LHR pelas empresas British, Iberia e Latam).

uma pequena parcela exclusivamente dedicada ao transporte de cargas⁵⁴ (outros 5 processos), considerando o fato de que todos os processos com determinação de remédios (os 7 acima elencados) tiveram análise secundária e/ou complementar do mercado de cargas, enfatizando, sobretudo, as preocupações voltadas para o universo de passageiros.

Dos atos de concentração aprovados sem qualquer restrição, pode-se observar que, como já dito, em sua maioria constituem avaliação direcionada ao mercado de passageiros (e, em especial, direcionada ao mercado global passageiros-cargas). Um segundo (e reduzido) grupo de avaliações foca-se na questão do transporte de cargas *stricto sensu*. Para além dessa dicotomia ‘passageiros-cargas’, interessa também observar o conjunto de atos de concentração sob a seguinte ótica: (a) aqueles focados na análise de fusões/aquisições e (b) aqueles focados na análise da constituição de *joint ventures* ou *joint agreements*.

Os processos aprovados sem restrição orientados para a avaliação do mercado de passageiros (ou mesmo mercado global de transporte aéreo, contemplando passageiros e cargas) têm vasta jurisprudência no Cade. Em 19 processos analisados, não houve historicamente reorientação significativa na forma de analisar economicamente a viabilidade nas concentrações de mercados propostas.

Em dois episódios, o Cade teve que se manifestar sobre a realização de aportes de capital em empresas que impactam no funcionamento do mercado de transporte aéreo como um todo. Tal matéria foi objeto tanto do processo nº 08012.000641/2003-98 (Gol-BSSF Holdings) quanto do processo nº 08012.000074/2007-01 (BRA-Brazil Air Partners). Convém enfatizar que ambos os atos de concentração foram avaliados sob a égide da antiga lei antitruste brasileira (Lei nº 8.884/94), fazendo com que o foco não seja o de verificar as condições de satisfação ou não dos requisitos legais a serem cumpridos pelas requerentes, mas sim as argumentações de caráter econômico que embasaram esses processos. Nesse sentido, no caso ‘Gol-BSSF Holdings’ a aprovação sem restrição restou justificada pela inexistência de concentração horizontal e de integração vertical (ausência de efeitos

⁵⁴ Dada a singularidade de avaliação para os casos de carga, apresenta-se aqui a lista dos processos onde esse mercado figurou como foco de análise em atos de concentração julgados pelo Cade: AC nº 08012.004489/2000-70 (aquisição da Challenge Air Cargo pela UPS); 08012.010665/2005-17 (aquisição pela Aero-LB Participações S.A. de 90% das ações emitidas pela Varig Engenharia e Manutenção S.A. e de 95% das ações emitidas pela Varig Logística S.A.); 08700.009194/2012-75 (aquisição pela TAM de 80% das ações restantes do capital social da ABSA); 08700.003530/2014-38 (Aquisição de ações da Rio Linhas Aéreas S.A. pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) e 08700.009559/2015-12 (aquisição da TNT Express N.V. pela FedEx Acquisition B.V.).

anticompetitivos *lato sensu*), bem como foi enfatizada a geração dos benefícios decorrentes do aumento de capital como descrito no voto do conselheiro relator Miguel Tebar Barrionuevo:

“Este fato [o de aumentar o capital social da empresa] acarretará inúmeras eficiências à empresa e conseqüentemente aos consumidores, pois a prestadora de serviços de aviação civil administrando mais capital, poderá investir em suas aeronaves, disponibilizar preços mais baixos e conseqüentemente oferecer os serviços a um número maior de consumidores, estimulando, desta forma, a concorrência no mercado que mostra-se evidentemente concentrado” (voto do conselheiro relator do AC nº 08012.000641/2003-98).

Já no caso ‘BRA-Brazil Air Partners’, o conselheiro Paulo Furquim de Azevedo embasou sua argumentação de aprovação sem condicionantes apenas na verificação de ausência de sobreposição horizontal ou relação vertical, sem tecer comentários sobre a possibilidade de criação de eficiências.

Um único caso, o de permuta de ativos entre US Airways e Delta Air Lines (AC nº 08012.006443/2011-48) foi analisado. Tendo sido aprovado sem restrições, o caso em tela apresenta interessante conclusão econômica, posto que, nas palavras do conselheiro relator Marcos Paulo Verissimo,

“a presente operação de permuta mútua de ativos entre requerentes representa meramente uma substituição de [...] frequências operadas por uma companhia por um número igual de frequências operadas pela outra. Sendo assim, a [operação] não apresenta qualquer efeito negativo sobre a livre concorrência” (fl. 49, item 12 do voto do conselheiro relator no processo nº 08012.006443/2011-48).

Em essência, a permuta de igual número de frequências operadas, levando-se em conta a inexistência de sobreposições nas rotas operadas e a não existência de acordo de *codeshare* entre as empresas, foi observada como não potencialmente causadora de danos à competição. De fato, a existência de qualquer condicionante de sobreposição ou mesmo de qualquer acordo operacional ensejaria a avaliação mais pormenorizada de potenciais impactos anticoncorrenciais.

Passemos então agora à análise de fato das fusões/aquisições e *joint ventures* ocorridas. Primeiramente, tratemos daquelas aprovadas sem restrições. Convém reportar que

no mercado de transporte de passageiros, 15 processos de fusão/aquisição/*joint venture* foram aprovados pelo Cade sem qualquer limitação de caráter concorrencial. Quanto ao mercado de transporte de cargas, não há nenhum registro de ato de concentração aprovado com restrição. De fato, como já discutido, o mercado de passageiros suscitou (e ainda suscita) maiores preocupações econômicas, se comparado ao de cargas.

- Posicionamento em casos de fusão/aquisição sem restrições no mercado de transporte aéreo de passageiros

É possível identificar 12 processos⁵⁵ de fusão/aquisição onde o foco residiu no mercado aéreo de modo global (ou com ênfase no mercado de passageiros) e houve rearranjo acionário, culminando em maior integração, modificação de participação acionária ou mesmo na reorientação estratégica de marcas, muito embora tenham sido julgados sem a aplicação de restrições. Na maioria dos casos (10 dos 12 processos), ocorreu procedimento de fusão/aquisição envolvendo ao menos uma empresa estrangeira. Somente em duas situações, a fusão ocorreu entre empresas brasileiras e sem indicação de restrições por parte do Cade.

Os casos ‘VRG Linhas Aéreas S.A.-Grupo Varig’ (08012.007916/2006-67) e ‘TAM-Pantanal’ (08012.000321/2010-67) constituem as únicas referências de aprovação irrestrita de fusão/aquisição entre empresas aéreas tipicamente domésticas. O primeiro caso apresenta-se em si como uma situação de exceção, pois o reordenamento acionário aconteceu, conforme exposto pela própria Anac, da seguinte forma:

“O caso Varig, não se encaixa na hipótese [...] de transferência de controle societário. No caso em tela, o arrematante dessa parte operacional foi a VRG, cujo sócio majoritário é a

⁵⁵ Processos nº 08012.000800/2009-40 (*Partnership Agreement* e *Investment Agreement* celebrados pela AFKL e a Alitalia); 08700.007106/2015-43 (aquisição de participação acionária da Gol Linhas Aéreas Inteligentes SA por parte da Delta Air Lines, Inc.); 08700.007206/2015-70 (aquisição de ações da TAP pela Atlantic Gateway, SGPS); 08700.004652/2016-11 (aquisição pela Parpública – Participações Públicas, SGPS, S.A., de ações da Atlantic Gateway, SGPS na TAP); 08700.006556/2016-08 (aquisição de participação acionária da LATAM Airlines Group S.A. pela Qatar Airways Q.C.S.C.); 08012.003321/2005-51 (aquisição da Swiss pela Lufthansa); 08012.007916/2006-67 (aquisição pela VRG Linhas Aéreas S.A. do conjunto de bens e direitos da Varig); 08012.004066/2008-15 (aquisição de controle Northwest Airlines Corporation pela Delta Air Lines); 08012.004457/2009-11 (aquisição da Líder pela Bristow); 08012.009685/2009-79 (fusão Iberia Lineas Aéreas de España e British Airways Plc); 08012.000321/2010-67 (aquisição pela TAM Linhas Aéreas da totalidade das ações que compõem o capital da Pantanal Linhas Aéreas) e 08700.001796/2013-65 (fusão American-US Airways).

VariLog. Essa nova empresa ainda não faz parte no universo das concessionárias de serviços aéreos, mas está em vias de ser. [...] Tendo em vista não tratar-se de alteração de controle societário, mas sim de venda de ativos em processo de recuperação judicial, matéria esta que não exige aprovação prévia desta Agência” (Ofício nº 8450/2006/RJ da Anac, excerto disponível na fl. 104 do processo nº 08012.007916/2006-67).

Por esse motivo, a Seae/MF e o próprio conselheiro relator Ricardo Villas Bôas Cueva em seu voto não identificaram possíveis implicações anticoncorrenciais em escala horizontal ou mesmo vertical, fazendo com que o pleito fosse aprovado irrestritamente.

Já no caso ‘TAM-Pantanal’ houve uma inovação quanto à avaliação de concentração de mercado, pois, de modo excepcional olhou-se atentamente para a questão da repartição de *slots* em aeroportos coordenados, muito embora não houvesse qualquer sobreposição horizontal de rotas entre as duas empresas. O HHI de *slots* pré e pós-fusão no aeroporto de Congonhas foi avaliado e, ainda que tenha refletido um aumento da concentração em um mercado já concentrado, ocorreu a aprovação da fusão em virtude do potencial descrito pela própria Anac de entrada de novos *players* em futura rodada de reordenação dos *slots* em Congonhas. Em linhas gerais, o conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz opinou no seguinte sentido:

“53. Assim, apesar da operação acarretar uma maior concentração num mercado caracterizado por elevadas barreiras à entrada, um possível aumento do poder de mercado da TAM após a incorporação da Pantanal poderia ser contestado pela intensa rivalidade que esta possui com a GOL. O que afastaria maiores preocupações concorrenciais decorrentes da operação em foco.

54. Cabe ressaltar, ainda, que recentemente ocorreram entradas de novas empresas no Aeroporto de Congonhas, o que tende a aumentar a rivalidade já existente. Até a realização do último sorteio de slots promovido pela Anac, apenas GOL, TAM, Pantanal e Oceanair atuavam no aeroporto. Como as regras de alocação de slots estabelecidas [...] privilegiam as empresas já operantes, numa próxima redistribuição as empresas entrantes – Webjet, Azul e NHT – não serão preteridas e poderão ser agraciadas com o mesmo número de slots que as demais empresas que já operavam no aeroporto” (voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no processo nº 08012.000321/2010-67).

De fato, a ausência de sobreposições foi motivo relevante em ambos os casos de aprovação de fusão entre empresas brasileiras sem restrições concorrenciais aplicadas pelo Cade. Entretanto, um outro motivo tangencia os dois casos: o procedimento de recuperação judicial, que ocorre, como elemento transversal, em ambas as situações. As implicações vinculadas à falência de uma das partes devem ser interpretadas então como um elemento de preocupação concorrencial a ser colocado nas discussões de fusão. O próprio conselheiro Ricardo Machado Ruiz assim se manifesta no caso ‘TAM-Pantanal’:

“55. [...] deve-se ressaltar que a Pantanal se encontrava num processo de recuperação judicial e com grandes riscos de interromper suas atividades. Sua aquisição pela TAM representa uma possibilidade de manutenção e até de expansão das rotas anteriormente operadas [...].

56. Nesse contexto, não estamos considerando uma aquisição convencional sobre a qual poderia se tecer especulações sobre fechamento do mercado” (voto referente ao processo nº 08012.000321/2010-67).

Para além dos dois casos de fusão entre empresas brasileiras sem aplicação de restrições, há três casos nos quais as partes eram brasileiras e estrangeiras. O AC nº 08012.004457/2009-11 (fusão Líder-Bristow) conclui pela não existência de concentrações horizontal e vertical, posto que a Bristow não atua no Brasil por impedimentos legais relacionados à realização de voos comerciais por empresa estrangeira em rotas domésticas (as duas empresas atuam no ramo do transporte não-regular de passageiros) e não há sequer compartilhamento de equipamentos (sobretudo aeronaves) relevante entre as empresas (ver item II do voto do conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no processo nº 08012.004457/2009-11).

No caso ‘Delta Air Lines, Inc.-Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A.’ (processo nº 08700.007106/2015-43), constituído já sob a égide da nova lei antitruste brasileira, a apreciação do caso terminou por ser efetivada pela SG/Cade. Esse órgão do SBDC opinou da seguinte forma:

“12. Como se vê, em nenhuma rota as Requerentes possuem participação de mercado conjunta superior a 20%. [...].

13. Ademais, há que se ressaltar o caráter minoritário do investimento realizado pela Delta na Gol, sendo que aquela já detinha participação minoritária de 3% nesta, passando com essa operação a deter até 10% do capital da Gol, não havendo indícios de que esse pequeno aumento da Delta no capital social da Gol se configure em um crescimento significativo nos incentivos de coordenação entre as requerentes comparados aos pré-existentes à operação.

14. Considerando todo o exposto, esta Superintendência-Geral conclui que a presente operação não levanta maiores preocupações em termos concorrenciais” (Parecer nº 252/2015/CGAA5/SGA1/SG do processo nº 08700.007106/2015-43).

De fato, o art. 8º da Resolução do Cade nº 2/2012 serviu como motivação para a aprovação da operação sem que houvesse maiores questionamentos concorrenciais.

Quanto ao caso ‘LATAM Airlines Group S.A.-Qatar Airways Q.C.S.C.’ (processo nº 08700.006556/2016-08), o ato de concentração, embora aprovado sem restrições, necessitou de avaliação mais pormenorizada de impacto concorrencial. A participação acionária combinada da Qatar na LATAM e no grupo IAG (com operações no Brasil via British Airways e Iberia) integrou grande parte da complexidade contida na análise desse caso específico, posto que:

“7. [...] a Qatar passará a deter uma participação minoritária de até 10% na LATAM. Ocorre que a mesma empresa já detém 20,01% de participação na International Airlines Group (“LAG”), que também desenvolve, no Brasil, atividades nos mercados de transporte aéreo de passageiros e no transporte aéreo de cargas, assim como em outras atividades relacionadas à indústria aérea.

8. Dessa forma, embora a presente operação não se trate de aquisição de controle, é importante analisar os poderes conferidos à Qatar sobre as empresas das quais ela detém participação acionária, e que atuam nos mesmos mercados. Tal análise é imprescindível para se avaliar corretamente o risco concorrencial decorrente de eventuais relações horizontais, verticais e/ou complementares que sejam verificadas entre as atividades da LATAM e de suas subsidiárias, de um lado, e as atividades econômicas do Grupo Qatar e do Grupo LAG, de outro lado” (itens 7 e 8 do Parecer nº 10/2016/CGAA4/SGA1/SG do processo nº 08700.006556/2016-08, SEI nº 0266683).

Apesar da baixa proporção de controle acionário da Qatar na LATAM pós-operação, a maior preocupação restou na sobreposição de participações acionárias da Qatar na LATAM e na IAG, que operam em uma parcela de rotas relevante do mercado de transporte aéreo brasileiro de passageiros de cargas. Após a avaliação, a SG/Cade apontou, em linhas gerais, a não existência de evidências de que a operação acarretasse efeitos anticompetitivos. Suas conclusões seguiram no sentido da não intervenção nos mercados, dada a inexistência de elementos justificadores para tal. Os principais argumentos para se afastar a interferência do Cade nesse processo foram: a aquisição de participação acionária baixa (10%), a limitação dos poderes conferidos à Qatar pós-operação, a limitação dos poderes da Qatar sobre a IAG, não constatação de criação de condições evidentes para a coordenação entre as partes nas rotas com sobreposição São Paulo-Madrid/São Paulo-Londres e no mercado Brasil-Europa de cargas dessas empresas, a existência de elementos de rivalidade no mercado aéreo Brasil-Argentina (e, em especial, na rota São Paulo-Buenos Aires) e a separação das decisões de preço, capacidade e outros fatores relevantes pós-operação (ver item 138 do Parecer nº 10/2016/CGAA4/SGA1/SG, SEI nº 0266683).

Resta discorrer sobre as fusões/aquisições com aprovação sem restrição entre empresas estrangeiras. Nesses 7 casos⁵⁶ há algum em comum que serve como embasamento para as respectivas aprovações sem restrição: o reduzido (ou mesmo ausente) impacto concorrencial no mercado brasileiro de transporte aéreo. Todos esses atos de concentração enquadraram-se nos requisitos legais, mas foram avaliados com baixo teor de criação de problemas anticoncorrenciais em território brasileiro.

Empresas internacionais com operação de rotas do/e para o Brasil via país estrangeiro como destino/origem que se fundem ou integram e possuem faturamentos que

⁵⁶ Processo nº 08012.003321/2005-51 (aquisição da Swiss International Air Lines Ltd. Pela Deutsche Lufthansa AG); 08012.004066/2008-15 (fusão da Delta Air Lines com a Northwest Airlines Corporation); 08012.000800/2009-40 (Partnership Agreement e Investment Agreement celebrados pela AFKL e Alitalia); 08012.009685/2009-79 (fusão Iberia Lineas Aéreas de España e British Airways Plc); 08700.001796/2013-65 (Fusão American Airlines e US Airways Group, Inc.); 08700.007206/2015-70 (aquisição de ações da Transportes Aéreos Portugueses S.A. pela Atlantic Gateway, SGPS, S.A.) e 08700.004652/2016-11 (aquisição de ações representativas pela Parpública da TAP SGPS).

se enquadram nos critérios de notificação obrigatória ao Cade sem, no entanto, criar constrangimentos concorrenciais no Brasil. Nesse tipo de notificação, pouco se discutiu sobre o enquadramento legal das justificativas para a aprovação dos pleitos (atualmente o art. 8º da Resolução 2/2012, que foi alterada pela Resolução nº 9/2014, serve como embasamento para a aprovação sem restrições dessas operações). Apenas como discussão transversal, maior atenção se teve em confirmar se, de fato, tais operações deveriam ser efetivamente classificadas como de notificação obrigatória.

Como ilustração a essa questão, no caso ‘Delta Air Lines-Northwest Airlines Corporation’ (processo nº 08012.004066/2008-15) muito embora não houvesse operações diretas da Northwest no Brasil e fosse baixo o faturamento da Delta em território nacional, ainda assim houve manifestação pela obrigatoriedade de notificação, posto que a então acionista com maior participação na Delta, a JP Morgan Chase, tinha operações com faturamento elevado no Brasil e que se enquadrariam nos requisitos legais de notificação ao Cade.

- Posicionamento em casos de fusão/aquisição sem restrições no mercado de transporte aéreo de cargas

Quanto ao mercado de cargas, todos os 5 processos⁵⁷ de fusão julgados pelo Cade foram aprovados sem restrições. No caso ‘UPS-Challenge’, para além da eventual intempestividade na apresentação da operação, analisada à luz da Lei nº 8.884/94, a questão central de ordem econômica centrou-se nos possíveis impactos advindos de integração horizontal, bem como vertical – observada no âmbito das atividades da UPS (tanto de transporte aéreo de cargas quanto de transporte terrestre porta-a-porta) –, e na avaliação de modificação estrutural no *market share* de transporte aéreo de cargas entre Brasil-EUA, Brasil-

⁵⁷ Ver os processos nº 08012.004489/2000-70 (aquisição por uma subsidiária do Grupo UPS da totalidade dos ativos e da cessão de contratos da filial brasileira da Challenge Air Cargo, Inc.); 08012.010665/2005-17 (aquisição pela Aero-LB Participações S.A. de 90% das ações da Varig Engenharia e Manutenção S.A. e de 95% das ações da Varig Logística S.A.); 08700.009194/2012-75 (aquisição pela TAM de 80% das ações da ABSA); 08700.003530/2014-38 (aquisição de ações da Rio Linhas Aéreas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) e 08700.009559/2015-12 (aquisição da TNT Express N.V. pela FedEx Acquisition B.V.).

Argentina e Brasil-Panamá. Sobre essas questões, o conselheiro relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer assim se pronunciou:

“No tocante aos possíveis efeitos anticoncorrenciais da operação em análise, pode-se concluir, primeiramente, que a presente operação não gera concentração horizontal, porquanto as requerentes ofertam serviços distintos e não substituíveis entre si, visto que a UPS do Brasil não detém rotas aéreas para operar no mercado nacional ou internacional de cargas, e que a Challenge não desenvolve atividades de agenciamento de transporte de cargas.

[...]

Essa integração vertical gerada pela operação, entretanto, é incapaz de causar prejuízos à livre concorrência, posto que o mercado brasileiro de transporte aéreo internacional de cargas é extremamente competitivo, havendo multiplicidade de empresas aéreas nele atuantes, e o mercado de agenciamento internacional de cargas, especialmente nas regiões metropolitanas de São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, é altamente pulverizado.

[...]

Por fim, cabe salientar que a operação em análise trata de uma substituição de players, visto que o grupo UPS é um novo entrante no mercado brasileiro de transporte aéreo internacional de cargas. Embora no exterior a empresa United Parcel Services Co. preste serviços de transporte aéreo de cargas, no Brasil ela não tem atividades porque não possui autorização para funcionamento de uma filial no país. Dessarte, o grupo UPS pretende, com a operação, ingressar no mercado brasileiro de transporte aéreo internacional de cargas através da aquisição dos ativos e da cessão dos contratos da filial brasileira da Challenge” (trechos do voto do conselheiro relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer constante do processo nº 08012.004489/2000-70).

Em suma, no tocante aos aspectos econômicos, o caso em apreço não suscitou preocupações concorrenciais, especialmente, como observado pela relatoria do caso, por conta da combinação entre: a existência de maior competição no transporte de cargas em termos macro nos países onde há movimentação de carga pelas empresas, o baixo teor de impacto da integração vertical no transporte de cargas nos modais aéreo-terrestre no

contexto brasileiro, e a mera substituição entre agentes no mercado, sem criação de concentração horizontal.

O caso ‘Aero-LB-VarigLog’ foi decidido sem restrições também em virtude da ausência de sobreposições horizontais ou verticais no transporte de cargas. A não existência de operação da Aero-LB em território brasileiro em conjunto com a evidência de concorrência nesse mercado de cargas em âmbito Brasil serviram como argumento para a aprovação desse ato de concentração.

Caso importante, o AC nº 08700.009194/2012-75 (TAM-ABSA), foi o primeiro caso exclusivamente focado no mercado de transporte aéreo de cargas a ser julgado à luz da nova lei antitruste brasileira e guarda vínculo com o AC nº 08012.009497/2010-84 (fusão TAM-LAN) e representa sua “etapa final de concretização”. Muito embora a fusão TAM-LAN tenha sido aprovada condicionada a determinadas restrições, nenhuma delas esteve focada no mercado de transporte aéreo de cargas – embora tenha ocorrido avaliação do mercado de cargas em diversos aspectos, para compor a verificação de condições de entrada e de rivalidade pós-fusão TAM-LAN. AC nº 08012.009497/2010-84 avaliou um cenário de participação minoritária do grupo Latam na ABSA, enquanto o AC nº 08700.009194/2012-75 procurou verificar quais seriam os impactos da aquisição de controle do grupo Latam sobre a ABSA. A motivação para aprovação pelo Cade da aquisição de controle acionário da ABSA pela TAM resta justificada em argumento semelhante àquele adotado nos casos anteriores ‘UPS-Challenge’ (AC nº 08012.004489/2000-70) e ‘Aero-LB-VarigLog’ (AC nº 08012.010665/2005-17), pois sua justificativa baseou-se na não existência de modificação na estrutura do mercado de transporte aéreo de cargas. A SG/Cade manifestou-se a respeito dessa questão da seguinte maneira:

“No presente caso, percebe-se que a LATAM atua no mercado de transporte aéreo de cargas apenas por meio de suas empresas, não possuindo participação acionária em outros concorrentes desse setor. Portanto, a estrutura de oferta desse setor não foi afetada pela presente operação, e a posição da LATAM continua a mesma já avaliada pelo CADE, no AC que a criou” (trecho do item 9 do Parecer Técnico nº 251 da SG/Cade, de 21/11/2012).

No AC nº 08700.003530/2014-38 (aquisição de ações da Rio Linhas Aéreas pela ECT), a problemática girou em torno dos impactos possíveis decorrentes da integração vertical observada entre os mercados de transporte aéreo de cargas, executado pela Rio, e o

de entrega de encomendas expressas, realizado pela ECT. A SG/Cade concluiu sobre a questão que

“38. Os dados revelam que é improvável o fechamento do mercado de transporte aéreo de carga aos concorrentes da ECT no setor de encomendas como resultado da integração vertical, pois, dada a representatividade da Rio no mercado de transporte de carga aérea, as empresas de encomendas concorrentes permanecerão tendo opções de rivais da Rio, que representam mais de 80% do mercado de serviços de transporte de cargas aéreas.

[...]

48. É importante destacar que, neste Ato de Concentração, a verticalização possui o objetivo legítimo de propiciar a redução de custos de transação e o alcance de maiores eficiências por meio de um insumo essencial para a ECT, o transporte aéreo de cargas. Se a ECT transportasse suas cargas exclusivamente pela Rio, o que não é possível no momento em razão da ausência de ociosidade desta empresa, as empresas que transportam cargas aéreas atualmente para a ECT passariam a ter espaço liberado para o transporte de carga de outros clientes. Se, porém, o mercado não possuir cargas de outros clientes para transportar, ficaria clara a existência de um excesso de oferta no mercado, ou seja, haveria mais espaço para transporte aéreo de carga do que cargas disponíveis para transporte, um sinal claro de ineficiência do mercado.

49. Diante desses fatos, é improvável que uma possível estratégia de fechamento do mercado de encomendas decorrente da presente operação possa prejudicar o mercado de transporte de cargas aéreas” (Parecer Técnico nº 228 da SG/Cade, de 23/07/2014).

Sendo assim, novamente um ato de concentração no mercado de cargas aéreas sinaliza a não existência de implicações significativas de integração vertical e, inclusive, pontua a diferenciação entre os mercados de entrega de encomendas e de cargas aéreas, enfatizando a impossibilidade de geração de fechamento do mercado de transporte aéreo em virtude da pulverização de possibilidades de transporte aéreo por outras empresas do setor.

O mais recente caso no setor de carga aérea julgado pelo Cade também tratou dessa interface ‘encomendas entregues porta-a-porta e transporte aéreo’. O processo nº 08700.009559/2015-12 (aquisição da TNT Express N.V. pela FedEx Acquisition B.V.), também aprovado sem restrições, e trouxe as seguintes conclusões:

“Não se verificam efeitos anticoncorrenciais da operação nos mercados de transporte rodoviário de cargas para destinos nacionais e agenciamento de fretes, uma vez que a participação de mercado das requerentes é bastante reduzida. Tampouco se vislumbram preocupações decorrentes das integrações verticais, uma vez que as participações das requerentes nos mercados de transporte rodoviário nacionais e transporte aéreo de cargas para destinos internacionais são limitadas (inferiores a 20%)” (item 290 do Parecer nº 2/2016/CGAA1/SGA1/SG, de 1º de fevereiro de 2016).

Diferentemente dos casos anteriores, nessa situação, ao invés de enfatizar a não existência de modificação na estrutura do mercado de transporte aéreo de cargas, pontuou-se o reduzido impacto causado pela integração dessas empresas, inclusive verticalmente, fazendo com que essas participações reduzidas nos mercados de transporte de cargas aéreas internacionais e no de transporte rodoviário nacional fossem suficientes para afastar maiores preocupações concorrenciais.

- Posicionamento em casos de *metal neutrality* com aprovação sem restrições

Superada a avaliação das aprovações sem restrição de fusões, aquisições e cargas, passemos agora para a análise dos casos vinculados à constituição de *joint ventures* e *joint agreements* aprovados sem qualquer restrição de caráter antitruste. Ao todo 3 casos podem ser aqui elencados, sendo dois deles vinculados à *joint venture* constituída por empresas internacionais e inicialmente formada por Delta Air Lines e AFKL (ver processo nº 08012.004387/2009-92), com posterior inserção da Alitalia (ver processo nº 08012.007743/2010-63). Outro processo a mencionar trata da conformação recente de *joint agreement* entre Latam e American Airlines (AC nº 08700.003715/2017-95).

Considerando a tipologia de integração entre empresas aéreas apresentada na Figura 1 deste Caderno, temos que o crítico na construção de interações no contexto da aviação (e, claro, não só da aviação), é a possibilidade de compartilhamento de informações, riscos e receitas, bem como a definição conjunta de preços, preocupação concorrencial maior. *Joint ventures* e *Joint Business Agreements* – doravante identificados como JV e JBA, respectivamente – são de fato integrações do tipo metal (que são *merger-like*), ou seja, alianças onde a operação de aeronaves se torna indiferente entre as marcas de um determinado grupo em virtude da gestão compartilhada de resultados financeiros. Em linhas gerais, pouco importa qual empresa operou a rota, posto que os custos e ganhos dessa operação são de responsabilidade da *metal alliance* como um todo.

Nos processos nº 08012.004387/2009-92 (constituição de JV entre Delta e AFKL) e 08012.007743/2010-63 (inclusão da Alitalia na JV Delta-AFKL), a análise realizada foi semelhante. No primeiro caso, onde houve efetivamente a constituição da JV, o argumento para a aprovação da operação consistiu no fato de que as empresas operavam mercados distintos sem qualquer sobreposição horizontal (Delta no mercado de rotas Brasil-América do Norte e AFKL no mercado de rotas Brasil-Europa), o que não acarretaria preocupações de ordem concorrencial. Já no segundo processo, de adesão da Alitalia à referida JV Delta-AFLKL, embora se verificasse possível sobreposição horizontal nas operações da Alitalia e da AFKL, a relatoria do caso não identificou preocupações pertinentes à concorrência, mesmo em face de altas concentrações em algumas das rotas operadas por essas empresas. Os argumentos oferecidos pelas requerentes, que foram ressaltados no item 23 do voto do conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (referente ao processo nº 08012.007743/2010-63), foram os seguintes:

“Em resposta [...], as Requerentes, em suma, afirmaram que (i) os passageiros possuem a opção de escolher dentre quaisquer pontos de conexão (na Europa) servidos diretamente a partir do Brasil, antes de chegar ao seu destino final; (ii) em relação aos voos entre o Brasil e a Europa, o exercício de poder de mercado não seria possível, já que os passageiros poderiam, facilmente, escolher outros aeroportos com voos diretos, a partir do Brasil, como pontos de conexão (no Brasil) ou mesmo escolher voos operados por outras companhias aéreas para os principais aeroportos de atuação das Requerentes; e (iii) haveria, de fato, várias alternativas possíveis como conexões, para qualquer destino da Europa, na medida em que os players, seja por voos próprios, seja por codeshare, estariam aptos a ofertar uma rede global compreensiva a partir de seus principais aeroportos na Europa”.

Ademais, a prévia participação acionária da AFKL na Alitalia – aprovada no inteiro teor do contido no processo nº 08012.000800/2009-40 – também foi lembrada como possível causadora de efeitos anticoncorrenciais. Entretanto, como a referida organização administrativa já contemplava a participação da AFKL nas decisões da Alitalia, a inserção dessa última na JV Delta-AFKL teria seus potenciais efeitos mitigados, em face da existência dessa relação anterior à operação de inclusão da Alitalia na JV.

Já o AC nº 08700.003715/2017-95 (JBA entre Latam e American), de aprovação recente pela SG/Cade, maior atenção foi concedida à avaliação do mercado relevante, sobretudo, o de passageiros; pois haveria sobreposições evidentes em algumas rotas onde as

empresas operavam, algumas gerando, inclusive a constituição de monopólios. Apenas como forma de orientar a análise das preocupações competitivas em um JBA dessa magnitude, cumpre esclarecer quais seriam os diferenciais deste para um acordo comum de *codeshare*:

“Ressalta-se a diferença entre a presente operação (um codeshare agreement típico) e um JBA, por exemplo. No último, [...] as empresas constituem de fato um empreendimento comum, no qual compartilham receitas e riscos e decidem em conjunto variáveis concorrencialmente sensíveis, como preço e quantidade ofertada, enquadrando-se, portanto, nos requisitos da Resolução nº 17/2016/Cade” (item 30 do Parecer nº 4/2017/CGAA4/SGA1/SG).

Sendo assim, os JBA devem ser cautelosamente avaliados, posto que constituem operações do tipo *merger-like*. Nesse sentido, o Parecer nº 9/2017/CGAA4/SGA1/SG realizou detalhada observação das rotas sobrepostas entre Latam e American, concluindo que, embora com concentrações elevadas de mercado (HHI superior a 1.300 pontos em todos os cenários, conforme item 74 do supramencionado parecer), a existência de entradas (e anúncio de entradas) para operar em algumas das rotas sobrepostas – provocando estímulo à rivalidade -, combinada com a avaliação do perfil turismo, que estariam dispostos a optar por rotas indiretas (com escalas e/ou conexões) – dos passageiros em rotas onde já haveria o duopólio Latam-American, serviram como argumento para a aprovação do referido AC sem restrições⁵⁸.

3.2.2.2. Em busca de remédios: avaliação dos casos de aprovação, com restrição, de fusões/aquisições, JV e JBA

Em virtude do grau de complexidade, alguns casos foram objeto de aprovação, embora com ressalvas. Para além das discussões sobre limites de avaliação em relação à definição abrangente ou não de mercados relevantes e a possibilidade evidenciada ou não de exercício de poder de mercado, nesses processos houve a necessidade de buscar soluções para que as operações analisadas não gerassem problemas competitivos latentes. Somente 7

⁵⁸ Ressalta-se que o presente AC também avaliou o impacto deste JBA no mercado de cargas entre Brasil-EUA. Para além da consolidação do posicionamento do Cade na construção de mercados relevantes para carga aérea em sentido lato, o presente caso trouxe, assim como no AC nº 08700.004211/2016-10 (JBA entre Tam, Iberia e British Airways), “a disponibilidade de capacidade ociosa dos principais concorrentes existentes no mercado ora analisado [...] [como] [...] fator crucial quando se analisa rivalidade” (item 137 do Parecer nº 9/2017/CGAA4/SGA1/SG).

atos de concentração foram avaliados sob essa perspectiva complexa e exigiram a definição de remédios. Os referidos casos podem ser organizados em três grandes grupos, muito por causa de suas semelhanças quanto ao objeto de análise e quanto às possíveis decorrências anticompetitivas produzidas: (i) casos complexos de fusão/aquisição de empresas aéreas⁵⁹, (ii) de criação de *joint ventures* para o uso de soluções de TI em vendas de passagens aéreas⁶⁰, e (iii) de constituição de acordos de *metal neutrality*⁶¹. Cumpre apenas ressaltar que, embora em número reduzido, esses casos constituem per se a centralidade das discussões sobre concentração no mercado de transporte aéreo brasileiro.

- Remédios adotados pelo Cade em casos de fusão/aquisição de empresas aéreas

O primeiro grande caso de fusão no mercado de transporte aéreo a ser avaliado pelo Cade no período foi o AC nº 08012.003267/2007-14, que se refere à aquisição da totalidade do grupo Varig pelo grupo constituído pela Gol. Considerando o seu potencial impacto, houve preocupação em se compreender a estrutura do mercado de modo detalhado. O conselheiro relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos elaborou extenso parecer contendo 71 páginas, onde se percebe a preocupação em observar os diferentes aspectos do ato de concentração em tela.

Primeiramente, faz-se necessário observar que houve concordância na manifestação pela aprovação sem restrições da operação Gol-Varig por parte da Seae/MF, da SDE e da Procade. Apenas o Ministério Público Federal recomendou a aprovação da operação com a restrição de aplicação de alguns termos do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO).

⁵⁹ Ver processos nº 08012.003267/2007-14 (aquisição da Varig pela Gol), 08012.009497/2010-84 (fusão TAM-LAN), 08012.008378/2011-95 (aquisição da Webjet pela Gol) e 08700.004155/2012-81 (incorporação da Trip pela Azul).

⁶⁰ Ver processos nº 08012.008101/1999-79 (constituição da JV Amadeus Brasil) e 08012.002335/2000-43 (constituição da JV Plata).

⁶¹ Ver o processo nº 08700.004211/2016-10 (constituição de JBA entre TAM, Iberia e British Airways).

Em linha gerais, esse APRO previa (conforme item 7 do voto do conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no processo nº 08012.003267/2007-14)⁶²:

- ✓ (1) A manutenção da identidade da VRG;
- ✓ (2) A manutenção da independência administrativa da “Varig”;
- ✓ (3) A separação das finanças entre “Varig” e “Gol”;
- ✓ (4) A manutenção do uso das marcas “Gol” e “Varig” separadamente e permitindo a diferenciação por parte dos consumidores;
- ✓ (5) A manutenção da integralidade dos direitos e dos ativos da “Varig” tais como adquiridos, mantendo sua individualidade com relação aos ativos da “Gol”, fazendo com que as requerentes fiquem impedidas de realizar atos que impliquem redução do potencial operacional da “Varig”;
- ✓ (6) A manutenção do quadro de funcionários da “Varig”;
- ✓ (7) A manutenção da independência dos sistemas de vendas de passagens aéreas;
- ✓ (8) A autorização para que a “Varig” use a malha da “Gol” para distribuir ou coletar passageiros dos aeroportos em que são operados voos internacionais pela VRG (Galeão e Guarulhos).

O MPF teria então apontado como condição para a aprovação a aplicação dos itens (1), (3), (4) e (5) do APRO, acrescentando ainda o fato de que devesse existir “vedação à exploração pela [“Gol”], ainda que de forma indireta, de linhas aéreas concedidas à [“Varig”], e vice-versa” (item 6 do voto do conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no processo nº 08012.003267/2007-14, fls. 1065 e 1066). O mercado analisado sob a ótica do produto ficou limitado ao de transporte aéreo de passageiros de fretamento

⁶² Os termos “Varig” e “Gol” foram usados de modo simplificado para facilitar a compreensão, não representando qualquer mudança na análise do Cade sobre o caso, que se vincula, de fato, à aquisição da VRG Linhas Aéreas pela GTI S.A., pertencente a Gol Linhas Aéreas S.A..

de aeronaves, posto que nenhuma das envolvidas realizava à época transporte exclusivo de cargas em aeronaves dedicadas. Sob a ótica geográfica, adotou-se abordagem conservadora, considerando cada par de aeroportos em separado.

Houve avaliação do padrão de mudança no HHI, que endereçou preocupações competitivas, bem como análise das condições de possibilidade de exercício de poder de mercado e de rivalidade. O aeroporto de Congonhas despertou especial atenção, pela limitação de *slots* para operação, o que levou à análise de concentração dos *slots* nesse aeroporto em virtude da concentração promovida pela Varig e pela Gol. Ademais, houve avaliação do comportamento de precificação da Gol e da Varig ao longo do ano de 2007, onde a Seae/MF conclui, para os pares de rota Congonhas-Santos Dumont, Congonhas-Brasília e Congonhas-Porto Alegre, que os preços “parecem indicar que as empresas apresentam um comportamento competitivo” (item 9 do voto do conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no processo nº 08012.003267/2007-14, fl. 1098). Em relação à capacidade ociosa, o mercado doméstico demonstrou-se apto a absorver os desvios de demanda decorrentes de eventual exercício de poder de mercado por parte das requerentes (processo nº 08012.003267/2007-14, fl. 1100). Já quanto aos mercados de rotas internacionais e de fretamento, a avaliação demonstrou menores impactos concorrenciais e ausência de preocupações de ordem antitruste, respectivamente.

Desta forma, o conselheiro relator do caso, Luís Fernando Rigato Vasconcellos, concluiu que:

“em mercados em que as barreiras à entrada são bastante desfavoráveis, há competição de preços entre as concorrentes, existe razoável capacidade ociosa entre as concorrentes e uma elevada concentração de slots atribuídos à TAM; no mercado internacional, há pressão competitiva suficiente para desincentivar o exercício de poder de mercado” (trecho do item 12 do voto do conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no processo nº 08012.003267/2007-14, fls. 1125-1126).

A única condição para a aprovação total da operação vinculou-se à obrigação em se limitar a cláusula de não concorrência presente no contrato ao mercado relevante da operação, o de transporte aéreo regular de passageiros (ver item 12 do voto do conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no processo nº 08012.003267/2007-14, fls. 1125-1126). Havia, nessa cláusula, a obrigação por parte da GTI e da VRG em não atuar no

negócio de transporte aéreo exclusivo de cargas, condição essa que foi solicitada a retirada, por extrapolar o mercado relevante da operação, o de passageiros (item 5 do Relatório do conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos, fl. 1050 do processo nº 08012.003267/2007-14).

O segundo momento onde a aplicação de restrições em fusões/aquisições de empresas aéreas ocorreu, no âmbito do Cade, foi no caso da fusão ‘TAM-LAN’ (processo nº 08012.009497/2010-84), com a construção da Latam. A avaliação contida no voto do conselheiro relator para o caso focou-se no exame dos efeitos concorrenciais gerados pela operação nos setores de transporte aéreo de passageiros e de cargas (item 47 do voto do conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia no processo nº 08012.009497/2010-84). Nesse contexto, o relator também enfatizou a necessidade de se “examinar não apenas as concentrações existentes em cada rota afetada pela operação, mas também a concentração de infraestrutura aeroportuária oriunda do negócio” (idem, item 54).

Em relação à concentração no mercado de passageiros, foram evidenciados aumentos significativos de HHI em todas as rotas com sobreposição analisadas, o que confirma o potencial dano à concorrência. Para o mercado de cargas, embora mais reduzido o impacto, este ainda permaneceu elevado, posto que as requerentes apresentaram participações de mercado superiores a 20% em todas as rotas.

Faz-se necessário ressaltar que o próprio conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia descreve a problemática da elevada participação de mercado como balizador de problemas concorrenciais:

“A constatação de altas participações de mercado das Requerentes nos trechos afetados não implica necessariamente a existência de problemas concorrenciais. Doutrina e jurisprudência são uníssonas em reconhecer a existência de diversas condicionantes ao exercício abusivo de poder de mercado no setor aéreo, ainda que na presença de concentrações significativas de mercado” (item 105 do voto do conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia no AC nº 08012.009497/2010-84).

Além disso, evidenciou-se que (itens 200 a 204 do voto do conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia no AC nº 08012.009497/2010-84): o mercado de transporte aéreo é tido como de fácil entrada, a não ser que existam barreiras de cunho regulatório, haja escassez de infraestrutura aeroportuária ou seja constatada alguma barreira ligada a alianças entre

empresas; barreiras regulatórias não afetam a entrada nas rotas São Paulo-Lima/Peru e São Paulo-Santiago/Chile, mas podem afetar na rota São Paulo-Buenos Aires/Argentina; há problemas de limitação de infraestrutura aeroportuária em faixas específicas de horário no aeroporto de Guarulhos; a opção das requerentes por determinada aliança global pode gerar impactos na dinâmica concorrencial; há rivalidade nas rotas analisadas, exceto na rota São Paulo-Santiago/Chile, onde concorrentes não oferecem voos diretos.

Em síntese, quanto às preocupações de caráter concorrencial, no mercado de cargas, não foram levantadas maiores preocupações, enquanto no de passageiros, o Cade observou capacidade de competição em todas as rotas internacionais sobrepostas, menos naquela operada entre São Paulo e Santiago/Chile, apontando como manifesta condição para a intervenção antitruste as seguintes questões:

“(i) a altíssima concentração gerada pela operação [...], (ii) a inexistência de empresas com condições de rivalizar com as requerentes nesse mercado, (iii) a presença de barreiras à entrada [...] em Guarulhos em horários comercialmente atraentes, e (iv) a ausência de eficiências específicas oriundas da concentração gerada na referida rota” (item 225 do voto supramencionado).

Nesse contexto, houve a adoção de remédio endereçado à rota São Paulo-Santiago/Chile previamente operada pelas requerentes. Foi utilizada estratégia tradicional para solucionar o presente caso (ver os trabalhos de Cabral & Mattos, 2016 e Morgan, 2002): adotou-se remédio estrutural⁶³ baseado na transferência de *slots* a entrante interessado em operar entre Guarulhos e Santiago do Chile. No total, 2 pares diários de *slots* operados anteriormente pela TAM deveriam ser transferidos para a nova empresa interessada em

⁶³ A autoridade chilena em matéria de concorrência, o *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (TDLC), também se posicionou a respeito da fusão LAN-TAM em seu NC-388-2011, onde na Resolución n° 37/2011, páginas 120 a 130. Cumpre identificar que para além da permuta de *slots* em Guarulhos na rota São Paulo-Santiago do Chile, essa autoridade descreveu uma série de outras medidas complementares, onde pode-se aqui destacar a impossibilidade de permanência das requerentes e em duas alianças aéreas globais ao mesmo tempo e o congelamento da oferta em relação ao itinerário São Paulo-Santiago do Chile do novo entrante. Para maiores informações, consultar <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_37-11.pdf>, acessado em 26/12/2017.

operar a rota em comento por um período de 3 anos (prorrogável por igual prazo) a contar da publicação da decisão no Cade.

Outro caso paradigmático foi o de aquisição da Webjet pela Gol (processo nº 08012.008378/2011-95). Para além da esperada avaliação do mercado relevante afetado e suas implicações concorrencias, uma discussão foi inserida: seria a Webjet uma empresa *maverick*⁶⁴? O relator do caso assim resumiu a questão:

“324. [...] empresas Maverick competem por meio de um novo modelo de negócios, tecnologia e tal competição pode se expressar como conduta agressiva de preços. [...]

325. No setor de aviação civil, entendo que o perfil de empresa Maverick está vinculado a entrada das firmas low-cost/low-fare. [...]

[...]

327. No Brasil, a mais destacada representante desta estratégia foi a Gol, quando na sua entrada na indústria. Entretanto, dada a nossa estrutura econômica polarizada e concentrada nas regiões metropolitanas, os modestos mercados regionais e a infraestrutura aeroportuária ainda precária, a típica estratégia das empresas low-fare/low-cost de utilizar aeroportos regionais não prosperou e a empresa voltou-se para os grandes hubs nacionais e passou a operar com aviões de médio e grande porte. A Webjet não difere muito desta estrutura e estratégia, não obstante sua modesta escala em número de aeronaves e rotas. Além disto, a empresa não apresentou um novo modelo de negócios ou tecnologias de produto, processo ou mesmo organização empresarial, o que a levou a manter preços baixos como única forma de se manter competitiva no mercado” (trechos dos itens 324, 325 e 327 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no AC nº 08012.008378/2011-95).

⁶⁴ Nas palavras de Massimo Motta (2007, p. 143), “um *maverick* pode também ser uma firma que é substancialmente diferente das rivais (por exemplo, por ter um fator de desconto pequeno, uma utilização diferente da capacidade ou um portfólio de marcas menor” [Tradução Livre].

Sendo assim, a operação envolveu, de fato, duas empresas de perfil *low-cost*, muito embora com dimensões distintas. A Gol com magnitude elevada no cenário brasileiro e a Webjet com significativa representatividade em algumas rotas específicas e localizadas. O Cade evidenciou, dessa forma, baixo teor de preocupação com o mercado de transporte de carga, sobretudo pela participação limitada da Webjet no contexto nacional. Para o caso do transporte de passageiros, novamente, adotou análise tradicional baseada em pontos de origem e destino em pares de rota, preocupando-se apenas com aquelas onde houve sobreposição horizontal.

Foram encontradas preocupações concorrenciais elevadas decorrentes dessa sobreposição em mais de uma centena de rotas domésticas, entretanto o argumento da relatoria sinalizou da seguinte forma:

“(iv) Foi identificada sobreposição horizontal em aproximadamente uma centena de rotas; (v) Para estes mercados as condições de contestabilidade revelam que é improvável, intempestiva e insuficiente a entrada de uma nova empresa, seja em rota, seja em malha; (vi) A contestabilidade se daria por meio de empresas já atuante, desde que existissem condições para a sua entrada, a ser avaliada a partir da disponibilidade de infraestrutura que permitisse que isto ocorra; (vii) No filtro da análise, restaram as rotas envolvendo os aeroportos de Brasília, Santos Dumont, Galeão, Guarulhos, Congonhas e Confins, pois são aeroportos restritos e alguns com regras específicas de distribuição. Avaliando a estrutura destes aeroportos, o único que traz grandes preocupações é o aeroporto de Santos Dumont/RJ. (viii) Existem eficiências econômicas específicas do ato de concentração, mas não são suficientes para mitigar os problemas concorrenciais pontuais identificados na operação, como a o controle de slots em Santos Dumont. O problema concorrencial que merece destaque é a elevada concentração de slots em Santos Dumont sem nenhum indicador de eficiência suficiente para mitigar estes problemas específicos” (subitens ‘iv’ a ‘viii’ do item XVII do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no AC nº 08012.008378/2011-95).

Em suma, a aplicação de remédio nessa operação, ainda que baseada, como no caso ‘TAM-LAN’, em restrições evidenciadas na infraestrutura aeroportuária, não se resumiu à devolução de slots no Aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro, mas sim à obrigação de eficiência na alocação desses slots por parte da operação da empresa pós-fusão.

O plenário, por unanimidade, conheceu então da operação e a aprovou condicionada ao cumprimento das obrigações previstas em um TCD, que endereçava a preocupação com as barreiras para utilização da infraestrutura aeroportuária em Santos Dumont da seguinte forma:

“370. Como o objetivo da intervenção antitruste no presente caso, contudo, é permitir que as estruturas obtidas pela Gol sejam operadas com eficiência e em benefício ao consumidor, por meio de índices objetivos que a empresa deve cumprir.

371. Assim, tendo em vista todos estes problemas identificados, a operação só pode ser aprovada pelo CADE se condicionada a determinadas medidas para gerar bem-estar econômico e em benefício de toda a sociedade. Para atingir esta missão, foi negociado com as incumbentes o Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), que, de forma sintética, contém as seguintes obrigações: (i) Utilização dos slots de Santos Dumont/RJ com uma eficiência mínima de 85% para cada slot seja para pouso ou decolagem; (ii) Caso as compromissárias não alcancem índices de 85% de uso para cada slot em apuração trimestral (média simples dos índices de cada mês do trimestre), a compromissária devolverá a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) o slot com uso abaixo do mínimo estipulado no item 2.1.(a) e um segundo slot para formar um par de slot com tempo de solo operacionalmente eficiente; (iii) O índice de eficiência mínimo de 85% de uso dos slots vale para todos os slots controlados pelas compromissárias em Santos Dumont/RJ; (iv) A obrigação é restrita à utilização efetiva dos slots, podendo haver alteração das rotas.

[...]

373. Esta obrigação de uso dos slots coloca um trade-off para empresa. Caso a empresa não utilize os slots, ela os devolverá à ANAC. Para não ter os slots devolvidos à ANAC, a empresa terá que utilizá-los ofertando voos, ou seja, a Gol não poderá reduzir a oferta de voos em Santos Dumont. Esta oferta de assentos tem custos elevados, qual seja, o de operar uma aeronave” (itens 370, 371 e 373 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no AC nº 08012.008378/2011-95).

De modo inovador, a preocupação endereçada à dificuldade de acesso à infraestrutura aeroportuária traduziu-se em sentido oposto: não na tentativa de estabelecer acesso a concorrentes, mas sim obrigando a empresa fusionada a trabalhar gerando estímulos

comportamentais positivos ao consumidor final, com ampliação da eficiência na utilização e alocação desses dos *slots* a serem controlados pós-assinatura do TCD.

Por fim, no caso de incorporação da Trip pela Azul (processo nº 08700.004155/2012-81), a solução adotada pelo Cade em muito se assemelhou àquela do caso ‘Gol-Webjet’. Novamente, quanto ao mercado de transporte de cargas doméstico e internacional, não foram levantadas preocupações concorrenciais devido à participação não relevante das requerentes nesse modal (ver item 42 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no AC nº 08700.004155/2012-81). Já no transporte de passageiros é que, em sinergia com os casos anteriores, foi necessário realizar avaliação detalhada das condições competitivas.

Cumprido frisar que, nesse caso, especial atenção foi dada à questão das parcerias entre as empresas, o que poderia ampliar os impactos anticompetitivos resultantes pós-fusão. Houve preocupação em ressaltar a importância em verificar as condições prévias de operação de *codeshares* das requerentes no ato de aprovação ou não dessa fusão/aquisição no setor de aviação civil. Nesse sentido, o próprio conselheiro relator endereçou tal questão em seu voto da seguinte forma:

“[...] É o caso, por exemplo, dos acordos de cooperação e prestação de serviços entre as empresas de aviação civil, que podem acarretar em sinergias, ou, sob outro prisma, propiciar a coordenação entre as empresas e até mesmo desincentivar a entrada de determinada firma naquele mercado, com potenciais efeitos deletérios a concorrência.”

53. Assim, quando se analisa uma fusão e aquisição entre duas empresas, é importante verificar inclusive se existem entre elas ou com outros concorrentes acordos e quais são as obrigações pactuadas. Como se verá, neste caso foi identificado um contrato que pode ser preocupante do ponto de vista concorrencial” (trecho do item 52 e item 53 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no AC nº 08700.004155/2012-81).

A prévia existência de acordo de *codeshare* entre Trip e TAM foi levantada como preocupação e colocada como uma condição para a aprovação desse ato de concentração. Novamente, observou-se preocupações vinculadas à disponibilidade de infraestrutura aeroportuária, fato esse que aparece como questão fulcral na contestabilidade de mercados de transporte aéreo de passageiros. Do voto do conselheiro relator extraímos também a estrutura de avaliação adotada no presente caso:

“[...] Neste caso Azul-Trip manterei aquela abordagem, assim, serão avaliadas as relações entre (i) ponto de origem/ponto de destino, (ii) voos diretos e indiretos e, posteriormente, e (iii) questões relacionadas a disponibilidade de infraestrutura aeroportuária (como substituição entre aeroportos próximos) e (iv) presença de concorrentes operando nos aeroportos de origem e destino” (trecho do item 97 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no AC nº 08700.004155/2012-81).

Em todo esse conjunto de análise, restaram grandes preocupações concorrenciais apenas nas rotas envolvendo o aeroporto Santos Dumont/RJ, sendo para esse efeito assinado TCD entre as partes, como forma de afastar efeitos anticompetitivos advindos dessa operação. Em resumo, os remédios aplicados ao presente caso foram semelhantes àqueles aplicados no caso ‘Gol-Webjet’, prevendo a eficiência mínima de 85% para cada *slot* individualmente para pouso ou decolagem em Santos Dumont/RJ. O único adendo foi a inserção da obrigação de encerramento do *codeshare* existente entre Trip e TAM, como meio de prevenção a impactos concorrenciais negativos pós-fusão.

Considerada as ressalvas do TCD, em linhas gerais, a fusão ‘Azul-Trip’ foi enquadrada da seguinte forma:

“273. Em suma, não há que se falar em eliminação de uma concorrente ou de uma contestadora das líderes, pois Trip não era uma empresa agressiva no mercado, em particular nas rotas em que atuavam TAM e Gol. Entendo, portanto, que a fusão de Trip e Azul tem um caráter pró-concorrencial, pois Trip passa a ser parte de um grupo autônomo, as malhas são majoritariamente complementares e a escala da operação associada a um diferente modelo de negócios (forte participação de aviões de médio porte focando em mercados menores) diferencia a empresa das duas grandes, o que tende a diminuir a possibilidade de colusão e acirrar a concorrência, além de efeitos outros, tais como o atendimento de consumidores que estão distantes dos grande hubs nacionais” (item 273 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no AC nº 08700.004155/2012-81).

De modo a facilitar a avaliação dos posicionamentos do Cade acerca da aplicação de remédios em processos de fusão/aquisição de empresas aéreas, apresenta-se um quadro-resumo de restrições aplicadas nesses processos pelo Cade (Tabela 5).

Tabela 5: Quadro-resumo de restrições aplicadas nos processos de fusão/aquisição de empresas aéreas

Ato de concentração	Caso	Remédios aplicados		Houve a celebração de TCD/ACC?
		Estruturais	Não-estruturais	
08012.003267/2007-14	Varig-Gol	n/a * <i>* Houve a tentativa de aplicação de remédio vinculado à devolução de slots à Anac. Entretanto, tal possibilidade não foi validada pela maioria dos conselheiros no Cade.</i>	✓ Obrigação em se limitar a cláusula de não concorrência presente no contrato ao mercado relevante da operação, o de transporte aéreo regular de passageiros.	Não
08012.009497/2010-84	TAM-LAN	✓ Permuta de slots em aeroporto com limitação de operação em horário comercialmente atrativo onde ocorra sobreposição de operação entre as requerentes e exista a possibilidade de operação por entrantes para o mesmo destino e por período determinado de tempo.	n/a ** <i>** Levantou-se também a preocupação em limitar a participação das requerentes em alianças globais aéreas distintas. Entretanto, como essa questão já havia sido resolvida pela autoridade antitruste chilena, tal preocupação acabou por não fazer parte do conjunto de remédios aplicados pelo Cade.</i>	Não
08012.008378/2011-95	Gol-Webjet	n/a	✓ Utilização eficiente dos slots em aeroporto onde há restrição de acesso à infraestrutura.	Sim
08700.004155/2012-81	Azul-Trip	n/a	✓ Encerramento da operação em <i>codeshare</i> existente entre uma das requerentes e uma empresa concorrente; ✓ Utilização eficiente dos slots em aeroporto onde há restrição de acesso à infraestrutura	Sim

Fonte: elaboração própria do DEE/Cade.

- Remédios em casos de criação de *joint ventures* para o uso de soluções de TI em vendas de passagens aéreas

Em uma outra vertente, no início dos anos 2000 foram votados casos que versavam sobre a constituição de JV para a conformação de soluções de TI para a venda de bilhetes aéreos. Em um momento onde as relações de consumo estavam a ser bombardeadas pelas inovações proporcionadas pela Internet, o mercado de comercialização de passagens aéreas precisou se readaptar.

Duas ações de concentração de mercado foram julgadas nesse período: (i) a constituição da JV Amadeus Brasil Ltda., de responsabilidade da Varig S/A, da Transbrasil S/A e da Amadeus Global Travel Distribution S/A (processo nº 08012.008101/1999-79) e (ii) a criação da JV de comércio eletrônico PLATA, uma associação entre Varig S/A e TAM - Transportes Aéreos Meridionais S/A (processo nº 08012.002335/2000-43).

Nesses dois casos, houve a determinação de remédios por parte do Cade. No primeiro, a solução seguiu um caminho comportamental, sem, no entanto, criar limitações estruturais à constituição da JV. Nesse sentido, houve a celebração de TCD, cujo objetivo seria o de não apenas apresentar as condições a serem seguidas comportamentalmente, mas também o de permitir o acompanhamento da evolução desse AC no período de três anos após a assinatura do compromisso pelas requerentes, permitindo inclusive que possíveis interessados pudessem denunciar a presente operação, quer por discriminação em seu uso, bem como na não disponibilização adequada de informações das requerentes para uso em soluções informática concorrentes⁶⁵. Em resumo, Varig S/A, Transbrasil S/A e Amadeus Global Travel Distribution S/A comprometeram-se, para além de cumprir o já acordado em regulamento, a não criar limitações concorrenciais na gestão e disponibilização da solução Amadeus. Tal escolha por uma solução comportamental certamente encontrou respaldo no descrito pelo conselheiro relator em seu voto sobre o caso:

“23. Observou que das “informações contidas nos autos a VARIG e a TRANSBRASIL já vinham desde 1993 distribuindo o Sistema Amadeus por meio de contratos administrados por unidades internas das empresas. Desta feita conclui-se que a constituição da joint venture

⁶⁵ Esse AC gerou passivo de apuração de conduta anticompetitiva materializado no processo nº 08012.005052/2001-34, a ser analisado em detalhe na seção 3.3 deste capítulo sobre defesa da concorrência aplicada ao mercado de transporte aéreo no Brasil.

Amadeus Brasil Ltda., que inclui a Amadeus Global Travel Distribution como quotista, não deve alterar as condições existentes antes da operação, a não ser em possíveis melhorias para o consumidor, face a redução dos custos operacionais pretendidos pelas requerentes” (item 23 do voto do conselheiro relator Mércio Felsky no processo nº 08012.008101/1999-79).

Dessa forma, restou avaliado o AC Amadeus, mesmo que já em seu voto o próprio conselheiro relator manifestasse preocupações de terceiros com a questão da discriminação em relação a outras soluções de TI concorrentes, posteriormente endereçadas em instrução processual própria⁶⁶.

Já no caso ‘Plata’ foram adotadas medidas estruturais de modo a mitigar o poder de concertação entre as empresas. O conselheiro relator assim apresentou suas preocupações:

“Destaque-se, aqui, a possibilidade de que os portais de comércio eletrônico funcionem, potencialmente, como instrumentos dissimuladores de carteis e demais práticas anticoncorrenciais horizontais e verticais, visto que agrupam empresas de um mesmo ramo de negócios ou de negócios correlatos. O presente voto, longe de tentar impedir o saudável e irremediável avanço do e-commerce, procura atentar para estes pontos do comércio eletrônico, que podem atuar contra a livre concorrência” (item ‘IV’ do voto do conselheiro relator Celso Fernandes Campilongo no processo nº 08012.002335/2000-43, fl. 155).

A decisão aprovada pelo Cade no caso ‘Plata’ passou então pela criação de mecanismos capazes de dificultar uma possível troca de informação entre as partes enquanto gestoras da própria plataforma. O intuito foi o de usar a figura do *interlocking directorate* no preenchimento dos cargos executivos da JV constituída, impedindo assim o acúmulo ou sobreposição de funções de direção e gerência, bem como nos respectivos conselhos, por pessoas comuns às requerentes e/ou à empresa constituída (ver item ‘V’ do voto do conselheiro relator Celso Fernandes Campilongo no processo nº 08012.002335/2000-43, fl.

⁶⁶ Ver nota de rodapé nº 60.

155). A Tabela 6 resume o aqui discutido em relação à aplicação de remédios em casos de criação de JV para o uso de soluções de TI em vendas de passagens aéreas.

Tabela 6: Quadro-resumo de restrições aplicadas nos processos de criação de JV para o uso de soluções de TI em vendas de passagens aéreas

Ato de concentração	Caso	Remédios aplicados		Houve a celebração de TCD/ACC?
		Estruturais	Não-estruturais	
08012.008101/1999-79	Constituição da JV Amadeus Brasil Ltda., de responsabilidade da Varig S/A, da Transbrasil S/A e da Amadeus Global Travel Distribution S/A	n/a	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Comprometimento em assegurar condições de tratamento isonômico e não discriminatório entre as empresas que utilizam o sistema, permitindo inclusive o livre acesso de interessados em aderir ao sistema (aplicação de taxas de manutenção idênticas e fornecimento de tratamento equânime e sem manipulação dos dados de terceiros interessados em aderir; ✓ Comprometimento em não exigir contratação com exclusividade; ✓ Fornecer exibição de informações de maneira justa, não discriminatória, completa e neutra; ✓ Obrigação por parte das requerentes em fornecer aos demais provedores que operam no Brasil as informações que são disponibilizadas ao sistema pelas requerentes gerido. 	Sim
08012.002335/2000-43	Criação da JV de comércio eletrônico PLATA, uma associação entre Varig S/A e TAM - Transportes Aéreos Meridionais S/A	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Criação de cláusula da nova empresa que impeça o acúmulo ou sobreposição de funções de direção e gerência, bem como nos respectivos conselhos, por pessoas comuns às requerentes e/ou à empresa constituída. 	n/a	Não

Fonte: elaboração própria do DEE/Cade.

Embora as condições de tecnologia tenham mudado significativamente após a conclusão dessas análises, a compreensão do ocorrido à época pode servir como balizador para futuros aprimoramentos e inovações no mercado de passagens aéreas. A interface

existente entre empresas aéreas e agências de turismo representaram naquele período motivo de preocupação concorrencial, como evidenciado nesses dois processos. Tal qual houve interface entre mercado de turismo e de transporte aéreo mediante marcação e venda de bilhetes aéreos, poderá haver interfaces a serem questionadas em seus aspectos competitivos entre empresas aéreas e motores de pesquisa e agenciamento de passagens aéreas (websites que realizam pesquisas de itinerários e preços, soluções compartilhadas de aplicativos para smartphones, dentre outras possibilidades). Em suma, observar a avaliação do passado é certamente importante para compreender e avaliar os próximos passos decorrentes da inovação e que podem vir a gerar preocupações antitruste.

- Remédios para a constituição de acordos de *metal neutrality*

Apenas um caso pode ser aqui descrito, aquele vinculado ao processo nº 08700.004211/2016-10, relacionado ao JBA entre TAM, Iberia e British Airways, e recentemente julgado. Cumpre frisar que tal decisão representou um realinhamento na avaliação de atos de concentração no setor. Houve o tratamento quantitativo de dados do mercado relevante, sendo assim possível, pela primeira vez, desenvolver parecer técnico econômico⁶⁷ para subsidiar os trabalhos da SG/Cade e do Tribunal. Destaca-se desse parecer do DEE/Cade que:

“Para as requerentes, tem-se que – para avaliação das sobreposições horizontais – apenas rotas com voos diretos, com origem e destino bem especificados, seriam relevantes à análise realizada [...]. Ocorre que, para a análise das sobreposições, as requerentes apresentam uma postura restritiva (olhando apenas voos diretos), mas para a compreensão de qual a dimensão do mercado relevante afetado pela operação, as requerentes contestam tal avaliação restritiva, se valendo da jurisprudência do CADE. O que não é referido com muita clareza é que se voos indiretos forem levados em consideração para a análise do mercado, poderiam, em tese, gerar novos cenários de concentração [ou sobreposição] horizontal que poderiam ser explorados com maior profundidade” (excerto das páginas 4 e 5 da Nota Técnica nº 35/2016/DEE, SEI nº 0261515).

⁶⁷ O DEE/Cade produziu a Nota Técnica nº 35/2016/DEE (SEI nº 0261515), de 4 de novembro de 2016, onde concluiu que “os modelos de simulação demonstram que há grandes preocupações concorrenciais neste ato de concentração, mesmo em face das eficiências alegadas”.

Muito do questionamento realizado sobre o caso em tela voltou-se para a questão dos limites impostos para a definição de mercado relevante, mas para além disso, foi apresentado estudo detalhado sobre a questão das eficiências. Nesse sentido, pontou-se o risco em considerar apenas a justificativa de produção de eficiências como elemento suficiente para a aprovação de um ato de concentração, enfatizando que “[n]o mesmo sentido, em outros precedentes, o Cade compreendeu, citando a Autoridade Antitruste Europeia, que ‘há um claro limite para o uso do argumento de eficiências: a eliminação da competição’ (extraído do voto do conselheiro-relator Elvino de Carvalho Mendonça no AC Unimed Franca/Hosp.Regional Franca e constante da página 10 da Nota Técnica nº 35/2016/DEE, SEI nº 0261515).

Tratando o presente pleito de um caso onde o mercado relevante certamente extrapola os limites do território brasileiro – posto que está diretamente relacionado à operação conjunta das empresas requerentes nas rotas Guarulhos-Madrid Barajas e Guarulhos-Londres Heathrow – houve a preocupação em tentar compreender melhor os limites dos impactos desse ato de concentração e de seu mercado relevante, observando, sobretudo, que:

“O mercado relevante é restrito apenas a voos diretos (tanto para rota GRU-LHR como para a rota GRU-MAD), pelo resultado do exercício da perda crítica clássica e pelo resultado do uso da metodologia KSFOW; [...] há fortes indícios pré-fusão de que as requerentes gozam de elevado poder de mercado, com alto grau de discriminação de clientes; [...] há grande raio de desvio entre as requerentes nas rotas analisadas. No caso de haver um mercado restrito a voos diretos, haverá monopolização do trecho GRU-LHR com grande concentração no trecho GRU-MAD”; [...] não há evidências concretas de que há dupla marginalização no setor ou que o presente ato de concentração irá diminuir a referida dupla marginalização; [e] os modelos de simulação demonstram que há grandes preocupações concorrenciais neste ato de concentração, mesmo em face das eficiências alegadas” (excerto do item 5 da Nota Técnica nº 35/2016/DEE, SEI nº 0261515).

Constatada a complexidade do caso, o Tribunal decidiu, por unanimidade aprová-la condicionada à celebração e ao cumprimento de ACC nos termos do voto do conselheiro relator João Paulo de Resende. Tal voto trouxe uma inovação interpretativa, já comentada, que merece aqui novamente destaque: a coexistência entre mercados geográficos de transporte de passageiros ‘origem-destino’ e de transporte de passageiros em

macrorregiões, no caso o espaço Brasil-Europa. Houve a descrição dos impactos em ambos os mercados de passageiros e chegou-se à conclusão que, mesmo em um espectro mais alargado de definição do mercado relevante (Brasil-Europa), ainda assim não seria possível afastar preocupações concorrenciais, posto que “mesmo considerando um mercado mais amplo, com todas as rotas entre Brasil e Europa, incluindo voos do tipo conexão com até cinco horas de duração, os números indicam que há possibilidade de exercício de poder de mercado” (trecho do item 60 do voto do conselheiro relator João Paulo de Resende, AC nº 08700.004211/201610, SEI nº 0313066).

Quanto a essa probabilidade de exercício de poder de mercado, no transporte de cargas as condições de entrada e de rivalidade não despertaram maiores preocupações. Já no mercado de transporte de passageiros, quanto à essas questões, temos que:

“74. A SG/Cade identificou barreiras à entrada decorrentes de restrições regulatórias e de restrições de infraestrutura aeroportuária [...] [...] acrescent[ando-se] uma outra barreira: a necessidade de escala mínima viável para operar voos transatlânticos. As restrições regulatórias e a escala mínima viável se aplicam aos três mercados de passageiros identificados como problemáticos: SÃO-LON, SÃO-MAD e BRA-EUR [...]. A barreira de infraestrutura aeroportuária só se aplica aos mercados rota a rota.

[...]

96. Assim, tendo em vista os aspectos de rivalidade, apenas o mercado relevante relativo à rota direta SÃO-LON permanece se apresentando como um problema concorrencial.

[...]

99. Em resumo, a análise da probabilidade de exercício de poder de mercado nos permitiu eliminar as preocupações com relação aos mercados de voos diretos SÃO-MAD e de voos diretos e indiretos BRA-EUR no transporte aéreo de passageiros e com relação ao mercado BRA-EUR no transporte aéreo de cargas.

100. Resta, pois, como problemática do ponto de vista concorrencial, a rota direta SÃO-LON com relação ao transporte aéreo de passageiros. Para esse mercado, que passará a operar sob monopólio, se faz necessário analisar se as eficiências alegadas pelas requerentes podem ser

aceitas, conforme os critérios antitruste, e se seriam suficientes para compensar os prováveis aumentos de preços decorrentes da operação” (itens 74, 96, 99 e 100 do voto do conselheiro relator João Paulo de Resende, AC nº 08700.004211/201610, SEI nº 0313066).

A conclusão do conselheiro relator é que as tais eficiências alegadas pelas requerentes não compensariam os riscos concorrenciais advindos da aprovação incondicional do referido AC. Para cada uma das eficiências apresentadas no processo, foram feitos esclarecimentos interpretativos sobre plausibilidade, especificidade, possibilidade de repasse e suficiência, que resultaram no seguinte:

“104. Quanto ao aumento da densidade, entendo plausível que a operação venha a gerar essa eficiência, pelo menos em benefício as Requerentes. Tal eficiência é, de certa forma, auto-evidente ou intuitiva: por se tratar de uma indústria de redes, a maior capilaridade e a não sobreposição de rotas decorrentes da operação conjunta permitirá que haja adensamento de trechos troncais, substituição por aeronaves mais eficientes e redução de custos. Portanto, existem razões legítimas para a concentração que apenas a ampliação do poder de mercado. Também entendo que tal eficiência é específica da operação, não podendo ser alcançada com um acordo do tipo codeshare, pois nesse tipo de arranjo as empresas em cooperação ainda mantêm incentivos para reservar assentos para sua comercialização exclusiva em suas aeronaves próprias (não há neutralidade de metal).

[...]

106. Quanto ao argumento de redução de dupla margem, subscrevo ao entendimento do DEE e da SG de que para que haja tal eficiência é preciso demonstrar que as estruturas de mercado anteriores à operação permitiam margens elevadas. Não há evidências de que existam duas margens de monopólio para serem eliminadas. Pelo contrário, ao longo de toda instrução complementar ocorrida no Tribunal as Requerentes defenderam que o mercado de transporte aéreo dentro do continente europeu seria extremamente competitivo e por isso não conseguiriam exercer poder de mercado. Assumindo tal fato como verdadeiro, não haveria uma margem de monopólio/oligopólio no trecho intercontinental, que se manteria no cenário pós operação, e outra margem menor de concorrência monopolística dentro do continente europeu, essa sim passível de eliminação. Como margens de concorrência monopolística tendem a ser menores que a margem de monopólio/oligopólio, a margem a ser eliminada pode restar insignificante ou

simplesmente insuficiente para compensar o provável aumento de preço nos voos diretos de São Paulo para Londres, que, como demonstramos, não são desprezíveis em termos de volume de passageiros transportados.

107. Por fim, as eficiências de tarifas combináveis, programas de passageiros frequentes e coordenação de horários, mesmo que se consideradas plausíveis, específicas da operação e que seriam benefícios diretos ao passageiro, nunca somariam o volume necessário de eficiências para contrabalancear a criação de um monopólio em uma importante rota de ligação entre Brasil e Europa” (itens 104, 106 e 107 do voto do conselheiro relator João Paulo de Resende, AC nº 08700.004211/201610, SEI nº 0313066).

Desta forma, para mitigar as preocupações restantes, os remédios sugeridos pelo conselheiro relator e que se tornaram parte integrante do ACC foram:

“111. Os principais termos do acordo são: (i) disponibilizar, 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; (ii) formalizar acordo de interline⁶⁸ (SPA) com potencial entrante, nas melhores condições firmadas com terceiros (exceto intra-aliança), para as cidades de São Paulo e de Londres; (iii) manutenção da capacidade (oferta de assentos) com base nos números de 2016, enquanto houverem apenas as Requerentes operando a rota São Paulo – Londres; (iv) criar duas novas rotas adicionais com destino de uma cidade brasileira à Europa, uma delas partindo de cidade que não seja São Paulo ou Rio de Janeiro” (item 111 do voto do conselheiro relator João Paulo de Resende, AC nº 08700.004211/201610, SEI nº 0313066).

Segundo o próprio conselheiro relator, o objetivo desses remédios, encontra-se vinculado as seguintes questões: “os dois primeiros remédios garantem a eliminação das barreiras à entrada no mercado monopolista, o terceiro remédio garante que, na ausência de interessados em entrar na rota, não haverá redução de capacidade e o quarto remédio garante que parte das eficiências da operação serão repassadas aos consumidores” (item 112 do voto

⁶⁸ *Special Prorate Agreement (SPA)*, também conhecido como *interline*, que segue regulação específica da IATA (Resolução 780/2013). Para maiores informações e detalhes sobre essa tipologia específica (ver IATA, 2013).

do conselheiro relator João Paulo de Resende, AC nº 08700.004211/201610, SEI nº 0313066).

Ademais, ressaltou-se a determinação contida no inciso II do §6º do art. 88 da Lei 12.529/2011. A Tabela 7 resume a aplicação dos remédios sugeridos e aqui apresentados para o presente caso.

Tabela 7: Quadro-resumo de restrições aplicadas em acordos de *metal neutrality*

Ato de concentração	Caso	Remédios aplicados		Houve a celebração de TCD/ACC?
		Estruturais	Não-estruturais	
08700.004211/2016-10	JBA entre TAM, Iberia e British Airways	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Disponibilizar, sem custo, para um potencial entrante no mercado, <i>slots</i> 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; ✓ Manutenção da capacidade (oferta de assentos) com base nos números de 2016, enquanto houverem apenas as Requerentes operando a rota São Paulo – Londres; ✓ Criar duas novas rotas adicionais com destino de uma cidade brasileira à Europa, uma delas partindo de cidade que não seja São Paulo ou Rio de Janeiro. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Formalizar acordo de <i>interline</i> (SPA) com potencial entrante, nas melhores condições firmadas com terceiros (exceto <i>intra-aliança</i>), para as cidades de São Paulo e de Londres. 	Sim

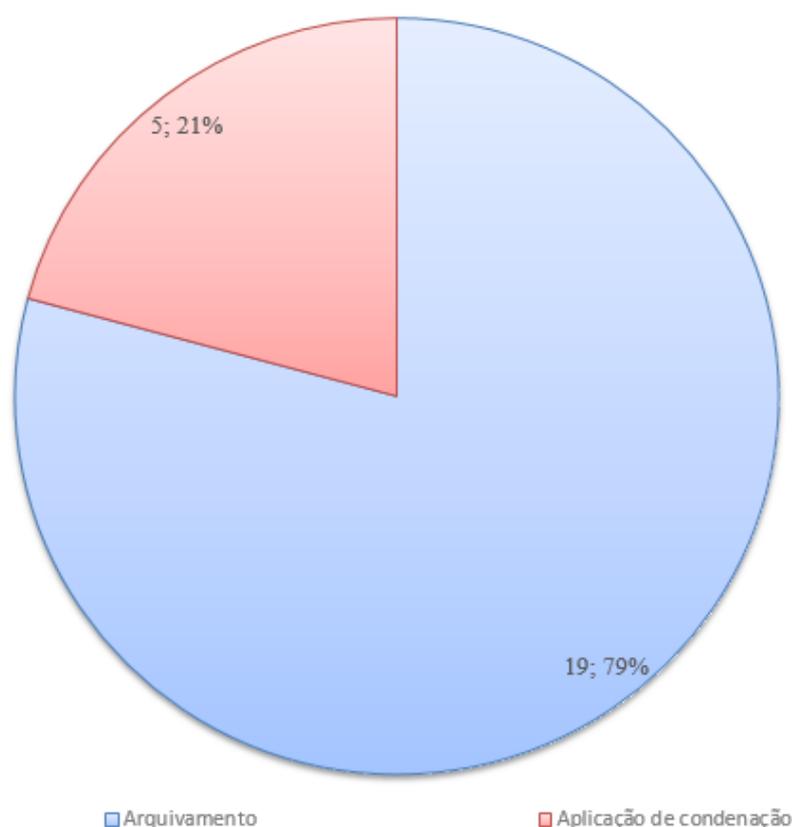
Fonte: elaboração própria do DEE/Cade.

3.3. Análise do histórico de apuração de práticas anticompetitivas na aviação civil comercial

O histórico de decisões sobre práticas anticompetitivas no mercado de transporte aéreo, no período 1994-2017, ocorreu em 24 casos. Em sua grande maioria, 19 vezes, houve arquivamento processual e, em apenas 5 circunstâncias, houve algum tipo de condenação parcial ou total. De fato, a dinâmica complexa, adaptativa e vinculada ao comportamento de insumos essenciais para a operação e à situação econômica do país, parece ser um atrativo para os questionamentos concorrenciais na aviação civil. Embora, na

Figura 38, evidenciamos que 79% dos processos de apuração administrativa no transporte aéreo, no âmbito do Cade, foram arquivados (com outros 20% de aplicação de sanções), é possível verificar, já na Figura 39, que uma fatia representativa desses processos (7 casos⁶⁹) guardou relação direta com a apuração de práticas de cartelização (27% do total está relacionado com a combinação de preços). Em essência, há preocupação em avaliar o mercado de transporte aéreo em termos de ‘formação de cartéis’, dado o evidenciado perfil oligopolista do setor, com poucos agentes em operação, com alto grau de poder de mercado e dificuldades existentes para a entrada e operação de novos *players* em horários de interesse, sobretudo em aeroportos centrais na malha aérea interna e também em sua interface em rotas internacionais com origem ou destino em território brasileiro.

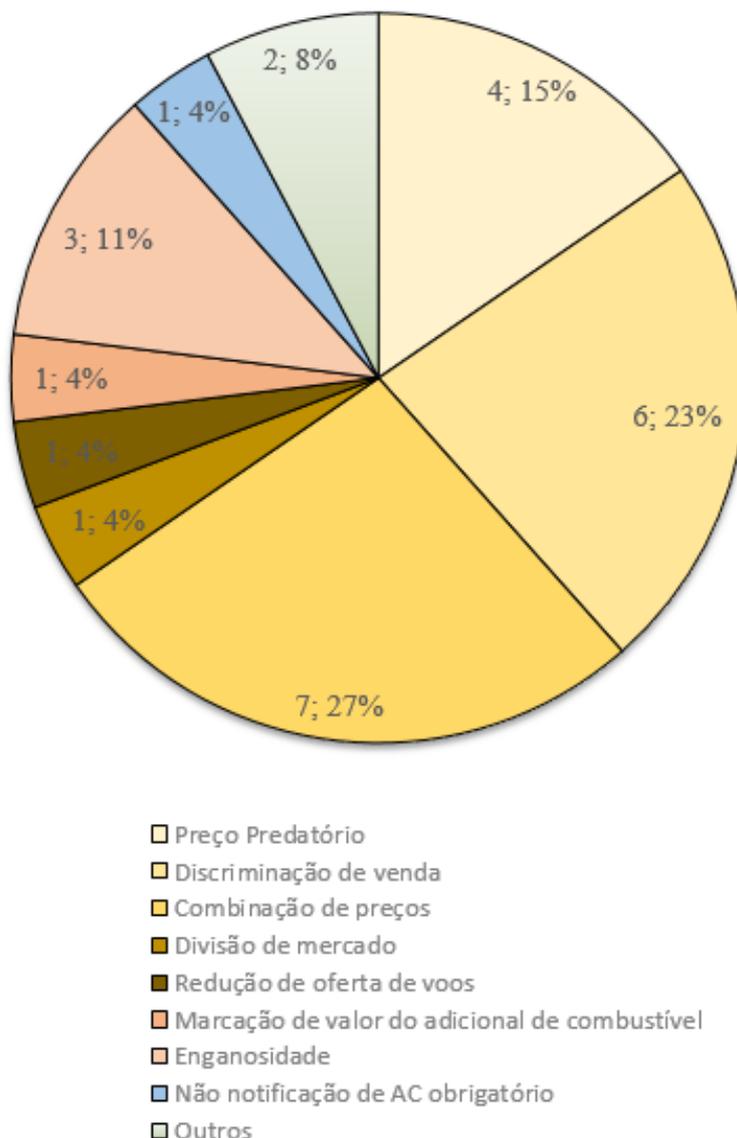
Figura 38: Processos de apuração de condutas anticompetitivas em assuntos do transporte aéreo (1994-2017/ por situação processual)



Fonte: Informações organizadas mediante consolidação de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade e no sistema de pesquisa processual interno do Cade. Obs.: os valores aqui apresentados englobam apenas os primeiros nove meses de 2017.

⁶⁹ Para maiores detalhes sobre os casos, consultar a Tabela 10 ao fim da subseção 3.3.2.1 deste capítulo.

Figura 39: Processos de apuração de condutas anticompetitivas em assuntos do transporte aéreo (1994-2017/ por tipologia processual)



Fonte: Informações organizadas mediante consolidação de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade e no sistema de pesquisa processual interno do Cade. Obs.: os valores aqui apresentados englobam apenas os primeiros nove meses de 2017. Além disso, o número total de casos aqui apresentado é maior que aquele descrito nessa seção (25 casos), pois há processos onde houve a apuração de mais de uma das práticas anticompetitivas aqui apresentadas.

Outros 15% (o que representa um total de 4 processos⁷⁰) dos casos de apuração de condutas anticompetitivas focaram na investigação de práticas de preços predatórios por parte de empresas com elevado poder de mercado (condutas essencialmente unilaterais). Dos

⁷⁰ Para maiores detalhes sobre os casos, consultar a Tabela 8 ao fim da subseção 3.3.1 deste capítulo.

23% (6 casos⁷¹) de processos relacionados à discriminação de vendas, citam-se 4 casos de prática concertada em remuneração de agências de viagem⁷², sendo todos os outros 2 casos atrelados à apuração de condutas atinentes ao gerenciamento de recursos de reserva e compra de passagens aéreas⁷³. Houve um caso representativo de cartel atrelado à marcação dos valores de adicional de combustível⁷⁴ e casos isolados de divisão de mercados entre empresas do setor e de averiguação da redução de oferta de voos concertada⁷⁵. Além disso, outros casos transversais também foram apreciados e merecem destaque (muito embora não estejam diretamente relacionados a práticas anticoncorrenciais unilaterais ou concertadas): são casos de verificação de enganiosidade, gerenciamento de *slots*, possíveis violações contratuais e de não notificação obrigatória de AC⁷⁶.

Em resumo, 50% (12 casos⁷⁷) dos processos averiguaram condutas concertadas no mercado de transporte aéreo, 33% analisaram condutas unilaterais (8 casos⁷⁸) e outros 4 casos (17%) trataram exclusivamente de práticas conexas⁷⁹ (enganiosidade, não notificação de AC, violação contratual e gerenciamento de *slots*) com execução de ações capazes de afetar a concorrência no setor (ver Figura 40).

⁷¹ Para maiores detalhes sobre os casos, consultar as Tabela 8 e 11 ao fim das subseções 3.3.1 e 3.3.2.1 deste capítulo, respectivamente.

⁷² Processos de conduta unilateral: 08000.004497/1997-52 (American Airlines-Jetway) e 08700.006891/2015-17 (Azul Viagens). Processos de conduta concertada: 08012.001119/2000-91 (cartel para redução de comissão das agências de turismo), 08012.007552/2011-82 (redução/eliminação das comissões pagas às agências de viagem em bilhetes vendidos entre Brasil e Europa).

⁷³ Processos de conduta unilateral: 08012.005052/2001-34 (uso do sistema Sabre por Varig e Transbrasil) e 08012.010596/2004-61 (sistema e-TAM).

⁷⁴ Ver a subseção 3.3.2.4, que trata especificamente do processo nº 08012.011027/2006-02, de cartel no adicional de combustível.

⁷⁵ Para maiores informações, consultar a Tabela 12 ao fim da subseção 3.3.2.3 deste capítulo.

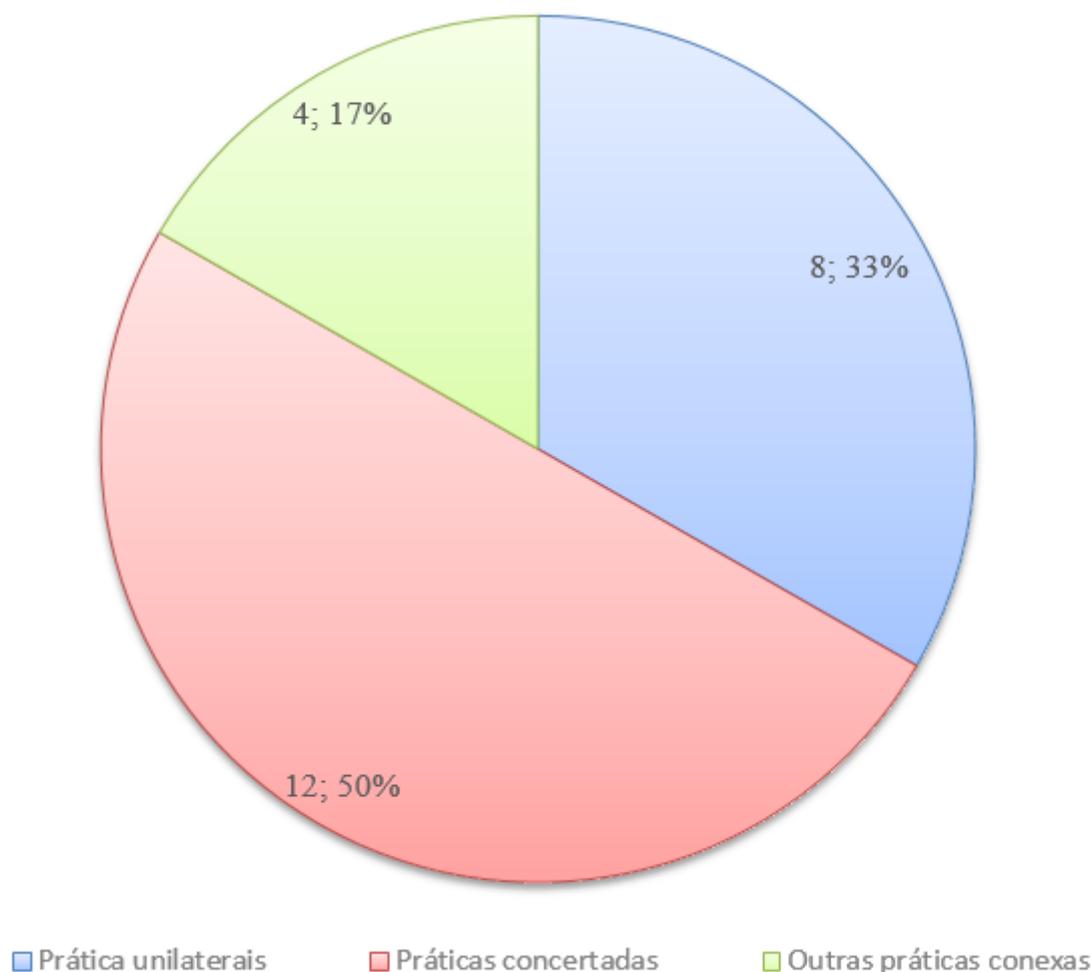
⁷⁶ Para esses casos, consultar a subseção 3.3.3, que trata de questões transversais relacionadas a condutas anticompetitivas.

⁷⁷ Ver as discussões constantes da subseção 3.3.2, que trata sobre condutas concertadas, em suas mais diversas formas, no setor de transporte aéreo.

⁷⁸ Ver as discussões constantes da subseção 3.3.1, que trata objetivamente sobre condutas unilaterais no transporte aéreo.

⁷⁹ Ver a subseção 3.3.3, que trata de práticas conexas.

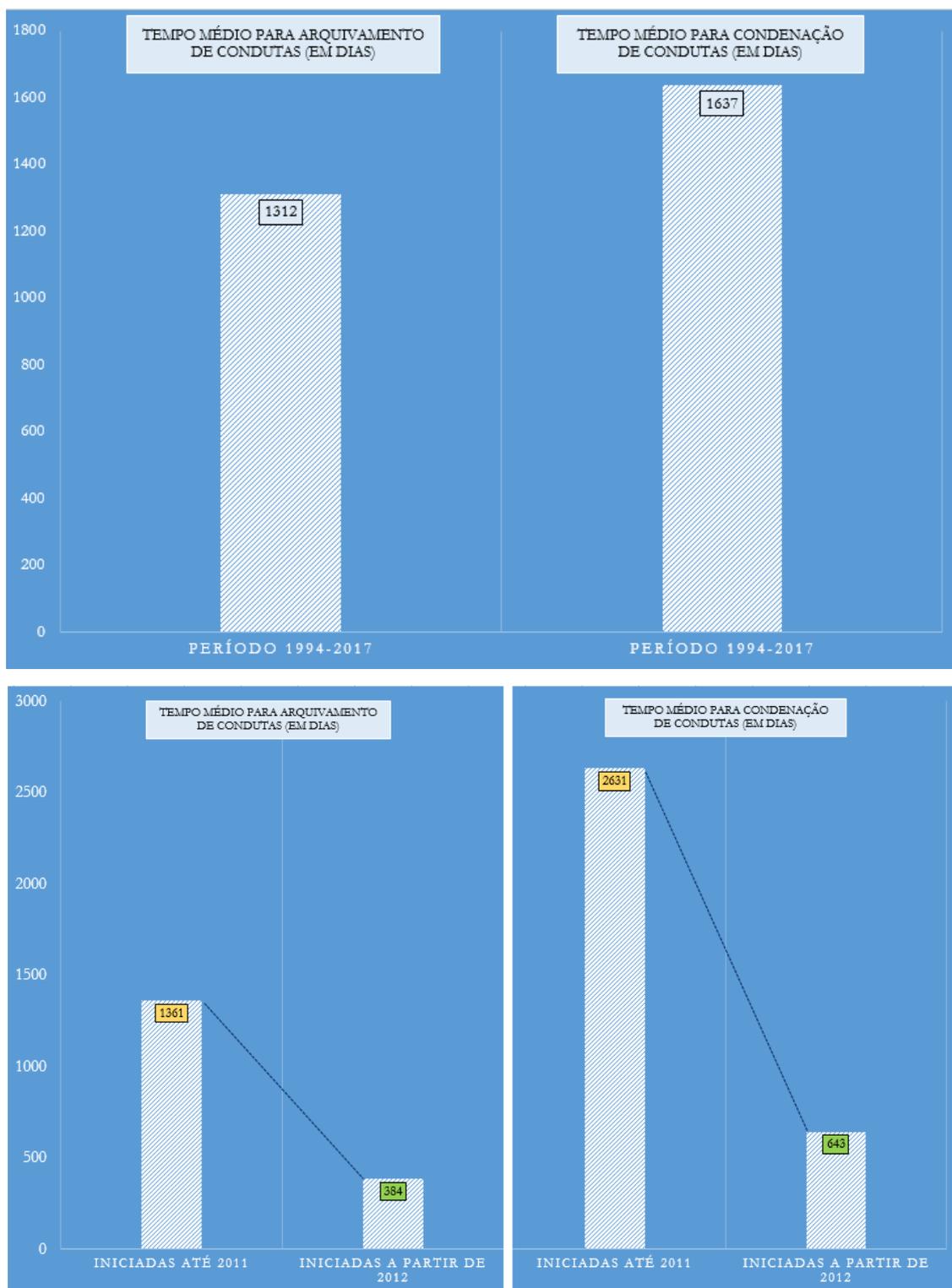
Figura 40: Processos de apuração de condutas anticompetitivas em assuntos do transporte aéreo (1994-2017/ por tipologia processual)



Fonte: Informações organizadas mediante consolidação de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade e no sistema de pesquisa processual interno do Cade. Obs.: os valores aqui apresentados englobam apenas os primeiros nove meses de 2017. Os casos de enganiosidade também ocorreram em dois processos de avaliação de conduta unilateral: 08012.010596/2004-61 e 08700.006891/2015-17, tendo sido aqui considerados como 'Práticas unilaterais'.

Para além disso, apresenta-se aqui o tempo médio de decisão dessas práticas (ver Figura 41). Em casos onde houve arquivamento, levou-se, em média, 1312 dias corridos para julgamento, enquanto nos casos onde houve condenação, em média, foram 1637 dias até a decisão colegiada do Cade sobre cada um dos pleitos. O tempo elevado reflete a grande complexidade dos casos em tela e também a necessidade de apuração efetiva dos fatos alegados, muitas vezes de difícil comprovação e com inúmeros interessados e/ou envolvidos.

Figura 41: Tempo médio de decisão em apurações de práticas anticompetitivas no transporte aéreo (1994-2017/ por situação processual)



Fonte: Informações organizadas mediante consolidação de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade e no sistema de pesquisa processual interno do Cade. Obs.: os valores aqui apresentados englobam apenas os primeiros nove meses de 2017.

Interessante perceber que, quando separamos as informações em dois períodos (um antes e outro após a nova lei antitruste brasileira), observamos uma evolução em termos de eficiência na apuração de condutas no setor aéreo no âmbito do Cade. Até 2011, os processos arquivados duravam, em média, 1361 dias, enquanto, a partir de 2012, os novos processos julgados passaram a durar, em média, 384 dias até o efetivo arquivamento (uma redução de 71,78% no tempo de apuração). Em relação aos processos onde houve aplicação de condenação, duraram, em média, 2631 dias (aqueles iniciados até 2011) e 643 dias (os iniciados a partir de 2012). Evidencia-se aqui também, na condenação, uma maior eficiência no andamento dos processos, que reduziram, em média, 75,56% sua duração.

A presente seção está organizada da seguinte forma: primeiro trataremos das questões voltadas para as condutas unilaterais, suas nuances, motivações para a abertura dos processos e motivações para arquivamento (subseção 3.3.1.); depois, focaremos na compreensão e avaliação de carteis no transporte aéreo brasileiro (ou com implicações concorrenciais no mercado nacional), observando as respectivas motivações para arquivamento ou condenação; e, finalmente, outros casos de interesse para a temática e que não se enquadrem diretamente em nenhuma das duas subseções anteriores serão analisados e também descritos em termos de razões para a aplicação (ou não) de sanções administrativas (subseção 3.3.3).

3.3.1. Condutas unilaterais: a prática de preços predatórios no transporte aéreo

De início, cumpre frisar que o histórico de processos de averiguação de condutas unilaterais no setor aéreo concentra-se em casos anteriores à Lei nº 12.529/11. Apenas um único caso foi julgado à luz da nova lei antitruste brasileira (tal caso versou sobre suposta discriminação tarifária no mercado de passagens aéreas por fornecedor detentor de posição dominante com efeitos no mercado de pacotes turísticos).

Sendo assim, as discussões concentrar-se-ão aqui muito mais no enquadramento econômico dos casos julgados pelo Cade do que propriamente na questão jurídica e normativa. De modo didático, esta subseção encontra-se organizada da seguinte maneira: primeiro discorreremos sobre a avaliação dos casos de averiguação de práticas de preço predatório em passagens aéreas, a seguir observaremos em detalhe aqueles casos relacionados à prática de discriminação de venda em suas mais diversas vertentes (na utilização de

ferramentas de TI, no relacionamento com agentes de venda de bilhetes aéreos, agências de turismo e outros clientes).

No primeiro grupo, encontram-se 4 processos. Todos eles tratam da percepção pelo mercado de que existiriam condutas predatórias de preço com o objetivo de mitigar condições justas de concorrência. O primeiro caso foi decidido em fevereiro de 2006 e analisou denúncia de prática de preços predatórios na tarifa de passagens aéreas por parte da Gol Linhas Aéreas S/A (processo nº 08001.006298/2004-03).

Para bem entender essa questão, cabe voltar um pouco no tempo. O início dos anos 2000 representou um ponto de viragem para o mercado de transporte aéreo de passageiros no Brasil, que assistiu uma liberalização continuada e onde a Gol entrou no mercado em um momento de grande rearranjo dos procedimentos de funcionamento das empresas aéreas no país. Nesse sentido, Guimarães & Salgado (2003, p. 16) assim se manifestaram:

“Ocorre que é justamente nesse período de expansão que se deu a entrada mais relevante no mercado, da Gol, operando em escala nacional. A Gol é criada em agosto de 2001 e faz seu voo inaugural em 15 de janeiro de 2002. Não há, portanto, como se atribuir a essa entrada, bem como ao gradual processo de liberalização ao longo da década de 1990 e à resultante expansão da oferta, a responsabilidade sobre os problemas acumulados pelas grandes empresas do setor. O aumento da taxa de ocupação, cuja continuidade foi quebrada apenas em um curto período de dois anos em dez, resultou justamente da expansão do mercado, com a inclusão de novos contingentes de usuários e o maior acesso ao serviço de transporte aéreo, viabilizado pelo processo de liberalização que favoreceu a introdução de concorrência”.

Dessa forma, a entrada da Gol representa sim marco importante no cenário da aviação nacional, sem, no entanto, servir como responsável exclusivo para a contestação de todas as ineficiências evidenciadas no funcionamento desse mercado no país. A decisão do Cade passou em muito por essa motivação, pois tendo sido o processo arquivado, não foi evidenciado, de fato, em que medida, ainda que fosse constatada a prática predatória de preços, os impactos seriam efetivamente anticompetitivos⁸⁰. De acordo com a OCDE, a

⁸⁰ Para uma avaliação mais detalhada sobre técnicas de apuração de condutas unilaterais no mercado aéreo, ver o capítulo 4 do *Unilateral Conduct Workbook*, intitulado *Predatory Pricing Analysis*, elaborado pelo ICN Unilateral

apuração de condutas de preço predatório é dificultada exatamente pela impossibilidade real de se estabelecer qual o limite para a intervenção antitruste nos seguintes termos:

“Embora a maioria das jurisdições em todo o mundo reconheça os efeitos potencialmente prejudiciais dos preços predatórios, não há consenso sobre o teste legal. O desafio é, de fato, traçar uma linha entre a predação anticoncorrencial e a concorrência efetiva por intermédio da definição do preço do competidor” (Chammas & Pisarkiewicz, 2014, p. 41) [Tradução livre].

Em um momento inicial, a Gol surgiu então como elemento diferenciador no mercado e, embora pudesse interferir na competição sinalizando um déficit concorrencial, há evidências empíricas de que os padrões de formação de preços do setor sofreram pressão de queda decorrente da entrada da Gol em um primeiro momento (Salgado, Vassallo, & Oliveira, 2010, p. 40).

Em seu voto, o conselheiro relator do caso, Ricardo Villas Bôas Cueva, concluiu que a cobrança alegada constituía tarifa promocional⁸¹ e, sendo assim, não configuraria ilícito concorrencial a sua prática. A Lei 8.884/94 previa a vedação da venda injustificada por preço abaixo do custo⁸² (vide inciso XVIII do art. 21 dessa Lei) e, afastadas as razões de interesse direto na exclusão de concorrentes por intermédio dessa promoção, restou-se concluído o processo em favor da não caracterização da prática como anticompetitiva, embora com preços abaixo do custo, como alegado inicialmente pelo DAC do Ministério da Defesa como elemento central para constatação de prática anticoncorrencial por parte da Gol. A Seae/MF, em seu parecer sobre o caso, colacionou o seguinte à época:

“Em princípio, não seria possível tratar como ilícita a atuação de uma empresa nessas condições [venda a preços baixos], ainda que ela estipulasse um preço inferior ao custo de produção. Isso

Conduct Working Group, em 2012, e com referência completa disponível na Lista 2 da seção de anexos ao final deste trabalho.

⁸¹ A tarifa objeto dessa apuração era aquela vinculada à promoção ‘Viagem por R\$ 50,00’ anunciada para vigorar entre 10/05 e 04/06 de 2004 (vide fl. 309 do processo nº 08001.006298/2004-03).

⁸² O inciso XV do § 3º do art. 36 da Lei 12.529/11 manteve tal juízo, declarando que “vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo” somente configura ilícito caso, como grifado, constate-se a não justificativa concorrencial para a prática de tal preço.

porque o mercado seria o condicionador dessa medida, sendo difícil associar a essa prática, quando justificada, o objetivo de excluir concorrentes para elevar preços com a saída dos mesmos. Assim, coerente com os entendimentos da legislação brasileira de defesa da concorrência e da literatura econômica que trata sobre o tema, a prática de preços promocionais deveria ser considerada, a priori, como uma justificativa legítima, mesmo que tais preços fossem inferiores ao custo de produção. É importante que fique claro que preços promocionais não são necessariamente abaixo do custo de produção (e nem isso se presume no caso sub-judice). Deve-se observar que preços promocionais, em geral, estão atrelados a um período de tempo relativamente curto, motivado por aspectos pontuais e com um objetivo específico de equilibrar novamente as quantidades ofertadas e demandadas, de forma que os recursos sejam alocados da forma mais eficiente possível” (itens 33 e 34 do Parecer nº 06191/2005/DF COGDC/SEAE/MF, de 30 de agosto de 2005, fl. 269 do processo nº 08001.006298/2004-03).

Posto o fato, encerrou-se o caso enquadrando-se a prática como lícita em termos antitruste e inclusive balizada pelo regime de liberdade tarifária na prestação de serviços de transporte aéreo iniciado em agosto de 2001 por meio das resoluções nº 7 e nº 8 do CONAC e que permeiam a regulação no setor até os dias atuais.

Os processos nº 08012.008717/2005-95 (possível prática de preços predatórios pela Varig), nº 08012.002164/2006-48 (possível prática de preço predatório pela TAM) e nº 08012.007719/2005-67 (possível prática de preço predatório pela Gol) seguiram todos no mesmo sentido: a mera realização de promoção ou até mesmo a marcação de preços inferiores aos custos de produção, não caracteriza por si só a predação⁸³. O conselheiro Ricardo Machado Ruiz, em seu voto na Averiguação Preliminar nº 08012.007719/2005-67 (ver item 18) reforça que:

“A análise dessa conduta [a predação] envolve dois momentos distintos: primeiramente, a cobrança abaixo do custo de produção a fim de eliminar a concorrência; no momento seguinte, a recuperação do prejuízo sofrido. Assim, a simples cobrança de preço abaixo do custo de

⁸³ Para uma análise mais apurada sobre preços predatórios, ver Baumol (1996).

produção não é condição suficiente para caracterizar a conduta predatória: é necessário constatar a possibilidade de o agente econômico obter, no momento posterior à eliminação da concorrência, um ganho que compense as perdas sofridas anteriormente”.

Já em relação à questão da discriminação realizada na política de venda, em especial de bilhetes aéreos, com possíveis efeitos verticais, o primeiro caso apreciado pelo Cade foi aquele vinculado ao processo nº 08000.004497/1997-52, que tratava sobre a averiguação preliminar instaurada pela SDE/MF à luz do argumentado pela Jet Way Representações (empresa de comercialização de bilhetes aéreos) para apurar possível conduta anticompetitiva da American Airlines no que diz respeito à concessão de vantagens de comercialização de suas passagens a outras empresas do setor de vendas de passagens aéreas. Entretanto, tanto a Procade quanto o próprio conselheiro relator do caso apontaram que, em verdade, o impasse não configurava uma questão de caráter concorrencial e, portanto, não cabia ao Cade manifestar-se. A Procade em seu Parecer nº 513/2000 (fls. 384 e 385 do processo nº 08000.004497/1997-52), de 18 de agosto de 2000, (transcrevendo o previamente explicado no Parecer nº 130/2000 do processo administrativo nº 08000.025401/95-18) apontou que:

“- a representada oferece para a representante tratamento comercial semelhante ao concedido aos demais clientes não homologados; - diferenciação, nas condições comerciais é, na maior parte das vezes, fruto da concorrência, não se constituindo numa infração à ordem econômica, por si só”.

Logo, o caso não passaria por apreciação antitruste por se tratar de assunto de cunho estritamente contratual e por não haver qualquer constatação de implicações anticoncorrenciais. Foi então arquivado o processo.

Na questão da discriminação de venda na utilização de ferramentas de TI, o processo nº 08012.005052/2001-34 apurou a possível discriminação promovida por Varig e Transbrasil na utilização do sistema Sabre (sistema de reservas por computadores concorrente do Amadeus, que era o sistema o qual as investigadas detinham os direitos de uso no Brasil). A Seae colacionou os seguintes apontamentos para afastar preocupações antitruste, conforme o conselheiro relator do caso, Luís Fernando Rigato Vasconcellos:

“A Seae ressalta, ainda, o crescimento do market share da Sabre no Brasil [...], de modo que seria difícil inferir qualquer discriminação da Varig, tendo em vista a importância da Sabre. Além disso, não seria racional para uma companhia aérea com forte atuação no mercado aéreo internacional discriminar a Sabre, que tem atuação global e forte presença no mercado da América do Norte. De qualquer forma, seria como a representada incorrer em custo para ter um canal de venda, mas não utilizá-lo completamente. Com isso, a Seae conclui da seguinte forma: (i) inexistem nos autos quaisquer indícios de danos à concorrência na suposta conduta; (ii) a denunciante não parece ter sido prejudicada, visto que há fortes indícios de que elevou substancialmente seu market share; (iii) a suposta conduta suscitada não seria crível, pois não apresenta racionalidade econômica, inclusive por não haver vantagens competitivas para a Varig em seu mercado de atuação” (trechos do voto do conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no processo nº 08012.005052/2001-34 , fl. 294).

Além disso, o referido processo prescreveu e foi arquivado tanto por esse fato, quanto pela manifestação de não comprovação de cometimento de infração à ordem econômica.

Como decorrência tecnológica e vinculada à questão da inovação, o Cade se manifestou a respeito da implementação do portal de e-TAM (processo nº 08012.010596/2004-61) e que foi apontado pela Amadeus (empresa de sistema de reserva por computador) como elemento de infração à ordem econômica, pois conforme representação,

“a implementação [...] de um sistema próprio de distribuição de passagens a agências de viagens, o portal e-TAM, constituiria infração à ordem econômica, capaz de limitar e falsear a concorrência nos mercados de transporte aéreo de passageiros, das agências de viagens e da distribuição de passagens pelos operadores de SRC (Sistemas de Reserva por Computador), já que a TAM limitou a oferta de passagens por meio dos SRC's e oferecia descontos para compras pelo portal e-TAM” (p. 1 do voto do conselheiro relator Luiz Carlos Delorme Prado no processo nº 08012.010596/2004-61).

O conselheiro relator do caso, Luiz Carlos Delorme Prado (p. 2 de voto no processo nº 08012.010596/2004-61), motivou sua decisão final amparado na defesa da inovação promovida pela empresa em tela, opinou pelo arquivamento da averiguação preliminar e concluiu que:

“os operadores de SRC’s obtêm sua receita por meio de uma tarifa de reserva (*booking fee*) paga pelas companhias aéreas por cada reserva feita em suas aeronaves. Com o desenvolvimento de novas tecnologias, com o portal e-TAM, as companhias aéreas diminuem seus custos de operação, o que é desejável e pró-competitivo”.

Por fim, o Procedimento Preparatório nº 08700.006891/2015-17, o mais recente nesse grupo de análise, tratou da suposta discriminação tarifária no mercado de passagens aéreas por fornecedor detentor de posição dominante com efeitos no mercado de pacotes turísticos. Sendo assim, a alegação foi a de que a Azul estaria, desde a criação da Azul Viagens, não mais disponibilizando para operadores de turismo uma tarifa específica de venda.

Considerando a análise dos dados obtidos junto à Azul, a Nota Técnica nº não identificou comportamento discriminatório nos preços praticados pela empresa à Azul Viagens e a outras agências de viagem. Desse modo, não restou evidente que o comportamento da Azul esteve atrelado a práticas anticompetitivas. Além disso, conforme exposto por Solon (2000), não constatou-se no presente caso: (i) posição dominante no mercado relevante de origem por parte do agente que discrimina; (ii) presença de prejuízo, ainda que potencial, à concorrência; e (iii) ausência de justificativa econômica para a discriminação. Posto o fato, o caso foi também arquivado.

Tabela 8: Quadro-resumo de julgados pelo Cade: condutas unilaterais no transporte aéreo (*tipologia e motivações para arquivamento ou aplicação de sanções no período 1994-2017*)

Ato de concentração	Caso	Tipologia	Justificativas para o arquivamento ou sanções aplicadas em caso de condenação	
			Justificativas para arquivamento	Sanções aplicadas em caso de condenação
08001.006298/2004-03	Suposta prática de preços predatórios por parte da Gol	Preço predatório	Impossibilidade de caracterização de prática de preços promocionais como sendo justificativa suficiente para definir prática de conduta anticompetitiva	n/a
08012.008717/2005-95	Suposta prática de preço predatório por parte da Varig			
08012.007719/2005-67	Suposta prática de preços predatórios por parte da Gol			
08012.002164/2006-48	Suposta prática de preços predatórios por parte da TAM			

Ato de concentração	Caso	Tipologia	Justificativas para o arquivamento ou sanções aplicadas em caso de condenação	
			Justificativas para arquivamento	Sanções aplicadas em caso de condenação
08000.004497/1997-52	Suposta prática de discriminação por parte da American Airlines de agente geral de vendas (Jetway)	Discriminação de venda	Trata-se de lide comum ao direito de obrigações em esfera não relacionada à concorrência	n/a
08012.005052/2001-34	Possível discriminação promovida por Varig e Transbrasil na utilização do sistema Sabre (sistema de reservas por computadores concorrente do Amadeus, que era o sistema o qual as investigadas detinham os direitos de uso no Brasil)		(i) Prescrição processual; (ii) Inexistência de indícios de danos à concorrência; (iii) Elevação substancial do <i>market share</i> da empresa concorrente denunciante; e (iv) Não racionalidade econômica para empresa denunciada praticar o ato.	n/a
08012.010596/2004-61	Suposta prática de discriminação aquando da implantação do sistema de reserva e comercialização de passagens e viagens, o e-TAM		Implementação de inovação na venda de bilhetes e viagens aéreas com efeitos pró-competitivos	n/a
08700.006891/2015-17	Denúncia realizada pela Braztoa contra práticas da empresa Azul, por possível discriminação no uso da Azul Viagens		Não configuração de discriminação de preço e não caracterização de recusa em contratar	n/a

Fonte: elaboração própria do DEE/Cade.

3.3.2. Cartelização de procedimentos no transporte aéreo brasileiro

Para além dos casos de conduta unilateral, a compreensão e a avaliação de práticas associadas à cartelização no setor aéreo brasileiro merece aqui destaque. Ao discutir os 13 casos onde ocorreram condutas passíveis de questionamento concorrencial, busca-se observar as motivações, sobretudo de ordem econômica, do Cade para o arquivamento ou para a condenação nesses processos. Sendo assim, a seção está organizada da seguinte forma: (i) inicialmente, serão avaliadas condutas de combinação de preços de passagens aéreas (subseção 3.3.2.1); (ii) logo a seguir, as questões associadas à discriminação de venda por parte das empresas aéreas serão detalhadas (subseção 3.3.2.2) (iii) para que seja possível tratar de casos específicos de divisão de mercado e de redução concertada na oferta de voos (subseção 3.3.2.3); (iv) por fim, será dada especial atenção ao caso internacionalmente conhecido de colusão no adicional de combustível, que foi igualmente apreciado e julgado pelo Cade, considerando sempre as implicações no funcionamento do mercado brasileiro (subseção 3.3.2.4).

3.3.2.1. Combinação de preços de passagens aéreas

Phlips (1987) ressalta a importância do processo de precificação para a identificação do que seria a competição normal em um mercado e estabelece que “a

competição normal implica que a cada firma é livre para estabelecer, de forma independente, seus preços [...] e ela não é compatível com movimentações simultâneas de preço” (ver Turolla, Lovadine, & Oliveira, 2006, p. 434).

Por esses motivos elencados, a política antitruste (e no caso brasileiro não seria diferente) sempre concentrou suas atenções na análise de flutuações de preços e na inter-relação dos preços praticados por diferentes empresas em um mesmo mercado. Em um contexto oligopolístico, como é o caso do transporte aéreo, tal preocupação é, sem dúvida, potencializada e resulta em constante avaliação de possibilidades de concertação e de marcação de preços entre os agentes econômicos envolvidos.

É fato que a verificação econômica antitruste não representa condição única para a constatação de que houve a coordenação dos preços e deve vir sempre aliada a indícios de caráter jurídico para que haja a perfeita apuração de casos de cartel. Entretanto, há sim um rol de comportamentos capazes de reforçar a existência de indícios de práticas anticompetitivas, em especial, em mercados de transporte aéreo (ver Tabela 9 a seguir).

Tabela 9: Condições para coordenação no mercado de transporte aéreo (*pax e carga*)

Motivação	Atributo	Condições (tipos ideais)			Condições observadas no transporte aéreo	
		Excelente: Cartel ou Coalizão Tácita	Possível: Cartel	Difícil: Rivalidade	Passageiros	Cargas
Custo de Negociação	Nº de empresas	Muito poucas	Diversas	Muitas	Muito poucas	Diversas
	Tipo de produto	Padronizado	Comparável	Diferenciado	Comparável	Comparável
	Mudança técnica	Nenhuma	Média	Intensa	Média	Média
	Custo de produção	Idênticos	Semelhantes	Diferentes	Semelhantes	Semelhantes
	Concentração	Muito alta	Média	Baixa	Muito alta	Média
Possibilidade de Retaliação (custo de não cooperar)	Frequência de vendas	Alta	Média	Pequena	Alta	Alta
	Transparência do mercado	Grande	Médio	Ausente	Grande	Grande
Ganhos de não Cooperar	Crescimento do Mercado	Baixo	Médio	Intenso	Intenso*	Intenso*
	Elasticidade preço da demanda	Baixa	Média	Alta	A depender do nível de agregação**	A depender do nível de agregação**

Fonte: Versão adaptada – para enquadramento do mercado de transporte aéreo em condições ideais indicativas de possível coordenação – daquela apresentada no voto-vogal do conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no AC nº 08012.011345/2006-65, referente à aquisição da CP Cimento e Participações S.A e Companhia de Cimento Ribeirão Grande pela Cal Itau Participações S.A. (fls. 474-475 do referido processo administrativo). *Ver detalhamento do crescimento da oferta e da demanda nos mercados de transporte aéreo de passageiros e cargas na Tabela 3 do capítulo 2 deste caderno. ** Para diferentes níveis de agregação (por rota, em nível nacional ou internacional) há resultados diferentes para a elasticidade-preço da demanda por bilhetes aéreos (para maiores detalhes, ver IATA, 2008).

Já em relação aos casos concretos, o primeiro onde a combinação de preços foi alvo de apuração do Cade foi o caso ‘TAP-Varig’, instaurado na metade dos anos 90 (processo nº 08000.014704/1995-70). Nesse caso, não houve o apontamento de elemento caracterizador de infração contra a ordem econômica, restando apenas presunção de cometimento de infração futura. Sendo assim, foi produzido relatório de apuração em que não foram identificadas condutas infratoras. Apenas salientou-se a existência à época de acordo de *codeshare* entre as partes, descrevendo a separação na política de precificação, fato esse que distancia a conformação de cartel de preços de passagens. Acordos aproximam as empresas envolvidas, entretanto a efetiva marcação de preços, ou ao menos a sua estratégia de implantação, precisa ser verificada juridicamente e economicamente a fim de afastar motivações exógenas capazes de afetar a política de preço das empresas (choques nos preços de insumos ou mudanças abruptas do cenário econômico). Sendo assim, o processo ‘TAP-Varig’ foi arquivado sem maiores verificações.

O processo nº 08000.006728/1996-63, de averiguação de conduta anticompetitiva e prática de cartel em procedimento licitatório de serviço de transporte na Rede Postal Noturna (RPN) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), foi o segundo caso apurado pelo Cade. Varig, Vasp, Transbrasil, Nordeste, TAVJ, Taba, Rio Sul, Pantanal, Abaeté, Passaredo, LSUL, TAS, TAM, Atlântico, Penta, Rico Taxi Aéreo, TAF, Digex, Brasil Central, Brasair, Itaiutaba, Total, Interbrasil enquadraram-se como representadas no caso, para além da própria ECT. Resumidamente, houve a avaliação de concertação no certame da RPN, por parte das empresas que tiveram linhas concedidas para transporte de carga, no sentido de vedar o acesso das demais empresas ao processo licitatório. Entretanto, novamente não foram apurados eventos documentados que pudessem indicar a obstrução ou a distorção do processo licitatório. Não restando mais questionamentos, o processo foi igualmente arquivado.

Em mais um caso, houve arquivamento, mas com certa especificidade, que merece aqui destaque: as imposições normativas vigentes que possam ter questionamento antitruste. No processo nº 08000.025952/1996-54, que trata de prática de combinação de preços pelas empresas Transbrasil, Varig e Vasp na operação do trecho Rio/São Paulo (Ponte Aérea), houve a constituição de um acordo operativo (i.e. *‘pool’*), com aprovação expressa dos órgãos públicos competentes à época, para o estabelecimento de uma tarifa única a ser praticada por essas três empresas nas rotas entre os aeroportos de Congonhas (SP) e Santos Dumont (RJ). Apesar do caráter delimitador da concorrência, o Cade reiterou,

nesse caso, os limites de sua competência, posto que, havia (e ainda há) limitações constitucionais a serem respeitadas na atuação antitruste. A Constituição Federal de 1988, colaciona, em seu artigo 21, inciso XII, alínea ‘c’, o seguinte:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

Sendo assim, desde muito tempo, já existe posicionamento do Cade em matérias relativas à questionamentos antitruste que tenham limitações impostas por estratégias de Estado e diretrizes políticas, onde haja a construção de implicações anticoncorrenciais motivadas por agentes públicos e órgãos na perfeita execução de suas atividades legais. O conselheiro Antonio Fonseca (no curso do Processo Administrativo nº 21/91) assim o disse para resumir a questão:

“Se no exercício constitucional de seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de Estado ou de Governo, causa uma infração lato sensu à ordem econômica, não é prático nem juridicamente possível que o plenário do Cade possa ir além de expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei (inciso X do art. 7º da Lei 8.884/94)” [transposto com adaptações para a norma vigente no inciso VIII do art. 9º da Lei 12.529/11].

Além disso, a competência de *advocacy* nas questões do SBDC cabe à Seae/MF, que deverá opinar em assuntos concorrenciais, propor e rever normas e regulamentos, inclusive elaborando estudos setoriais avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional mediante solicitação do Cade, dentre outros (inciso IV do art. 19 da Lei nº 12.529/11). Posto o fato, não houve avaliações de cunho econômico no presente processo, restando apenas seu arquivamento.

Para o caso nº 08012.000677/1999-70, houve condenação. A apuração centrou-se na noticiada elevação conjunta de preços na ponte aérea Rio-São Paulo por parte de Varig, TAM, Transbrasil e Vasp, supostamente de forma concertada. De complexidade evidente, as argumentações sobre a aplicação de sanções e a consequente condenação não foram consensuais. O conselheiro relator Thompson Andrade concluiu que:

“[...] não foi possível descaracterizar os reajustes tarifários da TAM, Transbrasil e Vasp como decorrentes da necessidade de se acompanhar a política tarifária da Varig [...] [e que] a reunião dos dirigentes das empresas [...] não [teve] qualquer vínculo com os reajustes de tarifas na ponte aérea Rio/São Paulo” (trechos do item 5, com adaptações, do voto do conselheiro relator Thompson Andrade no processo nº 08012.000677/1999-70, fls. 26 e 27).

Em contraposição ao concluído pelo relator, e acompanhado em seu teor decisório pela conselheira Elizabeth Farina, o plenário em maioria decidiu pela condenação das envolvidas, aplicando-lhes as multas cabíveis pela prática de cartel no mercado de transporte aéreo de passageiros na ponte aérea Rio/São Paulo. Segundo a argumentação vencedora,

“A questão central que ora pontuo e que foi descartada pelo relator, está no reajuste das tarifas, na mesma data e percentual, e sua divulgação se deu através do sistema ATPCO, que em muito se assemelha à fixação de preços por tabelas entre concorrentes, meio esse bastante reprimido pelos órgãos do SBDC. [...] O reajuste idêntico de 10%, divulgado entre as concorrentes através da utilização do sistema ATPCO, e a conduta concertada das mesmas sem a incidência do fenômeno da liderança de preço, caracteriza um acordo expresso, precedido ou não pela reunião realizada entre os dirigentes das representadas [...], dada a simultaneidade e a uniformidade do aumento fixado. O fenômeno da liderança de preços ocorre quando num determinado mercado existe um mecanismo de práticas coordenadas entre os concorrentes, sem a existência de um acordo explícito, onde a líder ao alterar seus preços é seguida por suas concorrentes [...]. As representadas argumentam que houve, no presente caso, a existência desse fenômeno, porque as empresas seguidoras do reajuste (TAM, Vasp e Transbrasil) seguiram o aumento praticado pela provável líder – a Varig. Todavia, a Seae/MF rejeitou a ocorrência desse fenômeno da liderança de preços, dado que, a Varig não teria participação no mercado suficiente para caracterizar a liderança de preços de empresa dominante, pois, as suas concorrentes teriam significativa participação [de] mercado. Além disso, no presente caso, a ausência de uma declaração prévia do aumento pela provável líder – a Varig -, não possibilitaria um intervalo temporal mínimo ou razoável para que se verificasse a liderança de preços [...]” (trechos do voto vista do conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe no processo nº 08012.000677/1999-70, fls. 3378-3379).

Ou seja, a precificação seria sim concertada e caracterizada, nesse caso, como ilícito antitruste. Por esse motivo houve, dentre outras recomendações secundárias, a determinação de aplicação de multa às envolvidas em valor corresponde a 1% sobre o faturamento bruto referente ao exercício do ano da infração, em conformidade com os termos legais vigentes à época.

Quanto aos processos nº 08012.003139/2003-39 (averiguação de possível prática de cartel pelas empresas aéreas Meta, Penta, Rico, Tavaj, que operam voos no trecho Santarém/PA-Belém/PA), nº 08012.001470/2003-14 (análise de suposta prática de preços abusivos pela TAM e pela Pantanal no trecho São Paulo-Bauru) e nº 08012.001366/2009-15 (apuração de possível aumento abusivo de tarifas pelas empresas Gol e TAM no trecho Confins/MG-Galeão/RJ no período de abril a junho de 2007), ocorreu o arquivamento – muito embora esses processos tragam à tona uma discussão sobre a relação entre paralelismo de condutas e cartelização.

Para o caso ‘Meta-Penta-Rico-Tavaj’, em seu voto, o conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia ratificou a ideia de que não foram apresentadas provas documentais ou testemunhais suficientes para confirmar a prática de cartel entre as empresas na rota Santarém/Belém. Ademais, os preços praticados pelas investigadas encontravam-se abaixo do valor da tarifa de referência estabelecida em portaria pela Anac, sendo os valores apenas semelhantes, sem configurar propriamente um cartel. Há diversas razões outras para explicar a precificação em apreço (ver itens 5 e 9 do voto do conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia no processo nº 08012.003139/2003-39). Nesse mesmo intuito, novamente o conselheiro Chinaglia, no caso ‘TAM-Pantanal’, descreveu no item 24 de seu voto de relatoria o seguinte manifesto da SDE/MF:

“24. [...] os preços praticados pelas representadas só seriam passíveis de intervenção por parte da autoridade concorrencial se: (i) se tratassem de preços excessivos exclusionários; ou, eventualmente, com algumas críticas, (ii) se tratassem de preços excessivos praticados em circunstâncias específicas nas quais há uma estrutura de mercado apta a tornar a posição dominante do agente praticamente incontestável” (ver item 24 do voto do conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia no processo nº 08012.001470/2003-14).

O conselheiro César Costa Alves de Mattos, na mesma linha, para o caso ‘Gol-TAM’, no processo nº 08012.001366/2009-15, descreveu em seu voto (fl. 427 do

mencionado processo) a mesma justificativa para o arquivamento sob outra perspectiva, valendo-se do seguinte argumento apresentado por Mello (2001):

“a relação antitruste com a questão de preços é apenas indireta ou mediata, ‘na medida em que o preço constitui uma variável resultante do processo competitivo e sua eventual abusividade decorreria de problemas que ocorrem nesse processo e é sobre este que deve incidir o controle antitruste”.

A base dessa conclusão caminha em conjunto com o previamente discutido nos processos nº 08012.003139/2003-39, nº 08012.001470/2003-14 acima analisados. Agrega-se apenas aqui a interpretação econômica de paralelismo ‘*plus*’, onde a existência de um conluio não deve ser meramente caracterizada apenas por paralelismo de condutas praticadas (ver Vasconcelos & Vasconcelos, 2005), devendo-se buscar evidências de que não houve outra justificativa racional (choques exógenos, crise econômica, inovação tecnológica, etc.) para explicar tal paralelismo (de preços por exemplo). Por fim, a Tabela 10 a seguir consolida o posicionamento do Cade em questões de avaliação de cartel no transporte aéreo.

Tabela 10: Quadro-resumo de julgados pelo Cade: condutas de combinação de preço no transporte aéreo (*motivações para arquivamento ou aplicação de sanções entre 1994-2017*)

Ato de concentração	Caso	Tipologia	Justificativas para o arquivamento ou sanções aplicadas em caso de condenação	
			Justificativas para arquivamento	Sanções aplicadas em caso de condenação
08000.014704/1995-70	Denúncia de suposta uniformização de práticas comerciais entre TAP e Varig	Combinação de preços	Não foram encontrados indícios de prática anticoncorrencial	n/a
08000.006728/1996-63	Averiguação de conduta anticompetitiva e prática de cartel em procedimento licitatório de serviço de transporte na Rede Postal Noturna (RPN) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)		Inexistência de indícios de prática anticoncorrencial no processo licitatório da RPN da ECT	n/a
08000.025952/1996-54	Prática de combinação de preço pelas empresas Transbrasil, Varig e Vasp na operação do trecho Rio/São Paulo (Ponte Aérea)		Inexistência de indícios de prática anticoncorrencial motivada por regramentos jurídicos vigentes	n/a
08012.000677/1999-70	Apuração da elevação conjunta de preços na ponte aérea Rio-São Paulo por parte de Varig, TAM, Transbrasil e Vasp, supostamente de forma concertada		n/a	A condenação ocorreu em virtude da constatação de elevação de preços, refutando assim o argumento econômico de ‘liderança de preço’. Houve a aplicação de multa no valor de 1% sobre o faturamento bruto referente ao exercício do ano da infração
08012.003139/2003-39	Averiguação de possível prática de cartel pelas empresas aéreas Meta, Penta, Ricos, Tava, que operam voos no trecho Santarém/PA-Belém/PA		Inexistência de indícios de prática anticoncorrencial	n/a
08012.001470/2003-14	Análise de suposta prática de preços abusivos pela TAM e pela Pantanal no trecho São Paulo-Bauru		Inexistência de indícios de prática anticoncorrencial combinada com prescrição	n/a
08012.001366/2009-15	Apuração de possível aumento abusivo de tarifas pelas empresas Gol e TAM no trecho Confins/MG-Galeão/RJ no período de abril a junho de 2007		Inexistência de indícios de prática anticoncorrencial	n/a

Fonte: elaboração própria do DEE/Cade.

3.3.2.2. Discriminação de venda concertada

Em relação à possível discriminação de venda entre empresas do setor aéreo, foram avaliados apenas dois processos pelo Cade no período 1994-2017, sendo ambos arquivados. O processo nº 08012.001119/2000-91⁸⁴, que trata da formação de cartel para redução de comissão remuneratória das agências de turismo com objetivo de aumentar receita das empresas aéreas, e o processo nº 08012.007552/2011-82⁸⁵, que versa sobre a apuração de conduta colusiva entre companhias aéreas para reduzir e/ou eliminar as comissões pagas às agências de viagem referentes aos bilhetes aéreos vendidos para rotas Brasil/Europa, guardam semelhanças de objeto e de decisão.

Em linhas gerais, ambos os casos reforçam as discussões sobre a necessidade de verificar a origem do paralelismo de conduta praticado pelas empresas envolvidas. Também na relação vertical com as empresas de turismo, como nos dois casos dessa subseção, precisa-se refutar qualquer outra explicação para o comportamento coordenado que esteja vinculado a um ilícito concorrencial. Sendo assim, no processo nº 08012.001119/2000-91, para além das discussões correntes de paralelismo, enfatiza-se aqui que:

“140. Em um cenário em que agências de viagem são relativamente importantes para as empresas aéreas, não há como imaginar que essas últimas buscariam desenvolver uma estratégia conjunta para prejudicar agentes que são importantes na prestação de seus serviços. Na hipótese de o principal ponto de venda de bilhetes aéreos ser relacionado às agências de viagens, uma conduta que as prejudicasse, na verdade, teria consequências negativas sobre as próprias empresas aéreas. [...] 142. Nesse sentido, vale ressaltar que uma suposta tentativa das empresas aéreas substituírem as agências de turismo torna-se ainda mais carente de racionalidade econômica diante do fato de que as empresas aéreas teriam que ter a capilaridade possuída hoje pelas agências de turismo independentes, o que, provavelmente, acarretaria em custos de transação consideráveis. Inclusive, apesar de algumas empresas aéreas terem suas agências de viagens, esse movimento de substituição de agências de viagens independentes pelas vinculadas diretamente às empresas aéreas não tem sido notado” (trechos do item 8 do

⁸⁴ As empresas envolvidas nesse caso foram: Varig, Rio Sul/Nordeste, Transbrasil, TAM, United Airlines, Continental, American Airlines, Delta, British Airways e Lufthansa.

⁸⁵ As empresas aéreas envolvidas nesse processo foram: Air France, KLM, Alitalia, Swiss, Iberia, British Airways, Lufthansa e TAP.

voto do conselheiro relator Luiz Fernando Schuartz no processo 08012.001119/2000-91, fls. 3063 e 3064).

Já no processo nº 08012.007552/2011-82, a argumentação da ausência de paralelismo de conduta vinculada à redução de comissão paga às agências de turismo foi baseada na não coordenação temporal de implementação das reduções observadas, como descrito nos itens 32 e 33 do voto da conselheira relatora Ana Frazão, onde a SDE/MF constatou que:

“32. [...] da implementação da redução pela Alitalia para a eliminação da comissão pela Air France/KLM houve um íterim temporal de 9 dias; para que a Lufthansa/Swiss eliminasse sua comissão passaram-se mais 1 mês e meio, aproximadamente; em seguida, veio a Iberia/British Airways, que demorou mais 6 meses para implementar sua redução, e a última redução, esta progressiva, realizada pela TAP, ocorreu após 1 mês e se prolongou durante 5 meses. 33. Por fim, [...] a redução das comissões pagas às agências de viagem é ‘um movimento internacional gradual e progressivo’ [...]” (trechos dos itens 32 e 33 do voto da conselheira relatora Ana Frazão no processo nº 08012.007552/2011-82, fl. 1292).

A Tabela 11 resume os posicionamentos do Cade no contexto de possível discriminação de venda, ressaltando que os casos apreciados relacionaram-se apenas com a discriminação dos clientes ‘agências de turismo’, onde é verificada uma verticalização de interesses no mercado de transporte aéreo de passageiros e não constatação de evidências suficientes para a caracterização de cartel em nenhum dos casos.

Tabela 11: Quadro-resumo de julgados pelo Cade: condutas concertadas de discriminação de venda no transporte aéreo (motivações para arquivamento ou aplicação de sanções no período 1994-2017)

Ato de concentração	Caso	Tipologia	Justificativas para o arquivamento ou sanções aplicadas em caso de condenação	
			Justificativas para arquivamento	Sanções aplicadas em caso de condenação
08012.001119/2000-91	Processo administrativo. Formação de cartel para redução de comissão remuneratória das agências de turismo com objetivo de aumentar receita das empresas aéreas.	Discriminação de venda	Inexistência de indícios de prática anticoncorrencial	n/a
08012.007552/2011-82	Averiguação preliminar. Apuração de conduta colusiva entre companhias aéreas para reduzir e/ou eliminar as comissões pagas às agências de viagem referentes aos bilhetes aéreos vendidos para a rota Brasil/Europa.		Inexistência de indícios de prática anticoncorrencial	n/a

Fonte: elaboração própria do DEE/Cade.

3.3.2.3. Divisão de mercado e redução de oferta de voos

Tanto no caso da apuração de eventual divisão geográfica de mercados entre Transbrasil e TAM, processo nº 08012.000852/2002-40, quanto no caso de possível prática de redução de oferta de voos por parte de TAM e Varig, processo nº 08012.004067/2004-28; as manifestações do Cade centraram-se em possíveis decorrências de acordos de *codeshare* previamente celebrados.

Em relação ao caso de divisão geográfica ‘Transbrasil-TAM’, foi verificada possível conduta anticompetitiva pós-assinatura de acordos de *codeshare* e *wet lease*⁸⁶. Entretanto, foi afastada tal possibilidade por mera impossibilidade em se associar as estratégias adotadas pelas respectivas empresas ao interesse direto em dividir mercados. A própria estratégia pós-*codeshare/wet lease* teria impacto na racionalização das operações e da organização das malhas, sem estar diretamente relacionada à execução deliberada de práticas anticoncorrenciais. O conselheiro relator do caso, Luiz Carlos Delorme Prado, em seu voto, argumentou o seguinte sobre a questão:

“Ademais, a retirada de trechos pela TAM, assim como o encerramento da participação da Transbrasil na ponte aérea Santos Dumont – Congonhas não foram motivados por eventual divisão geográfica de mercado, mas sim, por motivos independentes: o primeiro fato pelo alta taxa de ociosidade nos voos, o que torna a manutenção dessas operações economicamente inviáveis e o segundo, por problemas financeiros enfrentados pela Transbrasil” (trecho do voto do conselheiro relator Luiz Carlos Delorme Prado no processo nº 08012.000852/2002-40, fl. 663).

Conforme Coelho (2004[1959], p. 209), o contexto no qual se insere a discussão de infração à ordem econômica é relevante e, sendo assim,

“nenhuma prática empresarial é infração da ordem econômica se os seus efeitos – potenciais ou reais – não importam dominação de mercado, eliminação de concorrência ou aumento arbitrário de lucros. Assim, na mesma prática pode configurar ou não concorrência ilícita, dependendo dos efeitos que gera ou pode gerar”.

⁸⁶ Acordo pelo qual uma das partes compromete-se a disponibilizar aeronaves abastecidas e equipadas à outra parte.

Logo, a racionalidade e a operação de acordos estabelecidos entre as empresas fazem com que as estratégias sejam ajustadas à nova realidade, podendo gerar impactos positivos (ou mesmo negativos) muitas vezes não previstos pelas próprias partes ou pelas entidades de defesa da concorrência. Não só o resultado danoso à concorrência deverá ser avaliado, mas também a intenção das partes envolvidas em praticar atos lesivos ao funcionamento normal dos mercados em que atuam. No processo em apreço, a divisão de mercado resulta não da prática intencional anticompetitiva das partes, mas sim da ineficiência observada na operação de uma das partes, que se encontrava, inclusive, com dificuldades financeiras.

No processo nº 08012.004067/2004-28, TAM e Varig já operavam em codeshare e, em decorrência de tal fato, questionou-se a possibilidade de redução anticompetitiva de voos por parte das envolvidas. Novamente, a argumentação do Cade centrou-se na demonstração da existência de outra explicação plausível para a prática, que não a intencional deterioração da competição nesse mercado. Concluiu o conselheiro relator do caso então que houve apenas uma reorganização das malhas das empresas, sem que, no entanto, esse fato tenha relação com práticas anticoncorrenciais decorrentes do acordo de codeshare previamente celebrado entre as partes.

Os dois casos avaliados nessa subseção foram assim arquivados, sem que houvesse decorrências posteriores a serem debatidas. A Tabela 12 resume o aqui discutido.

Tabela 12: Quadro-resumo de julgados pelo Cade: condutas concertadas de divisão de mercado e de redução de oferta de voos no transporte aéreo *(motivações para arquivamento ou aplicação de sanções no período 1994-2017)*

Ato de concentração	Caso	Tipologia	Justificativas para o arquivamento ou sanções aplicadas em caso de condenação	
			Justificativas para arquivamento	Sanções aplicadas em caso de condenação
08012.000852/2002-40	Apuração de eventual divisão geográfica de mercados entre Transbrasil e TAM	Divisão de mercados	Inexistência de indícios de prática anticoncorrencial motivada pela descontinuidade da operação por parte da Transbrasil em rotas de interesse comercial elevado devido a limitações financeiras e acordos prévios com a TAM para operação e <i>codeshare</i>	n/a
08012.004067/2004-28	Possível prática de redução de oferta de voos por parte de TAM e Varig	Redução de oferta de voos	Inexistência de indícios de prática anticoncorrencial motivada pela não objetividade em lesar o mercado de transporte aéreo em virtude de rearranjo das malhas aéreas das empresas envolvidas pós-celebração de acordo de <i>codeshare</i>	n/a

Fonte: elaboração própria do DEE/Cade.

3.3.2.4. Práticas colusivas vinculadas ao adicional de combustível (*Fuel Surcharge*)

O processo administrativo nº 08012.011027/2006-02, instaurado para apuração de práticas coordenadas anticoncorrenciais relacionadas à cobrança do adicional de combustível por empresas⁸⁷ prestadoras de serviço de frete aéreo para o exterior, merece especial atenção. Houve a assinatura de termos de compromisso de cessação da conduta investigada e aplicação de multas a um conjunto significativo de empresas do setor, o que nos leva a apresentar o ocorrido de forma detalhada nessa subseção.

Trata-se o ilícito apurado de prática no período compreendido entre julho de 2003 e outubro de 2005, tendo apuração iniciada por acordo de leniência por parte do grupo Lufthansa (Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG e Swiss International), onde a conduta de marcação de taxas no mercado de transporte de carga foi declarada e provas foram apresentadas para descrever e detalhar o ocorrido.

Em seu voto vogal sobre o caso, o conselheiro Alessandro Octaviani Luis, caracterizou o ilícito como sendo tanto de ‘objeto’ como de ‘efeitos’⁸⁸. Acerca dessa questão, Alessandro Octaviani Luis nos disse que:

“21. Ainda nesse tocante, é importante ressaltar que a "potencialidade de efeitos anticoncorrenciais" nada tem a ver com a tipificação dos ilícitos concorrenciais por objeto. Na dicção literal da lei, constitui infração à ordem econômica atos que "tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados". Como se observa, a potencialidade de efeitos é exigida pela lei nos casos em que a conduta investigada não tiver como seu próprio objeto o prejuízo à concorrência (resultados típicos descritos nos incisos I, II, III e IV do artigo 20), devendo-se aprofundar a investigação quanto à existência de possíveis

⁸⁷ Para além das pessoas físicas envolvidas, as representadas são empresas que prestam serviços de transporte aéreo de cargas: Lufthansa, Swiss, VarigLog, Air France, KLM, American Airlines, ABSA, Alitalia e United Airlines.

⁸⁸ O próprio conselheiro sublinhou em seu voto vogal a diferenciação entre essas duas tipologias de infração:

“14. A utilização do disjuntivo "ou" no texto legal torna clara a previsão de dois tipos diferentes de infração: (i) atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, bem como dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou, ainda, exercer de forma abusiva posição dominante; e (ii) os atos que podem alcançá-lo de forma direta ou indireta em seus efeitos, ainda que tal não ocorra” (item 14 do voto vogal do conselheiro Alessandro Octaviani Luis no processo nº 08012.011027/2006-02, fl. 218).

efeitos anticoncorrenciais. Porém, ainda assim a lei não exige a concretização desses efeitos para que se configure a violação do bem jurídico 'livre concorrência' [...].

28. Além disso, tal como asseverado em recente precedente desse Tribunal, por exemplo, a consumação do cartel pode dar-se por meio da comunicação entre empresas sobre informações concorrencialmente relevantes [...].

29. Portanto, uma vez que a simples troca de informação concorrencialmente relevante já consoma a conduta cartelística, carece de racionalidade jurídica exigir da Administração a comprovação de quaisquer efeitos deletérios, ainda que meramente potenciais. Tal esforço representaria, tão somente, o desperdício dos recursos escassos de que dispõe para a proteção dos direitos da coletividade.

30. No presente caso, o i. Conselheiro-Relator dedicou-se a trazer provas econômicas acerca dos efeitos deletérios causados pela conduta das Representadas, o que, a meu ver, reforça a decisão desse Tribunal pela condenação dos Representados” (itens 21, 28, 29 e 30 do voto vogal do conselheiro Alessandro Octaviani Luis no processo nº 08012.011027/2006-02, fls. 220, 221 e 223).

Como explicitado na referência supra, a construção de provas econômicas apoia a decisão pela condenação da prática de cartel evidenciada, muito embora a mera possibilidade de causar efeitos anticompetitivos possa ser interpretada como motivação para a apuração de cartéis. No presente caso, o acordo foi relacionado ao adicional de combustível, sendo esse um dos componentes de custo do serviço de transporte aéreo de carga.

ABSA, Air France e KLM (para além de pessoas físicas envolvidas) requereram a celebração de Termo de Cessação de Conduta (TCC). Os acordos foram homologados pelo Cade em 2013. Ao longo do processo, houve a assunção por parte de representados acerca da existência de

“trocas de informações ilícitas entre empresas aéreas concorrentes no Brasil [e que] a finalidade das trocas de informações era repassar valor do adicional de combustível aos preços em data então discutida pelos Representados, o que inclusive era pré-requisito para o início das

discussões” (item 53 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no processo nº 08012.011027/2006-02, fl. 16).

Ainda sobre o teor dos arranjos costurados pelas empresas envolvidas, o conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz descreve⁸⁹ que:

“65. No final de 1999, os preços subiram 30% em relação a agosto do mesmo ano, pelo que as empresas voltaram a adotar o adicional. Com a posterior redução do preço do petróleo, a Lufthansa, que adotou novamente a tarifa, suspendeu a sua cobrança. Porém, em 2002 e 2003 houve novos aumentos de preços, sendo que as empresas: [começaram a se comunicar umas com as outras, afim de discutirem os níveis do adicional e para coordenar os momentos dos aumentos. De fevereiro a março de 2003 em diante, algumas empresas aéreas estabeleceram contatos regulares sobre o adicional de combustível, na maior parte e-mails e telefonemas, mas também em reuniões sobre questões gerais da indústria sobre o preço do combustível e agenciadores de transporte]. [...]

70. Com isso, as empresas teriam sentido a importância de coordenar não apenas o valor, mas também a data: [visto como uma maneira de organizar o mercado e não causar perdas de negócios para uma empresa que ainda não estivesse cobrando o novo valor do adicional (...)]” (itens 65 e 70 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no processo nº 08012.011027/2006-02, fls. 21 e 23).

Ademais tal prática não foi objeto de apuração apenas da entidade antitruste brasileira. Outras jurisdições condenaram a prática. Tanto o conselheiro relator do caso, Ricardo Ruiz, quanto o conselheiro Alessandro Octaviani Luis, em seu voto vogal, contextualizaram a questão em termos internacionais:

“323. Quanto a este cartel internacional, diversas empresas foram condenadas ao redor do mundo. Na Europa, li companhias aéreas foram multadas em aproximadamente € 800 milhões por fixação conjunta dos valores dos adicionais de combustível no período compreendido entre dezembro de 1999 e fevereiro de 2006⁹⁰. Das Representadas no Brasil, apenas a Air

⁸⁹ Os trechos marcados entre chaves representam a descrição feita no “Histórico da Conduta” constante nas folhas 79-84 do processo nº 08012.011027/2006-02.

⁹⁰ Ver o discurso de Almunia (2010) para maiores informações.

France/ KLM, maior grupo no mercado de carga aérea da Europa, foi multado em € 476 milhões. O Grupo Lufthansa também foi condenado, mas foi isento de pena em função do benefício da leniência. 324. Conforme informado pela Comissão Europeia, os contatos teriam se iniciado para assegurar um valor idêntico para o adicional de combustível, mas em seguida passou-se a se discutir o valor do adicional de segurança, bem como a buscarem a recusa de pagar uma comissão sobre o adicional para seus clientes. Em suma, a coordenação abarcou outros valores (taxas, preços e componentes de custo, comissões etc.). 325. Já nos EUA, 18 companhias foram condenadas ou fizeram acordo, resultando em pagamentos da ordem de US\$ 1,6 bilhão, bem como havendo instauração de processos penais contra 14 executivos do setor. Novamente a Air France foi a que arcou com os maiores valores, da ordem de US\$ 350 milhões. ABSA fez acordo com pagamento da ordem de US\$ 6,3 milhões” (itens 323-325 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no processo nº 08012.011027/2006-02, fls. 111 e 112).

“9. No presente caso temos, a meu ver, um sólido conjunto probatório, composto por, dentre outros elementos: (i) declarações das lenientes; (ii) documentos por elas fornecidos; (iii) mensagens eletrônicas trocadas entre os Representados; (iv) provas oriundas de outras jurisdições e (v) provas econômicas adicionais, responsáveis por demonstrar a racionalidade econômica ínsita à conduta e seus efeitos deletérios. Todo esse conjunto é, ainda, articulado com uma série de condenações internacionais: na Europa, um total de onze companhias aéreas (das quais, algumas das Representadas) foram multadas em mais de 800 milhões de euros em razão da mesma prática ora analisada, a fixação conjunta dos valores dos adicionais de combustível” (item 9 do voto vogal do conselheiro Alessandro Octaviani Luis no processo nº 08012.011027/2006-02, fl. 216).

Considerando a construção de um cenário onde constatou-se a determinação do preço do adicional de combustível, foi necessário definir as penas a serem aplicadas. Levando-se em consideração os diferentes pesos de cada empresa na participação de mercado no transporte aéreo de cargas brasileiro, houve a dosimetria da proporcionalidade das multas aplicadas de modo particularizado, ou seja, por empresa. A aplicação das multas às empresas considerou para a base de cálculo das multas o ramo de atividade 103, de ‘Transporte aéreo: carga e passageiros’, e o faturamento bruto no transporte de carga e de passageiro das empresas, auferido no último exercício anterior a instauração do processo administrativo (ver item 530 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no

processo nº 08012.011027/2006-02, fl. 191)⁹¹. A Tabela 13 consolida as informações sobre o cartel no adicional de combustível, no âmbito da apuração realizada pelo Cade.

Tabela 13: Quadro-resumo de julgados pelo Cade: conduta concertada vinculada ao adicional de combustível no transporte aéreo *(motivações para arquivamento ou aplicação de sanções no período 1994-2017)*

Ato de concentração	Caso	Tipologia	Justificativas para o arquivamento ou sanções aplicadas em caso de condenação	
			Justificativas para arquivamento	Sanções aplicadas em caso de condenação
08012.011027/2006-02	Apuração de práticas coordenadas anticoncorrenciais relacionadas à cobrança do adicional de combustível por empresas prestadoras de serviço de frete aéreo para o exterior	Adicional de Combustível	n/a	Condenação parcial. Aplicação de multa específica para cada uma das empresas envolvidas, considerando o faturamento bruto no transporte de carga e de passageiro das empresas, auferido no último exercício anterior a instauração do processo administrativo

Fonte: elaboração própria do DEE/Cade.

3.3.3. Outras práticas anticompetitivas correlatas

Outros seis casos transversais à apuração de práticas de condutas anticompetitivas podem aqui ser listados. Três casos referem-se à omissão de informações e/ou declaração de informações incorretas em atos de concentração e processos administrativos de averiguação de condutas anticoncorrenciais; e outros três versam sobre possível gerenciamento indevido de slots em aeroportos; possível violação contratual e não notificação de AC de notificação obrigatória.

Os processos nº 08700.010047/2012-48 e nº 08700.006891/201517 referem-se a apurações de enganiosidade no AC nº 08700.004155/2012-81. O primeiro relaciona-se com uma contradição nas informações prestadas pelas atuadas (Azul e Trip) no momento da notificação do AC acima mencionado e em resposta a ofício do Cade nesse mesmo AC; já o

⁹¹ A aplicação das penas considerou a aplicação da lei mais favorável para efeito da escolha pelo Cade dos parâmetros orientadores do cálculo da multa. Para as empresas adotou-se, então, os ditames da Lei 12.529/11, que em seu art. 45 prevê o que deve ser usado como critério para a aplicação das penas:

“I- a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, o IV- a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, VII - a situação econômica do infrator; e VIII- a reincidência”.

segundo guarda relação com a omissão por parte da Azul, aquando da instrução processual no Cade da aquisição da Trip, de que desenvolvia atividades de agência de viagens e turismo com a Azul Viagens.

Quanto ao primeiro caso, houve a manifestação na instrução do AC de que a Trip não teria concretizado um acordo de *codeshare* com a TAM⁹², fato esse que se mostrou inverídico, inclusive com reconhecimento por parte das autuadas⁹³ da informação prestada em dissonância com o efetivamente constatado. Sendo assim, partiu-se para a aplicação de punição, em conformidade com o art. 43 da Lei nº 12.529/11, que preceitua o seguinte:

“Art. 43. A enganosidade ou a falsidade de informações, de documentos ou de declarações prestadas por qualquer pessoa ao Cade ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico será punível com multa pecuniária no valor de R\$ 5.000 (cinco mil reais) a R\$ 5.000.000 (cinco milhões de reais), de acordo com a gravidade dos fatos e a situação econômica do infrator, sem prejuízo das demais cominações legais cabíveis”.

Em seu voto, nos itens 55 a 57 o conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz conclui pela aplicação de multa nos seguintes termos:

“55. Avaliados os parâmetros estabelecidos no art. 45 da Lei 12.529/2011⁹⁴ tem-se que os únicos fatores a favor das Requerentes são a não confirmação de efeitos econômicos negativos produzidos no mercado em decorrência da infração, e a não existência de reincidência.

56. Entretanto, considerando todos os demais fatores agravantes, principalmente o fato de a enganosidade ter incidido justamente sobre a informação que foi objeto de Termo de Compromisso de Desempenho, toma a presente infração um tanto grave.

57. Por fim, levando em conta o porte das empresas infratoras e o imperativo de que a sanção tenha caráter punitivo e também pedagógico, visando inibir a repetição futura da infração que

⁹² Ver item 6 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no processo nº 08700.010047/2012-48, em sua folha nº 125.

⁹³ Ver item 10 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no processo nº 08700.010047/2012-48, em sua folha nº 126.

⁹⁴ Os termos desse artigo encontram-se descritos na nota de rodapé nº 91 do presente caderno.

ora se pretende reprimir, decido pela aplicação de multa de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais de reais)” (itens 55 a 57 do voto do conselheiro relator Ricardo Machado Ruiz no processo nº 08700.010047/2012-48, fl. 135).

Já no segundo caso, onde houve conhecimento do Cade sobre operação da Azul no ramo de viagens, nova pena foi aplicada. De acordo com o item 92 da Nota Técnica nº 24/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE (nº SEI 0223805), temos que:

“92. Avaliando-se os parâmetros estabelecidos no artigo 45 da Lei nº 12.529/2011, tem-se que a ausência de boa-fé da Azul, a consumação das infrações, a reincidência, inclusive no mesmo ato de concentração, e a situação econômica da empresa pesam contra a Azul. Por outro lado, a dificuldade de se verificar os ganhos pretendidos ou auferidos com tais manobras, o baixo grau de lesão à concorrência e a ausência de efeitos econômicos negativos, são atenuantes para determinação do valor da multa pelas infrações cometidas” (item 92 da Nota Técnica nº 24/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE, SEI nº 0223805).

Nesses termos, sinalizou a SG/Cade pela intimação da Azul ao pagamento de multa no valor de R\$ 1.400.000,00 (hum milhão e quatrocentos mil reais) pela prática de enganiosidade recorrente em informações prestadas no ato de apuração do AC nº 08700.004155/2012-81 (Azul-Trip).

O outro caso de apuração de enganiosidade resultou em arquivamento motivado pela geração de eficiências e pela não caracterização de não intenção da TAM em gerar distorções no funcionamento do mercado de venda de passagens aéreas, em decorrência da implantação de seu portal e-TAM de bilhetes aéreos. A SDE/MF opinou e o conselheiro relator Luiz Carlos Delorme Prado ratificou a decisão proferida nos seguintes termos:

“(…) a implantação do portal e-TAM não teve o condão de gerar distorções ao funcionamento do mercado de distribuições de passagens aéreas, não ocorrendo alteração da estrutura desse mercado, tampouco diminuição na concorrência entre seus agentes econômicos”

“Os operadores de SRC’s obtêm sua receita por meio de uma tarifa de reserva (booking fee) paga pelas companhias aéreas por cada reserva feita em suas aeronaves. Com o desenvolvimento de novas tecnologias, com o portal e-TAM, as companhias aéreas diminuem seus custos de

operação, o que é desejável e pró-competitivo” (trechos do voto do relator Luiz Carlos Delorme Prado no processo nº 08012.010596/2004-61).

Não se vislumbrou assim nenhum fato capaz de determinar prática de falseamento ou enganosidade no processo de implementação do e-TAM, o que resultou em seu efetivo arquivamento. A constituição de sistemas de marcação e venda de bilhetes, sendo uma inovação tecnológica desejável, não responderia por si só por manipulação de informações em favor da empresa que gerencia o sistema de bilhetagem. Apenas o uso indevido e deliberado desse sistema de marcação de passagens consistira em necessária apuração de conduta anticompetitiva, o que não foi o caso.

Para além das implicações de enganosidade geradas pela omissão de acordo entre Trip e TAM no âmbito do AC nº 08700.004155/2012-81 (Azul-Trip), houve também à época a apuração a respeito da obrigatoriedade de notificação do *codeshare* ‘Trip-TAM’, que restou não informado. O processo nº 08012.007809/2012-29 tratou dessa apuração, relacionada com a existência de contratos entre TAM e Total, no período de 2004 a 2008; e entre TAM e Trip a partir de 2008 (quando a Total foi adquirida pela Trip). Nesse caso, a SG/Cade entendeu que,

“verificada a ocorrência de operação de notificação obrigatória não apresentada aos órgãos do SBDC no prazo legal, recomenda-se a intimação das partes para que apresentem o ato de concentração realizado, com o devido pagamento da taxa processual” (item 22 da Nota Técnica nº 011/2015/SG-TRIAGEM AC/SG/CADE (SEI nº 0095056).

Os dois processos restantes – nº 08700.003005/2007-93 e nº 08000.011327/1994-08 – devem ser mencionados para efeitos de conhecimento, posto que não produziram efeitos, sendo arquivados sem maiores questionamentos. No caso de aproveitamento de *slots* da Varig pela Gol (como resultado do AC nº 08012.003267/2007-14 referente à aquisição do grupo Varig pelo grupo Gol e descrito no processo nº 08700.003005/2007-93) ocorreu denúncia de suposta ação anticoncorrencial pelo fato da Gol não ter capacidade operacional para ocupar todos os slots a que tinha direito. Com a sugestão de devolução à Anac dos slots a ela concedidos, o Cade opinou pela rejeição dessa solicitação, motivando tal decisão na existência do APRO da aquisição da Gol pela Varig, onde já constavam as restrições necessárias à preservação da reversibilidade da operação. Ademais, cabe apenas enfatizar que o processo nº 08000.011327/1994-08 (impasse

contratual entre MundialTur e Transbrasil) reitera, como manifestado no voto do conselheiro relator do caso, que “é pacífico o entendimento na jurisprudência do Cade de que este Eg. Conselho não é o órgão competente para analisar e julgar matérias de cunho estritamente obrigacional” (trecho do item 1 do voto do conselheiro relator Arthur Barrionuevo Filho no processo nº 08000.011327/1994-08, fl. 182). Encerrada as discussões sobre os casos, apresenta-se, por fim, a Tabela 14, onde constam os pontos cruciais dos julgados pelo Cade relativos às condutas concertadas acessórias em assuntos de transporte aéreo.

Tabela 14: Quadro-resumo de julgados pelo Cade: condutas acessórias no transporte aéreo (tipologia e motivações para arquivamento ou aplicação de sanções no período 1994-2017)

Ato de concentração	Caso	Tipologia	Justificativas para o arquivamento ou sanções aplicadas em caso de condenação	
			Justificativas para arquivamento	Sanções aplicadas em caso de condenação
08700.010047/2012-48	Apuração das informações prestadas no âmbito do AC nº 08700.004155/2012-81 (Azul-Trip)	Enganosidade	n/a	Aplicada multa no valor de R\$ 3.500.000 por enganiosidade (não informação da existência de codeshare entre Trip e TAM no momento de realização do AC Trip-Azul)
08700.006891/2015-17*	Denúncia realizada pela Braztoa contra práticas da empresa Azul, por possível discriminação no uso da Azul Viagens e com implicações de enganiosidade por não informação de atividades relacionadas com a Azul Viagens no AC nº 08700.004155/2012-81 (Azul-Trip)		n/a	Aplicação de multa no valor de R\$ 1.400.000,00 por enganiosidade (não informação das atividades relacionadas à Azul Viagens no AC Trip-Azul)
08012.010596/2004-61*	Suposta prática de limitação e falseamento da concorrência, por parte da TAM, nos mercados de transporte aéreo de passageiros, das agências de viagens e da distribuição de passagens pelos operadores de SRC (Sistemas de Reserva por Computador) aquando da implantação do sistema de reserva e comercialização de passagens e viagens, o e-TAM		Não apresentação de indícios objetivos de enganiosidade passível de aplicação de sanção administrativa	n/a
08700.007809/2012-29 (08700.009513/2015-95)	Apurar a existência de contratos entre TAM e Total, de 2004 a 2008, e entre TAM e Trip a partir de 2008	Não notificação obrigatória de AC	n/a	Condenação aplicada, obrigação de apresentar AC não notificado e pagar as taxas cabíveis
08700.003005/2007-93	Denúncia de suposta ação anticoncorrencial pelo fato da Gol não ter capacidade operacional para ocupar todos os slots a que tinha direito na operação de aquisição do grupo Varig	Gerenciamento de slots	Arquivado por desnecessidade de adoção de medida cautelar em razão de o APRO no AC nº 08012.003267/2007-14 já contemplar as restrições necessárias à preservação da reversibilidade da operação	n/a
08000.011327/1994-08	Impasse contratual entre MundialTur e Transbrasil	Possível violação contratual	Arquivado	n/a

Fonte: elaboração própria do DEE/Cade. *Obs.: Esses processos foram avaliados na subseção 3.3.1 por tratarem prioritariamente sobre discriminação de preço praticada por empresa aérea.

4. Conclusões

Para mercados de transporte aéreo de passageiros e de cargas, no âmbito do Cade, é possível identificar algumas questões cruciais: o transporte aéreo, conforme exposto no capítulo 2, apresenta características suficientes para suscitar preocupações concorrenciais no contexto brasileiro. Após enfrentar um processo de crescimento – e mesmo passando pela recente crise –, o setor apresenta um conjunto de condições para a limitação da competição: fortes movimentos de crescimento, barreiras legais à entrada, barreiras de infraestrutura em aeroportos coordenados e altos níveis de investimento para a operação, o que, em conjunto, torna o mercado bastante concentrado (tendencialmente oligopolizado) e operado em níveis intermediários e elevados de HHI, segundo o Guia-H do Cade.

Além do contexto favorável para potenciais implicações ocasionadas por atos de concentração ou mesmo por práticas anticoncorrenciais, o mercado de transporte aéreo brasileiro de passageiros e cargas passou por um processo de liberalização nas últimas décadas, com adoção de práticas setoriais de desregulação e de liberdade tarifária. Tal combinação de fatores resultou numa reestruturação das empresas que operam no setor, com grandes saídas de *players* outrora relevantes (como Varig, Vasp e Transbrasil) e entrada de novos atores capazes de modificar a estrutura de mercado substancialmente (tal como ocorreu com a entrada da Gol ou como, mais recentemente aconteceu com a operação da Azul).

Sendo assim, o histórico de julgados do Cade, consolidado nesta edição dos “Cadernos do Cade”, representa exatamente essa evolução do transporte aéreo, sobretudo a partir de 2006, já com o modelo de gestão pública do setor mais próximo do atual (com a constituição da Anac e a posterior formatação da Secretaria de Aviação Civil, antes vinculada à Presidência da República e, atualmente ligada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil). As discussões do Cade em matéria de aviação civil acompanharam esse processo e concentraram-se em três focos: (i) na necessidade de se discutir sobre os limites do mercado relevante para avaliar assim mais adequadamente as possíveis eficiências e implicações concorrenciais em ACs e em apuração de condutas; (ii) na necessidade de compreender as tipologias de acordos existentes no transporte aéreo para assim definir as características e as implicações competitivas decorrentes desses diferentes arranjos (*interlining*, *codeshares*, JVs, JBAs e alianças globais); e (iii) no aprimoramento da aplicação de remédios

estruturais eficazes em casos atos de concentração e de apuração de condutas anticoncorrenciais no setor.

Com o intuito de atingir tais objetivos, novas possibilidades se apresentam. A Anac recentemente passou a disponibilizar informações sobre preços de passagens aéreas⁹⁵, abrindo um leque de possibilidades para a facilitação da análise dos impactos criados em atos de concentração ou em ações concertadas de precificação. Amplia-se então os horizontes para a realização de simulações, *screenings* e até mesmo técnicas mais atuais de avaliação de carteis de algoritmos (ver OECD, 2017). Além disso, torna-se visível a preocupação recente do Cade em observar e construir modelos de análise antitruste para o setor aéreo que contemplem uma abordagem de rede (com toda a sua complexidade intrínseca), facilitando a decisão em ACs e reduzindo a assimetria de informações em apurações de condutas.

⁹⁵ A Resolução nº 437, de 26 de julho de 2017, regulamenta a divulgação de dados de tarifas aéreas comercializadas, fazendo com que a Anac disponibilize os os microdados do registro das tarifas aéreas domésticas e internacionais comercializadas para acesso de qualquer interessado. Para detalhes, consultar: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/microdados-de-tarifas-aereas-comercializadas>>, acessado em 27/12/2017.

5. Referências

- Agência Nacional de Aviação Civil - Anac. (2016). *Anuário do Transporte Aéreo 2015*. Brasília, DF, Brasil.
- Albuquerque, C. L. de, & Assis, L. S. de. (2015). *Parecer nº 7/2015/CGAA4/SGA1/SG*. Vinculado ao Processo nº 08700.006571/2015-67, ato de concentração TAM e British Airways, de 22 de julho de 2015. SEI nº 0085460. Brasília, DF, Brasil: Cade.
- Almunia, J. (2010, novembro 9). Air Cargo Cartel Press Conference. *Press conference*. Recuperado de <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-634_en.htm> em 27 de dezembro de 2017.
- Baumol, W. J. (1996). Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test. *The Journal of Law & Economics*, 39(1), 49–72.
- Belobaba, P., Odoni, A., & Barnhart, C. (Orgs.). (2009). *The global airline industry*. Chippenham, UK: John Wiley & Sons, Ltd.
- Cabral, P. S., & Machado, K. M. (2016). *Parecer nº 2/2016/CGAA1/SGA1/SG*. SEI nº 0161582. Brasília, DF, Brasil: Cade.
- Cabral, P. S., & Mattos, C. (2016). Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. *RDC*, 4(1), 57–94.
- Chammas, M., & Pisarkiewicz, A. (2014). *Airline Competition. Background Paper - DAF/COMP(2014)14*. Organisation for Economic Cooperation & Development.
- Coelho, F. U. (2004[1959]). *Curso de Direito Comercial* (8º ed, Vol. 1). São Paulo, SP, Brasil: Saraiva.
- Comissão Europeia, & USDOT. (2010). *Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approaches*.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. (2016). *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. Brasília, DF, Brasil. Recuperado de <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf> em 27 de dezembro de 2017.
- European Commission. (1997). Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. *Official Journal of the European Communities*, C 372, 5–13.
- European Commission. (2005). *Case No COMP/M.3770- Lufthansa/Swiss Notification of 20.05.2005 pursuant to Article 4 of Council Regulation No 139/2004*. Bruxelas, Bélgica.
- European Commission. (2009). *Commission Decision of 28.8.2009 declaring a concentration to be compatible with the common market and the EEA Agreement (Case No COMP/M.5440 - Lufthansa/ Austrian Airlines)*. Bruxelas, Bélgica.
- European Commission. (2010). *Case No COMP/M.5747 - Iberia/ British Airways. Notification of 10 June 2010 pursuant to Article 4 of Council Regulation No 139/2004*. Bruxelas, Bélgica.

- European Commission. (2012). *Case No COMP/M.6447 - LAG/ bmi Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/2004*. Bruxelas, Bélgica.
- European Commission. (2015). *Case M.7541 – LAG/AER LINGUS Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/20041 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area*. Bruxelas, Bélgica.
- European Commission. (2016). *Commission Decision of 8.1.2016 - declaring a concentration to be compatible with the internal market and the functioning of the EEA Agreement - Case M.7630 FedEx/TNT Express*. Bruxelas, Bélgica.
- European Commission. (2017). *Case M.8361 – QATAR AIRWAYS/ALISARDA/MERIDIANA Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/20041 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area*. Bruxelas, Bélgica.
- Gillespie, W., & Richard, O. M. (2011). *Antitrust immunity and international airline alliances. Economic Analysis Group Discussion Paper*. Washington, DC, USA: Antitrust Division, U.S. Department of Justice. Recuperado de <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1764083> em 10 de setembro de 2017.
- Gomes, S. B. V., & Fonseca, P. V. da R. (2014). Análise econômico-operacional do setor de transporte aéreo: indicadores básicos. *BNDES Setorial*, 40, 131–162.
- Guaranys, M. (2012). Seminário 10 Anos de Liberdade Tarifária no Transporte Aéreo Doméstico. Recuperado de <<http://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/seminario-10-anos-de-liberdade-tarifaria-no-transporte-aereo-domestico>> em 26 de maio de 2017.
- Guimarães, E. A., & Salgado, L. H. (2003). A Regulação do mercado de aviação civil no Brasil. Recuperado de <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5768>> em 22 de novembro de 2017.
- IATA. (2008). *Air Travel Demand. IATA Economics Briefing nº 9*. Recuperado de <https://www.iata.org/whatwedo/documents/economics/air_travel_demand.pdf> em 10 de novembro de 2017.
- IATA. (2013). Resolution 780/2013. Recuperado de <[http://aviation.itu.edu.tr/%5Cimg%5Caviation%5Cdatafiles/Lecture Notes/ContractinginAirTransport20142015/Readings/Day_01 - MITA - Reso 780.pdf](http://aviation.itu.edu.tr/%5Cimg%5Caviation%5Cdatafiles/Lecture Notes/ContractinginAirTransport20142015/Readings/Day_01_-_MITA_-_Reso_780.pdf)> em 17 de novembro de 2017.
- Israel, M. A., Calzaretta, R. J., & Eilat, Y. (2017). Airline Cooperation and International Travel: Analyses of the Impact of Antitrust Immunity and Joint Ventures on Fares and Traffic. *SSRN Electronic Journal*. doi: 10.2139/ssrn.2921941.
- Ito, H., & Lee, D. (2006). The Impact of Domestic Codesharing Agreements on Market Airfares: Evidence From the U.S. In D. Lee (Org.), *Advances in Airline Economics 1* (Vol. 1, p. 141–161). Oxford, UK: Elsevier.
- Mello, M. T. L. (2001). Questões de defesa da concorrência no setor farmacêutico. In B. Negri & G. Di Giovanni (Orgs.), *Brasil: Radiografia da saúde* (p. 476). Campinas, SP, Brasil: Instituto de Economia da Unicamp.

- Morgan, E. (2002). Steering mergers through the EU's regulatory rocks: Remedies under the EU Merger Control Regulation. *European Management Journal*, 20(5), 549–561. doi: 10.1016/S0263-2373(02)00094-4.
- Motta, M. (2007). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- OECD. (2017). Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age. Recuperado de <www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm> em 26 de dezembro de 2017.
- Phlips, L. (1987). Information and collusion. In D. Hay & V. J. (Orgs.), *The Economics of Market Dominance*. Oxford, Reino Unido: Basil Blackwell.
- Salgado, L. H., Vassallo, M. D., & Oliveira, A. V. M. (2010). Regulação, políticas setoriais, competitividade e formação de preços: considerações sobre o transporte aéreo no Brasil. *Journal of Transport Literature*, 4(1), 7–48.
- Solon, A. M. (2000). Diferenciação de preços no Direito concorrencial. *Revista Direito Mackenzie*, 1(1), 28–34. Recuperado de <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4810>> em 1º de dezembro de 2017.
- Stalnaker, T., Usman, K., & Taylor, A. (2016). *Airline economic analysis. Commissioned for the Raymond James global airline book*. Oliver Wyman.
- Turolla, F. A., Lovadine, D., & Oliveira, A. V. M. de. (2006). Competição, colusão e antitruste: estimação da conduta competitiva de companhias aéreas. *Revista Brasileira de Economia*, 60(4), 425–459. doi: 10.1590/S0034-71402006000400006.
- U.S. Department of Justice - Antitrust Division. (2016). Competitive Impact Statement - United States v. Alaska Air Group, Inc., Virgin America, Inc. Recuperado de <<https://www.justice.gov/atr/case-document/file/915986/download>> em 12 de junho de 2017.
- U.S. Department of Justice, & Federal Trade Commission. (2010). Horizontal Merger Guidelines. Recuperado de <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2010/08/19/hmg-2010.pdf>> em 23 de junho de 2017.
- Vasconcelos, S. P., & Vasconcelos, C. R. F. (2005). Investigações e obtenção de provas de cartel: por que e como observar paralelismo de conduta. *Ensaios FEE*, 26(2), 855–876. Recuperado de <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewArticle/2103>> em 10 de dezembro de 2017.

6. Anexos

Tabela I: Lista de empresas nacionais que operam regularmente no Brasil

Empresas
ABAETÉ LINHAS AÉREAS S.A.
ABSA - AEROLINHAS BRASILEIRAS S.A.
AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A.
GOL LINHAS AÉREAS S.A. (EX- VRG LINHAS AÉREAS S.A.)
MAP TRANSPORTES AÉREOS LTDA.
OCEANAIR LINHAS AÉREAS S.A. (AVIANCA)
PASSAREDO TRANSPORTES AÉREOS S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
RIO LINHAS AÉREAS S.A.
SETE LINHAS AÉREAS LTDA.
TAM LINHAS AÉREAS S.A.
TOTAL LINHAS AÉREAS S.A.

Fonte: consulta ao site da Anac: <<https://sistemas.anac.gov.br/sas/empresasaereas/empresas.aspx>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Tabela II: Lista de empresas internacionais que operam regularmente no Brasil

Empresas	Empresas
AEROLINEAS ARGENTINAS S/A	IBÉRIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA SOCIEDADE ANONIMA OPERADORA
AEROTRANSPORTE MAS DE CARGA S.A. DE C.V.	INSEL AIR INTERNATIONAL B.V.
AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA	KLM CIA. REAL HOLANDESA DE AVIAÇÃO
AEROVIAS DE MÉXICO S.A DE C.V - AEROMÉXICO	KOREAN AIR LINES CO. LTD.
AIR CANADA	LACSA LINEAS AÉREAS COSTARRICENSES S/A
AIR CHINA	LAN ARGENTINA S.A.
AIR EUROPA LINEAS AEREAS SOCIEDAD ANONIMA	LAN CARGO S.A.
ALITALIA COMPAGNIA AÉREA SPA.	LAN PERU S.A.
AMERICAN AIRLINES, INC.	LATAM AIRLINES GROUP (EX - LAN AIRLINES S/A)
ATLAS AIR INC	LÍNEA AÉREA CARGUEIRA DE COLOMBIA S.A - LANCO
AUSTRAL LINHAS AÉREAS - CIELOS DEL SUR S.A.	LUFTHANSA CARGO AG
BOA BOLIVIANA DE AVIACIÓN	MARTINAIR HOLLAND N.V.
BRITISH AIRWAYS PLC	MERIDIANA FLY S.P.A.
CARGOLUX AIRLINES INTENATIONAL S/A	QATAR AIRWAYS
COMPAGNIE NATIONALE ROYAL AIR MAROC	SOCIÉTÉ AIR FRANCE
COMPANIA PANAMEÑA DE AVIACION S.A. (COPA AIRLINES)	SOUTH AFRICAN AIRWAYS STATE OWNED COMPANY (SOC) LIMITED
CONDOR FLUGDIENST GMBH	SURINAM AIRWAYS LTDA
CUBANA DE AVIACION S.A.	SWISS INTERNATIONAL AIR LINES LTD.
DELTA AIR LINES INC.	TAAG LINHAS AÉREAS DA ANGOLA (ANGOLA AIRLINES)
DEUTSCHE LUFTHANSA A.G.	TAME LINEA AEREA DEL ECUADOR
DYRUS S.A. (ALAS URUGUAY OU ALAS U)	TAMPA CARGO S.A.
EDELWEISS AIR AG	TAP - TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A
EMIRATES	TRANS AMERICAN AIRLINES S.A. - TACA PERU
EMPRESA DE TRANSPORTES AÉREOS DE CABO VERDE - TACV S.A.	TRANSPORTE AÉREOS DEL MERCOSUR S.A. (TAM MERCOSUR)
ETHIOPIAN AIRLINES ENTERPRISE	TURKISH AIRLINES INC
ETIHAD AIRWAYS P.J.S.C.	UNITED AIRLINES, INC
FEDEX - FEDERAL EXPRESS CORPORATION	UPS - UNITED PARCEL SERVICE CO.

Fonte: consulta ao site da Anac: <<https://sistemas.anac.gov.br/sas/empresasaereas/empresas.aspx>>, acessado em 5 de maio de 2017.

Tabela III: Processos administrativos que tratam de assuntos relacionados ao transporte de passageiros e cargas no âmbito do Cade (1994-2017)

Atos de concentração	
08012.008448/1997-12	08012.000062/2012-36
08012.008101/1999-79	08700.004155/2012-81
08012.007398/2000-70	08700.009194/2012-75
08012.004489/2000-70	08700.010625/2013-27
08012.002335/2000-43	08700.006488/2013-26
08012.003362/2001-14	08700.009968/2013-49
08012.005790/2001-81	08700.001796/2013-65
08012.006671/2002-27	08700.003836/2014-94
08700.005491/2003-51	08700.005722/2014-89
08012.008215/2003-01	08700.011932/2014-06
08012.001291/2003-87	08700.004468/2014-00
08012.009636/2003-41	08700.005793/2014-81
08012.000641/2003-98	08700.001973/2014-94
08012.010060/2003-64	08700.003530/2014-38
08012.008385/2004-68	08700.000292/2015-90
08012.010665/2005-17	08700.006571/2015-67
08012.003321/2005-51	08700.012314/2015-64
08012.007916/2006-67	08700.011682/2015-95
08012.014594/2007-93	08700.009389/2015-68
08012.013004/2007-13	08700.000517/2015-16
08012.011318/2007-73	08700.009104/2015-99
08012.008451/2007-42	08700.005118/2015-33
08012.011750/2007-64	08700.007365/2015-74
08012.003267/2007-14	08700.007106/2015-43
08012.000074/2007-01	08700.007206/2015-70
08012.010497/2008-11	08700.001862/2015-69
08012.002471/2008-91	08700.006584/2015-36
08012.010260/2008-21	08700.009559/2015-12
08012.010621/2008-30	08700.004211/2016-10
08012.008946/2008-52	08700.000478/2016-20
08012.004066/2008-15	08700.004652/2016-11
08012.009198/2009-14	08700.006104/2016-18
08012.008408/2009-49	08700.006556/2016-08
08012.008715/2009-20	08700.001172/2016-91
08012.002593/2009-68	08700.002529/2017-39
08012.003128/2009-44	08700.003715/2017-95
08012.010625/2009-07	08700.005265/2017-75
08012.006677/2009-71	
08012.004457/2009-11	Condutas
08012.000800/2009-40	08000.011327/1994-08
08012.004387/2009-92	08000.014704/1995-70
08012.009685/2009-79	08000.006728/1996-63
08012.002635/2010-02	08000.025952/1996-54
08012.004855/2010-62	08000.004497/1997-52
08012.000700/2010-57	08012.000677/1999-70
08012.012418/2010-12	08012.001119/2000-91
08012.008252/2010-30	08012.005052/2001-34
08012.003877/2010-13	08012.000852/2002-40
08012.009497/2010-84	08012.003139/2003-39
08012.007743/2010-63	08012.001470/2003-14
08012.000321/2010-67	08012.010596/2004-61
08012.008130/2010-43	08001.006298/2004-03
08012.011050/2011-56	08012.004067/2004-28
08012.000035/2011-82	08012.008717/2005-95
08012.000418/2011-51	08012.007719/2005-67
08012.011158/2011-49	08012.002164/2006-48
08012.012261/2011-14	08012.011027/2006-02
08012.008378/2011-95	08700.003005/2007-93
08012.006443/2011-48	08012.001366/2009-15
08700.004215/2012-66	08012.007552/2011-82
08700.010858/2012-49	08700.010047/2012-48
08012.003340/2012-15	08700.007809/2012-29
	08700.006891/2015-17

Lista I: Legislação de interesse sobre transporte aéreo/concorrência *(ordem cronológica)*

Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946, que promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945.

Lei nº 6.009, de 26 dezembro de 1973, que dispõe sobre a utilização e a exploração dos aeroportos, das facilidades à navegação aérea e dá outras providências.

Decreto nº 86.864, de 21 de janeiro de 1982, que regulamenta o Decreto-lei nº 1.896, de 17 dezembro de 1981, que dispõe sobre a utilização de instalação e serviços destinados a apoiar e tornar segura a navegação aérea.

Decreto nº 89.121, de 6 de dezembro de 1983, que regulamenta a Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973, alterada pelo Decreto-lei nº 2.060, de 12 de setembro de 1983, que dispõe sobre a utilização e a exploração dos aeroportos e das facilidades à navegação aérea.

Decreto nº 92.319, de 23 de janeiro de 1986, que dispõe sobre o funcionamento, no País, de empresas estrangeiras que têm por objeto a exploração do transporte aéreo e de serviços acessórios.

Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA).

Lei nº 7.920, de 12 de dezembro de 1989, que cria o Adicional de Tarifa Aeroportuária, e dá outras providências.

Lei nº 8.399, de 7 de janeiro de 1992, que especifica a destinação dos recursos originados por adicional tarifário criado pela Lei nº 7.920, de 12 de dezembro de 1989, que "cria o Adicional de Tarifa Aeroportuária e dá outras providências".

Decreto nº 1.413, de 7 de março de 1995, que dispõe sobre documentos e procedimentos para despacho de aeronave em serviço internacional.

Decreto nº 3.045, de 5 de maio de 1999, que promulga o Acordo sobre Serviços Aéreos Sub-Regionais entre os Governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República da Bolívia, da República do Chile, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, celebrado em Fortaleza, em 17 de dezembro de 1996.

Decreto nº 3.439, de 25 de abril de 2000, que delega competência ao Ministro de Estado da Defesa para autorizar o funcionamento no Brasil de empresa estrangeira de transporte aéreo, na forma da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

Decreto nº 3.564, de 17 de agosto de 2000, que dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho de Aviação Civil - CONAC e dá outras providências.

Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências.

- Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006**, que dispõe sobre a instalação, a estrutura organizacional da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e aprova o seu regulamento.
- Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006**, que promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999.
- Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009**, que aprova a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) e dá outras providências.
- Decreto nº 7.554, de 15 de agosto de 2011**, que dispõe sobre a coordenação das atividades públicas nos aeroportos, institui a Comissão Nacional de Autoridades Aeroportuárias - CONAERO e as Autoridades Aeroportuárias.
- Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.
- Resolução do Cade nº 2, de 29 de maio de 2012**, que disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências.
- Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012**, que adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, os valores constantes do art.88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país.
- Resolução do Cade nº 9, de 1º de outubro de 2014**, que altera dispositivos da Resolução do Cade nº 2, de 29 de maio de 2012.
- Resolução do Cade nº 10, de 29 de outubro de 2014**, disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.
- Lei nº 13.319, de 25 de julho de 2016**, que extingue o Adicional de Tarifa Aeroportuária; amplia o limite de participação do investimento estrangeiro na aviação civil; altera a Lei no 5.862, de 12 de dezembro de 1972, a Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e a Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011; e revoga a Lei no 7.920, de 7 de dezembro de 1989, a Lei no 8.399, de 7 de janeiro de 1992, e dispositivos da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e da Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.
- Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016**, que altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória no 717, de 16 de março de 2016.
- Resolução do Cade nº 17, de 18 de outubro de 2016**, que disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e revoga a Resolução Cade nº 10, de 29 de outubro de 2014.

Decreto nº 9.000, de 8 de março de 2017, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e dá outras providências.

Resolução da Anac nº 437, de 26 de julho de 2017, que regulamenta a divulgação de dados de tarifas aéreas comercializadas.

Lista II: Bibliografia de interesse na área de concorrência do mercado de transporte aéreo

Åkerman, J. (2005). Sustainable air transport - On track in 2050. *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 10(2), 111–126. doi: 10.1016/j.trd.2004.11.001.

Baumol, W. J. (1996). Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test. *The Journal of Law & Economics*, 39(1), 49–72.

Belobaba, P., Odoni, A., & Barnhart, C. (Eds.). (2009). *The global airline industry*. Chippenham, UK: John Wiley & Sons, Ltd.

Burghouwt, G. (2007). *Airline Network Development in Europe and its Implications for Airport Planning*. Burlington/VT, USA: Ashgate.

Chammas, M., & Pisarkiewicz, A. (2014). *Airline Competition. Background Paper - DAF/COMP(2014)14*. Organisation for Economic Cooperation & Development.

Comissão Europeia, & USDOT. (2010). *Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approaches*.

Cosmas, A., Belobaba, P., & Swelbar, W. (2007). Framing the Discussion on Regulatory Liberalization : A Stakeholder Analysis of Open Skies, Ownership and Control, 1(abril), 1–18.

Hanlon, P. (2007). *Global Airlines: Competition in a transnational industry* (3ª ed.). Oxford, UK: Elsevier.

ICN Unilateral Conduct Working Group. (2012). Predatory Pricing Analysis. In *ICN Unilateral Conduct Workbook*. Recuperado de <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc828.pdf>> em 22 de novembro de 2017.

Ito, H., & Lee, D. (2006). The Impact of Domestic Codesharing Agreements on Market Airfares: Evidence From the U.S. In D. Lee (Ed.), *Advances in Airline Economics* (Vol. 1, pp. 141–161). Cambridge, USA: Elsevier.

Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD. (2013). *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises: Including adhering country exceptions to national treatment*.

- Patanaphan, R. (2011). Navigating the Complex Skies: A Caveat on Liberalizing Foreign Ownership Restrictions in U.S. Airlines. *Ohio State Law Journal*, 72(1), 192–237.
- Respicio Antônio do Espírito Santo Jr., & Correia, F. C. (2006). O Capital Estrangeiro Nas Empresas Aéreas Brasileiras. *Revista de Informação Legislativa Do Senado Federal*, a.43(171), 233–257.
- Rodrigues, E. F. (2015). Restrições regulatórias nacionalistas: o caso das companhias aéreas. *Revista de Direito Setorial E Regulatório*, 1(2), 39–56.
- Silva, L. N. e. (2013). *Regulação e Concorrência no Mercado Doméstico de Aviação no Brasil*. São Paulo, SP, Brasil: Editora Singular.
- Silva, O. V. da, & Santos, R. C. dos. (2009). Histórico dos órgãos de regulamentação da aviação civil brasileira: DAC, ANAC, CONAC e INFRAERO. *Revista Científica Eletrônica de Turismo*, (10).
- Stalnaker, T., Usman, K., & Taylor, A. (2016). *Airline economic analysis. Commissioned for the Raymond James global airline book*. Oliver Wyman.
- Tabacco, G. A. (2017). *Airline Economics: An Empirical Analysis of Market Structure and Competition in the US Airline Industry*. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan. doi: 10.1007/978-3-319-46729-0.
- Truxal, S. (2012). *Competition and regulation in the airline industry: Puppets in chaos*. New York, NY, USA: Routledge.
- Vasigh, B., Fleming, K., & Tacker, T. (2013). *Introduction to Air Transport Economics: From Theory to Applications* (2ª ed.). Burlington, VT, USA: Ashgate.