


Unesp  **UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA**
“JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
Faculdade de Ciências e Letras
Campus de Araraquara - SP

ANA CAROLINE PEREIRA BORGES

**UMA ANÁLISE DA CONCENTRAÇÃO NO
MERCADO DE AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRO:**
casos Gol – Webjet, Azul-Trip, Azul – Correios e Azul-
Twoflex



ARARAQUARA – S.P.

2021

ANA CAROLINE PEREIRA BORGES

**UMA ANÁLISE DA CONCENTRAÇÃO NO
MERCADO DE AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRO:
casos Gol – Webjet, Azul-Trip, Azul – Correios e Azul-
Twoflex**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho” da Faculdade de Ciências e Letras como requisito para a obtenção do título de Mestre em Economia.

Linha de pesquisa: Economia Industrial

Orientadora: Tatiana Massaroli de Melo

Bolsa: CAPES

ARARAQUARA-S.P.

2021

B732a

Borges, Ana Caroline Pereira

Uma análise da concentração no mercado de aviação civil brasileiro : casos Gol-Webjet, Azul-Trip, Azul-Correios e Azul-Twoflex / Ana Caroline Pereira Borges. -- Araraquara, 2021

99 f. : tabs.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências e Letras, Araraquara
Orientadora: Tatiana Massaroli de Melo

1. Política antitruste. 2. Fusões e aquisições. 3. Empresas aéreas brasileiras. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências e Letras, Araraquara. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

ANA CAROLINE PEREIRA BORGES

**UMA ANÁLISE DA CONCENTRAÇÃO NO
MERCADO DE AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRO:
casos Gol – Webjet, Azul-Trip, Azul – Correios e Azul-
Twoflex**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho” da Faculdade de Ciências e Letras como requisito para a obtenção do título de Mestre em Economia.

Linha de pesquisa: Economia Industrial
Orientadora: Tatiana Massaroli de Melo
Bolsa: CAPES

Data da defesa: 09/04/2021

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Profa. Dra. Tatiana Massaroli de Melo
Unesp.

Membro Titular: Prof. Dr. Rogério Gomes
Unesp.

Membro Titular: Prof. Dr. José Eduardo de Salles Roselino Junior
Ufscar.

Local: Universidade Estadual Paulista
Faculdade de Ciências e Letras
UNESP – Campus de Araraquara

Aos meus pais e familiares que sempre acreditaram e estiveram ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Sou grata a Deus, por todas as oportunidades vivenciadas durante todo o período do mestrado e por ter me apresentado diversas pessoas que puderam me edificar profissionalmente e pessoalmente.

Agradeço a minha querida família que sempre esteve presente, apoiando incondicionalmente e estimulando minhas escolhas: os meus queridos e incansáveis pais Antônia Lúcia e José Borges Filho, meu irmão Álvaro Guilherme e as minhas amáveis e generosas tias Antônia Mary, Francisca Sousa e Maria Sônia.

Aos professores do PPGE-FCLAr, que sempre estiveram empenhados em desenvolver os ensinamentos sobre a ciência econômica com sensatez e ética pelo conhecimento contribuindo para uma visão crítica da realidade, em especial aos profs. André Luiz e Rogério Gomes coordenadores dos grupos de pesquisas GPEA e GEEIN, respectivamente, do qual fiz parte.

A minha querida e estimada prof. Tatiana Massaroli, a qual tenho grande satisfação em ter sido sua orientanda, sou grata pelos seus ensinamentos, dedicação, respeito, paciência e compromisso com a pesquisa científica.

Aos meus queridos e adoráveis amigos durante toda minha trajetória no mestrado, vocês me acolheram e me tornaram parte da família de vocês, estiveram comigo em todos os momentos da minha estadia em Araraquara sou eternamente grata pelo aprendizado e as experiências vividas com vocês.

Agradeço a CAPES pelo financiamento do curso de mestrado o que me permitiu dar continuidade aos meus estudos e consolidar a minha pesquisa. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

One child, one teacher, one book & one pen, can change the world.

Malala Yousafzai, 2014.

RESUMO

O objetivo dessa dissertação é analisar como a teoria antitruste foi aplicada pelo Cade nos casos de fusão e aquisição no setor aéreo brasileiro nos últimos anos, por meio dos casos da aquisição da Gol – Webjet em 2011, da aquisição da Azul – Trip em 2012, da joint venture da Azul e Correios em 2018 e da aquisição da Azul-TwoFlex em 2020 já julgados e aprovados pela autoridade antitruste brasileira. Para isso, a pesquisa estabeleceu algumas definições e parâmetros da análise antitruste utilizados, descreveu os atos de concentração dos casos supracitados mapeando o que foi considerado em cada parte do roteiro de avaliação e por fim analisou a consistência das decisões. A pesquisa embasou-se nos votos e pareceres técnicos proferidos pelos relatores dos casos que foram retirados dos relatórios da autarquia, no site do CADE. Os resultados obtidos com os casos analisados indicam uma desuniformidade na consistência da aplicação da teoria antitruste referente as diversas formas de análise para a avaliação dos atos de concentração. Ressalta-se aqui dois pontos de atenção das autoridades antitrustes: a) necessidade de realização de análises de forma mais homogênea mesmo que parcialmente, e b) uma análise crítica referente as definições e os parâmetros que são adotados pela própria literatura, e assim levaria a uma política de defesa da concorrência mais consistente a sua aplicação.

Palavras chave: Política antitruste. Fusões e aquisições. Empresas aéreas brasileiras.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze how the antitrust theory was applied by Cade in cases of mergers and acquisitions in the Brazilian airline industry in recent years, through the cases of the acquisition of Gol - Webjet in 2011, the acquisition of Azul - Trip in 2012, the joint venture of Azul and Correios in 2018 and the acquisition of Azul-TwoFlex in 2020 already judged and approved by the Brazilian antitrust authority. For this, the research established some definitions and parameters of the antitrust analysis used, described the acts of concentration of the aforementioned cases, mapping what was considered in each part of the evaluation script and finally analyzed the consistency of the decisions. The research was based on the votes and technical opinions given by the rapporteurs of the cases that were removed from the reports of the autarchy, on the CADE website. The results obtained with the analyzed cases indicate a lack of uniformity in the consistency of the application of the antitrust theory regarding the various forms of analysis for the evaluation of merger acts. Two points of attention of the antitrust authorities are highlighted here: a) the need to carry out analyzes in a more homogeneous way, even partially, and b) a critical analysis regarding the definitions and parameters that are adopted by the literature itself, and thus would lead to a competition defense policy more consistent with its application.

Keyword: Antitrust policy. Mergers and acquisitions. Brazilian Airlines.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. O trade-off de Williamson.....	25
Gráfico 2. Evolução da quantidade de voos.....	57
Gráfico 3. Participação dos 20 principais aeroportos na quantidade de decolagens – setor doméstico, 2019.....	58
Gráfico 4. Passageiros pagos transportados nas 20 principais rotas – setor doméstico, 2018 e 2019.....	59
Gráfico 5. Participação das quatro principais empresas no ASK – setor doméstico, 2019.....	60
Gráfico 6. Composição dos custos e das despesas de voo da indústria, 2019.....	61

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Listagem de F&A entre empresas aéreas a partir do ano 2000.....	38
Tabela 2. Padrão de concentração CR4 e CR8.....	45
Tabela 3. Padrão de concentração HHI.....	45
Tabela 4. Padrões de concentração ID.....	46
Tabela 5. Participação no Mercado elaborada pelas requerentes (2017).....	79
Tabela 6. Participação no mercado elaborado pela CGAA4/SG (2017).....	80
Tabela 7. Participação no mercado nacional de transporte aéreo de cargas.....	82

LISTA DE QUADROS

Quadro 1. O surgimento legal da Defesa da Concorrência.....	18
Quadro 2. Modelo Estrutura-Conduita-Desempenho.....	22
Quadro 3. Quadro - Resumo características.....	27
Quadro 4. Atividades, relações verticais e sobreposições horizontais.....	79
Quadro 5. Concentração e Variação do HHI elaborado pela CGAA4/SG (2017).....	80
Quadro 6. Slots do Aeroporto de Congonhas/SP.....	87
Quadro7. Considerações Parciais	88
Quadro 8. Operações.....	91
Quadro 9. Testes para definição do MR.....	91
Quadro 10. Índices de Concentração utilizados nos casos.....	91
Quadro 11. Identificação das Barreiras à Entrada.....	92
Quadro 12. Tipos de Eficiências Alegadas.....	92
Quadro 13. Tipos de Análises Alternativas.....	92

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Espectro de cooperação em alianças no mercado de transporte aéreo.....	38
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. Defesa da Concorrência.....	18
1.1 Origens e fundamentos	18
1.1.1 Escola de Harvard.....	22
1.1.2 Escola de Chicago.....	24
1.1.3 Atual prática antitruste.....	28
1.2 Histórico no Brasil.....	29
1.2.1 Os marcos regulatórios	30
1.3 Atuação do CADE.....	34
1.3.1 Atos de Concentração.....	34
1.3.2 Condutas Anticompetitivas.....	36
1.3.3 Os casos Gol – Webjet, Azul – Trip e Azul - Correios.....	38
2. Análise Econômica Antitruste.....	40
2.1 Poder de Mercado.....	40
2.2 Mercado Relevante.....	41
2.2.1 Metodologias de MR.....	43
2.3 Condições de Exercício de Poder de Mercado.....	45
2.3.1 Índices de Concentração.....	45
2.3.2 Barreiras à entrada	48
2.4 Avaliação das Eficiências.....	50
2.4.1 Benefícios prováveis e verificáveis.....	50
2.4.2 Bem-estar do consumidor.....	50
2.4.3 Eficiências específicas.....	51
2.4.4 Externalidades.....	51
2.5 Análises Alternativas.....	51
2.5.1 Análise de contrafactual.....	52
2.5.2 Simulações.....	52
2.5.3 Eliminação de Mavericks.....	52
2.5.4 Concorrência potencial.....	53
2.5.5 Integração vertical vs. sobreposição horizontal.....	53
3. A Teoria Antitruste aplicada aos casos.....	54
3.1 Panorama do setor aéreo brasileiro.....	54

3.1.1 Breve histórico a partir de 1990	54
3.1.2 Descrição das requerentes.....	55
3.1.3 Configuração atual do setor	58
3.2 Fonte das Informações.....	63
3.3 Análise dos casos Gol – Webjet e Azul – Trip.....	63
3.3.1 Descrição da operação	63
3.3.2 Delimitação do Mercado Relevante.....	64
3.3.2.1 Dimensão Produto.....	65
3.3.2.2 Dimensão Geográfica.....	66
3.3.2.3 Análise concorrencial das definições de MR.....	66
3.3.3 Avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado.....	70
3.3.4 Eficiências Econômicas Alegadas.....	74
3.3.5 Análises Alternativas.....	75
3.4 Análise do caso Azul e Correios.....	77
3.4.1 Descrição da operação	77
3.4.2 Delimitação do Mercado Relevante.....	78
3.4.2.1 Dimensão Produto.....	78
3.4.2.2 Dimensão Geográfica.....	79
3.4.3 Análise Concorrencial.....	80
3.4.3.1 Sobreposição Horizontal no mercado de entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais.....	80
3.4.3.2 Integração vertical no mercado de transporte aéreo de cargas para destinos nacionais e entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais.....	82
3.4.3.3 Integração vertical no mercado de transporte rodoviário de cargas para destinos nacionais.....	84
3.5 Análise do caso Azul e TwoFlex.....	86
3.5.1 Descrição da operação.....	87
3.5.2 Delimitação do Mercado Relevante.....	87
3.5.2.1 Dimensão Produto.....	87
3.5.2.2 Dimensão Geográfica.....	87
3.5.3 Análise Concorrencial.....	88
3.6 Considerações Parciais.....	89
3.7 Avaliação Geral dos Resultados.....	91

CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
REFERÊNCIAS.....	95

INTRODUÇÃO

Com a nova lei da concorrência, Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, o Sistema Brasileiro de Defesa Da Concorrência (SBDC) reestrutura-se, sendo composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)¹ e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que objetivam a difusão da política de defesa da concorrência no Brasil, através da prevenção e da repressão a ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, com o objetivo de tornar a economia mais competitiva.

A política de defesa da concorrência passou por significativas mudanças com a nova lei, a extinção de secretarias e o acúmulo de competências ao CADE², que passa a ser uma autarquia de regime especial com o objetivo de instruir processos de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração, é o órgão máximo de defesa da concorrência no Brasil.

O Cade tem como atribuição a análise das concentrações econômicas, a fim de garantir um ambiente competitivo saudável que preserve o exercício de poder de mercado de forma orientada aos princípios constitucionais de “liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.(BRASIL, 2011)

As operações de fusão e aquisição (F&A)³ e os acordos de cooperação⁴ são bastante recorrentes no setor de transporte aéreo, tanto no mercado de passageiros quanto no de cargas (neste com maior intensidade). Após um intenso processo de liberalização e desregulamentação econômica⁵ desde a década de 1990 tem se demonstrado essa forte tendência.

Ao realizar uma pesquisa jurisprudencial de casos brasileiros, pode-se observar tal tendência a partir das seguintes situações: (1) aquisição da Ocean Air pela Avianca

¹ O SEAE atualmente exerce função de promover a advocacia da concorrência perante aos órgãos do governo e a sociedade.

² Ao CADE, única instância decisória na esfera administrativa, cabe julgar e punir pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica; além de analisar atos de concentração, de modo a evitar excessiva concentração que possa afetar negativamente o aspecto competitivo de determinado mercado.

³ Essa sigla será utilizada para representar associações contratuais e operações diversas que resultem em concentração horizontal, sejam elas fusões, aquisições, incorporações, joint—ventures, entre outros.

⁴ No setor aereo são conhecidos como acordos de *codeshare*, (código compartilhado) as empresas aéreas passam a comercializar assentos em voos operados por empresas parceiras.

⁵ Ver (Ragazzo, 2006).

em 2004; (2) aquisição da Rio Sul e Nordeste pela Varig em 2006; (3) aquisição da Varig pela Gol em 2007; (4) aquisição da Pantanal pela Tam em 2009; (5) fusão Tam e Lan em 2010; (6) aquisição da Webjet pela Gol em 2011; (7) aquisição da Trip pela Azul em 2012; (8) joint venture da Azul e Correios em 2018, (9) aquisição da Two Flex pela Azul em 2020 além de diversos casos de compartilhamentos de voos julgados e aprovados pelo CADE.

As motivações pelas quais as empresas realizam operações de concentração e cooperação são diversas que podem passar por falências e perda de poder de mercado em épocas de crises econômicas, mudanças de custos, choques de demanda, até alianças estratégicas para ampliação de mercados.

Algumas consolidações atribuem-se à busca de uma melhor posição de mercado⁶, eliminação de concorrência⁷ e até mesmo a sobrevivência da empresa⁸, que acabam por alterar a dinâmica estrutural e a realidade do setor. Nesse contexto a autoridade antitruste exerce um papel fundamental na análise das operações de F&A e cooperações, orientada a fim de prevenir, apurar e reprimir condutas anticompetitivas.

Nesse sentido, este trabalho surgiu da necessidade de uma discussão mais aprofundada da temática referente à consistência das decisões do CADE nos casos de fusão e aquisição no setor aéreo brasileiro, objetivando analisar como a teoria antitruste tem sido aplicada pela autarquia nos últimos anos, especialmente nos casos Gol – Webjet, Azul – Trip, Azul-Correios e Azul-TwoFlex no mercado de aviação civil brasileiro.

Mais especificamente, a pesquisa tem o intuito de: (1) estabelecer algumas definições e parâmetros da análise antitruste utilizados pelo Cade, conforme o roteiro de avaliação do ato de concentração (constituído por: mercado relevante, índices de concentração, barreiras à entrada, eficiências econômicas e outras análises complementares); (2) descrever os atos de concentração dos casos supracitados, mapeando o que foi considerado em cada parte do roteiro de avaliação; e (3) por fim analisar a consistência teórica das decisões do Cade nos casos selecionados.

Este trabalho considera os principais casos de ato de concentração do setor aéreo na última década são eles: a aquisição da Gol – Webjet em 2011, a aquisição da Azul – Trip em 2012, a joint venture da Azul e Correios em 2018 e a aquisição da TwoFlex-

⁶ Caso das operações de F&A nas empresas europeias e da LAN/TAM. (OLIVER, 2013)

⁷ Casos Gol – Webjet e Azul - Trip. (OLIVER, 2013)

⁸ Grandes fusões norte-americanas. (OLIVER, 2013)

Azul em 2020 casos já julgados e aprovados pela autoridade antitruste brasileira. Ressalta-se que estes casos detêm uma grande disponibilidade de informações, além das empresas envolvidas representarem atualmente as maiores participações de mercado na aviação civil do país.

A metodologia a ser utilizada baseia-se na análise dos documentos proferidos pela autarquia dos casos selecionados, tais como os votos do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz referente aos atos de concentração nº 08012.008378/2011-95 – Gol e Webjet e nº 08700.004155/2012-81 – Azul e Trip, e os pareceres técnicos nº00/2018/CGAA4/SGA1/SG referente ao ato de concentração nº08700.004588/2018-22 – Azul e Correios e o nº109/2020/CGAA5/SGA1/SG referente ao ato de concentração nº 08700.001133/2020-70 da Azul e TwoFlex que foram retirados dos relatórios, no site do CADE.

A dissertação está estruturada em três capítulos, além desta introdução. No primeiro capítulo aborda a defesa da concorrência em seus mais diversos aspectos, bem como sua origem e fundamentos. Também é apresentado o histórico da introdução da análise antitruste no Brasil com seus marcos regulatórios, a atuação do CADE conceituando e classificando os atos de concentração e condutas anticompetitivas, além de uma breve discussão sobre os atos de concentração do setor aéreo.

No segundo capítulo apresenta-se os conceitos básicos da análise econômica antitruste relacionados à avaliação dos atos de concentração como poder de mercado, mercado relevante com suas dimensões produto e geográfica ressaltando suas metodologias de definição, os índices de concentração e as barreias à entrada, as eficiências econômicas finalizando com algumas análises alternativas e complementares realizadas pelo Cade.

No terceiro capítulo apresenta-se um panorama do setor aéreo no país, juntamente com a análise realizada em cada um dos casos selecionados, em linhas gerais os critérios de avaliação dos atos de concentração são: a) descrição da operação, b) delimitação do mercado relevante, c) possibilidade de exercício de poder de mercado, d) avaliação das eficiências econômicas e e) análises alternativas. E por fim é apresentado as considerações parciais, avaliação geral dos resultados seguido das considerações finais.

CAPÍTULO 1 – DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Este capítulo analisa o tema defesa da concorrência em seus mais diversos aspectos. Diante disso, está dividido em três seções. A primeira seção introduz as origens e fundamentos da teoria antitruste, com foco sobre a concentração de mercado e a análise das eficiências econômicas das empresas fusionadas e a atual prática antitruste. A segunda seção apresenta a evolução histórica da legislação antitruste no Brasil, com ênfase nos marcos regulatórios, amparados nas Lei 8.884/94 e Lei 12.529/11. E por fim a terceira seção discorre sobre a atuação do CADE (autarquia responsável pela política antitruste brasileira), sobretudo seu papel como agente responsável pela conceituação e classificação de atos de concentração e condutas anticompetitivas.

1.1 Origens e fundamentos

A política de defesa da concorrência também conhecida como política antitruste, busca a promoção de maior bem-estar⁹ que leve a eficiência econômica (nos seus mais diversos tipos alocativa, dinâmica, distributiva e produtiva), de forma a restringir condutas anticompetitivas. Com o surgimento na América do Norte, especialmente nos Estados Unidos (os precursores dessa política), entre o fim do século XIX e início do século XX, inicia-se a criação das primeiras leis antitruste como é ilustrado no quadro 1:

Quadro 1 - O surgimento legal da Defesa da Concorrência

País	Ano	Aparato	Descrição
Canadá	1889	Competition Act	Primeira lei moderna promulgada.
EUA	1890	Sherman Act	Lei básica geral que estabelece o princípio da razoabilidade ¹⁰ , voltada para a restrição e redução do monopólio e da colusão.
EUA	1914	Clayton Act	Tornar ilegal práticas anticompetitivas ou monopolistas como: a discriminação de preços; contratos de exclusividade e vendas casadas; fusões através de controle acionário cruzado, entre outras práticas.

⁹ Refere-se a duas visões distintas de bem-estar: o bem-estar social (total) e o bem-estar do consumidor, como será apresentado mais adiante.

¹⁰ O princípio da razoabilidade ou regra da razão, consiste na análise do efeito líquido gerado por um ato de concentração ou conduta (uma integração vertical por exemplo), levando em consideração efeitos anticompetitivos e potenciais eficiências.

EUA	1914	Federal Trade Commission ¹¹	Primeira agência americana responsável pela aplicação das leis de concorrência, abrangendo as questões de práticas desleais, proteção ao consumidor e prevenção de propaganda enganosa.
-----	------	--	---

Fonte: Elaboração própria.

Essas leis surgem num momento em que há um certo desenvolvimento do capitalismo industrial, por conta das inovações tecnológicas e gerenciais¹² que estavam ocorrendo na época (as ferrovias, os navios a vapor, os telégrafos, entre outros) o que permitiram a expansão e o crescimento das empresas levando ao surgimento dos trustes¹³ e carteis que elevaram as tendências de formação de poder de mercado. O resultado foi a intensificação da concorrência e guerras de preços, nos quais os agricultores e pequenos produtores foram os mais prejudicados com a baixa geral dos preços dos produtos.

E a partir daí exigiram uma legislação que coibisse o comportamento das grandes corporações em deter maior poder de mercado. Ressalta-se que as leis sobre a defesa da concorrência são anteriores a teoria econômica e como visto anteriormente a legislação antitruste se consolidou primeiro nos EUA, e posteriormente foi difundida nas outras partes do mundo (principalmente nos países em desenvolvimento e de inserção capitalista) servindo de referência para as diversas ondas de legislações. A jurisprudência americana ainda detém influência na adoção das políticas antitruste e na regulação econômica de diversos outros países como explica Gama (2005).

O aparato antitruste é orientado pela teoria econômica neoclássica, sob o ponto de vista da eficiência alocativa, critério do ótimo de Pareto e nas estruturas de mercado da concorrência perfeita e do monopólio. O conceito de eficiência econômica utilizado pela prática antitruste é o da eficiência alocativa, também conhecida como eficiência de Pareto foi trazida pelo próprio no início do século XX, trata-se da forma que a empresa combina seus recursos em proporções ótimas melhorando sua situação, sem prejudicar qualquer outro agente econômico (conhecido como critério do ótimo de Pareto).

Ou seja, é uma alocação socialmente eficaz, portanto eficiente. Ferraz (2014) afirma que “a eficiência alocativa é um instrumento utilizado na comparação de

¹¹ É uma agência americana, cuja missão é a aplicação da lei antitruste e a promoção da proteção ao consumidor, compartilhando a jurisdição sobre a fiscalização civil antitruste com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA.

¹² Ver (CHANDLER, 1990).

¹³ São associações de empresas que surgiram a partir da fusão de várias empresas que já controlavam a maior parte do mercado.

resultados de diferentes instituições econômicas”. A atuação da política antitruste busca preservar um ambiente econômico que seja eficiente, de forma a maximizar o bem-estar¹⁴ e a partir daí inclui-se o ótimo de Pareto como um conceito normativo do campo antitruste. Possas (2009) explica como as demais eficiências acabavam por se reduzir a eficiência alocativa:

“ [...] a eficiência produtiva se reduziria à alocativa, na medida em que esta implicaria aquela: a concorrência perfeita impediria os custos de se situarem acima do mínimo que o uso eficiente da tecnologia permite. A eficiência distributiva também seria assegurada pela alocativa, ao impedir preços sistematicamente acima do custo marginal, isto é, o exercício de poder de mercado. A eficiência em custos de transação – uma noção crescentemente reconhecida no antitruste – dificilmente poderia ser considerada redutível à alocativa, mas ainda assim é tratada como exceção, da mesma forma que os custos de transação, enquanto “falhas de mercado”. Mesmo a noção de eficiência dinâmica, que poderia parecer incompatível com um paradigma estático, acaba vitimada pelo mesmo viés, quando definida como uma medida intertemporal de eficiência alocativa (valor presente de variações futuras esperadas de eficiência alocativa)” (POSSAS, 2009 p. 4)

O entendimento de concorrência que a política antitruste adota em caráter normativo é o modelo de equilíbrio geral competitivo especificamente o da concorrência perfeita, em que seus resultados são usados como métricas para as análises, como Geoffroy (2010) explica:

“A política antitruste deve ter o objetivo de evitar que as empresas detentoras de poder de mercado reduzam artificialmente a quantidade ofertada dos seus bens e serviços, provocando uma destruição de riqueza – o “peso morto” –, de modo a impedir que qualquer concentração possa trazer a quantidade para um patamar inferior àquele correspondente ao mercado perfeitamente competitivo. Quanto mais próximo da concorrência perfeita estiver estruturado um determinado mercado, tanto maior será o bem-estar econômico de sua sociedade.” (GEOFFROY, 2010 p. 18)

O mercado competitivamente perfeito se caracteriza por apresentar:

- a) Um grande número de ofertantes e de consumidores;
- b) Uma empresa qualquer é vista como insignificante (é muito pequena) frente ao mercado, isso ocorre devido que isoladamente ela não tem capacidade de afetar o nível de oferta (a quantidade produzida) e nem o preço de equilíbrio;
- c) A condição de maximização do lucro ocorre quando a empresa iguala o preço ao custo marginal - a curva de oferta individual ($P = CMg$);
- d) O preço de equilíbrio do mercado é definido pelo encontro das curvas de oferta e demanda (*price taker*);

¹⁴ Considera-se os dois teoremas do bem-estar: o primeiro, afirma que todo equilíbrio competitivo é uma situação ótima no sentido de Pareto (as preferências dos agentes seriam convexas); o segundo, afirma que qualquer situação ótima de Pareto pode ser atingida como um equilíbrio competitivo, sendo apenas necessária uma redistribuição de riquezas.

- e) Produtos homogêneos, os produtos oferecidos pelas empresas são similares;
- f) Há livre entrada e saída de empresas no mercado;
- g) Informação perfeita, todos os agentes econômicos tem acesso à informação sobre lucros, preços e outras variáveis;
- h) Não há intervenção do Estado, o próprio mercado se autorregula “mão invisível”.
- i) O equilíbrio de mercado é alcançado no curto e longo prazo.

Muitas são as críticas a essa estrutura de mercado, que devido a essa série de pressupostos inviabilizam sua existência no mundo real, é inatingível na prática, porém é o ideal dominante utilizado pelas autoridades antitruste (POSSAS, 2009). Em contraste ao mercado perfeitamente competitivo, o monopólio é outra estrutura de mercado que também é estudada pela política antitruste devido ao fato de determinadas empresas deterem alto grau de poder de mercado¹⁵ se comportando como empresas monopolistas. O monopólio se caracteriza por apresentar:

- a) Uma única empresa produz determinado produto;
- b) O produtor é formador de preço (*price maker*), estipula o preço que seu produto será vendido;
- c) O preço do monopolista é maior que o preço competitivo e a quantidade produzida pelo monopolista é menor do que no ambiente competitivo;
- d) Há barreiras à entrada e saída de empresas no mercado;
- e) Monopólio legal (exigência do legislador) ou natural (por características próprias do mercado).

O arcabouço teórico da defesa da concorrência ele se baseia nas teorias de Organização Industrial, mais especificamente no embate de duas escolas de pensamento antitruste¹⁶, a escola de Harvard originada por volta dos anos 1930 (com o estruturalismo do modelo ECD) e a escola de Chicago do final da década de 1960 (com o estudo da eficiência econômica) em que até hoje exercem uma forte influência na prática antitruste.

¹⁵ Conceito primordial da análise antitruste, que trata da habilidade da empresa em elevar seus preços acima do nível competitivo obtendo lucro extraordinário.

¹⁶ “Minhas desculpas a outras grandes universidades por referir as escolas do antitruste como sendo Escolas de Harvard e de Chicago. Muitos notáveis acadêmicos que se enquadram como dessas escolas não estão em Harvard ou em Chicago. Eu utilizo a terminologia, Escola de Harvard e Escola de Chicago, simplesmente porque é a mais utilizada, além de ter um significado histórico o qual conduz aos principais pontos de duas filosofias do antitruste”. Tradução livre. (ELHAUGE, 2007)

1.1.1 Escola de Harvard

A Escola de Harvard também conhecida como modelo Estrutura-Conduto-Desempenho (ECD), tinha como ideia principal uma relação linear e de causalidade estável entre a estrutura da indústria, a conduta das empresas e o desempenho do mercado, respectivamente como explicita Church e Ware (2000). Ou seja, a estrutura influencia o desempenho via o comportamento das empresas, como ilustra o quadro 2:

Quadro 2 - Modelo Estrutura-Conduto-Desempenho

CONDIÇÕES BÁSICAS	
Oferta:	disponibilidade de insumos, tecnologia, aspectos institucionais, características do produto
Demanda:	elasticidade-preço, presença de substitutos, sistema financeiro, distribuição de renda
ESTRUTURA	número de produtores e compradores, diferenciação de produtos, estruturas de custos, integração vertical e diversificação
↓	
CONDUTA	políticas de preços, estratégias de produto e vendas, pesquisa e desenvolvimento, investimentos em capacidade produtiva
↓	
DESEMPENHO	alocação eficiente dos recursos, atendimento das demandas dos consumidores, progresso técnico, contribuição para a viabilização do pleno emprego dos recursos, contribuição para uma distribuição equitativa da renda, grau de restrição monopolística da produção e margens de lucro

Fonte: (GAMA, 2005)

O modelo Estrutura - Conduta - Desempenho também conhecido como a visão estruturalista da Escola de Harvard, é oriundo do trabalho precursor de Mason (1939), que investiga a relação de causalidade entre as variáveis da estrutura de mercado com o comportamento das empresas e com seu respectivo desempenho, e posteriormente aperfeiçoado por Bain (1956), que formalizou a parte teórica do modelo realizando uma análise teórico-empírica sobre as associações entre seus elementos.

A ECD considera que a concentração do mercado e as barreiras à entrada são elementos principais na análise antitruste, isso devido ao foco da análise proposta que é mensurar o poder de mercado que a empresa exerce. Referente a concentração do mercado relaciona-se que quanto mais concentrado o mercado, maior possibilidade de incorrer condutas anticompetitivas que prejudicam os demais agentes econômicos (pequenos produtores, consumidores, entre outros).

Isso ocorre devido ao fato de quanto maior a concentração, maior o poder das empresas em exercer o controle sobre as demais, podendo ser através dos preços (o colocando acima do custo marginal), quantidade produzida entre outros fatores, ou seja,

maior poder de mercado. Quanto as barreiras à entrada¹⁷, Bain (1956) explica que elas funcionam beneficiando as empresas já consolidadas no mercado.

Ao decorrer do tempo essas empresas elevam seus preços de venda (acima do custo marginal, o que resulta na elevação dos seus lucros) influenciando a entrada de empresas potenciais (novas empresas) entretanto até essas empresas adquirirem aprendizado e experiência e se adaptarem ao mercado elas ainda incorrerão em lucros baixos e até mesmo prejuízos, ou seja, as barreiras à entrada seriam uma condição estrutural.

Resumidamente, Gama (2005) explica esses dois fatores:

Considera-se que em um mercado concentrado (estrutura), no qual as empresas têm poder de decidir o preço cobrado, este e as margens de lucro serão maiores (desempenho), por que as empresas apresentam elevado grau de coordenação (conduta). Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Ainda, para esta análise estruturalista, quanto maiores as barreiras à entrada, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade. (GAMA, 2005 p.7)

Martins (2010) explana que o modelo ECD é constituído por uma estrutura industrial que é exógena e que domina a conduta determinando o desempenho das empresas, quanto mais concentrada for a estrutura e/ou quanto maiores forem as barreiras à entrada, menor a concorrência via preço e maior a rentabilidade das empresas (o desempenho), causando ineficiência e peso-morto¹⁸.

A concentração de mercado, barreiras à entrada e a presença de uma empresa dominante (que detém maior poder de mercado) são os principais pontos de atenção no processo competitivo da Escola de Harvard (HOVENKAMP, 1985). Em suma, essa escola prioriza que o mercado deveria ser competitivo, com muitas empresas em que o poder de mercado fosse fracionado de forma que não levasse a constituição de monopólios e oligopólios.

A visão estruturalista é que a concentração de mercado seria prejudicial ao ambiente econômico. Ela ainda exerce muita influência na prática antitruste, que pode ser observado na análise clássica que o Cade realiza através do estudo das condições de exercício de poder de mercado que engloba as medidas de concentração e a identificação e análise das barreiras à entrada.

¹⁷ Diferenciação do produto, vantagens absolutas de custo, economias de escala e investimentos iniciais elevados. Estão associadas ao nível de preços como custo médio de produção, distribuição e vendas.

¹⁸ Será tratado mais adiante no trabalho.

1.1.2 Escola de Chicago

A Escola de Chicago traz uma nova perspectiva para a análise da política de defesa da concorrência, substituta do modelo estruturalista, acredita-se que a concentração de mercado é apenas mais um fator de análise, tendo como objeto de estudo a eficiência econômica¹⁹ para a tomada de decisões da autoridade antitruste. Bork (1978)²⁰ um dos percursores dessa abordagem argumenta que ao mesmo tempo em que a política antitruste deve combater a concorrência desleal, ela também deve levar a proteção da concorrência, a tornando um paradoxo.

Hovenkamp (1994), lista os princípios do modelo neoclássico de eficiência de mercado da escola de Chicago alguns são mostrados aqui:

- a) A eficiência econômica é segmentada em duas partes: eficiência alocativa e eficiência produtiva²¹. Ressalta-se que medidas que aumentem determinado tipo de eficiência impacta negativamente na outra, por exemplo: gastos em P&D (advindos normalmente de monopólio) melhoram a eficiência produtiva, entretanto há uma redução da eficiência alocativa;
- b) Acreditam que há outras formas de concorrência que não seja através de preço, mesmo com a coordenação de preços haveria competição, por isso a alta concentração de mercado e a diferenciação de produto não seriam problemas anticoncorrenciais como os estruturalistas acreditavam;
- c) Os problemas provenientes do monopólio se autocorrigem pelo próprio mercado, isso acontece devido aos preços elevados atrair potenciais entrantes o que resultaria na eliminação da posição de monopolista, o comportamento monopolista é visto como irracional acreditam que os processos judiciais apenas acelerariam essa autocorreção do mercado;
- d) Acreditam que as barreiras à entrada são criadas pelo aparato governamental, é algo imaginário;

¹⁹ Eficiência Alocativa, “numa situação eficiente ótima a produção estaria ocorrendo ao menor custo possível, o que seria vantajoso para todos os agentes”. (FERRAZ, 2014)

²⁰Embora fosse apropriado proibir cartéis que fixam preços e dividem mercados e fusões que criam monopólios práticas supostamente excludentes, como acordos verticais e discriminação de preços, não prejudicam os consumidores e, portanto, não devem ser proibidas.

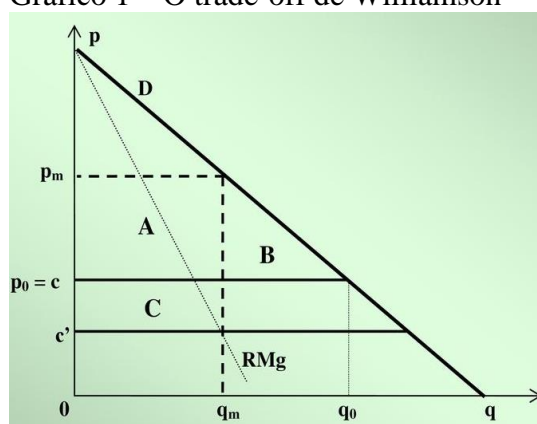
²¹ É mensurada através da combinação de insumos a fim de gerar determinado nível de produto por meio de uso de tecnologia existente.

- e) As economias de escala são consideradas muito relevantes para esta escola, além de considerar as economias intra-planta e de produção também destacam as economias de distribuição;
- f) As empresas são maximizadoras de lucro, mesmo que outras empresas maximizem outras variáveis, como as vendas ou a renda, o modelo neoclássico de eficiência necessita apenas que algumas firmas maximizem lucro;
- g) A política antitruste deve ser desenhada de forma que penalize as condutas ineficientes e incentive as condutas eficientes;
- h) Deve se levar em consideração os custos da intervenção governamental para uma intervenção;
- i) A decisão de se utilizar o modelo neoclássico de eficiência não é de natureza política, o foco é a verificação da eficiência, e não quem está se beneficiando.

Para esta abordagem teórica, a concentração de mercado mesmo formando monopólios e oligopólios poderiam trazer benefícios à sociedade por meio da eficiência (ex: economias de escala²²). Gama (2005), explica que determinado ato de concentração ou conduta poderia ser aprovado pela autoridade antitruste, caso resultasse em ganhos de eficiência (produção ao menor custo) que fossem da mesma magnitude ou superior às perdas ocasionadas.

Cabe ressaltar que o princípio da razoabilidade e os resultados dos efeitos líquidos da eficiência econômica ganharam peso e passaram a ser levados em consideração na análise. O modelo de trade-off de Williamson de 1968, explica essa análise como ilustra-se na figura 1:

Gráfico 1 – O trade-off de Williamson



²² Resulta num menor custo possível pra empresa e assim implicaria nos ganhos de eficiência (seriam elevados), e posteriormente, poderia ser refletido no preço do bem e/ou serviço ao consumidor, elevando-se o bem-estar da sociedade.

Fonte: Williamson (1968)

A ideia básica do modelo de Williamson é a comparação entre um mercado competitivo (que seria a concorrência perfeita, antes do ato de concentração) e um monopólio (posterior ao ato). A primeira reta horizontal ($p_0=c$) representa esse mercado competitivo em que as empresas antes do ato de concentração têm seus custos ($C_m = C_{mg}$) iguais ao preço a uma determinada quantidade produzida (q_0).

Já na segunda reta horizontal (c'') encontra-se no mercado monopolista em que pós o ato de concentração há uma redução nos custos (advindo das eficiências geradas pelo ato) e simultaneamente as empresas fixam uma elevação dos seus preços (p_m) e reduzem a quantidade produzida (q_m) maximizando seus lucros de forma que os seus custos ($C_m = C_{mg}$) igualem-se a receita marginal (RMg).

A área correspondente ao triângulo B representa o peso morto²³, a área correspondente ao retângulo C representa a variação positiva do excedente do produtor²⁴ devido as reduções de custos e a área do retângulo A representa tanto a perda de excedente por parte dos consumidores²⁵, devido ao aumento do preço e o peso morto quanto o ganho desse excedente por parte dos produtores, devido ao aumento do preço e a redução de custos portanto um ganho de transferência para os produtores.

O resultado líquido é a diferença entre as áreas C e B. Quando a área C for maior que a área B ($C \geq B$), pois haverá um ganho líquido de eficiência para a sociedade, portanto o ato de concentração pode ser aprovado. A análise proposta por esse modelo tem como ponto principal o critério do excedente total/social²⁶ (independe de transferências de excedente do consumidor ao produtor), que está relacionado com a eficiência de Pareto (alocativa) pela qual se considera a mais relevante.

Vale ressaltar que há ainda o critério do excedente do consumidor, também conhecido como *price standard* ou padrão - preço é um critério alternativo, proposto por Fisher e Lande (1983), que atribui o aspecto distributivo na política de análise antitruste por meio do condicionamento da aprovação do ato de concentração a

²³ Perda líquida de excedente total (considerando-se o do consumidor e o do produtor).

²⁴ É a diferença entre o preço pelo qual os produtores desejam vender um produto - baseados em seus custos - e o preço de equilíbrio do mercado.

²⁵ É a diferença entre o preço que os consumidores estão dispostos a pagar - baseados em suas preferências - e o preço de equilíbrio do mercado.

²⁶ É a soma do excedente do consumidor e do excedente do produtor. O excedente social ou total é maior na quantidade e preço de equilíbrio do que seria com qualquer outra quantidade e preço.

verificação das variações negativas do excedente do consumidor, se fazendo necessário a comprovação que não houve perda de bem-estar por parte dos consumidores.

Resende (2018) explica que “mesmo na presença de eficiências que impliquem maior excedente total, tais eficiências deveriam ser de tal monta a impedir aumentos de preços ao consumidor.” O critério do excedente do consumidor se opõe a proposta da Escola de Chicago e do modelo de Williamson que consideram o bem-estar total. Um ponto a se destacar é que neste critério diferencia-se os efeitos dos ganhos de eficiência sobre custos fixos e custos variáveis e especifica conforme a estrutura de mercado em que o ato de concentração se insere:

- a) Mercados competitivos: os efeitos sobre o poder de mercado não são suficientes para afetar os preços.
- b) Mercados concentrados: a operação de F&A levaria a um nível de concentração maior, assim como a maior possibilidade de efeitos anticompetitivos sobre os preços.
- c) Oligopólios: a análise deve se realizar pela elasticidade da demanda dos bens e/ou serviços e as reações das empresas que constituem o mercado.

Embora a Escola de Chicago tenha ganhado bastante notoriedade e se tornado preponderante nas análises antitrustes²⁷, Mota (2004), explica que nos EUA não se tem uma posição declarada a respeito se priorizam o bem-estar do consumidor ou da sociedade em si, já no Canadá, Austrália e Nova Zelândia há uma orientação ao bem-estar total podendo ter outras preocupações²⁸ também. Entretanto, Ferraz (2014) destaca que o critério do excedente do consumidor tem embasado grande parte das decisões.

O quadro 3 ilustra as principais características das duas abordagens de análise antitruste supracitadas:

Quadro 3 - Quadro - Resumo características

	Escola de Harvard	Escola de Chicago
Período	1930 –	1960 -
Nomenclaturas	Modelo Estrutura-Conduta-Desempenho/Escola Populista/Modelo Estruturalista	-
Pressupostos	Pensamento keynesiano	Teoria econômica neoclássica
Base	Concentração de mercado/ Barreiras a entrada	Eficiência Econômica (Alocativa)

²⁷ Tendo em vista os guias de análise de ato de concentração horizontal que incorporaram os critérios de eficiência: na revisão do norte-americano em 1992, nas primeiras versões do europeu em 1989 e no brasileiro em 2001.

²⁸ Proteção de pequenas empresas, promoção da integração de mercado (caso União Europeia), liberdade econômica, equidade, combate à inflação (caso ocorrido na Alemanha) entre outros (MOTA, 2004).

Cooperação entre empresas	Prejudicial	Pode ser benéfica
Foco	Proteção dos pequenos competidores, buscando atingir a distribuição de riqueza na sociedade.	Na eficiência, buscando sempre aumentar o bem-estar do consumidor.
Intervenção do Governo	Favorável	Prejudicial
Teóricos	Edward Chamberlain, Edward Mason e Joe Bain	Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner

Fonte: Ferraz (2014). Elaboração própria.

Muitas são as críticas a essas escolas, entretanto o tema da política de defesa da concorrência abrange muitas discussões e interpretações distintas, não há uma métrica geral (uma corrente de pensamento padrão) que oriente a autoridade antitruste na tomada de decisão se tal ato de concentração e/ou conduta é prejudicial ou não.

1.1.3 Atual prática antitruste

Desde o final da década de 1990, conhecido como o paradigma Pós - Escola de Chicago ou a Nova Escola de Chicago, a prática antitruste considera cada uma das abordagens discutidas aqui e até mesmo uma forma de combiná-las, usufruindo da eficiência alocativa e da visão estruturalista que oferecem um instrumental de avaliação dos efeitos sob os atos de concentração e as condutas anticompetitivas.

Ressalta-se também o papel da regulação econômica que influencia o comportamento das empresas, dos consumidores e das próprias instituições (FLORES FILHO, 2007). A prática atual antitruste utiliza-se das mais diversas técnicas e modelos quantitativos desenvolvidos, a partir das contribuições advindas da teoria dos jogos, econometria, matemática e da teoria do oligopólio²⁹. Outro ponto de destaque é que as análises são feitas de forma específicas, são estudos de casos sem algum método/modelo padronizado ficando ao critério do avaliador.

Conforme Resende (2018) explica:

“Essa mistura de princípios de várias escolas não significa, obviamente, que exista uma convergência geral entre jurisdições sobre qual seria o papel central da autoridade antitruste e da melhor forma de proceder com a análise. Pelo contrário, existe ainda muito espaço para discordância e nuances na política da concorrência.” (RESENDE, 2018 p.46)

²⁹ Por meio dos modelos de competição de *Cournot* e *Bertrand*, que são presentes nos modelos de simulação de concentrações na maioria dos estudos dessa temática (ALVES, 2010).

A análise clássica realizada pela autoridade antitruste elenca vários fatores como: a delimitação do mercado relevante, a possibilidade de exercício de poder de mercado através do cálculo de índices de concentração e análise das condições de entrada no mercado, e pôr fim a avaliação das eficiências econômicas geradas pelo ato de concentração ponderando sob os efeitos anticompetitivos, esses elementos serão discutidos mais adiante.

1.2 Histórico no Brasil

Prado (2011), explica que as leis de defesa da concorrência multiplicaram-se no mundo na década de 1990. Particularmente nos países em desenvolvimento, tais leis foram adotadas como parte da agenda de reformas de segunda geração, a fim de promover mudanças nas instituições desses países que já vinham de reformas de primeira geração fracassadas, implementadas pelas recomendações do Banco Mundial e do FMI (conhecido como Consenso de Washington).

No Brasil, a primeira legislação concorrencial remonta a 1945³⁰, mas a política de defesa da concorrência iniciou-se efetivamente em 1962, a partir do órgão antitruste brasileiro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, criado pela Lei 4.137/62 que se integraria a estrutura da Presidência da República, com o intuito de regulamentar o artigo 148 da Constituição Federal de 1946³¹. Essa lei objetivava-se por apurar e combater o abuso de poder econômico, estabelecendo práticas anticompetitivas e aplicação de multas as práticas perniciosas à concorrência. (BRASIL, 2013)

No entanto, a atuação do CADE inicialmente foi bem tímida, Prado (2014) explica que até a década de 1980, as discussões da política antitruste geravam desconfiança tanto por parte dos empresários brasileiros quanto pelos representantes das empresas estrangeiras que operavam no país, como explicita Gaban e Domingues (2016):

³⁰ Em 1942, o Decreto-Lei 7.666 é baixado para criar a Comissão de Defesa Econômica (CDE), com o intuito de fiscalizar e administrar bens e direitos, em 1945 substituiu-se, pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica, que visava reprimir “atos contrários à moral e ao ordenamento econômico”, revogado, com o fim do primeiro governo Vargas (SALGADO, 1995). Essa legislação ficou suspensa até setembro de 1962, quando foi aprovada outra legislação que recriou o Cade.

³¹ “Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” primeira menção em um texto constitucional. (BRASIL, 1946)

Não foi significativo o número de averiguações preliminares durante a vigência da Lei 4.137/62, uma vez que, até 1975, apenas onze processos foram julgados pelo CADE. Nas palavras de Bandeira, naquele período: “(...) o CADE, em todos os seus anos de existência sempre se caracterizou pela inoperância, jamais tomando qualquer atitude para coibir os abusos do poder econômico, que lhe chegaram ao conhecimento”. (GABAN; DOMINGUES, 2016, p.84)

Na década de 1990, a defesa da concorrência alterou-se de forma significativa, principalmente em decorrência do ambiente macroeconômico brasileiro. Quando iniciou no governo Collor o processo de liberalização da economia, com a abertura comercial associada as regras da OMC, processo de abandono do controle de preços, privatizações das empresas estatais e a regulação dos monopólios naturais. Contudo, a partir do “governo Fernando Henrique Cardoso³², as políticas antitrustes e a regulação econômica foram consideradas elementos essenciais em uma nova estratégia de desenvolvimento”. (PRADO, 2014)

Ainda em conformidade com Prado (2014), as reformas institucionais, a criação das agências reguladoras e a reformulação do sistema brasileiro de defesa da concorrência todas realizadas no governo de FHC, foram resultantes das políticas domésticas de implementar alterações nas instituições que promovessem um ambiente de atratividade de investimento estrangeiro (*market friendly*), baseadas em uma nova concepção de estratégia de desenvolvimento.

1.2.1 Os marcos regulatórios

A lei 8.884 de 1994, exerceu um papel histórico e estruturante para a constituição do Cade, que passou por uma modificação expressiva tornando-se uma autarquia federal, portanto detentora de autonomia orçamentária. Ressalta-se que a partir daí consolidou-se institucionalmente e de aplicabilidade efetiva da legislação de defesa da concorrência com função judicante, com jurisdição em todo o território nacional. (BRASIL, 2013) Como apresenta-se a seguir, posteriormente promulgados em nova lei:

“Art.1º. A prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

“Art.2º. Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos” (BRASIL, 1994)

Forgioni (2010) declara que Lei 8.884/94 constituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, composto pela articulação de três órgãos são eles: o Cade, autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça; também vinculada à Secretaria de Direito Econômico – SDE e; a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE vinculada ao Ministério da Fazenda. Nessa estrutura, o Cade era responsável por julgar os processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e apreciar os atos de concentração submetidos à sua aprovação, os processos julgados eram instruídos pelas Secretarias, que emitiam pareceres técnicos não vinculativos. (CADE, 2016)

O SBDC, era responsável por analisar e controlar fusões, aquisições e agrupamentos empresariais (função preventiva), através de dois tipos de processos: processos administrativos e atos de concentração, ao que se refere aos processos administrativos se dava pela averiguação de condutas anticompetitivas como venda casada, políticas de preços predatórios e até mesmo formação de carteis. Quanto ao que se refere aos atos de concentração se dá pelas operações de qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário.

Esses atos de concentração deveriam ser apresentados a apreciação do Cade, para que sejam totalmente eficazes por força das disposições do artigo 54 da Lei 8.884/94, sob pena de aplicação de multa (função repressiva):

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final [...] § 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32. [...] (BRASIL, 1994)

A partir deste marco legal de 1994, estabelecendo uma legislação mais apurada e com o movimento de desregulamentação intensificado a nível mundial, com privatizações e abertura comercial no Brasil tem - se um ambiente favorável a fusões, incorporações e reorganizações empresariais, o Cade também passa a difundir a cultura de concorrência na sociedade (função educativa) além do que há uma maior publicização dos diversos julgamentos de casos³³ que surgia naquela época que resultou no fortalecimento institucional.

Com o reconhecimento de que a Lei 8.884/94 precisava passar por alterações legislativas a fim de modernizar-se e corrigir algumas falhas na estrutura da política de defesa da concorrência, em 2011, edita-se a legislação com a revogação pela Lei 12.529/2011 (atualmente suas atribuições se perdura até os nossos dias), que prevê a reestruturação do SBDC fortalecendo o controle dos órgãos e padrões de estruturas institucionais de forma a elevar a eficiência da defesa da concorrência adequando-se a realidade brasileira e internacional.

“Em linhas gerais, estava prevista a unificação de órgãos do Sistema e a adoção do critério de análise prévia dos atos de concentração.” (BRASIL, 2013) O novo SBDC é composto pelo Cade e pela SEAE (sua nova função é de promover a advocacia da concorrência frente aos órgãos do governo e a sociedade), promovendo alterações significativas na defesa da concorrência.

O Cade passa a reunir novas atividades (incorporando as funções da SDE e parte da SEAE), como instruções a processos de apuração de infrações à ordem econômica e os processos de análise de atos de concentração constituindo assim a Superintendência - Geral e responsabilizando-se pelos julgamentos dos processos através do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. As análises econômicas relativas aos processos são realizadas pelo Departamento de Estudos Econômicos. (CADE, 2016)

O Cade é uma autarquia em regime especial, uma autoridade antitruste de defesa da concorrência como mostra-se a seguir:

“Sua responsabilidade é julgar e punir administrativamente em instância única pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica, não havendo recurso para outro órgão; além de analisar atos de concentração, de modo a evitar

³³ “Como o da Siderúrgica Laisa S/A – subsidiária do Grupo Gerdau que adquiriu a Siderúrgica Pains, que era controlada pela alemã Korf GmbH, um ano depois, em março de 1995, ao julgar o caso o Cade determinou que o negócio fosse desfeito, o primeiro caso vetado integralmente pelo Cade, após a entrada em vigor da Lei 8.884/94.” (BRASIL, 2013) Outros casos emblemáticos como o da Brasilit S/A e a Eternit S/A fabricantes de materiais para construção (telhas e caixas d’água); Kolynos-Colgate; e a criação da AMBEV; Tam - Varig; Nestle – Garoto; Oi-BrT; Ipiranga, entre outros.

excessiva concentração que possa afetar negativamente o aspecto competitivo de determinado mercado.

Não estão dentre as atribuições da autarquia regular preços e analisar os aspectos criminais das condutas que investiga; e suas atividades não se confundem com a defesa do consumidor (Procon, SENACON e etc), dos trabalhadores, ou outras políticas públicas.” (CADE, 2016)

Ressalta-se que a Lei nº 12.529/11 alterou os prazos para julgamento com um período máximo de 240 dias, prorrogáveis por mais 90 dias nos casos envolvendo de operações complexas e instituindo a análise prévia dos atos de concentração como apresenta-se a seguir:

Art. 88 § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. [...] § 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado:

I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

Art. 89. Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei.

Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.” (BRASIL, 2011)

A Lei 12.529/11 trouxe muitos avanços e eficiência a defesa da concorrência no Brasil, permitindo celeridade e segurança jurídica as operações empresariais e a sociedade. O país está entre os que mais modernizou sua legislação antitruste nos últimos anos.

1.3 Atuação do CADE

Como supracitado, o Cade dentre suas funções analisa duas categorias de processos são eles: os atos de concentração relacionados as alterações estruturais do mercado propiciados pelas associações entre as empresas e os processos administrativos referente as condutas anticoncorrenciais.

1.3.1 Atos de Concentração

Os atos de concentrações ocorrem quando dois ou mais agentes econômicos independentes se associam e passam a ter alguma atividade econômica conjunta, total

ou parcialmente podendo até mesmo formar um novo agente econômico³⁴. Alves (20XX) configura como ato de concentração “somente os atos que produzam ou tenham o potencial de produzir um dos seguintes efeitos: (i) limitar ou prejudicar a livre-concorrência; ou (ii) resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços.”

Gomes (2018) explana que “a preocupação com os atos de concentração de empresas decorre do potencial que essas uniões têm de gerar aumento de poder econômico associado à redução da concorrência, o que pode acarretar prejuízos aos consumidores, à livre iniciativa e à economia.”

Mello (2002) informa que o ato de concentração pode ser tipificado de diversas formas são eles: fusão entre concorrentes sendo eles diretos ou potenciais, incorporações, acordos de cooperação, redes de franquias, contratos de distribuição, joint ventures, entre outros. A Lei 12.529/11 em seu art. 90 apresenta-se algumas formas de celebrar um ato de concentração:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88³⁵ desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture. (BRASIL, 2011)

Em conformidade com o Cade (2016), conceitua-se os principais tipos a seguir:

- a) **Fusão:** é definida como um ato societário pelo qual dois ou mais agentes econômicos independentes formam um novo agente econômico, deixando de existir como entidades jurídicas distintas.
- b) **Aquisição:** configura-se quando um agente econômico adquire o controle ou parcela substancial da participação acionária de outro agente econômico.

³⁴ Embasado por Bacchi (2012) “a definição das operações que se qualificam como atos de concentração geralmente incluem alguma forma de fusão entre dois ou mais agentes independentes, por meio da aquisição de controle ou de algum grau de influência significativa por uma empresa em relação à totalidade ou parte de outra empresa ou pela combinação de sucessivas operações empresariais entre dois ou mais agentes para criar uma nova empresa.”

³⁵ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); eII - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).(BRASIL, 2011)

- c) **Incorporação:** ocorre um ato societário pelo qual um ou mais agentes econômicos incorporam, total ou parcialmente, outros agentes econômicos dentro de uma mesma pessoa jurídica, sendo que o incorporado desaparece enquanto pessoa jurídica, mas o adquirente mantém a identidade jurídica anterior à operação.
- d) **Criação de *joint venture*:** uma associação entre dois ou mais agentes econômicos para a criação de um novo agente econômico, sem a extinção dos agentes que lhe deram origem. Pode ter por objetivo a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos e serviços, a atuação em um novo mercado distinto dos mercados individuais de cada empresa, ou ainda a participação no mesmo mercado relevante dos agentes econômicos, dentre outros.

Quanto a sua classificação Rock (1994), explica que os atos de concentração podem ser:

- a) **Integração horizontal:** quando ocorre envolvimento de distintos agentes e competidores ofertando produtos ou serviços substitutos entre si;
- b) **Integração vertical:** em que há envolvimento de diferentes agentes, mas que ofertam produtos ou serviços pertencentes as mais variadas etapas da mesma cadeia produtiva;
- c) **Conglomerados:** operação que envolve agentes de diferentes segmentos que se objetivam pela diversificação.

Os atos de concentração têm o intuito de reduzir custos, criando e melhorando produtos de maior qualidade, a possibilidade de aumento da planta industrial, realizar economia de escala e/ou escopo, até mesmo sinergias em pesquisas e desenvolvimentos e uma forma de conseguir ampliar os investimentos entre as empresas participantes da operação.

1.3.2 Conduas Anticompetitivas

Definem - se como qualquer prática adotada por um agente econômico que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência, configurando assim abuso de poder econômico mesmo que o infrator não tenha tido intenção de prejudicar o mercado. (CADE, 2016) Em conformidade com o artigo 36 da Lei 12.529/11, uma conduta é considerada infração à ordem econômica: “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de

forma abusiva posição dominante.”(BRASIL, 2011) A resolução N° 20 do Cade (1999) classifica as condutas anticompetitivas (ou práticas restritivas) que podem ser:

Condutas horizontais: caracterizam por tentar eliminar ou reduzir a concorrência, através de acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante podendo ser por meio de preços ou outras condições visando modificar a dinâmica de um determinado mercado, de forma imediata ou futura, em conjunto ou individual, busca-se a elevação do poder de mercado ou a criação de condições necessárias para que se exerça com maior facilidade, são elas:

- a) **Cartelização:** são acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo nicho e que envolvem parte substancial do mercado consumidor, em torno de itens como preços, quotas de produção, distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros simultaneamente para níveis mais próximos dos de monopólio;
- b) **Outros acordos entre empresas:** são restrições horizontais envolvendo apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados para a busca de maior eficiência (produtiva e/ou tecnológica);
- c) **Ilícitos de associações profissionais:** são quaisquer práticas que limitem sem justificativa a concorrência entre profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços;
- d) **Preços predatórios:** consistem em fixar preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para posteriormente praticar preços e lucros de monopólio.
- e) **Abuso de posição dominante**³⁶: vincula-se à capacidade potencial que uma única empresa teria de influir e modificar a dinâmica do mercado em que atua, estabelecendo suas próprias regras, aumentando abusivamente preços e lucros por exemplo.

Condutas verticais: caracterizam por serem restrições impostas pelos produtores/ofertantes de bens ou serviços de determinado mercado, de origem, sobre mercados relacionados verticalmente (a montante ou a jusante) ao decorrer da cadeia produtiva, mercado alvo. “Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante de

³⁶ Inserida por CADE (2016) como prática restritiva horizontal.

origem, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo³⁷ à concorrência.” (CADE, 1999) São elas:

- a) **Fixação de preço de revenda:** pode resultar em formação de cartel, comportamentos colusivos e possibilidade de acordos entre produtores levando a bloqueios a entrada de novos e potenciais concorrentes;
- b) **Restrições territoriais e de base de clientes:** comportamentos colusivos caso seja utilizado como instrumento de monopolização do mercado, os concorrentes podem reduzir quantidades e elevarem seus preços ou elevação do poder de mercado de um único produtor;
- c) **Acordos de exclusividade:** pode elevar barreiras, custos sendo obrigados a utilizarem canais menos eficientes e exclusão do mercado resultando no aumento de poder de mercado da empresa que impõe os acordos;
- d) **Recusa de negociação:** exclusão da concorrência, com elevação de barreiras na distribuição e nos custos sendo obrigados a utilizarem canais menos eficientes;
- e) **Venda casada:** pode elevar abusivamente os lucros do fabricante as custas do consumidor e distribuidor e levar ao bloqueio de distribuidoras a outros fabricantes;
- f) **Discriminação de preços:** tal conduta pode ser utilizada para elevar os custos da concorrência e potenciais entrantes;
- g) **Preços não lineares ou tarifas em duas partes:** sistemas de franchise, o valor acordado é dividido em valor fixo e variável, ou seja, o custo unitário do produto reduz a medida da quantidade comprada, estimulando o comprador a adquirir mais unidades.

1.3.3 Os casos Gol – Webjet, Azul – Trip e Azul - Correios

Os atos de concentração no mercado de transporte aéreo podem ser classificados em dois grupos: atos de concentração provenientes de acordos do tipo *merger-like*³⁸ e acordos de *codeshare*³⁹, o que difere um do outro é a ocorrência ou não de

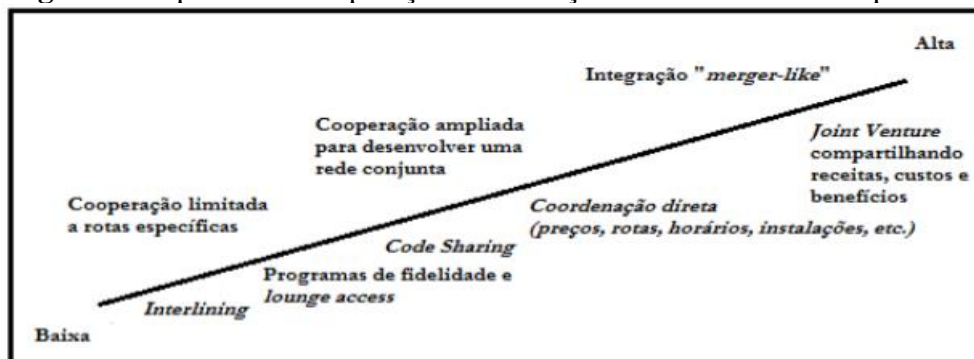
³⁷ Essas restrições constituem prioritariamente limitações à livre concorrência, mas também podem apresentar benefícios como a eficiências econômicas, que devem ser ponderadas tendo em vista seus efeitos potenciais anticompetitivos, consoante ao princípio da razoabilidade (RESOLUCAONº20, 1999).

³⁸ Quando há uma coordenação multilateral entre as empresas aéreas, uma cooperação mais profunda a fim de potencializar os benefícios da aliança.

³⁹ Envolve apenas duas empresas e cobre um número limitado de rotas, com o objetivo principal de proporcionar melhor conectividade entre as respectivas empresas, a cooperação ocorre em um nível mais básico.

compartilhamento de receitas, respectivamente. Em que no primeiro encontra-se análises concorrenciais de *Joint Business Agreements (JBA's)*⁴⁰, *joint ventures*, aportes de capital, aquisições e fusões. Como apresenta a figura 1:

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



Fonte: Airline industry presentations, Comissão Europeia & USDOT (2010).

Neste trabalho busca-se analisar a consistência teórica das decisões do CADE através da análise dos acordos concentração do tipo merger – like. No mercado de aviação civil brasileira os atos de concentração em grande parte são aquisições, seguidos de fusões e joint ventures como apresenta a tabela 1.

Tabela 1 - Listagem de F&A entre empresas aéreas a partir do ano 2000

Ano	Empresas Envolvidas
2004	Aquisição Ocean Air pela Avianca
2006	Aquisição da Rio Sul e Nordeste pela Varig
2007	Aquisição da Varig pela Gol
2009	Aquisição da Pantanal pela Tam
2010	Fusão Tam e Lan
2011	Aquisição da Webjet pela Gol
2012	Aquisição da Trip pela Azul
2018	Joint venture da Azul e Correios
2020	Aquisição da Two Flex pela Azul

Fonte: Elaboração própria.

Diante disso, a análise da consistência teórica das decisões do CADE tem como base os três principais casos de ato de concentração do setor aéreo na última década Gol-Webjet, Azul-Trip e Azul-Correios já julgados e aprovados.

⁴⁰ Permite que as empresas tomem estratégias de atuação em conjunto, funcionando como uma “joint venture altamente integrada”, compartilhando receitas, custos e benefícios, além da coordenação de preço e oferta.

CAPÍTULO 2 – ANÁLISE ECONÔMICA ANTITRUSTE

Este capítulo discorre alguns conceitos básicos relacionados à avaliação dos atos de concentração realizados pelo Cade, pertinentes para o embasamento metodológico do presente estudo. Dessa forma, está dividido em cinco seções. A primeira seção apresenta o conceito principal de poder de mercado, no qual a análise clássica⁴¹ explora para avaliar o ato de concentração. As demais seções referem – se aos conceitos da teoria antitruste utilizados na avaliação dos atos de concentração. Na seção 2 inicia-se com a delimitação do mercado relevante, na seção 3 com a análise das condições de exercício de poder de mercado através dos índices de concentração e barreiras à entrada, na seção 4 trata das eficiências econômicas e por fim na seção 5 apresenta algumas análises alternativas e complementares utilizadas pelo Cade.

2.1 Poder de Mercado

O conceito principal da análise antitruste é o poder de mercado, é nele que se verifica a existência de conduta anticompetitiva, o que a origina ou a eleva. De forma a possibilitar que as empresas atuantes aumentem seus preços por um determinado tempo. CADE (2016), o define como:

“Uma empresa (ou um grupo de empresas) possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam, ao preço competitivo de mercado.” (CADE, 2016, p. 8)

Ressalta-se que o poder de mercado pode ocorrer não só apenas por aumentos de preços, mas também através de outras condições prejudiciais ao mercado, como define o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal:

“[...] ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.” (BRASIL, 2001, p. 4)

Diante disso, o Cade a fim de averiguar o exercício de poder de mercado, ou seja, se é ou não prejudicial à concorrência, aprecia os atos de concentração econômica de forma a preencher os requisitos previstos no artigo 88 e 90 da Lei nº 12.529/2011

⁴¹ Análise usualmente feita pelo Cade, na qual procede nas seguintes etapas: definição do MR, análise do nível de concentração, avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado adquirido por meio da operação e por fim a ponderação das eficiências econômicas inerentes ao AC.

através da análise clássica⁴², dividida nas etapas (que não necessariamente são obrigatórias e nesta sequência) que serão discutidas a seguir.

2.2 Mercado Relevante

A definição de mercado relevante (MR), consiste em delimitar o espaço concorrencial onde será focada a investigação e análise, conhecida como a fronteira da concorrência entre as firmas. CADE (2016), conceitua como:

“... um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo. Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região.”(CADE, 2016, p. 8)

O MR é de fundamental importância para a análise dos casos levados ao Cade, auxiliando na identificação das empresas concorrentes, na análise de possibilidade e probabilidade do exercício de poder de mercado ser ou não abusivo, realizando ações e cálculos relacionados a participação e concentração de mercado. Outro ponto a se falar, é que o conceito leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica.

Dimensão produto

A dimensão produto do ponto de vista da demanda, refere-se aos bens e serviços que podem ser substituídos pelo consumidor devido a suas características similares, assim como preço e sua utilidade, de forma a examinar a possibilidade de desvios da demanda para outros produtos e serviços. O Guia de Análise de ACs de Concentração Horizontal (2016), examina essa dimensão através de diversos fatores são eles:

- Perfis dos clientes;
- Dimensionamento do mercado;
- Natureza e características;
- Preços;
- Qualidade;
- Marca, crédito e prazos;

⁴² O market share não é a única forma a ser utilizada na avaliação da concentração horizontal, podem ser utilizadas outras análises alternativas como será apresentado na última seção.

- Alteração do padrão de compra;
- Informações de pesquisas;
- Grau de substituição dos produtos.

Dimensão geográfica

A dimensão geográfica compreende a área em que as empresas ofertam seus produtos e que os consumidores buscam bens e serviços, dentro da qual a empresa (monopolista) que detém poder de mercado, impõe uma pequena elevação de preços significativa e não transitória, e mesmo assim consegue auferir lucro pois não haveria a substituição do produto pelo consumidor.

O Guia de Análise de ACs de Concentração Horizontal (2016), examina essa dimensão através de diversos fatores são eles:

- Localização das requerentes;
- Localização das concorrentes;
- Localização dos consumidores;
- Localização das vendas;
- Hábito de compra;
- Distância dos fornecedores;
- Estruturas de oferta e/ou preços;
- Custo e tempo de transporte;
- Participação das importações;
- Migração de consumidores;

Mello (2002) explica que a delimitação da dimensão produto e da dimensão geográfica do MR é realizada através de dois instrumentos que avaliam a substitutibilidade pelos consumidores, os coeficientes de elasticidade-preço⁴³ da demanda e elasticidade-preço da oferta.

A **substitutibilidade da demanda** é primordial a delimitação do MR. Devido ao fato, do coeficiente de elasticidade-preço da demanda analisar se uma suposta elevação

⁴³ A elasticidade – preço mensura a relação da quantidade demanda/ofertada de um bem ou serviço a uma alteração de preço, ou seja, calcula-se uma alteração percentual na quantidade demanda/ofertada sob a alteração percentual no preço em que pode ser classificada como elástica (quando a elasticidade é maior que um, $epd > 1$), inelástica (quando a elasticidade é menor que um, $epd < 1$) e elasticidade unitária (quando a elasticidade é igual a um, $epd = 1$)

do preço pode ou não incorrer em prejuízos, caso os consumidores substituam o bem e/ou serviço por outro ou substitua a área geográfica que compram.

A **substitutibilidade da oferta**, mensura a capacidade de resposta das outras empresas passarem a ofertar o bem e/ou serviço, naquele mesmo mercado geográfico em que as empresas requerentes atuam mediante a suposta elevação do preço, utilizando o coeficiente de elasticidade-preço da oferta.

De acordo com o Guia de Análise de AC de Concentração Horizontal (2016), a análise da substitutibilidade da oferta é a mesma realizada na análise de barreiras à entrada, com algumas peculiaridades: a) a oferta deve ocorrer em menos de um ano e b) sem a necessidade de incorrer em custos irrecuperáveis (*sunk costs*).

Outro ponto a se destacar é que o Cade privilegia a definição do MR pela ótica da demanda, assim como as autoridades antitruste internacional utilizam, compreendem que a substitutibilidade da oferta é uma análise complementar posterior a análise pelo lado da demanda. A verificação do exercício de poder de mercado pode ser feita por várias metodologias.

2.2.1 Metodologias⁴⁴ de MR

O método preliminar para delimitação do MR é o **teste do monopolista hipotético (TMH)** que pode ser utilizado tanto na dimensão produto quanto na dimensão geográfica. Também conhecido como o “teste SSNIP” (cuja sigla em inglês é conhecida como SSNIP – *small but significant, non-transitory increase in prices*), é o principal⁴⁵ instrumento analítico para aferição do grau de substituíbilidade entre bens e/ou serviços e regiões.

Busca equiparar a menor dimensão de produtos à menor dimensão geográfica necessária para que um monopolista hipotético esteja em condições de impor uma elevação de preços, não muito grande, mas perceptível e duradoura sem que o consumidor possa substituir o produto em suas imediações sendo este seu mercado relevante delimitado.

⁴⁴ A revisão sobre os conceitos de metodologias de definição de MR contidas aqui são baseados no Guia de Análise de AC de Concentração Horizontal (2016).

⁴⁵ Podem até ser usados outras metodologias para delimitação de MR como da elasticidade cruzada e o teste da correlação de preços ao longo do tempo, porém o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (2016) explica que a lógica do TMH deve sempre estar presente no âmbito da escolha do MR, ou seja, deve-se identificar os produtos e as regiões geográficas que possam limitar a capacidade de decisão da nova empresa criada referida a preços e quantidades.

A priori considera-se os bens e/ou serviços produzidos e vendidos pelas requerentes⁴⁶ e a área geográfica que elas estejam situadas. Em seguida, os conjuntos mais amplos de produtos e mercados geográficos até o momento em que seja possível um “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento dos preços (SSNIP) para um suposto monopolista destes bens nesta área.

Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então as agências acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto e/ou a região de onde provêm os produtos que for os mais próximos substitutos em questão. O primeiro grupo de produtos e localidades segundo este procedimento será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um SSNIP, sendo este o mercado relevante delimitado nas duas dimensões.

Caso exista informação suficiente, o Cade utiliza-se a **análise da perda crítica** (ou da elasticidade crítica) para implementar o TMH, que se refere a um dos métodos quantitativos que pode ser aplicado, utilizando informações de demanda e de elasticidade-preço da demanda para fazer inferências sobre a possibilidade de dois ou mais produtos constituírem o mesmo MR.

Essa análise busca avaliar o quanto as vendas precisam cair de modo a render um aumento percentual de preço que torne o negócio não lucrativo, normalmente uma elevação de 5%, considerando as margens de lucro e o poder de mercado pró-fusão. Outras metodologias para definir o MR podem ser utilizadas como:

Análise de informações qualitativas o primeiro passo a ser feito em qualquer definição de MR, utiliza-se as características dos produtos, sua utilidade, a dinâmica do mercado (informações de fornecedores, concorrentes, clientes) entre diversas outras informações que permitem a definição do MR e a elaboração de cenários verossimilhantes aos efeitos reais da operação.

Informações de preços a diferença de preços influencia a decisão de compra dos consumidores, inferindo assim nas delimitações de MR. Há competição entre produtos com características e com preços diferentes (produtos substitutos). Por isso a movimentação conjunta dos preços contribui para a compreensão do mercado, do ponto de vista da dimensão produto e da dimensão geográfica. No entanto essa análise não é

⁴⁶ Empresas participantes da operação.

condição suficiente para definir o MR diante a diversas questões como: inflação, choques de custos entre outros. Para a delimitação geográfica dos mercados tem-se:

Análise do monopsonista hipotético é utilizada para investigar efeitos unilaterais do poder de compra. Um produto em determinado período, em que se tem a criação de um monopsonio hipotético no mercado intermediário, poderia gerar incentivo e possibilidade significativa e não transitória de um decréscimo do preço de compra de seus insumos em valor, no mercado à montante. Ou seja, poderia gerar incentivo ao monopsonista uma restrição de oferta e aumento preço no mercado à jusante, servindo para analisar as projeções do poder de mercado na cadeia à jusante.

Análise de fluxo de mercadorias e consumidores possibilita a avaliação das medidas de penetração de importações no MR considerado e a intensidade das exportações, mensurando influência e relação entre regiões e a possibilidade dos mercados se integrarem. Pode ser complementado pela reação das importações e exportações em relação ao preço relativo das mercadorias.

Definição de raios consiste num método utilizado para estimar a distância máxima que o consumidor está disposto a percorrer para adquirir o produto ou acessar o serviço desejado, utilizando-se de pesquisas de opinião, de cadastro dos clientes nas lojas, da localização de anúncios publicitários, entre outras evidências quantitativas e qualitativas.

2.3 Condições de Exercício de Poder de Mercado

Delimitado o mercado relevante, o Cade passa analisar as condições que se dá o exercício de poder de mercado através das medidas de concentração e análise do nível das barreiras à entrada que são apresentadas nesta seção.

2.3.1 Índices de Concentração

Os índices são utilizados para mensurar a concentração de mercado, levando em consideração todas as empresas que participam (requerentes, concorrentes e potenciais⁴⁷), podendo analisar diversos tipos de variáveis intrínsecas ao mercado em análise em conformidade com o que seja mais oportuno abordar sobre as condições de concorrência do mercado.

⁴⁷ Empresas que podem produzir no mercado relevante.

Entre os indicadores de estrutura mais utilizados estão: o índice de Concentração (CR) e o índice Herfindahl-Hirshman (HHI) que medem a concentração de mercado. O Índice de Concentração ou Razão/Relação de Concentração (CR) mensura a participação de mercado de um conjunto determinado de empresas na indústria estudada. Calcula-se através:

$$CR_n = \sum_{i=1}^n P_i$$

P_i = participação das empresas i presentes no mercado;

n = o número de empresas.

A análise dos resultados se dá pela relação: quanto maior o índice, maior o nível de concentração, conforme a tabela abaixo:

Tabela 2 - Padrão de concentração CR4 e CR8

Níveis de Mercado	Razão de Concentração	
	CR4	CR8
Altamente Concentrado	$i > 75\%$	$i > 90\%$
Alta Concentração	$65\% < i < 75\%$	$85\% < i < 90\%$
Concentração moderada	$50\% < i < 65\%$	$70\% < i < 85\%$
Baixa Concentração	$35\% < i < 50\%$	$45\% < i < 70\%$
Ausência de concentração	$i < 35\%$	$i < 45\%$
Claramente Atomístico	$i = 2\%$	

FONTE: Elaborado a partir de Bain (1959)

O índice Herfindahl-Hirshman, consiste na soma dos quadrados das parcelas de participação de cada empresa, considerando todas as empresas presentes nos cenários analisados. Calcula - se através:

$$HHI_i = \sum_{i=1}^n p_i^2$$

P_i = participação da i -ésima empresa no mercado;

n = o número total de empresas da indústria.

Diferentemente do índice CR, o índice HHI avalia o mercado como um todo e considera o tamanho relativo das empresas, quando eleva ao quadrado as parcelas de participação atribui-se um peso maior as empresas. A análise dos resultados se dá pela relação: quanto maior o índice, maior a concentração no mercado, conforme a tabela abaixo:

Tabela 3 - Padrão de concentração HHI

Índice	Classificação
$HHI < 1000$	Não concentrado

HHI > 1000 porém < 1800	Moderadamente concentrado
HHI > 1800	Altamente concentrado

FONTE: Elaborado a partir de Carlton e Perloff (1994).

Resende (2017), explana que este índice serve como um filtro para separar o que são operações preocupantes, das que podem ser aprovadas sem qualquer restrição, pelo CADE. Caso se tenha a variação de concentração relevante, alega-se que é possível haver “nexo de causalidade⁴⁸” entre a operação e possibilidade de elevação de preços no momento pós-operação. De forma que na hipótese da concentração da indústria ser elevada, havendo relevante variação do nível de concentração, passa-se à análise de barreiras à entradas caso contrário, encerra-se a análise.

Um outro índice que pode ser utilizado é o Índice de Dominância, aplicado pela autoridade antitruste mexicana de forma a complementar ao índice HHI, que relaciona o efeito da concentração a partir das informações de posição relativa de cada empresa e ao HHI. Calcula - se através:

$$ID = \sum_{i=1}^n \left[\frac{S_i^4}{HHI^2} \right]$$

S_i = participação de mercado da variável analisada;

n = número de empresas na indústria analisada;

HHI = é o índice de Herfindahl-Hirshman.

Schmidt e Lima (2002) explicam que este índice permite uma interpretação que não ocorre nas medidas supracitadas, pode se observar as operações de F&A em duas formas:

- Quando uma fusão ocorre entre duas empresas que apresentam participações pequenas e que o novo *market share* fique abaixo do da maior empresa do mercado, esta nova empresa apresentará melhores condições de concorrer com as rivais. Portanto a variação do índice negativa, a operação é pró-competitiva.
- Quando as empresas se juntam e passam a ter uma participação maior do que qualquer outra no mercado ou se elas já tem uma participação elevada, ou seja, a variação do índice será positiva, indica que a operação pode gerar danos a concorrência, há a possibilidade do exercício do poder de mercado coordenado.

Tabela 4 – Padrões de concentração ID

⁴⁸ É a ligação ou relação de causa e efeito entre um determinado comportamento e um evento, embasado nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano.

Índice	Classificação
ID > 0,25	A análise deve prosseguir
Se $\Delta ID > 0$ e se $ID_1 \leq 0,25$	Operação não prejudica a concorrência
Se $\Delta ID < 0$ e se $ID \leq 0,25$	Operação não prejudica a concorrência

Fonte: Elaborado a partir de Schmidt e Lima (2002)

2.3.2 Barreiras à entrada

Consistem em qualquer fator presente em um mercado que ofereça vantagens a empresas já estabelecidas, dificultando a entrada de empresas em potenciais. Quanto mais elevadas as barreiras, menor a possibilidade de novas entrantes no mercado, devido aos custos financeiros e o tempo que estas empresas devem incorrer para auferir remuneração adequada. Quanto maiores as barreiras, maior será a probabilidade de exercício de poder de mercado. Assim como afirma Kupfer (2002):

“(...) uma indústria só poderia apresentar lucratividade superior à média por um certo período de tempo (...). Consequentemente, se uma empresa apresenta lucros extraordinários permanentes, alguma restrição à mobilidade do capital existe. Dizemos então que existem barreiras à entrada nessa indústria.” (KUPFER. 2002, p. 111)

BAIN (1956), foi um dos precursores na análise de barreiras à entrada as considerando como uma condição principal da estrutura do mercado. Fagundes e Pondé (1997) afirmam que as barreiras são condicionadas ao comportamento das empresas e que seus determinantes são estruturais, estáveis e se modificam lentamente ao decorrer do tempo, ou seja, a uma certa morosidade para as empresas em potenciais entrarem no mercado.

As barreiras à entrada possibilitam às empresas já instaladas que se perpetuem em suas posições de mercado, através da manutenção dos preços acima do nível competitivo não permitindo as novas empresas com capacidade produtiva ingressar no mercado. Ressalta-se que a entrada no mercado só se realiza de duas formas: a) quando a nova empresa é construída e/ou b) quando insere uma nova capacidade produtiva, somente nesses dois momentos.

Apresenta-se os fatores mais convencionais de barreiras à entrada conforme o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (2016):

Custos irrecuperáveis (*sunk costs*): são custos em que quando a empresa decide sair do mercado não conseguem o reaver. Ex: investimentos em P&D, máquinas e equipamentos muito específicos a determinada atividade já usados, entre outros.

As barreiras legais ou regulatórias: o governo e agências reguladoras estabelece requisitos mínimos para a instalação e funcionamento de uma empresa. Ex: licenças, alvarás, entre outros.

Vantagem exclusiva das empresas: é o acesso exclusivo ou condicionado a qualquer insumo de produção em que a oferta seja restrita ou tenha preços inelásticos pré-concentração. Ex: fornecedores e distribuidores, localização, formação de equipe profissional, entre outros.

Economia de escala: são reduções nos custos médios dos produtos devido a produção em larga escala (expansão da quantidade produzida), dados os preços dos insumos.

Economias de escopo: são reduções nos custos médios dos produtos devido a produção em conjunto de produtos distintos, dados os preços dos insumos. Ex: fábrica de sapatos que também produz cinto e bolsa.

O grau de integração da cadeia produtiva: pode aumentar os custos irrecuperáveis das empresas potenciais ou exigir entrada em dois mercados ao mesmo tempo, o que exigirá um maior volume de capital e requer maiores capacitações tecnológicas e organizacionais.

A fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas: ocorre em maior proporção em mercados em que as estratégias de diferenciação do produto são importantes para a competição, as empresas potenciais devem realizar gastos em publicidade o que acaba como custos irrecuperáveis.

Histórico das entradas: analisa os últimos cinco anos na indústria, se houve ou não: a entrada de qualquer nova empresa; tentativas malsucedidas de entrada de novos agentes e outros indícios da efetividade de entradas passadas faz se uma análise do histórico de entradas.

Posteriormente se avalia como e em quais circunstâncias ocorre a entrada no mercado. Estabelecendo três condições averigua se é ou não esperada a entrada, são elas: provável, tempestiva e suficiente. A condição provável refere-se à situação em que a empresa entrante é capaz de visualizar uma oportunidade de lucro econômico, quando a oportunidade de venda residual (oportunidade de venda – capacidade ociosa) é superior a escala mínima viável. Quanto maior fora oportunidade de venda residual maior a probabilidade de entrada.

A condição tempestiva ocorre quando todo o processo de entrada, desde o planejamento inicial até a primeira distribuição do produto, for passível de ser

implementada em menos de dois anos ou até o período para contestar eventual poder de mercado. Já a suficiente implica que a empresa entrante tem condição de ocupar adequadamente (barrando os efeitos anticompetitivos do ato de concentração) as parcelas de mercado disponíveis.

2.4 Avaliação das Eficiências⁴⁹

Realizada a análise das condições de exercício do poder de mercado a Lei nº12.529/2011 estabelece que o Cade deve ponderar as eficiências específicas de cada AC *vis-à-vis* seus efeitos negativos (art. 88, § 6º), o critério do efeito líquido não-negativo. Pelo qual são avaliados a partir da comparação entre os benefícios específicos gerados pelo AC e os potenciais prejuízos para o bem-estar dos consumidores devido a eliminação de concorrência. Ressalta-se que os benefícios aos consumidores são primordiais na avaliação final dos efeitos do AC.

2.4.1 Benefícios prováveis e verificáveis

É uma tarefa em que busca prever e quantificar as eficiências, realizando projeções que nem sempre são mensuráveis, com elevadas incertezas, dependentes de vários fatores que não necessariamente se concretizam. Em casos que há riscos relevantes de danos ao mercado, deve-se afastar qualquer benefício que seja puramente especulativo ou que não seja concretamente provável e verificável, para não incorrer equivocadamente efeitos negativos severos aos consumidores e à sociedade.

2.4.2 Bem-estar do consumidor

Para que uma eficiência compense os potenciais efeitos negativos (prejuízos) ao bem-estar coletivo não se leva em consideração apenas os benefícios (reduções de custos, elevação de lucros, ente outros) para as empresas envolvidas no AC, mas também para toda a sociedade, conforme a LDC, o art. 88, § 6º, II que protege o consumidor e estipula como condição para aprovação do AC, embasa-se por eficiências específicas, que parte relevante dos benefícios decorrentes seja repassada aos consumidores.

⁴⁹ A revisão sobre os conceitos de avaliação das eficiências contidas aqui é baseada no Guia de Análise de AC de Concentração Horizontal (2016).

2.4.3 Eficiências específicas

São aquelas eficiências que só poderiam ser alcançadas através do AC, ou seja, elas só podem ser obtidas na situação de mercado concentrado, pois assim as empresas são capazes de se apropriar de economias de escala, de escopo, bem como gerar externalidades positivas, fruto de inovações de produto e/ou processo, entre outros. Outro ponto é que as eficiências específicas são aquelas cuja magnitude e ocorrência podem ser verificadas (com previsões de eficiências em modelos econométricos, matemáticos ou de engenharia, por exemplo: estimações de funções de custos ou de produção) e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam comprovadas.

2.4.4 Externalidades

São efeitos sobre a sociedade (do ponto de vista social, ambiental e econômico), advindos de uma transação econômica sobre a qual não se tem controle. Podem se dividir em externalidades positivas quando eleva-se o bem-estar (por exemplo, redução dos custos de produção) e externalidades negativas quando reduz-se o bem-estar (aumento dos custos de produção). A geração de externalidades positivas, a eliminação de externalidades negativas e as suas apropriações podem ser consideradas eficiências específicas da concentração.

A apropriação de externalidades positivas gera o aumento da eficiência dos mercados, já a eliminação de externalidades negativas também pode gerar aumento de eficiência, cabe ressaltar que a autorização de um AC não necessariamente é a melhor forma de eliminá-las do ponto de vista do bem-estar econômico. Entretanto analisa-se a possibilidade de obter o mesmo efeito por meio de políticas públicas, somente nos casos em que não existam medidas alternativas se considera a eliminação de externalidades negativas como um incremento de eficiência específico da concentração.

2.5 Análises Alternativas⁵⁰

⁵⁰ A revisão sobre os conceitos de análises alternativas contidas aqui é baseada no Guia de Análise de AC de Concentração Horizontal (2016), no qual buscou-se apresentar algumas análises que são as mais comuns e as que estão presentes nos casos em estudo.

A participação de mercado não constitui o único instrumento a ser utilizado na avaliação da concentração horizontal, podem ser considerados outros métodos complementares e alternativos como análise de contrafactual, simulações, eliminação de mavericks e concorrência potencial e integração vertical vs. sobreposição horizontal que são apresentados nessa seção.

2.5.1 Análise de contrafactual

Desenvolve conclusões válidas, independentemente da definição da delimitação do MR ou da avaliação do *market share* dos agentes envolvidos na operação. O Cade pode comparar diferentes cenários em busca de evidências que demonstrem os efeitos concorrenciais da fusão sob análise.

A análise de contrafactual requer um “grupo de controle”. Por exemplo, é possível selecionar mercados relevantes geográficos comparáveis para isolar o efeito apenas da variável que se busca observar (por exemplo, comportamento do preço), separando esse efeito das demais variáveis ou choques que eventualmente poderiam explicar a variação de preços entre cidades.

2.5.2 Simulações

São modelos matemáticos e econométricos que simulam os efeitos do AC, podendo ser dependentes ou não da delimitação do MR. No caso da simulação de efeitos, estimam-se alguns parâmetros atuais da demanda e da oferta para tentar aferir o que pode acontecer no futuro (após o AC) com relação aos preços do mercado, controlando eventuais níveis de ganho de eficiência derivado da operação. Dentre os parâmetros que podem auxiliar a compreensão do mercado, o Cade pode analisar:

- a) o nível real de preços, a margem de lucro da indústria e de cada agente do mercado;
- b) a fração de consumidores que desviam sua demanda para concorrentes das requerentes em razão de aumento de preços; e
- c) outros fatores que podem impactar no nível de concorrência e de lucratividade do mercado.

Outro ponto é que a simulação pode incorporar a análise das mais diferentes estimativas que não digam respeito apenas aos mercados sob análise.

2.5.3 Eliminação de Mavericks

Empresas mavericks são aquelas que apresentam um nível de rivalidade do tipo disruptivo (tem um comportamento mais competitivo). Baker (2002) explica que essas empresas são independentes, não acompanham estratégias e modelos de negócios de outras empresas no mercado dificultando a formação de cartéis (limitando a ocorrência de coordenação e/ou o aumento unilateral de preços), por exemplo.

Essas empresas podem apresentar um baixo custo de produção e uma baixa precificação, forçando os preços de mercado para baixo ou podem ser empresas que se caracterizam por sempre estimularem a inovação tecnológica no segmento em que atuam.

De forma que sua presença no mercado disciplina não apenas as empresas isoladamente, mas o mercado em si, influenciando todos os demais aspectos. O Cade pode avaliar que um AC que envolve uma empresa do tipo maverick pode reduzir a concorrência atual ou potencial do mercado, diminuir a rivalidade e até mesmo gerar desestímulo na inovação no mercado em análise, mesmo que sua variação do HHI seja baixa.

2.5.4 Concorrência potencial

São ACs entre uma empresa ativa e uma empresa potencial em um mesmo MR, que podem ter efeitos anticompetitivos similares aos AC entre empresas ativas no mesmo MR. Isso decorre do possível papel desempenhado por uma empresa potencial: uma empresa pode exercer um papel relevante (atual, via disciplina de preços, ou futuro), mesmo que tenha saído ou ainda não tenha entrado no mercado.

Este tipo de análise concentra-se em 3 aspectos fundamentais caso a empresa esteja prestes a entrar no mercado: a) analisa-se se esta possui ativos relevantes, que possam ser facilmente utilizados para sua volta ao mercado, sem incorrer em custos irreversíveis significativos; b) se a empresa poderia suportar os custos necessários para entrar no mercado num prazo relativamente curto, c) outros elementos. O Cade demanda a apresentação de documentos como pedidos de registro, licença, autorização entre outros.

2.5.5 Integração vertical vs. sobreposição horizontal

Uma concentração horizontal à montante pode provocar uma concentração horizontal à jusante, ainda que as requerentes não estejam diretamente nesta etapa da

cadeia produtiva. É o caso de mercados em que contratos entre fornecedores e compradores correspondem à situação de controle compartilhado e implicam a quase-verticalização das empresas.

Entende-se que há dois caminhos logísticos, em que uma empresa controla a cadeia à montante do primeiro caminho e à jusante no segundo caminho. Ou seja, a empresa está presente em dois elos diferentes da cadeia de cada caminho logístico podendo controlar o fluxo de ambos caminhos, incentiva-los para elevar os preços cobrados nos dois casos, a depender das características do mercado.

CAPÍTULO 3 – A TEORIA ANTRISTUSTE APLICADA AOS CASOS

Este capítulo traz o mapeamento da aplicação da teoria antitruste pelo CADE para o setor aéreo, a partir dos casos: Gol – Webjet. Azul – Trip, Azul – Correios e Azul e TwoFlex (já aprovados pela autoridade antitruste), através de um roteiro de avaliação dos atos de concentração. Dessa forma o capítulo, foi dividido em sete seções. A primeira seção apresenta o panorama do setor aéreo brasileiro, na segunda discorre brevemente sobre a fonte das informações para o roteiro de avaliação de análise dos casos julgados. A terceira, quarta e quinta seções descrevem as análises dos casos em conformidade com os critérios para cada item do roteiro. A sexta seção apresenta as considerações parciais feitas para cada caso. A sétima seção traz a avaliação geral dos resultados sobre a aplicação da teoria antitruste pelo Cade e pôr fim as considerações finais finalizando o trabalho.

3.1 Panorama do setor aéreo brasileiro

Esta seção está dividida em três subseções, a primeira refere-se a um breve histórico do setor aéreo brasileiro a partir de 1990, na segunda a descrição das empresas requerentes dos atos de concentração supracitados para a análise deste estudo, a posteriori na terceira segue as características atuais do setor apresentando os principais indicadores relacionados aos aspectos do mercado doméstico: a demanda e oferta por serviços aéreos, os principais aeroportos e rotas, participação de mercado e composição de receitas e custos.

3.1.1 Breve histórico a partir de 1990

A década de 1990 foi marcada mundialmente com o aumento expressivo do processo de fusões e aquisições. A adesão do Brasil ao ideário neoliberal provocou profundas mudanças na economia ao longo dos anos. Iniciado na Era Collor, o processo de desregulamentação, no setor aéreo se deu gradativamente, implementando-se privatizações, regime de liberdade tarifária e abertura comercial levando as empresas aéreas a enfrentar uma crise de grandes proporções, com diversos problemas para reestruturação e adaptação ao ambiente desregulado (GUTERRES, 2002).

A crise financeira assolou as empresas aéreas, tal que as três maiores empresas do setor aéreo brasileiro Varig, Transbrasil e VASP, chegaram ao fim dos anos 1990 em situações delicadas e a posteriori falências. Transbrasil encerrou suas operações em dezembro de 2001, a Vasp em 2004 e a Varig teve seu fim operacional no ano de 2006 o que permitiu o crescimento da TAM (Transportes Aéreos Marília) que tomou a liderança em participação do mercado e o surgimento de novas empresas (FERREIRA, 2017).

O processo de desregulamentação do setor aéreo propiciou uma mudança de paradigma, introduzindo práticas mais modernas na gestão das empresas e diversas inovações organizacionais, tecnológicas e mercadológicas explica Ferreira (2017), o acesso de pessoas com um menor poder aquisitivo via redução dos bilhetes aéreos além de permitir um maior acesso ao transporte aéreo viabilizou uma nova forma de lucro para as novas empresas em mercados antes inexplorados. De forma a refletir transformações significativas no ambiente competitivo do setor aéreo nos últimos 20 anos.

3.1.2 Descrição das requerentes

➤ **Caso Gol - Webjet**

A VRG Linhas Aéreas S/A foi uma empresa brasileira, começou suas operações em 2006⁵¹. Em novembro de 2007, foi vendida para a Gol Linhas Aéreas que a priori manteve como uma empresa separada, e em agosto de 2008, foi incorporada a Gol

⁵¹ Também conhecida como a Nova Varig, surgiu após o fim das operações da Varig, correspondendo à parte saudável da Varig, adquirida pela Varig Log.

Linhas Aéreas Inteligentes S/A (holding do grupo GOL) se tornando uma subsidiária integral e pertencente a uma mesma razão social⁵². O Grupo desenvolve suas atividades nos mercados de transporte aéreo regular de carga e de passageiros, em âmbito nacional e internacional - entre países da América Latina e Caribe. A VRG também atuava na prestação de serviço de manutenção de aeronaves exclusivamente para sua frota, embora ocasionalmente o faça a terceiros não explora comercialmente esta atividade.

Criada em 2001, a Gol tinha como referência o modelo de negócios "Low Cost, Low Fare" para o Brasil e América do Sul. A priori teve um crescimento exponencial que nem a própria Southwest Airlines⁵³ atingiu nos primeiros anos de atuação no seu mercado doméstico. Posteriormente, passou pela fase de "Apenas Low Cost", onde teve um crescimento não tão expressivo, mas contínuo. Após a aquisição da VRG pelo grupo GLAI, a estratégia de capilaridade aos demais pontos do Brasil se tornou mais clara. A Gol já tinha transportado mais de 160 milhões de passageiros desde o início de suas atividades até 2010 e alcançado em torno de 40% de participação de mercado, com acesso aos aeroportos de Congonhas(São Paulo) desde 2001, Santos Dumont (Rio de Janeiro) desde 2002 possibilitando a Ponte Aérea Rio de Janeiro - São Paulo desde o segundo ano.

A Webjet Linhas Aéreas S.A foi uma empresa brasileira, que iniciou suas operações em julho de 2005, da qual foi subsidiária integral do Grupo GJP FIP. Ela atuava em serviços de transporte aéreo regular de passageiros e cargas através dos porões das aeronaves de passageiros em âmbito nacional e desenvolvendo atividades complementares de fretamento de passageiros, cargas e malas postais. Originou-se com o conceito de "*Low Cost, Low Fare*"⁵⁴ como a Gol, oferecendo voos em conexão entre Rio de Janeiro, São Paulo, Brasília, Porto Alegre e Florianópolis. Entretanto em novembro de 2005, foi obrigada a suspender todas suas operações encerrando esta fase, depois de "paradas parciais" por baixa ocupação, passou a atuar por meio de cadastramento de agência de viagens atendendo mais destinos nacionais, inicialmente com voos fretados pela CVC e depois passou a ter cota de voo regular. Em julho de 2008, conquistou 3,17% de participação de mercado e vendas acima de R\$ 30 milhões ao mês, total de 11 aeronaves e atendendo a 13 cidades.

⁵² Informações obtidas através: <https://www.aviacaocomercial.net/vrg.htm>.

⁵³ Empresa americana, fundadora do modelo de negócios.

⁵⁴ Tinha a intenção de seguir o modelo Southwest, no sentido de operar só com vendas próprias, no canal de distribuição da internet, sem recurso à agentes de viagem.

➤ **Caso Azul - Trip**

Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A é uma empresa área brasileira, fundada e homologada em 2008, do qual faz parte da “Azul Holding⁵⁵”. Ela compreende a prestação de serviços de transporte aéreo regular de passageiros, cargas e entregas de encomendas por meio da exploração dos espaços dos porões de suas aeronaves em âmbito nacional e internacional, treinamentos de pilotos e tripulação (sendo uma concessionária de transporte aéreo) e manutenção e reparação de aeronaves. Iniciou suas operações em dezembro de 2008, conectando Campinas/SP - Porto Alegre/RS e Campinas/SP - Salvador/BA. Em novembro de 2010, já operava 27 destinos e em maio de 2012, estava presente em 49 destinos utilizando como base o aeroporto de Viracopos, em Campinas.

Trip Linhas Aéreas S/A é uma companhia aérea regional, fundada em 1998, do qual era controlada pela “Trip Participações S/A” *holding* detida pelo Grupo Caprioli⁵⁶ e pelo Grupo Asa Branca⁵⁷ de forma igualitária. Desenvolvia as atividades operacionais de prestação de serviços de transportes aéreo regular de passageiros e de cargas em âmbito nacional e de fretamento de aeronaves. Ela atendia 80 cidades distribuídas pelo país (o maior número de cidades), contava com 40 aeronaves (a maior frota de aeronaves regionais) a tornando a terceira frota comercial brasileira e apresentava 84 posicionamentos em aeroportos nas mais diversas rotas regionais (malha aérea bem variada).

➤ **Caso Azul – Correios**

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública que objetiva a prestação de serviços postais em todo o país, desempenhando tanto o regime de exclusividade (entrega de correspondências) quanto de livre concorrência (entrega de encomendas), a depender do tipo de serviço ofertado ao cliente. Também atua como Banco Postal prestando serviços bancários básicos em todo o país devido sua parceria

⁵⁵ O Grupo Azul também desenvolve atividade de transporte rodoviário intermunicipal e interestadual de cargas e malas postais (relacionado à Azul Cargas).

⁵⁶ Conta com a empresa Caprioli Participações, que tem participação de 50% no capital da Trip Participações.

⁵⁷ O Grupo Águia Branca é um conglomerado de transporte, com sede no Espírito Santo, que atua em todo o país nos serviços de transporte de passageiros, comércio e locação de veículos e logística. A Rio Novo Locações Ltda. ("Rio Novo") também pertence ao grupo.

com o Banco do Brasil. E possui uma subsidiária, a Correios Participações S/A que tem a finalidade constituir subsidiárias, aquisição de controles ou participações acionárias em sociedades empresárias.

➤ **Caso Azul – TwoFlex**

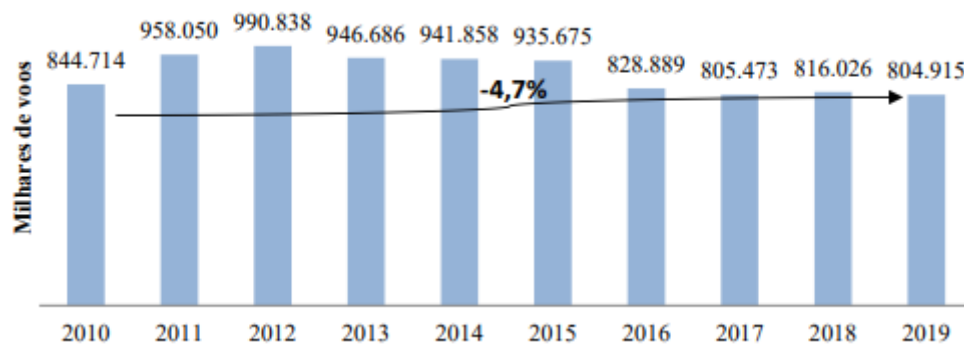
A TwoFlex é uma empresa área brasileira, fundada em 2013, é o resultado da fusão Two Táxi Aéreo e Flex Aero Táxi Aéreo. Desenvolvia as atividades operacionais de prestação de serviços de transporte aéreo regular de passageiros em âmbito nacional e, também, opera rotas não regulares – de acordo com a demanda de clientes – mediante a oferta de serviços de fretamento de transporte aéreo de passageiros e cargas no território brasileiro.

3.1.3 Configuração atual do setor

A indústria de transporte aéreo no Brasil, em 2019, colaborou com R\$ 103,4 bilhões do PIB brasileiro equivalente a 1,4% gerando 60,7 mil empregos diretos, 110,4 mil empregos indiretos, induzindo mais 413,9 mil empregos na atividade (ABEAR, 2019). O mercado aéreo brasileiro transportou 95,3 milhões de passageiros domésticos (é o maior mercado latino americano) e 24,1 milhões de passageiros internacionais, sendo realizados 804,9 mil voos. Ressalta-se que o ano de 2019, foi marcado pela saída do mercado da Avianca Brasil, que teve suas operações suspensas em 24 de maio. (ANAC, 2019)

O mercado aéreo brasileiro apresentou uma redução do número de decolagens entre os anos de 2010 e 2019, o que representou uma redução de 4,7% no número de voos domésticos neste período, entretanto essa tendência de queda constante vem sendo observada desde o ano de 2013 muito em função da desaceleração econômica, como observa-se no gráfico 2.

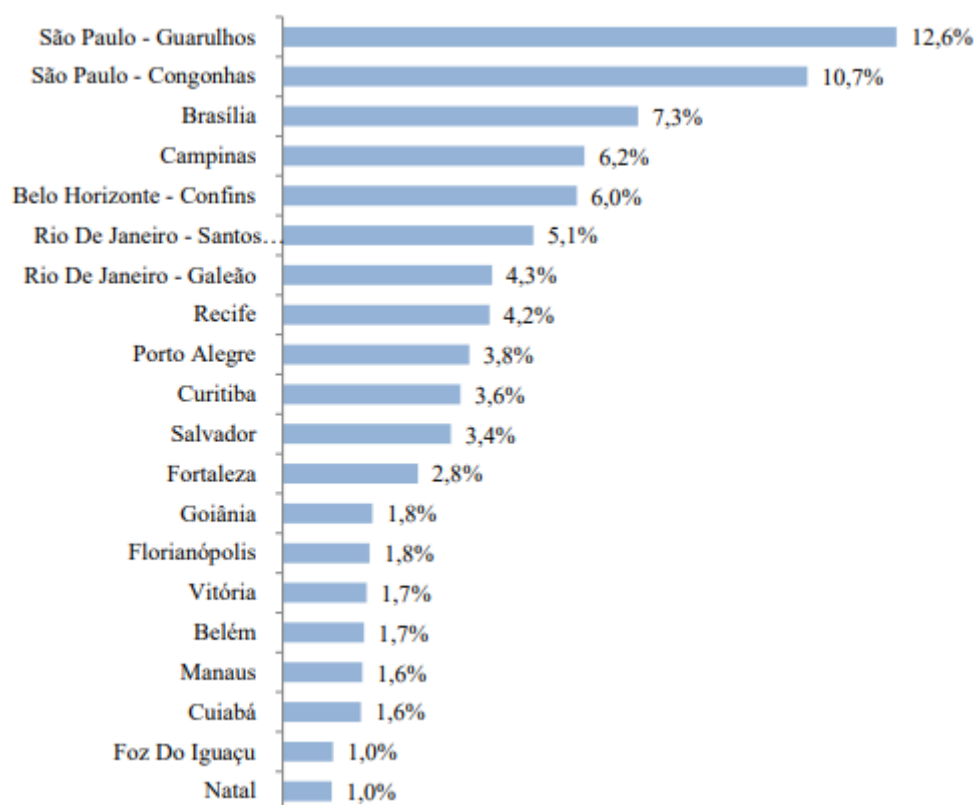
Gráfico 2: Evolução da quantidade de voos



Fonte: (ANAC, 2019)

Ao analisarmos a participação dos principais aeroportos referente ao número de decolagens, percebe-se que os três maiores aeroportos do estado de São Paulo juntos detêm 29,5% de todas as decolagens do país (Guarulhos, Congonhas e Campinas 1^a, 2^a e 4^a posição na lista, respectivamente no ano de 2019). Outro aeroporto a se destacar é o de Brasília que detém diversos voos de conexão com todas as regiões brasileiras, ocupa a 3^a posição com 7,3% do total de decolagens. Já os aeroportos do Rio de Janeiro (Galeão e Santos Dummont 6^a e 7^a posição, respectivamente) juntos concentram 9,4% do total de decolagens, ou seja, a maior parte das decolagens (44,9%) se concentram na região Sudeste, como ilustra-se no gráfico 3.

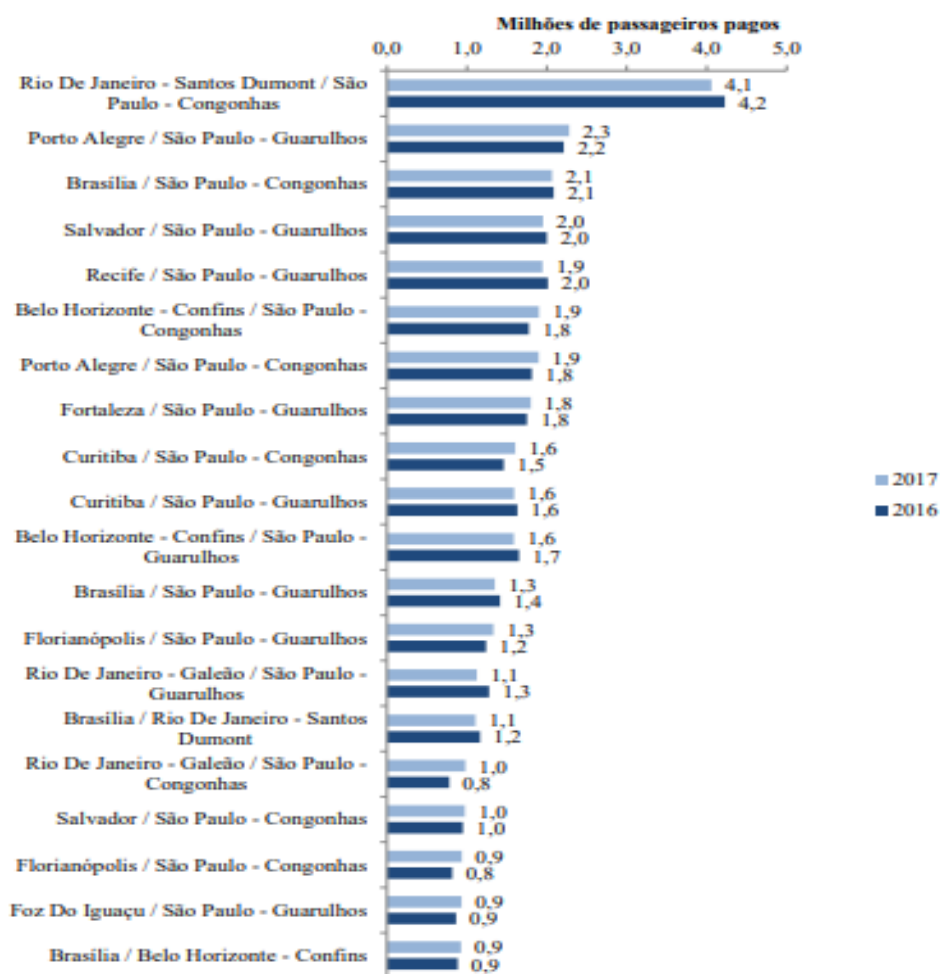
Gráfico 3: Participação dos 20 principais aeroportos na quantidade de decolagens – setor doméstico, 2019



Fonte: (ANAC, 2019)

Referente aos passageiros pagos transportados nas principais rotas, verifica-se que das 20 rotas principais 19 são ligadas ao estado de São Paulo. A rota com maior fluxo de passageiros é a ponte aérea Santos Dummont (RJ) – Congonhas (SP) que transportou em 2019, 4.1 milhões de passageiros pagos é a rota mais rentável do país, possui uma demanda elevada e se apresenta como uma barreira a entrada a novas empresas devido a questão dos *slots* que nesses aeroportos já foram distribuídos, e assim um entrave ao ingresso desse mercado. A segunda rota de maior fluxo é Porto Alegre (RS) – Guarulhos (SP) que transportou 2,3 milhões de passageiros. Em seguida, a rota Brasília (DF) – Congonhas (SP) que transportou 2,1 milhões de passageiros em 2019, como mostra o gráfico 4.

Gráfico 4: Passageiros pagos transportados nas 20 principais rotas – setor doméstico, 2018 e 2019



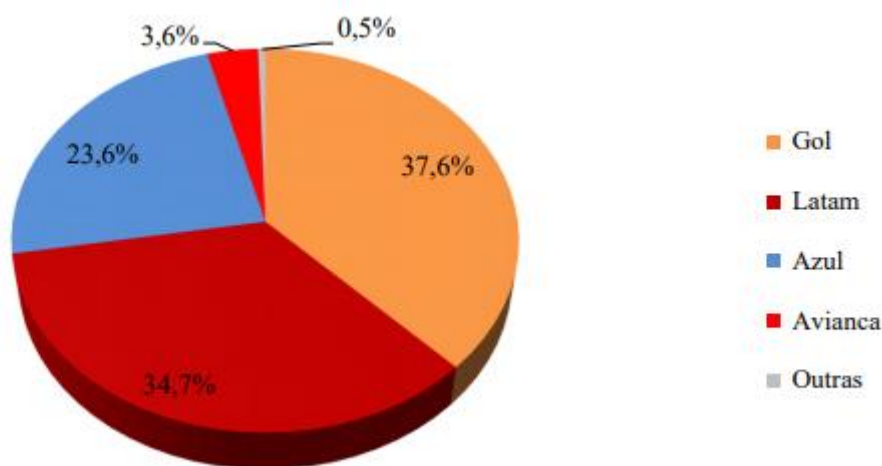
Nota: Foi considerado passageiros viajando em ambos os sentidos da rota.

Fonte: (ANAC, 2019)

Ao analisar a participação de mercado das maiores empresas do mercado de transporte aéreo, observa-se que no mercado doméstico a Gol detém a maior parcela de mercado 37,6%, a maior empresa do mercado de aviação civil brasileiro referente ao ano de 2019. Logo em seguida aparece a Latam (34,7%), Azul (23,6%) e Avianca (3,6% que por sua vez, saiu do mercado). As três maiores empresas atuantes juntas concentram 95,9% de todo o setor. Quando realizado o exame do CR4 incluindo a Avianca resulta-se a 99,5% de concentração, ou seja, essas quatro empresas detém o exercício do poder de mercado praticamente em sua totalidade, ilustra-se no gráfico 5:

Gráfico 5: Participação das quatro principais empresas no ASK⁵⁸ – setor doméstico, 2019

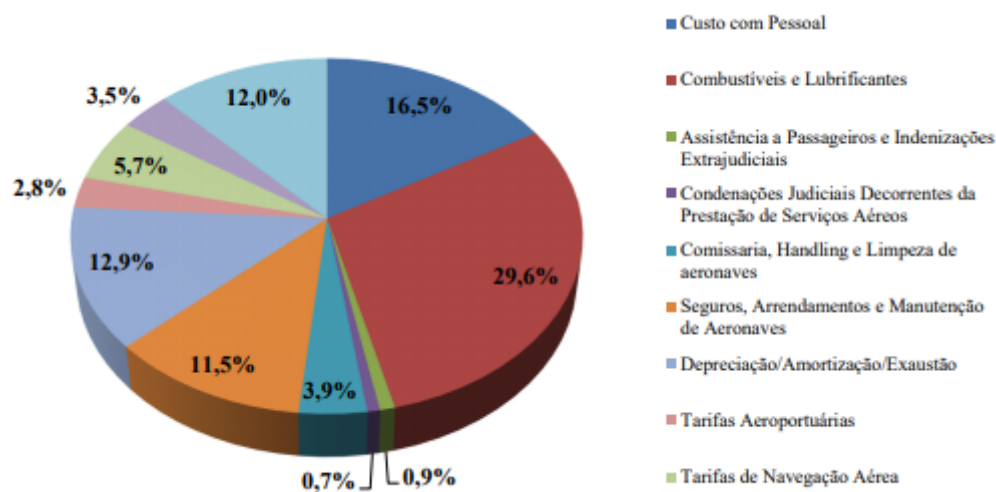
⁵⁸ **ASK** (*Available seat kilometer*): refere-se ao volume de Assentos Quilômetros Oferecidos, ou seja, a soma do produto entre o número de assentos oferecido e a distância das etapas.



Fonte: (ANAC, 2019)

Referente a composição de custos e despesas dos serviços aéreos em 2019, foram gastos R\$ 43,7 bilhões, um crescimento de 23,1% nas despesas em relação ao ano de 2018. Os itens mais significativos nos custos e despesas de voo das empresas foram combustíveis e lubrificantes (29,6%), custo com pessoal (16,5%) e seguro, arrendamento e manutenção das aeronaves (11,5%), como mostra no gráfico 6.

Gráfico 6: Composição dos custos e das despesas de voo da indústria, 2019



Fonte: (ANAC, 2019)

O mercado de transporte aéreo é caracterizado por ser bastante dinâmico, que exige vultuosos investimentos em inovações tecnológicas direcionados à segurança e conforto, é um setor que a partir de 2006 passou a ser regulado pela ANAC, possui elevadas barreiras á entrada (custos de aquisição e manutenção de aeronaves, leasings,

combustível QAV entre outras despesas), e como já visto no gráfico 4 é um setor altamente concentrado (numa dinâmica cíclica de falências, surgimento de novas empresas e operações de F&A) demonstrando sua complexidade.

3.2 Fonte das Informações

Serão analisados os votos do Conselheiro - Relator⁵⁹, que nos casos selecionados são: os votos do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz referente aos atos de concentração nº 08012.008378/2011-95 – Gol e Webjet e nº 08700.004155/2012-81 - Azul e Trip e o parecer técnico nº00/2018/CGAA4/SGA1/SG referente ao ato de concentração nº08700.004588/2018-22–Azul e Correios e o parecer técnico nº109/2020/CGAA5/SGA1/SG referente ao ato de concentração nº 08700.001133/2020-70 da Azul e TwoFlex que foram retirados dos relatórios da autarquia, no site do CADE. Na qual esses votos possuem informações sobre as operações, características dos mercados relevantes envolvido, a análise concorrencial, eficiências econômicas e análises complementares. O mapeamento dos atos de concentração segue os critérios do roteiro de avaliação são eles:

- a) Descrição da operação;
- b) Delimitação de mercado relevante;
- c) Avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado;
- d) Eficiências econômicas geradas pelo ato de concentração;
- e) Análises Alternativas.

3.3 Análise dos casos Gol – Webjet e Azul – Trip

3.3.1 Descrição da operação

- a) Caso Gol – Webjet

⁵⁹ Tem como atribuição principal emitir votos nos processos e nas questões submetidas ao Tribunal, com adoção de medida preventiva (controle de fusões, aquisições, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas), nos termos do art. 84 da Lei nº 12.529, de 2011 (RESOLUÇÃO nº 22, 2019)

Trata - se de uma aquisição de controle acionário da Webjet Linhas Aéreas S.A pela VRG Linhas Aéreas S/A (*aquisição de 100% capital social*). Foi firmado um *contrato de compra e venda de ações em 1º de agosto de 2011*. O valor da operação foi estimado inicialmente em R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de reais), a ser pago aos controladores da Webjet (*sujeito ainda a ajustes menores*)⁶⁰.

As requerentes declararam que a operação se justificara por ser uma forma de aumentar a capilaridade dos serviços da empresa, com a geração de sinergias operacionais (manutenção, combustível, peças) e corporativas que beneficiam o consumidor, seja mediante uma possível redução de tarifas, seja por meio do aumento de oferta de itinerários e destinos.

b) Caso Azul – Trip

Apresentou-se como uma associação da Azul Holding com Trip Participações, Trip Investimentos e Rio Novo Locações Ltda. ("Rio Novo") - que, em conjunto, detinha a integralidade do capital social da empresa Trip. Do ponto de vista societário, consistiu numa incorporação⁶¹ da totalidade das ações da Trip pela Azul Holding, que passou a adotar a razão social Azul Trip S.A, sem efetivar a extinção da Trip.

Foi formalizado um acordo de um Acordo de Investimento, em 25 de maio de 2012, estruturado por meio de troca de ações, sem pagamento em espécie entre as partes. As requerentes declaram que a operação se justificaria por fazer parte de uma estratégia de mercado para o desenvolvimento de linhas regionais, de forma a estabelecer-se como uma empresa de maior presença nacional, conferindo musculatura e relevantes economias de densidade, tornando-a mais capaz de disputar a liderança do mercado.

3.3.2 Delimitação do Mercado Relevante

Uma das principais atividades a ser realizada pela análise antitruste é a delimitação do mercado relevante, aqui este item foi subdividido em três partes para que

⁶⁰ Informações obtidas através: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/companhia-aerea-gol-anuncia-que-concluiu-compra-da-webjet-por-r-70-milhoes>.

⁶¹ Com a subsequente entrega de novas ações de emissão da Azul Holding, aos então atuais acionistas da Trip (Trip Participações, Trip Investimentos e Rio Novo).

esta delimitação esteja completa em conformidade com a teoria antitruste. A delimitação de mercados relevantes afetado pela operação são:

3.3.2.1 Dimensão Produto

- Mercado de transporte aéreo de passageiros;
- Mercado de transporte aéreo de cargas.

O Cade já analisou os mercados de transporte aéreo de passageiros e cargas anteriormente, sendo a última vez no Ato de Concentração n. 08012.009497/2010-84 (Requerentes: Lan e Tam), o que servirá de referência. De acordo com o Cade, há significativas diferenças, tanto do lado da oferta quanto do lado da demanda que permitem caracterizar os dois mercados relevantes distintos.

Do ponto de vista da oferta, o transporte de passageiros exige aeronaves mais sofisticadas e uma malha mais capilarizada que o transporte de cargas. Já em relação à demanda, os usuários dos serviços de transporte de passageiros e de cargas possuem exigências visivelmente distintas, em particular nas rotas, hora e dia de decolagem e entrega de mercadorias.

O entendimento adotado pelo relator para o mercado de transporte aéreo de passageiros é a abordagem ponto de origem/ponto de destino, já utilizado em vários casos⁶². Essa abordagem consiste em cada trecho aéreo que conecta duas cidades (ou seja, pares de aeroporto) configura um mercado relevante, já que em relação a demanda haveria pouca substitutibilidade entre trechos que conectam cidades distintas.

O Cade tem avaliado⁶³ que o mercado de serviços de transporte de passageiros possui relação direta com a configuração da infraestrutura aeroportuária, devido as barreiras à entrada oriunda da carência de infraestrutura nos aeroportos, principalmente nos aeroportos coordenados⁶⁴.

O relator explica que devido às características desses aeroportos, deveria se ter uma maior cautela na análise concorrencial na definição geográfica do mercado

⁶² A abordagem ponto de origem/ponto de destino tem sido utilizada pelo CADE em vários processos relativos ao mercado de transporte aéreo de passageiros, dentre os quais podem-se citar o AC n° 08012.001291/2003-877, AC n° 08012.003267/2007-148, 08012.002635/2010-029 e o AC n° 08012.004855/2010-62.

⁶³ Esta metodologia também foi aplicada no caso Latam.

⁶⁴ Aeroportos que possuem sistema de gestão de *slots*.

relevante e que não poderia se restringir apenas a análise das rotas operadas pelas empresas. Dessa forma, serão avaliadas as relações entre:

- a) ponto de origem/ponto de destino;
- b) voos diretos e indiretos (interligado a noção de perfis de passageiros)⁶⁵;
- c) questões relacionadas com a infraestrutura aeroportuária (como substituição entre aeroportos próximos).

O entendimento adotado pelo relator para o mercado de transporte aéreo de cargas foi que ele pode ser realizado de duas formas: em aeronaves específicas para este fim e nos porões de aeronaves utilizadas no transporte de passageiros. Cabe ressaltar que no caso Latam, avaliou-se as empresas aéreas que oferecem o serviço de transporte de cargas em três categorias conforme seu modelo de negócio, são elas:

- Empresas aéreas exclusivas ao transporte de carga: que operam em aviões cargueiros;
- Empresas aéreas combinadas: que transportam passageiros e cargas em aviões mistos ou exclusivos;
- Empresas aéreas integradoras: dedicadas ao transporte de cargas porta-à-porta por meio de aeronaves próprias e pela contratação de serviços junto a outras empresas, correspondendo a um serviço de logística de transporte completo e complexo.

3.3.2.2 Dimensão Geográfica

O Cade adotou a dimensão geográfica nacional dada a maleabilidade conferida às empresas aéreas para organizar a sua malha área e o conjunto de rotas que pretende explorar, tendo em vista o conjunto de rotas em que se pode voar em todo o país, estando a critério das empresas aéreas determinar as rotas que serão atendidas após terem acesso a uma determinada infraestrutura.

3.3.2.3 Análise concorrencial das definições de MR

- a) Pontos de origem e destino

⁶⁵ Importante para se verificar se há ou não a necessidade de se restringir mais a análise, como um segundo filtro após a definição por rotas.

O relator considerou na análise do caso Gol – Webjet o que foi apresentado pela ANAC⁶⁶, para três períodos semestrais, identificou 86 rotas (considerando rota como trecho de ida e volta) sobrepostas (OD) no primeiro semestre de 2010, 112 rotas sobrepostas no segundo semestre de 2010 e 86 (oitenta e seis) rotas sobrepostas no primeiro semestre de 2011 em que as empresas atuavam. Na análise do caso Azul-Trip considerou o que foi apresentado pelas requerentes⁶⁷, que identificaram 20 rotas sobrepostas em que a Azul e Trip atuavam, informação coletada com base no Horário de Transporte (HOTRAN) de 10/05/2012.

b) Voos diretos e indiretos e perfis de passageiros

Referente à substituíbilidade entre voos diretos e indiretos, explica-se que voos diretos são notoriamente mais atraentes aos passageiros do que voos indiretos, isso em decorrência dos voos indiretos serem mais longos e menos convenientes (envolvem escalas ou conexões) aos passageiros. Entretanto há uma substituíbilidade factível pela qual, devem-se fazer presentes determinadas condições de mercado relacionadas especialmente à duração dos voos (quanto maior o tempo gasto em um voo direto, maior a possibilidade de substituí-lo por um voo indireto⁶⁸) e ao perfil dos usuários (distinção entre passageiros em viagem de turismo⁶⁹ e *business*⁷⁰).

⁶⁶As requerentes também realizaram uma análise, identificaram 48 rotas sobrepostas no primeiro semestre de 2011, o relator explicou que a discrepância na quantidade de rotas apresentadas pela Anac e as requerentes se dá pelo fato das empresas considerarem o lapso temporal de uma semana em julho (este potencialmente adaptado para uma malha de férias), e não todo o período de análise, que compreenderiam outras rotas, de forma a abranger todas as possíveis oscilações que a malha aérea venha a sofrer em virtude da sazonalidade inerente a este tipo de transporte.

⁶⁷A ANAC também realizou uma análise, identificou 24 rotas sobrepostas, com base no HOTRAN de 26/07/2012 - data posterior à operação. Contudo o relator explicou “o que se deve observar é se a operação piora ou não o cenário concorrencial pré-operação, nos mercados em que a entrada se deu após a operação, não há que se falar em redução do número de concorrentes como resultado da associação entre Azul e Trip; nos mercados em que Azul atuava sem a Trip (e vice versa), a entrada da Trip (ou da Azul) posteriormente à operação representa não a eliminação de um concorrente efetivo, mas a oferta, por parte da nova empresa, de novas opções de horários de voos que não existiam antes da operação.”

⁶⁸Isso devido ao aumento de tempo de deslocamento causado por voos indiretos em trajetos mais longos que costumam ser proporcionalmente menor do que em trajetos mais curtos.

⁶⁹O passageiro em viagem de turismo normalmente é menos sensível ao tempo (dia e hora) e ao deslocamento, entretanto são mais sensíveis ao preço.

⁷⁰Passageiros *business* (viagens a trabalho) possuem uma certa rigidez quanto aos horários de voo com maior disposição a pagar, por exemplo maior conforto, etc.

Ainda ressalta-se que o decurso do tempo na decisão de compra dos passageiros é algo importante para delimitação de onde ocorre a concorrência, podendo interferir na escolha do consumidor no momento da compra. No caso Gol – Webjet foram descartadas as rotas internacionais operadas pela Gol e consideradas apenas as que foram identificadas sobreposição horizontal. Ao analisar o perfil de passageiros⁷¹ o relator observou que para todas as rotas indicadas a viagem a turismo prevalece, ficando a variação quase acirrada nos trechos considerados "ponte aérea", como Santos Dumont e Congonhas.

Outro fator é que ao comparar o perfil business e turismo combinados aos passageiros com e sem flexibilidade de horário, verificou-se que as proporções foram muito diferentes. Em várias rotas os passageiros da Gol com perfil *business* detinham cerca de 50% do faturamento da empresa (ou seja, pagavam pelo bilhete aéreo um preço maior) diferentemente do que ocorria na Webjet que não possui nenhuma rota com esta característica, indicando de que os clientes da Webjet eram mais sensíveis aos preços.

No caso Azul-Trip para análise do perfil de passageiros, o relator utilizou como proxy o perfil de tarifas praticadas nas rotas onde houve sobreposição disponibilizado pelas requerentes. A Azul adotou as seguintes divisões em relação às tarifas das passagens:

- Promo: Classe econômica, tarifa promocional, reservada para os voos, datas e trechos selecionados;
- Flex+: Classe econômica, tarifa flexível +, reservada para os voos, datas e trechos selecionados, permite Espaço Azul;

A Trip dividiu as tarifas entre:

- Não-Premium: passagens vendidas com tarifas promocionais; e
- Premium: passagens vendidas com outras tarifas que não promocionais.

O relator verificou que para todas as rotas indicadas, na empresa Azul a tarifa classificada como promo representa a maior parte da venda de bilhetes aéreos podendo indicar que seus clientes são sensíveis aos preços, na empresa Trip ocorre um balanceamento na venda dos bilhetes, com um leve predomínio das tarifas classificadas como *premium*, ou seja, mais propensos a pagar um preço maior.

⁷¹O relator explica que os dados não apresentam uma consistência suficiente para análise antitruste, os critérios de identificação de clientes são frágeis e pouco descritivos (não permitem uma discriminação perfeita do perfil de cliente como business ou turismo) apresentados pelas requerentes.

Referente a análise de divisão por rotas com percursos diretos ou indiretos, em ambos os casos ele explica que seria relevante em rotas com distâncias de longos percursos, como as internacionais, já em rotas com percursos mais curtos seria desnecessário esta segregação, como neste caso. O relator considerou ambos os perfis igualmente relevantes para este caso, ou seja, que para cada rota não haverá uma segunda divisão por tipo de passageiro para análise de mercado relevante e seu impacto na concorrência sendo assim possível abarcar as preocupações concorrenciais para ambos.

c) Substitubilidade entre aeroportos

Em ambos os casos, o relator analisa a possibilidade de aferição do grau de substitutibilidade entre rotas envolvendo os aeroportos circunvizinhos em caso de uma SSNIP (uma elevação não pequena e não transitória nos preços) das passagens. Ressalta-se que há poucos municípios que apresentam alguma possibilidade de concorrência entre aeroportos são eles: São Paulo (Congonhas, Guarulhos e, em alguma medida, Viracopos), Rio de Janeiro (Santos Dumont e Galeão) e Belo Horizonte (Confins e Pampulha, considerando a limitação de porte de aeronaves e de rotas).

Leva-se em consideração como possibilidade a substituição entre aeroportos circunvizinhos, os seguintes fatores: a) distância inferior a 100 km (já ponderados pela jurisprudência europeia e no caso Latam); b) o tempo; c) a qualidade atual de deslocamento dos grandes centros para os aeroportos afastados.

O relator menciona os aeroportos do Galeão e Santos Dumont, que apesar da curta distância entre eles (cerca de 40 km), nos horários de "pico" é inviável o deslocamento o trânsito pode se chegar a mais de uma hora e meia (mesmo utilizando veículo particular ou táxi), isso em decorrência da alta densidade demográfica da cidade e a ineficiência da estrutura de transporte urbano o que a priori não seriam prováveis substitutos.

No entanto no caso de passageiros que viajam a turismo⁷², o fator tempo não é tão preponderante quanto no caso dos passageiros *business*. Outra forma de se verificar a substituição entre aeroportos circunvizinhos, se dá por meio da origem e destino dos voos em cada aeroporto. Foi analisado as rotas atendidas pelo aeroporto de Congonhas,

⁷² Um fator que contribuiria para os passageiros a turismo decididamente substituírem um aeroporto por outro mesmo com o SSNIP seria a baixa mobilidade urbana das grandes cidades, o que favoreceria os aeroportos centrais e, assim cria possibilidade de divisão de passageiros.

verificou-se que 33% dos voos operados, a partida ou o destino são os aeroportos do Galeão e Santos Dumont.

Quando realizada à distribuição das partidas e chegadas das linhas aéreas observou-se que parte dos voos do aeroporto de Santos Dumont 45% dos voos operados, a partida ou o destino são os aeroportos de São Paulo, sendo o aeroporto de Congonhas a principal referência devido a “ponte aérea”. O relator afirma que Santos Dumont e Congonhas estão fortemente conectados, ou seja, alterações nas condições operacionais em um aeroporto afetam o outro na proporção das origens e destinos das rotas.

Já em Guarulhos é um caso distinto, que apresenta uma diversidade de origens e destinos, ao analisar a distribuição das partidas e chegadas das linhas aéreas observou-se que o aeroporto abrange grande dispersão geográfica em decorrência da quantidade de voos internacionais, é a principal porta de entrada e saída do país. Referente ao Galeão, o aeroporto se assemelha com o de Guarulhos, com uma diversidade de origens e destinos internacionais divergindo do de Santos Dumont. O relator considerou Congonhas e Santos Dumont pertencem a mercados relevantes distintos de Guarulhos e Galeão, e, portanto, não são substitutos perfeitos.

3.3.3 Avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado

Posteriormente, a delimitação do mercado relevante a análise antitruste avalia a possibilidade do exercício de poder de mercado, aqui este item foi subdividido em três partes índices de concentração, identificação de barreiras a entrada e análise da entrada para que esta avaliação esteja satisfeita.

➤ Índices de Concentração de Mercado

Em ambos os casos foram utilizados os clássicos índices de concentração, participação de mercado, Cr, a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) e o Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) com sua variação para separar as rotas com elevada concentração daquelas com baixa concentração. Na primeira etapa, foram selecionadas as rotas sobrepostas que acarretaram a participação de mercado acima de 20% em virtude da operação. No caso Gol-Webjet nesta etapa,

poucas rotas foram eliminadas, considerando o porte da Gol e a presença da Webjet nos principais aeroportos.

Posteriormente na segunda etapa, foram selecionadas as rotas que registraram um índice de C4 superior a 75% o que não sofreu grandes alterações nos resultados da primeira etapa pois os mercados já se encontravam concentrados em poucas empresas. Na terceira etapa, verificou-se o índice de Herfindahl-Hirschmanl (HHI) para estes mercados afetados, separando os que apresentaram uma variação de HHI superior aos 1500 pontos. Com isso conseguiu identificar os mercados afetados pela operação e potenciais problemas concorrenciais.

Dessa forma foram identificadas 26 rotas no primeiro semestre de 2010, 27 rotas no segundo semestre de 2010 e 18 rotas no semestre de 2011 essas concentrações envolvem os principais aeroportos brasileiros, como Brasília/DF, Porto Alegre/RS, Confins/MG, Santos Dumont/RJ, Galeão/RJ, Salvador/BA e destacam-se alguns aeroportos regionais, à exemplo de Navegantes/SC e Foz do Iguaçu/PR. No caso Azul-Trip na primeira etapa, foram identificadas 20 rotas sobrepostas com concentração maior que 20%, essas concentrações mais elevadas se encontravam em rotas que tinham origem ou destino em aeroportos regionais (não envolvia os principais aeroportos brasileiros).

➤ Barreiras à Entrada

O mercado de transporte aéreo de passageiros apresenta diversas barreiras à entrada, são elas:

- a) Barreiras regulatórias: relaciona-se ao controle de entrada de novas empresas, ampliação da oferta de voos e capacidade da empresa por ex: as regras referentes a distribuição de slots.
- b) Barreiras físicas: referente as limitações da infraestrutura aeroportuária disponível, leva-se em consideração os aeroportos coordenados ou com restrição de horários, rentabilidade dos horários de voos e a quantidade ofertada de slots.
- c) Barreiras econômicas: seriam os custos envolvidos para constituição e manutenção de uma empresa aérea como: aquisições de aeronaves, publicidade e marketing, entre outros e até mesmo a posição em aeroportos coordenados também faz parte.

- d) Barreiras técnicas: vinculada a questões regulatórias e de infraestrutura (físicas), compreende as limitações de horários, o tipo de equipamento que é permitido ou qual regra vigora em determinado aeroporto (alguns são mais livres que outros para determinar os tipos de aeronaves que detém preferência).
- e) Programas de fidelidade: ou programas de milhagem ou "*frequent flyer programs* (FFPs)" são destinados a passageiros frequentes, é um instrumento indutor de lealdade do consumidor.
- f) Aliança entre outras companhias: visam a oferecer mais destinos e uma diversidade maior de horários (entre outros objetivos).

No caso Azul - Trip, verificou-se que a empresa Trip não possuía um programa de milhagem, enquanto que a outra requerente detém o Programa Tudo Azul assim como outras empresas aéreas de médio e grande porte também detinham programas similares. Ao analisar o caso, o relator concluiu que a presença desses programas cria um diferencial competitivo, entretanto ele não identifica que seja suficiente para impedir a entrada de um novo concorrente, seja uma empresa já instalada ou uma entrante.

Ao analisar as alianças entre outras companhias, constatou-se que a Trip celebrou um acordo de *codeshare* com a Tam em 2010, estabelecendo um importante ponto de análise, o relator explica que “o tipo contratual gera obrigações que teriam potencial nexos com as estratégias das empresas, pois ambas permaneceriam atuando de forma articulada e complementar”(posteriormente o Cade determinou o fim deste acordo gradualmente até o final de 2014). Não foi registrado nenhum tipo de alianças entre Trip e Azul no mercado internacional.

A análise da condição de entrada de novas empresas no mercado de transporte aéreo de passageiros em relação à tempestividade, pode ocorrer em dois momentos diferentes: a) na entrada de uma nova empresa no mercado nacional quando uma malha área é capaz de rivalizar com as empresas já atuantes e/ou b) a entrada na rota, quando uma empresa aérea já estabelecida entra em uma rota que não atuava anteriormente (a principal parte dos custos de capital de uma empresa aérea relativa à compra e manutenção de aeronaves poderia ser alocado de uma rota para outra sem maiores obstáculos).

➤ Análise da Entrada

a) Entrada de uma nova empresa

O relator explica que a permanência de uma empresa no setor de aviação civil no Brasil, principalmente no transporte regular de passageiros, se realiza através da existência de economias de escala e escopo combinada a estruturação de uma malha competitiva em escala nacional (o que acaba por se tornar uma barreira a novas empresas devido à escassez de acesso à infraestrutura em algumas rotas, o que resulta na existência de uma escala mínima viável aos novos entrantes).

Se faz necessário um número significativo de rotas em grandes mercados ou um conjunto significativo de mercados com uma escala econômica, como observa-se nas empresas *players* deste setor que apresentam uma posição na maioria das regiões metropolitanas, capitais de estado e em várias grandes cidades, com escala para operar nos grandes mercados. A diversidade de rotas é capaz de atrair consumidores e sua operação regular e pontual fideliza clientes.

Além desta dimensão, o fato de haver alguma empresa entrante não necessariamente significa que ela tem capacidade de contestar tempestivamente determinados conjuntos de rotas que não estão concentradas no entorno da sua própria malha. Ressalta-se que a construção de uma malha nacional, tem o tempo estimado em torno de 4 anos, envolvendo perdas financeiras nesses primeiros anos.

Outros fatores importantes que envolvem a entrada de uma nova empresa são: a) as questões regulatórias e legais (como o limite para investimento de empresas estrangeiras no Brasil), b) tempo para aquisição de uma aeronave (cerca de 18 meses) e leasing (cerca de 90 dias), c) certificação pela ANAC, d) treinamento de pilotos e demais funcionários entre outras questões mostrando o quão complexo e dispendioso ocorre este ingresso de novas entrantes.

Diante disso, o relator aclara que a possibilidade da entrada de um nova empresa com uma malha aérea capaz de contestar as demais empresas já consolidadas no mercado é no mínimo, intempestiva, improvável e insuficiente no momento em que ocorre as operações.

b) Entrada na rota

Referente a entrada na rota, o relator explica que só é possível quando a empresa possui uma malha aérea com alguma escala em número de rotas, aviões e,

principalmente, posição em aeroportos estratégicos e que a contestação nas rotas sobrepostas e concentradas no presente momento deverá ocorrer pelas empresas já instaladas e não por empresas entrantes, devido a análise de entrada de uma nova empresa ser intempestiva.

Uma empresa entrante a priori busca fortalecer as suas rotas de atuação (que até pode coincidir com as rotas das empresas *players*), que sejam capazes de lhe dar condições de crescer no longo prazo.

Há vários fatores relevantes para a operação da empresa em determinada rota, válidos tanto para empresas entrantes quanto para as firmas já instaladas nos aeroportos (supracitados na seção anterior), destaca-se entre eles os horários e dias de semana que caso haja a inexistência de horários e dias economicamente viáveis nos aeroportos, ou até mesmo a sua indisponibilidade em estruturas aeroportuárias com escassez de oferta, pode tornar a entrada de uma empresa atuante intempestiva para contestar o exercício de poder de mercado pela empresa dominante, dessa forma restringindo a criação de rotas.

Cabe ressaltar que a escolha do consumidor por determinada empresa envolve, além do preço, fatores como os descontos nas tarifas e programas de fidelidade, regularidade, pontualidade, conectividade e variedade de rotas, o que só faz algum sentido em empresas com capilaridade de rede a tornando economicamente viável e passível de contestar o poder de mercado das empresas concorrentes.

O relator considera que quanto maior a disponibilidade de oferta de voos de uma empresa aérea em relação a outra, o consumidor tende a optar por aquela com maior malha aeroviária, devido a isso, ele conclui que a contestação por meio de novas rotas é um resultado de mudanças estratégicas de empresas que já atuam no mercado nacional e que tenham capacidade para adicionar novo avião ou rota a sua estrutura pré-existente e assim eventualmente contestar as firmas instaladas.

Ele ainda declara que mesmo que os investimentos envolvidos possam induzir à entrada nas rotas concentradas, deve-se avaliar a situação das estruturas dos aeroportos e formas para seu acesso o que acaba por influenciar na limitação ou até mesmo eliminação do número de empresas rivais efetivas, tornando a entrada improvável, intempestiva e insuficiente.

3.3.4 Eficiências Econômicas Alegadas

No caso Gol - Webjet as empresas advogam a existência das seguintes eficiências: a) aumento do poder de rivalizar no mercado; b) incremento na frota e modelos de aviões Boeing; c) redução de custos; d) expansão do programa Smiles. Entretanto, o relator afirma que nem todas são eficiências específicas, portanto não são suficientes para mitigar todos os problemas concorrenciais identificados na operação. Dentre as eficiências oriundas do ato de concentração, ele destaca a rápida modernização da frota com aumento do número de assentos por slot e reduções de custo. Ele explica que “não há sinais de que as restrições à entrada de novos concorrentes em Santos Dumont associadas a eliminação de um player possam ser compensadas com as alegadas eficiências da aquisição”.

No caso Azul - Trip as empresas advogam a existência das seguintes eficiências: a) aumento do poder de rivalizar no mercado; b) maior regularidade e pontualidade; c) redução de custos de manutenção e treinamento; d) aumento da conectividade nas malhas; e) independência estratégica de Trip; f) expansão do programa de fidelização. Entretanto, o relator afirma que nem todas são eficiências específicas, portanto não são suficientes para mitigar todos os problemas concorrenciais identificados na operação, tanto no nível operacional como também no comportamento estratégico. Dentre as eficiências oriundas do ato de concentração, ele destaca a conectividade das malhas.

Ele avalia que a fusão de Trip com Azul favorece a contestação da posição das líderes por parte das fusionadas, mas as relações econômicas e operacionais colocam em dúvida isso. Ressalva que a independência estratégica da Trip é um fator importante e positivo da operação, porém é um comportamento estratégico possível de ser obtido por outros meios e também utiliza o mesmo argumento do caso Gol-Webjet referente as restrições à entrada de novas empresas em Santos Dumont.

3.3.5 Análises Alternativas

No caso Gol – Webjet foi realizado a análise se a Webjet seria uma empresa maverick no mercado regular de transporte de passageiros, e que a aquisição pela VRG propiciaria a eliminação de um competidor. As empresas afirmavam que a Webjet ela não seria uma empresa com esse perfil. O relator averiguou esta possibilidade e constatou que a política de preços praticados pela Webjet era comparativamente menor

que as demais concorrentes, porém a qualidade dos seus serviços era inferior, apresentava uma malha aérea reduzida e uma baixa frequência de voos.

Através da análise de preços, em determinadas rotas a Webjet exercia alguma pressão competitiva nas rivais mais diretas (Tam e Gol), mas tais diferenciais de preços dependiam fundamentalmente do momento em que se adquiria a passagem⁷³. Ao avaliar o desempenho das requerentes nos primeiros anos e compará-las, verifica-se que a Gol apresenta uma trajetória crescente, sai de 169 mil passageiros transportados no primeiro trimestre, para quase meio milhão de passageiros transportados no terceiro trimestre. Neste mesmo período acontece o contrário com a Webjet, sai de 34 mil no primeiro trimestre e passa pra menos de 10 mil nos trimestres seguintes, uma redução significativa.

Observando a trajetória histórica da Webjet, o relator inferiu que houve uma superação as dificuldades iniciais e que ao decorrer da sua atuação, a empresa conseguiu acesso aos aeroportos coordenados e com restrição de horários, de forma a alavancar o crescimento da empresa em boa parte de suas rotas. O que levaria mais uma vez a Webjet a uma competição direta com as duas outras grandes empresas do setor, indicando-se uma similaridade dos modelos de negócio, o que seria um contra argumento de que a empresa era uma empresa maverick.

Diante disso, o relator passou a destacar os pontos de convergência e divergência da Webjet com as demais empresas, referente ao modelo de negócios. A priori, ele apresenta os produtos da Webjet que se diferenciavam do que seria ofertado pelas outras concorrentes, são: a) serviço de bordo - venda a bordo; b) inexistência de um programa de milhagem e c) público alvo. Cabe ressaltar que as requerentes se posicionaram como empresas de baixo custo e baixa tarifa, em que acreditavam no crescimento da renda dos consumidores com menor poder aquisitivo que tem elevada sensibilidade ao preço, entretanto a Webjet radicalizou o foco neste segmento de mercado.

Ao comparar a Gol com a Webjet, os produtos oferecidos até então pelas empresas eram distintos a Webjet apresentava uma série de fragilidades competitivas, são elas: a) frota obsoleta, b) tarifas médias abaixo das praticadas pelas concorrentes; c) inexistência de parcerias com outras empresas aéreas do setor, por meio de codshare ou

⁷³ Por exemplo, em 2011 a Gol informou que a compra antecipada de passagens em dois meses poderia ter descontos de mais de 50% frente a compras antecipadas em apenas uma semana. Já no caso da Webjet, tais descontos não eram parte da estratégia da empresa.

contratos de *interline*; d) inexistência de um programa de milhagem, e) espaço para passageiros reduzido.

Por fim o relator conclui que o ponto destacável “a única arma competitiva” da Webjet são as tarifas baixas⁷⁴ em que até certo ponto, exerciam uma pressão competitiva nas concorrentes (o diferencial positivo a oferecer ao consumidor), porém restringia a capacidade de expansão⁷⁵ da empresa, ou seja, sua capacidade de ser uma rival efetiva. Antes da aquisição a Webjet parecia ser uma empresa agressiva em preços, mas apresentava uma série de uma acumulação interna limitada de recursos e equipamentos obsoletos, o que a descaracterizava com uma empresa do tipo maverick. No caso Azul-Trip não foi realizado nenhuma análise complementar a análise clássica.

3.4 Análise do caso Azul e Correios

3.4.1 Descrição da operação

Apresenta como intuito a criação de uma sociedade voltada à solução logística integrada para prestação de serviços de transporte regular e não regular de cargas e malas postais por via aérea e terrestre, em todo o território brasileiro. A AZUL deterá 50,01% e ficará com o controle da Sociedade e os Correios deterá 49,99% e o direito de vetos usualmente atribuídos a acionistas minoritários (proteção de investimentos).

Criando uma joint venture (NEWCO), cabe ressaltar que a operação não promove fusão, incorporação ou integração empresarial entre os Correios e a Azul ou entre os Correios e a NEWCO. Os Correios continuarão a prestar os serviços que atualmente realizam e a Azul transferirá as operações domésticas da sua unidade AZUL Cargo para a NEWCO, e continuará realizando suas outras atividades de forma independente.

A operação visa promover ganhos de eficiência em benefício das duas empresas, mas também ao bem-estar social à medida que viabilizaria uma redução dos custos dos Correios com transporte e possibilitaria o uso mais rentável dos porões dos aviões da AZUL, representando um investimento em eficiência ao mercado em geral e gerando dividendos que beneficiarão ambas as requerentes.

⁷⁴Decorrentes dos descontos praticados pelas empresas em caso de compras antecipadas e na véspera da viagem.

⁷⁵Ao analisar a situação financeira da empresa o relator verificou a existência de diversos aumentos de capital da Webjet.

3.4.2 Delimitação do Mercado Relevante

A definição do mercado relevante foi dividida em duas partes, os mercados afetados pela operação são:

3.4.2.1 Dimensão Produto

- Mercado de entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais;
- Mercado de transporte aéreo de cargas para destinos nacionais;
- Mercado de transporte rodoviário de cargas para destinos nacionais.

O Cade se referenciou pelo caso do ato de concentração 08700.009559/2015-12 da TNT/Fedex sobre o mercado de entrega de pacotes no qual foi analisado anteriormente. O primeiro mercado o entendimento adotado é que a entrega expressa de pequenos pacotes (encomendas com peso até 30kg) é um segmento específico do mercado de transporte de cargas no qual deve ser analisado separadamente e ambas as empresas ofertam este serviço.

Além do peso da carga transportada, outro ponto de distinção deste mercado é a questão do prazo de entrega pré estabelecido, não podendo se confundir com serviços convencionais⁷⁶ como já visto no ato de concentração da TNT/Fedex. As empresas foram de acordo com as estas premissas e a delimitação adotada.

Referente ao segundo mercado, o entendimento adotado já foi analisado diversas vezes pelo Cade, que compreende como um mercado diferente do mercado de transporte aéreo de passageiros sob os pontos de vista da oferta e demanda, pois este serviço pode ser realizado por empresas aéreas exclusivas a essa atividade, combinadas com o transporte de passageiros ou integradoras transporte de cargas porta-a-porta.

A Azul pretende aproveitar a capacidade dos seus porões de suas aeronaves utilizadas no transporte de passageiros e sua malha aeroviária. Dessa forma adota-se a definição de mercado de transporte aéreo de cargas para destinos nacionais. Ressalta-se que as empresas não ofereceram nenhuma definição alternativa, apenas mencionam tais precedentes.

⁷⁶ Os serviços convencionais são caracterizados por: a) ausência de garantia de entrega em um dia determinado, b) ausência de rastreamento, c) ausência de opção de serviço “porta a porta” e d) prazo de entrega significativamente maior.

Quanto ao terceiro mercado, o Cade já analisou diversas vezes, sendo o mais recente no caso TNT/FEDEX, realizado por meio de veículos sobre rodas (majoritariamente automotores) nas vias de rodagem pavimentadas ou não para transporte de mercadorias. Entende-se que no mercado de transporte rodoviário é comum ao transporte de cargas de diferentes tamanhos e pesos, de pequenos a grandes volumes.

Outra diferenciação é na questão do tempo de entrega, esse serviço pode viabilizar uma opção para clientes menos sensíveis a tempo e mais ao preço. Em conformidade com os casos anteriores o Cade adotou a definição de mercado de transporte rodoviário de cargas para destinos nacionais. No qual as empresas adotaram a mesma definição.

3.4.2.2 Dimensão Geográfica

O Cade adotou a dimensão geográfica nacional para todos os mercados na análise, para os mercados de entrega expressa de pequenos pacotes e de transporte terrestre de cargas entende que são mercados nacionais, especialmente quando a oferta de serviço traz um escopo já pré-definido de âmbito nacional.

Referente ao mercado de transporte aéreo de cargas para destinos nacionais, o Cade não define uma dimensão geográfica, em razão das características das operações submetidas. As empresas explicam que o baixo impacto da operação neste mercado, deixaria a possibilidade de uma definição em aberto.

E posteriormente a jurisprudência do Cade corrobora com o que é apresentado pelas requerentes e encontra precedentes no caso do ato de concentração 08700.009559/2015-12 da TNT/Fedex que apresenta o mesmo aspecto de serviços prestados para destinos nacionais como o caso em análise.

Ressalta-se que neste caso não foi realizado a análise clássica, o relator explica que devido aos mercados relevantes afetados pela operação, a análise concorrencial se realizou pelas seguintes relações:

- a) Sobreposição horizontal no mercado de entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais;
- b) Integração vertical entre transporte aéreo de cargas para destinos nacionais ofertado pela Azul, de um lado, e entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais ofertado pelos Correios, de outro lado;

c) Integração vertical infraestrutura de transporte terrestre detida pelo Correios, de um lado, e entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais ofertada pela Azul Cargo (a ser absorvida pela NEWCO), de outro lado. Como ilustra-se no quadro 4:

Quadro 4 - Atividades, relações verticais e sobreposições horizontais

Mercado	ECT	Sociedade
Entrega expressa nacional de pequenos pacotes	X	X
Entrega expressa nacional de pacotes de peso maior que 30kg	-	X
Entrega internacional de pacotes	X	-
Transporte aéreo nacional de cargas	-	X
Transporte terrestre nacional de cargas	X	-

Elaboração: CGAA4/SG.

3.4.3 Análise Concorrencial

3.4.3.1 Sobreposição Horizontal no mercado de entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais

O relator explica que este mercado está inserido numa sobreposição horizontal das atividades da AZUL (sua unidade AZUL Cargo será absorvida pela joint venture a ser constituída) e da ECT. Entretanto as requerentes argumentam que seria apenas uma sobreposição em potencial, devido que não haveria uma fusão entre as empresas e os Correios continuaria concorrendo independentemente com a NEWCO.

Porém o relator entende que esta operação implica uma sobreposição horizontal, pelo fato de que a operação exercerá o controle compartilhado da empresa, através de direito a veto, nomeação de membros para o Conselho Administrativo, além de usufruir dos dividendos gerados pela sociedade. Azul e Correios apresentaram estimativa de participação no mercado como mostra-se a seguir na Tabela 5 abaixo:

Tabela 5- Participação no Mercado elaborada pelas requerentes (2017)
Market Share - Mercado de Entrega Expressa de Pequenos Pacotes para Destinos Nacionais

Empresa	Valor (R\$)	Share
AZUL	[...]	[0-10%]
ECT	[...]	[40-50%]
TAM	[10-20%]	[10-20%]
DHL	[0-10%]	[0-10%]
UPS	[0-10%]	[0-10%]

Total Express	[0-10%]	[0-10%]
Brasspress	[0-10%]	[0-10%]
Total	R\$11.060.000.000	100%

Fonte: Disponível em SEI/CADE - 0555154 – Parecer (2018)

Após a coleta de dados referentes a 2017 o Cade obteve os seguintes resultados como é mostrado na tabela 6 sobre market share:

Tabela 6- Participação no mercado elaborado pela CGAA4/SG (2017)
Market Share - Mercado de Entrega Expressa de Pequenos Pacotes para Destinos Nacionais

Empresa	Faturamento	Share
AZUL	[...]	0 – 10
ECT	[...]	50 – 60
TAM	[...]	0 – 10
GOL	[...]	0 – 10
TNT/FEDEX	[...]	10 – 20
JAMEF	[...]	0 – 10
DIRECT	[...]	0 – 10
JADLOG	[...]	0 – 10
DHL	[...]	0 – 10
UPS	[...]	0 – 10
Total Express	[...]	0 – 10
Brasspress	[...]	10 - 20
Total	R\$9.501.915.228	100%

Fonte: Disponível em SEI/CADE - 0555154 – Parecer (2018)

Posteriormente examinou a concentração do mercado pelo HHI como apresenta o quadro 5:

Quadro 5 - Concentração e Variação do HHI elaborado pela CGAA4/SG (2017)

Mercado de Entrega Expressa de Pequenos Pacotes para Destinos Nacionais	
HHI pré-operação	2.962 pontos
HHI pós-operação	3.135 pontos

ΔHHI pós-operação	173 pontos
--------------------------	------------

Fonte: Disponível em SEI/CADE - 0555154 – Parecer (2018)

Nota-se um mercado altamente concentrado, embora a participação da ECT no mercado seja relevante, a Azul apresenta um baixo market share ao considerarmos as demais concorrentes deste mercado. Com uma pequena variação de concentração (HHI) em 173 pontos o relator pondera que poderia ser necessário um maior aprofundamento na sobreposição horizontal, entretanto concluiu que a operação não geraria aumento de poder devido a Azul ter baixa representatividade.

O relator explana que não há qualquer evidência de que a Azul seria uma maverick ou histórico de compras ou associações sucessivas do ECT com outros agentes diante disso, não haveria preocupações concorrenciais sobre este mercado.

3.4.3.2 Integração vertical no mercado de transporte aéreo de cargas para destinos nacionais e entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais

Este mercado está inserido numa integração vertical, em que pode ser analisado duas hipóteses que são relevantes tanto para empresas já estabelecidas no mercado e possivelmente afetadas, como também as empresas em potenciais para adentrar no mercado. São elas:

- Se a operação poderá acarretar dificuldade de acesso ao insumo serviço de transporte aéreo de cargas (Azul e NEWCO) para as demais empresas (estabelecidas e entrantes) resultando num fechamento do mercado a jusante.
- Se a operação poderá acarretar dificuldade de acesso, pelas empresas estabelecidas (que concorrem com a Azul) e possíveis entrantes no mercado de transporte aéreo de cargas e os clientes que demandam este serviço resultando num fechamento do mercado a montante.

Na sequência são discutidas as possibilidades de fechamento de mercado tanto a montante quanto a jusante.

- a) Hipótese fechamento do mercado a jusante

O Cade avaliou se há riscos após a operação de prejuízos a concorrência e compreendeu que era ínfimo devido à incapacidade da Azul em fechar o mercado, decorrente da sua tímida participação no mercado nacional de transporte aéreo de cargas para destinos nacionais, como apresentado na tabela 3 abaixo:

Tabela 7- Participação no mercado nacional de transporte aéreo de cargas

Carga Transportada		
Empresa	2017	
	Toneladas	Market Share
LATAM	117.743.430	27,60%
GOL	97.903.391	22,95%
Sideral	57.328.909	13,44%
Avianca	54.562.631	12,79%
AZUL	40.447.307	9,48%
ABSA	39.304.225	9,21%
Total	18.051.361	4,23%
Rio	601.617	0,14%
Outros	671.373	0,16%
Total	426.614.244	100,00%

Fonte: Elaborado por ANAC (2017) e disponível em SEI/CADE - 0555154 – Parecer (2018)

Consideram também, o alto nível de ociosidade relativa ao espaço para transporte de carga aérea junto às três maiores concorrentes da Azul no mercado (Tam, Gol e Avianca). O Cade verificou que atualmente a capacidade de carga das empresas exclusivas contratadas pelos Correios, são elas: Sideral Linhas Aéreas com 266 toneladas, Total Linhas Aéreas com 125 toneladas e Piquiatuba Taxi Aéreo não se obteve os dados, estarão disponíveis ao mercado após a operação.

Referente a Azul na consulta realizada pelo Cade não se obteve resposta no sentido de que seus serviços seriam essenciais ou não seriam ofertados alternativamente por outras empresas de transporte aéreo de cargas e poucas empresas a citaram como fornecedora.

Dessa forma o Cade conclui que é improvável o fechamento do mercado a jusante frente os Correios e a NEWCO como resultado da integração vertical. As outras

empresas que ofertam serviços de entrega expressa de pequenos pacotes continuarão tendo opções das concorrentes que representam mais de 90% do mercado.

b) Hipótese fechamento do mercado a montante

Sabe-se que a demanda dos Correios será exclusiva da NEWCO, portanto, outras empresas não poderão realizar o transporte aéreo de cargas, mas os Correios são apenas uma parcela do mercado de entrega expressa de pequenos pacotes e há o elevado número de empresas demandantes desse serviço podendo incluir outras modalidades de cargas.

Sendo assim a carga dos Correios não é essencial para as outras empresas de transporte que realizam este serviço. O Cade informa que mais de 80% da carga transportada por modal aéreo vem de outras fontes que não os Correios. Devido a isso, entende-se que também é improvável o fechamento do mercado a montante.

3.4.3.3 Integração vertical no mercado de transporte rodoviário de cargas para destinos nacionais.

Este mercado está inserido numa integração vertical, em que pode ser analisado duas hipóteses que são relevantes tanto para empresas já estabelecidas no mercado e possivelmente afetadas, como também as empresas em potenciais para adentrar no mercado. São elas:

- Se a operação poderá acarretar dificuldade de acesso ao insumo “infraestrutura de transporte terrestre dos Correios” por parte das empresas já estabelecidas que concorrerão com a NEWCO no mercado de entrega expressa de pequenos pacotes resultando num fechamento do mercado a jusante.
- Se a operação poderá acarretar dificuldade de acesso, pelas empresas estabelecidas (que concorrem com os Correios) no mercado de transporte terrestre de cargas e os clientes que demandam este serviço de entrega expressa de pequenas encomendas resultando num fechamento do mercado a montante.

a) Hipótese fechamento do mercado a jusante

Para o melhor entendimento do tema, esclarece a priori, como se dá a logística de entregas expressas e transporte de cargas e o papel dos Correios (ECT). A estrutura de transporte terrestre da ECT tem sido utilizada por empresas do mercado de entrega expressa de pequenos pacotes para a cobertura de trechos de primeira e, especialmente, última milha.

A primeira milha é o trecho entre o local de coleta/recebimento da encomenda e o centro de tratamento que faz a sua triagem e direcionamento. A última milha é o trecho do deslocamento terrestre da encomenda desde um centro de distribuição local no município ou região de destino até o endereço do destinatário final.

A ECT informa que quase a totalidade da execução da etapa de *line haul*, é terceirizada através da contratação de serviço de transporte de terceiros. Já o transporte para a realização das etapas de primeira e última milha é dividido entre terceiros e a estrutura própria dos Correios responsáveis pela maior parte do volume transportado.

Tanto os correios quanto os seus concorrentes utilizam a terceirização das etapas de cadeia logística por requerem uma infraestrutura de transporte terrestre, no qual é desvantajosa e custosa em diversas situações e localidades.

A azul informou que não possui frota de veículos própria, mas possui cerca de 170 representantes responsáveis pelo transporte terrestre nas etapas de primeira e última milha, estruturando sua rede de entregas de encomendas.

O Cade consultou as empresas concorrentes dos Correios no mercado de entrega de encomendas e comprovaram que a baixa dependência delas em relação a estrutura e serviço da ECT. Implicando na incapacidade dos Correios fecharem o mercado ajustante, revelando também a possibilidade de diversas empresas que podem suprir a necessidade logística de primeira e última milha em alternativa à ECT.

Algumas empresas destacaram, que dada a capilaridade dos Correios e sua função como empresa pública, seu alcance é incomparável estando presente em todos os municípios brasileiros, e dependendo do local seria a única opção de entrega de encomendas. Nessa questão entra uma de suas funções em atender qualquer cliente sendo ele pessoa física ou jurídica.

Outro papel desempenhado pela ECT é de ter uma política comercial transparente com a oferta de preços diferenciados ocorrendo de forma isonômica e horizontal na medida em que se estenderia a todos os clientes que atendem as mesmas contrapartidas. Outro ponto levantado foi a análise do Ato de Concentração

TNT/FEDEX, que constatou que o mercado de transporte terrestre é altamente pulverizado (na época nenhuma empresa detinha mais que 10% de market share).

b) Hipótese fechamento do mercado a montante

Considera-se que o modelo logístico da ECT não mudará com a operação, continuará subcontratando empresas em que precise do serviço e utilizando da sua própria estrutura nos elos que atualmente utiliza, portanto, a operação não gera impacto nas demais empresas concorrentes, assim como a Azul que também não altera seu modelo logístico com a operação.

O Cade reitera que mesmo que a NEWCO passe a ter sua própria frota para transporte terrestre, o volume de cargas movimentado pela AZUL/NEWCO é irrelevante, frente ao volume de cargas movimentadas das concorrentes no mercado de entregas expressas de pequenos pacotes e outros tipos de encomenda. Isso não seria capaz de ocasionar um fechamento do mercado a montante.

Da análise que foi realizada, o relator concluiu que não há elementos que indiquem que a operação possa ter problemas concorrenciais, sejam decorrentes da sobreposição horizontal ou das integrações verticais, dessa forma, recomendou-se a aprovação sem restrições do ato de concentração.

3.5 Análise do caso Azul e TwoFlex⁷⁷

3.5.1 Descrição da operação

Esta operação trata da aquisição pela Azul de 100% das quotas e de todos os ativos e direitos da TwoFlex, conforme Contrato de Compra e Venda celebrado em 21 de fevereiro de 2020. As requerentes declararam que identificaram na operação a oportunidade de ampliar a sua capilaridade através da operação da TwoFlex, oferecendo serviços mais completos aos seus consumidores e que a atuação integrada entre elas, pertencentes ao mesmo grupo econômico, explorariam sinergias de produto, custos,

⁷⁷ Este caso é derivado de um procedimento sumário (diferente dos demais casos que são procedimentos ordinários) reservado para casos de menor complexidade concorrencial, cujas vantagens são o prazo menor de análise e o formulário mais simples. (CRAVO; ATHIAS, 2020)

captação de clientes e comerciais, potencializando o desenvolvimento de negócios para as referidas empresas e fortalecimento à aviação regional brasileira.

3.5.2 Delimitação do Mercado Relevante

A definição do mercado relevante foi dividida em duas partes, o mercado afetado pela operação é:

3.5.2.1 Dimensão Produto

- Mercado de transporte aéreo de passageiros⁷⁸;

Foi entendido que haveria uma sobreposição horizontal relevante no mercado transporte aéreo de passageiros.

3.5.2.2 Dimensão Geográfica

A Azul opera em todo o Brasil e também em alguns aeroportos internacionais, já a TwoFlex opera em todo o Brasil com foco na região Centro-Norte do país, dessa forma o Cade adotou a dimensão geográfica nacional para a análise da operação. Assim como já analisado em outros casos supracitados neste trabalho, utilizou-se a mesma avaliação para a dimensão geográfica entre as relações:

- a) ponto de origem/ponto de destino, cada rota formaria um mercado individual;
- b) a substitutibilidade entre voos diretos e indiretos (com escala ou conexão) nas rotas em análise;
- c) substitutibilidade entre aeroportos situados na mesma localidade.

⁷⁸ O CADE segmenta, na dimensão produto, os serviços de aviação em: i) os serviços de transporte aéreo de passageiros; ii) de transporte aéreo de cargas. Entretanto neste caso foi considerado que o foco da presente operação não está no segmento de cargas, devido as requerentes terem informado que, em 2019, a TwoFlex não operou nenhum voo regular para o transporte de cargas, tampouco consegue utilizar os espaços sobressalentes (porão/barriga do avião) de suas aeronaves para aproveitar eventual voo regular de passageiros para realizar também o transporte de cargas. Também foi citado que os únicos serviços de transporte aéreo de cargas realizado pela empresa em 2019 compreenderam o fretamento de aeronaves exclusivamente para o transporte de uma carga por um determinado cliente (atuação excepcional e eventual). A azul realiza o serviço de transporte de cargas aéreas, porém representa uma parte ínfima do seu faturamento. Dessa forma o mercado de transporte aéreo de cargas foi desconsiderado da análise.

Ressalta-se que neste caso não foi realizado a análise clássica somente a análise de sobreposição horizontal no mercado de transporte aéreo regular de passageiros.

3.5.3 Análise Concorrencial

Foram apresentadas 148 rotas operadas pela TwoFlex em 2019, em que se verificou que nenhuma das rotas é operada pela Azul, ou seja, não haveria sobreposição entre as atividades das empresas portanto, a Azul passaria operar nestas rotas. As empresas explicaram que ambas operam fretamentos para diferentes clientes como times esportivos, bandas musicais, serviços governamentais, clientes corporativos, e outros.

E que não haveria potenciais sobreposições horizontais entre tais rotas de fretamentos, ou mesmo, entre estas e rotas regulares de uma e outra empresa. Devido ao fato do ponto de vista da demanda, o fretamento de aeronaves atende a necessidades distintas de cada cliente, de forma exclusiva e temporária e regida por contratos específicos, além de não serem normalmente abertas a vendas públicas individuais de assentos.

Como já visto anteriormente a avaliação da existência ou não de substituíbilidade entre voos diretos e voos indiretos tende a ser mais fraca quando se trata de trechos com tempo de viagem e distância menores o que envolve exatamente esta operação, portanto apresenta-se uma baixa substituíbilidade de rotas. Assim como a substituíbilidade entre aeroportos situados na mesma localidade, já observado em casos anteriores em que os aeroportos de São Paulo: Guarulhos (“GRU”), Congonhas (“CGH”) e Viracopos (“VCP”), não são considerados aeroportos substitutos.

Em complementação a análise, as empresas apresentaram uma estimativa de suas participações no aeroporto de Congonhas onde são conhecidas as características de congestionamento para a utilização de sua infraestrutura em "horários de pico" e as disputas por *slots*, ocorridas recentemente, em especial pela saída da Avianca no mercado brasileiro de transporte aéreo de passageiros. Como pode-se observar no quadro 6:

Quadro 6 - Slots do Aeroporto de Congonhas/SP

Empresa	Azul	TwoFlex	Latam	Gol	Map/Passaredo	Total
Slots	41	14	236	234	26	551
Share	7,64%	N/A	43,95%	43,58%	4,83%	100%

Fonte: Parecer nº 109/2020/CGAA5/SGA1/SG

*A TwoFlex opera na pista auxiliar de CGH e, por conta disso, seus slots não são considerados pela ANAC no cômputo total dos slots disponíveis em CGH.

As requerentes argumentam que ao considerar apenas os slots do Aeroporto de Congonhas/SP, a concentração ficaria abaixo de 20% e mostram que Gol e Latam continuam amplamente dominantes nesse aeroporto. Elas ressaltam ao fim da análise, que a Azul sacrificou rotas operadas em CGH para tentar competir na ponte aérea Rio-São Paulo (rota: CGH-SDU).

E esta operação visa fomentar ainda mais a concorrência no mercado de transporte aéreo de passageiros, uma vez que a) a TwoFlex não opera a ponte aérea, e b) a Azul terá possibilidade de operar novas rotas e entrar em novos mercados a fim de competir com os grandes players. Diante disso, o Cade considerou e concluiu que a operação não apresenta prejuízos concorrenciais ao mercado de transporte aéreo no Brasil, aprovando sem restrições o ato de concentração.

3.6 Considerações Parciais

Dentre os casos analisados aqui o relator verifica que em alguns deles as operações incorreriam em problemas concorrenciais, diante disso ele propõe alguns remédios a fim de mitigar esses efeitos e assim aprova-los, como mostra no quadro 7.

Quadro 7 – Considerações Parciais

Operações	Problemas identificados na operação	Remédio	Decisão
Gol – Webjet	Elevada concentração de slots em Santos Dumont	TCD	Aprovado com restrições
Azul – Trip	Elevada concentração de slots em Santos Dumont/ O acordo de codeshare entre Trip e TAM	TCD	Aprovado com restrições
Azul – Correios	-	-	Aprovado sem restrições
Azul – TwoFlex	-	-	Aprovado sem restrições

Fonte: Elaboração própria

Em ambos os casos, Gol-Webejt e Azul-Trip, apresentaram o mesmo problema concorrencial referido ao controle de slots em Santos Dumont, isso ocorre devido a relativa escassez de infraestrutura aeroportuária (visto no item de barreiras à entrada)

principalmente nesse aeroporto, o que poderia propiciar até mesmo uma estratégia de bloqueio à entrada de concorrentes, frente a essas operações.

Tendo em vista a dificuldade de acesso e o uso ineficiente da infraestrutura escassa, a aprovação dessas operações pelo Cade foi condicionada a determinadas medidas que visassem o bem-estar econômico de toda a sociedade. Em ambos os casos foi estabelecido o Termo de Compromisso de Desempenho (TCD)⁷⁹, com as seguintes obrigações:

- a) Utilização dos slots de Santos Dumont/RJ com uma eficiência mínima de 85% para cada slot individualmente seja para pouso ou decolagem (e assim condicionar o uso eficiente da infraestrutura);
- b) 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 e um segundo slot para formar um par de slot com tempo de solo operacionalmente eficiente (para não ter os slots devolvidos, as requerentes não poderão reduzir a oferta de voos em Santos Dumont, ou seja, o custo de manutenção de cada slot em Santos Dumont é equivalente ao custo de operação de uma aeronave, mesmo que vazia);
- c) O índice de eficiência mínimo de 85% de uso dos slots vale para todos os slots controlados pelas compromissárias em Santos Dumont/RJ;
- d) A obrigação é restrita à utilização efetiva dos slots, podendo haver alteração das rotas;

Dessa forma o relator concluiu que a partir do incentivo a oferta (pois a ociosidade dos slots haveria custos), mitigaria os problemas concorrenciais identificados na análise levando ao uso eficiente da infraestrutura aeroportuária e o desincentivo a estratégias de bloqueio à entrada por meio do controle de slots ociosos.

No caso Azul-Trip ainda apresenta um segundo problema concorrencial referente ao acordo de codeshare entre Trip e Tam de 2010, encontrado numa pesquisa jurisprudencial realizada anteriormente, que deveria ser finalizado. O relator entende que a ruptura deste vínculo operacional e econômico entre Trip e TAM tende a acirrar a concorrência, a Trip associada a Azul se tornaria uma empresa de porte médio.

⁷⁹ Busca ajustar a operação para que seus aspectos pró-concorrência e de geração de eficiência sejam dominantes.

Este acordo de codeshare foi encerrado em 28 de março de 2013, atendendo a uma das restrições impostas pelo Cade para a aprovação do ato de concentração, o fim do acordo poderia ser feito gradualmente até o final de 2014, entretanto, conjuntamente a ação foi antecipada pelas empresas.

Cabe ressaltar que o contrato entre as empresas estava suspenso desde dezembro de 2012, elas já não ofereciam as passagens aéreas uma da outra em seus canais de venda, isso devido a restrições técnicas que impediam sua aplicação, além de não haver previsão de um acordo entre TAM e Azul.⁸⁰

No caso Azul-Correios não houve elementos que indique que a operação possa ter problemas concorrenciais advindos da sobreposição horizontal, das integrações verticais sendo assim aprovada sem nenhuma restrição. Do mesmo modo no caso Azul-TwoFlex aprovado sem restrições.

3.7 Avaliação Geral dos Resultados

Os resultados obtidos com o estudo destes quatro casos para o setor aéreo brasileiro nos últimos anos são relevantes e levantam alguns pontos de atenção. A análise feita sobre as definições e os parâmetros utilizados pelo Cade para a aprovação dos atos de concentração, demonstrou num primeiro momento uma desuniformidade na consistência da aplicação da teoria antitruste, os casos se distinguem quanto as suas avaliações.

Como pode ser visto, nos casos Gol – Webjet e Azul-Trip foi utilizado o roteiro de avaliação de atos de concentração da análise clássica abrangendo todos os critérios propostos, vale ressaltar que no caso Gol – Webjet ainda foi realizado uma análise alternativa do tipo Maverick para verificar se a Webjet pertencia a esse perfil, concluiu-se que ela não se caracterizava como uma empresa maverick.

Em contrapartida, nos casos Azul-Correios e Azul-TwoFlex foram utilizadas análises alternativas como a de integração vertical e sobreposição horizontal, vale ressaltar que em ambos os casos foram utilizados apenas o primeiro critério do roteiro de avaliação da análise clássica (delimitação de mercado relevante). Ainda no caso Azul-TwoFlex foi realizado efetivamente apenas a análise de sobreposição horizontal.

⁸⁰ Ver: <<https://www.revistaeventos.com.br/Companhias-Aereas/TAM-encerra-seu-acordo-de-codeshare-com-a-TRIP/29268>> Acesso em 15 de março de 2021.

A seguir apresenta-se um panorama dos resultados obtidos. Quanto a identificação da operação do ato de concentração em sua forma jurídica, mostrado no quadro 8:

Quadro 8 – Operações

Operações	Aquisição	Fusão	Joint Venture	Outros
Gol – Webjet	X			
Azul – Trip	X			
Azul – Correios			X	
Azul – TwoFlex	X			

Fonte: Elaboração própria

Quanto a delimitação do mercado relevante, verificou-se nos casos houve emprego de testes tanto para a dimensão consumo como para a dimensão geográfica, apresentado no quadro 9.

Quadro 9 – Testes para definição do MR

Empregou qual Teste?	TMH	Perda Crítica	Inf. Qualitativas	Inf. de Preços	TMoH	Def. de Raios	Análise Intuitiva
Gol – Webjet			X	X			
Azul-Trip			X	X			
Azul-Correios			X				
Azul – TwoFlex			X				

Fonte: Elaboração própria

Quanto aos índices de concentração de mercado, examinou-se nos casos quais as referências para a mensuração da concentração de mercado utilizada pelo Cade, identificadas no quadro 10.

Quadro 10 – Índices de Concentração utilizados nos casos

Índices utilizados	HHI	Ci	AMBOS	PARTICIPAÇÃO
Gol- Webjet			X	
Azul-Trip			X	
Azul-Correios	X			
Azul-TwoFlex	-	-	-	-

Fonte: Elaboração própria

No caso Azul- Correios foi utilizado o índice de concentração dentro de HHI nas análises de sobreposição horizontal no mercado de entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais e na integração vertical no mercado de transporte aéreo de cargas para destinos nacionais e entrega expressa de pequenos pacotes para destinos nacionais. Já no caso Azul-TwoFlex não foi utilizado nenhum tipo de índice de concentração na análise de sobreposição horizontal.

Quanto as barreiras à entrada, buscou-se identificar as barreiras à entrada analisadas pela autoridade antitruste presentes nos casos. Sendo identificadas como (1) custos irrecuperáveis; (2) as barreiras legais ou regulatórias; (3) vantagem exclusiva das empresas; (4) economia de escala/escopo; ou outro tipo de barreira e a possibilidade de arranjo entre elas (enquadrado no item outras e combinação respectivamente), apresentado no quadro 11.

Quadro 11 – Identificação das Barreiras à Entrada

Tipos de barreira à entrada	1	2	3	4	Outras	Combinação
Gol- Webjet		X			X	
Azul-Trip		X			X	
Azul-Correios	-	-	-	-	-	-
Azul-TwoFlex	-	-	-	-	-	-

Fonte: Elaboração própria

Quanto as eficiências econômicas alegadas, analisou-se nos casos quais os tipos de resultado líquido entre os efeitos positivos e negativos decorrentes dos atos de concentração, apresentado no quadro 12.

Quadro 12 – Tipos de Eficiências Alegadas

Eficiências Alegadas	Bem - estar do consumidor	Eficiências Específicas	Externalidades	Outras
Gol- Webjet		X		
Azul-Trip		X		X
Azul-Correios	-	-	-	-
Azul-TwoFlex	-	-	-	-

Fonte: Elaboração própria

Quanto as análises alternativas, verificou-se quais as outras análises utilizadas nos casos, apresentado no quadro 13.

Quadro 13 – Tipos de Análises Alternativas

Abordagens Alternativas	Análise de Contrafactual	Simulações	Mavericks	Concorrência potencial	Int. Vertical vs. Sobrep. Horizontal	Outras
Gol- Webjet	-	-	-	-	-	-
Azul-Trip			X			
Azul-Correios					X	
Azul – Two Flex					X	

Fonte: Elaboração própria

Considerações Finais

Como já visto anteriormente, a defesa da concorrência é orientada pela análise normativa da eficiência econômica (do tipo alocativa), de forma a buscar maximização do bem-estar (pelos critérios usuais do excedente total e excedente do consumidor). A ponderação e o julgamento do ato de concentração pela autoridade antitruste, já apresenta um viés questionável, quanto a análise exclusiva da eficiência em caráter estático sob os pressupostos da concorrência perfeita.

Este trabalho buscou analisar como a teoria antitruste foi aplicada pela jurisprudência brasileira nos casos de fusão e aquisição do setor aéreo nos últimos anos (suas definições e parâmetros utilizados para a aprovação dos casos selecionados). O que acabou por verificar que o processo avaliativo dos atos de concentração apresenta algumas fragilidades em seu rito.

A análise das fusões e aquisições dos casos selecionados demonstrou uma heterogeneidade nos instrumentos de avaliação desses atos de concentração, há uma inexistência de um padrão avaliativo por parte dos conselheiros - relator. Algo que tanto do ponto de vista teórico quanto do aparato legislativo não apresentam uma metodologia sólida que satisfaça os direcionamentos a serem realizados para aprovação das operações de F&A.

As diferentes formas de análises⁸¹ que num primeiro momento são interessantes, adaptativas aos diferentes casos e técnicas de mensuração, também podem ser vistas como formas de análises subjetivas, que possuem diversas limitações inclusive privilegiando análises de curto prazo na tomada de decisão o que incorreria em incertezas para a concorrência efetiva ao longo do tempo, demonstrando assim a limitação da própria análise.

Para tanto este trabalho não tem o intuito de trazer uma solução definitiva sobre a temática, entende-se aqui que a política de defesa da concorrência ainda é um tema incipiente que necessita de maiores discussões tanto do ponto de vista de aprofundamentos teóricos (fora a lógica do estruturalismo e primazia das eficiências) quanto do ponto de vista prático (o estudo das evidências com os distintos casos e experiências já vistas) que possui bastante espaço para estudos sobretudo frente aos desafios e as complexidades impostas à análise.

⁸¹ Refere-se a utilização da forma completa (ou forma incompleta) do roteiro de avaliação pela análise clássica e pelo uso de análises alternativas (combinado ou somente determinada análise alternativa).

Diante disso se faz necessário realizar as análises de ato de concentração de forma mais homogênea mesmo que parcialmente (não se espera que os casos se assemelhem e sejam analisados da mesma forma, entretanto se faz necessário que uma certa parcela da análise poderia ser uniforme e posteriormente especificada conforme a necessidade de cada caso) o que levaria a uma política de defesa da concorrência mais consistente a sua aplicação.

Outra questão que também é relevante, é que as autoridades antitrustes realizem uma análise crítica referente as definições e os parâmetros que são adotados pela própria literatura, apesar de não haver nenhuma abordagem alternativa formalizada a atual prática antitruste ainda é bem tímida ao recebimento de contribuições de outras vertentes econômicas⁸² (fora do *mainstream*) ao inserir fatores que são negligenciados pela análise normativa, o que tornaria sua análise mais completa e satisfatória.

A análise econômica antitruste é fundamental para garantir um ambiente econômico competitivo e saudável para o exercício de poder de mercado, o estudo da sua aplicação é primordial para o entendimento da realidade das práticas realizadas pela jurisprudência. Seu fortalecimento como política de restrição a colusões e condutas anticoncorrenciais é relacionado intrinsecamente a sua forma de atuação, que deve ser orientada de forma objetiva, clara e isonômica a fim de estabelecer o real sentido da política de defesa da concorrência.

⁸² Como a economia evolucionária e neo-schumpeteriana que examinam o papel da inovação e das estratégias de P&D como parte dos efeitos do ato de concentração, o dinamismo concorrencial, “fugindo” da abordagem tradicional.

REFERÊNCIAS

- ABEAR – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS AÉREAS, 2019.
- ANAC. Painel de indicadores do transporte aéreo 2019. Agência Nacional de Aviação Civil. Brasília, DF: ANAC, 2019.
- _____. Anuário do Transporte Aéreo 2019 - gráficos e tabelas. Agência Nacional de Aviação Civil. Brasília, DF: ANAC, 2019.
- ALVES, J. R. R. Conceito Jurídico de Ato de Concentração. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC - SP**. (20XX)
- BAIN, J. Barriers to New Competition. Cambridge (Mass): Harvard University Press. 1956.
- _____. Industrial Organization. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1959.
- BACCHI, F. M. A Análise dos Atos de Concentração Sob a Ótica da Lei nº 12.529/12: a trajetória da análise de estrutura e a aproximação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência aos principais sistemas de estrutura. Trabalho de Conclusão de Curso - Escola de Direito de São Paulo, FGV. São Paulo, 2012.
- BAKER, J. B. Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Law. *New York University Law Review*. Vol.77, p. 135-202, 2002.
- BORK, R. The Antitrust Paradox. New York: Basic Books. 1978.
- BRASIL. **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994. 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 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.
- CARLTON, B.; PERLOFF, J. Modern industrial organization. Harper Collins, 1994.
- CADE. Cartilha do CADE, maio de 2016, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ministério da Justiça. Brasília, DF.
- COMISSÃO EUROPEIA & USDOT. Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approaches, 2010.
- CHANDLER, A. D. Scale and scope: the dynamics of industrial capitalism. Cambridge, Mass.: Belknap of Harvard University, 1990. 860p.
- CHURCH, J.; WARE, R. Industrial organization: a strategic approach. San Francisco: McGraw-Hill, 2000.

- CRAVO, B.; ATHIAS, D. T. O que o Cade considera como “simples” para o rito sumário? Grinberg Cordovil, set, 2020
- ELHAUGE, E. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. *Competition Policy International*, v. 3(2), pp. 59-77, 2007.
- FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. Barreiras à entrada e defesa da concorrência. *Revista de Economia Contemporânea*, v.1, n.2, p.61-89, jul/dez, 1997
- FERRAZ, A. S. As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago. *RDC*, Vol. 2, nº 2, novembro 2014, pp. 180-206
- FORGIONI, P. A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FLORES FILHO, E. G. J. A Nova Escola de Chicago e as modalidades de regulação: tendências do Law and Economics e as aplicações para o direito brasileiro. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. University of California: Berkeley Program in Law and Economics, 2007.
- GABAN, E. M; DOMINGUES, J. O. Direito Antitruste. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GAMA, M. M. A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte. Texto para discussão. CEDEPLAR, Belo Horizonte, 2005.
- GEOFFROY, R. C. Eficiências Econômicas em Atos de Concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas. Dissertação de Mestrado. Instituto de Economia, Unicamp. 2010.
- GOMES, C. P. B. O controle estatal dos atos de concentração. **Revista Digital de Direito Administrativo**. vol. 5, n. 2, p. 346-363, 2018.
- GUIA para análise econômica de atos de concentração horizontal. In.: BRASIL. Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Portaria Conjunta SEAE/SDE n.50, de julho de 2016
- HOVENKAMP, H. J. Antitrust Policy After Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.
- _____. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. Saint Paul: West Publishing Co., 1994. 759 p.
- KUPFER, D. Barreiras estruturais à entrada. IN: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: campus, 2002.
- MARTINS, V. P. Teoria da Regulação: conceitos básicos para concursos e exercícios. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

- MASON, E. Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise. *American Economic Review*, vol.29, march. 1939.
- MELLO, M. T. L. Defesa da Concorrência. In KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002
- MOTTA, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. 2004
- OLIVER, S. Fusões consolidadas. In: *Aero Magazine*, mar. 2013.
- POSSAS, M, L. Limites Normativos da análise econômica antitruste. Trabalho apresentado em 05/05/2009 no Instituto de Economia – UFRJ. 2009.
- PRADO, L. C. D. "Política de Concorrência e Desenvolvimento: Reflexões sobre a Defesa da Concorrência em uma Política de Desenvolvimento", *Cadernos do Desenvolvimento*, v. 6, n. 9, pp. 321-342, 2011.
- _____, L.C.D. “Defesa da Concorrência e Desenvolvimento: Notas sobre o Debate e sua aplicação no Caso Brasileiro”, In: Monteiro Filha, Prado & Lastres (2014), *Estratégias de Desenvolvimento, Política Industrial e Inovação*, Rio de Janeiro: BNDES, 2014.
- RAGAZZO, C. E. J. O Processo de Flexibilização e as Fusões e os Acordos de Flexibilização no Mercado de Transporte Aéreo de Passageiros. SEAE/MF Documento de Trabalho nº 32, fev, 2006.
- RESOLUÇÃO Nº 20. do CADE. In.: BRASIL. Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Diário Oficial da União, de 28/06/99
- RESOLUÇÃO Nº 22. do CADE. In.: BRASIL. Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Resolução nº 22, de 19 de junho de 2019. Diário Oficial da União, de 19/06/99.
- RESENDE, G. M. Guia h – mercado relevante e concentração de mercado. Curso IBRAC 2017: Fundamentos Econômicos do Novo Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. AULA 3, maio, 2017.
- RESENDE, J. P. Avaliação retrospectiva de atos de concentração no Brasil: o setor de distribuição de combustíveis. Tese de Doutorado. Instituto de Economia, UFRJ.2018.
- ROCK, M. L. *The mergers and acquisitions handbook*. U.S.A.: Mc Graw-Hill, 1994.
- SDE. Voto do relator Ricardo Machado Ruiz no processo nº 08012.008378/2011-95, VRG Linhas Aéreas S/A e Webjet Linhas Aéreas S/A.
- _____, no processo nº 08700.004155/2012-81, Azul S.A e Trip Linhas Aéreas S.A.

_____. Parecer Técnico nº 00/2018/CGAA4/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.004588/2018-22, Azul Linhas Aéreas Brasileira S/A e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

_____. Parecer Técnico nº 109/2020/CGAA5/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.001133/2020-70, Azul Linhas Aéreas Brasileira S/A e Two Taxi Aéreo Ltda.

SALGADO, L.H. Política da Concorrência: Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil. Texto para Discussão. Rio de Janeiro: IPEA, n 385. 1995.

SCHMIDT, C. A, LIMA, M. A. Índices de Concentração. Série de Documentos de Trabalho. Ministério da Fazenda, Brasília. 13; p. 8. 2002.

WILLIAMSON, O. E. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. The American Economic Review, v. 58, n. 1, p. 18-36. 1968