# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

**ANA ELIZABETH NEIRÃO REYMÃO**

**LAIR DA SILVA LOUREIRO FILHO**

**JORGE LUIZ OLIVEIRA DOS SANTOS**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Ana Elizabeth Neirão Reymão; Lair da Silva Loureiro Filho; Jorge Luiz Oliveira dos Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-847-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

---

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

---

## Apresentação

Essa coletânea é fruto da reunião do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável I, realizada no XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI, em Belém do Pará, em 15 de novembro de 2019.

As exposições e o debate nesse GT foram norteadas por uma visão contemporânea de sustentabilidade do desenvolvimento, a qual atribui um papel de destaque aos sistemas jurídico e legal e desperta um crescente interesse de profissionais do Direito e da Economia por temas que associam as duas ciências.

No artigo A CONTRIBUIÇÃO DO ICMS VERDE PARA O ALCANCE DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) PÓS 2015, Caroline Leite Giordano analisa a contribuição da política pública ambiental do ICMS verde praticada no Estado do Pará para que o Brasil possa cumprir os Objetivos de Desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU).

Jean Carlos Dias e Geraldo Magela Pinto de Souza Júnior, no texto A CRÍTICA DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL À TEORIA COASIANA DOS CUSTOS SOCIAIS: A RELEVÂNCIA DO EFEITO DOTAÇÃO EM NEGOCIAÇÕES, os autores discutem a crítica da economia comportamental ao Teorema de Coase, apresentando uma nova perspectiva de análise econômica do direito e dos seus custos sociais.

Em A EXPLORAÇÃO DOS ICEBERGS À LUZ DO TRATADO DA ANTÁRTIDA, Reinaldo Caixeta Machado e André de Paiva Toledo dedicam-se à questão da natureza jurídica dos icebergs e questionam a legitimidade de sua exploração, analisando o Protocolo de Proteção Ambiental do Tratado da Antártida.

A análise do instrumento econômico pagamento por serviços ambientais é o objetivo do artigo A IMPORTÂNCIA DO PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS PARA O ALCANCE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, de Maria Leopoldina Coutinho da Silva Ribeiro, que argumenta que as políticas públicas de comando e controle não têm sido capazes de, isoladamente, resolver a problemática ambiental de maneira satisfatória.

Thiago Sampaio Elias e Stéfani Clara da Silva Bezerra são os autores de A POLÍTICA ECONÔMICA BRASILEIRA PÓS-CRISE DE 2008 SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DE KEYNES E HAYEK, que destacam a contribuição desses economistas para a Ciência Econômica e, à luz desses referenciais, discutem as medidas adotadas pelo governo brasileiro nas políticas econômicas recentes.

Em A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA RURAL COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: UMA ANÁLISE DO PROGRAMA TERRA LEGAL, Ana Elizabeth Neirão Reymão e Northon Sergio Lacerda Silva discutem a importância da regularização fundiária como política pública de concretização do direito ao desenvolvimento dos agricultores familiares, analisando o programa Terra Legal.

O texto de Victor Fernando Alves Carvalho, intitulado A RESSIGNIFICAÇÃO DO JUSNATURALISMO DE JOHN LOCKE A PARTIR DO CAPITALISMO HUMANISTA, investiga em que medida a proposta do capitalismo humanista, formulada pelos juristas Ricardo Sayeg e Wagner Balera, ressignifica o pensamento do filósofo inglês do século XVII John Locke.

No artigo A TRANSIÇÃO TECNOLÓGICA PARA UMA ECONOMIA SUSTENTÁVEL: PRODUÇÃO E CONSUMO, DESAFIOS E RISCOS DE UMA PERSPECTIVA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, Francine Cansi e Liton Lanes Pilau Sobrinho trazem uma reflexão acerca da transição tecnológica para uma economia sustentável, analisando o paradoxo produção e consumo, assim como os desafios e riscos de uma perspectiva de se construir um desenvolvimento sustentável.

O estudo de Napoleão Bernardes Neto e Pollyanna Maria da Silva, em A TRANSPARÊNCIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO: AGENDA TRANSNACIONAL DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, apresentam as propostas de transparência pública de instituições internacionais o combate à corrupção e o fomento de uma governança pública sustentável.

Em A UTILIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FERRAMENTA PARA O APERFEIÇOAMENTO DO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRO, Fernando Peixoto Fernandes de Oliveira e Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues Lobão discutem a possibilidade de aplicação de conhecimentos da Análise Econômica do Direito ao Direito Administrativo Brasileiro para fins de estudo das contratações públicas.

O artigo ANÁLISE DA CONCENTRAÇÃO DE MERCADO NO SETOR AÉREO BRASILEIRO A PARTIR DA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, de Helder Fadul Bitar, discorre acerca do processo de recuperação judicial da Avianca Brasil e leilão de seus ativos e alerta para os indicativos de concentração do mercado aéreo e diminuição da concorrência no setor.

O artigo de Iuri Gnatiuc Barbosa, AS START UPS COMO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL NO MUNDO GLOBALIZADO, analisa as múltiplas possibilidades criadas por esse modelo empresarial e a possibilidade da promoção do desenvolvimento social por empresas que o adotam.

Valério Catarin de Almeida apresentou o artigo BRUMADINHO, A ATIVIDADE EMPRESARIAL E ECONÔMICA E O PAPEL DO ESTADO para discutir, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o papel do Estado na regulação das atividades empresarias, tomando como referência o caso do rompimento da barragem na cidade de Brumadinho.

O texto CARTA DE LISBOA E AS DIRETRIZES PARA O TRABALHO DECENTE NA AGRICULTURA FAMILIAR, de Prudêncio Hilário Serra Neto e Valena Jacob Chaves Mesquita, traz uma reflexão acerca da Carta de Lisboa para o fortalecimento da agricultura familiar e propõe pensar as diretrizes nela apresentadas como requisitos necessários para o trabalho decente no meio rural.

Em CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROPRIEDADE PRIVADA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, de Bianca de Paula Costa Lisboa Feitosa e Katia Borges dos Santos, as autoras discutem o instituto da propriedade privada tendo como referência essa abordagem teórica.

No artigo DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INOVAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA, de José Henrique Specie, o autor analisa a importância de um Sistema Nacional de Inovação para a superação das desigualdades regionais e o desenvolvimento social e econômico do país.

Jamili Simoes e Marcelo Benacchio, em DIREITOS HUMANOS E A ORDEM ECONÔMICA: A VIABILIDADE DE UM MODELO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL, discutem capitalismo, humanismo e os direitos humanos e defendem a possibilidade da existência do modelo econômico capitalista de forma sustentável.

O texto ECONOMIA, DIREITO E A INFLUÊNCIA DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, de Marcelo Henrique Alves Lobão, aborda o abuso de poder dos grandes investidores e a instabilidade econômica, propondo a intervenção estatal e a adoção de leis contra fraudes.

Em EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL, Lair da Silva Loureiro Filho discute a importância de evitar a armadilha do "caixa único" na utilização da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) para que a mineração seja um vetor de desenvolvimento econômico e minimize os danos ambientais provocados pela atividade.

Pautado na Análise Econômica do Direito, Ubiratan Bagas dos Reis nos traz um estudo sobre as premissas básicas constitucionais acerca da função social da empresa e do princípio da livre concorrência, em FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E LIVRE CONCORRÊNCIA - UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA.

Igor Barbosa Beserra Gonçalves Maciel e Jailton Macena de Araújo, em GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL COMO POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO: DESERTIFICAÇÃO E O ESGOTAMENTO DO AÇUDE DE COREMAS (PB), apresenta uma reflexão acerca da gestão dos recursos hídricos no Brasil como uma política de desenvolvimento, no estudo do caso sobre o Açude de Coremas (PB).

O artigo O SIMULACRO JURÍDICO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COM BASE NA AGROECOLOGIA E NA AGRICULTURA ORGÂNICA COMO SUSTENTAÇÃO DA AGRICULTURA FAMILIAR, de Débora Silva Melo e Willian Lopes Silva, defende a relevante participação da agricultura familiar para o desenvolvimento e a economia do país e a força simbólica de sua regulamentação.

O texto de Denise Pineli Chaveiro e Karla Vaz Fernandes, OS BENEFÍCIOS DO PRIMADO DA IGUALDADE PARA O MERCADO, investiga os benefícios do primado constitucional da igualdade para o mercado e o capitalismo.

Encerrando os trabalhos, o artigo UMA PERSPECTIVA ECONÔMICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO: SUA FINALIDADE À LUZ DA ORDEM ECONÔMICA, de Caio Rogério Da Costa Brandão e Jeferson Antonio Fernandes Bacelar, analisa a relação interdisciplinar entre direito e economia nos vínculos de consumo, especialmente, na forma

dialógica com que o Código de Defesa do Consumidor é aplicado e interpretado à guisa da efetivação dos princípios fundamentais esculpidos no art. 170 da Constituição Federal de 1988, que integram a ordem econômica brasileira.

Como se observa, é grande a riqueza de temas propostos pelos autores que compõem o presente livro, de relevante contribuição para o campo teórico e para a análise de questões que relacionam Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, sendo com grande satisfação que apresentamos e recomendamos a leitura dessa obra.

Belém, novembro de 2019.

Profa. Dra. Ana Elizabeth Neirão Reymão (Centro Universitário do Estado do Pará e Universidade Federal do Pará)

Prof. Dr. Jorge Luiz Oliveira dos Santos (Universidade da Amazônia)

Prof. Dr. Lair da Silva Loureiro Filho (Universidade de Guarulhos)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# ANÁLISE DA CONCENTRAÇÃO DE MERCADO NO SETOR AÉREO BRASILEIRO A PARTIR DA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

# ANALYSIS OF MARKET CONCENTRATION IN THE BRAZILIAN AIR SECTOR FROM THE PERSPECTIVE OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

**Helder Fadul Bitar** [1]

**Resumo**

O processo de recuperação judicial da Avianca Brasil e leilão de seus ativos, reacendeu o alerta no setor aéreo para os indicativos de concentração de mercado e diminuição da concorrência. Partindo da hipótese/problema de que a restrição de mercado no setor aéreo é prejudicial as empresas que o compõem e ao consumidor final, este artigo através de uma pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do método hipotético/dedutivo, buscou aplicar a Análise Econômica do Direito no mercado concorrencial, para responder a hipótese /problema apresentado, a partir de elementos econômicos em conjunto com o direito.

**Palavras-chave:** Cade, Analise econômica do direito, Richard posner, Pragmatismo, Concentração de mercado

**Abstract/Resumen/Résumé**

Avianca Brasil's judicial recovery process and auction of its assets, warned the market, in the airline sector, for indications of market concentration and reduced competition. Based on the hypothesis that the market restriction in the air sector is harmful to the companies and to the final customer, this article through a bibliographic and documentary research, using the hypothetical-deductive method, used the Economic Analysis of Law in the competitive market, to answer the hypothesis presented, using economic elements and the law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Cade, Economic analysis of law, Richard posner, Pragmatism, Market concentration

[1] Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas – FGV

## 1 INTRODUÇÃO

O setor aéreo brasileiro viveu diversos momentos de oscilação desde o início das operações de transporte de passageiros no Brasil, com novas empresas surgindo e outras sendo eliminadas do mercado.

Como será descrito no primeiro tópico deste artigo, a Avianca Brasil, é mais um caso de empresas que não resistem as falhas de um mercado extremamente concentrado, vindo a entrar com perdido de recuperação judicial, com a disponibilização de seus ativos para aquisição por outras empresas através de leilões de Unidades Produtivas Isoladas.

Esse movimento de venda de ativos, resultou na emissão da nota técnica Nº 4/2019/DEE/CADE pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, demonstrando preocupação com possíveis restrição de mercado e diminuição da concorrência a partir da aquisição dos SLOTS de pouso e decolagem por parte das grandes empresas aéreas que dominam o setor, LATAM e GOL.

Este artigo se propõe a apresentar as bases da análise econômica do direito - AED, desde quando foram introduzidas nos estudos envolvendo a aplicação da econômica junto ao direito criminal por Jeremy Bentham, estruturando as bases do utilitarismo, que posteriormente foram aprimoradas por Gary Becker, incorporando novos conceitos e resgatando os ensinamentos que permaneceram mais de um século sem estudos apropriados.

Ainda dentro da análise econômica do direito, este artigo abordará a evolução do tema para os tempos atuais, a partir dos ensinamentos de Richard Posner, que introduziu os conceitos da maximização da riqueza e do pragmatismo jurídico nas cortes, buscando solucionar os casos que se apresentavam de modo a instrumentalizar a aplicação dos conceitos econômicos no direito, tanto para solução dos casos que se apresentavam e prever as possíveis externalidades futuras.

Lançado as bases teóricas, por fim, este artigo irá demonstrar como as falhas de mercado são prejudiciais sobre a ótica da teoria econômica do direito para o mercado concorrencial, para poder responder a luz da ótica da AED a hipótese/problema de que a restrição de mercado no setor aéreo é prejudicial as empresas componentes do setor e ao consumidor final, utilizou-se da revisão bibliográfica em livros, artigos, documentos e notícias veiculadas nos mais diversos jornais, para embasar os dados e a discursão proposta neste artigo, para fomentar o debate atual sobre a realidade da concorrência no mercado aéreo brasileiro, os impactos para as empresas e os consumidores da aquisição dos ativos da Avianca Brasil por parte das principais empresas aéreas do setor e com isso refutar ou comprovar a hipótese levantada.

## 2 PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AVIANCA BRASIL E A NOTA TÉCNICA Nº 4/2019/DEE/CADE.

Avianca Brasil, no início do ano de 2018, realizar diversas campanhas publicitarias para exaltar sua frota e seus serviços, bem como a ampliação da sua rota internacional com a abertura de novas rotas para Santiago no Chile, Miami e Nova York nos Estados Unidos, além de ampliar suas rotas domésticas, sendo uma opção de transporte aos passageiros de todas as regiões do Brasil, principalmente depois de instalar suas duas novas bases de operação, nas cidades de Belém/PA e Vitoria/Es, tendo como resultado acumulado até outubro do ano de 2018, uma participação de 13% no mercado interno da aviação civil e possuindo uma das frotas mais modernas no Brasil.

Apesar de todos esses elementos, os planos de constante expansão da companhia logo se mostraram baseados em elementos muito distante dos que realmente existiam em seus balancetes financeiros, vindo a Avianca Brasil entrar com pedido de recuperação judicial[1] no final de 2018.

Rapidamente, a companhia perdeu a capacidade desde operação e geração de lucros, para manter em dia os seus débitos junto aos credores. Logo, a companhia se viu obrigada a devolver diversas aeronaves e equipamentos utilizados em suas operações para as empresas de leasing financiadoras de suas compras ao longo dos anos.

Somado a isso, a operação de solo nos aeroportos é condicionada ao pagamento das taxas de operação e do valor dos combustíveis no momento em que a aeronave se encontra em solo, ou seja, sem a possibilidade de emissão de crédito para pagamento posterior. Do mesmo modo, as faltas de garantias de operação impedem a companhia de realizar novos contratos de leasing. Com todos esses fatores, o processo de falência da Avianca Brasil se torna eminente, não havendo outra solução dentro do plano de recuperação judicial, se não a venda do todo ou de parte dos ativos da companhia. Diante deste cenário, as outras companhias áreas que dominam a aviação civil brasileira, viram a oportunidade de adquirir os ativos da Avianca Brasil, principalmente os SLOTS de pouso e decolagem nos principais aeroportos do Brasil.

Em razão desta movimentação de concentração crescente, devido a diminuição da concorrência, em um mercado que já mostra altos níveis de restrição de mercado, como o setor aeronáutico, diminuindo a concorrência numa das rotas mais disputadas na aviação civil brasileira e ocasionando um aumento nos valores oferecidos ao consumidor, o Conselho

[1] Recuperação Judicial de Oceanair Linhas Aéreas S.A. e AVB Holding S.A. em curso perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo, nos autos de nº 1125658-81.2018.8.26.0100.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE) emitiu uma nota técnica prévia ao leilão dos ativos da Avianca Brasil.

A nota técnica nº 4/2019/DEE do Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi expedida com o intuito de fazer uma análise de como se encontra atualmente o setor aeronáutico no Brasil, os seus níveis de concentração e focando nas consequências de possíveis aquisições das UPIs no processo de leilão judicial da Avianca Brasil para o mercado econômico e os impactos que os consumidores podem vir a sofrer.

A nota técnica analisa dados da evolução do setor aéreo brasileiro, principalmente na última década, a partir dos documentos disponíveis no próprio CADE e da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Destaca por exemplo, que no ano de 2007 o setor aéreo brasileiro transportou em torno de 54 milhões de passageiros, enquanto no ano de 2016, esse número ultrapassou a casa dos 110 milhões de passageiros anuais.

Apesar deste movimento buscando o aumento da concorrência e da livre iniciativa dentro do setor, a própria infraestrutura aeroportuária brasileira já carrega consigo algumas barreiras que dificultam a expansão do mercado, sendo elencados:

> (i) facilitação de acesso a infraestrutura aeroportuária a determinadas empresas aéreas, em detrimento a outras possíveis concorrentes;
> (ii) possíveis dificuldades de acesso a slots por novas empresas em aeroportos já operados por empresas já consolidadas no mercado;
> (iii) possíveis limitações capacidade para pousos e decolagens em horários de pico (de maior interesse na operação inicial de entrantes); e
> (iv) restrições de espaço físico para a instalação de novas estruturas de check-in, despacho de bagagens, tratamento e armazenagem de cargas por parte de novas empresas. (CADE, 2019)

A partir da aplicação do índice Herfindahl–Hirschman[2], pelo CADE, pôde-se constatar que a LATAM perdeu participação de mercado, passando a corresponder a 30%, a GOL se manteve estável com 37%, enquanto a AZUL apresentou um crescimento constante ficando em 22% de participação no mercado e a Avianca Brasil cresceu sua participação para 10%, mostrando que esta diminuição na concentração de mercado ocorreu em função da entrada da Avianca Brasil e da Azul no mercado de forma competitiva, fazendo frente as principais empresas do setor.

Conclui o CADE que a aquisição das UPIs da Avianca Brasil por parte da LATAM e pela GOL, levará a concentração de mercado no setor aéreo para índices elevados. Da mesma forma, alguns destinos que eram operados somente pela Avianca Brasil, não se encontram

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

dentro das principais rotas cobiçadas no leilão das UPIs, podendo estes aeroportos, deixarem de ser atendidos com voos regulares, ocasionando prejuízo enorme para os consumidores, sendo a melhor opção para manter o equilíbrio de mercado, a entrada de novas empresas aéreas no mercado.

Esta condição de concentração de mercado apontado pelo CADE, norteia a hipótese/problema deste artigo.

## 3 BASES TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do direito - AED, estruturada da forma como se é estudada hoje, remonta da expansão de sua atuação ocorrido a partir de 1960, conforme destaca Posner, (2011a), incluindo novas áreas do direito dentre as que passaram a adotar critérios econômicos e pragmáticos em suas decisões, incluindo áreas que a princípio, não incorporavam elementos da econômica, como criminal e ambiental, principalmente pelo estudo lançados por Coase e Becker já em sua fase moderna.

Apesar de sua expansão ter se intensificado somente na década de 60 do século XX, a utilização de critérios econômicos precedem este períodos, com estudos iniciais que buscaram aplicar os elementos da economia no ramo do direito, para se estudar a maximização da felicidade, através de um estudo do comportamento humano.

Jeremy Bentham deu início aos estudos da felicidade humana através de uma abordagem utilitarista do comportamento do ser humano, buscando pela aplicação dos fenômenos econômicos, explicar como a maximização da felicidade do ser humano é elemento fundamental para alcançar o bem-estar. Desta forma as ações visando o aumento da felicidade podem ser consideradas corretas, enquanto que as ações em sentido contrário devem ser combatidas, pois para a maximização da felicidade, busca-se o prazer e ausência da dor.

Apesar de todo o avanço trazido por Bentham na utilização de elementos econômicos na área do direito, de forma precursora e lançando as bases que futuramente trilhariam todo um ramo novo de pensamento jurídico, seus estudos se limitaram somente a área do direito penal, ao analisar penas e crimes a partir de uma ótica econômica. As limitações não se restringiram somente ao campo de aplicação, mas sua própria teoria utilitarista sofreu diversas críticas devido a forma como não abrangia em sua teoria, os direitos individuais na busca da maximização da felicidade.

O utilitarismo, segundo Posner (2010), sustenta o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei, que devem ser analisados pela sua eficácia na promoção da felicidade de todos os habitantes de uma comunidade, não tendo o condão de excluir um indivíduo na busca

da maximização da felicidade, portanto somente levando em consideração a soma das satisfações gerais em sua análise, sendo os direitos individuais alcançados somente pela satisfação da coletividade.

Os estudos propostos por Bentham não receberam a devida atenção pelos estudiosos do direito e da economia durante décadas, até Gary Becker utilizar as ideias utilitaristas propostas em seus estudos. Becker não se limitou a utilizar o utilitarismo tal qual propostos anteriormente, integrando em sua teoria dois elementos que modificaram a forma de se aplicar o utilitarismo. O primeiro elemento seria a aplicação de multa dentro do âmbito penal, pois ao mesmo tempo em que coibiria a pratica do crime, esta geraria riqueza para a sociedade.

O segundo deles foi a adição do custo benefício, buscando a eficiência das relações econômicas da sociedade. Para Posner (2011b) a análise do custo benefício é perfeitamente compatível com o utilitarismo, servindo para a análise das situações concretas, mas somente quando combinados com outros fatores e perspectivas de soluções viáveis, não sendo por si só uma forma eficiente de resolução dos problemas trazidos pelos casos difíceis.

O utilitarismo teve importância fundamental para lançar as bases da Análise econômica do direito, tanto pelos estudos de Bentham quanto Becker, conforme destaca-se:

> Central to this book is the further assumption that a person is a rational utility maximizer in all áreas od life, not just in his "economic" affais, that is, not just when engaged in buying and selling in explicit markets. This Idea – Wich is vital to economic analysis of law, because so much law concerns nonmarket behavior (such as crime, marriage and divocer, accidents and bequests) – Goes Back to Jeremy Bentham in the eighteenth and early nineteenth century, but received little attention from economists until the work of Gary Becker. (Posner, 2011A, p.4)

Apesar de suas enormes contribuições, seja como sistema ético pessoal ou como paradigma para tomada de decisões sociais, o utilitarismo possui sérias deficiências, não sendo uma solução por conta das suas semelhanças, sendo a análise econômica do direito uma resposta muito mais satisfatória em termos éticos aos problemas do utilitarismo.

## 3.1 ANALISE ECONÔMICA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA E O PRAGMATISMO JURÍDICO

A análise econômica do direito é pautada na ideia de que o indivíduo e as instituições a partir da racionalidade e dos dados que possuem, podem passar a tomar decisões levando em considerações todos os riscos envolvidos, e principalmente, o custo da transação ao qual irá se submeter. Uma abordagem dentro do direito que se utiliza de elementos econômicos, expandiu a forma de se interpretar a aplicação das normas, bem como de analisar os custos de transação

envolvidos para a sociedade e para o indivíduo no momento em que pratica determinada conduta.

A teoria econômica do direito, é um sistema de lógica dedutiva que quando aplicado corretamente, gera resultados coerentes entre si, e considerando que o direito tem uma estrutura econômica implícita, esses resultados viram de uma forma racional, possibilitando a correção de falhas de mercado e solucionar eventuais conflitos entre indivíduos, trazendo um sistema de compensações para prejudicados na alocação de recursos:

> Trata-se, portanto, de um ramo empiricamente informado, que desenvolve premissas e alcança conclusões balizadas em indicadores numéricos extraídos da realidade social mediante rigoroso método científico, que apresenta evidências de que determinados institutos jurídicos produzem incentivos completamente distintos dos esperados, ajudando os formuladores de políticas públicas a melhorar o respectivo design estrutural. Considera-se, dessa forma, que os players agem racional e estrategicamente, pautando suas condutas de acordo com as possíveis consequências de suas escolhas (pragmatismo e consequencialismo). (TIMM, p. V, 2019)

A partir da utilização dos elementos econômicos, a AED tem como um dos seus objetivos aplicar estes elementos nas áreas do direito, seja em conjunto ou individuais, afim de melhor a compreensão e as consequências da aplicação econômica no direito, e consequentemente, compreender melhor os indivíduos e as práticas sociais moldadas a partir do direito.

Para Posner (2011b) a análise econômica do direito possui tanto aspectos positivos, quanto normativos, sendo seu principal objetivo explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico e discutir a estrutura doutrinal, procedimental e institucional desse sistema. Indo além, a AED a partir destes aspectos tem como o ideal de busca da justiça a maximização da riqueza.

O conceito de riqueza da sociedade pode ser classificado como a soma de todos os bens e serviços. Inclui-se neste cálculo da riqueza, o valor de mercado, no sentido de preço, multiplicado pela totalidade das mercadorias e dos serviços produzidos e a soma de todos os superávits dos consumidores e produtores. O conceito de valor se fundamenta no que as pessoas estão dispostas a pagar e não na felicidade que extrairão da sua aquisição.

A riqueza da sociedade como a totalidade da satisfação das preferenciais financeiramente sustentadas, pode ser testada a partir da abordagem do mercado hipotético, pois este sistema aloca recursos da forma como o mercado real faria, inclusive nas situações em que os custos de transações são altos. A abordagem hipotética também deixa clara a separação entre a maximização de riqueza e a maximização da felicidade.

A riqueza é positivamente vinculada à utilidade, mas a busca da riqueza, fundada no modelo de transações voluntárias de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que no utilitarismo dentro da AED.

Podemos definir portanto, que a análise econômica do direito possui três aspectos principais em sua concepção:

> A análise econômica do direito tem aspectos heurísticos, descritivos e normativos. Como heurística, procura apresentar a unidade subjacente as doutrinas e instituições jurídicas. Em sua modalidade descritiva, procura identificar a lógica e as consequências econômicas das doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas das transformações jurídicas. Finalmente, em seu aspecto normativo, orienta os juízes e outros defensores do interesse público quanto aos métodos mais eficientes de regulamentação da conduta através do direito. (POSNER, 2011b, p. XII)

A economia a e a moral podem andar lado a lado, podendo ser compatíveis, possuindo a abordagem econômica do direito um compromisso maior com análise de dados e estatísticas, buscando através dos parâmetros de uma racionalidade utilitária maximizadora dos elementos econômicos, resultar em decisões mais eficientes para melhorar o bem estar geral.

Em uma perspectiva econômica ou de maximização da riqueza, a função do direito é a alteração de incentivos, logo a lei não impõe impossibilidades, pois uma ordem impossível de cumprir não alterara comportamentos. O princípio da maximização da riqueza determina que os direitos devem ser inicialmente conferidos aqueles que provavelmente a valorizam mais, de modo a se diminuir os custos de transação, ou seja, visa que os sujeitos aumentem os seus ganhos, com benefícios maiores em comparação aos custos de transação, possibilitando assim eficiência e racionalidade no direito.

Outro ponto a ser destacado, é que na AED, busca-se não somente solucionar os casos que são apresentados a justiça em situações concretas, mas sim de prevenir que possíveis condutas voltem a se repetir e com isso, se diminua as demandas judiciais e melhor redistribuição dos recursos:

> Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good; presumably, people also respond to more severe legal sanctions by doing less of the sanctioned activity. Economics has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) for analyzing the effects of the implicit prices that laws attach to behavior. (Cooter & Uler, 2016, p. 3)

A análise econômica do direito, portanto, não se resume somente a aplicação de elementos econômicos dentro de casos concretos, mas buscar, uma formula eficiente e racional de solucionar os casos complexos que se apresentam das relações humanas e coibir condutas futuras, buscando a distribuição correta de recursos e maximizando um bem estar social.

A aplicabilidade pratica da análise econômica do direito, foi chamada por Posner de pragmatismo jurídico, onde os tribunais utilizando-se de critérios e regras procedimentos definidos previamente, poderiam trazer mais eficiência na resolução dos casos.

A partir da visão pragmática, os juízes poderão analisar as externalidades dos casos concretos e seus impactos para a coletividade. As externalidades negativas são aquelas que geram um custo para o indivíduo ou coletividade, portanto se mostrando ineficiente social, enquanto que as externalidades positivas podem gerar um resultado benéfico e satisfatório. Sendo feita esta análise em consonância com a legislação positivada, poderá o julgador tomar a melhor decisão que atenda a coletividade.

A AED mostra-se bastante próxima da análise concorrencial e das legislações antitruste, conforme destaca Posner (2011a), passando as legislações vigentes, a incorporar a economia dentro de suas redações, principalmente nas questões sobre antitruste, monopólios e competição entre as empresas. Seguindo esta tendência, os órgãos responsáveis pela análise do mercado concorrencial, a exemplo do CADE no Brasil, seguem os aspectos da AED para analisar possíveis falhas de mercado.

Lançadas as bases da análise econômica do direito, passamos a analise como a mesma pode ser uma forma de se analisar e enfrentar possíveis falhas de mercado, para respondermos a hipótese/problema proposta neste artigo.

## 4 ANALISE DA CONCENTRAÇÃO DO SETOR AÉREO BRASILEIRO A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O ponto de partida para se analisar a concentração de mercado no setor aéreo brasileiro, é determinar, a luz da EAD, quais os efeitos negativos, ou externalidades negativas, que as falhas podem ocasionar.

Primeiramente destaca-se que para Cooter & Uler (2016), um mercado não competitivo guardar bastante semelhanças com o mercado competitivo, como por exemplo entrada e saída de novas empresas, mas possui um importante fator que o difere de um mercado livre de falhas: nos mercados menos competitivos as empresas produzem e fornecem serviços exclusivamente buscando a obtenção de melhores vantagens, não se preocupando com os efeitos prejudiciais que ocasionam e do desperdício que o aumento do custo gera para a coletividade.

Neste sentido, a primeira falha de mercado a ser destacado, é o monopólio, que segundo Posner:

> But if a firm or cartel has, or thinks it can obtain, monopoly profits, the Market it in disequilibrium and will induce the expendituce of resources by firms on forming and maintaining monopólios and cartels and, once they are formed (in the case of a cartel), on engrossing as large a portion of the Market as possible through nonprice competition. There resources will be (largely) wasted from a social standpoint. (POSNER, 2011A, p. 360)

Os efeitos prejudiciais do monopólio não se resumem ao custo. Uma empresa que possui monopólio de determinador setor, tem menos a ganhar e não possui a necessidade de procurar inovações para a sua produção ou serviços que são ofertados, permanecendo estagnado e diminuição o valor geral para a sociedade. Da mesma forma, uma empresa monopolista não possui grandes perdas por deixar de inovar, já que a dominação de mercado impede com que novas empresas cresçam num mercado não competitivo.

Outra externalidade negativa apontada por Posner (2011A) com relação ao monopólio, é que a empresa que domina o mercado pode precificar os produtos e serviços da forma como atender a sua demanda, sendo prejudicial tanto para os consumidores quanto para outras empresas que tentam se manter no mercado.

A cartelização dos preços, da mesma forma, é uma externalidade negativa do mercado concorrencial, pois reduz o valor geral dos produtos e transfere a riqueza dos consumidores para os produtores de forma a minimizar o bem-estar. Percebe-se, portanto, que as falhas de mercado geram externalidades, em sua maioria prejudiciais, não tornando eficiente o mercado nem maximizando o bem-estar coletivo, partindo-se da ótica da análise econômica do direito.

O mercado concorrencial é pautado diversas vezes na utilização da eficiência e racionalidade trazida pela análise econômica do direito, tanto por parte dos órgãos reguladores que fiscalizam preventivamente e repressivamente a conduta das empresas, quanto pelas empresas ao analisar até que ponto podem investir em determinadas condutas, positivas ou lesivas a ordem econômica, e os impactos que irá sofrer posteriormente. Neste sentido:

> A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação as suas consequências. (TIMM, 2019)

Para Timm (2019), como a o direito não possui uma teoria para o comportamento humano, a análise econômica do direito vem suprimir esta falta, por oferecer um instrumental

maduro para auxiliar na compreensão dos casos, permitindo assim, entender de forma antecipada as consequências individuais e coletivas de determinar política pública ou decisão.

A análise econômica do direito, portanto, através do emprego de variadas ferramentas econômica, teóricas e empíricas, pode expandir a compreensão e o alcance do direito para aperfeiçoar a aplicação das normas jurídicas, e principalmente, prever quais as consequências das externalidades. É nesta concepção que a AED é o instrumento perfeito para analisar o mercado concorrencial do setor aéreo, por trazer no método pragmático de análise do CADE, quesitos estruturados para se analisar a concentração de mercado.

Dentro do direito concorrencial, as normas antitruste se pautam em aspectos econômicos para definir quais tipos de conduta são consideradas lesivas ou positivas ao mercado e ao consumidor. A partir das normas positivadas e dos critérios pragmáticos, os juízos podem mensurar quais são as externalidades que as condutas das empresas geram e os resultados para a coletividade.

Como destaca Azevedo (2014), o direito a concorrência é um direito da sociedade, de forma difusa, devendo o julgador ao analisar os casos específicos, partir de uma ótica econômica para determinar de fato a existência de restrição de mercados e práticas abusivas, demonstrando assim que dentro do mercado concorrencial, o direito somado a economia são centrais na discussão de qualquer matéria.

O exercício de poder de mercado por parte das empresas, não só é prejudicial para outras empresas inseridas no setor, mas como para o consumidor final, que se vê sem opções no mercado para diversificar o serviço que pretende utilizar ou adquirir, se sujeitando aos preços praticados pela empresa dominadora, provocando uma ineficiência alocativa dos recursos. Por outro lado, um ambiente que apresenta concorrência, gera uma melhor alocação dos recursos e estimula a expansão do setor, buscando melhorar o serviço ofertado para atrair os consumidores.

Posner (2011b), preceitua que a abordagem econômica do direito tem como aspecto mais ambicioso, uma proposta de uma teoria econômica do direito unificada, sendo a função desta facilitar a operação do livre mercado e das áreas em que os custos de transação são proibitivos, para poder através das decisões judiciais, se chegar no desfecho mais próximo de um mercado viável.

> A análise econômica do direito teve maior impacto prático nas aéreas de regulamentação explicitamente econômica, como o direito antitruste e a regulamentação dos órgãos executivos que prestam serviços públicos. Nessas aéreas, os analisas econômicos desempenham um importante papel no sentido de impingir ao direito norte-americano uma orientação favorável ao livre-mercado. (POSNER, 2011b, p. XIII)

Logo deve-se muito aos elementos trazidos pela análise econômica do direito, o respeito a ideologia do livre mercado e do equilíbrio de mercado, servindo a AED como uma ferramenta para combater as falhas de mercado, já que em seu método de aplicação prevê a utilização de métodos e teóricas econômicas solidas, superiores ao senso comum e que servem para testar hipóteses de resultados futuros, buscando uma alocação de recursos positivos.

Partindo das bases lançadas, resta testarmos a hipótese/problema proposto, de forma a ser analisada pela análise econômica do direito.

## 4.1 EXTERNALIDADES NEGATIVAS DO SETOR AÉREO BRASILEIRO

A aquisição dos ativos da Avianca Brasil pelas companhias LATAM e GOL, simboliza claramente a tendência de monopolização do setor aéreo brasileiro.

Nos mercados em que as duas empresas enfrentam concorrência, as empresas tendem a reduzir os preços e ofertar um valor competitivo para atrair o consumidor e diminuir a participação das outras empresas. Por outro lado, quando existe uma diminuição da demanda em trechos mais longos, ou então onde operam voos de forma exclusiva, os preços mostram-se elevados de forma que o consumidor é diretamente afetado por essa manobra de mercado.

Essa estratégia feita pelas duas companhias nas principais rotas do país, não se resume somente a aumentar a lucratividade perante o consumidor, mas servem como uma estratégia de domínio de mercado, impedindo novas empresas de entrarem na competição e fazendo com que as empresas já inseridas, tenham dificuldades de obtenção de lucro devido à concorrência predatória, podendo vir a entrar em processo de falência. Indo além, as duas empresas dominando o mercado, podem realizar cartéis sobre o preço das passagens, o que ocasionaria um dos mais graves ilícitos dentro do mercado concorrencial:

> Pode-se notar que cartelizar será lucrativo para as empresas, embora prejudicial para os consumidores finais e para a sociedade em geral. Por se tratar de uma restrição pura à concorrência e por ser, de modo incontroverso, prejudicial aos consumidores, o cartel é considerado na maior parte das jurisdições como o mais grave dos ilícitos antitruste. (AZEVEDO, 2014, p. 277)

A nota Técnica nº 4/2019/DEE emitida pelo CADE, destaca o papel dissuasor de preços que Avianca Brasil possuía no mercado. Apesar de em algumas rotas dispor de valores superiores a LATAM, apresentava de forma geral valores inferiores a GOL em diversos trechos, e quando levado em conta os trechos com deslocamentos maiores, como Recife – São Paulo,

esse aumento tarifário se mostra mais alarmante, ficando evidente a preocupação com a possibilidade do aumento das tarifas com a aquisição dos SLOTS no leilão judicial.

Portanto, vislumbra-se que os impactos que as duas companhias aéreas podem ocasionar ao setor aéreo no caso de dominação, se mostra prejudicial, deixando transparecer o caráter predatório, colocando em risco o equilíbrio positivo do mercado e provocando impactos negativos de uma forma geral.

Seguindo os critérios de maximização proposto na análise econômica do direito, para Cooter e Uler (2016, p. 12), para as empresas a maximização da riqueza está ligada diretamente ao aumento dos seus lucros, enquanto para o consumidor, a maximização está ligada a critérios que passam pelo econômico, mas os transcendem, levando em consideração também, conforto, comodidade, tratamento feito pelas empresas dentre muitos outros fatores.

No setor aéreo, estes múltiplos elementos de interesse do consumidor geram uma concorrência acirrada entre as companhias aéreas, buscando não somente trazer um preço competitivo para que possa aumentar o número de passageiros ou de carga dentro de suas aeronaves, como também buscam oferecer uma experiência melhor dentro dos serviços propostos em suas aeronaves e no atendimento em solo nos aeroportos. Os consumidores tendem a analisar o serviço disponibilizado pelas companhias e a partir disto, ranquear dentro de suas preferências quais as companhias que atendem a sua demanda, dentro de uma lógica de racionalidade.

A analisa econômica aplicada a microeconômica, é capas de determinar o comportamento das empresas dentro do setor, de modo a analisar as decisões tomadas pelas empresas que mudam a relação com o mercado e com o consumidor, principalmente para determinar se a mudança de seus serviços, geram externalidades negativas ou positivas.

O movimento foi feito pelas companhias aéreas brasileiras recentemente, onde mudando uma tendência histórica nacional, mas se adequando a realidade das empresas aéreas em escala mundial, mudaram o método de despacho de bagagem (agora cobrando tarifas por mala despachada), de marcação de espaço nas aeronaves, bem como mudando o serviço de bordo ofertado aos passageiros provocou uma reclamação de forma generalizada dos consumidores da cobrança fora da tarifa da passagem, dos serviços disponibilizados em solo e dentro das aeronaves, pois em contrapartida esperava-se uma diminuição dos custos das passagens de forma geral.

Dentro deste cenário, esperava-se que as companhias passassem a oferecer melhores preços aos produtos e serviços ofertados paralelamente a compra da passagem, devido à concorrência existente no setor. Porém o que ocorreu na realidade, devido ao número reduzido

de companhias aéreas que operam no Brasil e a baixa concorrência no setor, foi uma padronização dos valores cobrados por todas as companhias, não gerando opções efetivamente concorrenciais que inferissem diretamente na maximização de utilidade para os consumidores finais, diminuindo os custos gerais pagos pelos serviços, provocando diversas externalidades negativas, que diminuíram o bem estar do consumidor por elevar o custo.

Percebe-se então, que a redução no número de companhias aéreas atuando no setor, com a saída da Avianca Brasil, irá ocasionar maior concentração e aumento das tarifas cobradas para o consumidor final, principalmente aqueles que utilizam rotas mais distantes e com frequências de voos menores, agravando as externalidades negativas.

A cartelização praticada pelas companhias aéreas, provoca uma redução do valor do produto perante a sociedade, devendo ser combatido, devido aos problemas que ocasiona ao mercado. Neste sentido:

> Conseguem demonstrar, por exemplo, que a cartelização provoca uma redução no valor da produção. Portanto, uma vez que a maximização desse valor é um objetivo geralmente aceito em uma sociedade voltada para o comércio, a demonstração deles fornece, sem mais, um argumento em favor da proibição dos cartéis. (Posner, 2011b, p. 98)

Ao estabelecer a relação existente entre as companhias aéreas, os consumidores e como as decisões de cada um dos grupos influencia diretamente no outro, podemos a partir da análise econômica discutir se existe um equilíbrio de mercado no setor aéreo nacional ou uma restrição de mercado prejudicial, para podermos responder à questão norteadora deste artigo.

A definição de equilíbrio de mercado trazida por Cooter e Uler (2016), perpassa pelo equilíbrio existente entre as empresas/indústrias e o consumidor:

> An industry in which there are so many firms that no one of them can influence the market price by its individual decisions and in which there are so many consumers that the individual utility-maximizing decisions of no one consumer can affect the market price is called a perfectly competitive industry. (Cooter e Uler, 2016, p. 28)

Percebe-se em um primeiro momento, que para existir um mercado competitivo, é necessário dispor de diversas empresas atuando no setor de modo que nenhuma delas individualmente consiga exercer poder sobre o mercado para determinar os preços praticados dentro do setor. Esse conceito não é absoluto, pois existem casos em que o monopólio do mercado realizado por apenas uma empresa, pode ser benéfico ao consumidor, mas somente em excepcionais casos, como por exemplo a detenção de condições tecnológicas e de produção superior as outras.

Em via de regra, deve-se ter um equilíbrio entre as empresas do setor e seus consumidores, pois a balança pendendo para um dos lados pode ocasionar uma falha de mercado gerando um efeito prejudicial em cascata:

> One of the great accomplishments of modern microeconomics is the specification of the conditions under which the independent decisions of utility-maximizing consumers and profit-maximizing firms will lead to the inevitable, spontaneous establishment of equilibrium in all markets simultaneously. Such a condition is known as general equilibrium. General equilibrium will be achieved only when competitive forces have led to the equality of marginal benefit and marginal cost in the market for every single commodity and servisse. (Cooter & Uler, 2016, p. 38)

Como exposto anteriormente, com o processo de recuperação judicial da Avianca Brasil e o leilão de seus ativos, o mercado concorrencial do setor aéreo brasileiro, já se encontra com índices de concentração em níveis elevados, corre o risco de acentuar a concentração de mercado, através da aquisição dos ativos por parte da LATAM e GOL destes ativos. As duas empresas somadas suas participações, detêm mais de 66% do transporte de passageiros e carga em todo o setor, podendo este número aumentar para perto de 80%, fazendo com que as duas gigantes possam utilizar de táticas anticompetitivas para derrubar a Azul Linhas Aéreas e dominar o setor.

Essa concentração de mercado, sem dúvidas gera um prejuízo enorme ao consumidor, pois a oferta do produto diminui no mercado como um todo, pela diminuição de empresas aéreas e a eliminação de determinadas rotas, além do preço médio das passagens tenderem a elevar, tornando mais dispendioso para o consumidor poder utilizar deste serviço, tendendo a diminuição da qualidade do serviço ofertado, pois diminuindo a concorrência as opções de diversificação de serviços tornam-se escassas, sendo o consumidor obrigado a aceitar as imposições feitas pelas companhias aéreas.

O setor aéreo por si só já apresenta altos níveis de concentração decorrentes da própria atividade, pois devido as barreiras de entrada de novas companhias aéreas, somado as dificuldades de expansão dos aeroportos no país, as operações de pousos e decolagens encontram-se ainda bastante restritas. Alguns aeroportos por mais que possuam um potencial atrativo alto, esbarraram na dificuldade técnica do intervalo de pousos e decolagens, os chamados SLOTS, muitos utilizando apenas uma pista para o mesmo serviço, além de poucos espaços em solo para manobra e estacionamento das aeronaves. Somado a isso, a utilização de combustíveis fosseis, que variam diariamente devido a flutuação cambiaria, aumenta enormemente os gastos para as companhias já consolidadas e torna uma barreira difícil de transpor para a inserção de novas empresas no mercado.

Estes atos de concentração provocam externalidades negativas prejudiciais à coletividade, sendo um dos papeis da análise econômica do direito, de acordo com Posner (2011b), advertir sobre as consequências dos atos práticos e que vão de encontram ao interesse público, por frequentemente serem adversas ou minimamente onerosas. Desta forma, acerta o CADE quando de forma preventiva, se manifesta contrário a forma como o leilão judicial estava sendo planejado, visando somente aumentar o lucro para os credores da Avianca Brasil, enquanto beneficiava de forma exclusiva duas companhias aéreas em detrimento de todo o setor aéreo.

A entrada de novas empresas aéreas no setor, mostra-se como uma forma de se manter o equilíbrio de mercado, progressivamente diminuindo os preços praticados atualmente no setor, a partir de uma concorrência não predatória. Destaca Posner (2011a) que quando maior for a elasticidade do mercado em que empresa está situada, menores são as chances de exercer poder sobre seus competidores, como também, a possibilidade de ganhos faz com que outros grupos empresariais tenham interesse em ingressar no mercado, ofertando novas opções de serviço.

O processo de recuperação judicial da Avianca Brasil é apenas mais um caso de companhias aéreas nacionais que não resistem a forma concentrada e cheia de falhas que o mercado concorrencial do setor aéreo se encontra a décadas. Mas deve-se observar que esse fenômeno de concentração de mercado não se restringe somente ao setor aéreo.

A mesma análise de concentração pode ser aplicada a outros setores, como por exemplo, o mercado de telefonia móvel no Brasil, que apresente características muito semelhantes aos descritos anteriormente e caminhando para um problema idêntico ao abordado neste artigo, já que a OI S.A. encontra-se atualmente em um difícil processo de recuperação judicial, já sendo dado como certo a falta de recursos, falta de pagamento aos credores e possível processo de falência em 2020, reduzindo para somente três companhias de telefonia móvel com abrangência nacional no setor.

Utilizando-se dos critérios pragmáticos introduzidos por Richard Posner na análise econômica do direito, é perfeitamente possível se antecipar a eventuais externalidades negativas produzidas por uma eventual falha de mercado em qualquer setor, para se evitar os custos e diminuição do bem-estar da coletividade.

## 5 CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo analisar o mercado aéreo nacional, a partir do recente processo de recuperação judicial da Avianca Brasil, propondo como hipótese/problema a existência de uma concentração de mercado prejudicial ao setor aéreo e aos consumidores.

Partindo dos primeiros estudos sobre a análise econômica do direito com Jeremy Bentham, onde através do utilitarismo se buscava a maximização da felicidade, como uma forma de alcançar o bem-estar social, e de Gary Becker, introduzindo o elemento do custo benefícios e das multas nos custos de transação, foi possível lançar as bases para introduzir as ideias propostas por Richard Posner, um dos grandes responsáveis por expandir a aplicação da AED para diversas aéreas do direito.

Posner, rompeu a barreira do utilitarismo, suprindo as suas lacunas e avançando nos estados. Com a análise do comportamento humano e buscando a maximização da riqueza através das transações voluntarias, instrumentalizando-se no pragmatismo, foi possível através de aspectos positivos e normativos se estabelecer critérios para identificar quando as externalidades dos casos têm efeito positivo ou negativo, podendo então se achar a melhor resolução para o caso concreto e coibir a pratica de externalidades negativas no futuro.

O artigo buscou mostrar ainda, que as falhas de mercado, por exemplo monopólio e cartel, são externalidades negativas a luz da AED, pois as empresas dominantes ditam o rumo da precificação do mercado, diminuem os investimentos de inovação, e de modo geral diminuindo a eficiência do mercado e se distanciando do bem-estar coletivo. A análise econômica do direito, devido a utilização de ferramentas econômicas, teóricas e empíricas consegue antecipar e prever as externalidades das condutas das empresas no mercado e de que forma impacta a livre concorrência e ao consumidor, se mostrando a ferramenta ideia para análise do setor aéreo brasileiro e utilizada pelo CADE em suas análises.

A partir da nota técnica n 4/2019/DEE do CADE, constata-se que atualmente o setor aéreo brasileiro já possui elevados graus de concentração, tal fator levou o órgão a notificar a ANAC sobre as possíveis consequências anticoncorrênciais que o leilão dos ativos da Avianca Brasil poderia ocasionar posteriormente.

Ao analisar o setor a luz da análise econômica do direito e dos conceitos das falhas de mercado apresentados, podemos concluir primeiramente que a LATAM e a GOL juntas detêm mais de 66% do mercado aéreo nacional, podendo esse valor subir para perto de 80% ao adquirir determinados SLOTS de pousos e decolagens.

Este domínio mostra-se um risco para o setor, pois as duas empresas podem dificultar a entrada de novas empresas aéreas no mercado, bem como passar a praticar anticoncorrências

visando eliminar as empresas já inseridas no setor, mas não compreendendo a mesma força que as duas gigantes. Do mesmo modo, o consumidor final deverá sofrer consequências diretas dessa concentração, passando a ter menos opções no mercado para poder optar na hora da utilização dos serviços aéreos, bem como, com a diminuição da concorrência, ainda assim, pelo apresentado, as tarifas pagas tendem a aumentar, sejam na compra direta de passagens ou em serviços ligados a utilização das aeronaves, como marcação de lugar, despacho de bagagens e serviço de bordo.

É necessário que se invista na expansão do setor, proporcionando que novas empresas aéreas possam entrar no mercado, melhorando as infraestruturas dos aeroportos e diminuindo o custo geral de operação para as empresas, podendo assim tornar o mercado mais competitivo.

Por fim este artigo demonstrou a preocupação de que os problemas apontados no setor aéreo, se estendam para outros setores brasileiros, como o da telefonia móvel, que apresenta falhas de mercado muito semelhantes as apontadas neste artigo, podendo ocorrer a mesma situação de falência de uma das grandes companhias do setor, já que a OI S.A se mostrar com dificuldades em seu plano de recuperação judicial, existindo uma alta possibilidade de vir pedir sua falência.

## REFERÊNCIAS


AZEVEDO, Paulo Furquim. **Analise Econômica da Defesa da Concorrência**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direito e Economia no Brasil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014

BRAGA, T. C. A. **A regulação ad hoc nas decisões do CADE**. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 3, n. 2, p. 173-190, outubro de 2017.

CADE, Assessoria de Comunicação Social. **Cade avalia preocupações concorrenciais em venda de ativos da Avianca.** Portal CADE, Brasilia/DF, 05/04/2019. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-avalia-preocupacoes-concorrenciais-em-venda-de-ativos-da-avianca>. Acesso em: 26/06/2019.

CADE. **Nota Técnica Nº 4/2019/DEE/CADE.** Brasilia/DF, 05/04/2019. Disponível em:https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOG4vFsCG0f2QLN3alvAY7ZDUgVQSEo3l8BpvJjwaImb8nHKwdpZ-cj4_S76SmIvSI8DFcgjOlTluXyFycvaCng>. Acesso em: 26/06/2019.

CATÃO, A. L.; CAVALCANTI, M. O. M.. **(Auto) regulação do mercado, direito concorrencial e análise econômica do direito: é possível uma concorrência perfeita?.** Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 8, n. 1, p. 179-196. 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. Ed. Berkeley Law Books, 2016.

DIAS, J. C. **Teorias Contemporâneas do direito e da justiça**. 2º ed. Red, Atual e Ampliada. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FAURE, M., **Attribution of Liability: An Economic Analysis of Various Cases**. 91 Chi.-Kent L. Rev. 603 (2016).

JESSE, W. **Markham, Economic Analysis**, 4 A.B.A. Antitrust Section 145 (1954).
PEREIRA, J. M.. **Políticas de Defesa da Concorrência e de Regulação Econômica: as Deficiências do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. RAC, v. 10, n. 2, P. 51-73 Abr./Jun. 2006.

POSNER, R. A.. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. Aspen Publishers. 2011a.

POSNER, R. A.. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011b.

REGIS, André. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) Instituição responsável pela condução da política econômica do consumo**. Meritum – Belo Horizonte – v. 1 – n. 1 – p. 25-46 – jul./dez. 2006.

ROCHA, Jackson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívya Maria Vaz. **Atos de concentração econômica e estruturas de mercado em uma concorrência praticável**. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 2, p.64-97, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178 8189.2017v21n1p64. ISSN: 2178-8189.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Belknap Havard, 2004.

SHAPIRO, I... **Richard Posner's Praxis.** 48 Ohio St. L.J. 999 (1987).

SILVINO, A. J. M.. **A nova dinâmica de processamento dos atos de concentração no conselho administrativo de defesa econômica e a reforma no sistema brasileiro de defesa da concorrência**. FIDES, Natal, v.4 , n. 1, p. 53-67, jan./jun. 2013. ISSN

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**/ Alexandre Bueno Cateb.... [et al.]; organizado por Luciano Benetti Timm – 3. Ed. – Indaituba/SP: Editora Foco, 2019.