

25.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Data: 6 a 8 de novembro de 2019.

Local: Hotel Royal Palm - Campinas | Brasil

Cláusulas restritivas de participação de empresas em processos licitatórios de setores regulados: a adoção do critério de participação de mercado.

Elvino de Carvalho Mendonça

Introdução

Tem sido recorrente a inserção de cláusulas restritivas para a participação de empresas com elevadas participações de mercado nos editais de licitação referentes a infraestrutura no Brasil. Esse tema está inserido na matéria denominada função regulatória da licitação e tem como objetivo inserir elementos de natureza concorrencial no processo licitatório (*ex-ante*) a fim de desenhar o mercado de interesse *ex-post*.

Em geral, a justificativa para a inclusão dessa cláusula nos processos licitatórios é a de evitar que empresas com elevadas participações de mercado passem a prestar o serviço público em regime de monopólio. Nesse caso, as restrições de participação impediriam a possibilidade de uma única empresa possuir todas as concessões para a prestação de serviço público (ex. uma única empresa possuir a concessão de todos os aeroportos).

A inclusão de restrições dessa natureza está associada com o poder de mercado do proponente e está baseada na hipótese de que a existência de poder de mercado implica necessariamente em abuso desse poder. No entanto, não é correto afirmar que a existência de poder de mercado implica necessariamente no seu exercício, principalmente em setores regulados onde as condições de regulação são implementadas pelas agências reguladoras para mimetizar um ambiente de concorrência, mas também não é correto afirmar que a imposição de restrição dessa natureza não é necessária em setores regulados

onde o grupo econômico da concessionária possui, por exemplo, empresas com posição dominante em mercados não regulados a jusante e a montante do setor regulado.

No primeiro caso, é cediço na literatura nacional e internacional e está sedimentado na jurisprudência do CADE, que o poder de mercado é uma condição necessária para o seu abuso, mas não uma condição suficiente. Por definição, uma empresa não pode abusar de seu poder de mercado se não o detiver, mas também a simples existência desse poder não garante que a empresa consiga impor um significativo e não transitório” aumento dos preços.

Existe na teoria antitruste uma gama de exemplos que demonstram que, embora a participação de mercado seja uma variável relevante para identificar infrações à ordem econômica, ela nem sempre é a variável que melhor explica o comportamento anticoncorrencial. A relevância da participação de mercado em setores com produtos homogêneos é, por exemplo, muito mais relevante para identificar a possibilidade de abuso de posição dominante do que em setores com produtos heterogêneos.

Adicionalmente, o poder de mercado ganha um papel secundário quando o mercado alcançado por um processo de licitação é regulado e as variáveis de decisão da empresa seguem os ditames da regulação econômica clássica. Nesse caso, a concorrência entre as empresas se dá pelo mercado e não no mercado, o que faz com que a participação de mercado das empresas envolvidas no certame tenha a sua relevância diminuída, vez que possuir ou não posição dominante não é, por exemplo, um critério para a habilitação das empresas.

A inserção de cláusulas de participação nos processos licitatórios, além de não resolver o problema concorrencial, vez que a concorrência é pelo mercado, pode ser muito prejudicial tanto para o certame em si quanto para a eficiência do próprio serviço público a ser prestado.

Na verdade, quando não se permite que uma empresa participe em todos os lotes de uma determinada licitação com base na sua participação de mercado (ex. licitação de linhas de ônibus no município de São Paulo¹), está-se a criar barreiras à entrada no mercado de licitação, e não se está a aumentar a concorrência no mercado objeto da

¹ <https://diariodotransporte.com.br/2018/11/01/seprac-do-ministerio-da-fazenda-faz-recomendacoes-a-prefeitura-de-sao-paulo-sobre-licitacao-dos-onibus/>

licitação, pois o problema concorrencial do mercado licitado (monopólio) é solucionado única e exclusivamente por meio da regulação econômica.

No entanto, a inclusão de cláusulas de participação nos processos licitatórios pode fazer sentido do ponto de vista antitruste quando o grupo econômico da empresa habilitada no certame possui posição dominante nos mercados não regulados a montante e/ou a jusante do mercado objeto da licitação. Nesse caso, evitar que uma determinada empresa seja detentora de todas as concessões para a exploração de um determinado serviço público pode ser uma solução para evitar o fechamento de mercado por parte da concessionária tanto para frente quanto para trás, pois, se o grupo econômico da concessionária é o principal produtor do insumo utilizado para prestar o serviço regulado, a empresa concorrente produtora dos mesmos insumos pode não ter acesso ao mercado concedido.

As consequências tanto da inserção de restrição em processos licitatórios quanto da sua ausência é matéria de competência da SEAE (órgão responsável pela advocacia da concorrência no âmbito do artigo 19² da Lei nº 12.529/2011) e que deve, entre outras

² Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

§ 1º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá:

I - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso;

II - celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

coisas, se manifestar em editais de licitação abertos à consulta pública ou por iniciativa própria sempre que identificar dispositivos legais que sejam prejudiciais ou que tenham impactos futuros negativos potenciais.

Conquanto a SEAE tenha competência para se manifestar em matéria concorrencial, essa competência não vai além da sua recomendação, eis que são as agências reguladoras que devem atuar em estreita cooperação com os órgãos de defesa da concorrência e com à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados (art. 25 da Lei nº 13.848/2019³).

Tais agências reguladoras podem ou não acatar as orientações da Secretaria e gerar, ao fim e ao cabo, consequências adversas para todo o sistema de defesa da concorrência na forma de infrações à ordem econômica iniciadas e motivadas por atos administrativos.

O painel tem como objetivo fazer uma discussão a respeito da relevância da inserção de restrições de participação de mercado em editais de licitação tanto do ponto de vista concorrencial quanto do ponto de vista das competências do CADE e das agências reguladoras brasileiras.

Com relação ao aspecto concorrencial da inserção de cláusulas restritivas de participação em processos licitatórios, invocar-se-á a função regulatória da licitação como teoria de fundamentação da decisão das agências e a teoria antitruste como teoria de fundamentação da autoridade de defesa da concorrência brasileira. No que se refere ao aspecto competência, invocar-se-ão as seguintes leis: lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011) e lei das agências reguladoras (Lei nº 13.848/2019).

1. A análise concorrencial do exercício da função regulatória da licitação: quando a restrição de participação faz sentido (sobreposição horizontal e integração vertical (fechamento de mercado))?

1.1. Breves considerações a respeito da função regulatória da licitação

§ 2º A Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgará anualmente relatório de suas ações voltadas para a promoção da concorrência.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm

A Constituição Federal postula nos arts. 37⁴, XXI c/c art. 175⁵ que os serviços públicos devem ser executados pela União, Estados e Municípios ou concedidos a iniciativa privada mediante a celebração de contratos de concessão para exploração do serviço por tempo determinado com igualdade de condições a todos os concorrentes.

De acordo com o ordenamento jurídico pátrio, a licitação⁶ é o instrumento natural para a celebração de contratos de concessão para exploração de serviços públicos entre o setor público e o setor privado⁷ porque: (i) busca a melhor proposta para a administração pública e (ii) garante o princípio da isonomia entre as partes interessadas.

Esses dois aspectos, em conjunto, dão transparência ao certame e aumentam a concorrência. No entanto, a licitação pode ser um instrumento para atingir objetivos muito mais amplos que a simples aumento da concorrência pelo mercado⁸. Na verdade, ela pode ser um mecanismo auxiliar à regulação de mercado na viabilização da concorrência no mercado para o qual o contrato de concessão foi outorgado⁹. A esse instrumento de

⁴ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

6 O instrumento denominado licitação é regulado pelas leis nº 8.666/1993, 10.520/02 e 12.462/11.

⁷ De acordo com Sundfeld (1994, pag. 15), *Licitação é o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público.*

⁸ O trabalho seminal de Chadwick (1859) argumenta que *todo o mercado deveria ser disponibilizado ao público por meio de concorrência, - sob a única condição de que a eficiência, bem como a redução de custos, fosse previsível, ou seja, a posse por um capital específico ou por um estabelecimento de todo o mercado pode ser eficientemente e economicamente administrado por uma única empresa, com o total de ativos pertencentes ao público para o desempenho do serviço requisitado durante um dado período* [Chadwick (1859, pag. 385)]. Esse entendimento foi inovado por Demsetz (1968), ao elaborar a teoria do desenho de mecanismo, que utilizar a teoria dos leilões para sublimar a teoria da regulação econômica.

⁹ A Autoridade da Concorrência da França (*La Autorité de la Concurrence*) define, na publicação denominada “A concorrência no mercado e a concorrência pelo mercado” os conceitos de concorrência no mercado e concorrência pelo mercado como, *in verbis*:

inserção de concorrência no mercado regulado a partir das escolhas contratuais realizadas na licitação dá-se o nome de Função Regulatória da Licitação.

A função regulatória da Licitação é um instrumento de regulação de mercado, pois o processo licitatório é composto de documentos (edital e contratos) que podem ser modelados de forma a conter elementos regulatórios que perdurarão pelo tempo em que a concessão estiver vigendo regras de desenho *ex-ante* que tenham o condão de conduzir o mercado para regras concorrências *ex-post*.

Demsetz (1968) foi o precursor da função dos leilões no processo de regulação dos setores dando origem a teoria de desenho de mecanismo, segundo a qual deveria ser possível elaborar um contrato *ex-ante* que previsse as contingências futuras do mercado, de maneira que haveria um desempenho ótimo *ex-post* das condições concorrenciais. Nesse caso, a solução de mercado seria capaz de evitar os desajustes da regulação econômica, uma vez que Demsetz (1968, p. 65) acreditava que a rivalidade emanada da concorrência pelo mercado o disciplinaria de forma mais eficiente do que os processos regulatórios existentes.

Conquanto a teoria do desenho de mecanismos conseguisse aferir informações privadas importantes para o bom desempenho dos contratos, esse método não seria capaz de produzir um contrato isento de perdas para o vendedor, uma vez que elementos como, por exemplo, mudanças regulatórias não tinham como ser incorporadas ao preço do produto definido *ex ante*.

Stigler (1974) argumenta que para Demsetz (1968), os contratos de concessão seriam completos e do tipo *once-and-for-all*, de maneira que seria único e contemplaria todas as contingências do mercado até o final da concessão. Segundo Stigler (1974), essa hipótese não faria sentido porque o preço obtido no leilão estaria associado com uma determinada quantidade ofertada de serviço e, qualquer alteração no par preço/quantidade ofertadas de serviços motivada por eventos futuros incertos não teria como ser previsto, o que tornaria o método proposto por Demsetz (1968) uma falácia.

“ON PARLE SELON LES CAS DE CONCURRENCE “SUR LE MARCHÉ” (COMPETITION WITHIN THE FIELD), C’EST-À-DIRE ENTRE OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES FOURNISSANT LE MÊME BIEN OU SERVICE DANS DES CONDITIONS JURIDIQUES IDENTIQUES, OU DE CONCURRENCE « POUR LE MARCHÉ » (COMPETITION FOR THE FIELD), C’EST-À-DIRE LA MISE AUX ENCHÈRES DU DROIT DE SERVIR SEUL LA DEMANDE POUR UNE DURÉE ET SUR UN TERRITOIRE DONNER”.

Veras (2018) afirma que nem sempre a função regulatória da licitação é capaz de antecipar a regulação do mercado de maneira eficiente e, em algumas situações, os efeitos dessa função sobre os projetos de infraestrutura podem ser ineficientes e até antagônicos pois: (i) a redução do número de participantes nos leilões de licitação tendem a reduzir o *value for Money*; (ii) os custos dos procedimentos para a adoção desses objetivos secundários podem repercutir nos preços praticados pelos licitantes e, conseqüentemente, no valor da tarifa a ser paga pelos usuários dos serviços que serão concedidos; e (iii) a execução e os custos do monitoramento podem aumentar significativamente os custos para o Poder Concedente.

Dessa forma, elaborar contratos que incorporem medidas de desempenho *ex-ante* é desejável, principalmente quando se está a falar da concessão de um bem público para exploração pela iniciativa privada por 30 anos, no entanto, não se deve prescindir da análise regulatória *ex-post*, vez que as condições regulatórias do mercado são dinâmicas ao longo do tempo. Nesse caso, o ideal seria que houvesse nos contratos das empresas vencedoras gatilhos que permitissem que o poder concedente fosse capaz de renegociar os termos do contrato ao longo do tempo.

1.2. A análise da função regulatória da licitação sobre a sobreposição horizontal e a integração vertical (fechamento de mercado)) – o caso da restrição de participação de mercado

O primeiro ponto do painel diz respeito a análise da função regulatória da licitação sobre a sobreposição horizontal e a integração vertical.

Conforme expresso na sessão anterior, há controvérsia em torno da eficácia da função regulatória da licitação para o bom desempenho do setor regulado quando esse método é utilizado de forma isolada por parte dos tomadores de decisão, principalmente porque, além de não atingir os objetivos desejados de aumento de competição, ainda pode gerar incentivos para práticas anticompetitivas.

A imposição de restrição de participação de mercado nos editais de licitação para setores de infraestrutura visa, geralmente, a evitar que um único concorrente seja detentor de todas as infraestruturas que estão sendo licitadas, não permitindo, assim, monopólio nos setores de infraestrutura licitados.

O argumento de evitar o monopólio nos setores de infraestrutura com a inserção de cláusulas dessa natureza no edital de licitação não encontra amparo de natureza concorrencial dada a ausência de eficácia da medida, uma vez que a concorrência que existe entre as empresas que se habilitam se dá no momento do certame (concorrência pelo mercado) e não no desenvolvimento da atividade (concorrência no mercado).

A concorrência pelo mercado e a natureza regulatória da atividade licitada não gera qualquer aumento de eficiência por parte das empresas vencedoras, haja vista que a escolha das tarifas e a oferta de serviço não são resultado do equilíbrio de mercado dado pelo número de concorrentes e sim pelas regras regulatórias implementadas pelas agências regulatórias setoriais.

Portanto, restrições dessa natureza não tem qualquer impacto de natureza horizontal sobre o setor considerado e as empresas vencedoras dos certames, sejam elas detentoras de todas as concessões ou não, serão sempre empresas monopolistas no seu mercado relevante que estarão sujeitas as regras regulatórias vigentes.

Nesses casos, o que se tem é a possibilidade de se aumentar a ineficiência do desenho regulatório e aumentar os incentivos para o cartel em licitações. No primeiro caso, porque o impedimento da atuação da empresa/grupo econômico em vários mercados relevantes geográficos distintos reduz a possibilidade dos efeitos positivos advindos dos ganhos de escala sobre a concorrência pelos mercados *ex-ante* sem nenhum benefício concorrencial *ex-post*, e, no segundo caso, porque a divisão de mercado imposta pelo edital gera incentivos para a divisão de mercado entre as empresas.

No entanto, as mencionadas restrições ganham relevância quando as empresas vencedoras do certame e/ou o grupo econômico a que elas pertencem são verticalmente integradas a jusante e/ou a montante, os mercados a jusante e/ou a montante não são regulados e o grupo possui empresas com posição dominante em um ou em ambos os mercados.

Para situações como essas, a função regulatória da licitação tem um papel relevante na preservação do ambiente concorrencial dos setores não regulados integrados, pois evita efeitos anticoncorrenciais em mercados a jusante e/ou a montante, como por exemplo, o fechamento de mercado de fornecimento de insumos do setor regulado para as empresas concorrentes e o fechamento dos serviços prestados pelo setor regulado às empresas concorrentes no mercado a jusante.

Portanto, a imposição de restrições de participação de mercado em editais de licitação de setores regulados de infraestrutura para tratar de sobreposição horizontal não faz qualquer sentido do ponto de vista concorrencial, uma vez que a concorrência para esses casos se dá pelo mercado e não no mercado.

Da mesma forma, a não imposição de restrições de participação em setores regulados de infraestrutura que são altamente concentrados por grupos econômicos que são potenciais concorrentes no processo licitatório pode trazer severos prejuízos de natureza concorrencial para as empresas concorrentes daquelas empresas pertencentes ao grupo econômico que venceu o certame, desde a elevação dos custos dos rivais até o fechamento de mercado.

2. Os conflitos de competência e a advocacia da concorrência no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: relacionamento CADE/Agências e relacionamento SEAE/Agências.

O segundo ponto do painel trata das competências legais do CADE, SEAE e das Agências Reguladoras para cuidar de questões referentes a elaboração de atos normativos de natureza concorrencial e das consequências legais desses atos.

De acordo com a Lei nº 12.529/2011, o CADE possui as competências legais para analisar atos de concentração, produzir a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica e promover a concorrência.

A SEAE tem, segundo o art. 19 do mesmo diploma legal, a competência legal de promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, opinando, no caso das agências reguladoras, em consultas públicas e emitindo pareceres em análises de impacto regulatório em editais de licitação¹⁰.

As agências reguladoras possuem a competência legal de emitir atos normativos regulatórios e adequar as regras e regulamentos as melhores práticas regulatórias previstas nas suas leis de criação¹¹, bem como estimular a concorrência nos mercados

¹⁰ De acordo com Sampaio (2012), o advento da Lei nº 12.529/2011 tornou necessário priorizar a função de advocacia da concorrência da SEAE junto as entidades regulatórias, com participação do órgão nas análises de impacto regulatório e de publicação de editais de licitação em processos de desestatização.

¹¹ ANP – Lei nº 9.478/1997

setoriais em que são elas os agentes reguladores, sendo uma das suas principais competências a elaboração dos editais de licitação e a elaboração dos contratos de concessão¹².

A inter-relação entre o CADE, a SEAE e as Agências Reguladoras se encontra definida nos arts. 25 a 28 da Lei nº 13.848/2019, onde fica patente que: (i) a promoção da concorrência e à eficácia na aplicação da lei de defesa da concorrência é um exercício que deve ser realizado pela cooperação dos órgãos de defesa da concorrência e com as agências reguladoras (art. 25¹³); (ii) as agências reguladoras têm a incumbência de monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar o SBDC na aplicabilidade da lei de defesa da concorrência (art. 26¹⁴); (iii) a agência reguladora deve comunicar ao CADE qualquer fato que possa configurar infração à ordem econômica (art. 27¹⁵); e (iv) a agência reguladora será notificada pelo

ANTT - Lei nº 10233, de 05 de junho de 2001.

ANTAQ - Lei nº 10233, de 05 de junho de 2001.

ANAC – Lei nº 11.182/2005, de 27 de setembro de 2005.

ANATEL – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

ANEEL – Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

ANVISA – Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

ANS – Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

ANCINE – Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

ANM – Lei nº 13.575, de 26 dezembro de 2017.

¹² O Apêndice A apresenta os dispositivos legais das agências setoriais brasileiras em matéria de concorrência.

13 Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.

¹⁴ Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

¹⁵ Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis

CADE a respeito do teor da decisão sobre condutas potencialmente cometidas no exercício das atividades reguladas (art. 28¹⁶).

Portanto, no caso do edital de licitação e do contrato de concessão em que a agência regulatória lança mão de sua competência para inserir cláusula de restrição de participação de mercado dois são os momentos: no primeiro, agência reguladora e SEAE se manifestam e, no segundo momento, o CADE, quando o ato normativo der causa a possibilidade de existência de infração à ordem econômica.

No primeiro momento:

- (i) A agência produz o ato normativo (edital de licitação) e o coloca em consulta pública para avaliação da SEAE e do público em geral;
- (ii) A SEAE emite opinião a respeito do normativo do ponto de vista da advocacia da concorrência;
- (iii) A agência reguladora setorial toma a decisão com base em sua competência regulatória.

No segundo momento, em havendo possibilidade de existência de infração à ordem econômica:

- (i) o CADE exerce as suas competências de instrução e julgamento¹⁷.

Observe que a agência reguladora exerce a sua competência de desenho regulatório ao elaborar e disponibilizar o edital com a restrição de participação de mercado via consulta pública. A competência da SEAE, que é a de opinar a respeito do ato normativo sem que haja qualquer tipo de vinculação entre o seu parecer e a decisão da agência, está garantida pela consulta pública e, a competência do CADE, que é a de se

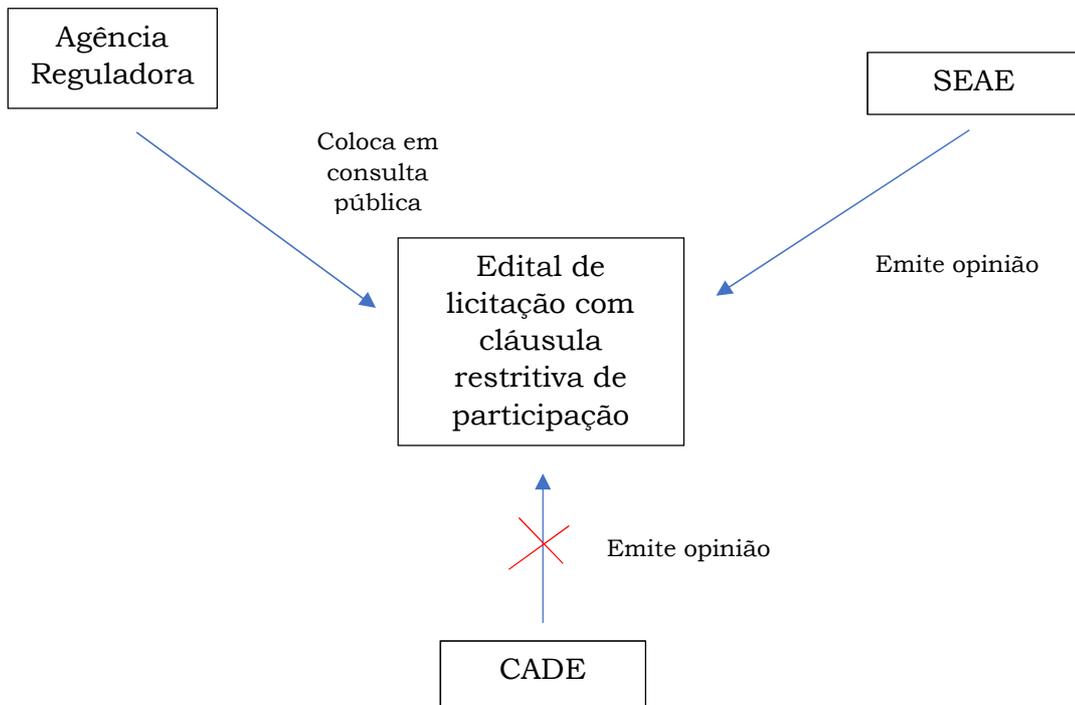
¹⁶ Art. 28. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.

¹⁷ A esse respeito vale observar a nota de rodapé nº 28 inserida em Saito et al (2017), *in verbis*:

“Nota-se que tanto o artigo 2º da Lei nº 12.529/2011, quanto o artigo 36, ao se referir a competência para reprimir infrações a ordem econômica, alude sobre práticas e atos que tenham aptidão para produzir efeitos anticompetitivos.”

manifestar como órgão instrutor e julgante caso surjam infrações à ordem econômica oriundas da inserção de restrição de participação de mercado no edital de licitação, também está garantida.

Figura 1. Competência do CADE em atos normativos das agências



Elaboração: autor

O CADE não possui competência para se manifestar na consulta pública em comento oferecendo subsídios de natureza de advocacia da concorrência, vez que se trata do órgão instrutor e julgante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Lei nº 12.529/2011 reserva, em seu art. 19, essa competência para a SEAE. Nesse sentido, o CADE deve se manter afastado do desenho regulatório promovido pelas agências reguladoras *ex-ante*.

A observância da não manifestação do CADE em matéria regulatória e concorrencial em sede de advocacia da concorrência nos atos normativos produzidos pelas agências reguladoras é a pedra angular do devido processo legal, vez que a intervenção do CADE nessa matéria *ex-ante* o inviabilizaria para o julgamento de infração à ordem econômica produzida pela sua própria contribuição *ex-post*.

Considerações finais

A existência de cláusulas de restrição a participação de empresas com elevada participação de mercado em editais de licitação de setores de infraestrutura têm se tornado uma prática comum entre algumas agências reguladoras brasileiras.

As competências do CADE, da SEAE e das agências reguladoras em matéria de concorrência e regulação são definidas na Lei nº 12.529/2011, na Lei nº 13.848/2019 e nas leis de criação das agências reguladoras.

Referências bibliográficas

CHADWICK, E. Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe; of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field, of Service Journal of the Statistical Society of London, Vol. 22, No. 3. 1859.

DEMSETZ, H. Why regulate utilities? Journal of Law and Economics. Chicago, v. 11, p. 55-66, april. 1968.

FERRAZ, L. Função regulatória da licitação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 72, n. 3, julho | agosto. setembro 2009. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/490.pdf>. Acesso em: 13/09/2019.

PERROT, A. Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence. Revue française d'économie. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/rfec_0769-0479_2002_num_16_4_1522.. Acesso em: 13.09.2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

VERAS, R. A função regulatória das licitações em projetos de infraestrutura: quanto custa? Rede: Revista Eletrônica de Direito do Estado. 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/a-funcao-regulatoria-das-licitacoes-em-projetos-de-infraestrutura-quanto-custa>. Acesso em: 13/09/2019.

STIGLER, G. J. Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories fo Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science. Vol. 5, nº 2. 1974.

SUNSTEIN, C. Paradoxes of the Regulatory State. The University of Chicago Law Review, v. 57, n. 2, p. 407. Disponível em:

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4666&context=uclrev>. Acesso em 13/09/2019.

WILLIAMSON, Oliver E. Franchise Bidding for Natural Monopolies: in general and with respect to CATV. The Bell Journal of Economics. v. 7, p. 73-104. spring. 1976. Disponível em: https://www.webssa.net/files/williamson_franchise_bidding_-_copie.pdf. Acesso em: 13/09/2019.

JUNIOR, R. T. S.; NETO, B. G. O leilão de Demsetz como mecanismo regulador: a experiência gaúcha na concessão de rodovias. 3º Encontro de Economia Gaúcha. Disponível em: <https://www.fee.rs.gov.br/3eeg/Artigos/m04t05.pdf>. Acesso em 13/09/2019.

SAITO, C; CORDOVIL, L.; ROS, L. A competência do CADE sobre atos de agências reguladoras: análise de caso na revenda de combustíveis. In: A Interface entre Regulação e Concorrência na Cadeia Produtiva do Petróleo: Análise de Julgados do CADE. Org. Elvino de Carvalho Mendonça, Luciano Inácio de Souza, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Editora Migalhas. 2017.

SAMPAIO, P. R. P. Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. Tese de Doutorado, USP. São Paulo. 2012. Disponível em:

file:///C:/Users/elvino.mendonca/Downloads/Tese_Patricia_Regina_Pinheiro_Sampaio.pdf. Acesso em: 23.09.2019

Apêndice A. Dispositivos legais das agências setoriais brasileiras para tratar de concorrência

Agência	Área responsável	Competências
		V - propor procedimentos de controle e prevenção de infrações à ordem econômica, que permitam às diversas unidades integrantes da

ANP	Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica	estrutura organizacional da ANP atuar coerentemente na aplicação da orientação emanada da Diretoria Colegiada; VI - propor normativos necessários à implementação dos regulamentos e das políticas adotadas no campo de defesa da concorrência; IX - elaborar análises de impacto concorrencial no âmbito do processo de regulamentação das atividades das indústrias do petróleo, seus derivados, de gás natural e de biocombustíveis;	
	ANTT	Superintendência de Governança Regulatória	XII - representar a ANTT perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, acompanhando os processos relacionados com a esfera de atuação da Agência e, conforme decisão da Diretoria, atuar nos processos administrativos em tramitação naquele órgão; XIII - promover a investigação de práticas anticompetitivas e propor a aplicação de sanções cabíveis; XVI - avaliar a concorrência no mercado de transportes terrestres e sugerir a adoção de medidas de preservação da competitividade;
		ANAC	Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos
ANATEL			Superintendência de Competição
ANEEL	Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração – SRG;	Art. 23 ... XXII – Regulação Econômica e Estudos do Mercado – regulação econômica por incentivos; regras e procedimentos de comercialização de energia elétrica nos ambientes de contratação regulada e livre, e contratação de energia de reserva, consoante às diretrizes legais e regulamentares, especialmente no que se refere à instituição de regras e procedimentos, e ao detalhamento, registro e monitoramento dos contratos de compra e venda; supervisão e estudos do mercado, com vistas a garantir o seu regular funcionamento, bem como a segurança e liquidez de suas operações; regulação para preservar o equilíbrio econômico-financeiro das concessões e permissões; e <u>defesa da concorrência, na análise de atos de concentração e de infrações à ordem econômica no setor elétrico, observada a legislação específica;</u> (Redação dada pela REN ANEEL 720 de 17.05.2016)	
	Superintendência de Regulação dos Serviços de Transmissão – SRT;		
	Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição – SRD;		

ANTAQ	Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.	Art. 3º ... V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.
ANVISA	Gerência-Geral de Regulamentação e Boas Práticas Regulatórias	
ANS		Art. 6º À Diretoria Colegiada - DICOL compete: ... XXIV - promover a articulação com os órgãos e entidades integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.
ANM	Superintendência de Produção Mineral	Art. 61. À Coordenação de Outorga de Títulos de Lavra compete: ... V - analisar, juntamente com a Superintendência de Regulação e Desenvolvimento da Mineração, o nível de concentração econômica em dado setor da produção minerária e propor ações ou decisões para estimular maior concorrência na disponibilização de bens minerais ao mercado;
	Coordenação de Outorga de Títulos de Lavra	
	Superintendência de Regulação e Desenvolvimento da Mineração	Art. 70. Compete à Gerência de Economia Mineral: ... I - fomentar a concorrência entre os agentes econômicos, monitorar e acompanhar as práticas de mercado do setor de mineração brasileiro e cooperar com os órgãos de defesa da concorrência, observado o disposto na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e na legislação pertinente;
	Gerência de Economia Mineral	V - realizar estudos de regulação antitruste de forma supletiva aos órgãos de defesa da concorrência;