

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

Elvino de Carvalho Mendonça – Mendonça Advocacia e Ex-CADE

Juliano Noman – Diretor da ANAC

César Alves de Mattos – Secretário da SEAE e Ex-Cade

Bruno Caselli – Superintendente ANP

João Paulo de Resende – Ex-CADE

Quinta-feira, 07 de novembro de 2019

*As opiniões expressas nesse painel são de inteira responsabilidade dos painelistas

Metodologia do painel:

1ª Parte - Apresentação tópicos.

2ª Parte - Perguntas e respostas.

1ª Parte - Apresentação de tópicos

Tópicos:

- Concorrência pelo mercado *versus* concorrência no mercado: há diferença do ponto de vista de análise antitruste?;
- Função regulatória da licitação: quando, como e porque utilizar?;
- A legislação antitruste e a função regulatória da licitação: o que diz a legislação a respeito dessa função?;
- O poder normativo das agências e a função regulatória da licitação: a competência em matéria concorrencial das agências;
- 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))?;
- Os conflitos de competência e a advocacia da concorrência no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: relacionamento CADE/Agências e relacionamento SEAE/Agências.

2ª Parte – Perguntas e respostas

Bloco I - 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))?;

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

Metodologia do painel:

Questionamentos Bloco I:

ANP e ANAC

- Quais são os problemas concorrenciais que a agência visa a mitigar nos processos licitatórios em que a agência é o Poder Concedente com a utilização da função regulatória da licitação? A imposição de restrição de participação mitigaria os problemas concorrenciais vislumbrados pela agência? O Sr. poderia citar exemplos de editais em que existem cláusulas dessas naturezas? (4 minutos para cada agência)
- A agência possui departamento de defesa da concorrência? Quais são os métodos internos utilizados pela agência para definir em que situação o edital de licitação deve conter ou não cláusula de restrição de participação ou qualquer outra restrição que o valha? Existe alguma análise de impacto regulatório que faça a medida quantitativa dos efeitos dessa restrição? (4 minutos para cada agência)

SEAE

- Na ótica da advocacia da concorrência, quais seriam os problemas concorrenciais que estariam em jogo com a imposição de restrições de participação em processos licitatórios de setores regulados? Como a advocacia da concorrência poderia contribuir para solucionar problemas dessa natureza? (4 minutos)
- O Sr. poderia apresentar exemplos de pareceres analisados pela Secretaria em que existem restrições de participação? Faça uma explanação de cada caso e mencione a solução proposta pela SEAE. (4 minutos)

CADE

- Imposição de restrições de participação em processos licitatórios de setores regulados tem potencial para gerar condutas anticompetitivas? Se tem explique os mecanismos pelos quais a restrição se transfere para a conduta e, se não tem explique os motivos pelos quais essa prática não tem chance de acontecer. (4 minutos)
- Sob a ótica do julgamento, quais seriam as decisões tomadas pelo Tribunal do CADE se a conduta anticompetitiva tivesse tido a sua origem na imposição de restrições de participação no processo licitatório? Existe algum caso desses nos julgados do CADE? Exemplifique. (4 minutos)

Metodologia do painel:

Questionamentos Bloco II:

ANP e ANAC

- Os artigos 25 a 28 da Lei nº 13848/2019 (lei das agências) tratam das competências do CADE e Agências em matéria de interação entre os órgãos. O Caput do art. 26 postula que 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](#)*. Qual é a interpretação desses artigos quando a agência elabora um edital de licitação? Há algum filtro que avalie se a imposição de restrições em editais de licitações (ex. participação de mercado) fere a competência da agência? Como se dá a análise da competência da agência nesse caso? Explique. (4 minutos para cada agência)
- Tendo por base o Art. 27 da Lei nº 13848/2019 (lei das agências), que postula *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*, deveria a agência desenvolver análise de impacto regulatório dos seus normativos a fim de identificar potenciais infrações à ordem econômica? Como a agência faz esse monitoramento prospectivo? Discutir a responsabilidade da agência nessas situações. (4 minutos para cada agência)

SEAE

- O inciso I do art. 19 da Lei nº 12.529/2011 confere à SEAE a competência de *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*. Qual é o método adotado pela SEAE para opinar nas situações em que as agências reguladoras, por exemplo, impõe restrição de participação nos editais de licitação? Apresentar exemplos. Seria possível adotar algum filtro quantitativo/qualitativo que mensura-se os impactos regulatórios da adoção dessa restrição? O que diz a literatura nacional e internacional? (4 minutos)
- O inciso II do § 1º do art. 19 da Lei nº 12.529/2011 confere à SEAE a competência de *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*. Quantas agências possuem acordos e convênios com a SEAE? Apresente as características dos convênios assinados. Seria possível desenvolver nos convênios ferramenta de análise de impacto regulatório para evitar que restrições como as de participação mitigassem o risco de condutas anticompetitivas posteriores? (4 minutos)

CADE

- Em que situações o CADE, como órgão instrutor e julgador de condutas anticompetitivas, pode desenvolver advocacia da concorrência setorial junto as agências reguladoras em matéria de licitações (restrições de participação impostas nos editais, por exemplo)? O art. 19 da Lei nº 12.529/2011 pode ser aplicado ao CADE para esse fim? Apresente os limites da competência do CADE. (4 minutos)
- Como julgar um processo em que o Estado foi o motivador da Conduta (ex. edital de licitações com cláusula de participação gera conduta anticompetitiva)? O *State Action Doctrine* é aplicado nesses casos? Citar exemplos. Como julgar uma conduta anticompetitiva que foi resultado de advocacia da concorrência implementada pelo CADE? É possível alegar *State Action Doctrine* nesses casos? Cite exemplos. (4 minutos)