

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

Análise Econômica da Regulação: O Papel da Advocacia da Concorrência

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/6k0688wp>

Author

Ragazzo, Carlos Emmanuel Joppert

Publication Date

2007-05-01

Análise Econômica da Regulação: O Papel da Advocacia da Concorrência

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo¹

Introdução²

Após o processo de redemocratização, mais especificamente a partir do ano de 1994, data de promulgação da nova lei antitruste brasileira, o sistema brasileiro de defesa da concorrência - SBDC começou a se tornar notório por meio da análise de atos de concentração. Diversos foram os julgamentos famosos, valendo lembrar, como exemplos paradigmáticos, os atos de concentração envolvendo as empresas Kolynos e Colgate (AC nº 0027/1995), Antarctica e Brahma - AMBEV (AC nº 08012.005846/99-12) e, mais recentemente, Nestlé e Garoto (AC nº 08012.001697/2002-89).

Ao analisar atos e contratos que possam ter impacto na concorrência, nos termos do artigo 54, caput e §3º da Lei nº 8.884, os órgãos do SBDC exercem a sua função preventiva, cujo objetivo é evitar a possível formação de poder de mercado que irá possibilitar um eventual abuso mais à frente pela sociedade resultante. A submissão dos atos de concentração aos órgãos de defesa da concorrência é mandatória de acordo com os dispositivos legais citados, podendo o CADE, ao final, aprovar a operação, impor restrições (mais comumente conhecidas como remédios), ou mesmo rejeitá-la, caso os efeitos anticompetitivos não possam ser compensados ou amainados.

Os órgãos do SBDC também possuem competência legal para reprimir condutas anticompetitivas, o que constitui a sua função repressiva. Aliás, após um início amplamente focado na análise de atos de concentração, a partir de 2003 iniciou-se uma forte tendência concentrando a atuação dos agentes públicos no combate a cartéis, sobretudo com o uso efetivo de acordos de leniência, bem como de técnicas avançadas de investigação, como a

¹ Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. *Master of Laws in Trade Regulation and Competition Policy* (NYU, 2002). Coordenador Geral de Defesa da Concorrência da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, Ministério da Fazenda. carlos.ragazzo@fazenda.gov.br.

² Extensamente a respeito das funções preventiva e repressiva dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros, vide RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de direito da concorrência**, Brasília, n. 6, p. 13-26, abr./jun. 2005.

busca e apreensão e a interceptação telefônica. A fim de punir as condutas anticompetitivas comprovadas, os órgãos do SBDC podem impor sanções pecuniárias e não pecuniárias.

No entanto, ao lado das funções preventiva e repressiva, os órgãos do SBDC estão também imbuídos da tarefa de promoção da concorrência (ou advocacia da concorrência, no jargão mais técnico), um valor que ainda não está totalmente incorporado à sociedade ou mesmo ao governo brasileiro. No entanto, as ações desenvolvidas com esse objetivo não têm sido objeto de trabalhos acadêmicos nos últimos anos, ao menos no Brasil, razão por que uma explicação mais pormenorizada e detalhada a respeito da advocacia da concorrência e dos seus objetivos torna-se imprescindível.

2. O que é advocacia da concorrência?

A definição de advocacia da concorrência parte de uma idéia de exclusão. Na verdade, advocacia da concorrência é qualquer ação de promoção de concorrência que não esteja relacionada com o controle de atos de concentração (função preventiva) ou com a repressão de condutas anticompetitivas (função repressiva), estas últimas consideradas pela literatura internacional como ações de *enforcement*. É o que pode se perceber do conceito elaborado no ano de 2004 pelo Grupo de Trabalho da *International Competition Network* – ICN responsável por advocacia da concorrência³:

“competition advocacy refers to those activities conducted by a competition authority related to the promotion of a competitive economic environment by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition”.

2.1 Por que a advocacia da concorrência é importante?

Antes de abordar propriamente os objetivos da advocacia da concorrência, é pertinente discorrer um pouco sobre as opções de atuação estatal hoje apresentadas. Após o processo de liberalização, a intervenção governamental não se encerrou, alterando-se a

³ *Sub-group 4 of the Capacity Building & Competition Policy Implementation - CBCPI. Competition advocacy on regulated sectors: examples of success. In: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2004 Annual Conference, 2004, Seul, Korea. Materials...* Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/seoul/capacitybuild_sg4_seoul.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006. Esse artigo examinou as atividades de advocacia da concorrência desenvolvidas por 30 países membros da ICN, dando ênfase ao que tem sido feito a esse respeito em setores regulados de países em desenvolvimento. O objetivo era identificar experiências exitosas de advocacia da concorrência, bem como propor uma agenda para iniciativas futuras.

atuação do Estado primordialmente para funções de planejamento, incentivo e fiscalização como agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do artigo 174 da Constituição Federal de 1988. Deu-se início, portanto, ao debate que já começa a ganhar terreno no meio acadêmico brasileiro: quando regular ou liberar um mercado?

Como se sabe, a flexibilização das variáveis econômicas em direção ao livre mercado, o que tem sido a tendência mundial nas últimas décadas, possibilita um processo competitivo que, *a priori*, gera eficiência no respectivo setor, resultando em produtos com qualidade superior e a preços menores para o consumidor, além de um maior incentivo às inovações tecnológicas. Há também um efeito cascata decorrente da concorrência, pois vários produtos são insumos de bens ou de serviços, o que pode provocar redução de preços em toda a cadeia de produção. Em resumo, em termos técnicos, a concorrência gera eficiência produtiva e alocativa, além de promover maior desenvolvimento tecnológico.

Além disso, a regulação implica uma série de problemas que não se verificam em um livre mercado, quais sejam: (i) custos de fiscalização da implementação das medidas regulatórias, uma vez que o ente regulador não é o agente que presta o serviço regulado; (ii) assimetria de informação entre ente regulador e regulado, o que pode impedir que os objetivos da regulação sejam de fato alcançados; e (iii) possibilidade de captura do ente regulador, hipótese em que o agente público age de acordo com os propósitos de grupos de interesse setoriais, deixando de observar o interesse público⁴.

Então, diante de todos os benefícios que a concorrência introduz, a pergunta não poderia ser mais óbvia: em quais situações os mercados de bens e/ou de serviços devem ser regulados por agentes governamentais? De uma forma geral, a regra seria o livre mercado, excetuando-se-a quando o processo competitivo não gera uma alocação ótima dos recursos na sociedade, o que ocorre quando há falhas de mercado, habitualmente reconhecidas pela doutrina como externalidades, informação assimétrica, monopólio natural (ou excessiva concentração de poder de mercado) e bens públicos⁵. Além da correção de falhas de mercado, objetivos sociais também poderiam justificar atuação governamental⁶.

⁴ KATE, Adriaan Ten. *Competition Advocacy and regulation*. In: APEC/OECD WORKSHOP ON REGULATION, 2003, Paris. **Report**. Disponível em: <http://www.apeccp.org.tw/doc/APEC-OECD/2004-5/003.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006.

⁵ Ibid. A respeito de falhas de mercado, vide CHANG, Ha-Joon. *The political Economy of Industrial Policy*. London: Macmillan Press, 1994. p. 8 et seq.

⁶ Logicamente, a discussão sobre intervenção estatal possui um escopo maior, não estando adstrita apenas a questões de eficiência econômica (e, portanto, à existência ou não de falhas de mercado) uma vez que o Estado poderá intervir na atividade econômica, nos termos do artigo 170, *caput* e incisos, da Constituição

Retornando ao assunto que deu início a este tópico, como a regulação deve ser residual (considerando-se as hipóteses de falha de mercado, em que a regulação, ainda que parcial, pode apresentar uma solução mais eficiente do que as forças de mercado), a implementação de medidas de advocacia da concorrência é de relevância extremada e indubitosa, pois tem por objetivo assegurar que os benefícios da liberalização sejam alcançados, i.e., maior bem-estar para a sociedade. Evita-se, dessa forma, soluções ineficientes e custosas para a Administração Pública e para os administrados, bem como transferências indevidas de renda do consumidor para grupos de interesse.

É importante chamar atenção para o fato de que a advocacia da concorrência torna-se nodal no contexto de países em desenvolvimento, em que, em função da recente liberalização de serviços públicos e de atividades privadas regulamentadas (e da conseqüente redução – ou mesmo fim - dos monopólios estatais), há um forte processo legislativo que se baseia em contextos novos ainda parcialmente desconhecidos para o público em geral. Não há dúvidas de que as restrições governamentais indevidas induzem a formação de lobbies, ao invés de incentivar um comportamento pró-consumidor.

2.2. Quais os desafios para a implementação de medidas de advocacia da concorrência?

O próprio processo de liberalização de mercados provocou um aumento na atividade de *rent-seeking* por parte de grupos de interesse representando setores que perderam ou vêm perdendo privilégios antigos. Frequentemente, argumentos de concorrência predatória são utilizados por grupos empresariais para justificar medidas regulatórias anticompetitivas (como, por exemplo, regulação de preços ou restrições à livre entrada) perante reguladores e/ou legisladores, de forma a impedir processos maiores de liberalização e, conseqüentemente, um ambiente competitivo mais saudável.

Aliás, como a concorrência não é um valor totalmente incorporado à cultura de diversos países em desenvolvimento, argumentos dessa ordem possuem um peso razoável quando da tomada de decisões por parte do setor público, que não raro pendem para medidas ineficientes e que têm impacto negativo no bem-estar do consumidor. A semelhança dos desafios a serem vencidos por meio da advocacia da concorrência possui

Federal de 1988, ressaltando a regra da livre iniciativa, ao observar os seguintes princípios: (i) a soberania nacional; (ii) a propriedade privada; (iii) a função social da propriedade; (iv) livre concorrência; (v) a defesa do consumidor; (vi) a defesa do meio ambiente; e (vii) a redução das desigualdades regionais e sociais.

verdadeiro caráter global, conforme se pode depreender de trechos de artigo elaborado pela *Fair Trading Commission*, órgão de defesa da concorrência da Jamaica⁷:

“Even as it is recognized that developing countries, which have only recently made the transition to being market-driven economies, need to understand and to be persuaded into appreciating the benefits of competition, these are the countries which often face the greatest challenges in attempting to educate the stakeholders. Competition is often blamed for some of the market failures that can occur in the early stages of a market-driven economy. Lobby groups and sectoral interests tend to fight to hold on to old privileges which competition would have eroded; and the public at large is uncertain as to where it should place its allegiance”.

Os órgãos de defesa da concorrência aqui e alhures têm concentrado ações na análise de atos de concentração e na punição a condutas anticompetitivas. Entretanto, isso não é o suficiente para garantir de maneira eficaz o processo competitivo de diversos mercados que podem ser – e freqüentemente são - alterados por regulações anticompetitivas que, por vezes, representam um óbice ainda maior do que cartéis ou mesmo fusões lesivas ao consumidor. A advocacia da concorrência, portanto, possui um papel fulcral para a correta e adequada regulação de serviços públicos e de atividades privadas regulamentadas, sobretudo levando-se em consideração que os seus benefícios somente são aferidos com o passar do tempo, raramente apresentando resultados imediatos⁸.

Assim, no caso específico de regulação nos mercados menos maduros, o objetivo da advocacia da concorrência envolve principalmente a remoção de regras ou procedimentos

⁷ *Commission on Investment, Technology and Related Financial Issues. Advocacy in promoting competition policy in developing countries: the Jamaican experience.* In: *INTERGOVERNMENTAL GROUP OF EXPERTS ON COMPETITION LAW AND POLICY SIXTH SESSION*, 2004, Genebra. **Documentos...** Disponível em: <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/IGE1104/jamaica.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006. O *Fair Competition Act* - FCA, lei de defesa da concorrência jamaicana, expressamente prevê obrigações de advocacia da concorrência a serem exercidas pela *Fair Trading Commission*, quais sejam: (i) disponibilização de informações a respeito do FCA para empresários (para que saibam seus direitos e obrigações) e para consumidores (para que entendam como a concorrência afeta os seus interesses); (ii) elaboração de estudos a serem publicados abordando assuntos de concorrência que sejam afetos ao interesse do consumidor; e (iii) cooperação com associações no desenvolvimento de padrões de conduta para assegurar o cumprimento dos dispositivos do FCA.

⁸ Muito embora os resultados possam ser, com alguma dificuldade, quantificados ulteriormente, revelando melhorias consideráveis para a economia e para consumidores. Os resultados positivos oriundos de políticas de concorrência, aliás, têm sido o tópico inicial de todas as palestras que introduzem seminários sobre advocacia da concorrência. Apenas a título de exemplo, vale mencionar que, em seminário realizado em Nova Délhi, Índia, um dos membros do órgão de concorrência daquele país fez menção a estudos elaborados pela OCDE indicando que a *Australian Productivity Commission* teria estimado que, em razão de medidas pró-concorrenciais, a renda anual australiana teria aumentado em torno de 7.000 dólares australianos. Conclusões semelhantes foram alcançadas por estudos com relação à Nova Zelândia e ao Reino Unido, países esses que observaram, pela mesma razão, um aumento em torno de 2,5% na taxa de emprego no período de 1978 a 1998. DHALL, Shri Vinod. **Speech.** In: *Competition advocacy seminar for professional bodies: ICAI, ICSI and ICWAI*, 2005, New Delhi. p. 2. Disponível em: <http://www.competition-commission-india.nic.in/advocacy/key_note_address_by_member_CCI.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006.

anticompetitivos (e, logicamente, a criação de regras e instituições pró-competitivas), sobretudo se impedirem ou diminuirão a rivalidade entre os agentes econômicos⁹. Para que essa iniciativa possa ser exitosa, os órgãos antitruste deverão manter uma constante interface com agentes reguladores, reduzindo as assimetrias de informação.

3. Advocacia da concorrência: o que tem sido feito por governos estrangeiros?

Há um consenso de que os órgãos de defesa da concorrência seriam mais aptos a implementar medidas de advocacia da concorrência, por serem menos sujeitos à captura, sendo capazes até mesmo de reduzir os efeitos deletérios das atividades de *rent-seeking* dos grupos de interesse setoriais. Defendendo as atividades de advocacia por parte de órgãos de defesa da concorrência, vide o seguinte trecho do relatório do grupo de *advocacy* da ICN¹⁰:

“Competition authorities are considered to be less prone to regulatory capture by interest groups than, for example, sector-specific regulators and through advocacy they can instill competitive values in sector specific regulation, reducing the possibility of regulatory capture”.

Em princípio, as ações de advocacia da concorrência que vêm sendo desempenhadas em maior ou menor grau pelos órgãos de defesa da concorrência no cenário internacional podem ser enquadradas em quatro linhas genéricas: (i) análise prévia ou *a posteriori* de regras regulatórias que possam ter impacto na concorrência; (ii) revisão de medidas de comércio internacional (barreiras tarifárias e não tarifárias, direitos antidumping, etc.); (iii) realização de reuniões com outros setores governamentais ou com setores da sociedade civil; e (iv) participação em processos licitatórios. Uma quinta linha de atuação envolveria a capacitação de juízes e de membros do Ministério Público (*capacity building*¹¹).

É oportuno, destarte, descrever algumas das experiências mais exitosas no campo da advocacia da concorrência em terrenos estrangeiros, dando destaque especial aos órgãos governamentais do México, da Inglaterra e dos Estados Unidos, não se pretendendo aqui fazer uma descrição exaustiva, mas tão-somente um breve resumo de algumas das iniciativas adotadas por aqueles países nesse mister. A escolha desses três países justifica-

⁹ DUTZ, Mark. *Competition advocacy in Asia: Spurring grass roots entrepreneurship*. In: *CONFERENCES ON COMPETITION POLICY*, 2005. **Conference...** Disponível em: <[http://www.fias.net/ifcext/fias.nsf/AttachmentsByTitle/Conferences_CompetitionPolicy_Mark+Dutz.prn.pdf/\\$FILE/Conferences_CompetitionPolicy_Mark+Dutz.prn.pdf](http://www.fias.net/ifcext/fias.nsf/AttachmentsByTitle/Conferences_CompetitionPolicy_Mark+Dutz.prn.pdf/$FILE/Conferences_CompetitionPolicy_Mark+Dutz.prn.pdf)> . Acesso em: 14 out. 2006.

¹⁰ Sub-group 4 of the Capacity Building & Competition Policy Implementation – CBCPI, op.cit., p.2.

¹¹ Obviamente, a capacitação dos agentes dos próprios órgãos de defesa da concorrência é uma medida das mais relevantes, devendo preceder qualquer outra.

se em virtude de dois motivos: (i) o México é um país que se assemelha ao Brasil em diversos aspectos, sendo que ambos representam as duas maiores economias da América Latina; e (ii) a Inglaterra e os Estados Unidos constituem duas das mais fortes economias de mercado, as quais possuem órgãos de defesa da concorrência há muito sedimentados¹².

3.1. Advocacia da Concorrência no México: Comisión Federal de Competencia

As iniciativas de advocacia que vêm sendo adotadas no México são das mais avançadas e diferenciadas, sendo exercidas basicamente por duas instituições governamentais, a *Comisión Federal de Competencia* - CFC e a *Comisión Federal de Mejora Regulatoria* - COFEMER. Mesmo antes da promulgação da Ley Federal de Competencia Económica, a COFEMER já introduzia discussões no governo mexicano, identificando normas regulatórias a serem criadas, modificadas ou mesmo eliminadas¹³.

A *Ley Federal de Competencia Económica*, assim como o seu regulamento, confere à CFC uma série de competências que envolvem advocacia da concorrência, entre as quais: (i) emitir opiniões sobre legislações, regulações e atos administrativos que possam ter impacto na concorrência¹⁴; e (iii) determinar a existência ou inexistência de poder de mercado ou condições de competição em mercados regulados, o que permite aos respectivos reguladores impor uma série de medidas regulatórias¹⁵.

¹² O que não exclui a relevância de iniciativas de política de concorrência (e, conseqüentemente, de advocacia da concorrência) de outros lugares. Em particular, vale ressaltar a experiência dos órgãos australianos Australian Competition and Consumer Commission ACCC e National Competition Council – NCC. Extensamente a respeito das atividades de política de concorrência desenvolvidas por órgãos australianos, vide <http://www.oecd.org/dataoecd/31/28/2402967.pdf>.

¹³ Atualmente, a COFEMER possui instrumentos interessantes para implementar ações de advocacia da concorrência: (i) a moratória regulatória, por meio da qual se suspende uma regulação que imponha custos para particulares, a fim de que se possa concentrar na revisão e adequação da regulação vigente melhorando a competitividade do México; (ii) revisão de anteprojetos regulatórios e manifestações de impacto regulatório – MIR, em que a COFEMER analisa não só os custos e benefícios oriundos da regulação, mas também alternativas para atingir o benefício colimado pela regra para a sociedade; e (iii) programas de revisão regulatória, por meio da qual se detalham as estratégias e linhas de ação para criar e manter marcos regulatórios eficientes, gerando um ambiente competitivo sobretudo para pequenas e médias empresas. Para maiores informações a respeito das ações da COFEMER, vide <http://www.cofemer.gob.mx>.

¹⁴ “Artículo 24.- la comision tendra las siguientes atribuciones: (...) (iv) - opinar sobre los ajustes a los programas y politicas de la administracion publica federal, cuando de estos resulten efectos que puedan ser contrarios a la competencia y la libre concurrencia; (v) - opinar, cuando se lo solicite el ejecutivo federal, sobre las adecuaciones a los proyectos de leyes y reglamentos, por lo que conciernen a los aspectos de competencia y libre concurrencia; (vi) - cuando lo considere pertinente, emitir opinion en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efectos juridicos ni la comision pueda ser obligada a emitir opinion”.

¹⁵ MACEDO, Maria del Carmen Dircio Palácios. *Competition Advocacy Provisions in México: their importance in regulatory reform and trade openness*. In: *APEC/OECD WORKSHOP ON REGULATION*, 2003, Paris. **Report**. Disponível em: <http://www.apec.org/doc/APEC-OECD/2004-5/003.pdf>. Acesso

E não é só. Além das prerrogativas acima listadas, a CFC autoriza ainda a participação de *players* em licitações envolvendo a privatização de bens estatais¹⁶, no que a análise se assemelha à de atos de concentração, opinando ainda sobre aspectos competitivos sobre a outorga de concessões, permissões e autorizações para participar de atividades reguladas¹⁷, o que pode até mesmo gerar novos desenhos de privatização¹⁸. A CFC ainda possui assento na Comisión de Comercio Exterior mexicana¹⁹, um órgão de consultoria compulsória para assuntos que abordam barreiras comerciais, como, por exemplo, salvaguardas, tarifas de importação, direitos antidumping etc²⁰.

As ações de advocacia, aliás, não têm se limitado a setores federais. A CFC já demonstra forte preocupação em promover melhorias regulatórias a nível regional e local,

em: 14 out. 2006. O dispositivo que atribue ao CFC essa atribuição consta do reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica: “artículo 50.- cuando disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deberá resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante, u otras cuestiones sobre competencia o libre concurrencia, corresponderá a la comisión, salvo disposición en contrario, emitir la resolución correspondiente. para tal efecto, la comisión, de oficio o a solicitud de la autoridad respectiva o de algún agente económico interesado, emitirá resolución conforme a lo siguiente(...)”. Um dos exemplos mais famosos dessa vertente de advocacia da concorrência foi a declaração, por parte da Comisión Federal de Competencia, de substancial poder de mercado da empresa Telmex em cinco mercados relevantes: (i) serviços de telefonia local; (ii) serviços de longa distância nacional; (iii) serviços de longa distância internacional; (iv) transporte interurbano de ligações; e (v) serviços de acesso local. Em consequência dessa declaração, o órgão regulador de telecomunicações mexicano impôs medidas regulatórias adicionais às existentes no marco regulatório e no contrato de concessão. No entanto, essas medidas foram questionadas, tendo sido objeto de litígio. KATE, op.cit., p.87.

¹⁶ Competência essa regulada pelo artigo 51 do *Reglamento da Ley Federal de Competencia Económica*: “artículo 51.- cuando en las licitaciones públicas se requiera como requisito la opinión favorable de la comisión, ésta deberá resolver dentro de los procedimientos y plazos que establezcan las bases correspondientes que se fijan con fundamento en las leyes respectivas y previo acuerdo de la convocante con la Comisión”. Essa competência legal aplica-se, *inter alia*, para interessados em participar de licitações públicas a fim de obter concessão ou permissão para: (i) prestar serviço público de transporte ferroviário; (ii) ocupar posições orbitais de satélites alocados ao México, explorando suas bandas de frequências; (iii) prestar serviço de distribuição de gás natural. Existem diversos dispositivos de regras setoriais confirmando a atribuição do CFC a esse respeito: (i) Artículo 9 fracción IV, Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (ii) Artículo 16 fracción I, inciso d), Ley Federal de Telecomunicaciones; (iii) Artículos 4º, fracción II, inciso e), Reglamento de Comunicación Vía Satélite ; e (iv) Artículo 43 , Reglamento de Gas Natural.

¹⁷ A possibilidade de o CFC se manifestar a respeito de concessões, permissões e autorizações já decorria do citado art. 24 da *Ley Federal de Competencia Económica*, mas foi expandida a partir de regras setoriais, como visto na nota anterior.

¹⁸ O que, aliás, de fato ocorreu na privatização da empresa seguradora mexicana denominada Aseguradora Hidalgo, cujo desenho, antes da intervenção da *Comisión Federal de Competencia*, permitia apenas um licitante ofertando proposta. Vide KATE, op. cit., p. 86.

¹⁹ Conforme o artigo 2º do Regulamento da Lei de Comércio Exterior mexicana, in verbis: “artículo 2º. La Comisión [de Comercio Exterior] estará integrada por representantes de cada una de las siguientes dependencias y organismos...VIII Comisión Federal de Competencia”.

²⁰ É importante aqui observar que a Comisión de Comercio Exterior não possui a palavra final e que a *Comisión Federal de Competencia* possui apenas um dentre oito assentos naquele órgão. Embora não possua poder de veto ou algo do gênero, a presença da *Comisión Federal de Competencia* assegura a transparência dos procedimentos e facilita a *accountability* das decisões adotadas.

desenvolvendo atividades de advocacia da concorrência a fim de implementar uma política de concorrência sistematizada no país, eliminando barreiras interestaduais que impedem a entrada ou saída de bens e/ou serviços, de forma a promover uma integração do mercado mexicano²¹. E, de outro lado, a COFEMER também trabalha para promover a concorrência em instâncias infrafederais, prestando assessoria e capacitação técnica para servidores públicos estaduais e municipais, com o objetivo de que estes viabilizem programas de melhora regulatória²², firmando ainda convênios de melhora regulatória com uma série de estados e municípios mexicanos.

A CFC tem sido um órgão bastante ativo nas atividades de advocacia da concorrência, que envolveram uma série de setores regulados, incluindo telecomunicações, satélites, ferrovias, portos, gás natural, setor financeiro, entre outros. Essa atuação efetiva do órgão antitruste mexicano na seara da advocacia da concorrência se dá, *inter alia*, basicamente em função de duas razões: (i) a *Ley Federal de Competencia Económica* atribui à CFC o poder de solicitar informações para as ações de advocacia da concorrência, além de prever a proteção de informação confidencial²³; (ii) ao contrário de outros países, os reguladores mexicanos não possuem a competência específica para avaliar questões de concorrência dos setores pelos quais são responsáveis²⁴.

²¹ MACEDO, op. cit. p. 95. A atribuição legal da CFC a esse respeito está prevista nos seguintes artigos da *Ley Federal de Competencia Económica*: “artículo 14.- en los terminos de la fraccion v del artículo 117 de la constitucion política de los estados unidos mexicanos, no produziran efectos juridicos los actos de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o extranjero. Artículo; 15.- la comision podra investigar de oficio a peticion de parte si se esta en presencia de los actos a que se refiere el artículo anterior y, en su caso, declarar su existencia. la declaratoria sera publicada en el diario oficial de la federacion y podra ser impugnada por la autoridad estatal ante la suprema corte de justicia de la nacion”.

²² As ações promovidas nesse sentido envolvem a criação de sistemas de informação estatal e municipal, a implementação de sistemas de abertura rápida de empresas, além de qualquer outra medida visando aumentar a competitividade das cidades. Mais sobre as medidas de advocacia da concorrência da COFEMER executadas em âmbito local e/ou regional, vide <http://www.cofemer.gob.mx>.

²³ Conforme os artigos 28 e 31 da *Ley Federal de Competencia Económica*: “artículo 28.- el presidente de la comision sera designado por el titular del ejecutivo federal y tendra las siguientes facultades: iv.- solicitar a cualquier autoridad del país o del extranjero la informacion que requiera para indagar sobre posibles violaciones a esta ley; (...) artículo 31.- la comision, en ejercicio de sus atribuciones, podra requerir los informes o documentos relevantes para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relacion con los casos de que se trate. la informacion y documentos que haya obtenido directamente la comision en la realizacion de sus investigaciones, así como los que se le proporcionen, son estrictamente confidenciales. los servidores publicos estaran sujetos a responsabilidad en los casos de divulgacion de dicha informacion, excepto cuando medie orden de autoridad competente”.

²⁴ MACEDO, op. cit., p. 93.

5.2. Advocacia da Concorrência na Inglaterra: Office of Fair Trading

O Office of Fair Trading – OFT desenvolve relevantes ações de advocacia da concorrência na análise de regras regulatórias. Não só avalia regulações que estão em vigor, mas também propostas de medidas regulatórias que tenham impacto na concorrência. Na primeira situação, o OFT publica estudos de mercado (*market studies*), ao passo que, na segunda, as regulações em fase de proposta passam por um filtro elaborado para avaliar impactos regulatórios na concorrência. Esse filtro consta de um guia de análise (*guidelines for competition assessment*) adotado pelo OFT.

Os estudos de mercado publicados pelo OFT são motivados a partir de denúncias trazidas por órgãos de defesa do consumidor, ou surgem a partir de iniciativas ex-officio do próprio OFT. De uma maneira geral, o OFT inicia um estudo desse gênero sempre que há indícios de que o mercado não atende adequadamente os interesses dos consumidores e de que qualquer ação de *enforcement* (tanto na seara da defesa da concorrência, quanto na de defesa do consumidor) seria uma resposta ineficiente. Por óbvio, caso a investigação demonstre alguma ação anticompetitiva que possa ser objeto de ações de *enforcement*, o OFT poderá adotá-las, sendo também competente para tanto.

Em linhas breves, como resultado de um estudo de mercado, o OFT, entre outras ações, pode: (i) adotar ações de *enforcement*; (ii) enviar uma referência do mercado para a *Competition Commission*; (iii) elaborar recomendações para mudanças em leis ou regulações; (iv) enviar recomendações para reguladores a fim de que estes considerem alterações nas regras do setor pelo qual são responsáveis; e (v) promover campanhas de conscientização e de educação focadas no consumidor²⁵. Esses estudos já abrangeram os mais diferentes setores da economia britânica, variando desde o mercado de farmácias e o de dentistas até o de prestação de serviços de táxi²⁶.

Nos casos de análise prévia de regulações, a intenção do OFT é avaliar o impacto na concorrência. Embora os impactos competitivos sejam aspectos notáveis, há outros interesses que ocasionalmente devem se sobrepôr à preservação das condições de

²⁵ OFFICE OF FAIR TRADING. **Studies**. London. p. 1. Disponível em: < <http://www.offt.gov.uk/Business/Market+studies/default.htm>>. Acesso em: 5 out. 2006.

²⁶ Outros exemplos de mercados objeto de *market studies* pelo OFT: (i) seguro de responsabilidade civil; (ii) garantias para carros novos; (iii) subsídios públicos; (iv) extensão de garantias para bens elétricos; além de outros listados na página do OFT. OFFICE OF FAIR TRADING. **Studies - cases**. London. p. 1. Disponível em: < <http://www.offt.gov.uk/Business/Market+studies/cases.htm>>. Acesso em: 5 out. 2006.

concorrência de um dado mercado de bens e/ou de serviços, como, por exemplo, preocupações ambientais ou de segurança²⁷. Assim, o objetivo dos relatórios de análise do OFT é avaliar os impactos na concorrência derivados da nova regulação, ponderando-os com qualquer outro interesse pertinente à hipótese. O Governo deve responder a qualquer recomendação por parte do OFT no prazo de 90 dias²⁸.

Com o objetivo de identificar rapidamente as regulações que poderão resultar em impacto na concorrência (e que irão demandar uma avaliação mais profunda por parte do OFT), as *Guidelines for Competition Assessment* estabelecem um filtro baseado em nove questões, sendo que a resposta para cada item poderá apenas ser um sim ou um não. As nove questões preocupam-se com a estrutura do mercado, com existência de barreiras à entrada e com o processo competitivo (inovação ou preço)²⁹.

Caso o OFT obtenha resposta positiva para mais da metade das perguntas constantes do filtro, a análise prossegue de forma mais detalhada (*detailed assessment*). Quando ocorre essa circunstância, o guia de análise prévia de regulações elaborado pelo OFT (*Guidelines for Competition Assessment*³⁰) avalia três aspectos básicos: (i) os mercados direta ou indiretamente afetados pela regulação; (ii) o processo competitivo no mercado afetado³¹; e (iii) efeitos diretos e indiretos no processo competitivo e a probabilidade da sua ocorrência a partir da promulgação da regulação sob análise.

²⁷ OFFICE OF FAIR TRADING. **Competition effects of regulations**. London. p. 1. Disponível em: <<http://www.offt.gov.uk/Business/regulations/default.htm>>. Acesso em: 5 out. 2006.

²⁸ Ibid., p.1.

²⁹ OFFICE OF FAIR TRADING. **Guidelines for competition assessment**. London. p. 2 do Sumário Executivo. Disponível em: <<http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/A7138977-6FE2-45DE-BE32-3AB6E767664A/0/oft355.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2006. As nove perguntas constantes do filtro estabelecido pelas *Guidelines for Competition Assessment* são: (i) *in the market affected by the new regulation, does any firm have more than 10 per cent market share?* (ii) *in the market affected by the new regulation, does any firm have more than 20 per cent market share?* (iii) *in the market affected by the new regulation, do the largest three firms together have at least 50 per cent market share?* (iv) *would the costs of the regulation affect some firms substantially more than others?* (v) *is the regulation likely to affect the market structure, changing the number or size of firms?* (vi) *would the regulation lead to higher set-up costs for new or potential firms compared with the costs for existing firms?* (vii) *would the regulation lead to higher ongoing costs for new or potential firms compared with the costs for existing firms?* (viii) *is the market characterized by rapid technological change?* (ix) *would the regulation restrict the ability of firms to choose the price, quality, range or location of their products?*

³⁰ Ibid., p. 2 do Sumário Executivo.

³¹ Como o próprio Guia ressalta, há indústrias em que a principal variável de competição é preço, ao passo que, em outras, fatores como qualidade podem ser mais importantes. Além disso, algumas questões econômicas do mercado também podem influenciar o processo competitivo, como, por exemplo, se a indústria envolve empresas com altos custos fixos e baixos custos variáveis, hipótese em que os agentes de mercado têm incentivo para competir por volume de vendas, em razão das economias de escala, sendo preço uma variável bastante relevante. Em geral, o processo competitivo ou concentra-se em preço ou em inovação.

3.3. Advocacia da Concorrência nos Estados Unidos: Federal Trade Commission e Department of Justice – Antitrust Division

Os Estados Unidos possuem uma estrutura de defesa da concorrência peculiar, contando com dois órgãos governamentais, sendo que um com perfil de autarquia, a *Federal Trade Commission* – FTC, ao passo que o outro, a *Department of Justice / Antitrust Division* – DOJ, é diretamente vinculado ao governo. Embora possam ser diferenciados por funções³², a principal divisão entre os órgãos de defesa da concorrência americanos se dá por meio dos setores em que concentram trabalhos e/ou investigações³³.

Estabelecidas as principais divisões de trabalho com relação às atividades de *enforcement* por parte dos órgãos de defesa da concorrência dos Estados Unidos, é o momento de descrever as suas iniciativas de advocacia. O DOJ possui um programa de advocacia da concorrência, por meio do qual procura atingir os seguintes objetivos: (i) eliminar regulações desnecessárias e custosas; (ii) inibir a proliferação de novas regulações desse gênero; (iii) minimizar os impactos negativos da regulação, ao advogar medidas regulatórias menos restritivas à concorrência; e (iv) assegurar que a regulação seja desenhada de forma adequada aos objetivos regulatórios³⁴.

Para atingir esses objetivos, o DOJ desenvolve as mais diferentes ações de advocacia, incluindo: (i) participação em forças-tarefa de formulação de políticas públicas do Poder Executivo, para comentar o impacto na concorrência a partir de novas regulações propostas; (ii) prestação de depoimento em iniciativas legislativas, a fim de defender legislações que reduzam ou eliminem regulações desnecessárias; (iii) publicação de

³² O DOJ é o único órgão antitruste americano com competência criminal. O FTC possui apenas atribuições na seara administrativa.

³³ Apenas como mero exemplo, vale ressaltar que o setor de transporte aéreo de passageiros é usualmente sujeito a ações antitruste por parte do DOJ, ao passo que os setores relacionados à saúde (*Health Care*) ficam a cargo do FTC.

³⁴ DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). **Antitrust Division Manual**. Washington. p. 2. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch5.htm>>. Acesso em: 15 out. 2006. O DOJ baseia-se em uma análise de custo-benefício, formulando uma série de perguntas em que se ponderam os benefícios que são oriundos do livre mercado (concorrência) e a medida regulatória proposta, avaliando-se preliminarmente a adequação da medida regulatória ao fim regulatório proposto, bem como a existência de meios menos gravosos à concorrência. As perguntas formuladas por ocasião da análise são as seguintes: (i) *what are the costs or disadvantages of free competition in the market or industry at issue?* (ii) *if the regulatory scheme is an existing one, has regulation fulfilled its purpose; and, do the underlying economic and social conditions justifying regulatory interference with the marketplace still exist?* (iii) *what are the costs and benefits associated with the existing or proposed regulatory scheme;* (iv) *if existing regulation is to be eliminated, what are the necessary elements of a transition from regulated to a competitive, unregulated market?* (v) *if regulation is appropriate, is the particular regulatory scheme well-tailored to achieve its purpose?*

relatórios sobre a performance competitiva de indústrias, para esclarecer à população os custos regulatórios envolvidos³⁵; (iv) submissão de comentários em procedimentos regulatórios em curso em Agências Reguladoras, para chamar a atenção para aspectos competitivos, sugerindo regulações que tenham impacto reduzido na concorrência, mas que atendam ao objetivo da política pública. Aliás, o foco primordial do DOJ nas ações de advocacia da concorrência tem sido justamente a atuação em agências reguladoras federais.

O programa de ações de advocacia da concorrência desenvolvido pelo FTC possui histórico intermitente. Nas décadas de 1970 e 1980, o FTC teve papel fundamental nas negociações que ultimaram a desregulação de diversos setores de transporte³⁶, incluindo transporte aéreo de passageiros, ônibus interestaduais e ferrovias, com o que contou com posterior apoio do DOJ. Após a década de 80, no entanto, as atividades de advocacia da concorrência no FTC diminuíram drasticamente, sendo que os comentários sobre medidas regulatórias concentraram-se, com algumas exceções esparsas, na reestruturação da indústria de geração e de distribuição de energia³⁷. Em junho de 2001, o FTC retomou as atividades de advocacia, expandindo comentários para setores outros que não energia.

De qualquer maneira, as iniciativas do FTC tiveram e têm refletido impacto relevante nos mais diversos mercados. Entre as ações mais exitosas, destaca-se a atuação do FTC para retirar barreiras à veiculação de publicidade de profissões liberais (mantendo-se, no entanto, a proibição à publicidade enganosa), o que acabou resultando em maior informação para o consumidor, com conseqüente redução de preços³⁸.

4. Advocacia da Concorrência no Brasil

Antes de tratar das medidas de advocacia implementadas pelos órgãos de defesa da concorrência brasileiros, é oportuno tecer alguns comentários a respeito da sua estrutura. Como se sabe, SEAE e SDE são órgãos de instrução, emitindo apenas pareceres não

³⁵ Esses relatórios abrangeram diversos setores da economia americana, entre os quais: (i) seguros; (ii) navegação oceânica; (iii) indústrias de energia, além de outros. Ibid., p.3.

³⁶ Conforme o Comissioner Timothy J. Muris, os benefícios oriundos da desregulação do setor de transporte remontariam um acréscimo no bem-estar do consumidor na ordem de mais de US\$ 50 bilhões por ano. MURIS, Timothy J. **Speech**. In: International Competition Network, 2002, Naples, Italy. p. 2. Disponível em: < <http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm>>. Acesso em: 1 set. 2006.

³⁷ COOPER, James C., PAUTLER, Paul A., ZYWICKI, Todd J. Theory and practice of competition advocacy at the FTC. Law and economics working papers series, George Mason University, Arlington, Virginia, p. 1096. Disponível em:< <http://mason.gmu.edu/~tzywick2/FTC%20Advocacy%20Article.pdf>>. Acesso em 16 out. 2006.

³⁸ MURIS, op. cit., p. 2.

vinculativos, ao passo que o CADE exerce a função judicante do SBDC, decidindo em última instância administrativa condutas anticompetitivas e atos de concentração.

É consenso entre os órgãos do SBDC que essa estrutura tripartite é ineficiente³⁹, sobretudo levando-se em consideração as atribuições semelhantes e/ou sucessivas que SEAE e SDE possuem. Então, a otimização de recursos públicos passaria necessariamente por uma alteração das competências dos órgãos de concorrência, a fim de que cada um pudesse concentrar-se nas atividades que são mais pertinentes às suas respectivas peculiaridades, razão essa que, entre outros motivos, gerou um projeto de lei alterando o sistema brasileiro de defesa da concorrência (PL 5877). Em virtude da necessidade de especialização de funções, esse projeto procura, *inter alia*, destacar a função da SEAE como promotora da concorrência⁴⁰, o que já reflete uma tendência atual das atividades da secretaria e mais bem define a vocação da secretaria.

Embora o CADE possa desenvolver atividades de advocacia da concorrência⁴¹, o foco dessa função tem ficado por conta da SDE⁴² e, principalmente, da SEAE. Aliás, a

³⁹ OCDE. **Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares**. Paris, 2005. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/Relatorio-Peer-Review-Portugues.pdf>>. Acesso em 16 out. 2006. Muito embora os esforços de coordenação entre SEAE e SDE tenham reduzido amplamente a duplicação de esforços e/ou a emissão de opiniões conflitantes. A esse respeito, cabe destacar a Portaria de Instrução Conjunta n. 33/2006, que trata dos procedimentos para divisão de trabalho entre SEAE e SDE na análise de atos de concentração e na investigação de condutas anticompetitivas. Ressalte-se que os resultados das iniciativas de coordenação, que foram formalizados pela portaria mencionada, já se fizeram sentir. A instrução conjunta funciona desde janeiro de 2004, tendo reduzido o tempo médio de análise das operações de fusão e de aquisição de 39,7 dias (2003) para 27,45 (2004), conforme notícia **SEAE, SDE e SEAE publicam portaria que formaliza a instrução conjunta**. Brasília, 5 jan. 2006. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2006-1/sde-e-seae-publicam-portaria-que-formaliza-a-instrucao-conjunta>. Acesso em: 16 out. 2006.

⁴⁰ Diversos dispositivos constantes do projeto de lei apontam para essa direção: “Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico: I - promover a concorrência no âmbito dos fóruns apropriados no Ministério da Fazenda, no âmbito de outros órgãos de governo e perante a sociedade de maneira geral; II - opinar sobre as normas submetidas pelas agências reguladoras a consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; III - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Ministro de Estado da Fazenda, podendo, inclusive, requisitar quaisquer informações de organizações públicas ou privadas que visem a subsidiar suas análises; IV - identificar, analisar, elaborar estudos e propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos que afetem ou possam afetar a livre concorrência nos diversos setores econômicos do País; V - preparar anualmente relatório de avaliação das ações de governo no tocante aos progressos na implementação da política de defesa da concorrência, tanto no âmbito do SBDC quanto fora dele”.

⁴¹ Ainda sob a lógica da exclusão, o CADE exerceria a advocacia da concorrência ao responder consultas sobre ato ou contrato em tese, ou sobre prática em tese ou em andamento, nos termos da Resolução n° 18, de 25 de novembro de 1998.

⁴² Embora fortemente associada a medidas de *enforcement*, também pode ser considerada uma iniciativa a fomentar a observância à livre concorrência (sendo, ainda que indiretamente, uma medida de advocacia) a expedição da portaria n. 14 de 9/03/2004, definindo diretrizes gerais para elaboração de Programas de

SEAE possui uma estrutura que, além de possuir diversas funções de regulação estrita⁴³ e de acompanhamento de mercados, permite a atuação em quase todas as vertentes da advocacia da concorrência: (i) auxiliando o ministro de Estado da Fazenda em conselhos governamentais de setores regulados⁴⁴; (ii) participando de fóruns nacionais e internacionais envolvendo barreiras comerciais⁴⁵; e (iii) opinando sobre propostas de regras regulatórias que possuem impacto na concorrência⁴⁶. A SEAE oferece opiniões em consultas públicas de Agências Reguladoras, participando de forma transparente como mais um *player* a procurar um desenho regulatório mais eficiente⁴⁷.

Embora cada uma dessas vertentes mereça artigo próprio, este articulado pretende desenvolver a respeito de um tipo peculiar de iniciativa que vem sendo desenvolvida para introduzir ou ampliar a concorrência em mercados privados regulados: a análise de regras

Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI) e estabelecendo requisitos e condições para a emissão, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), de seu Certificado de Depósito.

⁴³ O que ocorre, por exemplo, quando o Ministério da Fazenda opina e autoriza reajustes e revisões de tarifas no setor de transportes terrestres e aquaviários, nos termos da Portaria MF n. 118, de 17/05/2002.

⁴⁴ Como, por exemplo, o Conselho Nacional de Aviação Civil – CONAC e o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, além de outros.

⁴⁵ Nessa seara, a SEAE possui quatro grandes áreas de atuação: “I) negociações internacionais, com participação em fóruns negociadores de alteração tarifária e acesso a mercados; (II) defesa comercial, por meio de análises do impacto de medidas *antidumping* e salvaguardas sobre o bem-estar do consumidor; e (III) acompanhamento de mercados, centrado na análise de cadeias produtivas e mercados sujeitos a qualquer tipo de barreira concorrencial, seja técnica, regulatória ou comercial, que impeça a livre entrada ou saída de concorrentes; IV) acompanhamento de preços, isto é, coleta de informações e análise de impacto sobre os principais índices nacionais”. SEAE. **Relatório de Atividades 2005**. Brasília, 2005. *Mimeo*.

⁴⁶ Apenas como exemplo, é pertinente dizer que, em tempos recentes, a SEAE emitiu nota comentando minuta de resolução para regulamentar a alocação de horários de pousos e decolagens (*slots*) em aeroportos mais movimentados. Ao sustentar que o acesso à infra-estrutura aeroportuária constitui uma significativa barreira à entrada de novos competidores nas rotas envolvendo aeroportos mais movimentados, a SEAE ressalta a disponibilidade de *slots* como um dos fatores efetivos a garantir a entrada de novos concorrentes, sugerindo, para garantir o processo competitivo no setor de transporte aéreo de passageiros, a melhor divisão dos *slots* disponíveis entre concessionárias em operação e entrantes, além de outras medidas, com o fim de gerar maior incentivo às empresas entrantes. SEAE. **Parecer analítico sobre regras regulatórias**. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/manifestacoes-em-consultas-publicas>. Acesso em: 25 out. 2006.

⁴⁷ O Projeto de Lei 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, contém previsões que, se fossem implementadas, regulamentariam o procedimento de manifestação dos órgãos de defesa da concorrência sobre regras regulatórias que possuem impacto na concorrência, *in verbis*: “Art. 15. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, os órgãos de defesa da concorrência e as Agências Reguladoras devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências. (...) § 3º As Agências Reguladoras solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados. § 4º O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União, em até dez dias úteis após a disponibilização da norma ou regulamento para consulta pública, todos os pareceres emitidos em cumprimento ao § 3º deste artigo”.

regulatórias atualmente em vigor que restringem indevida e excessivamente a concorrência nesses segmentos. Por óbvio, cabe à Secretaria a tarefa de sugerir a eliminação ou redução dessas regras, para o fim de amainar o impacto na concorrência, conseguindo, em contrapartida, preços menores e maior qualidade e eficiência.

Feito o intróito devido, é o momento de descrever o caso que deu início a essa nova tendência de advocacia pela SEAE: o caso DENATRAN.

4.1. O início do caso DENATRAN

Em meados de 2004, a SEAE emitiu parecer em processo administrativo que tinha por objeto a investigação de um suposto cartel de centros de formação de condutores – CFCs (doravante denominados de auto-escolas) na cidade de Santos⁴⁸. Durante o trâmite desse processo, a SEAE descobriu que o Sindicato das Auto Moto Escolas e Centros de Formação de Condutores no Estado de São Paulo teria emitido uma tabela de preços para as auto-escolas paulistas, tabela essa que deveria ser observada sob pena de punição⁴⁹.

Em um dos depoimentos tomados durante o curso desse último processo, restou claro que Departamentos Estaduais de Trânsito - DETRANS, mais especificamente os de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, estariam expedindo atos administrativos fixando valores para os serviços a serem prestados pelas auto-escolas, o que, aliás, serviu até como

⁴⁸ Processo Administrativo n.º 08012.000099/2003-73. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, considerou: (i) as Representadas Auto Moto Escola Detroit, Auto Escola Indaiá, Auto Moto Escola São Jorge, Auto Moto Escola São Judas Tadeu, Auto Moto Escola Gonzaga, Auto Escola Martins, Auto Moto Escola Rallye e Auto Escola Orla como incursoas no artigo 20, incisos I e II, c/c artigo 21, incisos I, IV e V, condenando-as ao pagamento de multa no valor de 6% do faturamento de cada empresa no ano de 2002; (ii) as Representadas Auto Moto Escola Manhattan e Auto Moto Escola União como incursoas no artigo 20, incisos I e II, c/c artigo 21, incisos I, condenando-as ao pagamento de multa no valor de 5% do faturamento de cada empresa no ano de 2002; (iii) as Representadas Auto Escola Estoril, Auto Escola Fátima, Pioneiro – Centro de Formação de Condutores Ltda. e Autotran como incursoas no artigo 20, incisos I e II, c/c artigo 21, incisos I, IV e V, condenando-as ao pagamento de multa no valor de 1% do faturamento de cada empresa no ano de 2002. Em caso de continuidade da conduta objeto da condenação, o CADE condenou todas as Representadas a aplicação de multa diária no valor de R\$ 5.320,50.

⁴⁹ Processo Administrativo n.º 08012.001692/2005-07. O CADE condenou o Sindicato representado, impondo-lhe as seguintes penalidades: (i) multa de R\$ 127,692,00; (ii) cessar as condutas objeto da condenação e, no caso de continuidade, aplicação de multa diária no valor de R\$ 5.320,50; (iii) incluir, pelo prazo de 1 (um) ano, chamada pública na página de abertura do endereço do Sindicato na *Internet*, informando o teor da decisão, em especial para a proibição de adoção de tabela de preços; (iv) publicação, em meia página de jornal de grande circulação no estado de São Paulo, de extrato da decisão condenatória e, (v) comprovar perante o CADE o cumprimento das decisões supra.

pretensa matéria de defesa apresentada pelos Representados contra a acusação de conduta concertada formulada pela SEAE, que foi devidamente rechaçada pelo CADE⁵⁰.

Ato contínuo, a SEAE averiguou que as portarias expedidas pelos DETRANS teriam suposto fundamento nas portarias ns. 47/99 e 29/01 do Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN⁵¹. A portaria 47/99, no seu artigo 23, estabelecia o valor da hora-aula para uma série de serviços prestados por auto-escolas da seguinte forma:

“Art. 23 – Fica estabelecido o valor máximo, por hora-aula delimitada pelo Conselho Nacional de Educação, a ser cobrado por entidades integrantes da RENFOR, na instrução e formação do condutor:

I – Capacitação de diretores gerais e diretores de ensino.....R\$ 4,50
II – Instrutores e ExaminadoresR\$ 4,00
III – Formação de Condutores – CFC – “A”.....R\$ 2,50
IV – Formação de Condutores – CFC – “B (veículos da categoria “B”)R\$ 15,00”

Já a portaria n. 29/01 alterou o dispositivo acima, para o fim de delegar a possibilidade de tabelar o preço máximo para os serviços de auto-escola para o DETRANS dos respectivos estados, permitindo ainda a possibilidade de o preço ser único ou regionalizado, para que fossem observadas as respectivas peculiaridades:

“Art. 1º - O art. 23 da Portaria nº 47/99 – DENATRAN, passa a vigor com a seguinte redação:
Art. 23 – O valor máximo, por hora/aula, a ser cobrado por entidades integrantes da RENFOR, na instrução e formação de condutores, será fixado pelos órgãos executivos de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências territoriais.
Parágrafo Único – O valor que trata o caput deste artigo, poderá, a critério do órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, ser único ou regionalizado, em função das características próprias de cada local”.

No caso específico de Santa Catarina, a primeira regulação contra a qual a SEAE opinou, o DETRAN/SC expediu a portaria n. 043/DETRAN/ASJUR/2004, mencionando expressamente a delegação por parte do DENATRAN e estabelecendo uma tabela única de

⁵⁰ Mesmo porque, ao menos à época, inexistia no Estado de São Paulo qualquer norma desse gênero, conforme anota o CADE: “No caso em tela, o Representado apresenta como matéria de defesa a regulação do setor pelo Estado. Sua testemunha, o Sr. Edson Luis da Cunha aduz que o artigo 23 da Portaria 47 do DENATRAN, determina aos DETRANS a fixação dos valores de hora-aula teórica e prática. Em certos casos, quando há efetiva previsão legal, a regulação do Estado, feita nos termos da lei, pode determinar um procedimento que normalmente seria considerado infração na legislação de defesa da concorrência. Mas a possibilidade só se realiza com a expressa determinação do órgão regulador. Ocorre que, ainda que todos os demais DETRANS do Brasil instituíssem tabelas de preços para os cursos, o fato do DETRAN de São Paulo não editar tais tabelas não autoriza ao Representado”.

⁵¹ o DENATRAN é o órgão máximo executivo de trânsito da União, ao passo que os DETRANS são órgãos executivos que atuam no âmbito estadual.

preços para as auto-escolas em todo o Estado de Santa Catarina. É importante mencionar aqui que o DETRAN/SC exacerbou a competência que lhe fora delegada, pois não somente fixou preços máximos, como também preços mínimos para os serviços. Os termos da portaria revelam o quanto dito:

“Portaria nº 043/DETRAN/ASJUR/2004

O DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO E SEGURANÇA VIÁRIA DE SANTA

CATARINA, por seu Diretor Estadual, no uso de suas atribuições legais, CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer uma política de preços para os Centros de Formação de Condutores; CONSIDERANDO que há concorrência entre CFC’s, os quais utilizam o preço como atrativo; CONSIDERANDO a necessidade de primar pela manutenção da qualidade do ensino no processo de formação de condutores; CONSIDERANDO o disposto na Portaria 29 de 30 de maio de 2001, do DENATRAN, RESOLVE:

Art. 1o. Estabelecer tabela única de preços para os CFC’s em todo o Estado de Santa Catarina.

Art. 2º. Adota-se os valores a seguir, expressos em Real:

Mínimo Máximo

.....

g) Hora aula teórica R\$ 6,38 R\$ 8,46;

h) Hora aula prática cat. A R\$ 15,30 R\$ 20,30;

i) Hora aula prática cat. B R\$ 24,23; R\$ 32,13;

j) Hora aula prática cat. C R\$ 27,63; R\$ 36,64;

k) Hora aula prática cat. D R\$ 32,30; R\$ 42,85;

l) Hora aula prática cat. E R\$ 32,30; R\$ 42,85;

.....

Art. 3o. A realização de promoções e o oferecimento de descontos promocionais, somente poderão ocorrer após prévia autorização do DETRAN e por tempo certo.

.....

Art. 5o. O descumprimento do previsto nesta Portaria será penalizado conforme disposto no Art. 21, XVI, c/c o Art. 26, § 4o, da Portaria 53/SSP/SC/97.

Art. 6o. Revoga-se a Portaria 100/97 DETRAN/SC e as demais disposições em contrário”.

4.2. A análise do caso DENATRAN

Após ter apontado alguns vícios de ordem formal⁵², que poderiam por si sós ser suficientes para eliminar normas desse gênero, a SEAE elaborou uma análise mais aprofundada, calcando-se nos aspectos materiais das regras regulatórias mencionadas. O primeiro passo refletiu a identificação do objetivo regulatório proposto pela regra, que, no caso *sub-judice*, seria o assegurar a manutenção da qualidade dos serviços prestados pelas auto-escolas, conforme esclarece a própria portaria n. 043/DETRAN/ASJUR/2004. Ainda nos termos desse ato administrativo, a preocupação com a qualidade derivaria da competição entre as auto-escolas, que utilizariam “o preço como atrativo”.

⁵² Basicamente, a alegação da SEAE nesse sentido sustentou-se no fato de que as portarias do DENATRAN e do DETRAN estariam impondo obrigações para particulares (e, conseqüentemente, restrições a particulares), o que somente seria possível por meio de lei (que seria inexistente na hipótese em litígio), em razão do princípio constitucional da reserva legal previsto no artigo 5, inciso II, da Constituição Federal.

Identificado o objetivo regulatório (i.e., assegurar a qualidade dos serviços prestados por auto-escolas), vendo-se diante do reiterado argumento de concorrência predatória, o próximo passo utilizado pela SEAE consistiu na verificação da adequação da medida regulatória (a fixação de preços máximos e mínimos) a esse objetivo. Na hipótese, a regulação não suportou a primeira etapa de análise, uma vez que inexistente qualquer garantia de que a regulação de preços irá gerar um aumento ou mesmo assegurar a manutenção da qualidade. Assim, o meio utilizado (a regulação de preços) não se mostrou adequado para garantir o fim colimado (garantia de qualidade).

A etapa da adequação já seria o suficiente para justificar a eliminação da regra regulatória, mesmo porque os efeitos decorrentes da regulação de preços nessa situação poderiam até mesmo representar fortes gravames desnecessários ao consumidor. A regulação de preços mínimos poderia induzir preços supracompetitivos, sem consubstanciar qualquer garantia de qualidade para os serviços prestados pelas auto-escolas. Aliás, as auto-escolas poderiam se apropriar dos aumentos de margem decorrentes dos preços supracompetitivos, sem ter qualquer incentivo para gerar aumento de qualidade.

Ultrapassada essa etapa, a SEAE identificou que a regulação de preços das auto-escolas também não mereceria prosperar porque haveria meios menos gravosos para assegurar qualidade (e que também não gerariam impacto negativo no consumidor), o que significa que a medida regulatória utilizada pelo DETRAN/SC não seria necessária. Nesse sentido, a análise da SEAE ressaltou que o próprio decreto estadual que regula as atividades das auto-escolas no estado de Santa Catarina (Decreto n. 1.636/2004) já prevê diversas formas de assegurar a qualidade dos serviços. Entre essas formas, a obrigação de as auto-escolas manterem um nível de aprovação de candidatos à permissão para dirigir acima de 60%, índice abaixo do qual a empresa está sujeita à suspensão das atividades⁵³.

A análise da adequação e da necessidade de medidas regulatórias, em conjunto com a proporcionalidade em sentido estrito, representa o exame jurídico de normas em

⁵³ Art. 5º - O Centro de Formação de Condutores deve emitir certificados de todos os cursos ministrados, para fins de comprovação junto ao órgão executivo de trânsito, de acordo com anexo I deste Decreto, contendo assinatura, nome completo e número das credenciais do Diretor-Geral e do Diretor de Ensino, bem como a assinatura do aluno participante, vedado o uso de chancela mecânica.

§ 2º - O Centro de Formação de Condutores que registrar índice inferior a sessenta por cento (60%) de aprovação de candidatos à Permissão para Dirigir, nos exames teóricos e de prática de direção veicular, no período de um semestre, terá suspensa suas atividades, provisoriamente, por ato do Diretor do DETRAN/SC. O CFC somente retornará às suas atividades depois que seus Direitos e Instrutores tiverem sido submetido a curso de reciclagem, definido pelo órgão de trânsito competente.

consonância com o princípio da proporcionalidade, um verdadeiro limite constitucional à regulação, que já vem sendo utilizado em outros países na avaliação do caráter anticompetitivo das regras regulatórias⁵⁴. A análise dessas duas primeiras etapas em muito se assemelha às indagações dos órgãos antitruste americanos, como visto anteriormente. A terceira etapa, i.e., a proporcionalidade em sentido estrito, ainda merece desenvolvimento, valendo mencionar, como *benchmark*, o trabalho elaborado pelo OFT, que já estima de maneira mais acurada os custos e os efeitos diretos e indiretos no processo competitivo.

Somente após a identificação dos custos e efeitos gerados a partir da entrada em vigor de regulações com impacto na concorrência é que será possível a sua ponderação com outros objetivos regulatórios (que poderão ser os mais variados, como, por exemplo, a proteção ao meio ambiente, a redução de desigualdades regionais ou sociais, entre outros). Esse seria, ao menos em tese, o próximo passo a ser tomado na avaliação de regras regulatórias cuja avaliação ultrapasse as etapas de adequação e necessidade do princípio da proporcionalidade, o que não ocorreu com o caso DENATRAN ora descrito.

4.3. O resultado do caso DENATRAN

Uma vez elaborada a análise acima, a SEAE articulou reuniões com o Ministério Público Federal e com o próprio DENATRAN. Ato contínuo, o DENATRAN, concordando com as razões desenvolvidas na nota técnica que lhe foi apresentada pela SEAE, revogou os dispositivos que determinavam a fixação de preço máximo para a hora aula das auto-escolas e que delegavam essa possibilidade para os DETRANS, expedindo, para tanto, a portaria n. 23, de 30/03/2006⁵⁵.

Aguarda-se ainda a revogação das portarias que foram expedidas pelos DETRANS⁵⁶, bem como um processo de supressão de todas as propostas regulatórias que

⁵⁴ A esse respeito, vide KOHL, Michael. Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality. The Anticompetitive Impact of Regulation. Edward Elgar Publishing Limited: Massachussets (USA) 2001.

⁵⁵ “Portaria n. 23, de 30 de Março de 2006.

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO – DENATRAN, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 19 da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro – CTB, e

Considerando o contido no Processo Administrativo protocolado no DENATRAN sob o n. 80001.002835/2006-27 – Interessado: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, resolve: Art. 1º. Revogar o art. 23 da Portaria DENATRAN n. 47/99 e a Portaria DENATRAN n. 29/01”.

⁵⁶ A SEAE também elaborou análise de portaria semelhante expedida pelo DETRAN/RS.

envolvam a regulação de preços mínimos e/ou máximos para auto-escolas, impedindo-se assim a formulação de políticas regulatórias excessivamente anticompetitivas.

Conclusão: advocacia da concorrência e o desafio das regulações regionais e locais

A revisão de regulações de diversas atividades privadas regulamentadas é assunto em voga, que poderá efetivamente tornar-se um norte para as ações dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil, em especial a SEAE. Aliás, o mesmo poderá ser feito para serviços públicos cuja regulação apresentam impactos anticompetitivos que devem ser removidos. A interação entre Direito e Economia é fator fundamental para viabilizar as ações de advocacia da concorrência, sendo o princípio da proporcionalidade o provável vetor desse processo de transformação e modernização dos marcos regulatórios do país.

Os benefícios dessas ações não se limitam microeconomicamente à redução de preços e à melhora de qualidade dos serviços e bens para o consumidor, tendo em vista que, além de gerar maior incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico, a remoção de regulações anticompetitivas poderá ainda, em grau a depender do produto ou serviço específico, ajudar a reduzir as pressões inflacionárias, contribuindo para a estabilização monetária e para uma economia saudável. Além disso, sob o aspecto distributivo, evita a transferência indevida de renda do consumidor para representantes de uma indústria, contrabalançando de maneira efetiva o efeito nocivo que advém da formação de *lobbies*.

Alguns mercados já se encontram em fase avançada, caminhando para uma regulação voltada para a concorrência, sendo o setor de telecomunicações talvez o exemplo mais evidente dessa tendência (o que obviamente não exclui a possibilidade de melhorias frequentes, sobretudo em função do seu dinamismo tecnológico). Outros, no entanto, ainda possuem marcos regulatórios defasados, que ainda não acompanharam (ou sequer iniciaram) o processo de flexibilização das variáveis econômicas em prol de um ambiente competitivo mais acirrado e que possa prover o consumidor de melhores serviços e bens.

Os serviços que são regulados a nível regional ou local são talvez os que menos foram influenciados pelo processo de flexibilização que permeou diversos setores federais (que não se resumiram a telecomunicações, envolvendo ainda transporte aéreo de passageiros, energia elétrica, além de outros). Por conta disso, sem deixar de lado propostas para melhorias regulatórias em setores regulados pela União, os órgãos de defesa da concorrência devem formular uma agenda para visitar marcos regulatórios regionais e

locais, a fim de sugerir a remoção ou alteração de regras que impactam negativamente na concorrência, respeitando, para esse fim, as limitações impostas pelo federalismo.

A formação de convênios com governos estaduais e municipais poderá ser o próximo passo, uma vez que alguns setores já foram escolhidos pela SEAE para a sua agenda contendo as ações de advocacia da concorrência. Entre os setores, a SEAE pretende *ceteris paribus* analisar e avaliar as regulações hoje vigentes nos setores de cartórios, serviços funerários e táxis, além de outros serviços que são regulados a nível infrafederal, para, se for o caso, sugerir a remoção e a substituição de normas regulatórias.

Referências bibliográficas

CHANG, Ha-Joon. **The political Economy of Industrial Policy**. London: Macmillan Press, 1994.

COOPER, James C., PAUTLER, Paul A., ZYWICKI, Todd J. **Theory and practice of competition advocacy at the FTC**. Law and economics working papers series, George Mason University, Arlington, Virginia, Disponível em: <<http://mason.gmu.edu/~tzywick2/FTC%20Advocacy%20Article.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2006.

Commission on Investment, Technology and Related Financial Issues. Advocacy in promoting competition policy in developing countries: the Jamaican experience. In: INTERGOVERNMENTAL GROUP OF EXPERTS ON COMPETITION LAW AND POLICY SIXTH SESSION, 2004, Genebra. **Documentos...** Disponível em: <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/IGE1104/jamaica.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006.

DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). **Antitrust Division Manual**. Washington. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch5.htm>>. Acesso em: 15 out. 2006.

DHALL, Shri Vinod. **Speech**. In: Competition advocacy seminar for professional bodies: ICAI, ICSI and ICWAI, 2005, New Delhi. Disponível em: <http://www.competition-commission-india.nic.in/advocacy/key_note_address_by_member_CCI.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006.

DUTZ, Mark. Competition advocacy in Asia: Spurring grass roots entrepreneurship. In: CONFERENCES ON COMPETITION POLICY, 2005. **Conference...** Disponível em: <[http://www.fias.net/ifcext/fias.nsf/AttachmentsByTitle/Conferences_CompetitionPolicy_Mark+Dutz.prn.pdf/\\$FILE/Conferences_CompetitionPolicy_Mark+Dutz.prn.pdf](http://www.fias.net/ifcext/fias.nsf/AttachmentsByTitle/Conferences_CompetitionPolicy_Mark+Dutz.prn.pdf/$FILE/Conferences_CompetitionPolicy_Mark+Dutz.prn.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2006.

KATE, Adriaan Ten. Competition Advocacy and regulation. In: APEC/OECD WORKSHOP ON REGULATION, 2003, Paris. **Report**. Disponível em: <http://www.apec.org.tw/doc/APEC-OECD/2004-5/003.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006.

KOHL, Michael. **Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality**. The Anticompetitive Impact of Regulation. Edward Elgar Publishing Limited: Massachussets (USA) 2001.

MACEDO, Maria del Carmen Dircio Palácios. Competition Advocacy Provisions in México: their importance in regulatory reform and trade opennness. In: APEC/OECD WORKSHOP ON REGULATION, 2003, Paris. **Report**. Disponível em: <http://www.apec.org.tw/doc/APEC-OECD/2004-5/003.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006.

MURIS, Timothy J. **Speech**. In: International Competition Network, 2002, Naples, Italy. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm>>. Acesso em: 1 set. 2006.

OCDE. **Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares**. Paris, 2005. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/Relatorio-Peer-Review-Portugues.pdf>>. Acesso em 16 out. 2006.

OFFICE OF FAIR TRADING. **Competition effects of regulations**. London. Disponível em: <<http://www.offt.gov.uk/Business/regulations/default.htm>>. Acesso em: 5 out. 2006.

_____. **Guidelines for competition assessment**. London. Sumário Executivo. Disponível em: <<http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/A7138977-6FE2-45DE-BE32-3AB6E767664A/0/oft355.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2006.

_____. **Studies**. London. Disponível em: <<http://www.offt.gov.uk/Business/Market+studies/default.htm>>. Acesso em: 5 out. 2006.

_____. **Studies - cases**. London. Disponível em: <<http://www.offt.gov.uk/Business/Market+studies/cases.htm>>. Acesso em: 5 out. 2006.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de direito da concorrência**, Brasília, n. 6, abr./jun. 2005.

SEAE. **Parecer analítico sobre regras regulatórias**. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/manifestacoes-em-consultas-publicas>. Acesso em: 25 out. 2006.

_____. **Relatório de Atividades 2005**. Brasília, 2005. *Mimeo*.

_____. **SDE e SEAE publicam portaria que formaliza a instrução conjunta**. Brasília, 5 jan. 2006. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2006-1/sde-e-seae-publicam-portaria-que-formaliza-a-instrucao-conjunta>. Acesso em: 16 out. 2006.

Sub-group 4 of the Capacity Building & Competition Policy Implementation - CBCPI. Competition advocacy on regulated sectors: examples of success. In: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2004 Annual Conference, 2004, Seoul, Korea. **Materials...** Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/seoul/capacitybuild_sg4_seoul.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006.