

Vol. 3

Nº 2

2015 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253



A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil

Carlos Eduardo Tobias da Silva¹

RESUMO

O artigo pretende analisar a função da advocacia da concorrência no contexto de reformulação do SBDC ocorrida após a edição da Lei nº 12.529/11, a qual determinou que compete à SEAE a prática de promoção da cultura da concorrência na sociedade. Serão abordados os limites de atuação da secretaria, especialmente a respeito de seu caráter consultivo e não-vinculativo, assim como o que representou a reformulação do sistema para a advocacia da concorrência e os objetivos que podem ser alcançados em função de sua prática. Por fim, será feito um estudo de atuação prática da SEAE no ano de 2014 a respeito de normas que limitam a quantidade de Centro de Formação de Condutores (CFC's) em determinados estados brasileiros, procurando entender de que maneira ocorre a aplicação da promoção da concorrência no país.

Palavras-Chave: Advocacia da Concorrência; SEAE; Promoção da cultura da concorrência; Nova estrutura do SBDC.

ABSTRACT

The article intends to analyze the function of the competition advocacy on the context of SBDC reformulation, after the edition of the Law 12.529/11, which determines the competence of SEAE for the practice of promoting competition culture in society. The limits of the organ performance will be approached, particularly in function of its consultative and not binding characters, as well as what the reformulation of the system for the competition advocacy represents and the goals that can be conquered regarding its practice. Lastly, a study of practical application of the SEAE in 2014 will be made, regarding restrictive rules about the quantity of Conductor Formation Centers in some Brazilian states, trying to understand how the application of competition promotion happens.

Key-Words: Competition Advocacy; SEAE; Promotion of competition culture; New structure of SBDC.

Classificação JEL: K00 - K2 – K21

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, ex-aluno da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP e participante da 35ª Edição do PinCade. E-mail: cadutobias@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Advocacia da Concorrência: fundamentação legal e definição; 3. Advocacia da Concorrência e o caráter consultivo; 4. Advocacia da Concorrência e organização institucional; 5. Advocacia da Concorrência e a construção de uma cultura da concorrência; 6. Caso prático: A limitação da quantidade de CFC's em estados brasileiros; 6.1. Os fundamentos legais do funcionamento do mercado de formação de condutores; 6.2. Identificação da infração à concorrência; 6.3. Análise dos impactos à concorrência; 6.4. Considerações sobre possíveis opções regulatórias; 7. Conclusão: A Advocacia da Concorrência como instrumento do direito da concorrência e próximos passos a serem tomados; 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Quando se trata de direito da concorrência é possível apontar que a associação usualmente construída seja feita com relação à atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão responsável por exercer funções preventivas, repressivas e educacionais a respeito da matéria. Seja através da análise prévia de atos de concentração econômica ou por meio da investigação e condenação de condutas de agentes econômicos que geram efeitos nocivos à concorrência, o CADE conta com instrumentos que o acabam colocando numa posição de destaque no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) reestruturado pela Lei nº 12.529/11, visto que estes permitem a atuação efetiva para a preservação da livre concorrência nas mais diversas condições de mercado.

Diante da condição de destaque do exercício das funções desempenhadas pelo CADE, a advocacia da concorrência, outra vertente do direito da concorrência que também encontra espaço no SBDC e que se relaciona com a pretensão de promover a defesa da concorrência fora do âmbito de investigação e julgamento de casos concretos do mercado, acaba ficando num segundo plano de análise. Prática cuja competência recai sobre a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão integrante do Ministério da Fazenda, a advocacia da concorrência pode ser encarada como um instrumento de propagação da cultura da defesa da concorrência para aqueles agentes que não necessariamente encontram-se nas situações que são apreciadas pelo CADE, mas que, independentemente disso, podem aperfeiçoar suas práticas de modo a garantir melhores condições para um ambiente mais propício à livre concorrência.

É nesse sentido que um estudo mais atento da advocacia da concorrência permite compreender como ocorre a promoção da cultura da concorrência fora do eixo das práticas

usualmente desempenhadas pelo CADE, tal como a sua importância para o fortalecimento do SBDC como um todo. A ideia que se buscará expor é que a advocacia da concorrência pode desempenhar um papel fundamental num contexto em que o próprio direito da concorrência não é amplamente difundido na sociedade, tanto no âmbito privado quanto público, o que implica num desconhecimento de práticas que podem garantir melhores condições de bem estar à sociedade. Para isso, o estudo das Notas Técnicas elaboradas pela SEAE no ano de 2014 a respeito de normas que limitam a quantidade de Centros de Formação de Condutores (CFC's) de acordo com o número de habitantes dos municípios em alguns estados do país auxiliará a análise, expondo a partir de situações concretas os meios utilizados para a prática da advocacia da concorrência no país.

2. Advocacia da Concorrência: fundamentação legal e definição

Além de fortalecer a atuação do CADE como órgão responsável para tratar da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, a reforma do SBDC promovida pela Lei nº 12.529/11 também inovou com relação ao antigo dispositivo legal que regia o sistema (Lei nº 8.884/94) no que diz respeito à advocacia da concorrência. No texto revogado não constava uma previsão expressa à promoção da concorrência, sendo somente possível reconhecer práticas próximas a esta atribuição no artigo 14, incisos XIV e XV², referente às competências da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). Ademais, a crítica geral que se aplicava à antiga organização do sistema, a existência de atribuições semelhantes entre os órgãos de concorrência que acabava gerando ineficiência no sistema, também se aplicava quando se tratava da promoção da concorrência, mesmo que houvesse a tendência de recair sobre a SEAE tratar da questão por conta de sua estrutura³.

² Art. 14. Compete à SDE:

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;

³ A esse respeito, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo aponta que já à época de vigência da Lei 8884/94, era consenso entre os órgãos do SBDC que a estrutura tripartite (CADE, SDE e SEAE) era ineficiente, sobretudo levando-se em consideração as atribuições semelhantes e/ou sucessivas que SEAE e SDE possuíam, sendo que de forma quase natural recaiu sobre a SEAE a atribuição de tratar da advocacia da concorrência. Nesse sentido: “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 concorrência, 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 concorrência, o foco dessa função tem ficado por conta da SDE e,

Com a reformulação do SBDC, a fundamentação legal que trata expressamente da competência da SEAE para a prática da advocacia da concorrência consta no artigo 19 da Lei nº 12.529/11, no qual se prevê no *caput* que cabe àquela secretaria a promoção da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, elencando para isso uma série de atribuições que lhe cabem especialmente:

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.

É interessante notar que da mesma maneira que a nova lei prevê expressamente a competência da SEAE para a prática da advocacia da concorrência e elenca as atribuições que a ela cabem, também são claros os limites de sua atuação. Infere-se da leitura dos incisos que compõem o artigo que as atividades ali estabelecidas contam com um caráter consultivo, cabendo à secretaria manifestar-se, de ofício ou não, de modo a contribuir para o aprimoramento de discussões de elaboração ou alteração de atos normativos que guardem relação ou possam impactar na concorrência de setores econômicos, sem, no entanto, que isso signifique

principalmente, da SEAE.” RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Análise Econômica da Regulação: o papel da Advocacia da Concorrência”. In *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers* (2007). Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1. Acessado em 20.02.15.

vinculação da decisão por parte do órgão que está recebendo tal consultoria. Tais características também são perceptíveis na própria definição de advocacia da concorrência comumente adotada. Conforme aponta Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo⁴ e também consta na página virtual da SEAE⁵, a definição parte da ideia de exclusão, na qual advocacia da concorrência seriam as ações de promoção da concorrência que não são relacionadas com as funções preventivas e repressivas que recaem sobre o CADE. Assim, as práticas de promoção da concorrência encontram seus limites no fato de que a elas não cabe a função de analisar situações concretas do mercado com o objetivo de autorizar, vetar ou aplicar sanções em razão de determinados acontecimentos, funções estas detidas exclusivamente pelo CADE.

3. Advocacia da Concorrência e o caráter consultivo

O caráter consultivo das manifestações da SEAE quando promovendo a concorrência é suficiente para levantar uma série de questões acerca de sua efetividade, especialmente junto aos demais órgãos da Administração Pública. Num breve exercício, basta imaginar que em um primeiro momento tal caráter pode revelar-se negativo por não garantir que o órgão a qual se destinou a consulta ou o estudo e a quem de fato compete regular e moldar determinado setor econômico, vá considerar as observações feitas pela secretaria no momento de definição. Ter-se-ia assim a desconsideração da *expertise* detida pela SEAE para tratar de planejamentos que garantam um melhor ambiente concorrencial, o que possivelmente implicaria em efeitos negativos no mercado. No entanto, da mesma maneira é possível supor que o caráter não-vinculativo das manifestações na verdade somente expressa uma lógica de separação de competências, resguardando ao agente que de fato conta com a competência para tratar de determinado setor o direito (ou até mesmo é possível falar em dever) de levar em consideração elementos outros que a defesa da concorrência no momento de estabelecer alterações ou formular políticas.

A esse respeito, ao tratar da relação entre a atuação estatal e o direito da concorrência, Calixto Salomão Filho aponta que o sistema concorrencial é primordialmente voltado à atividade do particular, encontrando uma dificuldade extra no momento em que se volta para

⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Análise Econômica da Regulação: o papel da Advocacia da Concorrência”. In *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers* (2007). Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1. Acessado em 20.02.15.

⁵ “A advocacia da concorrência compreende ações de promoção de concorrência que não estejam relacionadas com as ações de *enforcement*, como a função preventiva, que ocorre por meio do controle de atos de concentração, ou repressiva, como a repressão de condutas anticompetitivas”. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/advocacia-da-concorrenca/o-que-e>. Acessado em 20.02.15

atividades em que o próprio Estado geralmente age, inclusive para tratar de objetivos que vão além da exclusiva proteção da concorrência. Assim, ao referir-se especialmente à prestação de serviços públicos e setores regulados constitucionalmente, o autor aponta ser necessário determinar se é possível que os princípios concorrenciais sejam afastados de tais atividades e em quais circunstâncias isso pode ocorrer, eximindo o agente econômico de submeter-se à lei antitruste⁶.

Sem desconsiderar que essa observação trata essencialmente das atividades de *enforcement* do direito concorrencial, é possível com ela identificar um dos motivos que demonstram a importância da advocacia da concorrência. Existindo a possibilidade de determinados setores serem imunes ao direito concorrencial, a advocacia da concorrência revela-se a única vertente do sistema concorrencial capaz de infiltrar no processo decisório dos órgãos competentes de tais setores, expondo preocupações e realizando propostas que dizem respeito à preservação do ambiente concorrencial.

Calixto expõe que, apesar da Constituição Federal não prever expressamente qualquer imunidade à aplicação do direito antitruste, e, ainda, a Lei nº 12.529/11 trazer em seu artigo 31 a submissão de todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que em atividade sob regime de monopólio legal ao regime antitruste⁷, existem exceções à regra. Estas ocorreriam em duas situações, sendo a primeira quando o legislador identifica em determinado setor econômico importância social suficiente para levá-lo a optar por atribuir ao Estado a competência de regulação exaustiva, de modo a garantir a proteção dos interesses dos usuários ou consumidores, ou seja, com objetivos redistributivos. Característico das atividades econômicas identificadas como serviços públicos e delegadas a particulares por meio de concessões ou permissões, tem-se o afastamento dos princípios concorrenciais pelo fato da atribuição da realização de tais atividades, via de regra, ser feita a um só agente econômico, criando um monopólio, e a fiscalização e regulação (como estabelecimento de tarifas, qualidade do serviço e a própria entrada e saída do mercado) ser de responsabilidade do órgão público que outorgou a concessão ou permissão⁸.

A segunda situação seria aquela em que a regulação não visa substituir completamente o sistema de mercado, mas somente corrigir as imperfeições de seu funcionamento, como monopólios naturais e concorrência predatória. Nessa hipótese, Calixto aponta que a relevância

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 269.

⁷ Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 281.

está em identificar a profundidade dos poderes conferidos ao órgão encarregado da fiscalização, a fim de verificar se este conta com competência efetiva para tratar da temática concorrencial em seus atos independentemente, expondo os setores de energia elétrica e telecomunicações como exemplos de estruturação de sistemas híbridos, em que se alia o sistema tradicional das concessões e permissões a uma tentativa de introdução do sistema concorrencial, principalmente através da integração do CADE em análises de concentrações e condutas⁹.

Diante da demonstração da possibilidade de imunidade de determinados setores econômicos ao sistema concorrencial, a advocacia da concorrência se revela primordial justamente por seu caráter consultivo, que, à primeira vista, parece limitador. Retomando a análise do art. 19 da Lei nº 12.529/11, verifica-se que o legislador atribui expressamente à SEAE um amplo espaço de atuação, incluindo aí agências reguladoras e demais órgãos da Administração Pública, o que implica em concluir que se existem restrições para a atuação da frente de *enforcement* do sistema concorrencial, o mesmo não ocorre para a promoção da concorrência. Nesse sentido, o caráter consultivo e não vinculativo da prática da advocacia da concorrência é justamente o que permite acesso da cultura da defesa da concorrência em setores que teoricamente estariam imunes a ela, visto que não ocorre imposição de medidas ou desvirtuamento de competências, mas sim a contribuição de estudos e prática para o aprimoramento de decisões. É possível, portanto, concluir previamente que, antes de considerar os efeitos que a advocacia da concorrência possa causar no mercado, sua importância já se encontra no fato da possibilidade da promoção da concorrência ter acesso a espaços que o direito da concorrência fiscalizador e sancionador legalmente não conta com abertura.

4. Advocacia da Concorrência e a organização institucional

Se as atribuições da SEAE na temática da advocacia da concorrência levantam discussões a respeito da efetividade de sua interação com outros órgãos externos ao SBDC, é válido analisar de que maneira ocorre a relação e diferenciação institucional com o outro órgão integrante do sistema, o CADE¹⁰, buscando igualmente compreender o que representa a delegação desta competência para a secretaria.

No supracitado artigo 19, a única referência expressa de interação entre SEAE e CADE está no inciso IV, que trata da elaboração de estudos que avaliem a situação concorrencial de

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 281-285.

¹⁰ Lei 12.529/11: Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitado pelo CADE e outros órgãos. A atribuição da SEAE nessa situação está, portanto, em auxiliar em processos que tramitam no CADE, elaborando estudos mais aprofundados a respeito de um determinado setor, o que eventualmente pode demonstrar falhas de mercado e condições que facilitam infrações à ordem econômica, influenciando nas medidas a serem tomadas pelo conselho. Ainda a respeito do CADE, cabe pontuar que além das funções preventiva e repressiva, o órgão conta com uma terceira função, denominada “educacional ou pedagógica” que pode ser entendida como uma expressão da advocacia da concorrência e está amparada no inciso XIV do art. 9º da Lei nº 12.529/11¹¹. Tal função consta no site do órgão com a seguinte definição:

Instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas¹².

Partindo da definição de advocacia da concorrência com base na ideia de exclusão de funções, é possível entender que o CADE também a pratica, visto que este conjunto de ações não se enquadra em atividades preventivas ou repressivas que o órgão também exerce. No entanto, é de se notar que as atribuições do CADE são mais genéricas do que as que recaem sobre a SEAE, visto que a previsão de instrução do público a respeito de condutas que podem prejudicar a concorrência carece de maior materialidade, além do fato da especificação constante na página virtual do órgão indicar que tais atividades são voltadas para fins acadêmicos, incentivando debates e pesquisa a respeito do tema, como através de seu Programa de Intercâmbio (PinCade)¹³. Nesse sentido, tem-se que mesmo com a reformulação do SBDC o CADE conta com atribuições relacionadas à promoção da defesa da concorrência, valendo-se especialmente de incentivos no meio acadêmico para desenvolver o conhecimento na área.

Porém, indiscutível considerar que a SEAE, por conta da previsão legal de suas atribuições mais extensa e detalhada, conta com meios mais efetivos para a promoção da concorrência em relação ao CADE, ampliando-se inclusive o rol de destinatários de suas práticas. A esse respeito, Ricardo Ferreira Pastore, em artigo publicado anteriormente à

¹¹ Lei 12.529/11: Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

¹² Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a58587899776b694a0>. Acessado em 01.03.15.

¹³ “O objetivo do PinCade é difundir e fortalecer a cultura de defesa da concorrência, promover a cooperação científica e estimular discussões e estudos acadêmicos sobre o tema”. Disponível em <http://www.cade.gov.br:8081/pincade/>. Acessado em 01.03.15

reformulação do SBDC e referindo-se ao Projeto de Lei nº 5.877/05 que visava justamente tal reforma¹⁴, já expunha a importância de se reservar à SEAE a competência para tratar da advocacia da concorrência e prever em texto legal as regras e procedimentos a serem adotados, de modo a fortalecer a efetividade da prática¹⁵. A delegação da competência da SEAE é, portanto, resultado de observações de aprimoramentos a serem feitos na antiga organização institucional do SBDC e da necessidade de dar espaço para o desenvolvimento da advocacia da concorrência num ambiente mais próximo de lhe garantir efetividade. Isso porque a opção da SEAE para assumir tal competência é bastante ligada ao fato do órgão ser integrante do Ministério da Fazenda, ministério, que por conta de suas atribuições, é “chave” para discussões e implementação de políticas governamentais¹⁶. Nesse sentido, a SEAE contaria com instrumentos mais apropriados e maior proximidade junto a outros órgãos públicos para a prática de advocacia da concorrência, podendo difundir tais valores de um modo mais efetivo.

Por fim, vale destacar que ao mesmo tempo em que atribuiu tal competência à SEAE, a reformulação do SBDC retirou do órgão a competência de atuação nas funções preventivas e repressivas. A esse respeito pode-se primeiramente apontar que obviamente a reformulação não visava somente aprimorar a prática da função da advocacia da concorrência, mas também as ações de *enforcement*, concentrando no CADE a competência para análise, de modo a garantir uma maior eficiência a tais práticas. No entanto, é válido considerar que a reformulação não deixou de representar um "esvaziamento" de competências da SEAE, o que permite questionar em qual medida o órgão conta com importância dentro do SBDC.

A esse respeito, a análise a ser feita é que se por um lado ocorreu um afastamento da SEAE de importantes funções do sistema concorrencial, por outro se permitiu que o órgão pudesse focar seus esforços na prática da advocacia da concorrência, efetivando o direito da concorrência fora dos eixos mais tradicionais de prevenção e repressão. Assim, a reforma do SBDC indica uma opção e possibilidade para que o país evolua na prática de promoção da concorrência, contando com um órgão especificamente direcionado para isto, com amparo legal e dotado de meios para atuar. A noção de que ocorreu um esvaziamento da SEAE, portanto, perde força quando se considera as possibilidades de atuação e os efeitos positivos que uma boa prática de advocacia da concorrência pode gerar. A título de exemplo, Andreia Saad

¹⁴ A partir de consulta ao site da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.leg.br/>) constata-se que o referido PL encontra-se arquivado, visto que sua apreciação foi prejudicada em virtude do PL nº 3937/04 que seguiu os ditames do processo legislativo e tornou-se a Lei nº 12.529/11.

¹⁵ PASTORE, Ricardo Ferreira. *Advocacia da concorrência no Brasil*. In: ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p. 43.

¹⁶ PASTORE, Ricardo Ferreira. *Advocacia da concorrência no Brasil*. In: ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p. 42.

demonstrou em artigo uma possibilidade de inovação, por meio da prática da advocacia da concorrência, no modo de como o SBDC lida com a questão de preços excessivos puros, desenhando um modelo de atuação que dispensa os riscos tradicionais da análise antitruste a respeito do tema para se utilizar de métodos de promoção da concorrência junto a autoridades. Saad confirma que a edição da lei nº 12.529/11 fortaleceu a advocacia da concorrência, permitindo que a SEAE dedique-se com afinco no papel de lidar com legisladores, reguladores e elaboradores de políticas públicas para a elaboração de medidas que solucionem a questão específica de preços excessivos puros, sendo este um modo de também despertar a atenção da importância da função no âmbito da política antitruste brasileira¹⁷.

5. Advocacia da Concorrência e a construção de uma cultura da concorrência

Exposto o modelo institucional no qual a advocacia da concorrência se insere, assim como as possibilidades de atuação da SEAE nesse campo, cabe buscar entender afinal quais objetivos se visa alcançar com a sua prática. Numa primeira resposta, a construção de uma cultura da concorrência talvez seja a síntese de seus objetivos, visto que isso indica que a consolidação da preocupação com aspectos concorrenciais em determinadas situações, fazendo-se presente para a identificação de irregularidades ou num processo decisório, por exemplo. No entanto, é possível apontar que tal construção encontra ao menos dois espaços para o seu desenvolvimento: na sociedade em um geral, no sentido de alcançar os indivíduos e fazer com que eles tenham noção da importância da defesa da concorrência para o próprio bem-estar, e em órgãos da Administração Pública, a fim de conscientizar os seus responsáveis a respeito da importância de considerar a temática nas práticas de gestão pública.

A constatação mais fácil de realizar num primeiro momento é o fato de que o direito da concorrência está inserido majoritariamente no ambiente corporativo, tendo em vista que os agentes envolvidos nas condutas e práticas por ele analisadas são primordialmente pessoas jurídicas, o que implica na conclusão de que uma cultura da importância da defesa da concorrência é distante de “pessoas físicas comuns” justamente por não se fazer presente em seus cotidianos. Evidentemente é necessário ressaltar que a princípio não há porque ser de outra

¹⁷ SAAD, Andreia. *Preços excessivos "puros" na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência*. Revista do IBRAC: (Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo), São Paulo, v. 22, jul./dez. 2012. p. 268.

maneira, visto que as normas do direito da concorrência não se direcionam a práticas de “uma só pessoa física” e sua tutela ocorre num nível mais amplo do que o de um único indivíduo, sendo que não é à toa o fortalecimento do direito do consumidor, outro ramo do direito que igualmente trata de questões de regularização de condutas no mercado, mas sob a perspectiva de proteção das garantias do indivíduo, no caso, o consumidor.

De todo modo, esse fato também demonstra que os benefícios que medidas de proteção da concorrência podem gerar aos consumidores igualmente não são conhecidos por boa parte da população. Sabe-se que os prejuízos e benefícios aos consumidores são levados em conta no momento de análise de atos de concentração e condutas¹⁸, mas persiste a impressão de que os efeitos negativos de, por exemplo, um cartel, não são amplamente conhecidos pelo público em geral por conta da dificuldade de mensurá-los. Nesse sentido, é possível traçar que um perfil de fortalecimento da cultura da concorrência pode ocorrer através de políticas educativas voltadas à população em geral, visando divulgar as práticas do sistema, informar a respeito de condutas que são consideradas ilícitas e até mesmo incentivar denúncias a respeito de infrações locais que possam ser apreciadas do ponto de vista concorrencial. Garantir-se-ia assim uma cultura da concorrência mais difundida na população, o que, em certa medida, resultaria numa forma de fiscalização de condutas que, por exemplo, ocorrem em mercados extremamente locais e que estão longe do poder de fiscalização de órgãos do SBDC, e cobrança por atuação e resultados por parte dos órgãos responsáveis. A título de exemplo, na Alemanha ocorre a adoção de medidas semelhantes a estas, e concluiu-se que a advocacia da concorrência aumenta o conhecimento das partes interessadas na lei de concorrência e reforça a cultura da concorrência, além de ajudar a aumentar a conscientização pública e promover o suporte público para as tarefas desempenhadas pela autoridade concorrencial¹⁹.

¹⁸ Art. 45 (Lei nº 12.529/11). Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; Art. 88 (Lei nº 12.529/11). Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

¹⁹ “*Competition advocacy is an essential part of promoting compliance and involves creating awareness and giving guidance to the public. Competition advocacy increases the knowledge of the stakeholders of competition law and strengthens the competition culture. Furthermore, it helps increase awareness among the public and promotes public support for the work and task of the competition authority*”. In “*Policy Roundtables. – Promoting Compliance with Competition Law*”, OECD, 2012. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>. Acessado em 21.02.15

No entanto, a advocacia da concorrência praticada no Brasil não visa exatamente o fortalecimento desse perfil de cultura da defesa da concorrência. Conforme se constatou do artigo 19 da Lei nº 12.529/11, as atribuições expressamente previstas à SEAE dizem respeito especialmente a manifestações perante outros órgãos públicos, não tratando de políticas de divulgação da prática concorrencial com objetivo educacional. É bem verdade que o *caput* do artigo prevê a promoção da concorrência perante a sociedade, o que pode permitir a implementação de tais políticas, mas nota-se que foi outra a prioridade do legislador para delimitar a atuação para a secretaria. Por fim, a esse respeito, vale considerar que a terceira função exercida pelo CADE enquadra-se nessa finalidade educativa da advocacia da concorrência, sendo que chegaram a ser publicadas e disponibilizadas, ainda no regime da antiga lei de concorrência em parceria com a SDE, cartilhas a respeito do funcionamento do SBDC e condutas que representam infrações à ordem econômica e estão próximas do cotidiano das pessoas, como cartéis em postos de combustíveis²⁰.

De todo modo, a opção do legislador brasileiro indica o outro perfil do fortalecimento da cultura da defesa da concorrência que é visado pelas práticas da SEAE, focadas em alcançar agentes que cotidianamente podem realizar interferências de temática concorrencial em determinados setores, destacando-se os integrantes da Administração Pública com competência para atuar através da elaboração de políticas e atos normativos. A esse respeito, a própria apresentação da advocacia da concorrência na já referida página virtual da SEAE demonstra tal prioridade:

Desta forma, conforme disposto no art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, está entre as atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda a advocacia da concorrência, que consiste em esclarecer e inculcar nos agentes econômicos (dentre os quais estão agentes privados e públicos) os ganhos alocativos e produtivos que a introdução e manutenção da concorrência produzem. Uma das formas de se promover a advocacia da concorrência é a identificação, pelos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), de normas legais ou infralegais (municipais, estaduais ou federais) que têm o condão de ferir ilicitamente a livre iniciativa ou a livre concorrência, previstas no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, e que impedem a sociedade de gozar os benefícios oriundos da concorrência.

A opção por esse direcionamento de promoção da concorrência à análise de normas legais ou infralegais com potencial prejudicial à livre iniciativa ou livre concorrência se justifica principalmente quando se analisa que o Estado brasileiro caracteriza-se por sua ampla atuação

²⁰ Acessíveis em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BDA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143%7D>. Acessado em 06.03.15.

no campo econômico, atuando direta ou indiretamente em diversos setores, sendo que, portanto, diversos órgãos públicos contam com a competência legal para planejar e regular tais segmentos. Nesse sentido, a prática da advocacia da concorrência entre tais agentes é um modo de garantir melhores práticas concorrenciais, não só por estes serem responsáveis por gerir e legislar a respeito de setores essenciais ao país, mas também porque, conforme visto, nem sempre é efetiva a atuação de caráter fiscalizador e sancionador por parte do CADE para garantir a proteção da concorrência. No contexto de crescente regularização de setores econômicos, especialmente com privatizações e criação de agências reguladoras, Ragazzo considera que implementar medidas de advocacia da concorrência é de grande relevância, pois visa-se que os benefícios à sociedade resultantes de tais liberalizações sejam de fato alcançados, evitando-se soluções ineficientes e custosas por parte da Administração Pública, assim como riscos de transferências indevidas de renda do consumidor para determinados grupos de interesse²¹.

Ainda, a advocacia da concorrência com esse enfoque significa um interessante meio de diálogo e fortalecimento de instituições, na medida em que a sua prática contínua pode estabelecer o saudável costume da SEAE, como órgão especializado em direito da concorrência e competente para emitir pareceres a respeito de condições de mercado, manifestar-se constantemente a respeito de quaisquer políticas e elaboração de atos normativos, sempre que for identificada afetação à concorrência. Por sua vez, os órgãos e agentes responsáveis por elaboração de políticas e normas garantem ao menos um direcionamento a respeito da conformidade de suas práticas com a proteção da livre iniciativa e concorrência, algo que com o passar do tempo, conforme Ragazzo aponta, somente trará benefícios, visto que mesmo que a implementação de uma cultura de defesa da concorrência ocorra de maneira lenta e progressiva, vão sendo estabelecidas condutas e padrões a serem mais facilmente aceitos e adotados de modo a adequar as práticas ao sistema da concorrência.

Por fim, vale apontar que o fortalecimento de uma cultura da concorrência, através da prática de advocacia da concorrência, implica diretamente numa contribuição à vertente de *enforcement* do SBDC, visto que a elaboração de políticas e atos normativos inseridas nessa cultura pode reduzir o número de condutas infratoras a serem apreciadas, pois a regularização já estabelecida pelos órgãos competentes trará essa noção de proteção da concorrência, e consequentemente, contará também com as devidas sanções a eventuais infrações ou melhores

²¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Análise Econômica da Regulação: o papel da Advocacia da Concorrência”. In *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers* (2007), p. 04. Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1. Acessado em 20.02.15.

instrumentos para identificação de ilícitos e encaminhamento para providências por parte do CADE.

6. Caso prático: A limitação da quantidade de CFC's em estados brasileiros

A análise da prática da SEAE no campo da advocacia da concorrência permite conferir a efetivação de uma das possibilidades de atuação do órgão no novo cenário proposto pela reformulação do SBDC, identificando-se as questões debatidas e as soluções propostas pela secretaria para reduzir impactos concorrenciais de medidas governamentais.

Conforme consta na página virtual da SEAE a respeito de notas técnicas emitidas com foco na advocacia da concorrência²², no ano de 2014 foram divulgadas e publicadas na íntegra seis manifestações da secretaria. Destas, quatro²³ tratam da temática comum de análise de normas emitidas por Departamentos Estaduais de Trânsito (Detrans) ou Assembleias Legislativas Estaduais que limitam a quantidade de Centro de Formação de Condutores (CFC's) nos estados, a partir do estabelecimento de uma proporção entre o número de CFC's e o número de habitantes nos municípios, além de outras especificidades, como suspensão do credenciamento de novos CFC's e divulgação de tabela de preços.

Tais manifestações são, portanto, a materialização da atribuição da SEAE constante no inciso VI do artigo 19 da Lei nº 12.529/11, na qual a secretaria visa fomentar mudanças na estrutura regulatória editadas por entes públicos, orientando ações de advocacia da concorrência a partir de uma análise dos possíveis prejuízos concorrenciais que tais normas podem gerar no setor. Conforme consta nas Notas Técnicas, a iniciativa de tratar da questão surgiu a partir da abertura da Consulta de Defesa da Concorrência nº 40000.0600412014/DF, na qual a SEAE visava apurar possíveis efeitos nocivos à concorrência de normas expedidas pelos departamentos de trânsito estaduais para CFC's. Para melhor subsidiar a análise, a secretaria solicitou informações a diversos Detrans do país, focando na possibilidade de existirem normas que (i) sugerissem preços mínimos e máximos da hora-aula aos CFC's e (ii) restringissem, de algum modo, o número de CFC's credenciados em determinada região, sendo que a partir das respostas recebidas foram sendo elaboradas as presentes manifestações.

²² Acessível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/advocacia-da-concorrencia/notas-tecnicas/2014>. Acessado em 20.02.15

²³ NT-06250/2014/DF COGUN/SEAE/MF, NT-06251/2014/DF COGUN/SEAE/MF, NT-06252/2014/DF COGUN/SEAE/MF e NT-06253/2014/DF COGUN/SEAE/MF.

6.1 Os fundamentos legais do funcionamento do mercado de formação de condutores

As notas técnicas contam com a mesma estrutura e trechos, visto que as mesmas foram elaboradas em datas bastante próximas, no mês de dezembro de 2014, e a respeito da mesma temática, sendo resguardadas, portanto, somente a peculiaridade de cada norma. A secretaria iniciou suas manifestações expondo as regras que regem o funcionamento do mercado de formação de condutores, a partir da delimitação da competência dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, em especial o Conselho Nacional de Trânsito (Contran), o Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e os Departamentos Estaduais de Trânsito (Detrans), destacando que os Detrans não contam com qualquer competência legislativa ou consultiva, sendo os órgãos executivos responsáveis por administrar e colocar em prática a legislação de trânsito no âmbito estadual. Apontou ainda que no que diz respeito à regulação dos CFC's, o artigo 22, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro prevê:

Art. 22. Compete aos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua circunscrição:

II - realizar, fiscalizar e controlar o processo de formação, aperfeiçoamento, reciclagem e suspensão de condutores, expedir e cassar Licença de Aprendizagem, Permissão para Dirigir e Carteira Nacional de Habilitação, mediante delegação do órgão federal competente;

Foram indicados os marcos legais que regem o tema, destacando que ao regulamentar o credenciamento de instituições ou entidades públicas ou privadas para o processo de capacitação, qualificação e atualização de profissionais, e de formação, qualificação, atualização e reciclagem de candidatos e condutores, a Resolução nº 358, de 13 de agosto de 2010, editada pelo Contran, prevê as atribuições dos Detrans de elaborar e revisar a distribuição geográfica dos CFC's credenciados, com base no fato de que as instituições que cumprirem as exigências estabelecidas naquela resolução deverão ser credenciadas, sendo que compete aos Detrans a possibilidade de estabelecer exigências complementares para o credenciamento, desde que respeitando as disposições da resolução (art. 3º, incisos I e II e par. único)²⁴. Nesse sentido, as manifestações destacam que a referida resolução não faz qualquer menção à

²⁴ Art.3º Constituem atribuições dos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, para o processo de credenciamento, acompanhamento e controle dos entes credenciados: I - elaborar e revisar periodicamente a distribuição geográfica dos credenciados; II – credenciar as instituições e entidades que cumprirem as exigências estabelecidas nesta Resolução. (...)

Parágrafo único: os órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal poderão estabelecer exigências complementares para o processo de credenciamento, acompanhamento e controle, desde que respeitadas as disposições desta Resolução.

possibilidade dos Detrans imporem limites quantitativos ao credenciamento de CFC's, prevendo, n, na realidade, que é atribuição dos Detrans credenciarem as instituições que atenderem as exigências nela previstas.²⁵

6.2 Identificação da infração à concorrência

A análise da SEAE prosseguiu com a identificação das normas que estabeleceram limitações na quantidade de CFC's nos estados do Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais. Vale destacar que enquanto nos estados do Maranhão e Mato Grosso as medidas foram estabelecidas por meio de Portarias aprovadas pelos respectivos Detrans²⁶, nos estados do Mato Grosso do Sul o processo se deu por meio da aprovação de Lei Estadual²⁷ pela Assembleia Legislativa do Estado e em Minas Gerais, através de aprovação de Decreto e Portaria²⁸.

A esse respeito, é possível identificar que numa mesma situação pode haver uma diversidade de destinatários a qual a advocacia da concorrência deve dirigir-se, visto que um mesmo setor pode ser objeto de gestão de diferentes agentes²⁹, representando um incremento no desafio de promoção de um ambiente competitivo, visto que os interesses envolvidos e os meios de atuação podem se diferenciar. Nesse sentido, parece ser essencial à atividade da SEAE reunir em torno de uma mesma questão que gera impactos nocivos à concorrência os diferentes atores que a ela são ligados (como os órgãos governamentais envolvidos e os agentes privados que atuam no segmento), buscando por soluções que necessariamente implicam numa colaboração com outros entes para se tornarem de fato efetivas. Pastore elencou essa necessidade de articulação institucional como um dos elementos a serem desenvolvidos na SEAE naquele período pré-reformulação do SBDP, apontando inclusive que o contato com órgãos nas diferentes esferas administrativas e instâncias da federação poderiam garantir que os serviços da secretaria alcançasse os mais variados ambientes.³⁰

²⁵ Tais considerações a respeito das competências dos Detrans revelam-se importantes, pois a SEAE dedicou parte das manifestações justamente para apontar vícios de legalidade das normas expedidas, por incompetência dos Detrans para limitar a atividade de particulares sem autorização legislativa. Disponível em Nota Técnica 06252/DF COGUN/SEAE/MF, fl. 05.

²⁶ Portarias nº 805/08-GDG e nº 382/13-GDG expedidas pelo Detran/MA e Portaria nº 381/2012/GP/DETRAN/MT.

²⁷ Lei Estadual nº 3.497/2008.

²⁸ Decreto Estadual nº 45.762/2011 e a Portaria Detran/MG nº 353/2012.

²⁹ Essa diversidade de agentes também foi objeto de análise da SEAE, no sentido de discutir a legalidade de atos emanados de entes estaduais, numa possível invasão de competências reservadas à União.

Os textos analisados pela secretaria estabelecem a limitação da quantidade de CFC's com base no número de eleitores dos municípios integrantes do estado, como por exemplo, a proporção de um CFC para cada 10 mil eleitores (MS) ou até dois CFC's para municípios que contarem com no máximo 40 mil eleitores (MT). A partir disso, a SEAE identificou que tais normas criam barreiras à entrada no mercado de CFC's, ao estabelecer uma limitação geográfica do número de credenciados para a prestação do serviço em questão. Por fim, vale destacar que além da restrição à quantidade de CFC's, as normas referentes aos estados do Maranhão e Mato Grosso do Sul contam também com outras regulações específicas que a secretaria igualmente identificou como prejudiciais à concorrência, incluindo as mesmas no objeto das manifestações³¹.

6.3 Análise dos impactos à concorrência

A avaliação das prováveis consequências das normas expedidas para a competição no mercado de prestação de serviços dos CFC's foi feita com base na metodologia desenvolvida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³². Tal metodologia consiste num conjunto de questões que devem ser verificadas quando se trata de analisar o impacto de políticas públicas sobre a concorrência, visto que tais impactos podem ocorrer através de quatro efeitos:

1º efeito - limitação no número ou variedade de fornecedores:

- i) Conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços;
- ii) Estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de atividade;
- iii) Limitar a certo tipo de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;
- iv) Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída do mercado;
- v) Criar uma barreira geográfica à capacidade das empresas para fornecerem bens, serviços ou mão de obra, ou para realizarem investimentos.

2º efeito - limitação da capacidade dos fornecedores de competirem entre si:

- i) Limitar a capacidade dos vendedores para fixar os preços de bens ou serviços;
- ii) Limitar a liberdade dos fornecedores de fazerem publicidade ou marketing dos seus bens ou serviços;
- iii) Fixar padrões de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou fixar padrões de qualidade que excedam o nível escolhido por determinados consumidores bem informados;

³⁰ PASTORE, Ricardo Ferreira. *Advocacia da concorrência no Brasil*. In: ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p. 42.

³¹ O Detran/MA também suspendeu os pedidos de credenciamento de CFC's, exceto em situações excepcionais. Por sua vez, a Lei Estadual do Mato Grosso do Sul também determina que sejam elaboradas planilhas de custo dos serviços prestados por CFC's, por parte do departamento de trânsito, para informar aos consumidores a respeito dos preços praticados, o que pode implicar no tabelamento de preços.

³²Referência: OCDE (2011). *Guia de Avaliação da Concorrência*. Versão 2.0. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf>. Acesso em 06.03.2015

iv) Aumentar significativamente o custo de produção para alguns fornecedores (especialmente dando tratamento diferente aos operadores históricos e aos novos concorrentes).

3º efeito - diminuição do incentivo aos fornecedores para competirem:

- i) Estabelecer um regime de auto-regulação ou de co-regulação;
- ii) Exigir ou estimular a publicação de dados sobre quantidades de produção, preços, vendas ou custos das empresas;
- iii) Isentar um determinado sector ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral de concorrência.

4º efeito - limitação das opções dos clientes e da informação disponível:

- i) Limitar a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor;
- ii) Reduzir a mobilidade dos clientes entre fornecedores de bens ou serviços através do aumento dos custos, explícitos ou implícitos, da mudança de fornecedores;
- iii) Alterar substancialmente a informação necessária aos consumidores para poderem comprar com eficiência.

A utilização de critérios objetivos para a identificação de infrações concorrenciais por meio de políticas públicas é uma interessante medida adotada pela SEAE, expondo de forma clara aos agentes envolvidos quais os efeitos indesejados e em que medida eles ocorrem naquela determinada situação, facilitando, portanto, a busca por soluções. Na mesma medida, assim como ocorre no meio judiciário ou até mesmo no CADE, a utilização de critérios objetivos permite a construção de uma espécie de jurisprudência da advocacia da concorrência, permitindo que terceiros não envolvidos na situação concreta possam identificar os elementos considerados pela secretaria e, a partir disso, pautar suas futuras ações independentemente de uma participação da mesma, contribuindo, portanto, para o fortalecimento de uma cultura da concorrência.

Por fim, é válido apontar a importância do uso de critérios estabelecidos em âmbito internacional para a identificação de infrações concorrenciais, visto que isso é um indicativo de esforço entre as diversas autoridades da concorrência do mundo para alcançar padrões de análise a partir de experiências de cada país, o que somente tende a reforçar a efetividade de seu uso. Ademais, a respeito da colaboração internacional para a prática da advocacia da concorrência, o *Advocacy Working Group* (AWG), um dos grupos de trabalho que compõem a *International Competition Network* (ICN), uma espécie de associação internacional de autoridades da concorrência que visa o desenvolvimento de políticas concorrenciais, da qual o Brasil é integrante, conta com diversas produções a respeito da importância da prática da advocacia e meios de torná-la mais efetiva. Em 2014 foram elaboradas recomendações para a prática de “avaliação da concorrência” (*competition assessment*)³³, que pode ser entendida

³³ O documento de recomendações define “avaliação da concorrência” da seguinte maneira: “a “*competition assessment*” occurs when, either at a policymakers’ request, or of its own initiative, a competition agency or another government body evaluates the competitive effects of a proposed or existing policy. Through the competition assessment, competition agencies can urge policymakers to consider the policy’s likely impact on competition, identify whether justifications exist for any restrictions on competition, and assess whether less

como a denominação para a vertente da advocacia que se destina à análise de práticas governamentais em busca de possíveis infrações concorrenciais, na qual o AWG traça uma série de sugestões para que a autoridade da concorrência possa de fato atuar nesse âmbito, como a importância das relações institucionais com os órgãos públicos, elemento que, conforme visto, já é considerado pela SEAE³⁴. Nesse sentido, o diálogo com práticas e sugestões internacionais é mais uma indicação de que a atividade da advocacia da concorrência tem como fator essencial o trabalho conjunto entre diversos agentes, visto que a ideia de promoção de uma cultura da concorrência necessariamente depende de uma diversidade de conhecimentos a esse respeito, a fim de que sua implementação seja feita de forma mais completa possível.

Retomando a análise, a partir de tais critérios a SEAE concluiu nas manifestações que a iniciativa de restrição da quantidade de CFC's em virtude do número de eleitores locais reduz a concorrência no setor, por criar barreiras geográficas para as empresas fornecerem bens ou serviços (item v do 1º efeito), conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens e serviços (item i do 1º efeito) e limitar as opções dos clientes, reduzindo a capacidade dos consumidores de escolherem seu fornecedor (item i do 4º efeito). Complementou-se a análise com a consideração de que tais normas impactam no fato do mercado de CFC's contar com características concorrenciais, no qual as empresas ofertam serviços aos clientes considerando variáveis, tais como preço, quantidade de oferta e qualidade do serviço prestado. Assim, limitações da quantidade de prestadores reduzem a competição no mercado, favorecendo a permanência de firmas menos eficientes e pouco inovadoras, implicando em prejuízo para os consumidores.³⁵ A secretaria apontou ainda que o principal fundamento do modelo de credenciamento de prestadores de serviços junto a órgãos públicos é o fato de que qualquer prestador que cumprir os requisitos para o funcionamento deve ser credenciado para fazê-lo. Nesse sentido, atendidos os requisitos, a imposição de restrições à entrada no mercado de CFC's feriria também o princípio do credenciamento.³⁶

A SEAE inclusive realizou uma análise das possíveis duas justificativas dos agentes responsáveis para a implementação de tal limitação. A primeira seria que a limitação protegeria os empreendedores do ramo de uma competição predatória e injusta, permitindo a delimitação

restrictive alternatives would achieve the intended public policy goal. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc978.pdf>, p. 01. Acessado em 19.04.2015

³⁴ A esse respeito, o documento dispõe que relações institucionais com outros órgãos públicos permitem uma série de possibilidades para a prática de “*competition assessment*”, como a identificação precoce de políticas que carecem de intervenção e o monitoramento de setores que futuramente precisarão ser analisados. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc978.pdf>, p. 05-06. Acessado em 19.04.2015

³⁵ Nota Técnica 06252/DF COGUN/SEAE/MF, fl. 08.

³⁶ Nota Técnica 06252/DF COGUN/SEAE/MF, fl. 11.

do mercado de cada CFC e garantindo a manutenção de serviços e empregos. A segunda possível justificativa seria o fato de que a garantia de mercado contribuiria para a oferta de um serviço de qualidade à população, visto que os empresários saberiam que haveria retorno garantido por conta da reserva de mercado. A secretaria refuta as duas justificativas, se valendo dos benefícios resultantes da livre concorrência e livre iniciativa para destacar a maior variedade de produtos, menores preços e desenvolvimento de tecnologias, além de destacar que a própria Resolução nº 358/2010 do Contran já é suficiente para garantir uma qualidade mínima aos serviços prestados pelos CFC's.

6.4 Considerações sobre possíveis opções regulatórias

Expostas as infrações e a falta de justificativa para os danos concorrências que as normas em questão geram, a SEAE passou para uma segunda etapa da atividade da advocacia da concorrência, sugerindo alternativas que impliquem em políticas regulatórias que não infrinjam o sistema concorrencial. No caso em questão, buscou-se traçar um aperfeiçoamento dos dispositivos com base na ampliação da concorrência no mercado de CFC's, sugerindo-se a permissão do credenciamento de CFC's sem qualquer tipo de restrição pelo número de eleitores, com amparo somente nas regras mínimas de credenciamento estabelecidas pelo Denatran e Detrans e em consonância com a prática de preços livres de mercado, o que permitiria que somente as empresas mais eficientes e que melhor atendem seus clientes permaneçam no mercado, reforçando a importância de uma fiscalização eficiente por parte das autoridades.

Nesse sentido, a SEAE completou sua função de promover a concorrência no setor de CFC's, expondo aos responsáveis por sua regulação quais as falhas de suas condutas e expondo alternativas para adequá-las a um ambiente competitivo. É preciso ter em vista que, em virtude do caráter consultivo das manifestações da secretaria, cabe agora aos órgãos competentes a análise dos argumentos levantados e a partir disso inserir tais preocupações e sugestões em eventuais reformas normativas. No caso em específico, é possível imaginar que o fechamento de mercado do setor conta com o apoio de determinados setores, especialmente das instituições que já estão inseridas na prestação do serviço, sendo, portanto, responsabilidade do órgão público a devida análise de todos os fatores envolvidos e a partir disso concluir pela necessidade, ou não, de implementação de medidas pró-concorrenciais. A esse respeito, o caráter objetivo e claro da manifestação da SEAE reforça a ideia de que a adoção de suas sugestões somente tende a gerar benefícios à sociedade.

7. Conclusão: A Advocacia da Concorrência como instrumento do direito da concorrência e próximos passos a serem tomados

O direito da concorrência encontra na advocacia da concorrência um importante instrumento de promoção e fortalecimento de suas tutelas e práticas. Se com a reestruturação do SBDC competiu ao CADE uma atuação mais efetiva, num sentido de possibilidade de imposição de medidas, para apreciação de atos de concentração ou investigação e julgamento de condutas infratoras à ordem econômica, a SEAE, ao praticar a advocacia da concorrência, desempenha a importante função de promover conhecimentos e práticas que visam a construção e fortalecimento de uma cultura concorrencial no país, contando para isso, com o amparo legal oferecido pela lei nº 12.529/11. A tendência é que a função da secretaria ganhe cada vez mais importância e destaque, visto que estará sendo fortalecida uma cultura da concorrência e a percepção de que a atuação do SBDC para a garantia de um ambiente concorrencial não necessariamente deve se dar primordialmente por meio das funções de *enforcement*, mas também por meio das diversas possibilidades de atuação à disposição da advocacia da concorrência.

Considerando que um dos principais meios que a SEAE adota para promover a defesa da concorrência é a sua atuação perante agentes integrantes da Administração Pública através da identificação e propositura de alterações de normas que infringem preceitos concorrenciais, tem-se nessa atividade um forte potencial de, ao longo do tempo, construir-se uma relação de parceria institucional em que políticas e regulações vão sendo construídas de maneira conjunta, levando-se em conta aspectos concorrenciais e meios de evitar prejuízos a eles. Se o caráter consultivo e não vinculativo da atuação da SEAE pode parecer negativo ou positivo, a depender dos argumentos que se escolhe, de toda maneira buscou-se demonstrar que essa prática ganha ainda mais relevância quando se trata de setores regulados ou com atuação do Estado, nas quais se afasta a atuação do CADE para eventual controle, tornando a advocacia da concorrência o principal meio de implementação de princípios concorrenciais nos mesmos.

A exposição dos casos de normas que limitam a quantidade de CFC's em alguns estados, nos quais a SEAE manifestou-se pela sua revogação tendo em vista os prejuízos concorrenciais que causam e sugeriu alterações para a garantia da livre concorrência, demonstrou como funciona na prática a defesa da concorrência, expondo a estruturação de análise e a importância do diálogo institucional e da utilização de quesitos objetivos para

identificar as infrações. Uma segunda etapa para complementar esse estudo está em buscar mapear os efeitos que as manifestações da SEAE tem gerado nos setores por ela alcançados, para, desse modo, ser possível traçar uma espécie de linha de construção da cultura da concorrência no Brasil. Ademais, buscou-se expor que a prática da advocacia da concorrência somente tende a se reforçar com o diálogo internacional junto a outras autoridades da concorrência, sendo que nesse sentido, a verificação do “Plano de trabalho” (*Draft Work Plan*) elaborado pelo AWG para o período de 2014-2017 permite concluir que a intenção é que tais relações sejam intensificadas, com compartilhamento de experiências dos agentes e produção de documentos que sirvam de ferramenta para o aprimoramento da prática³⁷.

Por fim, um ponto bastante pertinente que este artigo revelou indica que, ao mesmo tempo em que a advocacia da concorrência desempenha uma função essencial ao promover a defesa da concorrência junto a agentes econômicos, não se deve desconsiderar que, ao menos numa análise de textos legais e feitos passados, o Brasil ainda precisa desenvolver de forma mais efetiva a advocacia da concorrência que visa a promoção da cultura da concorrência entre os cidadãos em geral. A proximidade do direito da concorrência com a população só tende a gerar efeitos positivos, capacitando um indivíduo não só a identificar condutas que podem infringir normas concorrenciais, mas também, e talvez principalmente, a fiscalizar e cobrar a atuação de autoridades para a implementação de práticas concorrenciais eficientes, que, ao fim, significarão benefícios a ele próprio. Talvez se tomando como modelo o esforço existente para a propagação do direito do consumidor, a advocacia da concorrência possa alcançar outros meios que não somente o setor corporativo, ampliando seus efeitos e consequentemente se fortalecendo.

8. Referências bibliográficas

“2014-2017 Advocacy Working Group Work Plan”, ICN, 2014. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc977.pdf>.

PASTORE, Ricardo Ferreira. “Advocacia da concorrência no Brasil”. In: ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p.21 - 48.

³⁷ O documento estabelece como metas de longo prazo do AWG: “1. Provide a forum for ICN members to share their experiences and specific practices in the area of competition advocacy; 2. Provide practical tools and guidance in order to improve the effectiveness of members’ advocacy activities; 3. Promote the use of the ICN’s existing work products and tools in the area of competition advocacy”. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc977.pdf>. Acessado em 19.04.2015.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Análise Econômica da Regulação: o papel da Advocacia da Concorrência”. In *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers* (2007). Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1.

“*Recommended Practices on Competition Assessment*”, ICN, 2014. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc978.pdf>.

SAAD, Andreia. “Preços excessivos "puros" na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência”. *Revista do IBRAC:(Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo)*, São Paulo, v. 22, p.249 - 275, jul./dez. 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiro Editores, 2013.

“*Policy Roundtables. – Promoting Compliance with Competition Law*”, OECD, 2012. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>.

NT-06250/2014/DF COGUN/SEAE/MF

NT-06251/2014/DF COGUN/SEAE/MF

NT-06252/2014/DF COGUN/SEAE/MF

NT-06253/2014/DF COGUN/SEAE/MF