

## **A tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária: interação institucional e promoção do investimento privado**

Myller Kairo Coelho de Mesquita<sup>355</sup>

### **RESUMO**

O estudo, dividido em quatro capítulos, analisa a tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária, especialmente no que concerne à atuação das autoridades públicas competentes, à interação institucional entre elas e à promoção do investimento privado. Diante da multiplicidade de atores do governo com competências complementares acerca da tutela da concorrência e do conseqüente risco de conflitos em prejuízo da segurança jurídica, sugerimos a criação de uma Autoridade Concorrencial de Desestatização.

**Palavras-chave:** concorrência, desestatização, aeroportos, infraestrutura, investimento.

### **ABSTRACT**

This four-chapter paper deals with the promotion of competition in bidding process of the execution of the public service of airport infrastructure, especially when it comes to the role of public authorities in charge of competition, the institutional interaction among them and the promotion of private investment. In face of the multiplicity of government actors in charge of competition and, hence, the risk of conflicts that could jeopardize the legal certainty, we suggest the creation of the “Autoridade Concorrencial de Desestatização” (Competition Authority of Privatization).

**Keywords:** competition, privatization, airports, infrastructure, investment.

---

<sup>355</sup> Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Afiliado ao Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB. Sócio do escritório Eduardo Antônio Lucho Ferrão – Advogados Associados.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A livre iniciativa no serviço público de infraestrutura aeroportuária; 2. Controle concorrencial do processo de concessão de aeroportos; 3. Autoridades responsáveis pela tutela da concorrência no processo de desestatização e suas atribuições; 3.1. Poder concedente e o Conselho Nacional de Desestatização (CND): a definição das premissas básicas da concessão de aeroportos; 3.2. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC): a modelagem dos editais de concessão e o exercício da competência concorrencial; 3.2.1. Limitação de participação societária de empresas aéreas; 3.2.2. Limitação de propriedade na concessão; 3.3. Tribunal de Contas da União (TCU): a função de controle externo da administração pública e a análise de editais de concessão dos aeroportos de Galeão/RJ e Confins/MG; 3.4. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; 3.4.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); 3.4.1.A. Controle prévio à desestatização de aeroportos; 3.4.1.A.i. O controle sobre normas e decisões regulatórias; 3.4.1.A.ii. O controle da estrutura e a controvérsia sobre os consórcios destinados à participação de licitações públicas; 3.4.1.A.iii. O controle da conduta e o combate a cartéis nas licitações públicas; 3.4.2. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE): o foco na advocacia da concorrência e a contribuição aos editais de concessão; 4. A interação institucional entre as autoridades competentes acerca da tutela da concorrência e a sugestão de criação da autoridade concorrencial de desestatização (acd), vinculada ao conselho nacional de desestatização; Conclusão; Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O estudo, dividido em quatro capítulos, analisa a tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária, especialmente no que concerne à atuação das autoridades públicas competentes, à interação institucional entre elas e à promoção do investimento privado.

No primeiro capítulo, abordamos a inserção da livre iniciativa no serviço público de infraestrutura aeroportuária.

No segundo capítulo, o destaque é a controvérsia sobre o controle concorrencial do processo de desestatização e a compatibilidade entre serviço público e as normas de concorrência.

No terceiro capítulo, apresentamos as autoridades competentes pela tutela da concorrência no processo de desestatização de aeroportos e tratamos da interação entre essas autoridades, destacando eventuais conflitos e complementariedades.

A partir dessa exposição, no quarto e último capítulo, destacamos a necessidade de

harmonia e resolução preventiva de conflitos jurídicos, a fim de garantir um ambiente regulatório com mais segurança jurídica, e, portanto, que conduza à redução de riscos calculados e precificados pelos investidores privados no momento da licitação.

Diante desse cenário, sugerimos a criação de uma Autoridade Concorrencial de Desestatização (ACD), com função de assessoramento do Conselho Nacional de Desestatização (CND), autoridade esta que contaria com o trabalho de representantes do CND, da ANAC, do TCU, do CADE e da SEAE.

No que concerne ao referencial bibliográfico, o estudo se pauta pelo exame das normas que regem a atuação dos entes e órgãos responsáveis pela tutela da concorrência no processo de desestatização dos aeroportos, além do estudo dos editais de concessão expedidos pela ANAC e da literatura especializada.

## **1. A LIVRE INICIATIVA NO SERVIÇO PÚBLICO DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA**

De acordo com estudos da consultoria internacional McKinsey&Company – contratada pelo Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) para realizar um relatório consolidado sobre o setor de transporte aéreo do Brasil –, dos 20 principais aeroportos do país, 13 não atendiam corretamente a demanda esperada de passageiros no ano de 2009<sup>356</sup>.

Tal diagnóstico apontava, com clareza, que o modelo de expansão da infraestrutura por meio da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO) havia se esgotado. À época, a empresa pública criada pela Lei nº 5.862/1972 administrava aeroportos responsáveis por mais de 95%<sup>357</sup> do tráfego aéreo civil.

Nesse contexto, o Decreto nº 6.780/2009, que aprovou a Política Nacional de Aviação Civil, expôs a orientação do Governo Federal acerca da situação: “A cooperação entre órgãos e entidades da administração pública e do setor privado deve ser incentivada de modo a assegurar a continuidade, regularidade e pontualidade do serviço de transporte aéreo”<sup>358</sup>.

Definida a política de governo, passou-se à implementação da desestatização<sup>359</sup> como

---

<sup>356</sup> MCKINSEY & COMPANY. **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**, p. 9. Rio de Janeiro: McKinsey & Company, 2010. Disponível em: [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario\\_executivo.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf). Acesso em 24/12/2016.

<sup>357</sup> Idem.

<sup>358</sup> BRASIL. Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009.

<sup>359</sup> Nos termos da do § 1º do art. 2º da Lei nº 9.491/1997: “Considera-se desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a **transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos**

forma de cooperação entre o setor público e o privado.

Embora não fosse novidade nos planos estadual e até municipal<sup>360</sup>, a delegação da infraestrutura aeroportuária ao setor privado pelo Governo Federal consiste em um fenômeno recente que remonta ao projeto pioneiro da concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND), por meio do Decreto nº 6.373/2008.

Com um modelo próprio de concessão de exploração, estipulado pelo Decreto nº 7.205/2010, o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante foi concedido em 2011.

Diante do êxito obtido com a concessão realizada, o Governo Federal empreendeu a concessão de outros 5 (cinco) aeroportos, divididos em 2 lotes. Para tanto, editou o Decreto nº 7.624/2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão.

No primeiro lote, de 2012, foram concedidos os aeroportos de Brasília, Viracopos e Guarulhos; no segundo, de 2013, Galeão e Confins.

Por uma decisão política, os editais de licitação dos dois lotes de concessão previram que a INFRAERO deveria figurar como acionista minoritária (49%) da Sociedade de Propósito Específico que passaria a administrar o aeroporto após a concessão.

Esse modelo de participação da INFRAERO, no entanto, deixou de ser utilizado na terceira rodada de leilões, que ocorreu em 16/03/2017. Nessa etapa, os aeroportos de Florianópolis, Fortaleza, Salvador e Porto Alegre foram concedidos integralmente à iniciativa privada.

## **2. CONTROLE CONCORRENCIAL DO PROCESSO DE CONCESSÃO DE AEROPORTOS**

A livre concorrência é um princípio constitucional que rege a ordem econômica, nos termos do art. 170, inciso IV, da Constituição Federal. A fim de garantir a incidência desse princípio nas relações econômicas, a própria Carta Magna determinou que a lei deve reprimir

---

**explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.** c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei” (Grifo nosso).

<sup>360</sup> Vale dizer que “é pouco conhecido o fato de que a concessão de aeroportos à iniciativa privada já existia antes das concessões federais ocorridas somente da década de 2010. Alguns Estados e até mesmo 1 Município, que administravam aeroportos da União por meio de convênio de delegação da administração aeroportuária, já haviam realizado licitações com vistas à concessão aeroportuária (...). Tais concessões foram realizadas pelos Estados da Bahia, Mato Grosso do Sul e Pernambuco e, na esfera municipal, de forma pioneira, pelo Município de Cabo Frio/RJ.” OSORIO, Fernando. **O direito aeroportuário e a privatização de aeroportos no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 83.

o abuso do poder econômico que almeje a dominação dos mercados, bem como a eliminação da concorrência (art. 173, § 4º).

Contudo, no âmbito dos serviços públicos, a tutela da concorrência deve ser interpretada de modo sistemático, uma vez que o Estado é o titular da prestação desses serviços<sup>361</sup>, consoante o art. 175 da Constituição Federal:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Diante dessa norma constitucional, cabe observar que o serviço público pode ser prestado exclusivamente pelo Estado, de maneira direta. Alternativamente, o Poder Público pode optar por prestar o serviço mediante concessão, por exemplo, desde que tal delegação seja precedida de licitação.

Na hipótese de delegação, não haverá liberdade plena do particular. Ao contrário, a sua atuação deverá obedecer a regras, entre outras, de política tarifária, de adequação aos direitos dos usuários, previstas pela Constituição e reguladas pela Lei nº 8.987/1995.

Portanto, por ordem constitucional, a decisão sobre abrir o mercado de serviços públicos à iniciativa privada e em qual medida fazê-lo é estritamente uma questão de política, de governo.

Nesse sentido, Eduardo Jordão esclarece que:

“A exclusão dos deveres relativos à competitividade, para o âmbito da regulação dos serviços públicos, é explícita. Primeiro, porque se permite ao Poder Público prestar diretamente o serviço, mesmo que monopolisticamente. Segundo, porque se lhe autoriza expressamente o controle das tarifas e o estabelecimento de regras cogentes relativas à qualidade do serviço. Terceiro, porque do Poder Público se *exige* que controle a entrada nos mercados correspondentes a estes serviços. Note-se que, no tocante ao controle de entrada, a regra constitucional é até mesmo impositiva: se é serviço público, não está aberto à livre iniciativa dos operadores particulares. A prestação privada deste serviço dependerá de prévia concessão ou permissão do Poder Público. (...) A Constituição confere ao Poder Público (à União, aos Estados Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme as suas próprias competências) a *decisão política* de submeter ou não a prestação dos serviços públicos à racionalidade concorrencial, cabe-lhe ainda a decisão a propósito do grau e intensidade da competitividade que nele se estabelecer.”<sup>362</sup>

<sup>361</sup> A esse respeito, é importante salientar que os serviços de educação e saúde são livres à iniciativa privada, respeitadas as normas de regulação estatal (arts. 197, 199, 209, da Constituição Federal).

<sup>362</sup> JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 47-48. Em sentido diverso,

É por essa razão que é imune à tutela da concorrência a decisão política de manutenção da INFRAERO como acionista minoritária (49%) da Sociedade de Propósito Específico que passou a administrar os aeroportos após a concessão dos aeroportos de Brasília, Viracopos, Guarulhos, Galeão e Confins.

Contudo, no momento em que o Poder Público decide pela delegação do serviço público ao setor privado, é certo que deverá proceder à licitação, momento em que a tutela da concorrência deverá incidir. De fato, como ensina Calixto Salomão Filho: “os princípios concorrenciais são perfeitamente aplicáveis ao processo licitatório que antecede a concessão”.<sup>363</sup>

Desse modo, vale questionar quais são as autoridades competentes pela tutela da concorrência no processo de desestatização dos aeroportos e como essas autoridades se relacionam entre si.

### **3. AUTORIDADES RESPONSÁVEIS PELA TUTELA DA CONCORRÊNCIA NO PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO E SUAS ATRIBUIÇÕES**

#### **3.1. Poder concedente e o Conselho Nacional de Desestatização (CND): a definição das premissas básicas da concessão de aeroportos**

A delegação da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária à iniciativa privada consiste na concretização do Programa Nacional de Desestatização, regido pela Lei nº 9.491/1997. Entre os objetivos fundamentais desse programa, encontra-se o de ampliar a

---

Vitor Rhein Shirato entende que: “parece-nos infundada a invocação de uma inaplicabilidade das normas de direito da concorrência aos serviços públicos, na medida em que nem o regime de direito público tem o conteúdo que se lhe impõe (o qual, mencione-se, não encontra abrigo no direito positivo), nem a titularidade estatal predica qualquer forma de exclusividade que possa afastar as regras do direito da concorrência. Em nossa óptica, a resistência existente em se assegurar aos serviços públicos a incidência das normas do direito da concorrência é muito mais decorrente dos argumentos ideológicos (...). A partir do momento em que a Constituição Federal consagra a *livre concorrência como um princípio jurídico* (que, como dito, *prima facie*, não encontra limites) e, sobretudo, a partir do momento em que o regime constitucional dos serviços públicos não predica um afastamento *a priori* da livre iniciativa, nem muito menos qualquer forma de exclusividade em favor do Estado, não há razões para não se aplicar aos serviços públicos as regras regentes da livre concorrência. Muito ao contrário, a inexistência de restrições *a priori* da livre iniciativa com relação aos serviços públicos faz com que a aplicação do *princípio da livre concorrência* seja uma decorrência natural e obrigatória”. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149-150. Respeitada a posição divergente, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que “Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 46**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011.

<sup>363</sup> FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143. **Apud** JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51.

competitividade do setor privado. Vejamos:

“Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: (...)IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, **ampliando sua competitividade** e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; (...)” (Grifo nosso).

A desestatização é um processo complexo que envolve planejamento, estruturação do projeto, leilão e contratação<sup>364</sup>.

Compete ao Conselho Nacional de Desestatização (CND)<sup>365</sup> aprovar a modalidade operacional a ser aplicada a cada desestatização, bem como as condições aplicáveis às desestatizações (art. 6º, I, a, c, da Lei nº 9.491/1997). Nesse sentido, vale dizer que a concessão de serviços públicos é prevista como uma das modalidades operacionais possíveis de execução da desestatização (art. 4º, inc. VI, da Lei nº 9.491/1997).

No ordenamento jurídico nacional, é a Lei nº 8.987/1995 a responsável por regular as concessões de serviço público, em observância ao art. 175 da Constituição Federal.

O art. 29, inciso XI, da Lei nº 8.987/1995, estipula que ao poder concedente incumbe “incentivar a competitividade”. Além disso, em deferência ao princípio da livre concorrência, o art. 16 da mesma lei determina que: “A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada”.

No que concerne especificamente ao setor aéreo, é importante analisar o Decreto nº 7.624/2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão.

De acordo com esse diploma legal, o poder concedente está autorizado a estipular restrições quanto à obtenção e à exploração da concessão, a fim de preservar a concorrência entre aeródromos. Além disso, o mesmo Decreto autorizou a ANAC a restringir a propriedade cruzada entre empresas de transporte aéreo e as concessionárias de serviço público. Vejamos:

“Art. 15. A fim de assegurar as condições de concorrência, o poder concedente poderá estabelecer as seguintes restrições quanto à obtenção e à exploração da concessão, dentre outras, observadas as atribuições do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:

---

<sup>364</sup> BRASIL. Banco Nacional do Desenvolvimento. As etapas do processo de desestatização. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/infografico-etapas-desestatizacao>. Acesso em: 10/01/2017.

<sup>365</sup> O CND é composto pelos seguintes membros, de acordo com o art. 5º da Lei nº 9.491/1997: (i) Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, na qualidade de Presidente; (ii) Chefe da Casa Civil da Presidência da República; (iii) Ministro de Estado da Fazenda; (iv) Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão. Nas reuniões do CND, o BNDES terá um representante sem direito a voto (§ 3º art. 5º da Lei nº 9.491/1997).

I - regras destinadas a preservar a concorrência entre aeródromos;  
II - disposições para a atuação do concessionário na prestação de serviços auxiliares às empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo; e  
III - regras de atuação do concessionário relativas à cessão de áreas às empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo.  
Art. 16. A critério da ANAC, **poderá ser limitada a participação direta ou indireta de empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo no capital do concessionário, bem como a participação deste ou de seus sócios, direta ou indiretamente, no capital de empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo**” (Grifo nosso).

No que diz respeito à preservação da concorrência entre aeroportos, o Conselho Nacional de Desestatização, órgão superior de decisão do Programa Nacional de Desestatização, diretamente subordinado ao Presidente da República, aprovou a concessão dos dois primeiros lotes de concessão com uma importante determinação.

Nos termos da Resolução CND 11/2011, que aprovou a concessão dos aeroportos de Brasília, Viracopos, Guarulhos, estes aeroportos deveriam “ser concedidos para grupos econômicos distintos, conforme estabelecido no Edital de Concessão” (art. 1º, §1º).

Na mesma toada, a Resolução CND 15/2013, que aprovou a concessão dos aeroportos de Galeão e de Confins, também estipulou que: “Os referidos aeroportos deverão ser concedidos para grupos econômicos distintos, conforme estabelecido no Edital de Concessão”. Além disso, facultou à ANAC “estabelecer restrições à participação, de natureza regulatória e concorrencial” (art. 3º, caput e parágrafo único).

Portanto, como se vê, o poder concedente tem um importante papel a respeito da tutela da concorrência no processo de desestatização. Principalmente, no que concerne ao estabelecimento de normas fundamentais de política de governo acerca da modelagem da licitação.

Não fosse isso o bastante, a despeito da independência autárquica, vale pontuar que o art. 3º da Lei nº 11.182/2005 prevê que “A Anac, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a: (...) V – a aplicabilidade do instituto da concessão ou da permissão na exploração comercial de serviços aéreos”.

### **3.2. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC): a modelagem dos editais de concessão e o exercício da competência concorrencial**

De acordo com o art. 8º da Lei nº 11.182/2005, compete à ANAC conceder a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte:

“Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: (...) XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;”.

No que tange à tutela da concorrência, o art. 6º da Lei nº 11.182/2005 expressamente prevê que a ANAC deverá harmonizar suas ações nessa área com órgãos e entidades federais também competentes sobre a matéria. Vejamos:

“Art. 6º Com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais na área da defesa e promoção da concorrência, a ANAC celebrará convênios com os órgãos e entidades do Governo Federal, competentes sobre a matéria. Parágrafo único. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANAC tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades referidos no caput deste artigo, para que adotem as providências cabíveis.”

Na modelagem dos editais de licitação, a ANAC tem exercido a sua função regulatória e concorrencial ao estipular limitações à propriedade na concessão, bem como à participação societária de empresas aéreas.

### 3.2.1. Limitação de participação societária de empresas aéreas

Nos últimos editais de concessão lançados pela ANAC, a limitação da participação das empresas aéreas variou, conforme é possível observar na tabela abaixo:

**Tabela 1 – Dispositivos dos editais de concessão sobre a limitação de participação societária de empresas aéreas.**

	Disposição do edital
Edital 1/2011: Aeroporto São Gonçalo do Amarante. <sup>366</sup>	“3.14. As Empresas aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, não poderão participar deste Leilão isoladamente, sendo admitida a sua participação como membro de consórcio desde que observadas as seguintes condições: 3.14.1. participação máxima no Consórcio, considerando a consolidação das participações diretas e indiretas, limitada a <b>10% (dez por cento)</b> ; e 3.14.2. vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração da SPE, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria enquanto vigente o Contrato de Concessão.”
Edital 2/2011: Aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos. <sup>367</sup>	“3.17. É admitida a participação de Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das

<sup>366</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do leilão N° 01/2011.**

<sup>367</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do leilão N° 2/2011.**

	<p>Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas como membro de Consórcio, observadas as seguintes condições:</p> <p>3.17.1. participação máxima na Concessionária, considerando a consolidação das participações diretas e indiretas, limitada a <b>2% (dois por cento)</b>; e</p> <p>3.17.2. vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração do Acionista Privado e da Concessionária, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria enquanto vigente o Contrato de Concessão.”</p>
Edital 1/2013: Aeroportos de Galeão e Confins <sup>368</sup> .	<p>“3.21. As Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas não poderão participar deste Leilão isoladamente, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas.</p> <p>3.22. É admitida a participação de Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas como membro de Consórcio, observadas as disposições da presente cláusula.</p> <p>3.22.1. Uma ou mais Empresas Aéreas não poderão participar com mais de <b>4% (quatro por cento)</b> no Consórcio, considerada a soma de suas participações.</p> <p>3.22.2. Para fins do disposto no item 3.22.1 acima, serão consideradas, cumulativamente, a participação no consórcio de quaisquer das pessoas jurídicas mencionadas o item 3.22.”</p>
Edital 1/2016: Aeroportos de Porto Alegre, Salvador, Florianópolis e Fortaleza <sup>369</sup> .	<p>“3.18. É admitida a participação de Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas como membro de Consórcio, observadas as disposições do presente item.</p> <p>3.18.1. Uma ou mais Empresas Aéreas não poderão participar com mais de <b>2% (dois por cento)</b> no Consórcio, considerada a soma de suas participações.</p> <p>3.18.1.1 Para fins do disposto no item 3.18.1 acima, serão consideradas, cumulativamente, a participação no consórcio de quaisquer das pessoas jurídicas mencionadas no item 3.18.</p> <p>3.18.1.2 Caso o Operador Aeroportuário que atenda os requisitos de Habilitação Técnica previstos na Subseção IV da Seção V do Capítulo IV deste Edital se enquadre em uma das situações prevista no item 3.18, sua participação no Consórcio não será considerada para verificação do limite de que trata o item 3.18.1, sendo aplicáveis as regras específicas do Contrato de Concessão, exceto quando tal participação se der diretamente por meio da Empresa Aérea no Consórcio.”</p>

Fonte 1<sup>370</sup>

Essa limitação da propriedade cruzada de empresas aéreas e concessionárias de infraestrutura aeroportuária tem como finalidade a preservação da competição entre as empresas aéreas, de modo a evitar condutas desleais no mercado da aviação civil.

A esse respeito, Rafael Chambarelli explica que:

<sup>368</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do leilão N° 01/2013**.

<sup>369</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do leilão N° 01/2016**.

<sup>370</sup> Elaboração própria a partir dos editais citados (Grifo nosso).

“A influência relevante na operação de aeroportos centrais por uma companhia aérea traduzir-se-ia em um incentivo perverso à prática de concorrência desleal, por meio da restrição de acesso das empresas concorrentes à infraestrutura do aeroporto. Sem risco de incorrer em exagero, pode-se afirmar que o principal ativo de uma companhia aérea é o aeroporto, ou seja, um dos principais fatores de vantagem competitiva de uma companhia aérea em um dado mercado são os horários de voos a elas disponibilizados nos aeroportos. (...) A imposição de limites à participação das companhias aéreas afigurou-se, portanto, como mais uma medida tomada com o fito em garantir a concorrência nos serviços públicos, por meio da separação entre o gestor da infraestrutura e o efetivo prestador do transporte aéreo.”<sup>371</sup>

Portanto, bem se vê que a restrição à participação das empresas aéreas consiste em uma manifestação da tutela da concorrência promovida pela ANAC.

### 3.2.2. Limitação de propriedade na concessão

Na modelagem das licitações, a ANAC também reservou especial atenção à limitação de propriedade cruzada nas concessões, a fim de garantir a concorrência entre os aeroportos e “estimular a entrada de um maior número possível de operadores aeroportuários no país, visando à geração de benchmarking a respeito das melhores práticas de gestão aeroportuária”<sup>372</sup>.

A competição entre aeroportos ocorre por diferentes formas, a saber: (i) competição por tráfego de conexão (doméstico e internacional), (ii) competição por tráfego de carga, (iii) competição por destino, (iv) competição por contratos, (v) competição por local compartilhado.<sup>373</sup>

Nesse contexto, a opção pela limitação da propriedade cruzada decorreu de um estudo internacional sobre as melhores práticas de desestatização. Nesse sentido, o Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República esclarece que:

“A experiência internacional examinada demonstrou que essa preocupação não é desarrazoada no caso das concessões aeroportuárias. Conforme mostrou o processo

---

<sup>371</sup> CHAMBRARELLI, Rafael Lopes. “A concessão da infraestrutura aeroportuária: construção do modelo brasileiro”. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coords.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 337.

<sup>372</sup> BRASIL. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 21/DER/SPR/SAC-PR**, p. 33. Disponível em: <http://www.aviacao.gov.br/assuntos/concessoes-de-aeroportos/novas-concessoes/nota-tecnica-no-021-derc-spr-sac-pr-possiveis-restricoes-a-participacao-de-agentes-privados-nas-concessoes.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

<sup>373</sup> BRASIL. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 21/DER/SPR/SAC-PR**, p. 3. Disponível em: <http://www.aviacao.gov.br/assuntos/concessoes-de-aeroportos/novas-concessoes/nota-tecnica-no-021-derc-spr-sac-pr-possiveis-restricoes-a-participacao-de-agentes-privados-nas-concessoes.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

de privatização britânico, a despreocupação inicial com a propriedade comum de diversos aeroportos levou a um problema de subinvestimento e de dificuldade da ação regulatória por parte do Estado, causados tanto pela falta de concorrência entre os diferentes ativos como pela ausência de informações independentes para serem utilizadas pelo órgão regulador.

Já no caso mexicano, e especialmente no australiano, a restrição à participação cruzada entre os principais aeroportos propiciou a introdução de um sistema com maiores incentivos à concorrência e que permite a comparação de cada um dos diferentes operadores em termos de qualidade de serviço e eficiência.”<sup>374</sup>

Assim, ciente da importância da promoção da competição entre aeródromos, a ANAC previu regras restritivas acerca da participação cruzada entre aeroportos nos editais que se seguiram à concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante. Vejamos:

**Tabela 2 – Dispositivos dos editais de concessão sobre limitação de propriedade na concessão.**

	Disposição do edital
Edital 2/2011: Aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos. <sup>375</sup>	<p>“3.2. Não será permitida a participação de membro consorciado, suas Coligadas, Controladas, Controladora, ou sob controle comum, em mais de um Consórcio, ainda que com participações ou membros distintos entre si, ou isoladamente, ainda que relativo à proposta para outro Aeroporto.</p> <p>3.3. Uma mesma entidade, suas Controladoras, Controladas, Coligadas, ou entidades sob controle comum, isoladamente ou em Consórcio, somente poderão ser vencedoras de um dos Aeroportos objeto deste Edital, devendo observar as regras aplicáveis ao Leilão.”</p>
Edital 1/2013: Aeroportos de Galeão e Confins <sup>376</sup> .	<p>“3.18. Os acionistas dos Acionistas Privados das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária federal definidas pelo Leilão nº 2/2011, suas Controladoras, Controladas e Coligadas não poderão participar deste Leilão isoladamente, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas dos referidos acionistas.</p> <p>3.19. É admitida a participação dos acionistas dos Acionistas Privados das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária federal definidas pelo Leilão nº 2/2011, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas dos referidos acionistas como membro de Consórcio, observadas as disposições da presente cláusula.</p> <p>3.19.1. Um ou mais dos referidos acionistas não poderão ter participação igual ou superior a 15% (quinze por cento) do Consórcio, considerada a soma de suas participações.</p> <p>3.19.2. Para fins do disposto no item 3.19.1 acima, serão consideradas cumulativamente, a participação</p>

<sup>374</sup> **Idem**, p. 53.

<sup>375</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. EDITAL DO LEILÃO Nº 2/2011.

<sup>376</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. EDITAL DO LEILÃO Nº 01/2013.

	<p>no Consórcio de quaisquer das pessoas jurídicas mencionadas no item 3.19.</p> <p>3.20. Em qualquer hipótese, a participação das entidades indicadas no item 3.18 estará sujeita à vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração do Acionista Privado e da Concessionária, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria.”</p>
<p>Edital 1/2016: Aeroportos de Porto Alegre, Salvador, Florianópolis e Fortaleza<sup>377</sup>.</p>	<p>“3.2. Não será permitida a participação de membro consorciado, suas Coligadas, Controladas, Controladora, ou sob controle comum, em mais de um Consórcio, ainda que com participações ou membros distintos entre si, ou isoladamente, ainda que relativo à proposta para outro Aeroporto.</p> <p>3.3. Uma mesma entidade, suas Controladoras, Controladas, Coligadas, ou entidades sob controle comum, isoladamente ou em Consórcio, somente poderão ser vencedoras de até dois dos Aeroportos objeto deste Edital, devendo observar as regras aplicáveis ao Leilão, em especial o disposto no item 5.25.</p> <p>(...)</p> <p>5.25. Só poderá ser adjudicado um único Aeroporto de cada Região Geográfica por Proponente.”</p>

Fonte 2<sup>378</sup>

Vale dizer que a restrição de participação nas concessões, longe de embaraçar a livre concorrência, mostrou, para o regulador, ser um meio profícuo de garantir a eficácia desse princípio da ordem econômica.

Especificamente a respeito das limitações de participação de vencedores da licitação da concessão do aeroporto de Guarulhos (Edital 2/2011) no processo de desestatização do aeroporto do Galeão (Edital 1/2013, vide itens 3.18 e seguintes supra), o Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República observou, em 2013, que:

“Esses dois aeroportos são responsáveis por, atualmente, 84% do tráfego internacional de passageiros no país, o que denota uma estrutura extremamente concentrada no mercado internacional de aviação civil brasileiro. Logo, a permissão de que os sócios da concessão de Guarulhos detenham também participação relevante nas decisões e acesso as (sic) informações relevantes do aeroporto de Galeão significaria consentir que uma única empresa privada acumulasse mais de 80% de um mercado de importância significativa para a sociedade brasileira.”<sup>379</sup>

<sup>377</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. EDITAL DO LEILÃO Nº 01/2016.

<sup>378</sup> Elaboração própria partir dos editais citados.

<sup>379</sup> BRASIL. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 33/DER/SPR/SAC-PR**, p. 60.

A esse respeito, Marcos Juruena Villela Souto é preciso ao dizer que:

“O objetivo dos programas de desestatização não é transformar monopólios públicos em monopólios privados, buscando-se, com este processo de transferência de competências para a iniciativa privada, uma eficiência e uma agilidade que o setor público não tem. O meio natural de obtenção deste resultado é através da competição, oferecendo aos consumidores de bens e serviços públicos opções de escolha de preço e qualidade que não estão disponíveis em situações de monopólio.”<sup>380</sup>

Diante do exposto, observa-se que a ANAC vem desempenhando a sua competência concorrencial no desenho dos editais de licitação.

### **3.3. Tribunal de Contas da União (TCU): a função de controle externo da administração pública e a análise de editais de concessão dos aeroportos de Galeão/RJ e Confins/MG**

O TCU é o órgão que auxilia<sup>381</sup> o Congresso Nacional a realizar o controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta no que concerne à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas (art. 70 c/c 71 da CF).

A fiscalização dos processos de desestatização fundamenta-se na Instrução Normativa nº 27/1998 do TCU, segundo a qual:

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes.”

No âmbito da concessão de aeroportos, a atuação do TCU se destacou diante da análise prévia do Edital de licitação dos aeroportos do Galeão e Confins.

Duas questões principais chamaram a atenção da Corte Federal de Contas: (i) a limitação de participação de acionistas vencedores do edital de concessão anterior, prevista pela ANAC e (ii) o requisito de experiência prévia em processamento de passageiros, determinado pela

---

<sup>380</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 493.

<sup>381</sup> Apesar da utilização do termo “auxílio” pela Constituição, o STF já se manifestou no sentido de que: “Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4190 MC-REF**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJE-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-02 PP-00313 RTJ VOL-00213-01 PP-00436 RT v. 100, n. 911, 2011, p. 379-404.

Resolução nº 2/2013 do Conselho Nacional de Desestatização, segundo a qual: “O operador aeroportuário deverá comprovar experiência prévia no processamento mínimo de 35 milhões de passageiros anuais em um único aeroporto”.

Em um primeiro momento, o TCU, por meio do Acórdão nº 2466/2013-Plenário, entendeu que as duas limitações da competitividade do certame careceriam de justificativa adequada. Desse modo, resolveu:

“condicionar a publicação do respectivo edital à adoção das seguintes providências pelo Conselho Nacional de Desestatização, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e pela Agência Nacional de Aviação Civil:  
9.2.1. em observância aos princípios da motivação, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, 14 da Lei 8.987/1995, 3º e 30 da Lei 8.666/1993 e à súmula TCU 263/2011, inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (além daqueles constantes da Nota Técnica 001/DERC/DEOUT/SPR/SAC-PR) da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.”

Prestados os esclarecimentos pelas autoridades competentes, o TCU, na oportunidade do Acórdão nº 2666/2013, considerou justificável a limitação de participação de acionistas de concessionárias no futuro certame, mas rechaçou os fundamentos apresentados acerca da habilitação técnica dos licitantes. Nos termos do referido acórdão, o TCU decidiu:

“9.1. considerar que os fundamentos legais e técnicos incluídos no processo de concessão sob apreciação, em face da determinação contida no item 9.2.1 do acórdão 2.466/2013 – Plenário, relativamente à restrição à participação dos atuais concessionários de serviços públicos de infraestrutura aeroportuária no leilão de concessão dos aeroportos de Galeão/RJ e Confins/MG, são consistentes, embasam e justificam, técnica e juridicamente, a decisão do poder concedente em proceder à referida exigência;  
9.2. considerar que os fundamentos legais e técnicos incluídos no processo de concessão sob apreciação, em face da determinação contida no item 9.2.1 do acórdão 2.466/2013 – Plenário, relativamente à exigência de demonstração de qualificação técnica em termos de processamento de passageiros, nos volumes estabelecidos no parágrafo único do art. 6º da Resolução CND 2/2013, não são consistentes, não embasam nem justificam, técnica e juridicamente, a decisão do poder concedente em proceder à referida exigência.”

A respeito da qualificação técnica, o TCU recomendou ao Conselho Nacional de Desestatização, à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e à Agência Nacional de Aviação Civil:

“9.3.1. previamente à publicação do edital para concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins, desenvolvam estudos técnicos necessários e suficientes para definir os critérios para comprovação de qualificação técnica do operador aeroportuário, restringindo as exigências editalícias ao que for devidamente fundamentado por esses estudos, submetendo-as, acompanhadas de seus fundamentos, à apreciação do TCU; ou  
9.3.2. restrinjam as exigências editalícias relativas à comprovação de qualificação técnica do operador aeroportuário, de forma que a exigência de processamento de passageiros não ultrapasse os valores projetados para o fluxo de passageiros, no exercício de 2014 (data de início prevista para a concessão), em cada um dos aeroportos sob processo de concessão;”.

Diante da recomendação do TCU, o Conselho Nacional de Desestatização resolveu alterar os requisitos da habilitação técnica em prestígio da competitividade do processo licitatório, como observam Jéssica Acocella e Juliana Rangel:

“com vistas a atender às recomendações do TCU, dada a pendência de fundamentação suficiente e razoável relativa à exigência de comprovação de experiência prévia do consórcio licitante na operação de aeródromos, o governo federal, por meio do Conselho Nacional de Desestatização, editou a Resolução CND 15/2013, de 2 de outubro de 2013, a qual, entre outras disposições, alterou, em seu Artigo 11, o parágrafo único do Artigo 6º da Resolução CND 02/2013, de modo a reduzir os quantitativos exigidos de processamento de passageiros anuais em um único aeroporto para 22 milhões e 12 milhões, aplicáveis, respectivamente, à concessão do aeroporto do Galeão e do aeroporto de Confins. Tal previsão, ao reduzir o quantitativo de movimentação anual de passageiros para fins de comprovação da capacidade técnica do consórcio licitante, buscou seguir as orientações do TCU, com o objetivo, portanto, de aumentar a competitividade no certame.”<sup>382</sup>

Ainda que se possa questionar os limites de atuação do TCU sobre técnica e política das decisões envolvidas em um processo de desestatização<sup>383</sup>, é certo que o órgão vem contribuindo para que as autoridades responsáveis pela licitação sejam transparentes em relação aos fundamentos das restrições à competitividade<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup> ACOCELLA, Jéssica. RANGEL, Juliana Cabral Coelho. **O papel regulatório e de fomento das licitações públicas**. Revista do BNDES nº 40, p. 297. Disponível em: [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf). Acesso em: 18/01/2017.

<sup>383</sup> Acerca da relação entre o TCU e as agências reguladoras, Luís Roberto Barroso assevera que: “Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o [Tribunal de Contas] autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características de uma Agência Reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço a ele reservado pela Constituição e pelas leis. (...) É fora de dúvida, assim, que o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade-fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da separação de Poderes. Logo, não pode o Tribunal de Contas, por exemplo, questionar decisões político-administrativas das agências reguladoras, tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela agência ou por concessionário, que especifiquem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual”. BARROSO, Luís Roberto. “Apontamentos sobre as agências reguladoras”. In: MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129-130.

<sup>384</sup> Conforme consta do Relatório do Acórdão do TCU nº 2666/2013-Plenário, não cabe à Corte Federal de Contas “substituir a Agência em seu conhecimento técnico, até porque é entendimento nesta Corte de que, no controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas (v. voto do Min. Benjamin Zymler no Acórdão 2.023/2004-TCU-Plenário e voto do Min. José Múcio no Acórdão 2.241/2013-TCU-Plenário).” A respeito dos limites de

De todo modo, como pôde ser observado, o TCU, em suas decisões, não questionou em si as restrições à competição, mas se ateve à falta de correlação entre essas restrições e suas respectivas justificativas (ou a ausência delas). Mesmo assim, é necessário observar que a ausência de limites claros acerca da competência do TCU sobre atos regulatórios, especialmente no que concerne à tutela da concorrência em editais de concessão, conduz a uma situação de indesejável insegurança jurídica, seja para as autoridades públicas envolvidas na modelagem da desestatização, seja para os agentes privados interessados em participar da licitação.

### **3.4. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos do art. 3º da Lei nº 12.529/2011, é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda.

#### **3.4.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é a autarquia federal responsável pela análise prévia dos atos de concentração e a punição das infrações à ordem econômica, consoante determinação do art. 4º da Lei nº 12.529/2011<sup>385</sup>.

Nos próximos tópicos, será analisada a competência do CADE no processo de desestatização de aeroportos, relativamente ao controle prévio à desestatização.

##### **3.4.1.A. Controle prévio à desestatização de aeroportos**

###### **3.4.1.A.i. O controle sobre normas e decisões regulatórias**

Diferente da missão constitucional do TCU, o CADE não realiza o controle externo da administração pública e sua competência restringe-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”, nos termos do art. 31 da Lei nº 12.529/2011.

---

atuação do TCU, ver: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites”. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público/Direito GV/Malheiros Editores, 2013, p. 182-185.

<sup>385</sup> “Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.”

Nesse sentido, Patrícia Sampaio explica que “a competência do CADE para impor decisões a pessoas jurídicas de direito público limita-se às situações em que essas atuem como agentes econômicos, como ocorre, por vezes, com algumas autarquias que prestam serviços públicos econômicos (...)”<sup>386</sup>. Desse modo, a lei não confere ao CADE competência “para rever atos normativos e decisórios das agências reguladoras no exercício de suas competências legalmente atribuídas”<sup>387</sup>.

Com efeito, ainda acerca da conformidade concorrencial das regras setoriais, vale citar a posição de Alexandre dos Santos Aragão. Segundo o doutrinador, o controle do CADE sobre essas normas poderia afetar a própria organização administrativa. Vejamos:

“Ainda quando se considera que a regra setorial violou o direito da concorrência, aplicável em todas as esferas federativas, o seu *enforcement* será mais efetivo através de mecanismos processuais civis do que por atos administrativos do CADE, cuja própria jurisprudência tem reconhecido que nesses casos, ainda mais se tratando de serviço público estadual ou municipal, não tem poder de anulação direta do ato considerado lesivo à concorrência, podendo apenas solicitar ao órgão regulador, ao Ministério Público, ao Judiciário ou ao próprio poder concedente, a adoção das providências necessárias à preservação da competição. Do contrário, basta imaginarmos o quão desvirtuador do princípio federativo, da hierarquia das fontes do direito, dos princípios de harmonia da organização administrativa e da independência das agências reguladoras seria se o CADE pudesse, ainda que em uma correta aplicação do direito concorrencial, suspender uma licitação, anular uma resolução de agência ou declarar a nulidade de uma lei estadual que sem razoabilidade restringisse a concorrência.”<sup>388</sup>

Na linha do que foi explicitado acima, Caio Mário da Silva Pereira Neto e José Inácio F.A. Prado Filho lembram que o CADE segue orientação institucional de deferência aos entes públicos, notadamente quando analisa processos de desestatização.

No âmbito do julgamento de um Ato de Concentração (AC nº 08012.005516/2011-11) no mercado de gás canalizado (serviço público estadual), os autores observaram que:

“o caso que envolve a concessionária de Goiás (i.e., Goiásgás) levou o Conselheiro Cleveland Prates a sugerir que o CADE deveria ter uma postura mais forte de advocacia da concorrência, incluindo uma participação ativa na modelagem de certos projetos de concessão, **apesar de reconhecer que o Conselho não poderia revisar a regulamentação do Estado de Goiás sobre os serviços públicos de gás**

---

<sup>386</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 349-350.

<sup>387</sup> Idem.

<sup>388</sup> ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 472. Nesse sentido, ver também: FRANCESQUINI, José Inácio & BAGNOLI, Vicente. **Direito Concorrencial**. Tratado de Direito Empresarial. VII. Coordenação: Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 281: “Ao Cade, assim, é vedado intervir junto a órgão regulador para que este altere normativo por expedido no exercício de sua competência legal. (...) Pela mesma razão, não tem o Cade competência para interferir em processos licitatórios ou regras de concorrências públicas. No máximo, pode formular comentários ou sugestões, no exercício da advocacia da concorrência.”

**canalizado**<sup>389</sup> (Grifo nosso).

Fernando Herren Aguillar, contudo, mostra-se crítico em relação à legislação vigente, especificamente sobre o papel do CADE no processo de desestatização. Isso porque, para o autor:

“O Cade deve, assim, prevenir e sancionar qualquer conduta ou ato que desprestige o princípio constitucional da livre concorrência. Não cabe necessariamente ao Executivo determinar o que é e o que não é desrespeito à livre concorrência, inclusive porque ele próprio pode incidir nas restrições legais. Porém, esta tem sido a opção da legislação vigente quanto à autonomia dos órgãos de repressão ao abuso do poder econômico. É necessário desenvolver mecanismos alternativos de defesa da concorrência, em que outros atores intervenham, diluindo por um lado a responsabilidade do Executivo na matéria, e permitindo que novos interesses sejam agregados no processo decisório, especialmente se se tratar de política de desestatização. É que controlador e controlado acabam sendo os mesmos, o que perverte a lógica do controle.”<sup>390</sup>

Em sentido oposto, Marcos Juruena Villela Souto defende a prevalência da decisão estratégica do Estado quanto à desestatização sobre o juízo técnico do CADE. Nas palavras de Marcos Jurena:

“Ocorre que o juízo do CADE é técnico e não pode se sobrepor às decisões políticas ligadas aos processos de desestatização, que têm em mira a correção da posição estratégica do Estado no domínio econômico, o equacionamento da dívida pública e o fortalecimento da iniciativa privada e do mercado de capitais. Os atos que decidem acerca da necessidade da desestatização e aprovam a modelagem do procedimento de transferência de competências para a iniciativa privada, como atos administrativos que são, já são dotados de presunção de legitimidade e legalidade, não havendo previsão, na legislação de Desestatização, da participação do CADE no processo.”<sup>391</sup>

Diante do exposto, embora o CADE não tenha competência para anular regulação estatal em desacordo com a Lei nº 12.529/2011, a autarquia pode fazer uso da advocacia da

---

<sup>389</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva & PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. “Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE.” In: *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 30, fev. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59453/57845>>. Acesso em: 19/01/2017.

<sup>390</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 331.

<sup>391</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 489.

concorrência<sup>392</sup> (v.g., art. 9, inc. XIV, da Lei nº 12.529/2011<sup>393</sup>) para que essa lei tenha eficácia no âmbito do processo de desestatização, ainda que para isso seja necessário ingressar em juízo (art. 9º, inc. XIII, da Lei nº 12.529/2011).<sup>394</sup>

### 3.4.1.A.ii. O controle da estrutura e a controvérsia sobre os consórcios destinados à participação de licitações públicas

No que concerne aos atos de concentração (ACs) voltados ao processo de desestatização, é necessário observar que a Lei nº 12.529/2011 determina que:

“Art. 89. (...) Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: (...) Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”

A respeito das duas hipóteses colhidas dos artigos citados, Fernando Herren Aguillar esclarece que:

“a) a primeira diz que o Cade regulará a análise prévia – portanto necessária – de um AC em que este decorrerá da futura e incerta aquisição de ações por meio de oferta pública. São hipóteses em que se pretende adquirir ações de empresa pública ou privada, em certames públicos ou privados, mas que envolvam necessariamente a oferta de títulos. Uma dessas hipóteses é seguramente a de processo de privatização de empresa pública, prestadora de serviço público ou não;

b) a segunda corresponde a uma não caracterização como AC de operação associativa entre empresas (formação de sociedade, consórcio ou *joint venture*), se o seu objetivo for o de participar em licitação pública. Está claro que esta dispensa de submissão da operação ao Cade não se aplica nas licitações públicas em que o objetivo for o de venda de ações de empresas estatal, por exemplo (hipótese “a”).”<sup>395</sup>

<sup>392</sup> Conforme ensina Eduardo Jordão: “O termo advocacia da concorrência (derivado do inglês, *competition advocacy*) é utilizado para referir às ações empreendidas (em geral) pelas entidades de defesa da concorrência para divulgar a filosofia concorrencial. Revela-se sob as mais distintas formas, desde atuações informais como correspondências, divulgação de estudos e pronunciamentos em fóruns, congressos e seminários, até ações mais formais, como a participação no processo decisório de alguma agência reguladora ou a intervenção em processos judiciais como *amicus curiae*. Seu objetivo é duplo: (i) difundir na sociedade os valores relacionados à competitividade; e (ii) persuadir entidades governamentais a atuarem de modo amigável aos princípios da concorrência e evitarem medidas que lhes sejam desnecessariamente lesivas. Neste segundo caso, a ideia é fazer valer a experiência e a especialização da entidade em questões ligadas à defesa da concorrência, ajudando os agentes políticos a entender o impacto econômico de suas decisões, antes de as promoverem. É cogitável, afinal, que tal impacto sejam desnecessário para a consecução dos fins públicos visados, que se poderiam realizar por vias menos prejudiciais à concorrência.” JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 120-121.

<sup>393</sup> “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;”.

<sup>394</sup> “Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;”.

<sup>395</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5 ed. – São Paulo:

No caso da desestatização dos aeroportos, nenhum dos consórcios vencedores das concessões tiveram que se submeter ao crivo do CADE, tendo em vista que essa forma associativa passou a ser imune ao controle estrutural<sup>396</sup>.

A fim de realizar um aprofundamento crítico sobre essa situação, vale trazer à colação trecho da obra de Calixto Salomão Filho:

“(…) os princípios concorrencias são perfeitamente aplicáveis ao processo licitatório que antecede a concessão. Isso porque a lei não prevê expressamente a exclusão de dos princípios concorrenciais, nem controla variáveis fundamentais para a estratégia da empresa. Em virtude disso, os candidatos à concessão ou permissão deverão ter seus atos submetidos à apreciação da autoridade antitruste. Cite-se, a título de exemplo, **um consórcio entre dois ou mais agentes de mercado para concorrem conjuntamente na licitação. Essa operação deve ser submetida ao controle prévio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pois há risco evidente de limitação à concorrência no processo licitatório**”<sup>397</sup> (Grifo nosso).

Como se vê, o proeminente doutrinador demonstrava, há muito tempo, ressalvas em relação aos consórcios. Nessa passagem, o autor se referia à Lei nº 8.884/1994, a qual não conferia imunidade aos consórcios destinados à participação de licitação.

De fato, não obstante a atual redação legal, é importante ponderar que os consórcios podem ter efeitos pró-competitivo; mas, ao revés, podem apresentar natureza não competitiva

---

Atlas, 2016, p. 328.

<sup>396</sup> A respeito da imunidade prevista no parágrafo único do art. 90 da Lei nº 12.529/2011: “Durante a tramitação legislativa, o fundamento para tal redação constou do Parecer preparado pelo Senador Francisco Dornelles, relator na Comissão de Serviços de Infraestrutura, em 30.11.2012, nos seguintes termos: “A alteração da redação dada ao inciso IV do art. 90, por sua vez, é medida salutar, porque não se deve exigir a apresentação ao CADE de certo tipo de contrato associativo, caracterizado como consórcio constituído para a realização de empreendimento específico, com prazo determinado e comumente utilizado para a participação de empresas em licitações, já que tal consórcio lida com prazos para habilitação e julgamento de propostas bem inferiores aos necessários para que o CADE autorize a operação. Por sua vez, as transações ou negociações com ações, quotas ou outros títulos, ainda que realizadas em caráter temporário e para fins de revenda, devem ser submetidas à apreciação do CADE, porquanto têm o potencial de alterar as relações de concorrência nos mercados relevantes considerados”. Apesar de sucinto, não se deixa de entrever uma certa deferência à Administração Pública, por conta dos alegados curtos prazos para habilitação e julgamento de propostas em licitações. Mas a justificativa parece fazer pouco sentido, uma vez que essa dificuldade já havia sido resolvida pelo CADE na vigência da revogada Lei n. 8.884/94, por meio da Súmula n. 03/2007, ao menos no que tange a contratos de concessão, ao determinar a notificação da operação apenas após encerrada e adjudicada a licitação (cf. o enunciado desta súmula: “Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão”). Uma segunda ordem de justificativas ao texto positivado seria mais bem construída com base em outro fundamento: caberia ao Poder Público licitante ponderar e balancear, nas regras editalícias e na condução do certame, entre os impactos concorrenciais da sua contratação e as necessidades do interesse público diretamente emergentes da atividade administrativa sob licitação. De qualquer forma, a regra ainda é recente, não tendo sido discutida pelo CADE, de forma que a amplitude de sua interpretação pelo CADE ainda está em aberto”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. “Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE”. In: **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 33, fev. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59453/57845>>. Acesso em: 19/01/2017.

<sup>397</sup> FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143. **Apud** JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51.

(como alertou Calixto Salomão) a depender do caso.

Conforme pontuou a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, na Portaria SDE nº 51/2009, que trata de possíveis infrações concorrenciais em licitações:

“23. A constituição de consórcios para o desenvolvimento de projetos contratados por meio de licitações (principalmente envolvendo obras públicas e projetos de infraestrutura) pode ter tanto efeitos pró-competitivos quanto anti-competitivos.

24. Por um lado, o consórcio pode permitir a participação de pequenas empresas em contratações que, se não fosse pela oferta em conjunto, não lhes seria possível participar, por não disporem de recursos financeiros, técnicos ou humanos suficientes se consideradas individualmente. Assim, esse tipo de consórcio permite que um maior número de propostas sejam apresentadas ao contratante público. Por outro lado, empresas com condições de participarem sozinhas da licitação podem formar consórcios com o objetivo de eliminarem a concorrência entre si, o que possui caráter nitidamente anticoncorrencial.

25. Tais aspectos são reconhecidos pelas autoridades de defesa da concorrência. A OCDE, em documento que consolida a opinião das autoridades de defesa da concorrência de diversos países, afirma: “A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permitir que empresas que não têm condições de fornecer produtos complementares se juntem com outras empresas para então fornecer de forma conjunta tais produtos complementares. (...) Por outro lado, quando empresas concorrentes apresentam ofertas de maneira conjunta, isso geralmente diminui a concorrência, já que o consórcio diminui o número de participantes. Esse assim chamado efeito de diminuição de concorrência promove ofertas menos agressivas e conseqüentemente efeitos negativos na concorrência. (Tradução livre – grifo no original).”<sup>398</sup>

Diante dessas considerações e do atual cenário legislativo, reforça-se a necessidade de interlocução entre as autoridades que tutelam a concorrência, já que, mormente quando se trata de admissão de consórcio na licitação: “as questões concorrenciais relevantes deveriam estar definidas no próprio edital de licitação”.<sup>399</sup>

Noutro giro, ao largo da imunidade de consórcios destinados a licitações públicas, é interessante notar que o controle prévio do CADE sobre o processo de desestatização pode ocorrer nos termos do que preconiza o parágrafo único do art. 89 da Lei nº 12.529/2011, ainda não regulamentado pela autarquia.

Tal situação, contudo, importa cautela dos participantes da licitação e aumenta o custo regulatório do processo, tendo em vista o condicionamento da conclusão do ato de concentração à chancela do CADE.

Além disso, eventual restrição imposta pelo CADE poderia suscitar questionamentos de diversas óticas, que poderiam ir desde a competência da autarquia para restringir a

<sup>398</sup> BRASIL. Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Portaria SDE nº 51/2009**, p.8-9.

<sup>399</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 356.

desestatização até o desencadeamento de pleitos de alteração de proposta da licitação ou mesmo desistência dos vencedores, tendo em vista eventual impacto provocado pelas restrições estruturais (por exemplo, desinvestimento) ou comportamentais (estipulação de regras de conduta do concessionário em favor da concorrência).

### **3.4.1.A.iii. O controle da conduta e o combate a cartéis nas licitações públicas**

No que concerne ao controle de conduta pelo CADE no âmbito do processo de desestatização, vale destacar que a autarquia visa combater apenas as infrações antitrustes (art. 36<sup>400</sup> e seguintes da Lei nº 12.529/2011), não se estendendo a sua competência punitiva a uma análise geral da regularidade do procedimento licitatório.

Conforme ensinam José Inácio Gonzaga Franceschini e Vicente Bagnoli:

“Fraudes em licitação pública igualmente refogem ao âmbito das competências do Cade, incluída que (sic) rol de atribuições do Tribunal de Contas da União – TCU, ainda que os fatos possam eventualmente frustrar o caráter competitivo dos certames licitatórios, posto não lhe caber executar a Lei de Concorrências Públicas (Lei 8.666, de 21.06.1993). Assim, em tema de licitações públicas, a competência (sic) Cade no exame de condutas restringe-se a identificar e eventualmente punir atos que se revelem nocivos à ordem concorrencial, não se confundindo com a análise feita pelos órgãos de controle interno e externo e o Poder Judiciário acerca de outras questões de legalidade administrativa.”<sup>401</sup>

Acerca da competitividade dos certames públicos e o enfoque concorrencial, a extinta SDE concluiu com clareza que:

“3. A competitividade é a possibilidade de participação do maior número possível de fornecedores na licitação e a efetiva rivalidade entre os participantes. A restrição à competitividade dos certames pode ter duas origens principais: (i) ato de órgão da Administração; ou (ii) conduta de agente econômico – por meio de seu representante – ou associação de classe. Exemplos do primeiro tipo são os casos de imposição de requisitos de participação excessivamente restritivos ou que beneficiem injustificadamente determinados fornecedores (e.g. direcionamento de editais). Já o conluio entre licitantes (ou cartel) é o principal exemplo do segundo tipo. A legislação de licitações busca, primordialmente, impedir o primeiro tipo de restrição, ao passo que a legislação concorrencial cuida precipuamente do segundo tipo.”<sup>402</sup>

---

<sup>400</sup> “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

<sup>401</sup> FRANCESQUINI, José Inácio & BAGNOLI, Vicente. **Direito Concorrencial**. Tratado de Direito Empresarial. VII. Coordenação: Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 282.

<sup>402</sup> BRASIL. Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Portaria SDE nº 51/2009**, p.3.

No que concerne ao enfoque concorrencial da proteção da competitividade nas licitações públicas, vale destacar que o art. 36, *caput*, c/c § 3º, inciso I, do mesmo artigo da Lei nº 12.529/2011 dispõem que o cartel configura infração da ordem econômica, na medida em que é sancionável a conduta de:

“acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) **preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;**” (Grifo nosso)<sup>403</sup>.

Até o momento, não se tem notícia de prática de cartel no processo de concessão dos aeroportos; contudo, caso seja detectada essa infração (ou qualquer outra que afete a ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/2011), o CADE poderá atuar para punir os envolvidos na conduta lesiva à concorrência.

### **3.4.2. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE): o foco na advocacia da concorrência e a contribuição aos editais de concessão**

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) tem como função precípua atuar na advocacia da concorrência, nos termos do art. 19 da Lei nº 12.529/2011. Nessa função, destacam-se as atividades consultivas e optativas, como vemos a seguir:

---

<sup>403</sup> Nas contratações públicas, existem quatro esquemas principais de cartéis em licitação, a seguir listados: “Propostas Fictícias ou de Cobertura. As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes. Supressão de propostas. Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final. Propostas Rotativas ou Rodízio. Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho. Divisão do Mercado. Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel”. **Idem**, p. 6.

“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.”

No que diz respeito ao processo de desestatização, é importante ressaltar a atribuição da Subsecretaria de Regulação e Infraestrutura da SEAE, a qual, consoante art. 29-B, inciso I, do Decreto nº 7.482/2011, é responsável por:

“I - acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos Ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins, manifestando-se, entre outros aspectos, acerca de:

a) reajustes e revisões de tarifas de serviços públicos e de preços públicos;

b) **processos licitatórios que envolvam privatização de empresas pertencentes à União, desestatização de serviços públicos ou concessão, permissão ou autorização de uso de bens públicos; (...)**” (grifo nosso).

Seguindo a sua missão legal, a SEAE tem se mostrado ativa em promover a concorrência, inclusive no setor de aeroportos. Em 20/06/2016, a Secretaria exarou Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 175/2016-COGCR/SEA/MF, com a finalidade de contribuir para audiência pública 9/2016 da ANAC, a qual visava:

“colher subsídios sobre os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental

(EVTEA) e as minutas de Edital de Licitação e de Contrato de Concessão e respectivos Anexos, relativos à concessão, ampliação, manutenção e exploração, do Aeroporto Salgado Filho, localizado em Porto Alegre, do Aeroportos Internacional Luís Eduardo Magalhães, em Salvador, do Aeroporto Hercílio Luz, em Florianópolis, e do Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza.”<sup>404</sup>

Essa oportunidade de prévia análise concorrencial de elementos fundamentais da licitação fortalece a interação institucional em benefício da tutela concorrencial do processo de desestatização no âmbito das concessões de aeroportos.

#### **4. A INTERAÇÃO INSTITUCIONAL ENTRE AS AUTORIDADES COMPETENTES ACERCA DA TUTELA DA CONCORRÊNCIA E A SUGESTÃO DE CRIAÇÃO DA AUTORIDADE CONCORRENCIAL DE DESESTATIZAÇÃO (ACD), VINCULADA AO CONSELHO NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO**

Como vimos ao longo do estudo, o investimento do setor privado na infraestrutura aeroportuária foi o meio encontrado pelo Governo Federal para enfrentar a crise aérea e expandir o serviço público.

Contudo, vale notar que, para que esse investimento fosse possível, a criação da agência reguladora foi apenas o primeiro passo, seguido pela implementação de regras que garantissem a atração dos investidores, inclusive estrangeiros<sup>405</sup>, bem como o financiamento dos projetos.

De fato, a organização de um ambiente propício ao investimento privado deve levar em consideração a fonte de obtenção de recursos para a expansão dos serviços públicos concedidos.

Isso porque, como se sabe, quanto maior o risco de uma atividade econômica, maior será o custo de captação de recursos para investimento. Em alguns casos, o risco é de tal monta que o empreendimento sequer atrai investidores.

Portanto, as concessões de serviço público<sup>406</sup> também devem ser analisadas sob esse

---

<sup>404</sup> BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. **Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 175/2016-COGCR/SEA/MF**. Disponível em: [http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias/2016/parecer-175\\_2016.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias/2016/parecer-175_2016.pdf). Acesso em 19/01/2017.

<sup>405</sup> De acordo com estudo de Ana Lygia Costa Rego, são viráveis jurídicas determinantes da confiança de estrangeiros no Brasil, num contexto de investimentos: “o cumprimento de contratos, a autonomia no âmbito do Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a qualidade da regulação, a morosidade do Poder Judiciário, a previsibilidade nas relações negociais e a moralidade.” REGO, Anna Lygia Costa. **Confiança & investimento estrangeiro: uma análise do ambiente jurídico brasileiro**. São Paulo: Singular, 2013, p. 295.

<sup>406</sup> A medida que a livre iniciativa ocupa o espaço antes reservado apenas ao Estado, o Direito Administrativo expande seus horizontes, incorporando elementos típicos do Direito Bancário e Direito Societário, notadamente em razão da estruturação de projetos e da garantia do respectivo financiamento. Como explicam Egon Bockmann Moreira e Bernardo Strobrel Guimarães: “(...) o setor de infraestrutura demanda inversões intensivas de capital (público e privado) e isso passa, necessariamente, pelo incremento de diversas soluções empresariais, antes típicas do ambiente dos negócios. Seguramente, aquele que hoje se dispuser a compreender temas relativos às concessões de serviço público terá de se deparar com diversas categorias alheias do Direito Administrativo stricto sensu. SPEs, golden shares, acordo de acionistas, project finance, contratos entre partes relacionadas, joint ventures etc. deixaram de ser temas restritos ao Direito Societário e Direito Bancário e passaram a frequentar os debates cotidianos no campo do Direito Administrativo.” MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobrel. “Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (considerações em torno do art. 9.º da Lei 11.079/2004)”. JUSTEN FILHO,

prisma financeiro, sob pena de repelir interessados.

A esse respeito, Vitor Rhein Schirato esclarece que:

“As concessões de serviços públicos são atividades econômicas como quaisquer outras. Aliás, são atividades que embutem parcela de risco normalmente maior do que outras comparáveis, tendo-se em consideração o valor dos investimentos necessários, o prazo de retorno e os riscos de construção e operação. Sua atração para investimentos privados reside exatamente em sua essencialidade, que costuma assegurar demanda e, portanto, receita por longo prazo. Exatamente por essa razão, as concessões de serviços públicos não são financiadas apenas com recursos dos concessionários. Com a finalidade de pulverizar e mitigar riscos e maximizar a capacidade de participação em diferentes empreendimentos (também para mitigar riscos), as concessões de serviços públicos são financiadas com uma parcela pequena de recursos próprios do concessionário e uma parcela muito maior de recursos de terceiros, notadamente de bancos financiadores e investidores institucionais de caráter financeiro (v.g., fundos de investimento). (...) Destarte, é essencial, em uma visão evoluída das concessões de serviços públicos, entendê-la em um contexto mais amplo, de forma a abarcar também, além do concessionário, aqueles que disponibilizaram a maior parte dos recursos para o financiamento da prestação de serviços públicos, ou o aumento do custo desses recursos, em função do aumento dos riscos em se financiar concessões de serviços públicos, o que será, sem dúvidas, repassado para as tarifas e arcado pelos usuários.”<sup>407</sup>

Do ponto de vista jurídico, os riscos a serem levados em consideração por interessados em concessões estão dispostos tanto na fase de licitação quanto no momento de prestação do serviço. Tudo deve ser devidamente calculado para que seja possível elaborar uma proposta de lance ao governo, momento no qual já são consideradas as fontes de financiamento.

Diante dessas considerações, vale ponderar que dois dos elementos centrais da precificação do risco de um projeto de infraestrutura consistem (i) na adequação às regras incidentes e (ii) na prestação de contas às autoridades de controle.

Portanto, clareza quanto às regras que devem ser respeitadas e às instituições de controle são essenciais para que o investimento do setor privado em infraestrutura tenha sucesso<sup>408</sup>.

Contudo, a multiplicidade de atores do governo com competências complementares acerca da tutela da concorrência conduz a um risco de conflito de competência, em prejuízo da segurança jurídica. Por isso, é fundamental a promoção de um ambiente institucional que

---

Marçal & SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). In: **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 494.

<sup>407</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Direito Público em evolução – Estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 585.

<sup>408</sup> Vale dizer é conhecido que “A indefinição das regras e a demora no processo decisório, inclusive por conta de conflitos de interpretação da legislação, afetam de forma adversa os investimentos. Inversamente, a experiência demonstra a importância de uma definição nítida de um quadro legal, um regime regulatório e uma institucionalidade que combinem transparência e estabilidade das regras, competência técnica e agilidade decisória”. FRISCHTAK, Cláudio. “O investimento em infraestrutura no Brasil: histórico recente e perspectivas”. In: **Revista Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 38, n. 2, ago. 2008, p. 308. Disponível em: <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/1129/1033>. Acesso em 24/12/2016.

permita a interação dos atores responsáveis pela tutela da concorrência do processo de desestatização.

Nesse sentido, Carolina Moura Lebbos defende que:

“a articulação entre os reguladores e os órgãos de defesa da concorrência consiste também em elemento imprescindível para uma redução significativa do risco de conflitos de competência. Além disso, ela proporciona o aproveitamento mútuo de experiências e capacidade técnica, maximizando a efetividade das ações dos órgãos reguladores, sejam elas conjuntas ou não, bem como auxilia a promoção da vigilância recíproca entre as autoridades.”<sup>409</sup>

Tendo isso em mente, sugerimos a criação de uma Autoridade Concorrencial de Desestatização (ACD), com função de assessoramento do Conselho Nacional de Desestatização (CND), autoridade esta que contaria, no que concerne ao setor de aeroportos, com o trabalho de representantes do CND, da ANAC, do TCU, do CADE e da SEAE.

Nesse espaço de interação, conflitos concorrenciais do processo de desestatização poderiam ser previstos e já mitigados, bem como poderiam ser realizados estudos concorrenciais que levasse em conta uma visão institucional abrangente.

Tento em vista da sazonalidade dos processos de desestatização, não é necessário que a ACD tenha corpo técnico permanente e exclusivo.

Ao contrário, é muito importante que os representantes dos entes e órgãos acima referidos atuem em suas funções e se mantenham atualizados com a orientação de quem eles representam. No momento da modelagem da desestatização ou em caso de necessidade de estudos, o CND poderia requisitar a atuação da ACD.

Essa sugestão embrionária, é claro, pode ser adaptada a fim de que seja mais eficiente e permita um melhor desempenho. Independente da forma, a ideia proposta é a de que a interação institucional é um caminho frutífero de evolução da administração pública em favor da promoção da segurança jurídica e, por conseguinte, da atração de investimento privado para expansão do serviço público.

## CONCLUSÃO

O estudo proposto analisou a tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária, especialmente no que concerne à

---

<sup>409</sup> LEBBOS, Carolina Moura. “Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência”. In: MOREIRA, Egon Bockmann & MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 237.

atuação das autoridades públicas competentes, à interação institucional entre elas e à promoção do investimento privado.

No que concerne à atuação institucional, observamos que a ANAC, na condição de agência reguladora, deve seguir diretrizes políticas advindas do poder concedente (v.g., CND) no âmbito das desestatizações, notadamente no momento da modelagem dos editais de licitação. Além disso, constatamos que, em seu âmbito de ação, a agência tem exercido a sua competência concorrencial, por exemplo, ao restringir a propriedade cruzada nos editais de concessão.

Acerca do TCU, concluímos que a ausência de limites claros sobre a competência do órgão sobre atos regulatórios, especialmente no que concerne à tutela da concorrência em editais de concessão, conduz a uma situação de indesejável insegurança jurídica, seja para as autoridades públicas envolvidas na modelagem da desestatização, seja para os agentes privados interessados em participar da licitação.

No que tange ao CADE, ao largo da imunidade de consórcios destinados a licitações, identificamos que eventual restrição imposta pelo CADE, em sede de análise de ato de concentração, poderia suscitar questionamentos de diversas óticas, que poderiam ir desde a competência da autarquia para restringir a desestatização até o desencadeamento de pleitos de alteração de proposta da licitação ou mesmo desistência dos vencedores.

A SEAE, por sua vez, tem se mostrado ativa em promover a concorrência, no setor de aeroportos, através da advocacia da concorrência.

Por fim, diante da multiplicidade de atores do governo com competências complementares acerca da tutela da concorrência e o conseqüente risco de conflitos em prejuízo da segurança jurídica, sugerimos a criação de uma Autoridade Concorrencial de Desestatização (ACD), com função de assessoramento do Conselho Nacional de Desestatização (CND), autoridade esta que contaria, no que concerne ao setor de aeroportos, com o trabalho de representantes do CND, da ANAC, do TCU, do CADE e da SEAE.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOCELLA, Jéssica. RANGEL, Juliana Cabral Coelho. “O papel regulatório e de fomento das licitações públicas”. In: **Revista do BNDES**, nº 40, p. 297. Disponível em: [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf).

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

- ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. “Apontamentos sobre as agências reguladoras”. In: MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Agência Nacional de Aviação Civil - 10 anos**, p. 30. Edição: ANAC. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/livroanac10anos.pdf>.
- \_\_\_\_\_. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do Leilão N° 01/2011**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>.
- \_\_\_\_\_. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do Leilão N° 01/2013**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>.
- \_\_\_\_\_. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do Leilão N° 01/2016**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>.
- \_\_\_\_\_. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do Leilão N° 2/2011**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>.
- \_\_\_\_\_. Banco Nacional do Desenvolvimento. **As etapas do processo de desestatização**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/infografico-etapas-desestatizacao>.
- \_\_\_\_\_. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 21/DER/SPR/SAC-PR**. Disponível em: <http://www.aviacao.gov.br/assuntos/concessoes-de-aeroportos/novas-concessoes/nota-tecnica-no-021-derc-spr-sac-pr-possiveis-restricoes-a-participacao-de-agentes-privados-nas-concessoes.pdf>.
- \_\_\_\_\_. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 33/DER/SPR/SAC-PR**.
- CHAMBRARELLI, Rafael Lopes. “A concessão da infraestrutura aeroportuária: construção do modelo brasileiro”. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coords.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FRANCESQUINI, José Inácio & BAGNOLI, Vicente. **Direito concorrencial**. Tratado de Direito Empresarial. VII. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FRISCHTAK, Cláudio. “O investimento em infraestrutura no Brasil: histórico recente e perspectivas”. In: **Revista Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 38, n. 2, ago. 2008, p. 308. Disponível em <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/1129/1033>.
- JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- LEBBOS, Carolina Moura. “Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência”. In: MOREIRA, Egon Bockmann & MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 237.

- MCKINSEY & COMPANY. **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**, p. 9. Rio de Janeiro: McKinsey & Company, 2010. Disponível em: [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario\\_executivo.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf).
- MOREIRA, Egon Bockmann & GUIMARÃES, Bernardo Strobrel. “Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (considerações em torno do art. 9.º da Lei 11.079/2004)”. In: JUSTEN FILHO, Marçal & SCHWIN, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- OSORIO, Fernando. **O direito aeroportuário e a privatização de aeroportos no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva & PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. “Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE”. In: **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 30, fev. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59453/57845>.
- REGO, Anna Lygia Costa. **Confiança & investimento estrangeiro: uma análise do ambiente jurídico brasileiro**. São Paulo: Singular, 2013.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Direito Público em evolução – Estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites”. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público/Direito GV/Malheiros Editores, 2013.

## NORMAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Desestatização. **Resolução CND 11/2011**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/Resolucoes-do-Conselho-Nacional-de-Desestatizacao>.
- \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Desestatização. **Resolução CND 15/2013**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/Resolucoes-do-Conselho-Nacional-de-Desestatizacao>.
- \_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Disponível em:
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.731/2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.373/2008.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6373.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6373.htm).
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6780.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6780.htm).
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.205/2010.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7205.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7205.htm).
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.482/2011.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7482.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7482.htm).
- \_\_\_\_\_. **Lei 8.884/1994.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm).
- \_\_\_\_\_. **Lei 8.987/1995.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm).
- \_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 97/1999.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp97.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm).
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.182/2005.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm).
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 12.529/2011.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm).
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 5.862/1972.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L5862.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5862.htm).
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.491/1997.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm).
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Portaria SDE nº 51/2009.** Disponível em: <http://jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf>.

## JULGADOS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4190 MC-REF**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-02 PP-00313 RTJ VOL-00213-01 PP-00436 RT v. 100, n. 911, 2011, p. 379-404.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 46**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2466/2013-Plenário.** Disponível em: <http://tcu.gov.br/>.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2666/2013-Plenário.** Disponível em: <http://tcu.gov.br/>.

## **Restrições verticais na cadeia de comercialização de etanol combustível: análise do impacto concorrencial do poder normativo e regulador no setor varejista**

Dalide Barbosa Alves Corrêa<sup>410</sup>  
Levi Borges de Oliveira Veríssimo<sup>411</sup>  
Pedro Paulo Alves Corrêa dos Passos<sup>412</sup>

### **RESUMO**

Com o objetivo de analisar o impacto concorrencial derivado das resoluções administrativas da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, o presente estudo busca investigar a racionalidade dos atos normativos da ANP que impõem restrições verticais ao mercado de etanol combustível, à luz da lei de instituição da agência reguladora e das normas de defesa da concorrência. Analisadas as externalidades positivas e negativas das restrições impostas ao setor de etanol, os autores concluem por uma tendência de desequilíbrio em relação aos custos regulatórios impostos aos produtores. Nesse sentido, entende-se que os rearranjos mercadológicos verticais impostos pela ANP, como a proibição do comércio direto do etanol combustível entre o produtor e o revendedor varejista, violam não somente o princípio da livre iniciativa, mas constituem também potenciais danos à concorrência e aos consumidores.

**Palavras-chave:** Restrições verticais. Etanol combustível. Direito regulatório.

### **ABSTRACT**

Aiming to analyze the competitive impacts arising from the administrative resolutions enacted by the Brazilian National Agency for Oil, Gas and Biofuels (“ANP”), this article investigates the rationality of ANP’s administrative acts considering the Brazilian Oil Law (no. 9,847/99 - which founded ANP) and the Brazilian Competition Law (no. 12,529/11). Considering both positive and negative externalities of the vertical restraints imposed to the ethanol sector, the authors found a tendency towards an imbalance in relation to the regulatory costs imposed on producers. In such scenario, it is concluded that the vertical restraints imposed by ANP, such as the prohibition of direct sale between ethanol producers and retailers, violates not only the free enterprise principle, but also constitute a potential damage to competition and the final costumers.

**Keywords:** Vertical constraints. Ethanol fuel. Regulatory law.

---

<sup>410</sup> Advogada, Sócia do escritório Alves Corrêa Advocacia. Pós-Graduada em Direito Tributário, Direito Constitucional e Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Foi Diretora Jurídica Nacional da Caixa Econômica Federal, Membro do Conselho de Administração da Fundação dos Economistas Federais - FUNCEF, Assessora Jurídica na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, Assessora-Chefe da Assessoria Parlamentar do Supremo Tribunal Federal - STF, Procuradora-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e Diretora Geral do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

<sup>411</sup> Advogado, Sócio do escritório Alves Corrêa Advocacia. Pós-Graduado em Direito Imobiliário e Pós-Graduando em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Aluno especial do Mestrado em Direito da FD/UnB e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Membro do Grupo de Pesquisa "Constituição, Empresa e Mercado" da UnB.

<sup>412</sup> Graduando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Membro do Grupo de Pesquisa em Improbidade Administrativa.

Sumário: Introdução. 1 Panorama regulatório do mercado de distribuição e revenda de etanol combustível. 2 Restrições verticais. 2.1 Participação societária. 2.2 Vedação de venda direta. 3 Análise dos fundamentos jurídicos e econômicos das restrições regulatórias. Conclusão.

## **INTRODUÇÃO**

Diante de sua importância estratégica e relevante interesse econômico, a atividade de comercialização de combustíveis é altamente regulada pelo Estado, não apenas no Brasil. A criação da Agência Nacional do Petróleo (“ANP”) em 1997, por meio da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, foi um marco nesse sentido.

No contexto de sua atuação, a ANP implementou diversas medidas que podem ser classificadas, do ponto de vista concorrencial, como restrições verticais em seu sentido prático. O objetivo do presente estudo é analisar a competência e o impacto concorrencial da atuação da ANP no âmbito da implementação de tais restrições verticais, bem como a racionalidade econômica no cenário em análise, adotando como recorte temático o mercado de comercialização varejista de etanol combustível.

Nesse sentido, a pesquisa tem como termo inicial as resoluções editadas a partir do ano de 2005, quando a ANP passou oficialmente a se chamar Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, denominação que visou adequar o escopo de atuação do órgão, o qual deixou de estar adstrito aos combustíveis derivados de petróleo. Desde então, a agência passou a atuar ativamente em relação aos setores de gás natural e biocombustíveis, implementando medidas concorrencialmente relevantes.

Assim, para fins do presente estudo, abordaremos especialmente os impactos concorrenciais das restrições verticais impostas pelo agente regulador no exercício de suas competências, particularmente (i) a vedação de participação societária dos produtores de combustíveis na cadeia de revenda varejista<sup>413</sup> e (ii) a proibição de comercialização direta entre revendedor varejista (postos de combustíveis) e fornecedor de etanol (usinas)<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup>Implementada a alínea *f* do art. 12 da Resolução ANP n. 58, de 17 de outubro de 2014.

<sup>414</sup>Implementada pelo art. 6º da Resolução ANP n. 43, de 22 de dezembro de 2009 e art. 14, I da Resolução ANP 41, de 5 de novembro de 2013.

## **PANORAMA REGULATÓRIO DO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE ETANOL COMBUSTÍVEL**

Dentre os objetivos estabelecidos pela Lei n. 9.478 de 1997, conhecida como Lei do Petróleo, para a implementação da política energética brasileira, está o exercício da livre concorrência no setor (art. 1º, IX, da referida norma). Além da criação da própria ANP, a norma simbolizou um passo dado pelo legislador para orientar o setor no sentido de um regime de livre mercado, em consonância com a tendência internacional da década de 90.

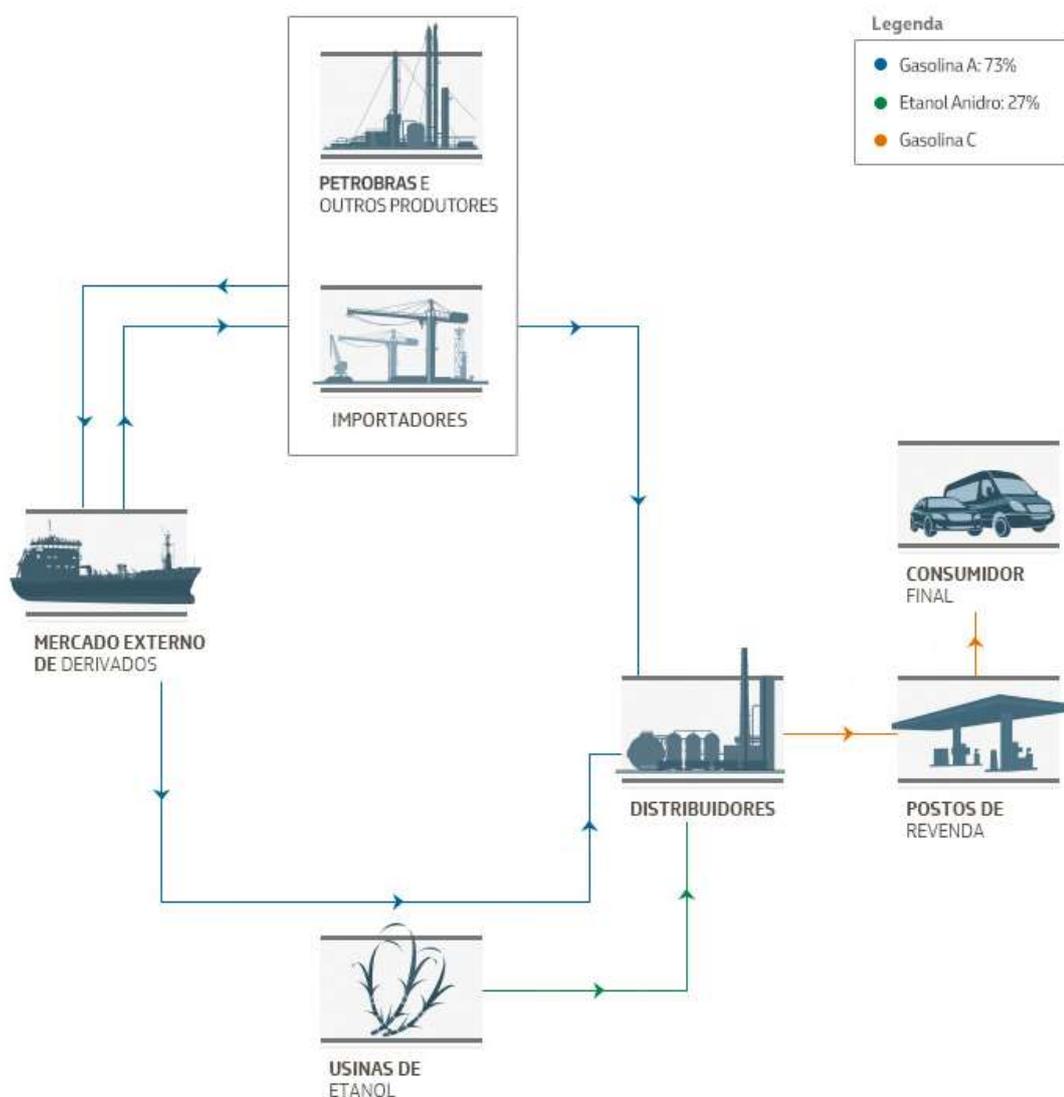
Assim, a atuação da ANP, enquanto agência reguladora, tem, desde a origem, viés de proteção da concorrência em atuação conjunta com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), à época sob a vigência da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e, posteriormente, na forma da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. No mesmo sentido, a promulgação da Lei n. 12.490, de 16 de setembro de 2011, alterou as atribuições da ANP para incluir expressamente a regulação da indústria de biocombustíveis dentre as atribuições legais da autarquia, sem alterar os dispositivos relacionados à defesa da concorrência.

Diante desse panorama legislativo, o mercado de fornecimento, distribuição e comercialização de etanol combustível, objeto do presente estudo, estruturou-se conforme cadeia de fornecimento definida pelo regulador. O setor é composto por agentes que se inter-relacionam de maneiras diversas, conforme ilustrado pela figura a seguir<sup>415</sup>:

**Figura 1** – Cadeia de Comercialização e a Composição dos Preços, conforme Resolução ANP n. 58/2014.

---

<sup>415</sup>PETROBRAS. **Composição de Preços da Gasolina: Saiba como Funciona - Petrobras. Cadeia de Comercialização e a Composição dos Preços.** Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos-de-venda-ao-consumidor/gasolina/>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.



Fonte: PETROBRAS. Composição de Preços da Gasolina: Saiba como Funciona.

Em resumo, a cadeia de comercialização é formada pelos seguintes agentes econômicos: as refinarias de petróleo, as centrais petroquímicas, as usinas/destilarias, os formuladores, os importadores e exportadores, os distribuidores, os revendedores varejistas e os Transportadores-Revendedores-Retalhistas (TRRs<sup>416</sup>) e o consumidor final.

Conforme o art. 18 da Resolução ANP n. 58 de 2014, os distribuidores estão autorizados a adquirir combustíveis líquidos dos seguintes agentes: (i) refinaria autorizada pela ANP; (ii)

<sup>416</sup> Conforme esclarece a ANP, “o Transportador-Revendedor-Retalhista (TRR) é a empresa autorizada pela ANP a adquirir em grande quantidade combustível a granel, óleo lubrificante acabado e graxa envasados para depois vender a retalhos. O TRR também é responsável pelo armazenamento, transporte, controle de qualidade e assistência técnica ao consumidor quando da comercialização de combustíveis”. Cf. ANP. **Transportador Revendedor Retalhista (TRR)**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/distribuicao-e-revenda/transportador-retalhista>>. Acesso em 15 jan. 2018.

central de matéria-prima petroquímica; (iii) formulador autorizado pela ANP; (iv) importador autorizado pela ANP, de acordo com a regulamentação vigente; (v) outro distribuidor de combustíveis líquidos autorizado pela ANP; (vi) fornecedor de etanol cadastrado ou autorizado pela ANP; ou (vii) produtor de biodiesel autorizado pela ANP.

Em razão da importância logística da distribuição neste mercado, os agentes atuantes nesta etapa de fornecimento acabaram alçando, no mercado brasileiro, reconhecido poder de mercado. Por ocasião do julgamento do caso Ipiranga/Alesat<sup>417</sup>, o Conselheiro-Relator João Paulo de Resende observou em seu voto que:

[...] A atividade de distribuição é uma atividade essencialmente logística, e a lucratividade reside na otimização dos fluxos logísticos. Para as distribuidoras nacionais e regionais, é necessário haver giro suficiente nas bases de estocagem e o combustível deve permanecer armazenado o menor período de tempo possível, de forma que seja vendido tempestivamente visando rentabilizar a estrutura física e diluir os investimentos em custo fixo. Os ativos de distribuição diretamente relacionados à estocagem de combustíveis são ativos relevantes e estratégicos para o negócio, pois sua localização e operação logística determinam o sucesso na rotatividade de comercialização do produto.

Contudo, a detenção de bases primárias e secundárias estrategicamente posicionadas em relação aos pontos de entrega da Petrobras e aos pontos de revenda não garante, por si só, a viabilidade econômica do empreendimento. Com margens relativamente baixas por unidade vendida, a quantidade e a estabilidade da demanda pelos postos revendedores é determinante para garantir o retorno de grandes investimentos em custos fixos. Essas distribuidoras precisam de uma demanda minimamente previsível por parte dos postos para que possam operar de forma eficiente, com o menor custo médio possível.

Ainda nesse contexto, o Cade identificou e classificou o grupo das grandes distribuidoras nacionais, formado pela (i) Petrobras Distribuidora S/A (“BR”), subsidiária integral da Petrobras, (ii) Ipiranga, pertencente ao grupo Ultra, e (iii) Raízen, resultado da fusão das antigas Shell e Esso com o grupo Cosan. Segundo dados do Cade, as três empresas responderam por cerca de 72% do volume total de combustíveis líquidos distribuídos no Brasil em 2015<sup>418</sup>.

A atividade de revenda de combustíveis líquidos é definida pelo Cade como “o elo final da cadeia, e consiste em receber o combustível das distribuidoras, armazená-lo em tanques subterrâneos e atender o consumidor final por meio de bombas de combustível”<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> Ato de Concentração n. 08700.006444/2016-49 (doc. SEI 0372036).

<sup>418</sup> Id. Ibid.

<sup>419</sup> Id. Ibid.

Conforme artigo 4º, XII, da Resolução ANP n. 41 de 2013, o posto revendedor é o estabelecimento localizado em terra firme que revende, a varejo, combustíveis automotivos e abastece tanque de consumo dos veículos automotores terrestres ou em embalagens certificadas pelo Inmetro; óleo lubrificante acabado envasado e a granel; aditivo envasado para combustíveis líquidos; aditivo envasado para óleo lubrificante acabado; graxas lubrificantes envasadas e querosene iluminante a granel ou envasado.

Do ponto de vista dos distribuidores, há distintas fontes de fornecimento, conforme demonstrado na figura acima. As empresas distribuidoras podem adquirir os combustíveis derivados das refinarias, das centrais petroquímicas, de outros produtores, bem como de importadores, e, no caso dos biocombustíveis, podem adquirir de fornecedores de etanol e de biodiesel.

Sob a ótica da oferta, os distribuidores podem comercializar combustíveis com os revendedores varejistas, transportadores-revendedores-retalhistas (TRRs) e consumidores finais, sendo-lhes, entretanto, vedado o exercício da atividade de revenda varejista, à exceção da operação do denominado posto-escola<sup>420</sup>. Relativamente ao tipo de produto comercializado, a ANP autoriza que as distribuidoras comercializem combustíveis líquidos derivados de petróleo, etanol combustível e outros combustíveis automotivos.

Em relação à venda de combustíveis líquidos para revendedores varejistas, as distribuidoras estão autorizadas a comercializar com postos que ostentem sua marca comercial ou com os chamados “postos bandeira branca” (que não ostentam a marca de nenhuma distribuidora), na forma da Resolução ANP n. 41 de 2013.

A edição da Resolução ANP n. 58 de 2014, que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos, veio no sentido de consolidar os requisitos regulatórios e as regras de autorização no setor de distribuição de combustíveis líquidos, substituindo as orientações normativas contidas nas portarias ANP n. 202, de 30 de dezembro de 1999, e n. 29, de 9 de fevereiro de 1999.

Dentre os diversos requisitos estabelecidos pela Resolução n. 58 de 2014 para a entrada de agentes no segmento de distribuição, como comprovações de regularidade da empresa perante o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicafe, destacam-se capital social mínimo de quatro milhões e quinhentos mil reais (art. 6º, inciso VI) e propriedade de

---

<sup>420</sup>O posto-escola é um estabelecimento de revenda varejista de combustíveis automotivos com autorização da ANP, nos termos da regulamentação específica, para capacitar e treinar mão de obra, em suas instalações, no atendimento adequado ao consumidor nas atividades de revenda de combustíveis automotivos; implantar e desenvolver novas tecnologias aplicadas à operação do posto revendedor; e comercializar combustíveis automotivos. (Resolução ANP n. 41/2013, artigo 4º, inciso XIII).

pelo menos uma instalação de armazenamento e de distribuição ou fração ideal em base compartilhada.

Nesse contexto, a imposição dos mencionados requisitos se traduz em elevação das barreiras de entrada naquele mercado, conforme se pode verificar pela Proposta de Ação n. 919/2015, em que a ANP discutiu a viabilidade técnica de imposição das medidas:

Decorrido o prazo previsto no art. 40, inciso I, da Resolução ANP nº 58/2014, de 360 dias, que se encerrou em 15/10/15, a SAB realizou levantamento do seu atendimento, tendo constatado que de 191 distribuidores autorizados a exercer a atividade de distribuição de combustíveis líquidos, apenas 31 distribuidores concluíram o recadastramento, ou seja, somente 16,2% do mercado.

Dentre os 160 distribuidores não recadastrados, 42 estão com a documentação em processo de análise e 8 possuem prazo adicional de 360 dias, conforme art. 40, § 4º da Resolução ANP nº 58/2014, por terem integralizado, ao menos, 50% do capital social (4,5 milhões de reais) estabelecido no art. 40, inciso I, da referida Resolução, sendo que os demais distribuidores não encaminharam qualquer documentação.

[...]

Destaca-se que, além do investimento em infraestrutura que se faz necessário por parte dos distribuidores, há a obrigatoriedade de investimento nos estoques mínimos de segurança, para atender aos termos da Resolução ANP nº 45/2013, onerando tais agentes em um cenário econômico recessivo. [...]

Pode-se concluir, a partir do trecho colacionado, que, além de se tratar de obstáculo para os próprios agentes econômicos que já se encontram no mercado<sup>421</sup>, há efetiva oneração aos que desejem ingressar nele, restringindo o mercado de distribuição àqueles que detenham poder econômico considerável, nos termos da explanação anterior.

Traçado um cenário geral de definição e atuação dos agentes na cadeia de comercialização de etanol combustível, passaremos a analisar as resoluções editadas pela ANP que estabelecem restrições verticais no referido mercado, considerando especialmente potenciais externalidades (positivas e negativas) geradas pelas referidas medidas.

## **RESTRIÇÕES VERTICAIS**

### **Participação societária**

---

<sup>421</sup> Para que fosse possível transpassar o mencionado obstáculo, a ANP aprovou a Resolução ANP n. 47, de 12 de novembro de 2015, que concedeu aos distribuidores prazo adicional de 365 dias para adimplir as obrigações elencadas na Resolução ANP n. 58 de 2014. A Resolução ANP n. 47 de 2015 pode ser verificada no endereço <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=13/11/2015&jornal=1&pagina=63&totalArquivos=336>.

O mercado de etanol possui particularidades em relação aos demais combustíveis e, por vezes, o *downstream* da indústria acaba sofrendo restrições verticais que são mais efetivas apenas nos mercados de derivados do petróleo. Nesse contexto, a primeira diferença relevante do mercado de distribuição de etanol em relação aos demais combustíveis é a quantidade de empresas no lado *upstream*, o que o torna mais competitivo do que o *upstream* da indústria do petróleo, basicamente ocupado pela Petrobras. Esse aspecto estimula a concorrência no *downstream*, facilitando, inclusive, a entrada de agentes que atuam exclusivamente na distribuição do etanol.

Quanto às relações verticais na cadeia de distribuição e revenda, destaca-se principalmente a alínea *f* do art. 12 da Resolução 58 de 2014 da ANP<sup>422</sup>. Segundo a referida norma, o distribuidor não pode ter em seu quadro de sócios pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de TRR ou de revenda varejista de combustíveis automotivos.

A vedação foi trazida ao ordenamento por meio da Resolução ANP n. 58 de 2014. Antes disso, a norma vedava unicamente o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos pelas distribuidoras de combustíveis, seja pela participação do distribuidor no quadro de sócios da revenda varejista, seja pelo próprio exercício da atividade de revenda, conforme art. 26 da Resolução ANP n. 41 de 2013<sup>423</sup>.

Cabe destacar, ainda, que, de acordo com a mencionada resolução, a atividade de revenda varejista não pode ser exercida por distribuidor de combustíveis automotivos (art. 26). Além disso, conforme mencionado anteriormente, o revendedor varejista não poder ter, em seu quadro societário, pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de distribuição de combustíveis líquidos<sup>424</sup>.

A intenção do regulador ao vedar a participação vertical na cadeia parece clara: coibir a prática de preços uniformes ao consumidor final e ampliar a concorrência entre os revendedores varejistas. Porém, na prática, é comum que os postos assinem contratos de exclusividade com as distribuidoras para ostentar a marca em seu estabelecimento<sup>425</sup>. Dessa forma, a prática comercial – e a rejeição do consumidor aos postos de bandeira branca – acaba

---

<sup>422</sup> Art. 12. Será indeferido o requerimento de outorga de autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos da pessoa jurídica (AEA): (...) f) de cujo quadro de sócios participe pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de TRR ou de revenda varejista de combustíveis automotivos.

<sup>423</sup> Art. 26. Fica vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizados pela ANP a participação no quadro de sócios de revendedor varejista de combustíveis automotivos autorizado pela ANP, assim como o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos.

<sup>424</sup> A exceção aplica-se aos chamados “postos-escola”, anteriormente explicados.

<sup>425</sup> Sobre esse assunto, o Cade realizou estudo detalhado do efeito de marca no mercado de combustíveis por ocasião do julgamento do caso Alesat/Ipiranga Ato de Concentração n. 08700.006444/2016-49.

afastando os efeitos buscados com a restrição regulatória.

O revendedor varejista que ostente a marca comercial de um distribuidor deve comercializar apenas o combustível fornecido por aquele distribuidor, na forma da Resolução ANP n. 41 de 2013, arts. 11 e 25 (chamados “postos embandeirados”). O posto revendedor é obrigado, desde a edição da Portaria do Ministério de Minas e Energia (“MME”) n. 362/1993 – que alterou a Portaria do Ministério da Infraestrutura (“Minfra”) n. 253/1991 –, a informar ao consumidor, “de forma clara e ostensiva”, a origem do combustível comercializado, enquanto o comerciante poderia optar por exibir ou não a marca comercial do distribuidor ou fornecedor dos combustíveis.

A existência dos postos embandeirados, contratualmente vinculados a determinado distribuidora, e dos postos de “bandeira branca”, que podem optar livremente pelo combustível que desejam adquirir, é uma opção que se demonstrou economicamente favorável ao consumidor em termos de preço, pois usualmente os postos de bandeira branca possuem estratégia de preços mais competitiva em relação aos demais (NASR & SANTOS, 2007). Entretanto, um problema comum enfrentado por estes agentes é o estigma em relação à origem do produto, que popularmente são tidas como “batizadas”, i.e., misturadas com produtos de procedência desconhecida (*idem*).

Dessa forma, a restrição vertical de participação societária na relação distribuidor-revendedor parece ser pró-competitiva, conforme observado pelo Cade por ocasião da análise do ato de concentração n. 08700.006444/2016-49, entre Ipiranga e Alesat. O fator a ser considerado nesses casos é o benefício da marca, pois o consumidor leva em conta essa distinção para avaliar a qualidade do produto.

### **Vedação de compra direta**

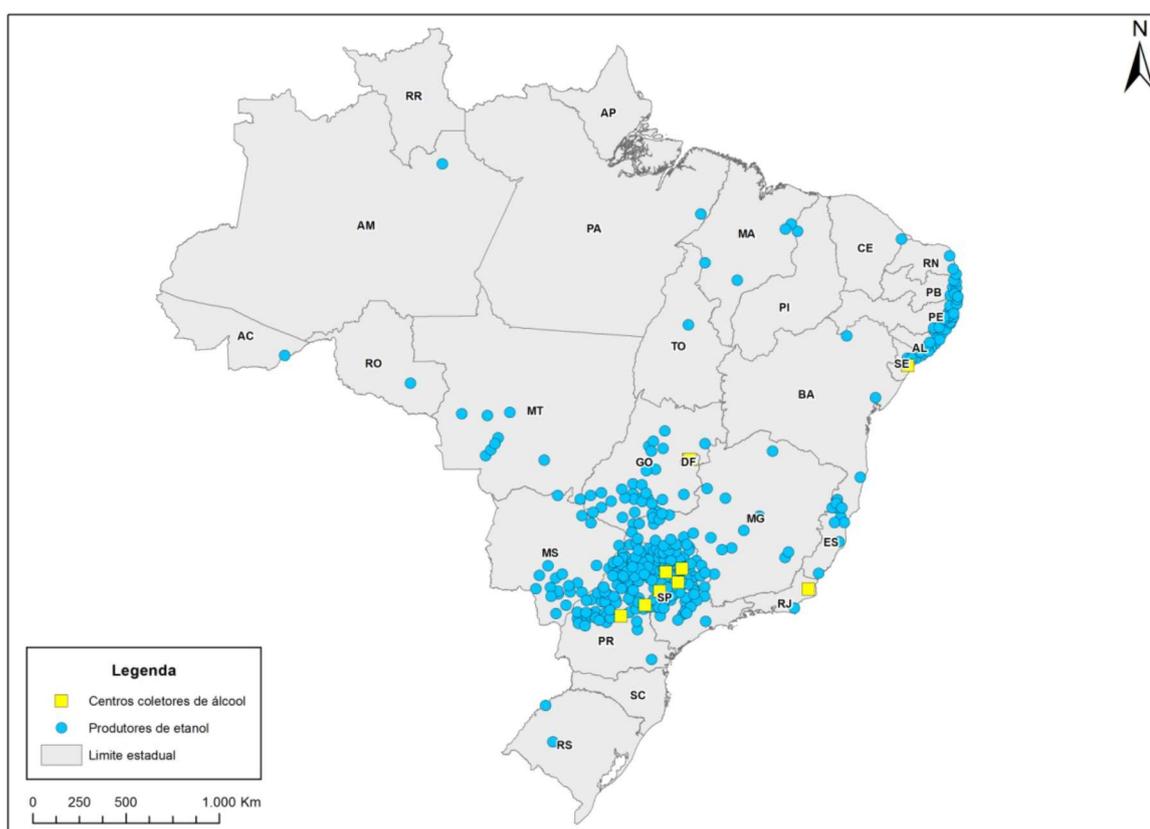
A segunda restrição vertical relevante que se evidencia a partir da análise da figura 1 acima é a impossibilidade de aquisição direta do combustível, por parte do revendedor varejista (denominado na figura como “postos de revenda”), das usinas de etanol (referidos na legislação pertinente como “fornecedores”), tema que abordaremos adiante.

Nesse sentido, é importante observar características típicas do mercado de produção e

distribuição do etanol hidratado, conforme assevera a ANP<sup>426</sup>:

O principal traço que distingue a distribuição de biocombustíveis da distribuição de derivados de petróleo é a pulverização das unidades de produção. Essa característica reflete-se diretamente na logística adotada, na qual predomina o modo de transporte rodoviário para a retirada dos produtos. No caso do etanol, ilustrado na Figura 32, há 384 unidades produtoras que o produzem basicamente pelo processo industrial que inclui: moagem da cana-de-açúcar, fermentação do caldo resultante e, por fim, destilação. Tradicionalmente, existem duas regiões produtoras no Brasil: a Centro-Sul, com destaque para o estado de São Paulo (48% do total produzido no país), e a Norte-Nordeste (7% da produção nacional).

**Figura 2** – Localização das unidades produtoras de etanol



**Fonte:** ANP. Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos.

Ao analisar as citações acima, percebe-se haver viabilidade no comércio direto entre produtores de etanol combustível e revendedores varejistas, muito embora haja vedação em razão de ato normativo da ANP. Nesse sentido, em 24 de dezembro de 2009, foi publicado no Diário Oficial da União (“DOU”) a Resolução ANP n. 43 de 2009 (“Resolução”), a qual,

<sup>426</sup>ANP. **Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos**, p. 82. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=81021>>.

conforme seu art. 1º, dispõe os requisitos para cadastramento de fornecedor, comercialização e envio de dados de etanol combustível à ANP.

O artigo 6º do referido ato administrativo delimita as possibilidades de comercialização de etanol, restringindo a venda pelo fornecedor a três agentes: outro fornecedor cadastrado na ANP, distribuidor autorizado pela ANP e mercado externo:

Art. 6º O fornecedor somente poderá comercializar etanol combustível com:  
I - outro fornecedor cadastrado na ANP;  
II - distribuidor autorizado pela ANP; e  
III - mercado externo.

A referida vedação também está expressa no art. 14, I, da Resolução ANP n. 41 de 2013, nos seguintes termos:

**Art. 14.** O revendedor varejista de combustíveis automotivos somente poderá adquirir:  
I - combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP, observado o art. 25. desta Resolução [...].

Nesse sentido, percebe-se que não é permitida a comercialização do etanol combustível entre o fornecedor e o revendedor varejista de combustíveis automotivos, nos termos do art. 2º da resolução mencionada, em conjunto com o art. 2º, XIX, da Resolução ANP n. 58 de 2014:

#### **Resolução ANP n. 43 de 2009**

Art. 2º Para os fins desta Resolução, adotam-se as seguintes definições:  
[...]

V - distribuidor: pessoa jurídica, constituída sob as leis brasileiras, autorizada para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, etanol combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP e outros combustíveis automotivos;

VI - fornecedor de etanol combustível: i) produtor de etanol com unidade fabril instalada no território nacional, ii) cooperativa de produtores de etanol, iii) empresa comercializadora de etanol, iv) agente operador de etanol, ou v) importador de etanol, não podendo, em nenhum dos casos, exercer as atividades de distribuição ou revenda varejista de combustíveis líquidos.

#### **Resolução ANP n. 58 de 2014**

Art. 2º Para os fins desta Resolução, ficam estabelecidas as seguintes definições:  
[...]

XIX - Revendedor Varejista de Combustíveis Automotivos: pessoa jurídica autorizada pela ANP ao exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos;

Portanto, o órgão regulador exigiu que os revendedores varejistas adquirissem o etanol dos distribuidores, independentemente de tal opção trazer ou não benefício econômico ao revendedor. O referido quadro normativo criou uma restrição econômica aos revendedores varejistas, de modo que se pretende investigar a motivação do órgão regulador com a edição da medida, bem como seu impacto econômico.

Para fins da presente pesquisa, não foram localizados precedentes internacionais semelhantes à restrição vertical imposta pela Resolução n. 43 de 2009 e 41 de 2013, especificamente nos mercados pertencentes à OCDE. Em última análise, o consumidor de etanol combustível poderia ser prejudicado pela medida, uma vez que os custos do revendedor varejista com a intermediação do distribuidor são repassados ao consumidor. Nesse sentido, em relação aos efeitos da medida no preço do etanol combustível, os custos das distribuidoras compõem cerca de 5% do valor final do produto, segundo dados do Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes (SINDICOM)<sup>427</sup>.

Repise-se que, mesmo em momento de regulação mais intensa nos Estados Unidos, ainda assim, se limitava tão somente à participação de um elo da produção em outro, jamais limitando o poder de comercializar entre empresas que, embora de um mesmo mercado, não partilhavam o grupo econômico.

## **ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DAS RESTRIÇÕES REGULATÓRIAS**

Passa-se nesse tópico a investigar os possíveis fundamentos jurídicos e econômicos que levaram à edição das normas analisadas. Nesse contexto, partimos da premissa que as normativas editadas pela agência reguladora devem ser coerentes com os princípios que regem a Administração Pública, observando a importância da obediência aos princípios norteadores da ANP.

Nesse sentido, é notória a força normativa dos princípios constitucionais, sendo igualmente coercitivos os elencados na lei de instituição da ANP. A redundância dos princípios na lei orienta o regulador em sua atividade, limitando seu escopo de atuação à conformidade com tais normas, ainda que mais genéricas e abstratas que as regras em sentido estrito. Assim,

---

<sup>427</sup> SINDICOM. **A Composição de Preço da Gasolina, do Etanol e do Diesel (Position Paper)**. Disponível em <<http://combustivellegal.com/wp-content/uploads/2016/11/Position-Paper-Composi%C3%A7%C3%A3o-Pre%C3%A7o-Combust%C3%ADveis-V3.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2018.

a inserção do distribuidor na cadeia do etanol deve observar os princípios elencados no art. 3º do Decreto n. 2.455, de 14 de janeiro de 1998, que criou a ANP<sup>428</sup>.

Do ponto de vista do princípio da reserva legal, cabe lembrar que resoluções administrativas se caracterizam como diplomas de caráter técnico destinados a integrar e detalhar normas genéricas de hierarquia superior, como decretos ou leis em sentido estrito, que são instrumentos adequados para impor condutas e determinar penas para os que faltarem aos seus preceitos. Nesse sentido, não pode o órgão regulador restringir o livre comércio em determinado setor, salvo por imperativos de segurança ou saúde.

Assim, a nosso ver, a ANP aparentemente extrapola as competências estabelecidas em sua norma instituidora (Lei n. 9.478 de 1997) e o disposto no artigo 37 da Constituição Federal, especificamente o princípio da legalidade ao impor restrição à livre concorrência. Necessário asseverar que a instituição de agências reguladoras, como entes descentralizados aptos ao estabelecimento de regras em setores específicos, não significa que se tenha derogado da Constituição a premissa segundo a qual a delegação de atribuições normativas tem limites na Constituição.

A Advocacia Geral da União, no âmbito da Nota N.1-ORJ/GAB/AGU-2009, emitiu opinião no mesmo sentido, apontando que “a edição de normas regulatórias sobre direitos fundamentais (como é o caso da livre concorrência e da defesa do consumidor) exige, a despeito do processo de deslegalização, a observância do conteúdo essencial. Com isso, o regulador deve se pautar pelo marco da lei e não interferir na esfera que compete ao legislador”<sup>429</sup>.

Relativamente ao inciso II, discute-se a possibilidade de a Resolução n. 43 de 2009 violar o princípio da reserva legal ao impor uma restrição comercial aos revendedores varejistas, redundando em reserva de mercado quanto aos distribuidores. A edição de tal ato normativo estaria em consonância com o princípio da legalidade caso se destinasse a detalhar sanções já previstas em lei, o que não é o caso.

O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, detém entendimento semelhante, conforme decisão no âmbito da ADI 2.075, da relatoria do Min. Celso de Mello:

---

<sup>428</sup> Art. 3º Na execução de suas atividades, a ANP observará os seguintes princípios: [...] III - regulação para uma apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos do setor, pela sociedade e pelos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo; IV - regulação pautada na livre concorrência, na objetividade, na praticidade, na transparência, na ausência de duplicidade, na consistência e no atendimento das necessidades dos consumidores e usuários; V - criação de condições para a modicidade dos preços dos derivados de petróleo, dos demais combustíveis e do gás natural, sem prejuízo da oferta e da qualidade;

<sup>429</sup> Nota N.1-ORJ/GAB/AGU-2009, de 08.06.2009, aprovada pelo Min. Dias Toffoli, então Advogado-Geral da União, cf. despacho proferido nos autos do processo n. 00406.001468/2007-33, de 15.06.2009.

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas a título primário de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe ao poder executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislar), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes<sup>430</sup>.

Cumprе ressaltar que a Constituição estabelece, em seu art. 170, ser a ordem econômica fundada na livre iniciativa e deve observar os princípios da livre concorrência (inciso IV) e da defesa do consumidor (inciso V). Desse modo, eventual restrição arbitrária à livre concorrência e aos direitos do consumidor, como é o caso da Resolução mencionada, constitui descumprimento do disposto no artigo 170 da CF/88.

No âmbito dos Processos Administrativo n. 48610.001440/2009-79 e 48610.002160/2012-83, assim como as Propostas de Ação n. 135 de 2009 e n. 134 de 2012, o órgão regulador veiculou estudos técnicos-normativos para justificar a manutenção da aquisição de etanol exclusivamente do distribuidor. Nesse contexto, a principal justificativa apresentada é o papel desses agentes econômicos na estabilização da oferta de etanol nos períodos de entressafra.

Naquela ocasião, a Superintendência de Abastecimento (“SAB”) da ANP apontou que a vedação de comercialização direta das usinas para os postos revendedores busca reproduzir o fato de existirem ganhos de escala significativos na atividade de combustíveis líquidos – o que faria com que a comercialização com diversos agentes fosse menos eficiente. Contudo, a vedação é questionável nesse sentido ao considerarmos que os postos são proibidos de alugar armazéns de estocagem, de modo que precisam de maior capital para manterem estoques

---

<sup>430</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2075 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2001, DJ 27-06-2003 PP-00028 EMENT VOL-02116-02 PP-00251.

próprios<sup>431</sup>.

Além disso, a SAB considerou, no âmbito dos estudos técnicos, que mesmo os distribuidores de combustíveis que atuam em todo território nacional mantêm estoques operacionais correspondentes a sete dias de vendas<sup>432</sup>. Sob esta ótica, a justificativa de estabilização da oferta não se sustenta.

Nesse viés, observe-se que a Coordenadoria de Defesa da Concorrência da ANP se manifestou no sentido de que a inserção de mais um agente na cadeia de comercialização de etanol não redundaria em incremento da concorrência, como a Superintendência de Abastecimento (SAB/ANP) alegava, mas, ao contrário, seria “apenas mais um elo na cadeia já existente”. Confira-se:

[...] uma medida mais profícua para incentivar o nível de concorrência e o desenvolvimento do mercado futuro de etanol, parece necessitar de uma revisão do modelo regulatório sobre o qual está estruturado o mercado interno de álcool combustível atualmente, o que não é contemplado na minuta apresentada para análise.<sup>433</sup>

Ademais, em documento divulgado durante a crise de abastecimento de 2018, o Cade apontou<sup>434</sup> que a inserção de intermediário desnecessariamente encarece o abastecimento dos veículos com etanol combustível; bem como diminui a eficiência da cadeia de produção do etanol hidratado, por reduzir a demanda pelo combustível junto ao produtor.

Quanto à importância logística dos distribuidores, vale distinguir os dois tipos de etanol produzidos para fins de abastecimento de veículos: etanol hidratado e etanol anidro<sup>435</sup>. O primeiro diz respeito ao combustível propriamente dito, utilizado em veículos que comportem motores a combustão modelo *flex*. O etanol anidro, noutro giro, é utilizado para a mistura com a Gasolina A, na razão de 27% do volume final, tendo por produto a Gasolina C automotiva, comercializada no varejo.

Considerando-se que a argumentação aqui trazida diz respeito ao etanol hidratado, o qual ao final da etapa de produção já se encontra pronto para a revenda, a inserção do agente

<sup>431</sup> Conforme determina a Resolução ANP n. 58/2014.

<sup>432</sup> ANP. Parecer SAB sobre a empresa comercializadora. Disponível em [http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/528895/RESPOSTA\\_PEDIDO\\_Parecer%20SAB.pdf](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/528895/RESPOSTA_PEDIDO_Parecer%20SAB.pdf). Acesso em 29/06/2018.

<sup>433</sup> Id. Ibid. p. 9.

<sup>434</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência. Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade\\_medidas-28maio2018-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf). Acesso em 21.06.2018.

<sup>435</sup> ANP. **Etanol**. Apresenta informações sobre produção e fornecimento de biocombustíveis. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/producao-de-biocombustiveis/etanol?view=default>. Acesso em 3 jan. 2018.

distribuidor não pode ser justificada – como ocorre na cadeia de fornecimento da gasolina – em razão da eventual necessidade de mistura para a sua venda ao consumidor final.

Portanto, em razão das resoluções editadas pela ANP, o etanol produzido deve ser comercializado exclusivamente com o distribuidor, restringindo-se à perspectiva da cadeia de produção com a finalidade de fornecer o etanol hidratado ao consumidor final. Cumpre destacar que o mercado de distribuição de combustíveis é consideravelmente concentrado, conforme assevera o CADE à ocasião da publicação do Parecer n. 1/2017/CGAA4/SGA1/SG, em decisão que impugnou a compra da Alesat pela Ipiranga:

34. Os ativos de estoque da atividade de distribuição são de dois tipos: terminais (terrestres ou aquaviários) e bases de combustíveis. Os terminais se localizam próximos a portos, dutos ou ferrovias e geralmente recebem o combustível da produtora ou de um fluxo de cabotagem. São ativos que não podem ser diretamente detidos por distribuidoras, constituindo-se idealmente como espaços de operadores logísticos disponíveis para atendimento às distribuidoras e outros agentes. Não obstante, as grandes distribuidoras pertencem a grupos econômicos que são proprietários da maior parte dos terminais portuários autorizados a movimentar combustíveis líquidos no país, o que, como se verá à frente, é determinante para a existência de barreiras à entrada e de dificuldades por parte das distribuidoras menores em oferecer efetiva contestação frente às grandes.

35. Por sua vez, as bases são propriamente os ativos das distribuidoras, canalizando os fluxos ao longo de sua cadeia de operações. Elas são compostas basicamente por tanques de armazenamento, pátio e plataformas de carregamento e descarregamento dos modais de carga (dutos, vagões de trem, caminhões-tanque). Conforme será relatado em breve, a posse de bases com acesso a modais estratégicos na localidade pode ser um grande diferencial competitivo para uma distribuidora na competição em um corredor logístico. Antes de 2014, era possível a uma distribuidora entrar no mercado apenas arrendando espaço em bases alheias, sem possuir base própria. No entanto, com a edição da Resolução ANP n. 58/2014, as entrantes devem possuir propriedade, exclusiva ou compartilhada (condomínio), sobre 750 m<sup>3</sup> de espaço em base que atenda aos requisitos da Resolução ANP n. 42/2011. [...]

Nesse contexto, a Resolução editada pela ANP impõe aos revendedores que adquiram o etanol dos distribuidores, mesmo que isso signifique o aumento em seus custos de transporte e operação. Assim, caso um revendedor varejista esteja geograficamente localizado em região próxima a um produtor do combustível, não pode efetuar a compra direta em razão exclusivamente da vedação regulatória, impondo aumento de custos ao consumidor final.

Desse modo, a criação de uma dependência vertical dos revendedores em relação às distribuidoras se mostra em descompasso com a busca pelo aumento da competitividade no setor, criando uma dependência dos revendedores varejistas em relação às grandes

distribuidoras. Em última análise, o consumidor arca com custos maiores para abastecimento em razão da determinação regulatória carecedora de externalidades positivas – novamente, ressalte-se que não foram encontrados documentos públicos que justificassem tecnicamente a medida.

Além disso, a Resolução permite, ao menos em tese, que as grandes distribuidoras afetem o preço final do combustível, por serem as maiores compradoras de combustível do fornecedor. Nesse cenário, o poder de monopólio possibilitaria aos compradores adquirir a mercadoria por valor inferior ao preço que prevaleceria em um mercado competitivo.

Os documentos e as publicações da ANP não demonstram de maneira clara as razões técnicas para a restrição vertical imposta aos revendedores varejistas de combustível, de modo que realizamos um esforço dedutivo a partir das normas de segurança e estoque da autarquia para contrapor ao contexto jurídico e econômico apresentado nesse tópico. Entretanto, as regras de armazenagem e segurança que compõem o panorama regulatório das distribuidoras são aplicáveis também à estocagem e transporte realizado por revendedores varejistas, de modo que tal argumento não seria suficiente para afastar as externalidades negativas encontradas em razão da vedação de compra implementada pela Resolução no. 43 de 2009 da ANP.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, foi possível perceber que o mercado de combustíveis no Brasil é altamente regulado, com concentrações de grandes grupos econômicos em etapas específicas, como a de distribuição dos combustíveis. Nesse cenário, a edição de normativos restritivos a novos *players* potencialmente incentiva a concentração e a manutenção de poucos agentes neste mercado, reduzindo a concorrência e incrementando o preço do combustível no *downstream*.

De igual modo, as restrições verticais impostas pelo regulador carecem de fundamentos técnicos, de forma que podem ser compreendidas como contrárias aos princípios que regem a atividade econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal, em especial à livre concorrência. Não bastasse isso, há conflito aparente entre os efeitos do ato regulamentar e os princípios que regem a Administração Pública, mormente quando se analisa a Resolução em face da reserva legal, que limita a atividade do regulador.

Ao longo do presente estudo, foi possível observar que, no momento de edição da

Resolução ANP n. 43 de 2009, fruto da Proposta de Ação n. 135 de 2009 e da Resolução de Diretoria n. 1219 de 2009 da agência reguladora, não houve discussão detida acerca de todos os dispositivos que integrariam a norma administrativa. Naquele momento, a preocupação do regulador voltou-se principalmente para a inserção do “agente comercializador de etanol” na cadeia produtiva do combustível.

Por fim, ressalte-se o fato de terem havido posicionamentos contrários à edição da norma, e diversas advertências a externalidades negativas provenientes da inserção de mais elos na cadeia de comercialização do etanol, ambos contrariados pela aprovação do ato normativo e sua conseqüente publicação no Diário Oficial da União em 24 de dezembro de 2009. Nesse sentido, conclui-se pela ausência de discussão, no bojo da agência reguladora, acerca da atual estrutura do mercado de etanol combustível.

Não é despidendo dizer, portanto, que a estrutura à qual o mercado de etanol está vinculado é passível de alterações com o fito de promover maior concorrência no setor e diminuir o custo para o consumidor final. Nesse contexto, destaque-se a tramitação de propostas legislativas com esse fim, bem como orientações do órgão antitruste nessa mesma toada, quais sejam: o Projeto de Lei do Senado n. 268/2018<sup>436</sup>, o Projeto de Decreto Legislativo n. 916/2018<sup>437</sup> e o documento “Propostas para o Setor de Combustíveis”<sup>438</sup>, elaborado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

---

<sup>436</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 268, de 2018**. Altera a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, para disciplinar a comercialização de etanol. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133468>>.

<sup>437</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **PDC 916/2018 (Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo)**. Susta o artigo 6º da Resolução ANP nº 43 de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172828>>.

<sup>438</sup> CADE. **Cade apresenta propostas para o setor de combustíveis**. Elenca medidas que tem por objetivo aumentar a concorrência do setor e diminuir custo de combustíveis ao consumidor final. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-propostas-para-o-setor-de-combustiveis>>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANP. **Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=81021>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018. Publicado em 2016.

\_\_\_\_\_. **Etanol**. Apresenta informações sobre produção e fornecimento de biocombustíveis. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/producao-de-biocombustiveis/etanol?view=default>>.

\_\_\_\_\_. **Transportador Revendedor Retalhista (TRR)**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/distribuicao-e-revenda/transportador-retalhista>>.

BRASIL. **Decreto n. 76.593, de 14 de novembro de 1975 – Institui o Programa Nacional do Álcool e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76593-14-novembro-1975-425253-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

\_\_\_\_\_. Advocacia Geral da União. **Nota N.1-ORJ/GAB/AGU-2009**, de 08.06.2009, aprovada pelo Min. Dias Toffoli, então Advogado-Geral da União, cf. despacho proferido nos autos do processo n. 00406.001468/2007-33, de 15.06.2009.

\_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Processo Administrativo nº 48610.001440/2009-79**.

\_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Processo Administrativo nº 48610.002160/2012-83**.

\_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Proposta de Ação nº 135/2009**.

\_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Proposta de Ação nº 134/2012**.

\_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. **Resolução nº 43, de 22 de dezembro de 2009**. DOU 24/12/2009.

\_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. **Resolução nº 41, de 05 de novembro de 2013**. DOU de 06/11/2013.

\_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. **Resolução nº 58, de 17 de outubro de 2014**. DOU de 20/10/2014 (nº 202, Seção 1, pág. 68).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2075 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2001, DJ 27-06-2003 PP-00028 EMENT VOL-02116-02 PP-00251.

MARCHESINI, L. Ale, BR, Ipiranga e Raízen são acusadas de cartel. **Valor Econômico**,

Brasília, 5 jan. 2018. <<http://www.valor.com.br/empresas/5246473/ale-br-ipuranga-e-raizen-sao-acusadas-de-cartel>>.

NASR, M. A.; SANTOS, Z. M. C. A influência da marca nos postos de abastecimento de combustíveis. **Cadernos UniFOA**, Volta Redonda, RJ, v. 2, n. 5, dez. 2007. Disponível em: <[http://web.unifoa.edu.br/cadernos/edicao/05/cadernos\\_n05\\_online.pdf](http://web.unifoa.edu.br/cadernos/edicao/05/cadernos_n05_online.pdf)> (pp. 34-41). Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

OECD. **Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing**. Report on experiences with the structural separation recommendation. 2008.

PETROBRAS. **Composição de Preços da Gasolina: Saiba como Funciona - Petrobras**. Cadeia de Comercialização e a Composição dos Preços. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos-de-venda-ao-consumidor/gasolina/>>.

RENEWABLE FUELS ASSOCIATION. **Industry Statistics**. Apresenta estatísticas acerca da produção global de etanol. Disponível em: <<http://www.ethanolrfa.org/resources/industry/statistics/#1454099103927-61e598f7-7643>>.

SINDICOM. **A Composição de Preço da Gasolina, do Etanol e do Diesel (Position Paper)**. Disponível em <<http://combustivellegal.com/wp-content/uploads/2016/11/Position-Paper-Composi%C3%A7%C3%A3o-Pre%C3%A7o-Combust%C3%ADveis-V3.pdf>>.