



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

São Paulo, 30 de agosto de 2004.

Ilmo. Sr. Luiz Flávio Borges D'Urso, MD. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo – OAB/SP,

A Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, considerando o seu papel de estimular e promover o melhor desenvolvimento e eficiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da regulação, bem como das instituições jurídicas em geral, vem, por meio do Parecer anexo, devidamente aprovado na Reunião Ordinária de 30 de agosto de 2004, manifestar-se acerca do procedimento licitatório para concessão de serviço público, realizado pela Prefeitura Municipal de São Paulo, que tem por objeto a execução, em regime de concessão, dos serviços divisíveis de limpeza urbana (Concorrência nº 19/SSO/2003).

Fernando Passos

Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica

Adriano Candido Stringhini

Integrante da Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica

Alexandre Santos de Aragão

Consultor da Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica

Giovani Ribeiro Loss

Integrante da Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica

Lucas Prado

Integrante da Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

MANIFESTAÇÃO

I – DA LICITAÇÃO

1. - Trata-se de procedimento licitatório para concessão de serviço público, nos termos do edital do Processo Administrativo nº 2003-0.055.178-5, Concorrência nº 19/SSO/2003, que tem por objeto a execução, em regime de concessão, dos serviços divisíveis de limpeza urbana prestados em regime público.

2. - Detalhando o objeto da licitação, o edital enuncia:

"1. Do Objeto da Licitação

1.1. Constitui objeto da presente licitação a seleção de interessados na outorga da exploração, em regime de concessão, dos serviços divisíveis de limpeza urbana prestados em regime público, nos termos fixados na legislação municipal, na regulamentação, neste edital e seus Anexos, na Minuta do Contrato de Concessão (Anexo XIII) e em seus anexos, compreendendo:

1.1.1. os serviços de coleta, transporte, tratamento e destinação final de:

1.1.1.1. resíduos sólidos e materiais de varredura domiciliares residenciais;

1.1.1.2. resíduos sólidos domiciliares não-residenciais, assim entendidos aqueles originários de estabelecimentos públicos, institucionais, de prestação de serviços, comerciais e industriais, entre outros, com características de Classe 2, conforme NBR 10004 da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, até 200 litros por dia;

1.1.1.3. resíduos inertes, caracterizados como Classe 3 pela norma técnica referida no subitem anterior, entre os quais entulhos, terra e sobras de materiais de construção que não excedam a 50 (cinquenta) quilogramas diários, devidamente acondicionados;

1.1.1.4. resíduos sólidos dos serviços de saúde, conforme definições da Lei Municipal n.º 13.478/02;

1.1.1.5. restos de móveis, de colchões, de utensílios, de mudanças e outros similares, em pedaços, até 200 (duzentos) litros;

1.1.1.6. resíduos sólidos originados de feiras livres e mercados, desde que corretamente acondicionados;

1.1.2. os serviços de interesse social, a serem definidos pela AMLURB, na forma da lei, do contrato e da regulamentação;

1.1.3. a realização de investimentos necessários à adequada execução dos serviços concedidos, na forma estabelecida neste Edital, no Contrato de Concessão e na proposta vencedora da licitação."

3. - O edital estabelece, ainda, a divisão das áreas urbanas em dois agrupamentos, assim fixados:

"1.2. A licitação é dividida em 2 (dois) Agrupamentos, denominados Agrupamento Noroeste – NO e Agrupamento Sudeste – SE, correspondentes a distintos grupos de Subprefeituras em que se divide o Município de São Paulo, conforme descritos no Anexo II deste Edital.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

1.2.1. Cada um dos agrupamentos delimita a área geográfica em que a futura concessionária deverá prestar os serviços estabelecidos no item 1.1. e no Contrato de Concessão.

1.3. Este Edital estabelece os requisitos para a participação na Concorrência, o critério que será adotado para o julgamento das Propostas e as demais regras que regem o certame e a futura concessão.”

4. - Com relação ao prazo da concessão o edital fixa o seguinte:

“2. Do Prazo da Concessão

2.1. O prazo da concessão será de 240 (duzentos e quarenta) meses, contados a partir da data da assinatura do Contrato de Concessão, prorrogáveis por igual ou menor período, nas condições fixadas na Minuta do Contrato de Concessão – Anexo XIII - e no art. 38 da Lei Municipal nº 13.478/02.

5. - Esclarece o edital que se trata de Concorrência, julgada pelo critério de menor valor da tarifa, nos termos do artigo 15, inciso I, da Lei Federal nº 8.987/95, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98, com vistas a selecionar a proposta mais vantajosa para a outorga da exploração de serviços de limpeza urbana, mediante concessão, consoante autorização prevista no artigo 26 da Lei Municipal nº 13.478/02. O edital explicita que:

“As propostas comerciais serão julgadas conforme os seguintes critérios:

9.2.1. O julgamento da proposta comercial será efetuado em função da menor tarifa global apresentada pelos licitantes, procedendo-se à classificação das propostas pela ordem crescente de tarifas propostas.”

II – APLICABILIDADE DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA ÀS LICITAÇÕES

É importante inicialmente destacar a seguinte passagem de Floriano Peixoto de Azevedo Marque Neto¹:

“(…) mudanças hoje vividas permitem-nos vislumbrar um Estado mais acessível à **pluralidade de interesses existentes na sociedade, mais transparente no exercício do poder decisório**, e, principalmente, permitem-nos cogitar da viabilidade de um Estado, redimensionado para atender às necessidades dos atores sociais excluídos dos grupos de pressão e da influência e que, efetivamente, carecem de uma função compensatória, distributiva e niveladora”. (grifo nosso) .

Dentro deste contexto de maior participação e transparência no exercício decisório a defesa da livre concorrência aparece como um importante vetor na consecução destes objetivos. É através da

¹ Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. Malheiros. São Paulo, 2002, p. 17.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

competição entre os agentes econômicos que melhores resultados podem ser alcançados para os usuários dos serviços, sendo que os atores sociais excluídos dos grupos de pressão serão os maiores beneficiados dos fluxos concorrencias, propiciando serviços mais baratos e de melhor qualidade, uma vez que a força impulsionadora da concorrência exerce a *longa manus* que muitas vezes o Estado não está capacitado e habilitado a exercer na consecução dos fundamentos e objetivos maiores da Constituição Federal.

Neste ponto a lição de Pedro Dutra², ao afirmar que:

“ (...) a ação regulatória dá-se em caráter marcadamente preventivo, em razão da estrutura peculiar do mercado regulado, que exhibe forte senão monopólicia, concentração de poder econômico e portanto baixa, ou nenhuma, densidade competitiva; a ação regulatória procura prevenir ou reduzir os efeitos de mercado, negativos próprios a esse estado – preços abusivos, oferta reduzida, baixa qualidade e defasada atualização tecnológica de bens e serviços ofertados – e busca também promover a concorrência criando ou estimulando a rivalidade entre competidores e abrir o mercado à entrada de novos disputantes”.

A entidade reguladora, neste caso a Municipalidade deve procurar, quando da regulação do mercado de limpeza urbana, que começa com a concessão do serviço, estimular ao máximo as condições de concorrência e rivalidade entre os agentes, fomentando a participação de um número maior de licitantes no certame, de forma a obter o melhor resultado útil possível, do ponto de vista da qualidade e preço dos bens e serviços para os usuários.

Assim, acerca das licitações para concessão de serviços públicos, o primeiro ponto a ser abordado se refere à aplicabilidade do **princípio da livre concorrência**. Marçal Justen Filho³ esclarece que essa temática vincula-se tanto a serviço público, quanto à exploração empresarial das atividades de serviço público, desenvolvida pela iniciativa privada sob a concepção da lucratividade. Daí, segue a aplicação de princípios peculiares ao âmbito não estatal, tais como a tutela à propriedade privada, à livre iniciativa e à **livre concorrência**.

O renomado autor afirma ainda que mesmo diante da hipótese de inviabilidade absoluta de competição, é possível a competição por comparação ou "*yardstick competition*". Marçal Justen Filho⁴, ao tratar do tema, esclarece ser viável a submissão do tratamento dos prestadores de serviço a padrões comparativos, através de instrumentos destinados a produzir efeitos similares aos gerados pela concorrência.

² Dutra, Pedro. Livre Concorrência e Regulação de Mercados. Renovar. Rio de Janeiro, 2003, p. 286 e segs.

³ Justen Filho, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. dialética. p.11 e segs.

⁴ op. cit. pag. 42 e segs.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

No caso em análise se ao invés de apenas dois agrupamentos regionais para concessão do serviço de coleta de lixo, fosse fixado no edital um número maior de agrupamentos⁵ a competição por comparação estaria presente.

Além de propiciar uma competição por comparação em face do número maior de concessões existentes, o número maior de agrupamentos, divididos em áreas menores de concessão, ensejaria a participação de um número maior de empresas, o que estimularia não somente a concorrência, como também criaria campo de atuação para pequenas e médias empresas do setor, tanto diretamente neste mercado, como no apoio a um maior número de empresas exercentes desta atividade, potencializando o efeito difusor reticular da concorrência.

Carlos Ari Sundfeld⁶ ao discorrer sobre a interface entre concorrência e regulação nos ensina que:

“Não se exclui que em situações verdadeiramente excepcionais, o valor da concorrência possa ser sacrificado. Mas esse sacrifício deve ser pontual, limitado temporalmente e, entre as soluções propostas, a escolha deve recair sobre aquela menos gravosa para a concorrência”.

Neste sentido, a regra é a aplicação do princípio da concorrência, mesmo em mercados fortemente regulados, com no exemplo do texto do autor, e qualquer exceção à aplicação deste princípio deve ser cirúrgica e pontual, de forma a evitar as disfunções que a não aplicabilidade pode ocasionar.

7. - A própria Lei nº 8987/95, dispõem em seu artigo 16 que:

"Art.16. A outorga da permissão ou concessão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei".

8. - O que fica evidenciada da norma, bem como de muitas outras constantes de legislações posteriores, como a Lei Geral de Telecomunicações, é o enunciado da livre concorrência como uma regra a ser seguida, sendo admitida a exclusividade somente em regime de exceção.

⁵ Não é escopo do presente trabalho indicar um número de agrupamentos entendido como ideal, uma vez que não dispomos do material necessário e nem da expertise para a elaboração de um estudo econômico para tal. Contudo, nos parece que um número excessivamente reduzido de agrupamentos (02) não é, em princípio, justificável. A título de comparação, imaginem-se cidades do interior ou litorâneas que dispõem do serviço de coleta de lixo, com lucratividade e interesse para as empresas concessionárias. Imagine-se em termos comparativos que as subprefeituras de São Paulo são na maioria das vezes muito maiores que estas cidades. Assim, não nos parece razoável que estes serviços de coleta sejam lucrativos e viáveis nestas cidades menores e não possam ser na capital paulistana.

⁶ Sundfeld, Carlos Ari. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro in obra coletiva do mesmo título. Max Limonad. São Paulo, 2002, p.35.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

Mesmo nos serviços públicos, tradicionalmente ligados à idéia de *publicatio* e monopólio, cada vez mais a regra é a busca da maior concorrência possível.⁷

9. - Com efeito, importa notar que o monopólio é visto como uma disfunção econômica. A concorrência ou rivalidade entre os agentes econômicos consiste em valor básico de uma economia de mercado. É através da competição que se obtém ganhos de eficiência (alocativa, produtiva ou distributiva), os quais podem ser traduzidos em melhor qualidade aos produtos e serviços, melhores preços e inovações tecnológicas.

10. - O Guia para implementação de Defesa da Concorrência da OECD^{8[2]} destaca que:

" (...) through inter and intragovernmental participation in the development of public policies and by making submissions and interventions in regulatory proceedings, competition authorities can wield influence favoring market-determined solutions.

In some countries competition authorities can analyze whether regulatory measures from the public sector will negatively affect competition and strive to have any measures that unreasonably limit competition amended or abolished"

11. - De acordo, ainda, com a publicação da OECD, na Suécia os órgãos de defesa da concorrência podem propor alterações para regulamentos existentes visando um fomento do ambiente competitivo.

12. - O mesmo manual da OECD⁹ proclama adiante que:

"Therefore, competition policy authorities need to be involved proactively in government policy formulation to ensure that markets remain open, free, flexible, and adaptable".

13. - Dentro deste contexto, entende-se que a autoridade antitruste não deve apenas exercer um papel repressivo, atuando na análise de infrações, mas, sobretudo, preventivo, atuando, por exemplo, na formulação de políticas governamentais, como no caso da concessão de serviços públicos, que venham limitar a livre concorrência e promover a possibilidade de abuso do poder econômico, com evidentes prejuízos para a coletividade e em especial para o usuário do serviço público concedido.

Calixto Salomão Filho,¹⁰ com maestria, nos ensina que:

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços Públicos e Concorrência*, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, vol. 2.

⁸ A Framework for Design and Implementation of Competition Law and Policy. OECD./ Banco Mundial. 1998. pag.3

⁹ op. cit. p.8

¹⁰ Salomão Filho, Calixto, *Regulação e Antitruste: Fronteiras e Formas de Interação no Sistema Financeiro*, in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, Max Limonad. São Paulo, 2002, p.136.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

“(…) apesar da imunidade concorrencial para concessão de serviços públicos, **os princípios concorrenciais são perfeitamente aplicáveis ao processo licitatório que antecede a concessão.** Isso porque a lei não prevê expressamente a exclusão 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.”

No mesmo sentido os ex-presidentes do CADE Gesner Oliveira e João Grandino Rodas¹¹ na recente obra conjunta destacam que :

“A definição dos critérios de preço é freqüentemente estabelecida nos contratos de concessão. Mas as autoridades de defesa da concorrência podem opinar sobre este e vários outros assuntos em sua função de promoção da concorrência. Assim, a maior adequação ou não ao do critério de preço-teto para um determinado segmento ou o **próprio desenho de um leilão ou de um contrato de concessão são temas que merecem exame e opinião das autoridades de defesa da concorrência**”. (grifo nosso)

Os princípios concorrenciais devem, então, nortear as decisões do poder concedente quanto ao prazo, condições de participação dos agentes econômicos, exigências para participação na licitação e objeto da licitação, de forma a propiciar a presença do maior número possível de agentes, evitando ao máximo o risco de limitação à concorrência no processo licitatório e na execução dos futuros contratos.

14. - No caso do direito brasileiro, a Lei nº 8884/94, Lei de Defesa da Concorrência, caracteriza-se por ser uma lei nacional (art. 24, I, CF), que regulamentou a previsão constitucional dos artigos 170, IV e art.173, §4º.

15. - Sendo assim, a própria Lei de Defesa da Concorrência, por meio do artigo 15, determina o seu alcance e abrangência:

“Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sobre regime de monopólio legal.”

16. - Como se vê, a Lei é clara ao estabelecer sua aplicabilidade a toda e qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado. Neste sentido, a administração pública deve, em sede de procedimento licitatório para concessão de serviço público, sempre zelar pela implementação de esquemas competitivos e, quando isto não for possível, em razão de monopólios naturais, por exemplo, deve buscar a minimização dos conseqüentes malefícios, visando a implementar regras flexibilizadoras do regime de monopólio.

¹¹ Oliveira, gesner e João Grandino Rodas. Direito e Economia da Concorrência. Renovar, São Paulo, 2004, p.154.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

Neste ponto, vale mencionar a lição de Pedro Dutra¹²:

“Por exemplo, a regra a determinar a continuidade da prestação de determinado serviço de telefonia fixa não exclui o seu prestado, independentemente da titularidade do seu capital, da incidência da Lei de Defesa da Concorrência.”

Ou seja, não se venha argumentar que em face de compromissos de universalização e continuidade na prestação dos serviços, justificar-se-ia sempre a isenção antitruste na fase interna de licitação, que poderia inclusive ao final entender que a exclusividade é inevitável. Contudo, não há de se admitir, salvo excepcionalmente, o afastamento por completo do princípio da livre concorrência, em virtude destas regras de universalização e continuidade, inerentes ao regime público de prestação de serviços. O que se deve, na verdade, é, através de uma análise calcada no princípio da proporcionalidade, determinar o *quantum* de concorrência que esta estrutura admitiria. Vale dizer, ainda que o serviço devesse ser prestado no regime de exclusividade seria imprescindível a aplicação dos princípios concorrenciais quando da formatação do certame e do contrato de concessão, adotando-se, inclusive, sempre que possível, a assimetria regulatória pró-concorrencial.

Com efeito, a concessão de um serviço público com contrapartida da universalização e continuidade dos serviços e obras públicas acessórias certamente deve ter um prazo e área de concessão maior do que uma outra concessão, sem estes ônus. Contudo, estes aspectos da concessão, por óbvio devem ser inferiores aos prazos de uma concessão de serviço público cumulada com uma obra pública de grande vulto, com investimentos indubitavelmente onerosos e de longo prazo, ou ainda com outras obrigações de interesse social iminentes. O que se defende aqui é, em última análise, a aplicação do princípio da proporcionalidade quando da determinação destes valores, de tal sorte que a concorrência seja cerceada somente na exata medida necessária à consecução dos demais objetivos. Qualquer restrição à concorrência que ultrapasse estes limites razoáveis deve ser de plano afastada.

Neste sentido, a Lei Municipal que disciplinou a Concessão do Serviço de Lixo - Lei nº 13.478 de 2002 - estabelece no seu artigo 2º os princípios fundamentais da atividade, dentre os quais destacamos:

“Art. 2º - O Poder Público Municipal tem o dever de:

(...)

II - estimular a expansão e melhoria da infra-estrutura e dos serviços de limpeza urbana em benefício da população;

*IV - **promover a economicidade e a diversidade dos serviços, bem como incrementar a sua oferta e qualidade;**” (grifo nosso)*

Assim, a própria norma que disciplina as atividades de limpeza urbana do município de São Paulo estabelece como um dos seus princípios fundamentais a promoção da economicidade e

¹² Dutra, Pedro. Livre Concorrência e Regulação de Mercados. Renovar. Rio de Janeiro, 2003, p. 252 e segs.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

diversidade dos serviços com o incremento da oferta e qualidade, **vale dizer, prega corretamente o princípio concorrencial ao postular o incremento da oferta e qualidade.**

No presente caso o incremento da oferta e da qualidade poderia, *s.m.j.*, seria obtido com desenhos nos quais tanto prazo como as áreas concedidas fossem menores.

A Lei 13.478/ 02 em seu artigo 27, § 2º, ainda preconiza:

“Art. 27. (...)

*§ 2º - Será também admitida, a critério do Poder Executivo, a concessão de apenas algumas atividades inerentes aos serviços divisíveis essenciais, **ou ainda a possibilidade de concessão para mais de um particular**”.* (grifo nosso)

Deveras, a própria legislação municipal estimula a concorrência no regime público ao prever a possibilidade de concessão a mais de um particular.

Tem –se ainda que a lei 13.478/02 fixa no artigo 38 que:

*“Art. 38 - O prazo da concessão será determinado no edital de licitação, em função do estudo de viabilidade econômico-financeira da concessão e não excederá **o limite máximo de 20 anos**, admitida sua prorrogação por igual ou menor período.”*

Ora se a própria lei municipal estabelece como **limite máximo o prazo de 20 anos**, dentro de uma lógica com base no estudo de viabilidade econômica-financeira, não nos parece verossímil que o caso em análise ensejaria a hipótese do prazo máximo. A ausência de uma vultosa obra pública de longo prazo em conjunto com a concessão por si só já seria condição para afastar o prazo máximo. Mas existiram ainda outros fatores como o risco exclusivo do empreendimento, com a ausência do custeio do serviço através do fundo municipal de limpeza urbana (taxa de resíduos, dotações do Município, etc.), dentre outros que justificariam um prazo maior e que não estão presentes no caso em tela. Em síntese o prazo máximo de 20 anos fixado na Lei Municipal parece, em princípio, não ser razoável uma vez que não há tamanho risco de investimentos e a quantidade e montante das obras a serem realizadas.

Outro ponto que destacamos na norma é o artigo 116, que prescreve:

“Art. 116 - A regulamentação do serviço prestado no regime privado terá por objetivos:

IV - o estímulo à concorrência entre agentes econômicos prestadores do serviço, de maneira a diversificar os serviços, a aumentar sua qualidade e reduzir o seu custo.”

Assim, a norma prevê expressamente o estímulo à concorrência entre os agentes para a regulamentação dos serviços prestados em regime privado. Isto, por óbvio não significa que a concorrência deva ser afastada quando do regime público.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

Trata-se na verdade de hipótese contrária. Quando em regime público, a concorrência deve ser aplicada de forma peculiar, uma vez que os serviços prestados em regime público destacam-se pela sua essencialidade e relevância para o cidadão, e é justamente nestas situações que preços mais baixos e uma melhor qualidade devem ser almejados. Nestes casos, deveres de qualidade, generalidade, proteção ambiental e abrangência estão presentes, razão pela qual a concorrência deve ser estimulada de maneira especial. Ocorre, contudo, que, como na maioria das vezes, nestes casos, os serviços são prestados em regime de exclusividade, a concorrência deve manifestar-se *ex-ante*, ou seja, quando do desenho da concessão e dos atributos do contrato.

Logo, a concorrência não deve ser entendida como regime de competição entre os prestadores de serviço público e, também, como princípio basilar na construção de sistemas e procedimentos capazes de proporcionar maior transparência e resultados mais vantajosos para os usuários.

Desta feita, os processos decisórios precisam se espelhar em processos competitivos, democráticos que propiciem maior participação dos agentes econômicos, única forma dos resultados convenientes e eficientes serem alcançados.

17 - O conselheiro Fernando Marques no voto do Processo Administrativo nº 08000.007754/95-28 (Associação Brasileira de Agências de Viagem do Distrito Federal – ABAV/DF e Sindicato das Empresas de Turismo do Distrito Federal – SINDETUR/DF.) , assim se manifestou sobre as normas e orientações expedidas pelo DAC que vedavam a concessão de descontos em passagens aéreas:

“Nesta nova realidade, incentivar os agentes de viagem a não conceder descontos, ou seja, a adotarem postura comercial uniforme é conduta anticoncorrencial que deverá ser punida pelas autoridades antitruste. No entanto, antes esta conduta não era infração e, com a nova Constituição e com a desregulação do setor passou a ser. Donde se percebe que era e foi, acredito que até o presente julgamento, um ponto nebuloso inquirir-se a respeito da licitude ou ilicitude desta conduta. **Em suma, com este julgamento o CADE sinaliza claramente que não se admitirá mais esta prática, pois ela traz efeitos negativos à concorrência, configurando a hipótese prevista no inc. I do art. 20 da Lei 8.884/94.**” (grifo nosso).

E mais adiante na conclusão do voto, Conselheiro Fernando Marques enuncia:

“Do exposto e com base neste fundamento, determino a remessa de cópias da presente decisão ao Departamento de Aviação Civil e Tribunal de Contas da União, para ciência e eventuais providências de seu mister, **observando a referidos órgãos, notadamente ao DAC, que a limitação dos descontos apresenta fortíssimos impactos na dinâmica do mercado e na livre concorrência, merecendo maior atenção e estudo para sua revisão no âmbito legislativo**”.

(...)



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

“Determino o envio de cópia da decisão ao Exmo. Sr. Senador Presidente da CAE/Senado Federal para que, no âmbito de suas atribuições, promova a constituição de comissão a ser composta por integrantes do SBDC e do DAC, objetivando sanar a assimetria de informação a assimetrias legislativas existentes, de modo a assegurar o aprimoramento dos benefícios concorrenciais, ponderados os aspectos de segurança à coletividade (objeto da destinação e titularidade dos bens protegidos pela Lei 8.884/94) representada legítima e democraticamente pela Casa Legislativa Nacional.” (grifo nosso).

No Ato de Concentração n.º 08012.005516/2001-11 (Petrobrás Gás S.A. – Gaspetro, Gásgoiano S.A. e Agência Goiana de Gás Canalizado – Goiásgás), o Conselheiro Fernando Marques assim se manifestou:

“Em recente voto do ilustre Conselheiro Roberto Castellanos Pfeiffer, no Ato de Concentração n.º 08012.002455/2002-111, em que figuraram como requerentes a Petrobrás Gás S.A., a CS Participações Ltda e a Companhia de Gás do Piauí – Gaspisa, foi analisado se estas sugestões deveriam ser adotadas como recomendações ao Órgão concedente ou como determinações impostas como condição para a aprovação do Ato de Concentração. Definiu-se como prerrogativa do Poder concedente avaliar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas propostas pelo SBDC nos atos de concentração que envolvam apreciação de contrato de concessão de serviço público, a teor do art. 175 da Constituição Federal. Não obstante, foi ressaltada a norma constitucional dos arts. 170, IV e 173, § 4º, que prevêm a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, **concluindo-se que a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência. Dessa forma, cabe aos órgãos antitruste solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, uma vez que se não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica.** Assim, no mesmo sentido do mencionado voto, determino a expedição de uma recomendação ao Poder Concedente para que adote as providências acima listadas pela Agência Nacional do Petróleo.” (grifo nosso).

18. - A esse respeito, vale citar que o órgão de defesa da concorrência do Canadá publicou, em seu site¹³, texto de autoria de George N. Addy - Diretor de Fiscalização e Pesquisa - descrevendo políticas recomendadas pelo órgão visando à introdução da concorrência nos procedimentos licitatórios:

"In 1994, in response to these concerns, Bureau staff undertook a detailed examination of the government household goods tender process to determine if it raised issues under the Act or the prohibition order and to provide advice to the IDC on the competitive implications of their tender. I would note that this was not a formal inquiry. This examination resulted in a report to the IDC, in August of 1994, which noted a number

¹³ <http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct01411e.html>



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

*of conclusions and **offered a number of recommendations designed to make the tender process more competitive and reduce the possibility that the tender's provisions could indirectly induce a breach of either the Competition Act or the 1983 prohibition order.** The report has subsequently become accessible to the public through Access to Information. In summary, the report concluded that the IDC tender requirements tended to;*

- (a) inhibit competition among incumbent bidders,*
- (b) reduce access to the bidding process for potential new entrants,*
- (c) limit the ability of approved carriers to provide service to the IDC except through the van line with whom they were affiliated,*
- (d) restrict the ability of carriers not currently providing service to the federal government from becoming suppliers.*

I would draw your attention to two of the report's major recommendations. One was that the IDC's allocation of business formula should be amended to award the lowest bidder, whether an incumbent or a new entrant, a substantial portion of the IDC business. Implementation of this recommendation would encourage additional firms to enter the market and would provide an additional incentive to the bidders to price competitively. The report also recommended that the rules with respect to exclusivity be eliminated. The exclusivity rules of the IDC tender required each carrier to be represented by only one bidder. Removal of this requirement would allow carriers to represent more than one bidder. The exclusivity rules of the IDC were viewed as increasing carrier dependence on van lines with respect to the acquisition of government business. Moreover, independent, non-affiliated, carriers were excluded from obtaining access to federal government business. The IDC responded positively by adopting some of our recommendations in their 1995 tender and indicating that consideration would be given to implementing other recommendations in future tenders."

19. - Trata-se de importante constatação, visto que, se limitada qualquer sanção a ser imposta, não haveria meio de coerção dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em face dos entes governamentais.

20 - Ocorre que a Lei de Defesa da Concorrência também a esse caso fez previsão, constando do artigo 7º, X, que compete ao plenário requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, as medidas necessárias ao cumprimento da Lei.

21. - Sendo assim, parece clara a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência aos procedimentos licitatórios, tendo em vista inclusive a experiência estrangeira, com a possibilidade no Brasil, contudo, de haver apenas requisição ou solicitação aos entes da administração pública envolvidos, conforme o caso.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

22. - É importante destacar a jurisprudência do CADE sobre esta matéria competencial. No Ato de Concentração nº 08012.002455/2002-11, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer destaca o seguinte:

“[a Constituição Federal] prevê a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico como normas a serem obedecidas (art. 170, IV e art. 173, § 4º). Nesse contexto, a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência.

Porém, é de ser ponderada a questão do pacto federativo, o qual impede que o SBDC imponha a inobservância de normas municipais ou estaduais do mesmo modo que pode proceder quando se tratar da Administração Pública ligada ao Poder Executivo Federal. Nesses casos, cabe aos órgãos Antitruste tão somente solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, que uma vez não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica” (Voto do Conselheiro, pág. 4)

23. - O não atendimento à requisição ou solicitação do CADE pode nos levar às outras duas medidas possíveis, conforme destacado pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.006507/98-81, em que asseverou que o CADE enviará o caso a sua Procuradoria, a fim de que esta tome as medidas judiciais cabíveis, ou na impossibilidade de fazê-lo (por exemplo, quando se tratar de ação direito de inconstitucionalidade), elabore representação ao Ministério Público, a fim de anular judicialmente a norma legal estadual ou municipal incompatível com a infratora à ordem econômica”. (Voto de Conselheiro, pag. 3).

4. CONCLUSÃO

Considerando as explicações acima apresentadas com relação à necessidade de aplicação do princípio e da norma concorrencial aos procedimentos licitatórios;

Considerando que, nos termos do artigo 7º, inciso X, da Lei 8884/94, o Plenário do CADE tem competência para solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

Considerando ser papel desta Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica promover e difundir os princípios da livre concorrência inscritos na Constituição Federal;



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica

Considerando por fim, que a licitação ora em análise, parece estabelecer prazo e áreas de concessão excessivamente extensas, restringindo em de forma desproporcional o princípio da concorrência;

Opinamos no sentido de que há indícios de que o edital de licitação analisado possa estar violando o Direito da Concorrência, razão pela qual entendemos mister fazer-se o encaminhamento da presente manifestação ao CADE para análise e adoção das medidas que entender pertinentes ao caso.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

À consideração do Ilmo. Sr. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo – OAB/SP.

São Paulo, 30 de agosto de 2004.

Adriano Candido Stringhini

Integrante da Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica

Alexandre Santos de Aragão

Consultor da Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica

Giovani Ribeiro Loss

Integrante da Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica

Lucas Prado

Integrante da Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica