

# ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

---

## A INTERAÇÃO ENTRE SEAE E ANP À LUZ DA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (LEI 12.529/2011)

BRUNO CONDE CASELLI

Mestre em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED/IE/UFRJ – 2012). Bacharel em economia (IE/UFRJ – 2004). Pós-graduando em Direito do Estado e da Regulação (FGV-RJ). Especialista em Regulação da ANP, lotado na Coordenadoria de Defesa da Concorrência.

### ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

**RESUMO:** O presente estudo busca examinar o processo de interação entre regulação e defesa da concorrência a partir da vigência da Lei 12.529/2011, tendo como objeto de análise a relação entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), entidade integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Neste escopo, o trabalho explicita os aspectos relevantes sobre a Análise de Impacto Regulatório (AIR) que emergem do exercício, pela Seae, da função de advocacia da concorrência prevista na legislação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regulação – Concorrência – Agências reguladoras – Petróleo – AIR – Instituições – Interação.

**ABSTRACT:** This paper studies the process of interaction between regulation and antitrust from the enactment of Law No. 12.529/2011, with the object of analysis the relationship between the Secretariat for Economic Monitoring (SEAE), a member organization of the Brazilian System of Competition Defense (SBDC), and the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels (ANP). In this scope, the article sets out the relevant aspects of the Regulatory Impact Analysis (RIA) that arise from the role of advocacy competition played by the SEAE.

**KEYWORDS:** Regulation – Competition – Institutions – Oil – Natural gas – RIA.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Regulação setorial e a nova Lei de Defesa da Concorrência no Brasil: 2.1 As mudanças da Lei 12.529/2011 e o papel da Seae – 3. A interação da Seae com a ANP a partir da Lei 12.529/2011 – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A<sup>1</sup> nova lei brasileira de defesa da concorrência (Lei 12.529/2011) introduziu modificações no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), as quais impactaram as atribuições e a forma de atuação das respectivas entidades integran-

---

1. Recomendação ao Prêmio IBRAC TIM 2014.

tes. O novo desenho institucional resultante reforça a necessidade de estreitamento das relações das autoridades concorrenciais com as agências reguladoras setoriais no Brasil, o que demanda a formação de um ambiente propício à interação com as agências reguladoras.

Neste contexto, o presente estudo busca examinar o processo de interação entre regulação e defesa da concorrência a partir da vigência da Lei 12.529/2011, tendo como objeto de análise a relação entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), entidade integrante do SBDC, e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Neste escopo, o trabalho explicita os aspectos relevantes sobre a Análise de Impacto Regulatório (AIR) que emergem do exercício, pela Seae, da função de advocacia da concorrência prevista na legislação.

## 2. REGULAÇÃO SETORIAL E A NOVA DE LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

No que concerne à interação entre entidades regulatórias e concorrenciais, em breve estudo, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, na sigla em inglês) examinou os fatores relevantes na coexistência de autoridades regulatórias e concorrências em diversos países, considerando as características intrínsecas à regulação técnica, à regulação econômica e à aplicação da legislação antitruste (UNCTAD, 2005). De acordo com trabalho publicado, a maioria dos países tem reconhecido a necessidade de promover uma estreita cooperação e a construção de políticas públicas coerentes entre autoridades de defesa da concorrência e órgãos reguladores, considerando as respectivas competências definidas em lei. Um elemento-chave desta cooperação é a troca de informações, aproveitando-se das expertises e da especialização inerentes a cada entidade estatal (UNCTAD, 2005, p. 7-8).

No escopo dos fatores que poderiam nortear a relação entre as entidades regulatórias e de defesa da concorrência, destaca-se o princípio da subsidiariedade, o qual estabelece que qualquer forma particular de intervenção estatal por meio de edição de normas regulatórias deve ser realizada em nível de governança adequado à efetividade da regulação. O atendimento daquele princípio, por sua vez, tende a ser facilitado por outros princípios, destacando-se: transparência (acesso às informações necessárias para fazer julgamentos corretos); devido processo legal e princípio da participação<sup>2</sup> (possibilidade de manifestação de todos os que possam ser afeta-

---

2. Na Constituição Brasileira de 1988, podemos citar, por exemplo, o art. 5.º, LIV (devido processo legal), o art. 37, § 3.º (princípio da participação); e o art. 58, § 2.º, II (possibilidade de realização, pelas comissões temáticas do Congresso Nacional, de audiências públicas com entidades da sociedade civil).

dos por determinado regulamento – por exemplo, a advocacia da concorrência)<sup>3</sup> e; proporcionalidade (cuidado visando eliminar custos desnecessários decorrentes de eventual excesso normativo ou regulamento ineficaz) (UNCTAD, 2005).

Sobre tal aspecto, mostra-se interessante mencionar a existência de mecanismo cada vez mais utilizado pelas entidades estatais, em especial as agências reguladoras, para a mensuração dos impactos negativos e positivos das respectivas decisões sobre os agentes econômicos. Denominado Análise de Impacto Regulatório (AIR), o instrumento tem o objetivo de examinar as consequências de determinada norma a ser editada, considerando elementos como: identificação do problema, agentes impactados, efeitos sobre o ambiente concorrencial do mercado e custos e benefícios decorrentes da regulamentação. Tal conjunto de informações, além de fundamentar o ato administrativo e de demonstrar o juízo da proporcionalidade adotada pela entidade reguladora, amplia a capacidade de participação dos diferentes setores da sociedade no âmbito das consultas e audiências públicas.

Conforme destacado por Sampaio (2013), é possível compreender que a ação estatal manifestada pela edição de normas regulatórias impositivas ou substitutivas do mercado e que representam, de modo geral, restrições de atuação e custos adicionais aos agentes econômicos devem atentar para os requisitos de transparência, participação social, legitimidade e, fundamentalmente, observar o princípio da proporcionalidade. Ou seja, “(...) o resultado social obtido com a intervenção estatal sobre a esfera de liberdade econômica do agente privado de ser proporcional à sua carga coativa” (SAMPAIO, 2009, p. 89).

Comentando sobre a adoção da AIR no Brasil, Sampaio e Guerra (2012) explicitam que, apesar de não ser obrigatória (via lei geral, por exemplo), agências reguladoras federais têm iniciado experiências na utilização do AIR como forma de melhor subsidiar e avaliar as consequências das decisões regulatórias, o que também resulta em maior debate público e transparência administrativa e fortalece o caráter participativo do regime democrático constitucionalmente previsto.<sup>4</sup>

Refletindo acerca dos limites de atuação das entidades de defesa da concorrência e agências reguladoras, Sampaio (2013) lembra que a linha divisória dos mencionados limites pode ser tênue, na medida em que, de um lado, normas regulatórias, mesmo com conteúdo técnico, podem interferir no desenvolvimento da livre con-

---

3. Como veremos, papel este exercido atualmente pela Seae do Ministério da Fazenda, conforme atribuição legal constante do art. 19 da Lei 12.529/2011.

4. Sampaio e Guerra (2012) citam, ainda, o Dec. 6.062/2007, que instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG. Tal programa tem atuado na melhoria da qualidade regulatória no Brasil, em especial por meio da realização de atividades de capacitação de servidores públicos para implantação dos mecanismos de AIR nas entidades reguladoras federais.

corrência em determinado mercado (por exemplo, por meio da criação de barreiras regulatórias à entrada) e, de outro, eventuais decisões da autoridade concorrencial podem afetar a dinâmica do mercado de forma distinta daquela decorrente da regulação setorial.

No mesmo sentido, estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (1999) apresenta considerações relevantes acerca do processo de inter-relação entre as autoridades concorrenciais e as entidades reguladoras setoriais, em especial no que tange aos impactos dos atos normativos nos mercados regulados. Analisando o desenho institucional de diversos países, o trabalho expõe a importância da legislação concorrencial na definição de competências que permitam à autoridade de defesa da concorrência promover a observância de princípios pró-competitivos no processo decisório da regulação setorial, refletindo um arcabouço regulatório gradativamente mais influenciado pela concorrência.

Anders *et al* (2012), ao examinarem as principais modificações introduzidas pela Lei 12.529/2011, explicitam que a função de advocacia da concorrência estabelecida na Lei pode ser dividida em duas vertentes. A primeira teria um caráter educativo e seria exercida por meio da divulgação de regras e diretrizes associadas às boas práticas concorrenciais, tendo como foco as diversas entidades públicas (incluindo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), órgãos de classe, associações de consumidores, sindicatos, empresas e sociedade de modo geral.

A segunda vertente, por seu turno, representaria a relação entre as autoridades de defesa da concorrência e demais entidades formuladoras e implementadoras de políticas públicas, nas quais se enquadram, por exemplo, as agências reguladoras setoriais. De acordo com os autores, as competências relacionadas a esta vertente poderiam conferir tanto a competência de meramente opinar sobre os aspectos concorrenciais de atos normativos a serem editados, quanto de exigir a retirada do ordenamento jurídico de determinado regulamento que fosse contrário aos princípios e à legislação de defesa da concorrência.<sup>5</sup> Ou seja, em vista dos potenciais impactos de atos normativos sobre determinado mercado, torna-se recomendável que “(...) os órgãos de defesa da concorrência atuem como agentes fiscalizadores dos demais órgãos administrativos, de forma a impedir que um ato normativo-regulador possa desvirtuar um ambiente competitivo quando este é economicamente viável e eficiente” (ANDERS *et al*, 2012, p. 79). Ainda na visão dos autores, nas situa-

---

5. Na interpretação dos autores, inclusive, esta parece ser a intenção do inc. VIII do art. 9.º da Lei 12.529/2011, o qual conferiu ao Tade o poder de “requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento” (BRASIL, 2011) da mencionada Lei (ANDERS *et al*, 2012).

ções de possível geração de distorções ao ambiente concorrencial, os atos deveriam sujeitar-se à análise e ao julgamento pelas autoridades de defesa da concorrência.

### *2.1 As mudanças da Lei 12.529/2011 e o papel da Seae*

A Lei 8.884/1994, antiga Lei de Defesa da Concorrência, instituída em um momento de abertura e liberalização da economia brasileira, teve o papel importante de consolidar e modernizar a definição de infrações à ordem econômica e ampliar a importância das análises antitruste (atos de concentração econômica), contribuindo para o fortalecimento do aparato institucional necessário à repressão ao abuso de poder econômico. A referida Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal e implementou o SBDC, caracterizado pela ação coordenada das demais entidades integrantes: a Seae do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça (MJ).

Conforme mencionado por Carvalho e Lima (2012), a década de 1990 marcou a reestruturação patrimonial do Estado brasileiro a partir do processo de privatizações de empresas estatais, da criação de diversas agências reguladoras setoriais e do surgimento da defesa da concorrência como nova concepção de intervenção estatal.

O aprendizado obtido durante a vigência da Lei 8.884/1994 e a consolidação da importância do papel da defesa da concorrência no modelo de desenvolvimento econômico brasileiro contribuíram para o processo de revisão da legislação antitruste no Brasil, iniciado no Congresso Nacional em 2004 e que culminou com a promulgação da Lei 12.529/2011, fixando um novo marco legal da defesa da concorrência no país. As modificações foram significativas e referiram-se tanto ao aspecto institucional, quanto às principais áreas de atuação: análise de estruturas, investigação de condutas e exercício da advocacia da concorrência.

No que tange aos dois primeiros aspectos, de acordo com as contribuições trazidas por Pedra (2013, p. 2), a nova lei promoveu alterações nos processos tanto de análises de atos de concentração, quanto de investigação de condutas anticompetitivas, tendo como “objetivo principal minimizar os problemas referentes à lentidão e à burocracia dos processos, a análises desenvolvidas por mais de uma instituição e à notificação dos atos de concentração com efeitos pouco representativos no ambiente econômico”.

Já com relação ao terceiro aspecto, foi definido para a Seae um novo papel<sup>6</sup> no âmbito do desenho institucional do SBDC, centralizando a atuação daquela

---

6. O art. 19 da Lei 12.529/2011 atribui claramente à Seae a função de advocacia da concorrência, em especial, com vistas à análise dos aspectos concorrenciais e dos impactos ao ambiente competitivo decorrentes de atos normativos aditados pelas entidades estatais.

secretaria na “promoção da concorrência junto aos órgãos de governo e à sociedade, nos diversos setores da atividade econômica, com ênfase na análise dos mercados regulados” (PEDRA, 2013, p. 3). A nova Lei de Defesa da Concorrência, portanto, trouxe impactos diretos na relação entre as agências reguladoras e a Seae (no âmbito das análises de impactos concorrenciais decorrentes das propostas de atos normativos a serem editadas) e estabeleceu, para o Cade, a função de aplicar a legislação concorrencial no que tange ao controle de estruturas e de condutas.

À luz da Lei 12.529/2011, portanto, o novo SBDC passa a ser composto pelo Cade e pela Seae, distinguindo-se da composição anterior, que incluía a SDE do MJ.<sup>7</sup> De acordo com a nova legislação, o Cade, organizado como autarquia federal com função judicante vinculada ao MJ, é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tade), pela Superintendência-Geral (SG); e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE).<sup>8</sup>

Especificamente no que à interação entre agências reguladoras e Seae, a partir das atribuições conferidas a essa secretaria pela nova legislação, em particular no que concerne à função de advocacia da concorrência, Pedra (2013) evidencia a importância da interface entre entidade reguladora e concorrencial por meio do processo de consultas públicas conduzido pelas agências quando da proposição de atos normativos setoriais. O autor explicita que a elaboração pela Seae de pareceres analíticos relacionados às minutas de textos de regras regulatórias, os quais apresentam questionamentos acerca dos motivos e dos impactos das regras propostas, permitem às agências, de acordo com a respectiva avaliação técnica, incorporar eventuais sugestões e aprimorar a redação final do ato normativo a ser editado. Entretanto, o curto espaço de tempo hoje verificado entre a disponibilização da minuta, a emissão do parecer analítico pela Seae (encaminhado no âmbito das consultas ou audiências públicas) e a realização da audiência pública tende a prejudicar a reflexão técnica dos argumentos apresentados, especialmente em temas de alta complexidade. Assim, o desenvolvimento de mecanismos de comunicação e cooperação entre essa secretaria e as agências reguladoras<sup>9</sup> parece colaborar com esse processo de formulação de regras regulatórias e, consequentemente, contri-

---

7. As funções da SDE foram absorvidas pela Superintendência-Geral do novo Cade, como veremos brevemente adiante.

8. Nos termos do art. 5.º da Lei 12.529/2011.

9. Este, inclusive, parece ser um dos objetivos da Lei 12.529/2011, na medida em que, no inc. II do § 1.º do art. 19, explicitamente, estabeleceu que para o cumprimento de suas atribuições, a Seae poderá “celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência” (BRASIL, 2011).

buir com o desenvolvimento de análises dos impactos das decisões regulatórias sobre o ambiente concorrencial.

Ainda no que tange ao papel da Seae, ao comentar as mudanças observadas a partir da vigência da Lei 12.529/2011, Oliveira Jr. (2012) explicita que as alterações legais concentraram naquela secretaria o importante papel de advocacia da concorrência, com a função precípua “(...) de orientar a comunidade em geral e os demais órgãos e entidades do Estado sobre a política de defesa da concorrência” (OLIVEIRA JR., 2012, p. 162). Deste modo, a Seae continua integrando o SBDC, porém, com a responsabilidade adicional<sup>10</sup> de coordenar as atividades relativas à interseção entre defesa da concorrência e regulação econômica, com foco nas discussões e manifestação *ex ante* acerca dos aspectos concorrenciais dos marcos regulatórios setoriais, por meio da emissão de pareceres sobre atos normativos e regras regulatórias que, em abstrato, poderiam prejudicar a livre concorrência (CARVALHO; LIMA, 2012). Neste sentido, a atuação da Seae no papel de advocacia da concorrência passa a ocorrer, por exemplo, no momento das consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras.

À luz do novo desenho institucional introduzido pela Lei 12.529/2011, o capítulo seguinte apresentará, na perspectiva de um estudo de caso, aspectos da interação entre a Seae e uma agência reguladora setorial: a ANP.

### 3. A INTERAÇÃO DA SEAE COM A ANP A PARTIR DA LEI 12.529/2011

Após a vigência da Lei 12.529/2011 a Seae assumiu a função precípua de advocacia da concorrência, nos termos definidos no art. 19 da mencionada Lei. No que tange às agências reguladoras, o legislador infraconstitucional explicitou a competência daquela secretaria em opinar, como entidade integrante do SBDC, nos aspectos referentes à promoção da concorrência sobre as proposições de atos normativos submetidos à consulta pública pelas agências reguladoras, inclusive quanto aos pedidos de revisão tarifária.

Neste novo contexto, a Seae vem atuando intensamente nessa função de advocacia da concorrência, especialmente junto às agências reguladoras setoriais. Por meio dos denominados Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias, de 2012 até maio de 2014, a Seae elaborou 686 documentos,<sup>11</sup> nos quais constam manifestações

---

10. Permanece a possibilidade de manifestação da Seae nos processos referentes a atos de concentração e condutas anticompetitivas estipuladas na Lei 12.529/2011.

11. O quantitativo total baseou-se na numeração dos pareceres disponíveis no sítio eletrônico da Seae, conforme link [[www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias](http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias)]. De acordo com os dados obtidos, anualmente foi

acerca dos potenciais impactos concorrenciais das propostas de regulamento nos mercados regulados.

Assim, tendo em vista o escopo do presente estudo, serão examinados o conteúdo dos Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias encaminhados pela Seae à ANP, no âmbito das consultas públicas realizadas por essa agência. Adicionalmente, do ponto de vista metodológico, serão realizados dois recortes: um temporal (que selecionará os documentos elaborados nos anos de 2012 e 2013) e um analítico (que considerará os pareceres da Seae que foram respondidos pela ANP por meio de Notas Técnicas Conjuntas<sup>12</sup> com a participação da Coordenadoria de Defesa da Concorrência (CDC) dessa agência).<sup>13-14</sup>

À luz da referida metodologia, a Tabela 1 apresenta a descrição dos pareceres da Seae objeto de análise, considerando sua identificação numérica e ano, a consulta pública de referência e a temática principal da proposição normativa. Além disso, considerando o recorte analítico mencionado, a Tabela 1 expõe o resultado da análise do conteúdo dos pareceres da Seae, quando foram observados os diversos aspectos constantes da opinião técnica dessa secretaria, no exercício de sua atribuição legal, em relação às propostas normativas apresentadas pela ANP.

---

elaborado o seguinte quantitativo de pareceres: 214, em 2012, 350, em 2013, e 122, até maio de 2014.

12. Entende-se por Nota Técnica Conjunta o documento elaborado por duas ou mais Unidades Organizacionais da ANP, que contempla as considerações técnicas acerca de determinada temática regulatória e que aborda aspectos regimentais das distintas áreas envolvidas (por esse motivo é feita conjuntamente). Tais documentos são, de modo geral, elaborados em função da complexidade da temática apresentada ou para responder a questionamentos encaminhados por entidades externas (como Ministérios Públicos, Poder Judiciário, Seae etc.).
13. Para fins do presente estudo, a opção por examinar as manifestações da Seae respondidas por meio de Notas Técnicas Conjuntas deveu-se ao fato de que, nos referidos casos, a CDC da ANP foi instada a analisar e observar os comentários apresentados pela Seae, ponderando os aspectos abordados no âmbito dos pareceres analíticos, coordenando a resposta a ser encaminhada e, eventualmente, sugerindo internamente melhorias à minuta de resolução proposta inicialmente pela ANP.
14. Considerando o referido recorte analítico, foram examinadas 15 propostas regulatórias da ANP com manifestação da Seae. As Notas Técnicas Conjuntas elaboradas pela CDC e pelas áreas técnicas internas da ANP promotoras das audiências e consultas públicas estão disponíveis no sítio eletrônico da Agência: [[www.anp.gov.br/?pg=69956](http://www.anp.gov.br/?pg=69956)].

**Tabela 1 – Questões apresentadas nos Pareceres Analíticos Sobre Regras Regulatórias encaminhados pela Seae à ANP (2013-2013)**

| Ano  | Parecer SEAE                 | Consulta ANP | Tema                           | Ha identificação do problema? | Ha documentação fundamentando a proposta? | Ha identificação da base legal? | Ha identificação dos agentes afetados? | Ha identificação dos efeitos sobre a sociedade (positivos e negativos)? | Custos e benefícios foram estimados? | Foram identificadas opções regulatórias? | Ha análise de impacto econômico (AL)? |
|------|------------------------------|--------------|--------------------------------|-------------------------------|-------------------------------------------|---------------------------------|----------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------|------------------------------------------|---------------------------------------|
| 2012 | Parecer nº 20/COGEN/SEAE/MF  | 05/2012      | Refino                         | Parcialmente                  | Parcialmente                              | Sim                             | Parcialmente                           | Não                                                                     | Não                                  | Não                                      | Sem Impacto                           |
| 2012 | Parecer nº 25/COGEN/SEAE/MF  | 06/2012      | Transporte por dutos           | Sim                           | Sim                                       | Sim                             | Sim                                    | Sim                                                                     | Não                                  | Sim                                      | Não                                   |
| 2012 | Parecer nº 33/COGEN/SEAE/MF  | 11/2012      | Especificação de produtos      | Sim                           | Parcialmente                              | Sim                             | Parcialmente                           | Não                                                                     | Não                                  | Não                                      | Não                                   |
| 2012 | Parecer nº 90/COGEN/SEAE/MF  | 09/2012      | Abastecimento                  | Sim                           | Sim                                       | Sim                             | Parcialmente                           | Parcialmente                                                            | Não                                  | Não                                      | Sem Impacto                           |
| 2012 | Parecer nº 182/COGEN/SEAE/MF | 17/2012      | Especificação de produtos      | Sim                           | Sim                                       | Parcialmente                    | Sim                                    | Parcialmente                                                            | Não                                  | Não                                      | Sem Impacto                           |
| 2012 | Parecer nº 19/COGEN/SEAE/MF  | 02/2013      | Leilão de blocos exploratórios | Não                           | Não                                       | Parcialmente                    | Parcialmente                           | Não                                                                     | Não                                  | Não                                      | Não                                   |
| 2012 | Parecer nº 84/COGEN/SEAE/MF  | 06/2013      | Especificação de produtos      | Sim                           | Sim                                       | Parcialmente                    | Sim                                    | Parcialmente                                                            | Parcialmente                         | Sim                                      | Não                                   |
| 2013 | Parecer nº 96/COGEN/SEAE/MF  | 10/2013      | Especificação de produtos      | Sim                           | Sim                                       | Sim                             | Parcialmente                           | NA                                                                      | NA                                   | NA                                       | Não                                   |
| 2013 | Parecer nº 110/COGEN/SEAE/MF | 08/2013      | Abastecimento                  | Sim                           | Parcialmente                              | Sim                             | Sim                                    | NA                                                                      | NA                                   | Não                                      | Não                                   |
| 2013 | Parecer nº 145/COGEN/SEAE/MF | 13/2013      | Abastecimento                  | Sim                           | Parcialmente                              | Sim                             | Sim                                    | Parcialmente                                                            | Não                                  | Não                                      | Não                                   |
| 2013 | Parecer nº 146/COGEN/SEAE/MF | 12/2013      | Especificação de produtos      | Parcialmente                  | Não                                       | Não                             | Parcialmente                           | Parcialmente                                                            | Não                                  | Não                                      | Sem Impacto                           |
| 2013 | Parecer nº 179/COGEN/SEAE/MF | 20/2013      | Leilão de blocos exploratórios | Não                           | Não                                       | Parcialmente                    | Parcialmente                           | Não                                                                     | Não                                  | Não                                      | Não                                   |
| 2013 | Parecer nº 213/COGEN/SEAE/MF | 22/2013      | Especificação de produtos      | Sim                           | Sim                                       | Parcialmente                    | Sim                                    | Parcialmente                                                            | Parcialmente                         | NA                                       | Não                                   |
| 2013 | Parecer nº 213/COGEN/SEAE/MF | 23/2013      | Transporte por dutos           | Sim                           | Sim                                       | Sim                             | Parcialmente                           | NA                                                                      | NA                                   | NA                                       | NA                                    |
| 2013 | Parecer nº 224/COGEN/SEAE/MF | 25/2013      | Leilão de blocos exploratórios | Não                           | Não                                       | Parcialmente                    | Parcialmente                           | Não                                                                     | Não                                  | NA                                       | Não                                   |

Fonte: elaboração própria a partir dos pareceres da Seae disponíveis em: [www.seae.fazenda.gov.br].

Nota: qualificação "sim", "não" e "parcialmente" dadas a partir de interpretação própria, considerando os pareceres da Seae, a metodologia adotada e os resultados nas análises efetuadas.

Legenda:

*Sim*: questão tratada pela Agência.

*Parcialmente*: qualificação dada a partir da interpretação dos pareceres da Seae, considerando menção de que, embora possa ser deduzida a resposta, a documentação ou a informação disponibilizadas pela agência deveriam ser mais claras ou completas.

*Não*: informação não considerada ou não divulgada pela Agência.

*Sem impacto*: a Seae considerou que não há impacto concorrencial.

*NA*: não avaliado – questão não avaliada no parecer da Seae.

Inicialmente, é interessante notar que nos primeiros pareceres encaminhados à ANP, a Seae destaca a importância da participação social no processo de regulamentação das agências reguladoras. De acordo com a Seae, na medida em que órgão regulador setorial não é capaz de deter e conhecer todas as informações do mercado, os mecanismos de consulta e audiência públicas contribuem para a obtenção de informações que possam auxiliar a análise técnica e os potenciais impactos da norma, aprimorando, conseqüentemente, a tomada de decisão pela autoridade reguladora. Conforme explicitado pela Seae (2012, p. 1):

"[A]s agências reguladoras, como todos os agentes que atuam em dado mercado, possuem visão incompleta e imperfeita das matérias objeto da tomada de decisão. Nesse sentido, a coleta de informações e opiniões por meio de audiências e consultas públicas permite a descoberta de falhas regulatórias não previstas pelas agências reguladoras. Por isso, a participação social é elemento chave para construção de uma regulação mais eficiente e transparente; confere, também, maior legitimidade às regras editadas. Contribui, assim, para a potencial redução de falhas regulatórias, cujos efeitos nocivos não são prontamente captados pela agência reguladora."

Os pareceres da Seae utilizam a abordagem da AIR como forma de subsidiar o exame dos aspectos relevantes da proposição normativa, preocupando-se também com a qualidade da informação apresentada à sociedade e com a robustez da fundamentação técnica, o que, sob o ponto de vista concorrencial, procura verificar, em última análise, a proporcionalidade do ato administrativo potencialmente impactante à livre iniciativa e à livre concorrência, conforme mencionado no subitem 3.1. A disponibilização adequada de documentação balizadora é essencial para a compreensão, pelos agentes afetados, do contexto que levou a entidade regulatória a propor nova regulamentação ou alteração de regulamento vigente.

Neste escopo, a Seae ressalta a importância da identificação clara e precisa do problema a ser enfrentado, sendo este um requisito necessário à adequação e oportunidade da solução regulatória a ser implementada. O entendimento da Seae (2012) caminha no seguinte sentido de que:

“(…) [a] intervenção regulamentar deve basear-se na clara evidência de que o problema existe e de que a ação proposta a ele responde, adequadamente, em termos de sua natureza, dos custos e dos benefícios envolvidos e da inexistência de alternativas viáveis aplicáveis à solução do problema. É também recomendável que a regulação decorra de um planejamento prévio e público por parte da agência, o que confere maior transparência e previsibilidade para os administrados e maior racionalidade às operações do regulador” (SEAE, 2012, p. 2).

Os aspectos relacionados à base legal de sustentação da decisão regulatória também são objeto de verificação no âmbito dos pareceres encaminhados à ANP, procurando avaliar se o escopo do ato normativo integra o marco legal de criação e definição das atribuições e competência do órgão regulador setorial.

Da mesma forma, a avaliação dos efeitos da regulação sobre a sociedade requer a identificação dos agentes potencialmente afetados pela norma a ser editada, positiva ou negativamente, com a estimação dos custos e benefícios decorrentes da intervenção estatal. De acordo com o manifestado pela Seae (2012), tal estimação, bem como a observação de alternativas viáveis, mostra-se como condição necessária à aferição da eficiência da regulação proposta. No que tange especificamente às agências reguladoras setoriais:

“(…) mais do que simplesmente motivar os seus atos, é desejável que essas entidades, no intuito de melhor validar suas ações, empreendam estudos das estimativas dos custos implícitos em cada norma proposta, condicionando sua aprovação, se possível, à demonstração de que os benefícios a serem produzidos por esses regulamentos justificam sua implementação” (Seae, 2012, p. 4).

Considerando as dificuldades intrínsecas à mensuração dos custos e benefícios de determinada proposta regulatória, já que, em geral, os efeitos, tanto negativos quanto positivos, são avaliados em tese, a Seae pondera que a estimação pode considerar os impactos da norma sob a ótica qualitativa, demonstrando-se a prevalência dos benefícios em relação aos custos possíveis.

Em complementação aos aspectos relacionados à fundamentação das regras regulatórias a serem editadas, bem como ao exame dos impactos e dos potenciais agentes econômicos afetados, a Seae, no escopo de sua função de advocacia da concorrência, aponta a relevância de se observar as eventuais consequências da implementação de políticas públicas específicas sobre o ambiente concorrencial. Nesta perspectiva, denominada Análise do Impacto Concorrencial (AIC), busca-se avaliar, em termos práticos, conforme indicado por OCDE (2011), quatro efeitos possíveis: (a) limitação do número ou da variedade de fornecedores; (b) limitação da capacidade dos fornecedores de competirem entre si; (c) redução do incentivo à competição entre os fornecedores; e (d) limitação das opções dos clientes e da informação disponível.

Em seus pareceres a Seae também manifesta preocupação com a estabilidade das regras regulatórias, indicando que eventual alteração, se não estiver bem fun-

damentada ou for realizada de forma açodada, pode demonstrar fragilidades nos processos fiscalizador e sancionador do ente público, comprometendo, por conseguinte, tanto a credibilidade do órgão regulador, quanto o próprio ambiente regulatório. Assim, de acordo com a avaliação da Seae (2013, p. 6), é desejável que as agências reguladoras:

“(...) no intuito de validar suas ações com a devida credibilidade, cumpram os mecanismos de *enforcement* por elas estabelecidos. A flexibilização desarrazoada, desproporcional e destituída de fundamentação pode gerar insegurança regulatória, através de comportamentos oportunistas empreendidos pelos agentes do setor.”

Deste modo, é possível notar que, embora os pareceres da Seae sejam opinativos, sem representar interferência na atividade reguladora ou poder de “revisão” do ato normativo a ser editado, seu encaminhamento ao órgão regulador, bem como sua divulgação a toda sociedade (por meio do sítio eletrônico da Seae), possui significado relevante do ponto de vista do dever de resposta e da motivação, pelo Poder Público, da proposta apresentada.

Além disso, a partir dos resultados obtidos, observa-se que a análise efetuada pela entidade integrante do SBDC não se restringe aos aspectos estritamente concorrenciais, atentando também para os elementos de ordem formal (como prazos, documentação disponibilizada, identificação do problema, motivação) e institucionais (como credibilidade de órgão regulador, capacidade/viabilidade de fiscalização da regra a ser implementada). Por esta razão, mesmo quando não são identificados potenciais impactos sobre a concorrência, a Seae apresenta sugestões e recomendações acerca das regras regulatórias propostas.

A incorporação da atribuição de advocacia da concorrência pela Seae refletiu-se em uma nova forma de interação entre as agências reguladoras e a autoridade de defesa da concorrência. As questões apresentadas demonstram a preocupação da Seae com a qualidade regulatória, à luz de uma perspectiva de AIR, conforme mencionado no subitem 3.2. Este processo de avaliação externa, por órgão técnico competente, das proposições de normas no momento das consultas e audiências públicas conduzidas pelas agências reguladoras permite identificar eventuais lacunas ou fragilidades frente às melhores práticas regulatórias.

No caso específico da ANP, considerando a delimitação analítica do presente estudo e as informações descritas na Tabela 1, é possível notar que as questões apresentadas pela Seae não são uniformemente observadas nas proposições regulatórias daquela agência. Inicialmente, como ponto positivo destacado em todos os pareceres, cita-se a realização prévia de consultas ou audiências públicas como forma de participação social.<sup>15</sup> Já a fundamentação técnica das proposições, a identificação

---

15. No caso da ANP, este também é um requisito legal, conforme previsto no art. 19 da Lei 9.478/1997.

do problema, a base legal e os agentes afetados são os aspectos mais presentes, mesmo que parcialmente.<sup>16</sup> Tais elementos, na realidade, são essenciais e deveriam estar clara e objetivamente presentes em todas as hipóteses de nova regulamentação.

Com relação à existência de documentação que fundamente a proposta, estes não foram identificados em quatro situações e parcialmente observados em outras quatro. Em sete propostas há notas técnicas que explicitam os argumentos técnicos esperados para as normas a serem editadas ou alteradas.<sup>17</sup> De acordo com o citado anteriormente, a apresentação desta fundamentação é de extrema relevância para a efetiva participação da sociedade no processo de consulta pública, permitindo a formulação de contrarrazões que ponderem os efeitos e a necessidade do regulamento a ser editado.

No que concerne à identificação dos efeitos positivos e negativos sobre a sociedade, em 5 dos 15 pareceres elaborados pela Seae consta que tal questão não foi considerada por essa agência na proposição das normas, sendo parcialmente tratada em outras seis e integralmente em apenas uma.<sup>18</sup> Quanto à explicitação das opções à regulação, em apenas duas situações<sup>19</sup> este aspecto foi discutido como forma de subsidiar a tomada de decisão do órgão regulador, pelo menos por ocasião das consultas e audiências públicas.

Por sua vez, a avaliação dos custos e benefícios e a AIC foram os elementos menos apresentados pela ANP com a finalidade de demonstrar os efeitos das regulamentações sobre a sociedade e o mercado. Com relação ao primeiro, é relevante salientar que, embora teoricamente identificado como uma informação importante para o exame das consequências da norma, sua mensuração é bastante difícil em termos quantitativos e qualitativos. Conforme destacado por Sampaio e Guerra (2012), além da dificuldade intrínseca à mensuração, as incertezas das

- 
16. Para fins do presente estudo, entende-se como parcialmente atendida a questão levantada pela Seae que, embora não explicitada de forma direta ou completa por essa agência na documentação disponibilizada no âmbito das consultas e audiências públicas, pode ser deduzida a partir de outros elementos disponíveis ou divulgados (como o próprio texto da minuta de resolução). Ressalta-se que esta qualificação não foi atribuída pela Seae, sendo de responsabilidade do presente autor, de acordo com a metodologia adotada e os resultados das interpretações e análises efetuadas. Como exemplo, cita-se que a qualificação “parcialmente” da questão: “Há identificação dos agentes afetados?”, constante do Anexo II, tem como fundamento o descrito no parágrafo 24 do Parecer n. 90/COGEN/SEAE/MF referente ao ano de 2012.
  17. Os pareceres da Seae com as respectivas indicações de “sim”, “não” e “parcialmente” estão descritos no Anexo II, na coluna “Há documento que fundamente a proposta?”.
  18. A indicação dos respectivos pareceres da Seae está descrita no Anexo II, na coluna “Há identificação dos efeitos sobre a sociedade (positivos e negativos)?”.
  19. A indicação dos respectivos pareceres da Seae está descrita no Anexo II, na coluna “Foram identificadas opções à regulação?”.

reais consequências da adoção de determinada política pública tornam bastante complexas a medição e a ponderação dos custos e benefícios da regulação. Nas palavras dos autores:

“[A] inexatidão de informações, a disparidade de técnicas de mensuração, a utilização de diferentes taxas de desconto, ademais da sempre difícil resposta acerca de quanto vale, em termos econômicos, uma política de maior segurança para o consumidor, uma vida salva etc., são elementos que apontam no sentido de que a análise de impacto regulatório não seja um instrumento infenso a ressalvas, não tanto em sua concepção teórica, mas no que tange às diferentes formas com que pode ser implementada na prática” (SAMPAIO; GUERRA, 2012).

Em vista de tais limitações, Sampaio e Guerra (2012) salientam a importância de se “promover o maior engajamento possível dos diferentes segmentos da sociedade, atuar com transparência e buscar sempre a objetivação das considerações que sejam realizadas ao longo do processo”. Assim, mostram-se relevantes o fortalecimento dos mecanismos de participação e a instrumentalização das análises por meio da utilização de métodos que permitam estimar os impactos da regulação. As pesquisas que visam a obter opinião prévia dos agentes envolvidos tendem a contribuir fortemente com a melhoria do processo de regulamentação, ampliando o volume de informações disponíveis à tomada de decisão.

No que tange à AIC, a partir dos dados do Anexo II, notamos que a Seae preocupou-se em dar atenção específica a esta questão, em conformidade com a função de advocacia da concorrência prevista legalmente. Os pareceres da Seae explicitam que a ANP, por ocasião das consultas e audiências públicas, não tornou públicos os elementos e considerações pertinentes aos eventuais impactos negativos ou positivos da regulamentação a ser editada sobre o ambiente concorrencial. No entanto, o breve exame das Notas Técnicas Conjuntas elaboradas pela ANP indica que a temática concorrencial foi abordada no momento seguinte aos pareceres da Seae, incluindo as ponderações da CDC daquela agência. Tal fato denota, por um lado, os desafios internos relacionados à definição de processos e de metodologias de análise que incluam a AIC como requisito para a proposição de regras regulatórias<sup>20</sup> e, por outro, reforçam a importância de um corpo técnico capacitado e de uma estrutura organizacional que contemple uma área ou unidade interna responsável pelas análises de impacto potencial da norma a ser editada<sup>21</sup> (o que parece ser o caso da ANP).

---

20. Mesmo que em níveis diferenciados de análise, a depender da complexidade e da abrangência do tema, tendo em vista o tempo e os custos intrínsecos à AIC ou AIR.

21. Como visto anteriormente, ANP já possui em sua estrutura uma unidade com estas competências (a CDC). Do ponto de vista organizacional, de modo geral, a criação de áreas com esta função analítica parece ser uma importante ação no âmbito das agências reguladoras, contribuindo para a melhoria da qualidade regulatória.

Assim, à luz do exposto, verifica-se a relevância da atual abrangência temática das contribuições apresentadas pela Seae, o que demonstra a efetiva atuação dessa secretaria no papel de advocacia da concorrência estabelecido na Lei 12.529/2011, especialmente no âmbito da interação com as agências reguladoras setoriais. Tal configuração parece indicar que a nova legislação ampliou e otimizou as ações em prol da defesa da concorrência do Brasil, aperfeiçoando as três vertentes de atuação: preventiva (atos de concentração), repressiva (investigação de condutas) e advocacia da concorrência.

De outro modo, conclui-se que, apesar dos avanços recentes nos processos de elaboração de normas, os desafios ainda são grandes no sentido de mensurar os impactos da intervenção regulatória do Estado no ambiente econômico, com efeitos sobre a livre iniciativa e a concorrência, especialmente no que tange às agências reguladoras setoriais. Deste modo, o desenvolvimento permanente de ações e de mecanismos que ampliem a participação social e a transparência dos atos administrativos e de ferramentas que contribuam para mensuração dos impactos das regras regulatórias (*ex ante* e *ex post*) são essenciais para assegurar a legitimidade e a proporcionalidade requeridas para a regulação estatal.

#### 4. CONCLUSÕES

O presente estudo buscou analisar a interação entre defesa da concorrência e regulação setorial a partir das alterações introduzidas pela Lei 12.529/2011, as quais se refletiram na composição e nas atribuições das entidades integrantes do SBDC. O exame concentrou-se em estudo de caso, considerando a inter-relação da Seae com a ANP.

À luz da análise da interação entre as duas entidades mencionadas, fica demonstrada a importância do papel da advocacia da concorrência atribuído à Seae pela nova legislação. Na medida em que a ação estatal por meio da edição de normas regulatórias impositivas ou substitutivas do mercado pode representar, de modo geral, a criação de barreiras à entrada, de restrições de atuação e de custos adicionais aos agentes econômicos, é essencial o atendimento aos requisitos de transparência, participação social e fundamentação técnica, baseando-se no princípio da proporcionalidade. Neste sentido, a crescente utilização das ferramentas de AIR contribui para a mensuração dos custos e benefícios (diretos e indiretos) decorrentes da ação regulatória.

A atuação da Seae como entidade promotora da concorrência, especialmente por meio da elaboração dos Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias encaminhados às agências reguladoras setoriais, evidencia as vertentes educativa e relacional das competências estabelecidas em lei: por um lado, tem-se a divulgação de regras e diretrizes associadas às boas práticas concorrenciais e, por outro, denota a relação entre as autoridades de defesa da concorrência e demais entidades formuladoras e

implementadoras de políticas públicas, em particular por meio da manifestação de opinião acerca dos aspectos concorrencias de atos normativos a serem editados. Tais fatores, por conseguinte, ampliam o debate público e a transparência administrativa.

Adicionalmente, a partir da análise do caso concreto, pode inferir que ainda são grandes os desafios relacionados à definição de processos e de metodologias de AIR como requisito para a proposição de regras regulatórias. Além disso, é fundamental para as agências reguladoras a formação de um corpo técnico capacitado e de estruturas organizacionais aptas à realização de análises das consequências do regulamento proposto.

Por fim, fica patente que a nova legislação ampliou e otimizou as ações em prol da defesa da concorrência do Brasil, em particular no que tange à vertente de advocacia da concorrência, considerando o escopo do presente estudo. Todavia, ainda são grandes os desafios no sentido de mensurar os impactos da intervenção regulatória do Estado no ambiente econômico, com efeitos sobre a livre iniciativa e a concorrência. Portanto, com vistas a assegurar a legitimidade e a proporcionalidade requeridas para a regulação estatal, mostram-se indispensáveis a ampliação da participação social e da transparência dos atos administrativos bem como a utilização de ferramentas que contribuam para a mensuração dos impactos das regras regulatórias (*ex ante* e *ex post*).

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coords.). *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2012.
- BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Seção 1. p. 1-9. Brasília: Poder Executivo, 01.12.2011.
- CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. A nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. *Publicações da Escola da AGU: a nova Lei do Cade*. n. 19. ano IV. p. 7-34. jul. 2012.
- OCDE. Guia de Avaliação de Concorrência (Volume 1: Princípios). 2011. Disponível em: [www.oecd.org/da/competition/46969642.pdf]. Acesso em: 01.06.2014.
- . Relationship Between Regulators and Competition Authorities. DAFNE/CLP(99)8. 1999. Disponível em: [www.oecd.org/regreform/sectors/1920556.pdf]. Acesso em: 06.06.2014.
- OLIVEIRA JR., Fernando Antônio Alves de. A nova Lei do Cade e a reestruturação administrativa do SBDC: pontos positivos e negativos. *Publicações da Escola da AGU: a nova Lei do CADE*. n. 19. ano IV. p. 135-171. jul. 2012.
- PEDRA, Douglas Pereira. Principais modificações e impactos para as agências reguladoras decorrentes da Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). jan. 2013. Disponível em: [www.anp.gov.br/?dw=63614]. Acesso em: 09.06.2014.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do Cade em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

\_\_\_\_\_; GUERRA, Sergio. Análise de impacto regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. *Revista Justiça & Cidadania*. vol. 145. 2012. Disponível em: [www.editorajc.com.br/2012/09/analise-de-impacto-regulatorio-ferramenta-a-servico-da-transparencia-e-da-eficiencia-da-regulacao]. Acesso em: 24.06.2014.

SEAE. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n. 148/COGEN/SEAE/MF Brasília, 19.06.2013. Disponível em: [www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias/2013]. Acesso em: 01.06.2014.

\_\_\_\_\_. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n. 25/COGEN/SEAE/MF Brasília, 11.06.2012. Disponível em: [www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias/2012]. Acesso em: 01.06.2014.

UNCTAD. *Best practices for defining respective competences and settling of cases which involve joint action of competition authorities and regulatory bodies*. Antalya, Turkey: UNCTAD, set. 2005. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/trbpconf6d13\_en.pdf]. Acesso em: 10.06.2014.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15 (DTR\2012\2468);
- A nova realidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), de Ricardo Bruning Bellon – *RIBRAC* 23/261 (DTR\2013\3450);
- O novo desenho institucional do antitruste brasileiro: uma análise crítica a partir da estrutura organizacional preconizada pela Lei 12.529/2011, de Fernando Amorim Soares de Mello – *RIBRAC* 23/197 (DTR\2013\3537), e
- Sistema Brasileiro de Concorrência e Regulação, de Vários Autores – *RIBRAC* 7/145 (DTR\2011\4918).