

4

ABUSO DE PODER REGULATÓRIO E AS CONSULTAS PÚBLICAS DA FRENTE INTENSIVA DE AVALIAÇÃO REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL - FIARC¹

Abuse of regulatory power and public consultations of the Intensive Front for Regulatory and Competition Assessment – FIARC

Rômulo Hannig Gonçalves da Silva²

University of Colorado – Boulder/CO, Estados Unidos

Carneiros Advogados – Brasília/DF, Brasil

Amanda Athayde³

Universidade de Brasília (UnB), Pinheiro Neto Advogados – Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: analisar em que medida as consultas públicas em abuso de poder regulatório conduzidas pela FIARC contribuem para a promoção da advocacia da concorrência por meio da fiscalização das condutas anticoncorrenciais previstas no art. 4º da Lei nº 13.874/2019.

Método: recorreu-se às contribuições da doutrina nacional e internacional e à legislação pátria para analisar os casos concretos divulgados pela FIARC até 01/12/2023.

Conclusões: identificou-se que as consultas públicas são positivas, na medida em que criam canais independentes e externos que possibilitam a discussão e o aprimoramento da regulação das atividades econômicas. Contudo, a aplicabilidade das soluções encontradas pela FIARC esbarra na ausência de vinculação e obrigatoriedade da recomendação.

Palavras-chave: abuso de poder regulatório; consultas públicas; lei de liberdade econômica; direito e

Editor responsável: Prof. Dr. Víctor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 01/04/2023 **Aceito em:** 28/05/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Doutorando em Political Science and Government pela University of Colorado (EUA), possui MBA em Direito e Regulação do Setor Elétrico e pós-graduação em Direito Administrativo pelo IDP. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Atua com contencioso administrativo e cível, com foco em Direito Concorrencial, Regulação e Infraestrutura. Compõe a Diretoria Executiva do Grupo de Estudos em Direito e Economia (GEDE/UnB).

E-mail: romulohannig@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8385562923038927>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3208-0493>

3 É Ph.D. em Direito Comercial pela USP, professora, advogada, consultora jurídica e escritora de diversos livros e artigos nas áreas de Direito Empresarial, Concorrencial e Econômico. De 2013 a 2017, atuou como chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, referente a casos de cartel.

E-mail: profa.amanda.athayde@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3657244167587179>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8557-9204>

economia; agências reguladoras; regulação.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: to analyze the extent to which public consultations on abuse of regulatory power related to the FIARC have contributed to the promotion of competition advocacy through the inspection of anti-competitive conducts provided for in Art. 4 of Law No. 13.874/2019.

Objective: describe the impact of the main features of the metaverse on traditional tools of antitrust and consumer protection policy and the need to use behavior economics tools.

Method: contributions from national and international doctrine, as well as national legislation, were used to analyze the three cases disclosed by FIARC until December 1st, 2023.

Keywords: abuse of regulatory power; public consultations; economic freedom law; law & economics; regulatory agencies; regulation.

Classificação JEL: H11; H23; K20; K21; K23; K42; Z18.

Sumário: 1. Introdução; 2. Consultas públicas em abuso de poder regulatório na experiência internacional; 3. As consultas em abuso de poder regulatório na legislação brasileira; 3.1. As condutas que caracterizam o abuso de poder regulatório; 3.2. A instauração das audiências públicas em abuso de poder regulatório pela FIARC; 4. As consultas públicas em abuso de poder regulatório na doutrina brasileira; 5. Análise das consultas em abuso de poder regulatório na experiência brasileira; 5.1 Sindiporto vs. Normatização do AFRMM; 5.2. Buser Brasil Tecnologia Ltda vs. Decreto nº 2.521/98 da ANTT, et al; 5.3. Usuport vs. Resolução Normativa ANTAQ nº 34/19; 6. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sob a constatação de que o “Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo”, fora implantado no País o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, com vistas a reduzir a amplitude da crise fiscal existente e a aprimorar a prestação dos serviços públicos básicos (BRASIL, 1995, p. 9).

Buscou-se empregar uma série de reformas que fossem capazes de substituir o aparelho do Estado executor – responsável por assumir os riscos de financiamento, centralização e direcionamento da economia (MAZZUCATO, 2014, p. 19; 41–42) –, pelo Estado regulador, fundamentado na livre iniciativa e na subsidiariedade de intervenção do poder público no domínio econômico (conforme art. 1º, inciso IV, art. 170, parágrafo único, art. 173 e art. 174 da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

Desse modo, a política de liberalização fora acompanhada pelos instrumentos de **regulação estatal** e, em que pese seu conceito possa variar de acordo com as técnicas e as escolhas políticas e



ideológicas empregadas, de modo geral pode-se compreendê-la como:

[...] o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis (ARAGÃO, 2013, p. 40).

Esta escolha pelo Estado regulador consiste na premissa de que, embora não possa atender todas as demandas sociais, o Estado é a entidade legitimada para transigir, fiscalizar, estabelecer metas, regras de conformidade, corrigir as imperfeições de mercado e, com isso, gerar um cenário seguro para os investimentos (SUNDFELD, 2008, p. 93).

Vislumbra-se na figura do regulador a concepção de órgão administrativo altamente especializado, imune aos interesses políticos, apto não só a atuar com discricionariedade técnica para alocar os recursos com maior eficiência, bem como para harmonizar o princípio fundamental da livre iniciativa com os ganhos de natureza social (MAJONE, 1994, p. 10).

É de se questionar, no entanto, se a intervenção estatal no domínio econômico fora de fato subsidiária ao longo das últimas quatro décadas, uma vez que a experiência prática acusa algumas distorções. Também não há de se olvidar que a concepção de órgão regulador imune aos interesses políticos apresenta fragilidades e, não raro, as “falhas de mercado” são substituídas pelas “falhas de governo”. Como estas são amparadas pelo monopólio de coerção estatal e pelo pressuposto de que há legitimidade e singularidade no interesse público, são potencialmente mais danosas (OLIVEIRA, 2021).

Sendo assim, para evitar excessos regulatórios e reduzir o déficit de competitividade brasileiro em âmbito internacional, editou-se a Lei nº 13.874/2019, a qual instituiu no ordenamento jurídico a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica (LLE) (BRASIL, 2019d).

A referida norma previu, em seu art. 4º, a criação do **ilícito do abuso de poder regulatório** – um conjunto de práticas pelas quais o Estado, no exercício de seu poder de regular, promove efeitos danosos à concorrência e, ao invés de proteger os bens tutelados, cria mecanismos de distorção da ordem econômica.

Diante desse panorama, a fim de melhor compreender os desdobramentos que as mudanças introduzidas pela LLE têm provocado no ordenamento jurídico, a presente pesquisa analisará em que medida o programa da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC)⁴ tem auxiliado na promoção dos objetivos da norma.

Para tanto, utilizar-se-á de revisão bibliográfica, da análise dos cinco casos concretos divulgados pela SEPRAC até 01/12/2023, de exame normativo e doutrinário e de ferramentas do direito comparado, para responder o seguinte questionamento: “de que modo o atual quadro jurídico e doutrinário brasileiro sobre consultas públicas em abuso de poder regulatório permitem alcançar

⁴ Durante o período investigado, a FIARC integrava a estrutura da extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Economia (SEAE), cujas funções estão atualmente integradas à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) do atual Ministério da Fazenda (MF).

os resultados almejados pela Lei de Liberdade Econômica?”.

A **hipótese preliminar**, que poderá se demonstrar ou não verdadeira, é a de que, apesar de positivas, as consultas públicas em abuso de poder regulatório ainda não têm repercussões imediatas, visto que as recomendações do Ministério da Economia/ Fazenda são desprovidas de cogência e, por vezes, faz-se necessária a judicialização de diversas matérias.

Inicialmente, demonstrar-se-á como as consultas públicas em abuso de poder regulatório são conduzidas no cenário internacional, apontando algumas particularidades brasileiras. Posteriormente, aprofundar-se-á acerca das disposições legais e doutrinárias nacionais. Na sequência, serão analisados os cinco primeiros pareceres elaborados pela FIARC (PARECERES..., 2021). Por fim, será feita uma análise a respeito das principais impressões constatadas pela pesquisa.

2. CONSULTAS PÚBLICAS EM ABUSO DE PODER REGULATÓRIO NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

De início, explica-se que a tipificação do abuso de poder regulatório, de que trata o art. 4º da LLE, é algo muito particular ao ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual não é comum encontrar nos diplomas normativos e na literatura estrangeira a nomenclatura “consulta pública em abuso de poder regulatório”.

A opção do legislador pátrio por referida nomenclatura provavelmente se deu em virtude dos esforços engendrados para aprimorar o que North (2018, p. 13) define como cultura regulatória. Em síntese, o autor leciona que as instituições (normas escritas e comportamentais) são transmitidas de geração em geração, sendo fruto de trocas culturais que ligam o passado, o presente e o futuro. A eficiência institucional, portanto, está diretamente atrelada à capacidade das instituições de averiguar falhas e desvios e estabelecer padrões de correção na **justa medida ao fim necessário**.

Ao estabelecer a figura do “abuso de poder regulatório”, o art. 4º da LLE busca aprofundar o movimento de melhoria de eficiência e de reforma das instituições que compõem o aparelho do Estado, iniciado em 2018 com as alterações introduzidas à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 20 e seguintes) e à Lei nº 13.848/2019⁵. Dessa vez, tipificando condutas que caracterizam excessos dos órgãos reguladores.

O que se nota em todas essas leis é o intento de estabelecer princípios normativos mais claros, visando a adequação do regulador, das normas infralegais, das decisões administrativas e judiciais ao caráter consequencialista que a regulação exerce sobre a concorrência, os setores regulados e a vida dos cidadãos brasileiros.

Independentemente da nomenclatura utilizada, uma análise holística do tema denota que as audiências públicas em abuso de poder regulatório são apenas mais um dos instrumentos que possibilitam que a SEPRAC exerça a sua atribuição institucional de advocacia da concorrência, calcando-se nas contribuições e oitivas de reguladores, grupos técnicos, especialistas e, claro, dos agentes privados que atuam em setores regulados.

Isso exposto, se esclarece que, não obstante a doutrina e os órgãos internacionais utilizem

5 Popularmente conhecida como a Lei das Agências Reguladoras (BRASIL, 2019c).



nomenclaturas e abordagens distintas, quando se estuda o teor das audiências públicas em abuso de poder regulatório, constata-se que este é um fenômeno de controle social sobre o exercício regulamentar estatal bastante comum em países democráticos.

Aliás, essa é uma das razões pelas quais a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desenvolveu o Guia para Avaliação de Concorrência. Nele constam ferramentas, diretrizes técnicas e parâmetros que facilitam que os interessados troquem informações e definam estratégias regulatórias.

Dentre as contribuições do Guia, aponta-se a necessidade de se observar indícios que apontam que a regulação estatal é restritiva à competitividade, especialmente quando ela é capaz de: i) limitar o número ou a variedade de empresas em um setor; ii) limitar a capacidade das empresas competirem entre si; iii) reduzir os incentivos à competição; e iv) limitar o leque de escolhas e informações disponíveis ao consumidor (OECD, 2019, p. 15).

Assim sendo, com fundamento nas boas práticas internacionais, a OCDE recomenda que a regulação não deve restringir a concorrência a não ser que: i) os benefícios da restrição em prol da sociedade sobreponham os custos regulatórios; e ii) os objetivos da regulação só possam ser alcançados por meio da restrição da competitividade.

Extraí-se do Guia que o tensionamento entre concorrência e regulação não é exclusividade brasileira. Nos EUA e na Europa discute-se há mais de duas décadas o **déficit democrático** do processo de formulação de políticas regulatórias. Críticos apontam falta de transparência, de participação pública efetiva, de mecanismos adequados de *accountability* e o **uso abusivo da discricionariedade técnica** das agências (MAJONE, 1999, p. 21).

Isto é, se por um lado o distanciamento da arena política é necessário para que as agências atuem de forma técnica, apartadas das pressões de agentes públicos e privados que visam a capturar e moldar a regulação para atender exclusivamente às suas demandas, por outro, em se tratando de instituições que não estão diretamente submetidas ao crivo dos eleitores, sua legitimidade é, na melhor das hipóteses, indireta (STIGLER, 1971, p. 4).

Desse modo, instrumentos processuais e de direito material voltados ao melhor **controle social das agências reguladoras** têm sido discutidos ao longo das últimas décadas. Conforme Baldwin, Cave e Lodge (2011), verifica-se, a partir de 1980, um fenômeno de busca por regulações menos restritivas e punitivistas, baseadas em incentivos capazes de substituir a tradicional regulação por comando e controle, verticalmente imposta pelo Estado:

so-called 'command and control' was the traditional starting point of both regulators and regulatory scholars in the 1960s and 1970s, but by the 1980s, the deficiencies of such systems were outlined in numerous studies (Breyer, 1982) and calls were made for the introduction of 'less restrictive' and 'incentive-based' controls (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2011).

Nos EUA, em 1995, a Federal Trade Commission (FTC) (HEARINGS..., 2019) iniciou movimento muito similar ao adotado hoje pela FIARC através das *Hearings on Competition and Consumer Protection*. Assim, passou a utilizar ferramentas alternativas aos decretos federais que pretendiam, sem muito sucesso, obrigar as autoridades reguladoras estaduais a adotar mecanismos regulatórios

pró-competitividade⁶⁻⁷.

A partir de então, notaram que técnicas de cooperação e convencimento, materializadas pelo exercício da advocacia da concorrência, são mais efetivas para a redução de custos regulatórios do que os longos processos litigiosos, que giram em torno de conflitos de competência travados entre a união e os estados (MURIS; PITOFISKY, 2005).

Desde então, a FTC propõe-se a garantir a modernização de políticas de competitividade do mercado americano sem que isso implique em custos privados ou em processos governamentais desnecessários. Uma das formas encontradas pela FTC para viabilizar o diálogo com as agências reguladoras estaduais consiste justamente na realização, de tempos em tempos, de consultas públicas.

São convidados para tais consultas líderes empresariais, economistas, juristas, reguladores e demais agentes interessados em discutir problemas da política regulatória, com o propósito de i) elaborar relatórios de sugestão de melhorias tanto para as regulações e leis em fase de elaboração (*ex ante*) quanto para as já existentes (*ex post*); ii) atuar na posição de *amicus curiae* perante os Tribunais; iii) dialogar e prover consultas informais a legisladores; e iv) promover *workshops* e audiências públicas.

No mesmo sentido, em países europeus, como a Polônia, são realizadas audiências públicas para verificar se as normas editadas pelas agências estão em conformidade com os propósitos de seus respectivos estatutos, as leis e a constituição daquele país. Como geralmente as autarquias, apesar de independentes, estão em algum grau ligadas ao poder executivo, trata-se de um aparente uso das audiências e consultas públicas para exercer controle social das atividades regulatórias por elas exercido (MIKULI; KUCA, 2016, p. 3).

Outro ponto de destaque, seja no cenário nacional ou internacional, é de que o tensionamento entre regulação e concorrência escala na medida em que surgem modelos de negócios disruptivos que gozam de apreço junto aos consumidores, mas deparam-se com obstáculos regulatórios pré-existent.

Isso porque os avanços computacionais e tecnológicos, o acesso às redes de telecomunicação e à *internet*, os quais potencializam o alcance de novos mercados e revolucionam constantemente os setores regulados, desafiam a regulação por comando e controle e demandam cada vez mais contato com as autoridades públicas.

Se antes entendia-se que o processo legislativo é moroso e caberia às agências reguladoras acompanhar de maneira mais célere o dia a dia dos setores regulados, hoje constata-se que o modelo tradicional tampouco é capaz de acompanhar as inovações que exigem respostas mais céleres do que o regulador é capaz de fornecer.

Ao positivar inúmeras questões, muitas vezes atreladas aos modelos de negócios das empresas incumbentes, a regulação funciona como vetor de entrave à inovação e à concorrência, ao

6 O trabalho da FTC é reforçado pelo trabalho coordenado entre o *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*, *American Department of Justice (DOJ)*, os quais, em conjunto, concentram seus esforços na avaliação estrutural das regulações estaduais e federais, na defesa dos princípios da concorrência propondo, inclusive, a revisão de normas e a publicação de relatórios com performance concorrencial dos setores regulados.

7 APEC-OECD, U.S. Response to APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform. 2006.



invés de impulsioná-las por meio de segurança jurídica. Em tal cenário, a postura restritiva-legalista produz enfrentamentos entre as regras positivadas e as soluções disruptivas, ensejando em várias práticas que o art. 4º da LLE tipifica como abusivas.

Visando a não engessar o sistema regulatório, a evitar a sua obsolescência e a não inviabilizar a inovação propiciada pelos modelos de negócios disruptivos, a experiência internacional demonstra o uso de consultas públicas para a instituição dos denominados *sandboxes* regulatórios – ambientes de (des)regulação experimental.

Estes ecossistemas consistem na construção da agenda regulatória com base em contribuições obtidas junto aos *players* interessados. A oitiva de especialistas e regulados permite identificar barreiras à concorrência. Assim, as inovações disruptivas são lançadas, testadas e avaliadas pelos reguladores em ambientes controlados, com isenção do cumprimento de determinadas regulações (ou da adoção de regras mais flexíveis).

Abre-se mão, temporariamente, de instrumentos convencionais da regulação por comando e controle, como tarifas, restrições à entrada e à saída, controle da universalização e da qualidade (GIAMBIAGI; ALÉM, 2011, p. 407). Tal postura possibilita que as autoridades **evitem práticas regulatórias abusivas**.

A partir não apenas da base teórica, mas também da experimentação, avalia-se se é o caso de privilegiar o status quo ou a inovação. Dessa forma, o regime de *sandbox* garante certa margem de segurança ao investidor sobre apostar ou não em uma proposta. Em levantamento intitulado “*Key Data from Regulatory Sandboxes across the Globe*”, o Banco Mundial demonstrou que, em 2020, os *sandboxes* já eram utilizados em pelo menos 73 projetos implementados em mais de 57 países, entre eles o Brasil (KEY..., 2020).

No Reino Unido, a prática é adotada desde 2016 pelo setor financeiro e já se espalhou para os setores de energia elétrica, transporte e gás. Em 2021, por exemplo, os britânicos abriram a consulta pública “*Future of transport regulatory review: regulatory sandboxes*” a fim de identificar, dentre outras coisas, como o uso da tecnologia pode revolucionar o setor de transportes e quais normas precisam ser revisadas para promover segurança jurídica e inovação.

Na Holanda, foram implementados *sandboxes* nas áreas de crescimento sustentável (ROSEMBERG *et al.*, 2020). Esses exemplos de mecanismos utilizados pelas autoridades reguladoras britânicas e holandesas muito se assemelham aos objetivos da FIARC e às práticas sugeridas pela SEPRAC para a promoção da advocacia da concorrência.

Não obstante as garantias e procedimentos de controle social da regulação possam variar conforme o desenho institucional de cada país – em alguns casos sendo objeto de avaliação interno das próprias agências reguladoras e em outros por órgãos de controle externo –, percebe-se que, em maior ou menor grau, eles estão presentes em diversos ordenamentos jurídicos que almejam garantir a eficácia e a legitimidade das normas editadas.

Diante do exposto no presente capítulo, nota-se que a visão de processo regulatório que vigorava até a década de 1970, que enquadrava a regulação como atos de pura discricionariedade do poder público, hoje encontra-se antiquada, razão pela qual autoridades reguladoras do mundo todo trabalham para revesti-la de roupagem inclusiva e participativa.

3. AS CONSULTAS EM ABUSO DE PODER REGULATÓRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1. As condutas que caracterizam o abuso de poder regulatório

Antes de compreender o propósito das consultas públicas em abuso de poder regulatório no Brasil é necessário, em primeiro lugar, verificar as práticas que o art. 4º da Lei de Liberdade Econômica e que a Instrução Normativa (IN) nº 97/2020 do Ministério da Economia (BRASIL, 2020c) tipificam como abusivas.

Dentre elas, encontram-se regulações com enunciados e dispositivos que: (i) promovem reserva de mercado; (ii) são anticoncorrenciais; ou (iii) anti-inovação; (iv) especificação técnica desnecessária aos fins almejados; (v) elevam artificialmente custos ou demandas; (vi) limitam a livre formação de sociedades empresariais ou atividades econômicas; (vii) restringem a publicidade; e (viii) exigem indevidamente atos do poder público.

Em sua análise, a FIARC utiliza-se também da IN ME nº 111/2020. Nela estão contidos os parâmetros de referência para que se busque o aperfeiçoamento da regulação, visto que seu art. 2º distribui e classifica os custos regulatórios em cinco categorias: (i) complexidade regulatória; (ii) requerimentos técnicos; (iii) licenciamento; (iv) obrigações regulatórias; e (v) custos regulatórios. No anexo 1 da IN nº 111/2020 consta uma série de questionamentos que não só auxiliam a FIARC na condução de sua análise, como estabelece o padrão pró-concorrência que deve ser verificado em cada um dos quesitos (BRASIL, 2020b).

3.2. A instauração das audiências públicas em abuso de poder regulatório pela FIARC

A FIARC foi instituída pela IN nº 97/2020 (BRASIL, 2020c) para proceduralizar a competência prevista no art. 19, VIII, da Lei nº 12.529/11⁸. Dentre os objetivos institucionais da FIARC estão o aprimoramento de normas infralegais que abordam questões de natureza concorrencial e regulatória, especialmente no que tange a evitar o abuso de que trata o art. 4º da Lei de Liberdade Econômica (LLE). Para tanto, a FIARC é revestida de autoridade para apurar denúncias a respeito de normas infralegais dotadas de caráter anticompetitivo.

Em síntese, o art. 13 da IN nº 97/2020 estabelece que serão instauradas investigações com fundamento em: i) encaminhamentos do Programa de Melhoria Contínua de Competitividade, nos quais devem constar indicação específica dos dispositivos violados tanto na IN 97/2020 quanto na LLE; ii) requerimentos oriundos de termos de cooperação ou declarações conjuntas da SEPRAC ou ME/MF com entidades ou associações constituídas legalmente sem fins lucrativos, entidades ou associações acadêmicas, órgãos, entes ou representantes de nações parceiras, especialistas reconhecidos, órgãos ou entidades da administração pública ou demais poderes; iii) de ofício pela própria SEPRAC como resultado de requerimento de informação encaminhado pelo Congresso Nacional (BRASIL, 2020c).

8 Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: 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 (BRASIL, 2011).

Nota-se que os legitimados para a submissão das denúncias de abuso de poder regulatório podem ser pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, de modo que as consultas públicas subsidiam a construção de entendimento da FIARC. Recebida a denúncia, o órgão ou entidade da administração pública federal, municipal, estadual ou distrital responsável pelo ato normativo é oficiado sobre a instauração do procedimento e convidado a se manifestar de forma preliminar em até 15 dias, prorrogáveis uma única vez por igual período de tempo.

Em seguida, com ou sem a manifestação do órgão, a denúncia é encaminhada ao juízo de admissibilidade e é deferido o processo de análise daquelas que atendem aos critérios não exaustivos de: (a) relevância e interesse público; (b) cujas provas encaminhadas revelem potencial impacto concorrencial relevante; e (c) conveniência e oportunidade.

Uma vez admitida a denúncia, inicia-se a fase de coleta de subsídios, requisição de documentos, audiências públicas e debate com os agentes interessados no setor, sendo que, findada a análise, a FIARC tem entre 120 e 240 dias para elaborar parecer de mérito a respeito do ato impugnado o qual, ao fim, o classifica em um sistema de bandeiras:

Figura 1 - Selo de concorrência por sistema de bandeiras FIARC



Fonte: elaboração própria a partir de IN ME/SEAE nº 97/2020.

Quando a FIARC identifica violações explícitas ao art. 4º da LLE, a SEPRAC encaminha parecer à Advocacia-Geral da União (AGU) para que se analise a constitucionalidade, legalidade e juridicidade do ato normativo impugnado (art. 18, §3º). Em seguida, o subsecretário da SEPRAC tem a prerrogativa de propor acordo de cooperação técnica com órgão responsável pelo ato questionado, além de prestar apoio na elaboração de plano de providências (art. 18, §4º).

A seguir serão analisados estudos pretéritos e contribuições da doutrina nacional que anteviam a necessidade da condução de consultas públicas em abuso de poder regulatório.

4. AS CONSULTAS PÚBLICAS EM ABUSO DE PODER REGULATÓRIO NA DOCTRINA BRASILEIRA

Em 2015 foi divulgado o estudo “Advocacia da concorrência: propostas com base nas experiências brasileira e internacional” pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Nele analisaram-se os estímulos à advocacia da concorrência que culminaram na edição da Lei nº 12.529/2011.

Deu-se especial atenção às estruturas e às competências da SEPRAC e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Sob a perspectiva do direito internacional comparado, apurou-se que a OCDE e a International Competition Network (ICN) não recomendam que as decisões tomadas por autoridades da advocacia da concorrência sejam necessariamente vinculantes, posto que isso concentraria muitos poderes nesses órgãos.

Referido acúmulo de competências poderia causar efeito inverso ao desejado e estimular questionamentos acerca da legitimidade de atos de *enforcement* emitidos por agências reguladoras. Em contraposição à regulação por comando e controle e à judicialização, o estudo demonstrou que algumas ferramentas adotadas em outros países poderiam aprimorar a advocacia da concorrência exercida pela SEPRAC.

Dentre elas, sugeriu-se: (a) a **criação de procedimento** que possibilite a participação de agentes econômicos privados nos debates governamentais; (b) que, com base em alguns parâmetros pré-definidos, se garanta a discricionariedade da Secretaria de atuar ou não em referido procedimento; (c) estabelecer hipóteses em que órgãos legislativos e executivos, de todas as esferas, devem obrigatoriamente consultar a SEPRAC; (d) que, os pareceres da SEPRAC não devem ser cogentes, mas devem ser motivadamente respondidos pelos órgãos reguladores oficiados; (e) que, em regra, deve adotar-se a publicidade; e (g) que a SEPRAC monitore a implementação das recomendações que realiza, avaliando a sua efetividade.

Esse tipo de procedimento permite à SEPRAC expandir o escopo de atuação da advocacia da concorrência, na medida em que possibilita a substituição de regulações lícitas e restritivas por regulações igualmente lícitas e responsivas (JORDÃO, 2009, p. 137–138). Ademais, incentiva a adoção de postura mais ativa, com elevação de ganhos sociais, visto que um de seus principais desafios é a atuação reativa à provocação de terceiros, e.g. Cade e Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), para a resolução de questões pontuais.

É sabido que a advocacia da concorrência pode ser fragmentada em ao menos duas frentes ativas: i) aquela exercida junto ao poder público; e ii) aquela exercida junto aos agentes econômicos e a sociedade (KNYAZEVA, 2013, p. 280–287).

Na primeira frente, a SEPRAC pode adotar estratégia semelhante à utilizada pela FTC (EUA), no sentido de convencer e esclarecer os reguladores acerca do caráter consequencialista da regulação, propondo medidas de estímulo à livre concorrência, alternativas ao protecionismo conferido a certos *players*. Para tanto, há instrumentos como audiências públicas conjuntas, participação no processo legiferante e regulatório e de intercâmbio de informações (KNYAZEVA, 2013, p. 285).

Na segunda frente, a SEPRAC pode atuar para conscientizar os agentes econômicos e a sociedade acerca dos benefícios proporcionados pela livre concorrência e do potencial danoso de



certos atos emanados das autoridades governamentais. Para tanto, pode promover eventos públicos (conferências, seminários, relatórios oficiais, artigos), relatórios e pesquisas setoriais, parcerias com universidades para criar programas institucionais (com participação de professores, juizes, advogados e outros especialistas), elaborar relatórios para parlamentares e representantes do governo (KNYAZEVA, 2013, p. 285).

Do exposto, denota-se que a criação da FIARC materializa várias das sugestões que a doutrina aponta como necessárias à promoção da advocacia da concorrência. Isto porque, ao abrir canal de denúncias para que agentes privados questionem atos normativos infralegais, a Secretaria atua, a um só tempo, nas duas frentes de estratégias sugeridas: i) promove canal de diálogo entre reguladores e regulados; ii) emite pareceres e recomendações não cogentes, conscientizando os agentes interessados acerca dos ganhos e prejuízos provocados pelas normas questionadas; e iii) quando necessário, provoca a AGU a fim de que esta verifique questões de legalidade e inconstitucionalidade.

5. ANÁLISE DAS CONSULTAS EM ABUSO DE PODER REGULATÓRIO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

No presente capítulo será apresentado um breve panorama acerca das cinco primeiras consultas públicas realizadas pela FIARC, nas quais avaliou-se potenciais onerosidades regulatórias ou efeitos anticoncorrenciais das normas questionadas. Além de contextualizar o leitor, serão demonstrados os encaminhamentos e resultados obtidos pela Frente.

5.1. Sindiporto vs. Normatização do Adicional sobre o Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM

Em 23/12/2021, o Sindicato Nacional das Empresas de Navegação de Apoio Portuário (Sindiporto) apresentou requerimento de abertura de consulta pública à FIARC para questionar possível abuso de poder regulatório presente nos Decretos nºs 5.269/2004 (BRASIL, 2004a) e 5.543/2005 (BRASIL, 2005). O requerente alegou a necessidade de saneamento de **assimetria concorrencial no mercado de navegação de apoio portuário** que possibilita a utilização transversal de recursos provenientes das contas vinculadas em atividades distintas de seu fato gerador. Explica-se.

O AFRMM tem suas origens no Plano de Metas elaborado pelo Governo de Juscelino Kubitschek – que criou medidas de apoio e incentivo ao desenvolvimento de diversos setores, dentre eles o da navegação. Atualmente, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.893/2004, o AFRMM é um tributo de natureza parafiscal – contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) – que compõe a fonte primária do Fundo da Marinha Mercante (FMM) (BRASIL, 2004b). Seu recolhimento tem por finalidade o **desenvolvimento da marinha mercante, a reparação e construção naval brasileiras**.

A referida Lei disciplina que o fato gerador do AFRMM é o **“início efetivo da operação de descarregamento da embarcação em porto brasileiro”** (art. 4º), que incide sobre o frete (art. 5º), sendo que seu contribuinte é o destinatário ou o proprietário da mercadoria (vide art. 10º, caput e §2º).

Conforme sintetiza o art. 17 da Lei nº 10.893/2004, a arrecadação do AFRMM deve ser distribuída:

ao i) FMM; ii) à empresa brasileira de navegação (EBN); ou iii) a uma conta especial (BRASIL, 2004b). Os critérios que estabelecem o destino do AFRMM recolhido estão atrelados ao tipo de navegação (fluvial, lacustre, cabotagem ou longo curso); ao registro da embarcação; e à nacionalidade da empresa (brasileira ou estrangeira). Os percentuais de alocação, por sua vez, variam entre 50%, 83% e 100%, conforme a categoria da empresa.

Estima-se que o FMM apresentou, de 2011 a 2021, uma carteira de crédito anual média de R\$ 19,5 bilhões (BNDES, 2022). Em março de 2022 esse valor representava R\$ 20 bilhões – cerca de 98% destes investidos em projetos cuja finalidade era a aquisição/construção de embarcações e 2% destinados à reforma/ construção de estaleiros.

Os recursos provenientes do AFRMM que são depositados nas contas vinculadas podem ser utilizados para a **aquisição e reformas de embarcações** em um prazo de até 3 anos (art. 21 da Lei nº 10.893/2004) (BRASIL, 2004b) e são distribuídos conforme as participações das empresas no mercado (art. 6º do Decreto nº 5.543/2005) (BRASIL, 2005).

A principal **vantagem das contas vinculadas** frente ao FMM e às contas especiais é que seus recursos são acessados sem que haja a necessidade de reembolso, de pagamento de juros ou a exigência de garantias. Ademais, não há a obrigatoriedade de que as EBNs apliquem os recursos nos mesmos setores em que o AFRMM é recolhido, de maneira que os recursos que deveriam incentivar a cabotagem, a navegação de interior e longo curso, são, não raro, aplicados em outros setores (e.g. apoio marítimo e portuário), provocando disparidades de instrumentos concorrenciais entre as empresas que atuam na prestação de transportes hidroviários.

A FIARC avaliou que a legislação vigente desconsidera a eficiência e concentra o mercado em torno das empresas subvencionadas, que ganham vantagem competitiva de acesso a recursos a fundo perdido frente aos seus concorrentes – submetidos a maiores encargos. Ademais, beneficia as empresas incumbentes que possuem maior participação setorial, desencorajando entrantes a contestar o poder de mercado das empresas já estabelecidas.

Não obstante o programa Br do Mar, instituído pela Lei nº 14.301/2022 para estimular a cabotagem no País, tenha limitado a aplicação dos recursos provenientes das contas vinculadas aos mercados em que foram captados, não disciplinou a respeito dos recursos já arrecadados. Assim, a FIARC aduz que a utilização transversal dos recursos não gera incentivos para a transferência da redução de custos aos consumidores, além de limitar seu bem-estar e escolha a um número reduzido de fornecedores. Estima que nos últimos 10 anos o uso não oneroso das contas vinculadas soma, em valores de 2021, custos da ordem de R\$ 160,5 milhões à sociedade.

Diante do exposto, o relatório da FIARC classificou, em 2021, o caso como **bandeira vermelha**. Sugeriu representação formal ao Ministério da Infraestrutura e aos demais gestores do FMM no sentido de alterar os normativos para: i) vedar a utilização do saldo dos recursos das contas vinculadas não utilizados até a data de uma nova alteração normativa, transferindo-os para o FMM; e ii) aprovar nova legislação a fim de extinguir as contas vinculadas. De forma complementar, sugeriu-se que o MinInfra elaborasse uma avaliação *ex post* dos efeitos do uso do AFRMM para averiguar sua efetividade, e encaminhou parecer à AGU a fim de avaliar a compatibilidade dos dispositivos do AFRMM com a Lei de Liberdade Econômica.

5.2. Buser Brasil Tecnologia Ltda vs. Decreto nº 2.521/98 da ANTT, et al

A Buser apresentou requerimento de abertura de consulta pública à FIARC em 25/11/2020 para questionar o caráter anticoncorrencial da **regra de circuito fechado** imposta ao transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros (TRIP) sob o regime de fretamento, conforme disposição do Decreto nº 2.521/1998 (BRASIL, 1998) e das Resoluções da Agência Nacional de Transportes terrestres (ANTT) nº 4770/2015 e nº 4777/2015 (BRASIL, 2015a; 2015b).

Conforme o art. 3º, XI, do referido Decreto, o fretamento eventual ou turístico é “o serviço prestado [por autorizatária]⁹ à pessoa ou a um grupo de pessoas, em circuito fechado, com emissão de nota fiscal e lista de pessoas transportadas [...]”. Diz-se circuito fechado porque a relação de passageiros presentes na lista de ida e volta encaminhada à ANTT deve ser exatamente a mesma.

Em síntese, a requerente¹⁰ alegou que a regulação vigente afronta diversos dispositivos da LLE e das instruções normativas da SEPRAC, visto que teria o condão de i) restringir a forma pela qual o agente privado presta a sua atividade; ii) restringir a liberdade de escolha e de contratação do usuário; e iii) gerar ociosidade de frota e de mão-de-obra.

Defensores da regra do circuito fechado afirmam que se trata de mecanismo essencial à manutenção dos prestadores do serviço tradicional de TRIP, visto que estes possuem obrigações de regularidade, regime tributário, de disposição de frota mínima e de operação mais onerosos do que os prestadores sob o regime de fretamento. Argumentam que a diferenciação entre os dois regimes se ancora na assimetria regulatória, razão pela qual a regra deve ser mantida. Uma vez extinta, os serviços passariam a ter características complementares e de substitutos próximos.

Assim sendo, a prestação em circuito aberto sem obrigações de cunho social representaria prática predatória de mercado, provocando distorções econômico-concorrenciais que ameaçam o direito constitucional ao transporte. Entendem que haveria incentivos para a migração dos prestadores do regime regular para o de fretamento, já que os encargos e deveres são menores nesta segunda modalidade.

De maneira distinta, os opositores à regra do circuito fechado sustentam que se trata de restrição regulatória que afronta a liberdade econômica propiciada por tecnologias disruptivas e que não está prevista em lei (*stricto sensu*). A Buser arrazoa que atua como plataforma intermediadora de passageiros e de empresas que recolhem imposto sobre serviços (ISS), são regularizadas e atendem todos os parâmetros de segurança exigidos pela ANTT. Assim, a regra do regime fechado ensejaria no fechamento do mercado, na limitação de poder de escolha do consumidor, além de ter efeitos negativos sobre o desenvolvimento do turismo.

A ANTT, por seu turno, reconhece que não é desejável a manutenção do circuito fechado, mas afirma que deve se submeter às disposições do Decreto nº 2.521/1998 (BRASIL, 1998). Assim, segue atuando e apreendendo veículos de prestadores que operam em circuito aberto.

9 O Decreto nº 10.157/2019 dispensa a realização de procedimento licitatório prévio (BRASIL, 2019b) e foi julgado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da ADI nº 6.270/DF.

10 A atuação da Buser tem sido alvo de diversas ações judiciais, as quais dividem os tribunais brasileiros. Há aqueles que entendem que se trata de tecnologia inovadora que não representa risco aos usuários e não provoca práticas comerciais irregulares ou desleais. No entanto, outros apontam violação ao sistema de circuito fechado e desamparo legal (HIGIDO, 2022).

Seguindo a doutrina internacional e as melhores práticas indicadas pela OCDE, a FIARC elenca que a desregulamentação poderia reduzir barreiras à entrada e fortalecer o modal rodoviário frente às ferrovias e às companhias aéreas. Isso seria possível porque, em um ambiente competitivo, as empresas tendem a especializar seus serviços, oferecendo leitos mais confortáveis, acesso à *internet* e outros atrativos que interessem aos consumidores. Podem prestar também serviços menos sedutores a preços mais baixos.

A experiência nos EUA evidencia que a flexibilização dos normativos, que produziram especialmente o modelo de transporte *curbside adotado em Chinatown*¹¹, bem como a liberdade para abrir e fechar rotas com base em alguns parâmetros sistêmicos que não provoquem barreiras de entrada ou de saída, podem estimular estratégias concorrenciais entre as empresas para atuar em linhas e rotas ainda não exploradas.

A FIARC considera que as normas infralegais brasileiras impedem que as empresas de fretamento alcancem mercados que vão além dos nichos de fretamento eventual ou turístico, pois limitam: i) o número e variedade de fornecedores; ii) a concorrência entre as empresas; e iii) as opções dos clientes e as informações disponíveis. Estima-se que o circuito fechado no transporte rodoviário gera um custo regulatório anual de R\$ 1.055.457.535,00.

Expressa que o impasse não é concorrencial, mas regulatório. Como solução, sugere reformular dispositivos para: reduzir o capital social mínimo exigido de entrantes; permitir a utilização de microônibus e de diferentes formas de comprovar frota, inclusive por meio de arrendamento da frota de terceiros autorizados pela ANTT; alterar de 12 meses para 1 mês o tempo mínimo de permanência no mercado; permitir a emissão de bilhetes digitais etc.

O parecer conclui que medidas de incentivo à modernização do mercado devem incrementar a competição dos segmentos de transporte regular de passageiros e de fretamento colaborativo, elevando os ganhos de bem-estar dos consumidores. Contudo, alerta que os prestadores de TRIP por fretamento devem submeter-se às mesmas obrigações dos prestadores regulares, a fim de mitigar a assimetria regulatória.

Por fim, a FIARC/SEPRAC classificou o Decreto nº 10.157/2019 (BRASIL, 2019b) como de **bandeira amarela**, com pontos suscetíveis de aprimoramento, ao passo que o Decreto nº 2.521/1998 (BRASIL, 1998) a Resolução ANTT nº 4.770/2015 e a Resolução ANTT nº 4.777/2015 (BRASIL, 2015; 2015) foram classificados como de **bandeira vermelha** por apresentar caráter anticompetitivo, com fortes indícios de abuso regulatório capazes de promover distorções concorrenciais.

5.3. Usuport vs. Resolução Normativa ANTAQ nº 34/19

O caso refere-se à longa disputa travada entre os Operadores Portuários (OPs) e as Instalações Portuárias Alfandegadas (IPAs) quanto à legalidade ou não da cobrança do Serviço de Segregação (SSE)/Terminal Handling Charge (THC2) na movimentação e armazenagem de contêineres em instalações portuárias **destinadas à importação**.

Os OPs atuam nos dois elos da cadeia portuária e exercem tanto as atividades de

11 Pontos de embarque alternativos, e.g. calçadas e parques, previamente autorizados pelas prefeituras.



movimentação de passageiros quanto a de **movimentação e armazenamento de mercadorias** dentro da área do porto organizado – os denominados “portos molhados”. Já as IPAs são prestadores que atuam apenas no mercado *downstream* de armazenagem alfandegada.

Como as IPAs não possuem autorização para acessar os navios que transportam as cargas, dependem do transporte realizado pelos OPs do terminal para o portão. Enquanto os OPs defendem que a segregação da mercadoria e a sua entrega para o transporte fora do porto configuram serviços adicionais ao contratado pelos armadores (transportadores marítimos), as IPAs argumentam que essa cobrança no sentido importação é duplicada, inflando os preços dos serviços prestados. Explica-se.

No THC-exportação, os serviços contratados abrangem o transporte da mercadoria do portão ao porão do navio, incluindo os cuidados essenciais para sua preservação durante o período necessário para o carregamento efetivo da mercadoria no navio atracado pelos OPs - *booking*/fila de espera para o carregamento (SAMMARCO; CAVALINI JUNIOR, 2022).

Já o THC-importação compreende o serviço de retirada da mercadoria do navio e o seu empilhamento dentro da área do porto organizado. Os OPs defendem que o mero fato de retirar a mercadoria do navio e empilhá-la dentro do porto é suficiente para cumprir o serviço contratado na *box rate* (pacote de serviços) pelo armador. Esse entendimento é amparado pela Resolução Normativa nº 34/2019 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)¹² (BRASIL, 2019a).

A Associação de Usuários dos Portos da Bahia (USUPPORT) questionou a Resolução perante a FIARC aduzindo que a norma chancela o abuso de poder dominante dos OPs no mercado a montante de movimentação. Isso porque (i) não há efetiva prestação deste serviço; e (ii) a movimentação de mercadorias nas instalações internas do porto configura o serviço de capatazia, já incluso na *box rate*, pago pelo armador e previsto no art. 40, §1º, I, da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013).

O SSE/THC, portanto, consistiria em novo pagamento de capatazia para que houvesse a movimentação horizontal da carga. O Cade e a SEPRAC já consideraram que a Resolução possui caráter anticoncorrencial. O Tribunal de Contas da União (TCU) chegou a determinar que a Resolução nº 2.389/2012 (primeira a tratar da cobrança do THC2) fosse revisada e considerou que, com a Resolução nº 34/2019, os impasses teriam sido resolvidos pela ANTAQ. O judiciário tem se manifestado pela legalidade da cobrança do SSE/THC2, inclusive com decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A FIARC sustenta que a regulação questionada não é uma boa escolha do ponto de vista econômico e concorrencial, estimando que, apenas entre 2019 e setembro de 2021, a cobrança do SSE gerou o sobrefaturamento médio de preços na casa de R\$ 664.73 milhões, sem que se comprovasse atendimento ao interesse público ou o incremento de qualidade da política portuária. Além disso, a cobrança do SSE possibilitaria aos OPs o exercício de posição dominante e a manutenção de portos ineficientes, visto que qualquer perda de lucratividade junto aos armadores é facilmente repassada às IPAs a título de taxa de acesso aos terminais.

Por fim, a FIARC classificou a Resolução ANTAQ nº 34/2009 como um caso de bandeira vermelha, sendo verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretam distorção concorrencial. Sugeriu dois caminhos regulatórios que podem ser adotados pela ANTAQ: (i) solução concorrencialmente mais desejada – disciplinar que todos os custos de movimentação horizontal

¹² A ANTAQ editou a Resolução ANTAQ nº 72/2022 para suceder a Resolução nº 34/2019. No entanto, manteve inalteradas as disposições acerca do SSE/THC e do *box rate*.

e vertical sejam incluídos no valor cobrado dos armadores pela *Box Rate* e THC; e (ii) critérios de controle *ex ante*, como tarifa teto.

5.4. Contabilizei Contabilidade LTDA vs. NBC PG 01/2009

Neste caso, avaliou-se os artigos 11, 12 e 15 da Norma Brasileira de Contabilidade (NBC) PG 01/2019, estabelecidos pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), que tratam do uso da publicidade na prestação de serviços contábeis dentro do âmbito do Código de Ética do CFC (CFC, 2019). Havia uma denúncia de que esses artigos poderiam criar desigualdades na concorrência, limitando a capacidade das empresas de contabilidade de promoverem seus serviços ou produtos por meio da publicidade. Tal restrição criaria barreiras à entrada e prejudicaria especialmente o desenvolvimento de empresas que propõem modelos de negócios inovadores nesse setor, privando o mercado de soluções mais eficientes e de menores custos.

A conclusão, em 2022, foi a de que a desregulamentação da publicidade no âmbito de serviços profissionais gera benefícios sociais, em especial redução dos preços. Ademais, não haveria evidência empírica conclusiva relacionando restrição à publicidade e aumento da qualidade do serviço. O caso foi classificado como “bandeira vermelha”, ou seja, ato normativo com caráter anticompetitivo, com fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial.

Ademais, recomendou-se: (i) supressão dos arts. 11, 12 e 15 da NBC PG 01/2019 ou ao menos a sua flexibilização, com vistas a promover o alinhamento da regulação sobre esse aspecto às melhores práticas internacionais; (ii) ao CFC a reabertura do debate junto aos agentes econômicos atuantes no setor objetivando a revisão desses dispositivos, inclusive com a participação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

5.5. Instituto Brasileiro de Petróleo (IBP) vs. Portaria CNEN nº 279/1997

Neste caso, avaliou-se a Portaria nº 279, de 5 de dezembro de 1997, editada pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN). Esta portaria define a quota anual de 300 kg para a importação de hidróxido de lítio, insumo utilizado pela indústria de graxas lubrificantes (BRASIL, 1997). O requerente buscou a FIARC alegando que essa quota de importação restringe de forma injustificada suas importações para a produção de graxas lubrificantes, gerando barreiras à entrada a novos ofertantes e consequente reserva de mercado a favor do produtor doméstico de lítio.

A conclusão, em 2022, foi de que a norma ora em análise possui caráter anticompetitivo, pois gera reserva de mercado em favor da indústria doméstica fornecedora de compostos de lítio, restringindo importações e criando condições para uma estrutura de mercado concentrada do tipo monopolística, o que se traduz em preços domésticos substancialmente acima dos preços internacionais.

A FIARC concluiu pela existência de abuso regulatório, já que a referida norma do CNEN impacta nos custos de outros setores industriais, cujas atividades envolvem a aquisição de insumos para fins não-nucleares, tais como o hidróxido de lítio de grau técnico utilizado na produção de graxas lubrificantes.



Por fim, o caso foi classificado como “bandeira vermelha”, ou seja, ato normativo com caráter anticompetitivo, com fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial. Em que pese isso, mencionou-se que, com a publicação do Decreto nº 11.120/2022, as operações de comércio exterior de minerais e minérios de lítio e de seus derivados não necessitam mais de prévia autorização da CNE, não estando sujeitas a critérios, restrições, limites ou condicionantes de qualquer natureza, exceto aqueles previstos em lei ou em atos editados pela Câmara de Comércio Exterior (Camex) (BRASIL, 2022).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrou-se ao longo da pesquisa, a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial fora criada com o objetivo de i) promover a advocacia da concorrência por meio da análise de leis, decretos e atos infralegais; ii) evitar o abuso de poder regulatório, de que trata o art. 4º da Lei de Liberdade Econômica (LLE).

Institucionalmente, a FIARC subsidia tanto medidas de *enforcement* diante da constatação de excessos regulatórios quanto o papel ativo da advocacia da concorrência, preconizado pelo art. 19, VIII, da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011). Suas audiências e consultas públicas possibilitam que reguladores e regulados dialoguem, em ambiente não litigioso, a respeito da eventual abusividade dos regulamentos, com a possibilidade de compor soluções capazes de corrigir as falhas de governo e de mercado (OLIVEIRA NETO; MACEDO, 2021, p. 20-22).

Demonstrou-se também que não se trata a FIARC de “jabuticaba brasileira” criada para tolher a autonomia das agências reguladoras, visto que i) o caráter não cogente de suas avaliações não desobriga ou isenta os regulados de cumprir leis e atos normativos; e ii) iniciativas semelhantes são adotadas há décadas em diversos países que integram a OCDE. Ou seja, como não há imposição de sanções, mas tão somente recomendações, sua efetividade pode ser considerada baixa.

Em alguns países, a defesa da concorrência é exercida externamente, por meio de agências e órgãos de controle independentes. Em outros, o processo de revisão das normas anticompetitivas é realizado por subdivisões internas às próprias agências reguladoras. Há aqueles, como o Brasil, que adotam um regime híbrido de revisão do estoque regulatório, sendo que nossa particularidade consiste unicamente na nomenclatura “consulta pública sobre abuso de poder regulatório”, quando realizada pela FIARC/SEPRAC.

No entanto, transformar a **cultura regulatória** não é tarefa fácil. Em que pese crie-se um sistema de selos por bandeiras, subsidie-se as consultas públicas com estudos técnicos e apresente-se opções de abordagens menos restritivas, a palavra final é sempre das agências reguladoras. Por não serem hierarquicamente subordinadas à SEPRAC, estas podem recusar as orientações recebidas se não se sentirem suficientemente convencidas.

Isso demonstra que a efetividade das consultas públicas é limitada. Órgãos reguladores relutam em adotar observações críticas na medida em estas atrapalham seus planos, trabalhos ou agendas, o que pode ensejar em acionamento do poder judiciário para decidir acerca de matérias de legalidade e constitucionalidade (MIKULI; KUCA, 2016).

De toda sorte, a análise dos cinco casos concretos demonstra que o sistema de bandeiras e

os relatórios da FIARC auxiliam a discussão jurídica e reduzem a discricionariedade dos reguladores, os quais são compelidos a cumprir o dever legal de justificar o interesse público na limitação da concorrência.

No caso **Sindiporto**, as distorções concorrenciais decorrentes da aplicação transversal do AFRMM foram, em certa medida, mitigadas pela Lei da Cabotagem. Todavia, a menos que o relatório da SEPRAC seja acatado pelo poder judiciário para justificar alguma intervenção, os recursos disponíveis nas contas vinculadas continuarão a provocar distorções por pelo menos 3 anos – prazo decadencial que as EBNS possuem para utilizá-los.

No caso **Buser**, a ANTT reconhece que o sistema de fretamento por circuito fechado não é o mais eficiente, porém sustenta que deve cumprir as normas infralegais. Assim, discussões são travadas no judiciário (BRASIL, 2023) e no parlamento (BRASIL, 2020a), que se utilizam do parecer da FIARC/SEPRAC para fundamentar as discussões.

No caso **Usuport**, constatou-se que, após as pressões exercidas pelo Cade, TCU e SEPRAC, a ANTAQ editou a Resolução nº 34/19 para autorizar expressamente a cobrança dos serviços de THC2/SSE-importação sem que isso integre os serviços já remunerados pela *Box Rate* (BRASIL, 2019a). Portanto, o problema concorrencial persiste não por vácuo regulatório, mas justamente por regulação que mitiga a concorrência com respaldo do poder judiciário, sendo que compete ao Cade tão somente verificar casuisticamente eventuais abusos em sua cobrança.

No caso **Contabilizei LTDA**, verificou-se que a restrição publicitária dos serviços de contabilidade tem o potencial de gerar reserva de mercado em favor dos agentes incumbentes, posto que dificulta a divulgação de prestadores entrantes. Ademais, não se vislumbrou correlação entre a vedação de publicidade e o incremento na qualidade dos serviços, razão pela qual recomendou-se a flexibilização das normas.

No caso **IBP**, concluiu-se que a imposição de quota máxima anual para a importação de hidróxido de lítio favorece a criação de monopólio para fornecedores nacionais ao elevar artificialmente os preços de competidores estrangeiros. Além disso, gera efeito cascata negativo injustificado em outros setores que utilizam o insumo, como o de graxas lubrificantes.

Visando a aperfeiçoar o *enforcement* efetivo da advocacia da concorrência e do combate ao abuso de poder regulatório, algumas iniciativas têm sido discutidas junto ao TCU, ao Congresso Nacional, à OCDE, à Controladoria Geral da União (CGU) e às associações de agências reguladoras (TERCEIRO..., 2022). Dentre elas, cogita-se criar entidade nacional voltada à capacitação de reguladores e padronização de diretrizes de boas práticas regulatórias.

Diante do exposto, confirma-se verdadeira a hipótese preliminar da presente pesquisa, segundo a qual as consultas públicas em abuso de poder regulatório promovidas pela FIARC são positivas para a redução do abuso de poder regulatório, pois fomentam a transformação da cultura regulatória, propiciam ambiente de discussão não litigioso e conferem maior respaldo técnico para eventuais disputas judiciais, mas que, isoladamente, não produzem resultados imediatos ante seu caráter não cogente e à necessidade de resguardar a independência das agências reguladoras.

Com fundamento na doutrina especializada, a seguinte pesquisa conclui que a FIARC pode utilizar-se de algumas medidas para mitigar o caráter não cogente de suas decisões e pareceres: i) o acompanhamento e a divulgação dos resultados obtidos após a elaboração dos pareceres técnicos,



visto que isso não só subsidia os poderes legislativo e judiciário, como também atrai holofotes para a discussão (IBRAC, 2015); ii) emitir comentários oficiais a respeito de projetos de leis em tramitação; iii) o monitoramento de normas e de protocolos de cooperação com as autoridades; iv) a criação de padrões e cooperações internacionais; v) a colaboração com universidades e centros de pesquisa (KNYAZEVA, 2013, p. 13). Por fim, destaca-se que algumas dessas medidas já foram adotadas, outras requerem elevado grau de investimento técnico, em pessoal e financeiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2nd edn. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199576081.001.0001>. Acesso em: 23 jul. 2023.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). **Relatório financeiro do FMM 1º trimestre/2022**. Brasília: BNDES, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/22j7a549>. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Resolução Normativa nº 34, de 21 de agosto de 2019**. Aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias. Brasília, DF: Agência Nacional de Transportes Aquaviários, 2019a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a8uon7z>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Resolução nº 4770, de 25 de junho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, sob o regime de autorização. Brasília, DF: Agência Nacional de Transportes Terrestres, 2015a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cmkyg98>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Resolução nº 4777, de 6 de julho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiro realizado em regime de fretamento. Brasília, DF: Agência Nacional de Transportes Terrestres, 2015b. Disponível em: <https://tinyurl.com/23jg39eo>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 148/2020**. Altera a Lei nº 10.233, de 2001, para dispor sobre autorização de transporte rodoviário interestadual de passageiros em regime de fretamento. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: <https://tinyurl.com/25n2u5l2>. Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN). **Portaria CNEN nº 279, de 05 de dezembro de 1997**. Define regras para importação de produtos à base de lítio. Rio de Janeiro, RJ: Comissão Nacional

de Energia Nuclear, 1997.

BRASIL. **Decreto nº 10.157, de 4 de dezembro de 2019.** Institui a Política Federal de Estímulo ao Transporte Rodoviário Coletivo Interestadual e Internacional de Passageiros. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b.

BRASIL. **Decreto nº 11.120, de 5 de julho de 2022.** Permite as operações de comércio exterior de minerais e minérios de lítio e de seus derivados. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/28j3qdmr>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998.** Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2521.htm. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.269.** Dispõe sobre a competência, composição e funcionamento do Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante - CDFMM, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2aewq9fe>. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.543, de 20 de setembro de 2005.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004, que dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e o Fundo da Marinha Mercante - FMM, e o art. 17 da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2clrf4va>. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004.** Dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM, e o Fundo da Marinha Mercante - FMM, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004b. Disponível em: <https://tinyurl.com/27vdr39u>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dchk64g>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.** Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d5u3hg4>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019c. Disponível em: <https://tinyurl.com/29znbrma>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019d. Disponível em: <https://tinyurl.com/293la44t>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. **Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020.** Estabelece o programa Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2020c. Disponível em: <https://tinyurl.com/293la44t>.



com/y5uxe6qn. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. **Instrução Normativa SEAE nº 111, de 5 de novembro de 2020**. Brasília, DF, 2020b.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/yhg4xq3q>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3). 4ª Turma. **Agravo de Instrumento (AI) nº 5000213-90.2023.4.03.0000**. Decisão liminar reconhece que a regra do circuito fechado é prejudicial à concorrência e ao consumidor. Recorrente: SEPROSP. Recorrida: ANTT. Rel.: Des. Mônica Autran Machado Nobre, 12 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/24nhhyec>. Acesso em: 11 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE (CFC). **Norma Brasileira de Contabilidade, NBC PG 01, de 7 de fevereiro de 2019**. Aprova a NBC PG 01 - Código de Ética Profissional do Contador. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, 2019. Disponível em: <https://www.crc.org.br/institucional/NBCPG01.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia Duarte de. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. 4. ed. rev. at. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HEARINGS on Competition and Consumer Protection in the 21st Century. **Federal Trade Commission**, Washington, 2019. Disponível em: 21 jul. 2022. Acesso em: 21 jul. 2022.

HIGIDO, José. Judicialização de atividade de fretamento de ônibus divide tribunais no país. **Conjur**, São Paulo, 19 fev. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bxlexzo>. Acesso em: 19 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL (IBRAC). **Advocacia da concorrência: propostas com base nas experiências brasileira e internacional**. Brasília, DF: Singular, 2015.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KEY Data from Regulatory Sandboxes across the Globe. **World Bank**, Washington, 1 nov. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cfbn54z>. Acesso em: 11 jun. 2022.

KNYZEVA, Irina. Competition Advocacy: Soft Power in Competitive Policy, **Procedia Economics and Finance**, v. 6, p. 208-287, 2013. DOI: [https://doi.org/10.1016/S2212-5671\(13\)00141-X](https://doi.org/10.1016/S2212-5671(13)00141-X). Disponível em: <https://tinyurl.com/2amqpenw>. Acesso em: 15 ago. 2022.

MAJONE, Giandomenico. The regulatory state and its legitimacy problems. **West European Politics Journal**, [S. l.], v. 22, n. 1, p. 1-24, 1999. DOI: 10.1080/01402389908425284. Disponível em: <https://tinyurl.com/29z45e7v>. Acesso em: 22 ago. 2022.

MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. **West European Politics Journal**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. 77-101, 1994. DOI: 10.1080/01402389408425031. Disponível em: <https://tinyurl.com/28a7evc6>. Acesso em: 22 ago. 2022.

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público x setor privado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MIKULI, Piotr; KUCA, Grzegorz. The Public Hearing and Law-Making Procedures. **Liverpool Law Journal**, Liverpool, United Kingdom, v. 37, p. 1–17, 2016. DOI: 10.1007/s10991-016-9177-z. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10991-016-9177-z>. Disponível em: <https://tinyurl.com/28roupdp>. Acesso em: 12 ago. 2022.

MURIS, Tim; PITOFKY, Bob. More than law *enforcement*: the FTC's many tools - a conversation with Tim Muris and Bob Pitofsky. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 72, n. 3, p. 773–860, 2005.

NORTH, Douglas C. **Instituições, Mudança Institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

OLIVEIRA NETO, Dario da Silva.; MACEDO, Alexandre Cordeiro. O Abuso de Poder Regulatório: Uma evolução da advocacia da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 8-26, 2021. DOI: 10.52896/rdc.v9i2.921. Disponível em: <https://tinyurl.com/24xxddqx>. Acesso em: 25 jul. 2022.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O mito do regulador infalível. **WebAdvocacy**, Brasília, n. 3, mai. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xryqsy5>. Acesso em: 29 nov. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition Assessment Toolkit**: Volume 2: Guidance. Paris: OECD, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/22hdue75>. Acesso em: 20 jun. 2022.

PARECERES da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial - FIARC. **Ministério da Economia**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/25tuq8k2>. Acesso em: 1 abr. 2023.

ROSEMBERG, Cristina *et al.* **Regulatory Sandboxes and Innovation Testbeds**: A Look at International Experience in Latin America and the Caribbean. [S. l.]: Inter-American Development Bank Journal, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.18235/0002526>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2c3pp36e>. Acesso em: 12 jun. 2022.

SAMMARCO, Marcelo; CAVALINI JUNIOR, José Urbano. THC e SSE - Distinções necessárias e respectivos critérios de cobrança nos termos da regulação estabelecida pela ANTAQ. **Migalhas**, [S. l.], 14 abr. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/25ad4g35>. Acesso em: 17 ago. 2022.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 87-93. ISBN 978-85-7700-186-6.

TERCEIRO Painel: Reforma regulatória no Brasil: o peer review 2022 da OCDE. Brasília: IBRAC Eventos, 2022. 1 vídeo (118 min). Disponível em: <https://tinyurl.com/2ao3lcqo>. Acesso em: 5 fev. 2023.

