

# ABUSO DE PODER REGULATÓRIO: UMA EVOLUÇÃO DA ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

*Abuse of regulatory power: na evolution of competition  
advocacy in Brazil*

Dario da Silva Oliveira Neto<sup>1</sup>

Alexandre Cordeiro Macedo<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo aborda o abuso do poder regulatório, previsto no artigo 4º da nova Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), como uma evolução da advocacia da concorrência no Brasil. Para isso foi abordada uma visão teórica das normas regulatórias e das falhas de governo, além de discorrer sobre o indicador PMR desenvolvido pela OCDE, a delicada situação regulatória brasileira, a vedação apresentada pelo abuso do poder regulatório para a criação de barreiras à entrada injustificáveis ou não previstas em lei e a evolução que o artigo 4º traz para impulsionar a advocacia da concorrência no Brasil. Portanto, a criação do abuso de poder regulatório trouxe eficiência das normas regulatórias brasileiras, permitindo uma maior atuação da advocacia da concorrência perante regulações entendidas como falhas de governo.

**Palavras-chave:** abuso de poder regulatório; falhas de governo; barreiras à entrada; advocacia da concorrência.

1 Bacharel em Ciências Econômicas pela PUCRS com o prêmio distinção de mérito. Mestre em Desenvolvimento Econômico com ênfase em Economia Regional pela PUCRS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS com láurea acadêmica. Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS. Realizando o curso de Especialização em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela FGV. Participante do 38º PINCADE. Assessor Técnico do Gabinete da Presidência do Cade. Economista e Advogado. E-mail: dariooliveiraneto@hotmail.com

2 Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Ex-Superintendente-Geral e ex-conselheiro do Cade. Doutorando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduado em Processo Administrativo Disciplinar pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito e em Economia. Visiting Scholar e International Fellow do Global Antitrust Institute da Antonin Scalia Law School - George Mason University em Washington/DC. Auditor de carreira da Controladoria-Geral da União (CGU) desde 2006, onde foi assessor e chefe de gabinete do Corregedor-Geral da União. Foi Secretário-Executivo do Ministério das Cidades. Professor da Pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público/IDP. Professor convidado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), do Ibmecc e da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Organizador e autor do livro Tópicos Especiais de Direito Concorrencial, Editora Cedes. Autor de vários artigos em livros, revistas e jornais. Palestrante em diversos eventos e universidades no Brasil e no exterior, tais como Harvard Law School - Cambridge, Northwestern University - Chicago, American Bar Association (ABA), International Bar Association (IBA), International Competition Network (ICN), Global Competition Review (GCR) e Concurrence. E-mail: alexandre.cordeiro@cade.gov.br

## ABSTRACT

This article addresses the abuse of regulatory power, as provided for in Article 4 of the new Economic Freedom Law (Law 13.874/19), as an evolution of competition advocacy in Brazil. To this end, a theoretical view of regulatory rules and government failures was approached, besides analyzing the PMR indicator developed by the OECD, the terrible Brazilian regulatory situation, the prohibition presented by the abuse of regulatory power to create unjustifiable barriers to entry or not foreseen by a previous law, and the evolution that Article 4 brings to boost competition advocacy in Brazil. Therefore, the creation of the abuse of regulatory power comes to bring efficiency to Brazilian regulatory rules, allowing a better performance of competition advocacy in front of regulations understood as government failures.

**Keywords:** abuse of regulatory power, government failures, barriers to entry, competition advocacy.

**Classificação JEL:** K21; K23; L50 e L51.

**Sumário:** *Introdução; 1. A regulação e as falhas de governo; 2. O indicador PMR e a infeliz situação regulatória brasileira; 3. O artigo 4º da LLE, o abuso de poder regulatório e barreiras à entrada; 4. O art. 4º como uma evolução da advocacia da concorrência; 5. Considerações Finais; 6. Referências bibliográficas.*

## INTRODUÇÃO

O conceito de falhas de mercado é bastante difuso e estudado nas Ciências Econômicas e, cada vez mais, incorporado ao mundo do Direito. Segundo a definição dada pelos professores Pindyck e Rubinfeld (2009, p. 315), “falha de mercado é uma situação na qual um mercado competitivo não regulamentado é ineficiente porque os preços falham a prover sinais adequados para consumidores e produtores”<sup>3</sup>. Manuais de Microeconomia descrevem os quatro principais exemplos de falhas de mercado: (i) poder de mercado, (ii) informação incompleta, (iii) externalidades e (iv) bens públicos (Pindyck e Rubinfeld, 2009, p. 612-613). Há, contudo, um conceito “primo” menos famoso que o conceito de falhas de mercado que são as falhas de governo. Tal conceito é, ao menos, tão importante quanto o conceito de falhas de mercado, porém é claramente esquecido e negligenciado pelo Estado brasileiro.

As falhas de governo, de modo geral, dizem respeito às tentativas frustradas e malsucedidas de regulação do Estado para a correção das falhas de mercado. Enquanto muito se divulga sobre as imperfeições que o livre mercado apresenta, pouco se fala sobre as imperfeições que o Estado também é capaz de apresentar. Todavia, a Lei 13.874/19 (também conhecida como Lei da Liberdade Econômica e doravante denominada de LLE) parece direcionar o ordenamento jurídico brasileiro para um outro rumo, apresentando-nos a ideia de falhas de governo e demais regras que objetivam trazer critérios de eficiência sobretudo para a regulação brasileira. Primeiramente, exalta-se a edição dessa norma, visto que, se o remédio ao invés de salvar o paciente, mata-o, torna-se melhor não o

3 *Market failure (is a) situation in which an unregulated competitive market is inefficient because prices fail to provide proper signals to consumers and producers.*

tomar e, conforme veremos ao longo do trabalho, a regulação brasileira pode causar maiores danos que salvar as atividades econômicas e as falhas de mercado que pretende corrigir.

O presente artigo tem por objetivo analisar, principalmente, o artigo 4º da LLE<sup>4</sup>, que estabelece o instituto do abuso do poder regulatório, visando combater falhas de governo no formato de normas regulatórias infralegais não justificadas, e a sua relação com a concorrência – especialmente, a advocacia da concorrência. Para isso, será dividido em quatro seções. A primeira tratará brevemente sobre a regulação e o fenômeno das falhas de governo, demonstrando que, em alguns casos, as regulações que objetivariam corrigir as falhas de mercado acabam ampliando os problemas que originalmente pretenderiam corrigir. A segunda seção apresentará o indicador PMR desenvolvido pela OCDE, apontando o Brasil como um dos países com as piores regulações do mundo. A terceira seção apresentará o artigo 4º da LLE e o abuso de poder regulatório, retratando como esse artigo pode ser lido como um impedidor geral da criação de barreiras à entrada regulatória. A quarta e última seção apontará como o artigo 4º realizou a evolução da advocacia da concorrência no Brasil.

## 1. A REGULAÇÃO E AS FALHAS DE GOVERNO

A Constituição Federal estabelece que o princípio da livre-iniciativa<sup>5</sup>, junto com o princípio do valor social do trabalho, é um dos fundamentos da nossa Ordem Econômica no *caput* do artigo 170<sup>6</sup>. Contudo, como todo princípio fundamental (Cavalcanti, 2020, p. 261), o princípio da livre-iniciativa não é absoluto<sup>7</sup>.

4 Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei

5 Para entender o guarda-chuva jurídico protegido por esse princípio: “O princípio da livre-iniciativa tem por finalidade garantir o acesso dos agentes econômicos ao mercado e a sua liberdade de atuação e permanência nele, implicando, embora não exclusivamente, a liberdade de empresa. [...] No entanto, a livre-iniciativa não se limita à liberdade de empresa, pois abrange a liberdade contratual, a liberdade de trabalho, a liberdade de associação, a liberdade de inversão e a liberdade de organização do processo produtivo” (Bercovici, 2020, p.2).

6 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

7 “O princípio constitucional da livre-iniciativa, portanto, deve ser compreendido em uma dimensão coletiva como a garantia das pessoas de liberdade de entrada no mercado (direito de acesso facilitado aos mercados), liberdade de empreender e contratar (sem impedimentos ou obstáculos) e de acesso ao mercado em condições isonômicas. Nessa toada, o exercício ilimitado da livre-iniciativa individual aniquilaria os pressupostos da livre-iniciativa coletiva” (Domingues e Silva, 2020, p. 3). “A livre-iniciativa, portanto, como toda liberdade pública, é relativa. [...] Como afirma Vincenzo Spagnuolo Vigorita, a partir do momento em que a livre-iniciativa é reconhecida constitucionalmente, e, repita-se, o reconhecimento constitucional foi ao valor social da livre-iniciativa, ela está condicionada pelos fins e objetivos coletivos” (Bercovici, 2020, p.3).

Primeiramente, o próprio artigo 170, ao estabelecer a Ordem Econômica, enumera alguns outros princípios balizadores e ponderadores contra o princípio da livre iniciativa. Podemos citar, nesse caso, o princípio da livre-concorrência, que apresenta o seu desenho legal a partir da Lei 12.529/11<sup>8</sup>. A Lei de Defesa da Concorrência, ao dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica no artigo 1º<sup>9</sup>, transpõe para o campo infraconstitucional situações em que o princípio da livre iniciativa é posto em segundo plano ao princípio da livre concorrência. Por exemplo, o empresário é livre para estabelecer o preço do seu próprio produto, porém ele não é livre para combinar um preço comum mais alto com os seus concorrentes, visto que essa prática lesa injustamente os consumidores, os quais têm o direito de ter um mercado e uma disputa concorrencial livre entre os ofertantes, conforme o inciso IV do art. 170 da CF.

Ademais, a Constituição assenta outra importante situação em que o princípio da livre iniciativa pode ser diretamente ponderado: na regulação de mercado. O artigo 174<sup>10</sup> determina que o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, como um agente normativo e regulador da atividade econômica. A regulação, portanto, impacta diretamente na livre iniciativa dos agentes econômicos afetados por ela ao editar normas que indiretamente afetam as atividades econômicas.

Neste sentido sobre intervenção do Estado na economia, Grand (1991) leciona que, do ponto de vista econômico, há 3 formas em que o Estado é capaz de atuar na atividade econômica, sendo as duas primeiras de formas diretas e a última de forma indireta:

*O governo pode se envolver em uma área de atividade social e econômica de uma ou todas as três formas: prestação, tributação ou subsídio e regulamentação. Ou seja, ele pode fornecer uma mercadoria por si só por possuir e operar as agências relevantes e empregar o pessoal relevante. Ele pode tributar a mercadoria, elevando o seu preço acima do nível que teria sido atingido em um mercado competitivo, ou pode subsidiar a mercadoria, reduzindo seu preço abaixo do nível competitivo. Algumas vezes, o preço pode ser reduzido a zero, com a mercadoria sendo fornecida gratuitamente. Alternativamente, o governo pode regular a produção e distribuição da mercadoria, prescrevendo a estrutura do mercado ou a quantidade, qualidade ou preço da mercadoria em questão (Grand, 1991, p. 431)<sup>11</sup>.*

8 “A liberdade de iniciativa, assim, é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada” (Bercovici, 2020, p.3).

9 Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

10 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

11 *The government can involve itself in an area of social and economic activity in any, or all, of three ways: provision, taxation or subsidy and regulation. That is, it can provide a commodity itself through owning and operating the relevant agencies and employing the relevant personnel. It can tax the commodity, thus raising its price above the level that would have been attained in a competitive market, or it can subsidize the commodity, thus lowering its price below the market level. Sometimes the price may be reduced to zero, with the commodity being provided free. Alternatively, the government can regulate the production and distribution of the commodity, prescribing the structure of the market or the quantity, quality or price of the commodity concerned.*

Portanto, “define-se regulação como qualquer ação do governo no sentido de limitar a liberdade de escolha dos agentes econômicos” (Pinto Júnior e Fiani, 2013, p. 299)<sup>12</sup>, apartando-se as ações de prestação direta do produto/serviço e a tributação ou subsídio do produto/serviço.

Seguindo o raciocínio de Grand (1991, p. 438), há de modo geral, quatro grandes formas de regulação, isto é, a regulação pode ser compreendida como um gênero que apresenta quatro espécies: (i) a regulação pode se dar através de quantidade, criando normas para encorajar ou desencorajar a produção de um produto ou serviço, afetando diretamente a quantidade final produzida; (ii) a regulação pode ser através do preço, impondo um valor obrigatório ou preços máximos e mínimos a serem praticados; (iii) a regulação também pode se dar através da qualidade de um produto, determinando a realização de procedimentos, necessidades técnicas, testes de qualidade, entre outras obrigações que um produto necessita ter para ser oferecido e ofertado ao mercado; (iv) e, por fim, a regulação pode almejar modificar a estrutura do mercado em si, controlando o número de empresas possíveis naquele mercado ou as formas de negociações e de trocas do produto. O Estado, destarte, produz normas regulatórias que apresentam regras dentre essas quatro espécies para intervir indiretamente na economia.

Porém, por qual razão (ou quais razões) o Estado intervém indiretamente na economia? Na teoria econômica, parte-se do princípio que a regulação irá corrigir uma falha de mercado, conforme visto na introdução, gerando uma maior eficiência nesse mercado – normalmente através de menor preço ou maior quantidade ou qualidade do produto oferecido. Isto é, a regulação tende a corrigir falhas de mercado<sup>13</sup>.

Contudo, uma escola político-econômica, que mais tarde foi intitulada de *Public Choice*, começou a observar que, em alguns casos, o remédio da regulação estava matando, ou gerando mais problemas, em relação àquilo que ela objetivava curar – as falhas de mercado. Segundo observado por Stigler (1971, p.3) “existem regulações cujos efeitos líquidos sobre a indústria regulamentada são inegavelmente onerosos”<sup>14</sup>. A partir dessas observações, cunhou-se a expressão falhas de governo.

Willians Jr. e Coase (1964) foram os primeiros autores a utilizar a expressão “falha de mercado” (*government failure*) – McKean (1965) também foi pioneiro ao registrar a necessidade de estudo das falhas de mercado<sup>15</sup>. O vencedor do prêmio Nobel de Economia de 1991 e Ernest Willians apontaram que, de fato, ao se visualizar o mundo real, nem toda norma regulatória editada pelo Estado para corrigir uma falha de mercado gera resultados ótimos ou, no mínimo, melhores do que os problemas causados pela própria falha de mercado. Isso não quer dizer que as regulações não

12 No mesmo sentido: “[...] entende-se por regulação econômica a atividade do Estado intervir indiretamente na economia para sanar falhas de mercado” (Gaban e Domingues, 2020, p. 248).

13 “Nas abordagens mais convencionais não se espera que haja qualquer necessidade de o governo interferir na liberdade de decisão econômica das empresas, uma vez que se supõe a economia em uma situação de concorrência perfeita, quando o mercado fornece estímulos eficientes por meio do mecanismo de preços para a alocação de recursos [...]” (Pinto Júnior e Fiani, 2013, p. 299).

14 “There are regulations whose net effects upon the regulated industry are undeniably onerous”.

15 “We should study the anatomy of market failure, the anatomy of government failure, and the possibilities of improving the functioning of both” (McKean, 1965, p. 505)

são capazes de aperfeiçoar o sistema econômico e consertar as falhas de mercado, mas que, dependendo da regulação imposta, o problema inicial que ela objetivaria corrigir acaba sendo agravado pela própria regulação<sup>16</sup>.

Neste sentido, Willians Jr. e Coase (1964), McKean (1965) e Wolf Jr. (1979) argumentam que a pura existência e detecção de uma falha de mercado não significaria (ou não deveria significar) diretamente a obrigatoriedade de regulação do Estado, pois a regulação proposta pelo Estado poderia ser capaz de exceder os custos e problemas causados pela falha de mercado. Isto é, se a regulação estatal, que objetivaria solucionar uma falha de mercado, ocasiona uma falha de governo, e se os custos provenientes da falha de governo forem maiores do que os custos da falha de mercado, torna-se preferível não ter regulação nenhuma do que ter alguma regulação. Portanto, é papel e dever do regulador saber dos limites de seus poderes. Se o regulador crê que não há o que se possa fazer para solucionar tal problema, e que qualquer possível regulação apenas seria capaz de trazer mais adversidades do que soluções, o regulador deve se ausentar da criação de normas. Desse modo, há que se acabar com a perversa tara da regulação estatal como solução para todos os problemas de mercado, pois, conforme veremos mais adiante, os dados regulatórios brasileiros apontam na direção de um excesso injustificado de regulação, sendo um motor nefasto ao desenvolvimento e crescimento econômico.

Sobre as falhas de governo, algumas são as causas sobre as suas existências, podendo ser tanto causas voluntárias como involuntárias em relação aos objetivos iniciais do regulador. Uma das causas involuntárias seria a imperfeição de informação do regulador. Em um cenário ideal, o regulador teria todas as informações possíveis e disponíveis do mercado que ele objetivaria regular e, por conseguinte, editaria normas com o objetivo de corrigir as falhas de mercado existentes. Contudo, tendo em vista que vivemos em um mundo de informações imperfeitas e assimétricas, a regulação imposta, ainda que vise solucionar o maior número de problemas possíveis, pode acabar não atingindo o seu objetivo e, em alguns casos, ampliando o problema inicial. Isto é, “a ausência de informações perfeitas significa que a regulação da quantidade pode resultar na produção de uma quantidade excessiva ou insuficiente do bem ou serviço em questão”<sup>17</sup> (Grand, 1991, p. 439).

Já, em relação às causas voluntárias, podemos citar também uma segunda falha de governo denominada de captura regulatória<sup>18</sup>. Normalmente, as regulações são feitas por órgãos ou agências especializadas no mercado específico da regulação. No Brasil, por exemplo, algumas regulações são feitas pelas agências reguladoras, sendo organizadas pela Lei nº 13.848/19, enquanto outras regulações são editadas por órgãos das três esferas de governo: federal, estadual e muni-

16 “Government intervention to correct market failure may generate unanticipated side effects. These will not be realized by the for them and therefore do not affect the agency responsible creating agency’s behaviour” (Grand, 1991, p. 430).

17 “The absence of perfect information means that quantity regulation can result in either too much or too little of the good or service concerned being produced”.

18 Para uma revisão completa sobre a teoria e prática de captura regulatória, recomendamos o texto de Dal Bó (2006). Neste artigo, apresentaremos apenas a ideia inicial proposta por Stigler (1971). Porém, como Dal Bó nos apresenta, tal ideia inicial foi evoluída, principalmente através da criação de modelos teóricos de captura regulatória.

cial<sup>19</sup>. Stigler (1971), no célebre artigo *The theory of economic regulation*, apresenta-nos a ideia de captura regulatória ao dispor que: “toda indústria ou ocupação que tenha poder político suficiente para utilizar do estado buscará controlar a entrada. Ademais, a política regulatória será muitas vezes moldada de forma a retardar a taxa de crescimento de novas empresas”<sup>20</sup>.

Stigler (1971) parte do pressuposto que o Estado detém um importantíssimo diferencial que não é dividido com os cidadãos: o poder de coerção<sup>21</sup>. Em outras palavras, apenas o Estado é capaz de criar normas de cunho mandatário que deverão ser observadas e cumpridas por todos. Dessa forma, abre-se espaço para que empresas com demasiada força política adotem métodos não competitivos para barrarem a concorrência efetiva de empresas rivais através da influência sobre políticos, legisladores e reguladores para a criação de regras que favoreçam apenas as empresas com poderes políticos, como a exigência de fatores técnicos que só os produtos daquelas empresas apresentam ou uma medida mais drástica como a possibilidade de produção de um produto por apenas aquela empresa<sup>22</sup>.

Economicamente, entende-se que o objetivo de qualquer empresa é a maximização de lucros e que “em uma indústria não regulamentada, a influência de cada empresa sobre o preço e a produção é proporcional a sua participação na produção da indústria”<sup>23</sup> (Stigler, 1971, p. 7). Todavia, o cenário se modifica em um ambiente de um mercado regulado, onde empresas com maiores poderes políticos são capazes de influenciar – ou até mesmo mandar/obrigar – o processo de criação de normas regulatórias. Ainda que essa prática não deva ser vista como justa, ela pode ser entendida como natural, pois “[...] é da natureza da empresa buscar se blindar ao máximo do risco representado pela concorrência, ainda que potencial. Muitas vezes, essa blindagem se dá por meio de pressão política para o estabelecimento de barreiras à entrada” (Campilongo, 2020, p.5). Conclui-se, portanto, que “esses vários benefícios políticos não são obtidos pela indústria em uma forma pura de maximização de lucros”<sup>24</sup>, porém são meios possíveis de evitar a concorrência e, assim, maximizar os seus lucros de uma maneira não concorrencial. Isto é, “os poderes de coerção provêm a possibilidade de utilização do Estado pelas indústrias para aumentar a sua lucratividade”<sup>25</sup> (Stigler, 1971, p.4).

19 Destaca-se que a captura regulatória não ocorre apenas no âmbito de agências reguladoras e/ou órgãos especializados, podendo ocorrer também no âmbito do Poder Legislativo através da criação de normas para a proteção de algumas empresas e a criação de barreiras à entrada para as demais empresas concorrentes.

20 “[...] every industry or occupation that has enough political power to utilize the state will seek to control entry. In addition, the regulatory policy will often be so fashioned as to retard the rate of growth of new firms” (Stigler, 1971, p.5).

21 “The state has one basic resource which in pure principle is not shared with even the mightiest of its citizens: the power to coerce. The state can seize money by the only method which is permitted by the laws of civilized society, by taxation. The state can ordain the physical movements of resources and the economic decisions of household and firms without their consent. The powers provide the possibilities for the utilization of the state by an industry to increase its profitability” (Stigler, 1971, p.4).

22 “[...] por vezes, atos normativos, subsídios ou exigências técnicas irrazoáveis são erigidos com o propósito de reserva de mercado e favorecimento indevidos, especialmente, em favor de poucos grupos econômicos com laços com o poder político ou com prévio poderio econômico capaz de influenciar na elaboração de normas públicas” (Domingues e Silva, 2020, p. 4).

23 “In an unregulated industry each firm’s influence upon price and output is proportional to its share of industry output”.

24 “These various political boons are not obtained by the industry in a pure profit-maximizing form” (Stigler, ?, p. 6).

25 “The powers (poderes de coerção) provide the possibilities for the utilization of the state by an industry to increase its profitability”.

Em relação à exemplos de captura regulatória, Gaban e Domingues (2020, p.252) citam os casos das atuações dos empresários norte-americanos J. P. Morgan e Rockefeller sobre a interferência que eles praticavam perante os reguladores e legisladores para que esses aprovassem normas que dificultassem a concorrência de empresas rivais. Ressaltamos que há uma correlação positiva entre tamanho do Estado, ou tamanho de agentes reguladores e normas regulatórias, e a possibilidade de captura desses reguladores, visto que quanto maior for o número de órgãos e entidades capazes de editar normas de cunho obrigatório, maior também é a probabilidade de esses órgãos serem capturados por uma empresa (ou empresas) que almejam a pura edição de normas que aumentem sua própria utilidade e não da sociedade como um todo.

## 2. O INDICADOR PMR E A INFELIZ SITUAÇÃO REGULATÓRIA BRASILEIRA

Compreendida a ideia de falhas de governo e algumas das causas de suas existências, partimos para uma investigação empírica sobre como está o quadro regulatório brasileiro a fim de identificar a necessidade do teor do art. 4º da LLE e do instituto do abuso do poder regulatório. Para isto, analisaremos brevemente o indicador PMR da OCDE.

A OCDE é conhecida internacionalmente pela produção de estudos, *guidelines* e índices sobre as mais diversas áreas do desenvolvimento humano e econômico. Em relação à regulação estatal, o órgão internacional apresenta o indicador PMR (*Product Market Regulation*). Conforme a página inicial do indicador:

*A regulação pró-competitiva nos mercados de bens e serviços pode ajudar a impulsionar os padrões de vida, pode aumentar a renda per capita através do incremento de investimento e emprego e pode encorajar as empresas a serem mais inovadoras e eficientes, crescendo assim a produtividade. Para medir a postura regulatória dos países e acompanhar o progresso das reformas ao longo do tempo, desde 1998 a OCDE vem produzindo um conjunto de indicadores de regulação do mercado de produtos (PMR). Esse conjunto incluiu um indicador para toda a economia e um grupo de indicadores que medem a regulação no nível do setor<sup>26</sup>.*

O indicador é composto de dois subindicadores: o subindicador *Economy-wide PMR* e o subindicador *Sector PMR*. Enquanto o primeiro subindicador objetiva captar valores e informações gerais sobre a regulação da economia do país, o segundo subindicador objetiva focalizar sobre informações específicas de diversos setores da economia, como setor de energia, setor aéreo, setor de gás, setor de água, setor de comunicação, entre outros setores. O último indicador lançado é de janeiro de 2018, analisando 46 países, sendo 36 países membros da OCDE e 10 países não-membros

<sup>26</sup> *Pro-competition regulation in the markets for goods and services can help boost living standards, can raise output per capita by increasing investment and employment, and can encourage firms to be more innovative and efficient, thereby lifting productivity. To measure countries' regulatory stance and to track reform progress over time, since 1998 the OECD has been producing a set of indicators of product market regulation (PMR). This set included an economy-wide indicator and a group of indicators that measures regulation at the sector level.* Disponível em: < <https://www.oecd.org/economy/reform/indicators-of-product-market-regulation/> >. Acesso em: 07 nov. 2020.

da OCDE (incluindo o Brasil)<sup>27</sup>.

Sobre o subindicador *Economy-wide*, a OCDE afirmou que “as barreiras regulatórias são maiores no Brasil do que na maioria dos países da OCDE”<sup>28</sup>. O Brasil, entre os 46 países examinados, obteve a segunda pior nota do subindicador *Economy-wide* – tendo uma avaliação melhor apenas em relação a Argentina. Esse subindicador apresenta dois grandes índices: (i) distorções induzidas pelo envolvimento do Estado e (ii) barreiras à entrada doméstica e estrangeira. No primeiro índice, o Brasil obteve a segunda pior nota de todos os países, ou seja, dentre os 46 países analisados pelo indicador PMR, o Brasil apresenta as segundas maiores distorções induzidas através do envolvimento do Estado segundo a OCDE – estando ligeiramente atrás apenas da África do Sul neste ponto. Essa afirmativa, por si só, comprova a necessidade do instituto do abuso de poder regulatório e de uma revisão geral sobre a regulação estatal brasileira. Ademais, no segundo índice, o Brasil também apresenta a segunda pior nota, isto é, o Brasil só não apresenta maiores barreiras à entrada para empresas nacionais ou estrangeiras do que a Argentina. E, conforme veremos, o objetivo do art. 4º da LLE é justamente a proibição da criação de barreiras à entrada injustificadas. Portanto, mais uma vez, os fatos, através da metodologia do PMR, comprovam a necessidade de melhoria de eficiência da regulação estatal brasileira<sup>29</sup>.

Por fim, a OCDE apresentou conclusões específicas para cada um dos 46 países analisados pelo índice. Como conclusão geral sobre a regulação, a nota técnica sobre o Brasil afirmou que:

*Os resultados do PMR para o Brasil mostram que há espaço para melhorias em várias áreas. O país se beneficiaria de uma revisão de sua configuração regulatória em muitos setores e domínios para identificar e remover obstá-*

27 Para conferir a metodologia completa dos índices, ver em: <[https://www.oecd.org/economy/reform/A%20detailed%20explanation%20of%20the%20methodology%20used%20to%20build%20the%20OECD%20PMR%20indicators\\_FINAL.pdf](https://www.oecd.org/economy/reform/A%20detailed%20explanation%20of%20the%20methodology%20used%20to%20build%20the%20OECD%20PMR%20indicators_FINAL.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2020

28 “Regulatory barriers are higher in Brazil than in most OECD countries. There is scope for greater simplification of the administrative requirements imposed on new businesses, as well as for reducing the complexity of regulatory procedures. The rules governing public procurement fall short of OECD best practices, and there are high barriers to entry in the network sectors. By contrast, overall regulation in services is close to the OECD average, though differences across sectors. Public ownership of firms in the surveyed sector is also close to the OECD average. However, the governance of these enterprises could be improved to enhance their efficiency and to level the playing field between privately and publicly-owned firms”. Nota técnica brasileira. Disponível em: <[https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil\\_country\\_note\\_-\\_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ](https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil_country_note_-_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ)>. Acesso em: 07 nov. 2020.

29 Não analisaremos neste trabalho os resultados do subindicador Sector PMR, pois ele indica os níveis específicos de regulação de cada setor e, visto que o artigo não objetiva a análise de um setor em específico, mas uma visão geral da regulação, deixamos apenas o comentário geral sobre esse subindicador feito pela OCDE “In terms of sector-specific regulations, Brazil falls short of international best practices in many industries. The energy and transport sectors, with the exception of air transport, could benefit from a review of their regulatory set-up to strengthen competition, reduce user costs and improve infrastructure. Professional services are subject to regulations that inhibit competition and innovation, such as constraints on the legal form that professional firms can take and territorial restrictions to the movement of professionals within the country. However, regulatory constraints to competition in general retail distribution and in the retail sale of medicines are lighter than in many OECD countries”.

Ademais, a nota técnica também aprofundou e apresentou conclusões sobre o subindicador da economia em geral e sobre o subindicador dos setores. Quanto aos setores, indicou-se que os pontos fortes regulatórios brasileiros são o setor aéreo, o setor de varejo e setor médico-farmacêutico. Em relação aos desafios, há espaços para melhoras regulatórias, principalmente, nos setores de gás natural e setor elétrico. No tocante à economia em geral, destacamos aqui algumas conclusões mais importantes para esse artigo, como a já conhecida dificuldade do processo de abertura de empresas no Brasil<sup>31</sup>, a não existência de regras capazes de minimizar problemas de captura regulatória<sup>32</sup> e a falta de mecanismos de análises das normas regulatórias (“o Brasil se beneficiaria ao prestar mais atenção à concorrência ao desenvolver e avaliar novas regulações. Em particular, não há a obrigação de realizar uma análise de impacto regulatório”<sup>33</sup>).

Portanto, conectando as conclusões desse indicador da OCDE com a nossa nova norma estudada neste presente artigo, entendemos que a LLE vem em um ótimo momento para realizar avaliações de eficiência e, assim, combater a ineficiência regulatória brasileira – ineficiência altamente demonstrada pelos dados e pelo indicador PMR desenvolvido pela OCDE. Neste ponto, a LLE já ajudou a resolver alguns problemas indicados na conclusão da nota técnica brasileira realizada pela OCDE (lembrar que a produção do último indicador PMR é de janeiro de 2018 e a entrada em vigor da LLE é de setembro de 2019), como o problema de licenças para abrir negócios – por exemplo, o art. 3º, inciso I, da LLE que proíbe a necessidade de licenças para atividades econômicas de baixo risco – e a falta de análise de impacto regulatório – presente agora no art. 5º da LLE.

### **3. O ARTIGO 4º DA LLE, O ABUSO DE PODER REGULATÓRIO E BARREIRAS À ENTRADA**

A LLE é uma norma inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, tendo a possibilidade de realizar altos impactos no sistema econômico nacional. No art. 2º, ela nos traz os seus princípios gerais. No art. 3º, lista-nos os direitos de liberdade econômica. E é no seu capítulo III – “Das Garantias de Livre Iniciativa” – que ela nos apresenta o art. 4º, artigo em estudo deste trabalho, dispondo no seu caput que:

*Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cum-*

30 The PMR results for Brazil show that there is room for improving in several areas. The country would benefit from a review of its regulatory set-up in many sectors and domains to identify and remove unnecessary regulatory obstacles to competition. Nota técnica brasileira. Disponível em: <[https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil\\_countr\\_note\\_-\\_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ](https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil_countr_note_-_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ)>. Acesso em: 07 nov. 2020.

31 “The process for opening up a new business is burdensome. Since there is no one-stop shop where all licenses and authorizations can be issued, four different bodies have to be contacted. In addition, there is no one-stop shop where all information on such licenses can be obtained”.

32 “The country lacks rules for the wide and transparent involvement of stakeholders in the process of developing new regulations. In addition, rules disciplining the interaction between lobbyists and public officials are very limited”.

33 “Brazil would benefit from paying greater attention to competition when designing and assessing new regulation. In particular, there is no obligation to perform a regulatory impact assessment”.

*primento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: [...].*

Após o *caput*, o artigo segue apresentando nove incisos exemplificativos de abusos de poder regulatório que devem ser evitados, como, a criação de reserva de mercado (inciso I), criação de barreiras à entrada (inciso II), exigência de especificações técnicas desarrazoadas (inciso III), entre outras medidas. De modo geral, do ponto de vista econômico, o artigo 4º da LLE pode ser compreendido como um impedimento a criação de barreiras à entrada injustificadas perante a livre-iniciativa, ou seja, a criação de freios e melhora de eficiência para a desgovernada regulação estatal brasileira – a exceção se as regras dispostas estiverem previstas em lei<sup>34</sup>.

Com o intuito de se entender por completo o artigo 4º e o instituto do abuso de poder regulatório, faz-se necessário o estudo econômico das barreiras à entrada. Segundo Pindyck e Rubinfeld (2009, p. 369), as barreiras à entrada são condições que impedem a entrada de novos competidores<sup>35</sup>. O Guia de Análise de AC Horizontal do Cade já nos traz uma definição um pouco mais aprimorada, citando exemplos de barreiras à entrada que o Cade costuma analisar em um processo de AC:

*Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Quanto mais elevadas as barreiras à entrada em um dado mercado, maiores são os custos financeiros e em termos de tempo que um potencial entrante deverá incorrer para que o capital investido seja adequadamente remunerado. Quanto mais elevadas são essas barreiras, menor é a probabilidade de entrada de novas empresas no mercado relevante definido. [...] Os seguintes fatores constituem as mais convencionais barreiras à entrada: os custos irrecuperáveis (sunk costs); as barreiras legais ou regulatórias; os recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; as economias de escala e/ou de escopo; o grau de integração da cadeia produtiva; a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e a ameaça de reação dos competidores instalados (Cade, 2016, p. 27-28)<sup>36</sup>.*

Nota-se que as barreiras à entrada podem existir a partir de diferentes formatos. Por conta disso, Besanko e Braeutigam (2005, p.435) afirmam que há três espécies do gênero barreiras à entra-

34 “Se a reserva de mercado houver estabelecida em lei ou na própria Constituição Federal, não há que se falar em abuso de poder regulatório. Donde se conclui que o excesso de poder regulador apenas existe no plano infralegal” (Lochagin, 2020, p.274).

35 Uma outra definição encontrada em Besanko e Braeutigam (2005, p. 435) é: “(barreiras à entrada são) “factors that allow an incumbent firm to earn positive economic profits, while at the same time making it unprofitable for new firms to enter the industry”.

36 Complementando, Whish e Bailey (2018, p. 382) citam como exemplos de barreiras à entrada os custos irrecuperáveis, o acesso deficiente aos principais insumos e pontos de distribuição, regulação, economia de escala, efeitos de rede e comportamentos excludentes. Sobre regulação como uma barreira à entrada, os autores comentam que “for example a limitation on the number of undertakings licensed to operate on a Market, or standards that an incumbent is able to satisfy but that new entrants find it difficult to, can amount to a barrier to entry”. Neste sentido, Baye (2010, p. 282) cita patentes (na verdade, o Direito de Propriedade Industrial como um todo) e a regulação como barreiras à entrada legais.

da: (i) estrutural, (ii) legal e (iii) estratégica. A barreira estrutural é definida como barreiras à entrada que existem quando as empresas estabelecidas têm vantagens de custo ou de demanda que as tornariam pouco atraentes para a nova empresa entrar na indústria<sup>37</sup>. Podemos citar, como exemplo, todos os mercados identificados como monopólios naturais<sup>38</sup> por razões de economias de escala, funções de custos (alto custo fixo) e demanda de mercado. Já as barreiras legais são definidas como “barreiras à entrada que existem quando uma empresa estabelecida é legalmente protegida contra a concorrência”<sup>39</sup>. Direitos de Propriedade Intelectual e regulações estatais são exemplos de barreiras legais à entrada. E, por último, temos barreiras estratégicas, que são definidas como “barreiras à entrada que resultam quando uma empresa estabelecida toma medidas explícitas para impedir a entrada”<sup>40</sup>. Podemos citar de exemplo a prática ilícita de preço predatório que objetiva a expulsão do mercado de uma empresa rival.

A partir dessa análise, reparamos que já há medidas de combates a barreiras à entrada, principalmente as barreiras da terceira espécie (barreiras estratégicas). O controle de condutas do Direito Concorrencial objetiva o combate de alguns tipos de condutas anticompetitivas que possam ser compreendidas como barreiras à entrada. Nesse sentido, o art. 4º da LLE vem colaborar com a LDC, também objetivando o combate a barreiras à entrada, porém, ao invés do combate a barreiras estruturais, o abuso de poder regulatório visa o combate a barreiras legais injustificadas – e não previstas em lei<sup>41</sup>.

Por fim, há de se ressaltar também que o artigo 4º ocasiona uma mudança no ônus da prova sobre a necessidade da regulação – exceto, mais uma vez, se ela for proveniente de lei. A partir desse dispositivo, em uma eventual contestação sobre a existência de uma regulação, são os reguladores os responsáveis por justificar a imposição da norma regulatória e, caso não seja justificada, concluir-se-ia pelo abuso de poder regulatório<sup>42</sup>.

#### **4. O ART. 4º DA LLE COMO UMA EVOLUÇÃO DA ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA**

37 “Barriers to entry that exist when incumbent firms have cost or demand advantages that would make it unattractive for a new firm to enter the industry” (Besanko e Braeutigam, 2005, p. 435).

38 Para uma explicação sobre monopólio natural, ver: Pindyck e Rubinfeld, 2009, p. 372; Besanko e Braeutigam, 2005 p. 434-435

39 “Barriers to entry that exist when an incumbent firm is legally protected against competition” (Besanko e Braeutigam, 2005, p. 436).

40 “Barriers to entry that result when an incumbent firm takes explicit steps to deter entry” (Besanko e Braeutigam, 2005, p. 436).

41 No mesmo sentido: “A LLE foi edificada [...], exatamente, para, nesse ponto, complementar a LDC (Lei de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/11) e permitir que não apenas atos decorrentes dos agentes privados contrários à ordem econômica sejam passíveis de tutela, mas também aqueles atos de origem estatal que, de alguma forma, criem obstáculos à liberdade de acesso aos mercados ou à liberdade de empreender (descritos no art. 1º, § 1º, da LLE)” (Domingues e Silva, 2020, p. 4).

42 Klein (2020, p. 296-297), neste sentido, aponta que: “Neste contexto, o abuso de poder regulatório pode ser visto como um instrumento para fazer com que o ônus argumentativo seja alterado e suportado pelo regulador e a edição de normas regulatórias tenha que ser exaustivamente justificada e na ausência desta justificativa a norma pode ser vista como abusiva, salvo se tratar-se e nos limites da execução das disposições legais”.

Não há como se falar sobre abuso de poder regulatório sem estudarmos um pouco sobre a advocacia da concorrência, pois a solução para os casos desses abusos certamente passará por ela. Conforme o art. 19º da LDC, compete a SEAE<sup>43</sup> a promoção da cultura da concorrência<sup>44</sup>. Com a existência de barreiras regulatórias, o Cade se posiciona num papel mais passivo na aplicação das sanções do Direito Concorrencial. Isto é, há uma diferença de tratamento entre mercados regulados e mercados não regulados. É dentro dos mercados regulados que a ação da advocacia da concorrência ganha um papel mais relevante.

Para se entender os objetivos, os impactos e a importância que a advocacia da concorrência apresenta sobre a edição de normas regulatórias, Clark (2005) cita dois tipos de autonomia que a advocacia da concorrência necessita ter para ser efetiva: a autonomia estrutural e a autonomia operacional. Enquanto a autonomia estrutural se direciona para o aspecto da independência e a forma de estrutura organizacional em que acontece a advocacia da concorrência, a autonomia operacional se direciona para a forma de atuação da advocacia da concorrência. Dessa forma,

*independência operacional, no contexto da advocacia da concorrência, refere-se tanto à liberdade que a agência tem para fazer comentários e para participar em questões governamentais e regulatórias, quanto para, no curso dessas atividades, assumir posições independentes daquelas adotadas por outros entes públicos e privados. A importância da independência operacional foi destacada em um abrangente relatório sobre a advocacia da concorrência da Rede Internacional da Concorrência, no qual se baseou em uma pesquisa com 50 países-membros da ICN. O relatório conclui que a independência operacional pode ser elevada por leis que autorizem especificamente a agência de defesa da concorrência, ou até mesmo a exijam, de realizar comentários sobre a legislação ou regulação sendo proposta. Por outro lado, a agência está em desvantagem nas situações em que ela somente pode comentar ou participar de discussões caso tenha sido convidada ou autorizada por outra entidade governamental<sup>45</sup> (Clark, 2005, p. 71).*

Desse ponto de vista, o art. 4º da LLE pode ser visto como uma evolução para a advocacia da concorrência, uma vez que apresenta a possibilidade de um aumento de *enforcement* se compa-

43 A SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) foi extinta em 2015, passando sua competência para a Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade e, mais especificamente, para a sua subsecretaria denominada de Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade.

44 Neste sentido: “A advocacia da concorrência pode ser exercida por pessoa física jurídica; pública, ou privada. No setor público, deve ser obrigatoriamente exercida pela Seae, tanto junto ao setor público, quanto junto ao setor privado, nos termos do art. 19 da Nova Lei Antitruste Brasileira, sempre que determinadas condições (presentes nos incisos desse dispositivo) forem preenchidas” (Taufick, 2017, p. 156).

45 *Operational Independence, in the context of competition advocacy, refers both to the freedom that the agency has to make comments and otherwise to participate in government and regulatory matters, and, in the course of those activities, to take positions that are independent of those held by others in the public and private sectors. The importance of operational independence was highlighted in a comprehensive report on competition advocacy by the International Competition Network, which was based on a survey of 50 ICN member countries. The report found that operational independence can be bolstered by laws that specifically authorize the competition agency, even require it, to comment on legislation or regulation that is being proposed. Conversely, the agency is at a disadvantage in situations where it can comment or participate in a matter only if invited or authorized to do so by another government entity.*

rado às disposições iniciais dos incisos do artigo 19 da LDC. Contudo a LLE não nos traz as formas de operacionalização do *enforcement* do art. 4º, ocasionando muitas dúvidas sobre quem seriam os responsáveis por deter abusos de poder regulatório, qual seria a forma processual de combate aos abusos, como poderíamos adequar os incisos do artigo 4º para as situações reais, como seriam as justificativas racionais a serem aceitas como forma de defesa dos reguladores perante a suspeita de abuso, entre outras questões em aberto. Em virtude dessa falta de operacionalização e sem permitir que esse artigo vire mais uma disposição legal brasileira sem aplicabilidade, a SEAE instituiu a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC).

Dessa forma, no dia 2 de outubro de 2020, a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade editou a Instrução Normativa SEAE nº 97 que estabeleceu a criação do programa FIARC, operacionalizando o modo de enfrentamento das possíveis normas regulatórias capazes de serem identificadas como abusos de poder regulatório. O campo de atuação da Secretaria está descrito no artigo 1º e seus nove incisos da Instrução. De modo geral, a Secretaria visa o diálogo entre o regulador e o regulado lesado com a suposta regulação abusiva, com o intuito de achar uma solução para a regulação em destaque para, ao mesmo tempo, não ser anticompetitiva com o player do mercado e passível de corrigir a falha de mercado que ela origina consertar. Um ponto que merece ser destacado e valorizado é que, do modo estabelecido pela Instrução, não há a judicialização inicial da regulação abusiva, ou seja, o FIARC não incentiva o litígio entre regulado e regulador, respeitando a competência da regulação da Administração Pública que tem como um dos objetivos salvaguardar o bom funcionamento dos mercados – ponto esse extremamente controverso, uma vez que a doutrina apresentava um certo teor negativo sobre uma possível judicialização em massa de regulações que fossem negativas para as empresas, mas justificadas racionalmente pelos reguladores (Campilongo, 2020, p. 7; Bercovici, 2020, p. 6).

A disputa judicial, de fato, não se apresentaria como a primeira melhor solução para a resolução de regulações abusivas, visto que ela apenas causaria incertezas jurídicas e institucionais sobre o papel e poder dos reguladores. O diálogo entre regulador e regulado aparenta ser a melhor a melhor solução para uma norma entendida como abusiva. Lembrar que, diante de situações com baixos custos de transação e a possibilidade de negociação, o Teorema de Coase nos afirma que a resolução conjunta da controvérsia através da negociação privada *inter partes* é uma melhor solução (solução Pareto ótima) se comparada à imposição de uma solução por um terceiro imparcial – o juiz, por exemplo – independentemente da alocação inicial de direito de propriedade (Cooter e Ulen, 2010, p. 102-103). Claramente, não se deve utilizar puramente o Teorema de Coase nesses casos, visto que não se trata de uma disputa de propriedade e de responsabilidade civil – proposições iniciais do Teorema. Todavia, a resposta final do Teorema (que a negociação privada tende a ser uma melhor solução do que a solução imposta por um terceiro imparcial) parece ser a mesma melhor solução nos casos de abuso de poder regulatório – a negociação entre regulador e regulado sobre a melhor formulação possível da regulação – do que a imposição de uma decisão final por um juiz que certamente não deterá os conhecimentos técnicos e específicos o suficiente para tomar a melhor decisão para o caso. Por fim, isto não impede que disputas judiciais sejam travadas entre regulador e regulados, mas a criação de um ambiente institucional a partir das ideias de resolução conjunta de controvérsias com o objetivo de solucionar um possível abuso por parte do regulador aparenta ser um ótimo ponto de início para a efetivação do artigo 4º da LLE.

Ademais, com o intuito de pormenorizar e esclarecer os incisos do artigo 4º da LLE, a Instru-

ção nº 97, nos artigos 4º até 12º, explica quais são as situações nas quais se entende haver um abuso de poder regulatório. Portanto, por exemplo, se um regulado acredita que uma norma infralegal cria uma reserva de mercado (situação proibida pelo inciso I do art. 4º da LLE), o regulado tem o dever de provar que essa norma cause, ao menos, uma situação descrita em alguns dos incisos I até VI do art. 4º da Instrução Normativa nº 97 – visto que o art. 4º da IN nº 97 enumera os casos de reserva de mercado do art. 4º, I da LLE.

Em relação ao procedimento, ele está descrito a partir do art. 13 da Instrução. Em suma, a pessoa física ou jurídica descontenta com uma regulação irá acionar a Secretaria, demonstrando qual norma e porque motivo ela é entendida como abusiva, e o órgão regulador terá um período para apresentar a defesa e justificativa de existência dessa norma (confirmando a mudança de ônus da prova do regulado para o regulador). Após, a própria Secretaria terá o poder de aceitar o caso e iniciar uma análise investigativa ou, entendendo não haver nenhum abuso regulatório, arquivar o caso.

Sendo aceito o caso, haverá um amplo debate entre órgãos reguladores, pessoas reguladas e demais órgãos, associações e entidades interessados, tendo a Secretaria como mediadora do debate. Ao final do procedimento, conforme o artigo 18, a Coordenação-Geral do procedimento elaborará um parecer contendo três possíveis respostas: em casos graves de caráter anticompetitivo da norma, identificará a regulação como “bandeira vermelha”, propondo uma alteração do dispositivo; em casos médios, identificará como “bandeira amarela”, propondo um aperfeiçoamento dos pontos anticompetitivos; e em caso de não reconhecer o caráter anticompetitivo, identificará como “bandeira verde”, não havendo a proposição de alteração da regulação. Por último, nos casos graves, o § 3º do art. 18<sup>46</sup> traz a possibilidade deste parecer ser remetido aos órgãos competentes que, entendendo haver o instituto do abuso do poder regulatório, poderão iniciar um procedimento judicial com base na desavença entre a regulação e o art. 4º da LLE.

A boa institucionalização do FIARC seria capaz de solucionar, por exemplo, um dos casos mais célebres da jurisprudência do Cade, que trata diretamente sobre essa relação conflitante entre normas regulatórias e a legislação antitruste brasileira: o caso *Terminal Handling Charge 2* ou THC2<sup>47</sup>. O caso THC2 é um caso antigo, tanto no Cae quanto no Poder Judiciário, que lida com a cobrança de uma taxa denominada de SSE (Serviço de Segregação e Entrega de contêineres) no mercado portuário brasileiro. Além da discussão concorrencial sobre a taxa ser entendida como um aumento artificial de custo de rival e, por conseguinte, ter efeitos nocivos à concorrência, devendo ser vista como uma infração à ordem econômica conforme o art. 36 da LDC, há uma discussão ainda maior sobre a legitimidade ou não da cobrança da taxa a partir das diversas regulações existentes.

O caso THC2 apresenta um alto grau de complexidade regulatória primeiramente porque há diversos órgãos capazes de criar normas regulatórias sobre esse setor, o que demonstra que o mer-

46 Do parecer resultante. Art. 18. Finalizada a análise, a Coordenação-Geral elaborará, em até 120 (cento e vinte) dias, parecer acerca do mérito do requerimento e gradará as conclusões através de sistema de bandeiras, na forma de: [...] §3º Após a elaboração do parecer, o Subsecretário de Advocacia da Concorrência oficialará, caso verificados potenciais pontos de explícita contradição entre o ato normativo e o rol do art. 4º da Lei nº 13.874, os órgãos competentes e suas respectivas procuradorias jurídicas, bem como a Advocacia-Geral da União, a fim de que prossigam com análises de legalidade e juridicidade consoante suas competências.

47 Para uma visualização completa de todos os pontos discutidos sobre o caso THC2, consultar os Processos Administrativos julgados pelo Cade: PA nº 08012.007443/1999-17; PA nº 08012.003824/2002-84; PA nº 08012.001518/2006-37; PA nº 080700.005499/2015-51; entre outros processos sobre o mesmo litígio.

cado portuário brasileiro é altamente regulado. Ainda que a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) seja a agência regulatória no ponto mais alto da hierarquia, há também autoridades menores sobre os mais diversos portos brasileiros, como a CODESP (Companhia Docas do Estado de São Paulo) do porto de Santos e a SUPRG (Superintendência do Porto de Rio Grande) do porto de Rio Grande. Essas autoridades também são capazes de editar normas regulatórias específicas para o porto que elas têm competência, ocasionando, em alguns momentos, conflitos de normas sobre a prática de algumas ações, como a cobrança da taxa SSE. Ademais, há decisões administrativas do Cade e decisões judiciais de diversos tribunais do Poder Judiciário, acarretando em altíssimo nível de insegurança jurídica sobre a possibilidade da cobrança da taxa.

Do ponto de vista da jurisprudência do Cade, prevalecia o entendimento da condenação das empresas operadores portuárias que cobravam a SSE dos recintos alfandegados (Processos Administrativos nº 08012.007443/1999-17; nº 08012.003824/2002-84; nº 08012.001518/2006-37), pois, ainda que houvesse discussão sobre a licitude concorrencial da prática, não havia norma regulatória específica esclarecendo a possibilidade de cobrança. Todavia, em agosto de 2019, a ANTAQ editou a resolução nº 34/2019<sup>48</sup>, dispondo no seu art. 6º, §1º que “é permitida a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de contêineres – SSE, perante o importador ou seu representante, pela colocação na pilha em pátio segregado”<sup>49</sup>. A partir dessa resolução, a Superintendência-Geral do Cade modificou seu entendimento sobre o THC2, emitindo a Nota Técnica nº 7/2020/CGAA3/SGA1/SG/Cade no PA nº 08700.005499/2015-51. A Nota entende que, a partir da edição da resolução nº 34/2019 da ANTAQ, o vácuo regulatório desaparece, suprimindo a lacuna sobre a sua possibilidade de cobrança. Dessa forma, a agência regulatória competente para decidir sobre esse mercado compreendeu ser possível e lícita a sua existência – não sendo o Cade capaz de se contrapor a uma norma regulatória específica sobre um determinado mercado. Por fim, a SG recomendou o arquivamento do caso em relação à cobrança das taxas ocorridas após a publicação da resolução e a condenação pela cobrança das taxas ocorridas antes da resolução, demonstrando haver uma clara divisão a partir da edição da resolução nº 34/2019 e o fim do vácuo regulatório sobre essa matéria.

A resolução que pôs um fim sobre a discussão da possibilidade de cobrança do THC2 é de 2019, enquanto o primeiro caso do Cade data de 1999. Isto é, passados vinte anos até haver uma regulação final decidindo sobre sua licitude. Muitos custos e ineficiências com discussões jurídicas infindáveis foram criados por normas regulatórias, decisões administrativas e judiciais contraditórias. Esse caso nos demonstra na prática a infeliz situação apresentada pelos dados do PMR, esperando que o FIARC seja capaz de resolver problemas regulatórios como o caso do THC2.

Portanto, conclui-se essa seção enaltecendo a criação do FIARC, posto que ele concretiza o *enforcement* do impedimento de normas regulatórias entendidas como abusivas, enquanto não cria um ambiente litigioso entre reguladores e regulados. Dessa forma, se bem implementado, a SEAE evoluirá a advocacia da concorrência brasileira, sendo capaz de propor melhorias aos ambientes regulados no Brasil.

48 Essa resolução trata diretamente da THC2, permitindo a cobrança da taxa pelos operadores portuários, contudo apresentando a ressalva de que, sendo constatado o abuso na cobrança do preço, a ANTAQ irá intervir na cobrança, podendo estabelecer o preço máximo a ser cobrado (sendo caracterizada como um exemplo de autorregulação assistida pela agência reguladora).

49 Resolução Normativa nº 34, de 19 de agosto de 2019 da ANTAQ. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-34-de-19-de-agosto-de-2019-211683225>>. Acesso em: 06 de nov. 2020.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do artigo 4º da LLE e da criação do instituto jurídico do abuso do poder regulatório, a Administração Pública e todos os demais destinatários da norma deverão apresentar justificativas racionais para a existência das suas regulações com o objetivo de minimizar as falhas de governo das normas regulatórias brasileiras que, conforme o indicador PMR, são identificadas como uma das piores regulações do mundo. Isto não implica que o Estado brasileiro esteja proibido de regular – muito pelo contrário, ele tem o dever de regular e corrigir as falhas de mercado –, implica-se apenas que a regulação deva ser justificada em termos racionais para a sua existência ou que, ao menos, ela seja fruto de norma legal.

Dessa forma, a criação desse instituto jurídico ocasionará o aumento de eficiência da regulação brasileira e impedirá que barreiras à entrada travestidas de normas regulatórias sejam feitas no Brasil, concretizando o artigo 37 da CF<sup>50</sup> que dispõe que um dos princípios que a Administração Pública brasileira seguirá é o princípio da eficiência. Princípio esse que parece ter sido esquecido pelo regulador brasileiro, porém vindo à tona com Lei de Liberdade Econômica.

## 6. REFERÊNCIAS

BARCELOS, Guilherme Bier; SCALCO, Gabriela Barcellos. Comentários ao art. 4º, VII. In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: comentários à Lei 13.874/2019**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

BAYE, Michael R. **Economia de Empresas e Estratégias de Negócios**. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2010.

BERCOVIC, Gilberto. As inconstitucionalidades da “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, edição ebook Thomson Reuters Proview.

BESANKO, David. BRAEUTIGAM, Ronald R. **Microeconomics**. 2. ed. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2005.

BÓ, Ernesto dal. *Regulatory capture: a review*. **Oxford Review of Economic Policy**. vol. 22, n. 2, 2006. pp. 203-225.

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

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Diário Oficial da União**. 1º de dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. **Diário Oficial da União**. 20 de set. 2019 (edição extra-B).

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Análises de Atos de Concentração**

50 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

**Horizontal.** Julho de 2016. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-guia-de-ac-horizontal.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-guia-de-ac-horizontal.pdf/view) . Acesso em: 8 nov. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Lei de Liberdade Econômica, Concorrência e Abuso de Poder Regulatório. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, edição ebook Thomson Reuters Proview.*

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo. Comentários ao art. 4º, caput. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: comentários à Lei 13.874/2019.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

CLARK, John. *Competition Advocacy: challenges for developing countries.* **OECD Journal: competition law and policy.** v. 6, n. 4, 2005. p. 69-80. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/competition-advocacy\\_clp-v6-art10-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/competition-advocacy_clp-v6-art10-en). Acesso em: 8 nov. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTINHO, Diogo R. A mão invisível e a faca no pescoço: considerações críticas sobre o “abuso de poder regulatório” na Lei 13.874/2019. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, edição ebook Thomson Reuters Proview.*

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz P. Lei da Liberdade Econômica e a defesa da concorrência. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, edição ebook Thomson Reuters Proview.*

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. Comentários ao art. 4º, inciso IX. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:** comentários à Lei 13.874/2019.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

GABAN, Eduardo Molan.; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao capítulo III: das garantias de livre iniciativa. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:** comentários à Lei 13.874/2019.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

GRAND, Julianle. The theory of government failure. **British Journal of Political Science.** v. 21, n. 4, out. 1991. p. 423-442.

KLEIN, Aline Lícia. Atos de liberação da atividade econômica privada e aspectos federativos. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020a, edição ebook Thomson Reuters Proview.*

KLEIN, Vinícius. Comentários ao art. 4º, inciso III. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:** comentários à Lei 13.874/2019.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2020b.

LOCHAGIN, Gabriel. Comentários ao art. 4º, inciso I. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:** comentários à Lei*

13.874/2019. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Comentários ao art. 4º, inciso II: enunciados que impeçam a entrada de novos competidores no mercado. In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**: comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020a.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Comentários ao art. 4º, inciso IV: enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias. In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**: comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020b.

MCKEAN, Roland N. The unseen hand in government. **American Economic Review**. v. 55, n. 3, jun. 1965. p. 496-506.

MENDONÇA, José Vicente Santos. Art.4º: requisitos para regulação pública. In: MARQUES NETO, Flávio Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

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. Diário Oficial da União. 05 de out. 2020.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009.

PINTO JUNIOR, Helder Queiroz; FIANI, Ronaldo. Regulação Econômica. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.) **Economia Industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

STIGLER, George J. *The theory of economic regulation*. **The Bell Journal of Economics and Management Science**. v. 2, n. 1, 1971. p. 3-21.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**: avaliação crítica, jurisprudência doutrina e estudo comparado. São Paulo: Almedina, 2017.

TIMM, Luciano Benetti; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Comentários ao art. 4º, inciso V. In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**: comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

WILLIAMS JR., Ernest W.; COASE, Ronald H. The regulated industries: discussion. **American Economic Review**. v. 54, n. 3, mai. 1964. p. 192-197.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

WOLF JR., Charles. A theory of nonmarket failure: framework for implementation analysis. **The Journal of Law & Economics**. v. 22, n. 1, abr. 1979. p. 107-139.