

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO

Leonardo Bada Talau

**O Abuso de Poder Regulatório sob a Ótica da Lei da Liberdade Econômica**

Florianópolis

2022

Leonardo Bada Talau

## **O Abuso de Poder Regulatório sob a Ótica da Lei da Liberdade Econômica**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Orientadora: Profª. Dr. Orlando Celso da Silva Neto.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Talau, Leonardo Bada  
O Abuso de Poder Regulatório sob a Ótica da Lei da  
Liberdade Econômica / Leonardo Bada Talau ; orientador,  
Orlando Celso da Silva Neto, 2022.  
83 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Regulatório. 3. Análise Econômica  
do Direito. 4. Economia da Regulação. I. Silva Neto,  
Orlando Celso da. II. Universidade Federal de Santa  
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

A todos que de alguma forma me ajudaram ao longo desses cinco anos.

## AGRADECIMENTOS

Todos que tiveram a oportunidade de conviver comigo ao longo dos últimos cinco anos sabem que a jornada não para mim não foi nada fácil. E mesmo prezando pelo meu individualismo, reconheço que essa trajetória não teria sido concluída sem o apoio de algumas pessoas, as quais tomo liberdade para citar.

Agradeço primeiramente a Deus e a meus pais e irmã, por serem minha base de sustentação. Incluo aqui todo o restante da família: meu tio, minha tia, meu avô, minha avó e meu primo.

Agradeço ao grupo “E S T R O N G U E”, nas pessoas do Vitão, Tutu, Gabs, Gui, Gusta, Lucas, Lulu, Rafa e Vic (Lopes de Lara), por terem sido a minha família aqui em Florianópolis, todos vocês, sem exceção, foram fundamentais para que eu me sentisse em casa aqui na ilha.

Deixei para agradecer em especial ao Marcelo, meu amigo, sócio, parceiro de viagem, colega de quarto, caroneiro e irmão de vida. Tenho muito orgulho do que construímos juntos e estou ansioso pelo que ainda vamos fazer.

Agradeço aos meus amigos de Sombrio, em especial ao Pedro e ao Zé, por sempre me proporcionarem a sensação tranquila de volta ao lar.

Agradeço à Locus Iuris e todas as pessoas que por lá passaram, estão passando ou passarão, pois todas elas têm um pedacinho de participação nesse projeto tão engrandecedor, que significou tanto para mim e que foi, sem dúvidas, a melhor experiência da graduação.

Agradeço ao GEPDE, principalmente aos mestres Rodrigo, Ivan e Tobias, por terem sido meu referencial acadêmico durante a faculdade. Agradeço também ao prof. Orlando, por coordenar o nosso grupo e por ter aceitado me orientar neste trabalho.

Agradeço à C2R Advocacia, em especial ao Filipe, Sérgio, Pedrão e Thales, por terem proporcionado a melhor experiência profissional que eu poderia ter e querer.

Por fim, mas não menos importante, um agradecimento especial para algumas pessoas: ao Luiz, por ter sido meu melhor amigo desde o nascimento e por ter sido meu único familiar quando me mudei para Floripa; ao William, por ter sido meu “irmão mais velho”, mentor e ter impedido que eu largasse o curso já na primeira fase; ao Edio, por toda a amizade e experiência profissional trocada ao longo dos anos; ao Yury, por me motivar com a sua criatividade e talento; e ao Luca, por apesar de nos encontrarmos somente uma vez por ano, ser, surpreendentemente, uma das pessoas mais presentes no meu dia a dia.

A todos vocês: muito obrigado!

*“Juro por minha vida e por meu amor à vida que jamais viverei por outra pessoa, nem pedirei a outra pessoa que viva por mim.”*

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise do conceito de Abuso de Poder Regulatório, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019). Primeiramente, buscou-se uma análise bibliográfica e histórica acerca das justificativas e fundamentos da regulação econômica, para poder-se entender o porquê desta existir e as origens do poder regulatório estatal. Posteriormente, através de uma análise histórica, bibliográfica e doutrinária, buscou-se identificar a origem do conceito de Abuso de Poder Regulatório, bem como apresentar-lhe uma definição. Após tal, partiu-se para uma abordagem empírica para analisar as implicações práticas do Abuso de Poder Regulatório, seus prejuízos à coletividade e as formas pelas quais tal abuso é combatido, incluindo-se aqui algumas análises de casos concretos de combate ao Abuso de Poder Regulatório.

**Palavras-chave:** Abuso de Poder Regulatório, Lei da Liberdade Econômica, Direito Regulatório, Análise Econômica do Direito, Análise de Impacto Regulatório.

## ABSTRACT

The present work has as its scope the analysis of the concept of Abuse of Regulatory Power, introduced in the Brazilian legal system by the Economic Freedom Act (Law 13.874/2019). First, a bibliographical and historical analysis was sought about the justifications and foundations of economic regulation, in order to understand why it exists and the origins of state regulatory power. Subsequently, through a historical, bibliographical and doctrinal analysis, we sought to identify the origin of the concept of Abuse of Regulatory Power, as well as to present a definition. After that, an empirical approach was taken to analyze the practical implications of the Abuse of Regulatory Power, its damages to the community and the ways in which such abuse is fought, including here some analyzes of concrete cases of combating the Abuse of Regulatory Power.

**Palavras-chave:** Abuse of Regulatory Power, Economic Freedom Act, Regulatory Law, Economic Analysis of Law, Regulatory Impact Analysis.



**LISTA DE FIGURAS**

Figura 1 - Ranking de maiores dificuldades dos empreendedores por nota atribuída, 2016...	39
Figura 2 - Ranking de maiores dificuldades dos empreendedores por porcentagem que consideram o maior desafio da empresa, 2016.....	40
Figura 3 - Gráfico comparativo da liberdade econômica: Brasil vs Mundo.....	42
Figura 4 - Tendência de adoção da AIR entre os países da OCDE.....	55
Figura 5 - Processo de Análise de Impacto Regulatório.....	58
Figura 6 - Número de Solicitações de Canabidiol ao longo dos anos.....	61
Figura 7 - Demandas judiciais e do Ministério Público para custeio ou cultivo de Cannabis..	62
Figura 8 - Regras sobre o <i>Cannabis</i> em diferentes jurisdições.....	63
Figura 9 - Estimativa de Custo Regulatório Relacionado ao Circuito Fechado no Transporte Rodoviário de Passageiros sob Fretamento.....	80

**LISTA DE QUADROS**

Quadro 1 – Quadro 1 - Classificação das Normas em Debate pelo Parecer da FIARC/SEAE.....	81
--	----

**LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS, ACRÔNIMOS E PALAVRAS-CHAVE**

<b>Siglas, Acrônimos, Palavras-chave</b>	<b>Significado</b>
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARR	Análise de Resultado Regulatório
FIARC	Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial
LLE	Lei da Liberdade Econômica
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
RDC	Resolução de Diretoria Colegiada
SEAE	Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade
TRIIP	Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. O CONCEITO DE ABUSO DE PODER REGULATÓRIO.....</b>	<b>14</b>
1.1 Falhas de Mercado e as Justificativas para a Regulação Econômica.....	15
1.2 As Críticas à Regulação Econômica e o Conceito de Abuso de Poder Regulatório.....	20
<b>2. POR QUE DEVE-SE COMBATER O ABUSO DE PODER REGULATÓRIO?.....</b>	<b>30</b>
2.1 Falhas de Governo e os Prejuízos da Má-Regulação.....	30
2.2A Situação Regulatória Brasileira.....	38
<b>3. COMO O ABUSO DE PODER REGULATÓRIO ESTÁ SENDO COMBATIDO?44</b>	
3.1 Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019).....	44
3.2 Análise de Impacto Regulatório - AIR (Estudo de Caso: Análise de Impacto Regulatório da ANVISA sobre o Cannabis Spp.).....	52
3.3 Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial - FIARC (Estudo de Caso: Buser Brasil Tecnologia Ltda vs. Circuito Fechado).....	65
3.4 Vantagens do Combate ao Abuso de Poder Regulatório.....	82
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>86</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

Não é de hoje que os empreendedores brasileiros carregam em suas costas o peso de um Estado interventor. Constantemente o alto grau de regulação e burocracia, aliados à alta carga tributária e às inseguranças intrínsecas de nosso país figuram como principais vilões ao desenvolvimento do empreendedorismo, do investimento e da real criação de um ambiente de negócios sólido, que gere empregos e renda aos brasileiros.

Esse peso estatal sobre a nossa economia remonta aos tempos de Brasil Colônia, cuja produção tinha como fim servir a metrópole de Portugal. Mesmo após a independência em 1822, o controle político e econômico manteve-se em determinadas localidades com poderes locais, concentrados nas figuras dos chamados Coronéis.

Mas trazendo a discussão para o ordenamento jurídico moderno brasileiro, confere-se que a intervenção econômica encontra-se no cerne da legislação brasileira. Basta conferir a Constituição Federal de 1988 e observar seu caráter social-democrata, com altos graus de intervencionismo estatal na economia, frutos de um ideal socialista ainda muito presente na época.

Chegando ao século XXI, o Brasil então aumenta seu nível de intervencionismo econômico ao possuir, por quatorze anos, o governo federal de um partido identificado com pautas que visam o dirigismo estatal, a regulação econômica, entre outros atos de intervenção do Estado na economia.

Seguindo a linha histórica até aqui, percebe-se que Estado e economia caminharam juntos durante muito tempo no Brasil. Sendo assim, foi grande a surpresa quando chegamos às eleições de 2018 e o cenário político passou por uma completa revolução e uma pauta começou a ganhar força entre os presidenciáveis da época: o liberalismo. Nesse sentido, cita-se a excelente fala de Gustavo Franco sobre as eleições de 2018, em seu artigo intitulado *A Primavera Liberal*:

Em tempos recentes, o liberalismo era insistentemente dado como morto, especialmente durante o apogeu da era petista, mas, nesta eleição, alguma coisa mudou. Siglas como MBL, VPR, RAPS e Renova, cuja origem tinha que ver com as mobilizações associadas ao *impeachment* e o anseio por uma “nova política” adquiriram musculatura ao eleger filiados seus para o Legislativo, através de diversas agremiações partidárias, incluindo o Novo, Rede, Democratas, PPS, entre outros. Muitos dos eleitos são assumidamente comprometidos com pautas liberais na economia, coisa que não se via desde que Roberto Campos deixou o parlamento no começo de 1994. (FRANCO, 2019)

Ou seja, as pautas liberais que até então eram extremamente minoritárias no Brasil de repente encontravam-se dentro da nossa “Janela do Discurso”, usando o famoso termo de Joseph P. Overton (1960-2003). Aproveitando do momento, vários candidatos começaram a ostentar em suas campanhas algumas bases liberais, como valorização do empreendedorismo, liberdade de mercado e diminuição do Estado.

Inclusive o próprio presidente eleito Jair Bolsonaro elegeu-se através de uma sigla liberal (PSL - Partido Social Liberal), e tendo o liberalismo, pelo menos o econômico, como uma de suas mais fortes bandeiras. Não à toa escolheu para ministro da economia o economista Paulo Guedes, um nome conhecido do mercado por sua trajetória no Banco Pactual e como professor e economista defensor das ideias liberais e de mercado.

E não demorou para que todos esses ideais de liberalismo econômico fossem convertidos em matéria de legislação. Em abril de 2019, primeiro ano do mandato de Jair Bolsonaro, o governo federal editou a Medida Provisória nº 881/2019, a qual foi convertida na Lei 13.874/2019 no dia 20 de Setembro do mesmo ano e ficou popularmente conhecida como a Lei da Liberdade Econômica.

A nova lei apresenta-se como uma declaração de direitos, escolha redacional explicada pelo autor da norma Geanluca Lorenzon (2020, p. 26) como uma forma de relacionar a lei a todo o contexto histórico e político previamente descrito. Dessa forma, ela seria um ponto de partida para representar a “mudança de filosofia no âmbito do Poder Executivo Federal, que trouxe uma proposta de condução da economia mais simpática à livre iniciativa” (TIMM, 2021).

Como novidades, a Lei da Liberdade Econômica trouxe uma série de benesses aos empreendedores brasileiros, como a possibilidade de executar atividades de baixo risco sem necessidade de atos públicos de liberação, a liberdade para exercer atividade econômica a

qualquer horário ou mesmo a liberdade para livremente definir os preços de produtos ou serviços por ele comercializados.

Porém, a Lei da Liberdade Econômica também trouxe consigo novidades em instituições e conceitos jurídicos que até então não existiam no ordenamento jurídico brasileiro. É o caso do chamado “Abuso de Poder Regulatório”, um termo inserido em nosso ordenamento pela primeira vez através da nova lei.

Dessa forma, o objetivo principal do presente trabalho consiste em analisar o novo instituto legal do Abuso de Poder Regulatório com base em todo o contexto histórico, social e político que fundamenta a Lei da Liberdade Econômica, com a finalidade de apresentar uma definição para este termo ainda tão pouco debatido, bem como levantar uma problemática sobre o conceito, analisar seus prejuízos para o desenvolvimento da economia brasileira e apresentar soluções para combatê-lo.

Para tanto, buscou-se trabalhar, no primeiro capítulo, um levantamento teórico para entender as bases da defesa da regulação e suas justificativas. Ainda nesta toada, buscou-se entender os limites do poder regulatório e até onde a regulação é benéfica ou passa a tornar-se mero abuso de tal poder, conseqüentemente apresentando ao final uma definição para o conceito.

Após isso, tendo o conceito em mente, no segundo capítulo buscou-se efetuar uma análise da economia brasileira sob a ótica do histórico contraste entre a intervenção estatal na economia *versus* uma economia de livre mercado, realizando uma discussão crítica acerca das falhas de governo por vezes geradas quando o Estado tenta corrigir as falhas de mercado. Também buscou-se entender a situação regulatória do Brasil nos dias atuais, levando em conta uma análise comparada baseando-se em famosos *rankings* internacionais e pesquisas internas.

Por fim, serão apresentadas as formas as quais o Poder Público vem combatendo a questão do Abuso de Poder Regulatório, dentre elas encontram-se a própria Lei da Liberdade Econômica, a figura da Análise de Impacto Regulatório (AIR) também trazida ao Brasil pela LLE e a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC), grupo ligado à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) com a função de receber denúncias de possíveis casos de Abuso de Poder Regulatório. Ao final, serão apresentadas as vantagens de tal combate e as conclusões finais.

## **1. O CONCEITO DE ABUSO DE PODER REGULATÓRIO**

Antes de mais nada, é necessário definir o conceito de “Abuso de Poder Regulatório” visto que a Lei da Liberdade Econômica, propositalmente, não o fez. Adianta-se, porém, que não será tarefa fácil.

Não que a ideia seja totalmente inovadora. Gaban e Domingues (2020, p. 247) lembram da já existente figura do “abuso ou mau uso de direito”, e afirmam portanto que a LLE nada mais fez do que criar uma tipologia especial que se assemelha à anterior.

Isso não torna o novo dispositivo legal menos importante. Pelo contrário, só demonstra a necessidade de aprofundar o estudo sobre suas motivações e entender o porquê de sua criação. Mas para isso, precisamos primeiramente entender tudo que está por trás não só do Abuso de Poder Regulatório, mas de toda a ideia de regulação econômica, suas intenções e resultados, como se fará a seguir.

### **1.1 Falhas de Mercado e as Justificativas para a Regulação Econômica**

Por que se regula? Essa pergunta pode parecer simples, mas foi responsável por grandes debates ao longo da história econômica recente, que buscou definir os limites entre mercado e estado e a necessidade da interferência deste sobre aquele.

Conhecido como o pai da economia moderna, Adam Smith (1723-1790) foi quem desenvolveu o famoso conceito da “Mão Invisível do Mercado”, segundo o qual os interesses individuais de cada agente do mercado promoveriam ações que culminariam posteriormente em um aumento do bem-estar de toda a coletividade, ainda que os particulares não objetivassem isso ao agir. Como conclusão entende-se que um livre mercado desregulado seria a melhor solução para atingir o bem-estar social, visto que toda a regulação necessária para a melhor alocação de produtos e serviços partiria do próprio mercado.

Ocorre que os séculos posteriores foram bem agitados para a economia mundial, com o surgimento de novas ideologias, diversas revoluções industriais, guerras internacionais e ciclos econômicos, e a ideia de autorregulação do mercado foi ficando cada vez mais obsoleta entre os governos nacionais e a escrita acadêmica do *mainstream*.

Dessa forma, cada vez mais a necessidade de um estado regulador da economia foi defendida para coibir falhas que a simples autorregulação do mercado não poderia corrigir. Com isso, a discussão sobre a necessidade ou não de regulação estatal da economia transformou-se num debate sobre o quanto de regulação seria necessária.

Sobre o conceito de regulação econômica, podemos dizer que:



A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis. (ARAGÃO, 2004, p. 37)

Mais restritivamente, a regulação visa “garantir o equilíbrio do mercado, coibindo práticas distorcidas dos agentes econômicos. Isto é, a regulação teria o objetivo de corrigir as falhas de mercado, assegurando o equilíbrio interno do sistema regulado” (CAMPOS, 2008, p. 344).

Com tais definições em mente, bem como o histórico supracitado, é fácil identificar que a primeira justificativa da defesa regulatória baseia-se na correção pelo estado de falhas de mercado geradas por práticas distorcidas dos indivíduos nessa interação.

Até os anos 60, a teoria da regulação dominante era a “análise normativa como uma teoria positiva”, teoria que considerava que as falhas de mercado são justificativas para intervenção do estado na economia, com finalidade de corrigi-las, o que de fato ocorreria após a ação dos agentes reguladores (CAMPOS, 2008, p. 345).

Sendo assim, o “falho” mercado só poderia funcionar se um agente regulador, mais precisamente o estado, estivesse atento às falhas inerentes do sistema e agisse para corrigi-las. E segundo a teoria econômica, são três as principais entre as falhas: (i) o monopólio natural; (ii) as externalidades negativas; e (iii) a assimetria de informações (GABAN e DOMINGUES, 2020, p. 248). Cita-se ainda como uma quarta justificativa o caso dos bens públicos, como a iluminação pública ou a defesa policial, visto que sua insuficiente provisão “também é uma falha de mercado que recorrentemente é utilizada como justificativa para a intervenção do Estado na economia” (CAMPOS, 2008, p. 349).

O monopólio natural seria aquele formado pelas próprias condições do mercado, e não por uma prática injusta ou anticompetitiva de alguns *players*, por exemplo. Segundo William Baumol (1977, p. 810), a definição de monopólio natural está relacionada a “[uma] indústria na qual a produção de várias empresas é mais cara do que a produção por monopólio”.

Podemos tomar por exemplo a construção de ferrovias, uma vez que uma ferrovia é instalada em determinado trecho, os custos para instalação e manutenção de uma nova ferrovia no mesmo trecho tornam-se praticamente impeditivos quando levamos em conta o possível retorno.

A questão das externalidades também é importante para o debate. Essa questão leva em conta o fato de que indivíduos e empresas agem sempre visando seus próprios interesses, porém tais ações podem gerar efeitos positivos ou negativos para o restante da sociedade. Complementa-se:

O problema da externalidade surge porque quando as firmas ou indivíduos realizam suas ações, levam em consideração somente os benefícios e os custos privados, e não os benefícios e custos sociais. Em outras palavras, os agentes econômicos não recebem do mercado a sinalização correta dos custos ou benefícios de suas ações. Pode-se dizer, portanto, que a externalidade é causada por uma imperfeição do mercado. (ANDRADE, 2004, p.17)

Nesse sentido, podemos imaginar uma empresa que resolve, por interesse próprio, construir um jardim em frente à sua sede. Ela estaria gerando uma externalidade positiva para toda a vizinhança, que teria uma série de ganhos estéticos e de qualidade de vida. Do mesmo modo, uma empresa que prejudica de alguma forma o meio ambiente gera externalidades negativas, visto que os ganhos privados se deram aos custos que foram repassados à sociedade.

Quanto à questão da assimetria de informações, devemos lembrar que os modelos de competição de mercado levam em conta uma ideia de perfeita informação entre os consumidores, em que estes têm toda a informação necessária para suas decisões (CAMPOS, 2008, p. 349). Pressuposição essa que não se concretiza no mundo real, visto que “obter informações tem custos, os produtos podem ser complexos ou seus efeitos somente serem sentidos no longo prazo ou, ainda, há efeitos colaterais desconhecidos” (CAMPOS, 2008, p. 349).

Para esse exemplo, podemos levar em conta todo o ideal trazido pelo direito consumidor brasileiro e sua ideia de hipossuficiência da parte consumidora na relação com a parte fornecedora.

Tudo isso é posto para que se entenda o conceito de falha de mercado e a decorrente atividade regulatória sobre a economia. Eis a principal justificativa da regulação: a correção de tais falhas, como nos casos elencados, a atuação do estado para impedir a formação de monopólios e fomentar a concorrência, o combate às ações de particulares que geram externalidades negativas à coletividade e a proteção às partes fracas no que se refere ao acesso à informação no mercado.

Todo esse contexto pode ser resumido no que comumente é chamado de teorias do interesse público, que como o nome sugere, entendem que o interesse público deve ser

buscado pelos agentes políticos que coordenam a economia, de modo a coibir as falhas de mercado e melhor distribuir os recursos escassos entre os indivíduos. Crê-se portanto que as falhas de mercado existem e são recorrentes e que o processo político é eficiente em corrigi-las, indo de encontro àquela ideia da “mão invisível do mercado” de Adam Smith. Nesse sentido:

Até a década de setenta a explicação dominante sobre a origem e o propósito da regulação era a Teoria do Interesse Público, segundo a qual regulação é instituída com o propósito de defender o interesse do público contra perdas de bem-estar associadas a falhas de mercado. Segundo esta visão a existência de regulação sobre a geração e distribuição de eletricidade, por exemplo, se explicaria pelo fato destas atividades tipicamente terem características de monopólio natural. Da mesma forma a regulação sobre profissões como médicos, barbeiros e economistas teria o propósito de evitar que pessoas sem o devido treinamento exerçam estas profissões e com isto levem a perdas de bem-estar. A teoria do interesse público supõe, portanto, uma premissa comportamental para os legisladores/reguladores de maximizadores do bem estar social, buscando corrigir problemas de falhas de mercado. (MUELLER, 1999, p. 11).

Mas as justificativas para a regulação estatal não param por aí. Existem outras correntes com visões de regulação estatal que vão para além da simples correção das falhas de mercado apontadas.

É o caso da visão neoclássica da economia, que segundo alguns autores, o mercado funciona de forma eficiente quando consegue utilizar os insumos da melhor maneira possível, extraindo-se o máximo de produção ao mínimo custo (MEIRELLES, 2010). Para os neoclássicos, três são os pressupostos básicos para atingir essa eficiência do mercado: (i) agentes racionais e de comportamento maximizador; (ii) informação completa e acessível a todos os agentes; e (iii) grande quantidade de agentes produtores e consumidores.

Nesse sentido, quando o mercado não consegue prover tais requisitos, as falhas de mercado aparecem e a hierarquia governamental o substitui de modo a garantir a melhor eficiência alocativa de recursos.

Por fim, vale lembrar daqueles que defenderam a regulação estatal como meio para atingir uma ordem e estabilidade econômica como um todo. Talvez o mais famoso dos economistas do século XX, John Maynard Keynes (1883-1946) foi muito influente ao defender a intervenção estatal sobre os ciclos econômicos como forma de amenizar os efeitos dos períodos de crise. Em sua principal obra, o livro *General Theory of Employment, Interest, and Money* (1936), Keynes defendia que os mercados possuíam falhas inerentes, as quais apenas seriam consertadas com a regulação estatal. Complementa-se:

A proposta era de que o governo deveria produzir políticas anticíclicas, por meio de instrumentos fiscais, para manutenção do pleno emprego. Assim, quando a economia começava a declinar, o governo deveria reduzir impostos e aumentar seus gastos. Quando a economia começasse a apresentar crescimento, o governo deveria agir de forma contrária, aumentando impostos e reduzindo os gastos. (CAMPOS, 2008, p. 351)

Não se cita aqui regulações com intuito distributivista ou com enfoque em combater desigualdades sociais. Como bem expõe Campos (2008, p. 351):

As regulações para minimizar as iniquidades de distribuição de renda e para assegurar a estabilidade da economia não são usualmente classificadas como atividades de regulação econômica. Isso porque, a primeira faz parte de uma atividade mais ampla de atuação governamental, vinculada a políticas sociais, ainda que algumas práticas regulatórias incluam subsídios cruzados com a justificativa de atenuar desigualdades sociais. A segunda é matéria de política macroeconômica, enquanto regulação econômica está ligada à microeconomia; portanto, em regra, fora do escopo de análise da regulação econômica.

Ainda que a seguir sejam apresentadas críticas à ideia de regulação econômica, e levando em conta que não é objetivo do presente trabalho defender posições contra ou a favor da regulação, a ideia de um Estado que normatiza a economia foi consolidada em todo o mundo, sob o pretexto principal de corrigir falhas mercadológicas.

No Brasil, nossa Constituição Federal trata sobre a ordem econômica a partir do artigo 170, que coloca a “valorização do trabalho humano” e a “livre iniciativa” como fundamentos da ordem econômica, dessa forma consolidando um sistema de mercado que “assegura a todos livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos” (MORAES, 2003, p. 530)

Uma leitura do artigo 174, porém, nos diz que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento” (BRASIL, 1988). Dessa forma identifica-se que a CF/1988 ao mesmo passo em que garante a livre-iniciativa como fundamento da ordem econômica e da própria República Federativa do Brasil (*vide* artigo 1º, IV da Constituição Federal), também coloca o Estado como agente normativo e regulador, com as funções de fiscalizar, incentivar e planejar a economia. Nesse sentido:

Apesar do texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica, pois como ressaltado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ordem econômica está "sujeita a uma ação do Estado de caráter normativo e regulador". (MORAES, 2003, p. 531)

Ainda sobre como os objetivos da regulação econômica são definidos no Brasil:

A regulação econômica não é trivial, já que ao confeccionar e implementar esse corpo de regras, o Poder Público terá de (i) asseverar quais são, em cada momento, a quantidade e qualidade ótimas de bens ou serviços a serem produzidos; (ii) criar os incentivos corretos para que os produtores atendam a essa demanda de forma eficiente; (iii) estimulá-los a investir em inovação e adaptação de seus produtos; (iv) ao menor preço (ou tarifa) possível (isto é, com o preço igual aos custos marginais de longo prazo); e (v) induzir o repasse dos ganhos de produtividade para o consumidor dos serviços regulados. (BRASIL, 2003, p.10)

Pode-se concluir, portanto, que a principal justificativa da regulação econômica historicamente está relacionada à coibição de falhas de mercado. No Brasil, o Estado como agente normativo e regulador deve fiscalizar a economia, incentivar o funcionamento da economia e também planejar a economia.

Parte-se do pressuposto que o mercado falha e o estado como agente regulador tem o dever de consertá-lo tal qual um mecânico conserta um automóvel com defeito. Mas apesar dessa justificativa, será que a regulação econômica sempre é editada com objetivo de corrigir tais falhas, ainda mais no Brasil de hoje?

## **1.2 As Críticas à Regulação Econômica e o Conceito de Abuso do Poder Regulatório**

Postas as justificativas teóricas para a regulação econômica, cabe-nos agora identificar os críticos do processo regulatório para formular por fim o conceito de Abuso do Poder Regulatório.

Primeiramente vale destacar a série de autores que enxergam as referidas falhas de mercado não como uma anomalia mas como um processo natural dentro do mercado. É o caso das correntes evolucionárias (ou neo-schumpeterianas), que enxergam a economia, baseados na ideia de “destruição criativa” de Schumpeter (1983-1950), como um “motor de progresso” no qual o avanço técnico é um processo cultural (NELSON, 2006).

Na verdade, a própria interpretação do mercado como um processo pressupõe uma nova visão sobre as falhas de mercado. É o que ocorre também na visão da Escola Austríaca de Economia, que define o mercado não como um coletivo ou mesmo um espaço físico, mas como um processo no qual os indivíduos, ao comprar, vender, produzir e consumir, estão contribuindo para o funcionamento da sociedade (MISES, 2009, p. 27).

Ao entender o mercado como um processo baseado nas ações dos indivíduos, eventuais falhas de mercado tornam-se muito mais compreensíveis, uma vez que os próprios humanos que compõem o processo são falhos e se equivocam eventualmente. Não que estes sejam incapazes ou coisa do tipo, mas simplesmente porque é humanamente impossível ter acesso à toda informação do mundo e saber exatamente o que esperar em cada segmento de mercado. Afinal, como nos lembra Hayek (1945), o conhecimento está disperso na sociedade.

Surge então uma figura muito importante para o desenvolvimento do processo de mercado: o empreendedor. Em um mundo perfeito, em que cada indivíduo sabe exatamente como maximizar seus benefícios e realizar a melhor alocação de recursos na sociedade, a figura do empreendedor não seria necessária, mas no mundo real, tais imperfeições geram oportunidades para alguns indivíduos alocarem recursos de forma distinta do que vem sendo feito e assim auferir lucros se conseguirem suprir as necessidades sociais (KIRZNER, 1973, p. 15-16).

Sendo assim, conclui-se com esse pensamento que as falhas de mercado são esperadas visto que este é um processo que envolve a ação de seres-humanos, e que de forma alguma elas devam ser interpretadas como aberrações, mas sim como oportunidades para os empreendedores. Digamos que numa hipotética Cidade A um produto está muito mais caro que na também hipotética Cidade B. Algumas pessoas interpretariam tal disparidade como uma falha grosseira de mercado, enquanto outras enxergariam uma oportunidade para comprar tal produto na Cidade B e revendê-lo na Cidade A, auferindo lucros e corrigindo a disparidade.

Mas retornemos agora à Teoria da Regulação, entendendo que, apesar das críticas supracitadas, sua grande justificativa de corrigir falhas de mercado mantém-se forte até os anos 70, quando começa a sofrer outra série de críticas.

Mais precisamente, foi em 1971 que George J. Stigler (1911-1991), vencedor do prêmio Nobel de economia de 1982, publicou seu artigo *The Theory of Economic Regulation*. Neste artigo, Stigler demonstra como a regulação estatal tende a servir aos interesses do agente regulado em detrimento do resto da sociedade, caindo por terra a ideia de que a regulação serviria somente para corrigir falhas de mercado e beneficiar o coletivo.

Segundo Stigler:

A regulação pode ser ativamente buscada por uma indústria ou pode ser empurrada contra ela. A tese central deste artigo é que, via de regra, a regulação é adquirida pela indústria e é projetada e operada principalmente para seu benefício. (STIGLER, 1971, p. 3, tradução livre)

As ideias de Stigler foram o estopim para o que mais tarde seria desenvolvida como a teoria da captura (do agente regulador), teoria que “afirmava que a regulação seria originária da própria demanda por parte da indústria ou, com o passar do tempo, a regulação acabava por ser utilizada de acordo com os interesses da indústria que pretendia regular” (CAMPOS, 2008, p. 353).

Junto às ideias de captura regulatória de Stigler é possível associar outros dois conceitos da época: o conceito de “grupos de interesse”, presente na obra de Mancur Olson (1965) e o conceito de “*rent-seeking*”, presente nos trabalhos de Anne Krueger (1974).

Segundo Olson (1965) o conceito de grupo de interesse pode ser definido por uma associação de indivíduos buscando suprir o interesse comum de seus membros por meio da provisão de bens públicos, os quais podem ser normas regulatórias, por exemplo. Ainda segundo o autor, quanto menor e mais específico o grupo, mais eficiente torna-se sua mobilização, visto que o custo para organização é menor e há maior chance de que se atinja a fração ótima da divisão do bem público buscado (OLSON, 1965, p. 43-44). Nesse sentido:

Assim, o grupo maior, que é a sociedade, tem menos chances de obter bens públicos do que os grupos de interesses privados que representam o interesse de poucos. Considerando que em grupos muito grandes a fração do bem público aproveitada individualmente pode ser muito pequena, e a eliminação das falhas ou ausência de colaboração por parte de um membro individualmente é pouco provável, isso pode impedir a criação de um grupo de interesse. Por outro lado, um menor grupo aumentará a parcela de cada membro e, por isso, a chance de criação deste grupo será maior. Um grupo maior exige maior custo de organização, fator que reduz, significativamente, a probabilidade do oferecimento do bem público e o interesse em criar o grupo; por sua vez, um grupo menor exige menor custo de organização e, inversamente proporcional, aumenta o interesse individual para criação do grupo de interesse. Desse modo, caso o grupo seja menor e, por isso, o proveito líquido da parcela do bem público seja maior, há grande probabilidade de um indivíduo do grupo assumir os custos do oferecimento do bem público a despeito dos demais, passando a adotar um comportamento *rent-seeking*. (TESSEROLLI e KLEIN, 2016, p.19)

Ao encontro do conceito de grupos de interesses vai o conceito de *rent-seeking* (ou busca de renda, em uma tradução livre), desenvolvido pela economista Anne Krueger (1974). Basicamente a ideia geral do mercado é que os agentes seguem a regra do *profit-seeking*

(busca por lucro, em tradução livre), porém outra forma de obtenção de recursos seria obter renda advinda de vantagens artificiais construídas através do processo regulatório. Dessa forma, pode-se afirmar que:

[...] os agentes passam a buscar rendas a serem obtidas em função da adição de normas governamentais que lhe sejam vantajosas; é o *rent-seeking*. Uma forma tem um comportamento *rent-seeking* ao empreender visando uma renda para si ou para seu grupo, investindo tempo e dinheiro. Para tanto, as empresas pagam salários de profissionais com influência junto ao alto escalão governamental; realizam reuniões para definir as estratégias de aproximação de autoridades públicas; eventual pagamento de propinas a autoridades alvo etc. (TESSEROLLI e KLEIN, 2016, p.20)

O *rent-seeking* tem um efeito perverso na sociedade pois, além de produzir vantagens regulatórias para alguns grupos em detrimento de todo o bem-estar social, ele também faz com que os grupos invistam muitos recursos na manutenção das vantagens econômicas ao invés de investi-los em aumento de produtividade e inovação (TESSEROLLI e KLEIN, 2016, p.20). Um bom exemplo disso é quando grupos de interesse organizados como os sindicatos de taxistas em vários municípios do Brasil travaram uma verdadeira batalha regulatória contra o Uber e outros aplicativos de caronas, uma atitude descaradamente caracterizada como *rent-seeking*.

As ideias de Stigler também influenciaram outro vencedor do prêmio Nobel, o economista James M. Buchanan (1919-2013), conhecido mundialmente como principal nome da teoria da escolha pública.

A *Public Choice*, ou Teoria da Escolha Pública, tem como característica a aplicação de conceitos econômicos e de mercado à política. Buchanan (2003, p.13) muito bem define a *Public Choice* como uma “política sem romance”. O autor refuta a ideia de que os reguladores públicos seriam uma espécie de servidor perfeitamente altruísta que pensa no interesse público geral e nos lembra que esses mesmos reguladores também são seres humanos que possuem interesses próprios.

Ao citar um sub-programa iniciado por Gordon Tullock e continuado por Anne Krueger, Buchanan afirma:

*Its central idea emerges from the natural mindset of the economist, whose understanding and explanation of human interaction depends critically on predictable responses to measurable incentives. In essence, it extends the idea of the profit motive from the economic sphere to the sphere of collective action. It presupposes that if there is value to be gained through politics, persons will invest*



*resources in efforts to capture this value. It also demonstrates how this investment is wasteful in an aggregate-value sense.* (BUCHANAN, 2003, p. 15)

Em outras palavras, se indivíduos consumidores e indivíduos produtores no mercado agem sempre sob incentivos buscando maximizar seus ganhos e sua satisfação pessoal, por que os indivíduos políticos reguladores agiriam de forma diferente? Ao lembrar a todos que políticos são humanos, a *Public Choice* aponta o equívoco em atribuir ao estado o papel de corrigir as falhas de mercado, visto que quanto mais poder é dado ao burocrata, mais propenso ele estará a decidir com base em interesses pessoais acima dos interesses públicos.

Isso sem mencionar o jogo de incentivos, afinal é a partir deles que agimos. Quanto mais poder tiver o regulador, mais ganhos terá aquele agente regulado que capturar o agente regulador. Esse, por sua vez, oferecerá mais propinas e subornos àquele, que também terá um incentivo maior para usar seus poderes regulatórios em proveito próprio. Ainda, “se o governo é empoderado para garantir direitos monopolísticos ou tarifas de proteção para um grupo, isso às custas do público geral ou de perdedores designados, segue-se que potenciais beneficiários vão competir pelo prêmio” (BUCHANAN, 2003, p. 15, tradução livre).

A visão desromantizada da política regulatória fornecida pela *Public Choice* mudou a forma como deve-se olhar para a regulação, e alertou a todos sobre o perigo de se esperar perfeito altruísmo de seres humanos que assim como qualquer outro também possuem interesses próprios.

Não que essa captura regulatória via corrupção seja uma novidade. Fazendo uma breve retrospectiva, podemos citar os grandes casos de *trusts* nos Estados Unidos no Século XIX, mais especificamente os de John D. Rockefeller e J.P Morgan.

Sentado à presidência da sua *Standard Oil*, John D. Rockefeller atingiu o posto de americano mais rico de toda a história do país. Considerada como o "monopólio mais cruel, insolente, impiedoso e ganancioso que havia se firmado em um país" (SEGALL, 2001, p.60), a petrolífera manteve seu monopólio por vinte e cinco anos, foi por um período a maior empresa privada do mundo e acumulou para a família Rockefeller um patrimônio que, convertido em valores atuais (valores atualizados até 2018), somariam algo em torno de 300 a 400 bilhões de dólares (WU, 2018, p.59).

E como esse homem conseguiu toda essa fortuna? Gaban e Domingues (2020, p. 250, grifo nosso) explicam:

Por mais de duas décadas, *Standard Oil* eliminou os seus concorrentes, dos menores e mais eficientes à promissores potenciais rivais. O fez valendo-se de uma

combinação de estratégias, entre as quais utilizou-se de: (i) formação de cartéis para boicotar e eliminar a concorrência, (ii) fixação de preços predatórios para o transporte ferroviário, (iii) fixação de preços predatórios para refino de óleo bruto (ou petróleo), **(iv) aprovação de leis especialmente desenhadas para eliminar concorrentes potenciais (i.e. claro abuso de poder regulatório).**

Enquanto John Rockefeller construiu um império sob o petróleo, John Piermont Morgan tornou-se o grande imperador do aço. Considerado um dos maiores monopolistas já existentes, JP Morgan adquiriu centenas de empresas concorrentes para formar a sua *US Steel Corporation*, sendo um dos pioneiros na “criação de monopólios que abrangiam cadeias industriais inteiras” (GABAN e DOMINGUES, 2020, p. 252).

Além do monopólio no aço, JP Morgan tinha vários outros negócios, entre eles a *New Haven Railroad*, que foi formada após a compra de outras centenas de ferrovias concorrentes. Suas ações na *New Haven* chamaram a atenção do advogado e posteriormente juiz associado da Suprema Corte Americana Louis Brandeis (1856-1941), que à época foi um dos grandes nomes a atuar contra os monopólios e grandes corporações americanas. As investigações de Brandeis chegaram à esta conclusão:

For behind the happy talk and big promises, his own investigations suggested that the New Haven was building its monopoly by lying to investors, bribing politicians, and paying off journalists and professors. “Lying and sneaking are always bad, no matter what the ends” said Brandeis later, privately. “I don’t care about punishing crime, but I am implacable in maintaining standards.” (WU, 2018, p. 24)

Muitas semelhanças são obtidas ao comparar os casos Morgan e Rockefeller. Para o nosso estudo, vale a semelhança de que ambos construíram seus impérios com muito apoio político. Corrupção e subornos eram rotineiros para a construção desses monopólios.

Influência política essa que não era meramente passiva, mas sim ativa inclusive na aprovação de legislação regulatória que privilegiava determinadas companhias em detrimento das demais. Isso escancarou aos olhos de todos quem realmente governava os Estados Unidos:

With the assertion that much of economic decision-making was beyond the government’s control, the question of who really ruled the country was suddenly unclear. Fortifying matters was the tendencies of great monopolists, like Standard Oil or the New Haven Railroad, to use bribes and other forms of influence to control political outcomes. (WU, 2018, p. 19)

O ponto que se visa atingir, portanto, é compreender que as críticas levantadas neste capítulo à regulação estatal têm subsídios na realidade fática, não sendo poucas as vezes em

que o regulador foi cooptado sob os interesses do regulado com claro intuito de utilizar do poder regulatório para prejudicar a concorrência e auferir vantagens para si.

É por esse motivo que os idealizadores da Lei da Liberdade Econômica sentiram a necessidade de colocar por força de lei uma proteção contra o abuso do poder do estado de regular a economia a fim de evitar casos como os supracitados. Assim surgiu o conceito de Abuso de Poder Regulatório, o qual surge na lei, em seu artigo 4º, *caput*, da seguinte forma:

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 à 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. (BRASIL, 2019, grifo nosso)

Em primeiro momento, ressalta-se que “Abuso de Poder Regulatório” é um conceito novo no ordenamento jurídico brasileiro. Não que seja completamente inovador, afinal, como já citado, o que faz a LLE é “criar uma tipologia especial para o tradicional e geral ‘abuso ou mau uso de direito’” (GABAN e DOMINGUES, 2020, p. 247).

Uma tipologia especial que tem por intenção atingir aqueles agentes aos quais a lei é dirigida em primeiro lugar. Em uma análise literal da lei, temos que a obrigação decorrente do *caput* do artigo 4º está direcionada claramente à Administração Pública e demais entidades que se vinculam à lei, quando estão no exercício de regulamentação de norma pública (CAVALCANTI, 2020, p. 261).

Se num primeiro momento a Lei da Liberdade Econômica estabeleceu um conceito novo no ordenamento jurídico brasileiro, vale ressaltar, em um segundo momento, que a própria lei não deu a definição do conceito, deixando-o aberto de forma, acredita-se, proposital.

Isso porque as primeiras impressões da doutrina acerca do Abuso de Poder Regulatório seguem no sentido de entendê-lo como um conceito jurídico indeterminado, “tendo em vista se revestir de um grau mais acentuado de vagueza, ambiguidade e imprecisão, características típicas de sua maior amplitude semântica” (CAVALCANTI, 2020, p. 258).

Os conceitos jurídicos indeterminados definem-se por:

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado. (ROZAS, 2019, p.192)

Barbosa Moreira justifica os conceitos jurídicos indefinidos pelo fato de que:

[...] nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. (1988, p. 62)

Sendo assim, o conceito jurídico indeterminado cria uma espécie de “zona de interpretação” abrangente, que deve ser seguida pelo poder judiciário, sempre levando em conta o caso concreto. É o que acontece com outros conceitos conhecidos dos juristas, como a “boa-fé”, o “perigo iminente”, o “*fumus bonis iuris*”, entre outros (ABREU, 2005).

Assim para definir essa zona de interpretação devemos sempre levar em conta o caso concreto, para analisá-lo em cotejo com outras disposições normativas (como o já citado instituto do “abuso de direito”, existente no artigo 187 do Código Civil), além de previsões doutrinárias e de “ferramentas capazes de subsidiar a aplicação do Direito, como os métodos propostos pela Análise Econômica do Direito” (CAVALCANTI, 2020, p. 267).

Em fato a própria lei, a despeito de não nos oferecer um conceito definido do termo, nos oferece um rol de atividades que servem de apoio para o intérprete da lei definir se está em presença de um caso de abuso de poder regulatório. Dentre as ações elencadas como violação do dever estão: “criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes”, “redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado”, “redigir

enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias”, entre várias outras.

Conclui-se então que o abuso de poder regulatório é um conceito jurídico indeterminado, cuja aplicação prática dependerá do entendimento jurisprudencial do poder judiciário, que deve interpretá-lo com base nas claras condutas já definidas nos incisos do artigo 4º da LLE e com base em outros ferramentais do nosso ordenamento jurídico e doutrina da análise econômica do direito.

Aliás, com base nisso, afirma-se que foi proposital a intenção do legislador em criar o abuso de poder regulatório como conceito jurídico indeterminado, pois dessa forma pôde ampliar seu leque de aplicabilidade em diversos casos que podem ir além do rol (meramente exemplificativo) do artigo 4º. Nesse sentido:

A análise do texto positivado no *caput* do art. 4º nos leva a constatar, sem maiores dificuldades, que “abuso de poder regulatório” configura um conceito jurídico indeterminado, com marcada e intencional amplitude semântica. Em verdade, não poderia ser diferente, uma vez que, ao proteger um valor socialmente relevante, deverá preservar uma plasticidade que lhe confira adaptação a diversos cenários possíveis. (CAVALCANTI, 2020, p. 266)

Em uma breve síntese do que foi passado no presente capítulo, podemos concluir que as justificativas e teoria da regulação econômica surgem a partir de uma ideia de correção de falhas de mercado, entre as principais cita-se os casos de monopólio e concentração, as externalidades e assimetria de informação.

Ainda que críticas à regulação estatal sobre a economia e a defesa de um livre mercado desregulado já existissem, foi nos anos 70 que Stigler desenvolveu sua obra criticando a regulação americana e defendendo que ela partia muito mais de um interesse dos próprios regulados do que de um interesse altruísta dos reguladores em corrigirem falhas. Com ele veio Buchanan e sua *public choice*, mostrando a todos a “política sem romance” e como decisões regulatórias por vezes são, ao contrário do que se pensa, benéficas a um certo setor regulado enquanto quem paga o preço é a coletividade.

O contraste entre a defesa de uma política regulatória combatente às falhas de mercado com as ideias da *public choice* podem ser claramente visíveis em diversos casos históricos onde o regulador foi capturado sob os interesses do regulado, como os casos Rockefeller e Morgan no Século XIX nos Estados Unidos.

E não são poucos os casos em que a regulação econômica teve por objetivo não aqueles altruísticos de benefício à sociedade, mas sim os egoísticos interesses dos próprios

reguladores em favorecer o *rent-seeking* de determinados grupos de interesse ou simplesmente em promover regulações populistas sem uma análise consequencialista por trás. Vários são os exemplos, ainda mais no Brasil, mas cita-se um deles: o curioso caso do projeto de lei para regulação do Uber que foi redigido pelo próprio presidente do Sindicato dos Taxistas de São Paulo<sup>1</sup>.

É a partir desse contexto que o legislador positivou o conceito de abuso de poder regulatório, para proteger a livre iniciativa como na Constituição Federal e evitar que a regulação estatal passe dos limites os quais a teoria clássica a impõe.

Para que o conceito fosse abrangente a diversos casos que possam existir, o legislador cria um conceito jurídico indeterminado, com rol exemplificativo e leque de interpretações disponíveis para combater o abuso de poder regulatório. Nossa definição do conceito, portanto, esbarra nessa questão.

Para colocar uma definição simples e didática, poderíamos dizer que “o Estado intervém na economia via regulação para mitigar efeitos de falhas de mercado” e que “desviando dessa finalidade, o Estado incorre em mau uso ou abuso do poder de regular” (GABAN e DOMINGUES, 2020, p. 248).

Ainda assim, vale lembrar que o conceito de abuso de poder regulatório deve sempre levar em conta o caso concreto e que sua aplicabilidade será posteriormente definida com a aplicação do dispositivo ao longo do tempo. Nesse sentido, podemos complementar:

Dito isto, a definição precisa dos atos de “abuso de poder regulatório” esbarra no fato de tratarmos, aqui, de um conceito jurídico indeterminado, com notória abstração e amplitude semântica. Isto não implica, necessariamente, uma ampliação da discricionariedade, mas a necessidade de se avaliar o caso concreto para densificar o conceito de modo *ex post*. (CAVALCANTI, 2020, p.268-269)

## 2. POR QUE SE DEVE COMBATER O ABUSO DE PODER REGULATÓRIO?

### 2.1 Falhas de Governo e os Prejuízos da Má-Regulação

Postas as teorias críticas ao poder regulatório estatal e atribuído um significado ao conceito de abuso de poder regulatório, cabe-nos agora entender e aprofundar o porquê da

---

<sup>1</sup> A partir das propriedades do projeto original publicado no site da Câmara dos Deputados foi possível identificar a autoria do projeto por Fábio Godoy, advogado ligado ao Sindicato dos Taxistas de São Paulo e que chegou a presidir a organização. Nesse sentido, ver: <

criação desse conceito e as origens da preocupação do legislador com a possibilidade do mau-uso ou abuso de tal poder.

Para isso, primeiramente cabe-nos retomar o ideário que justifica a existência de um poder regulatório estatal, o ideário que aponta que o Estado deve intervir na economia com a finalidade de sanar as chamadas “falhas de mercado”.

Ocorre que a moderna literatura econômica cunhou um outro termo antagônico a esse. Com toda a corrente crítica à regulação econômica intensificada na metade final do século XX, entendeu-se que por várias vezes o governo intervém na economia sob justificativa de mitigar falhas de mercado, mas acaba por criar problemas tão grandes ou até mesmo maiores, os quais foram denominados como “falhas de governo” (ORBACH, 2013). Complementa-se:

“Government failure” as a concept in regulation refers to substantial imperfection in government performance. Such imperfections are comprised of inadequate actions and unreasonable inactions. The scope of the imperfection is related to the level of a disregarded risk, inadequacy of cost-benefit analysis, deviation from popular normative expectations, and magnitude of misallocated resources. In essence, government failures are accidents that cannot be eliminated, but their costs can be reduced. (ORBACH, 2013, p. 56)

Traçando um paralelo com o capítulo anterior, pode-se referenciar novamente a obra de Stigler e sua ideia de captura regulatória, bem como as obras dos autores da *public choice*, e entender que ao se conceder poderes econômicos ao regulador, tendencialmente este será cooptado por grupos de interesse. Grupos de interesse estes que, através do *rent-seeking*, atuarão mediante *lobby* com o regulador para aprovar normas que lhes sejam benéficas em detrimento de toda sociedade.

Nesse caso, estamos diante de um gritante exemplo de falha de governo, na qual a regulação, a despeito de sua justificativa de controlar falhas de mercado, tem a clara intenção de favorecer alguns em detrimento da coletividade, gerando assim problemas muito maiores do que o mercado jamais seria capaz de causar. Citam-se ainda os ensinamentos da Escola Austríaca que toma por base as ideias de captura regulatória e alertam para os problemas de longo prazo que ela gera:

No entanto, o problema da teoria da captura não se esgota aí, e é nesse ponto que reside a diferença de abordagem dessa teoria por parte da Escola Austríaca. Enquanto os chicaguitas alertam para o perigo de captura do regulador pelas empresas reguladas, algo que realmente ocorre no curto prazo, os austríacos alertam para o movimento contrário no longo prazo: como os privilégios governamentais favorecerão o surgimento de verdadeiros monopólios, duopólios e oligopólios - estes, sim, realmente nocivos aos consumidores -, a insatisfação com os preços altos e a baixa qualidade dos produtos, bem como a crença de que isso se dá por supostas

falhas de mercado - e não por falhas de governo -, fará com que mais intervenções estatais sejam requeridas, até que um dia o setor estará totalmente regulado e nas mãos dos burocratas. (RAMOS, 2015, p. 199)

Tomemos por exemplo o caso das agências reguladoras. A ideia em sua concepção é clara: confiar as decisões regulatórias a um corpo técnico e apolítico. Dessa forma as decisões sobre regulação econômica seriam tomadas de acordo com critérios objetivos e embasados, sem sujeição a pressões políticas de qualquer natureza.

Porém esse pensamento não se efetiva na prática. A realidade é que agências reguladoras ditas independentes estão constantemente sob influência de grupos de interesse organizados (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 174-177). Segundo o economista americano Cass R. Sunstein (1990, p.427), estudos comprovam que nos Estados Unidos as agências reguladoras independentes são menos independentes do que agências ligadas diretamente ao presidente.

No Brasil essa realidade não é diferente. Tomemos por exemplo a agência ANATEL, talvez a mais poderosa agência reguladora do país, a qual regula um mercado em que quatro operadoras detém aproximadamente 98% do *market share*. Como se espera, essas quatro operadoras atuam constantemente junto à ANATEL para defender seus interesses, por vezes conseguindo exercer poder de barreira contra novos competidores (VENTURIN, 2017, p. 117).

Esse exemplo de *lobby* para barrar novos entrantes no mercado é necessariamente as ideias de captura regulatória de Stigler postas à prática, isto é, quando uma indústria busca ativamente uma regulação. Da mesma forma identificam-se as ideias da *public choice*, quando entende-se que os reguladores também são seres-humanos com seus próprios defeitos e interesses.

Em resumo, justifica-se a existência de uma agência reguladora no setor de telecomunicações como forma de combater as falhas de mercado daquele setor. Essa agência acaba sendo cooptada e suas regulações transformam-se numa verdadeira falha de governo que traz como resultado a criação de um oligopólio de operadoras devido às altas barreiras de entrada neste setor.

Isso posto, fica claro que o abuso do poder regulatório por parte de agências reguladoras independentes e de outros entes da administração pública, quando o fazem para beneficiar ganhadores designados, gera consequências negativas dispersas em toda a sociedade.



Porém nem só pela falta de vontade de agir pelo interesse da sociedade surgem as falhas de governo. Vale lembrar que a maior parte delas surge simplesmente pela inabilidade do regulador em compreender as consequências de sua regulação, mesmo quando sua produção é recheada de boas intenções.

E isso ocorre muito por conta do desconhecimento ou da falta de vontade do regulador para entender a dinâmica social e como os indivíduos vão responder aos novos incentivos, pois entende-se que quando editada a nova norma, todas as outras variáveis permanecerão constantes (BAR-GRILL e BEN-SHAHAR, 2013, p.113). Tal crença não leva em conta que seres-humanos agem sob incentivos e que com a mudança normativa, os agentes econômicos irão reagir e se adequar à nova realidade de modo a seguir perseguindo seus próprios objetivos (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 666).

Em outras palavras, o regulador não utiliza a Análise Econômica do Direito em sua regulação, esta dedicada a oferecer ferramentas para que se possa analisar ou não de normas “à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das consequentes mudanças comportamentais adotadas pelos interessados em resposta aos estímulos” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 665).

Ao não fazê-lo corretamente, o regulador deixa de identificar que muitas das normas produzidas podem vir a configurar-se como intervenções contraproducentes (*self-defeating*), isto é, intervenções que produzem resultados contrários àqueles desejados (SUNSTEIN, 1990, p. 407-411). É o que o economista francês Frédéric Bastiat costumava chamar de “o que se vê e o que não se vê”, fazendo alusão às consequências imediatas e futuras da regulação. Em suas palavras:

Na esfera econômica, um ato, um hábito, uma instituição, uma lei, não geram somente um efeito, mas uma série de efeitos. Dentre esses, só o primeiro é imediato. Manifesta-se simultaneamente com a sua causa. É visível. Os outros só aparecem depois e não são visíveis. Podemos-nos dar por felizes se conseguirmos prevê-los. Entre um bom e um mau economista existe uma diferença: um se detém no efeito que se vê; o outro leva em conta tanto o efeito que se vê quanto aqueles que se devem prever. (BASTIAT apud RAMOS, 2015, p. 53)

Vale lembrar que no Brasil esse cenário pode sofrer melhora pois além de positivar o conceito de abuso de poder regulatório, a LLE também positivou uma ferramenta para identificação de casos em que a regulação não condiz com a situação fática e produz efeitos prejudiciais à economia. Essa ferramenta é a Análise de Impacto Regulatório.

Vários são os exemplos de normas que demonstraram-se contraproducentes e acabaram por produzir efeitos diametralmente opostos àqueles esperados por seus

idealizadores. É o que Sunstein chama de “Paradoxo do Estado Regulador” (SUNSTEIN, 1990) ao apontar arranjos regulatórios contraproducentes no ambiente econômico americano e as razões pelas quais tais normas produzem efeitos distintos aos desejados. Nesse sentido:

By "paradoxes of the regulatory state," I mean self-defeating regulatory strategies-strategies that achieve an end precisely opposite to the one intended, or to the only public-regarding justification that can be brought forward in their support. [...] An example of a regulatory paradox would be a Clean Air Act that actually made the air dirtier, or a civil rights law that increased the incidence of racial discrimination. (SUNSTEIN, 1990, p. 407)

Um dos exemplos de paradoxos de regulação é o fato de que, ao exigir o uso da melhor tecnologia disponível (em inglês, *Best Available Technology* - BAT), o governo cria incentivos que retardam o desenvolvimento tecnológico. Afinal, se é exigência normativa que, uma vez que uma tecnologia ideal esteja desenvolvida, esta tecnologia seja implementada pelas indústrias, haverá claro incentivo dos regulados para não financiar e retardar o desenvolvimento dessa nova tecnologia, visto que uma vez pronta, ensejará custos de adaptação (SUNSTEIN, 1990, p. 420-421).

Caso parecido foi a exigência dos reguladores do trânsito brasileiro, com a intenção louvável de reduzir as mortes no trânsito, para que todos os carros produzidos no ou mesmo importados no Brasil a partir de 2014 possuíssem sistema *air-bags* e freios do tipo ABS, uma clara tentativa de impor o uso da melhor tecnologia disponível (estratégia BAT) de segurança no trânsito. À época, a tendência da mudança legislativa era aumentar o preço dos carros populares entre 4% a 8% em média<sup>2</sup>.

Como dito, é louvável a intenção do regulador em garantir maior segurança no trânsito, o que se discute é se a forma escolhida foi a melhor. No caso em questão, colocar exigências que aumentam o preço dos carros novos leva a uma consequência clara de aumentar o tempo de vida dos carros antigos e, portanto, menos seguros. Isso porque o cidadão irá demorar mais a trocar seu carro usado por conta dos preços maiores. Tal regulação poderia, então, ter sido pensada de outra maneira, como fornecendo incentivos positivos a quem efetuasse a compra dos carros mais seguros ou mesmo através de campanhas de conscientização, por exemplo.

Outro paradoxo citado por Sunstein é o de que regulações redistributivas prejudicam justamente aqueles que estão na base da pirâmide. O grande problema em casos de regulações

---

<sup>2</sup>Nesse sentido:

<<http://g1.globo.com/carros/noticia/2014/01/comeca-valer-obrigatoriedade-de-airbag-e-abs-para-carros-novos.html>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

redistributivas - que em grande maioria nada mais são que controles de preços – é que estas pressupõem que todo o mercado permanecerá como está no momento da regulação e que os agentes econômicos não irão ajustar-se à nova realidade e repassar os custos dessa adequação justamente àqueles nas posições menos favorecidas (SUNSTEIN, 1990, p. 421-424).

Complementa-se:

In all these cases, however, regulation is a poor mechanism for redistributing resources, precisely because it is often self-defeating. The problem is that if everything else is held constant, the market will frequently adjust to the imposition of regulation in a way that will harm the least well-off. (SUNSTEIN, 1990, p. 422)

Não é incomum ver regulações redistributivas sendo postas à prática, afinal são estas que geram um enorme ganho de popularidade para os burocratas que a propõem. Tomemos como exemplo uma cidade em que os preços dos aluguéis sofreram bruscos aumentos, não irá demorar até que um político proponha o controle dos preços dos aluguéis, com objetivo de frear o aumento e proteger a população contra a possibilidade de perder suas casas.

Ainda que pautada por boas intenções, tal regulação geraria efeitos adversos, como a saída dos empresários e proprietários de imóveis do ramo habitacional, deixando os inquilinos sem moradia alguma (SUNSTEIN, 1990, p. 422-423). Tal ideia tem fundamento na realidade, cita-se aqui o caso em que a cidade de Berlim, sob justificativa de garantir aluguéis mais baratos para sua população, congelou preços e forçou a renegociação de contratos de aluguel, medida essa que gerou queda de 77% na oferta de imóveis para alugar<sup>3</sup>.

Aliás, esse controle de aluguéis é uma prática que encontra-se dentro de um conjunto de práticas de regulação redistributivas que são os controles de preços. Não é incomum ver, principalmente em momentos de crise econômica e alta inflação, políticos populistas propondo todo tipo de política de tabelamento de preços para garantir o acesso à população de produtos básicos, como alimentos, por exemplo.

Ocorre que tal política acaba no mesmo paradoxo já citado, isto é, nunca atinge seus fins esperados. Pelo contrário, tabelamentos de preços historicamente não apenas são ineficazes para garantir produtos básicos à população como geram a escassez total desses mesmos produtos.

Digamos que em determinada cidade o leite está em falta nos mercados, fazendo com que o preço do estoque atual de leite aumente. Logo, um regulador propõe o tabelamento do

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, ver:

<<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/12/ao-forcar-reducao-de-alugueis-berlim-vive-queda-na-oferta-de-imoveis-e-confusao-juridica.shtml>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

preço do leite ao que era antes do aumento. Isso em primeiro momento trará um aumento de demanda para um produto que encontra-se em falta nas prateleiras, isto é, pessoas comprarão mais leite do que precisam pois está mais barato. Em segundo momento, elimina-se o incentivo para que produtores rurais aumentem sua produção de leite, fazendo com que o estoque atual acabe e que não haja abastecimento. Nesse sentido:

Mas que acontece? Por um lado, o menor preço do leite provoca o aumento da demanda do produto; pessoas que não tinham meios de comprá-lo a um preço mais alto, podem agora fazê-lo ao preço reduzido por decreto oficial. Por outro lado, parte dos produtores de leite, aqueles que estão produzindo a custos mais elevados - isto é, os produtores marginais - começam a sofrer prejuízos, visto que o preço decretado pelo governo é inferior aos custos do produto. Este é o ponto crucial na economia de mercado. O empresário privado, o produtor privado, não pode sofrer prejuízo no cômputo final de suas atividades. E como não pode ter prejuízos com o leite, restringe a venda deste produto para o mercado. Pode vender algumas de suas vacas para o matadouro; pode também, em vez de leite, fabricar e vender derivados do produto, como coalhada, manteiga ou queijo. (MISES, 2019, p.49-50).

Essa dinâmica não é novidade para os brasileiros que viveram na década de 1980. Em 28 de janeiro de 1986 o então presidente Sarney anunciou seu Plano Cruzado, uma ideia que visava tirar o Brasil da crise e da hiperinflação que vivia. Além de mudanças na moeda, o plano propôs também uma ordem de congelamento de preços nos mercados, que até então tinham a prática de ajustar seus preços diariamente devido à inflação (AVERBUG, 2005, p. 220).

O congelamento de preços, por óbvio, levou à escassez dos produtos nas prateleiras dos mercados e à criação de um verdadeiro “mercado negro” para comércio de produtos básicos, como carne. Essa medida também levou ao surgimento da figura dos “Fiscais do Sarney”, isto são, cidadãos que identificavam quando os donos de mercados estavam remarcando preços ou comercializando produtos escassos a um preço maior que o tabelado, dessa forma denunciando-os às autoridades para prisão<sup>4</sup>. Nesse sentido:

O presidente deixou aos brasileiros a tarefa cidadã de fiscalizar os preços que estavam sendo praticados no comércio, especialmente nos supermercados. O título que associava o brasileiro à tarefa de fiscalizar as práticas comerciais – os fiscais do Sarney – ganhou popularidade com as notícias de jornal. Essa fiscalização tinha um objetivo claro: conter a inflação. Por isso Sarney insistiu na aprovação do Plano Cruzado e os fiscais deveriam atuar para fazer cumprir tal plano, que, como medida principal, previa o congelamento dos preços dos produtos nas prateleiras das casas comerciais. O governo distribuiu tabelas com os preços uniformizados e ao cidadão cabia a tarefa de denunciar ao governo aqueles que não estivessem seguindo o congelamento dos preços de mercadorias. Os fiscais chegavam a denunciar os

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, conferir matéria do Jornal Nacional à época que trata dos Fiscais do Sarney: <<https://www.youtube.com/watch?v=rZbelf6512c>>. Acesso em 17 de junho de 2022.

abusos por parte dos comerciantes à polícia para que tomasse as medidas cabíveis: se o caso abusivo fosse constatado estabelecimentos podiam até ser temporariamente fechados. (ANDRADE, 2021)

Como esperado, o Plano Cruzado fracassou, como expõe Glaucio D'agostin (2004, p. 27-28):

Os resultados do Plano Cruzado foram inicialmente positivos em relação ao principal objetivo definido, que era conter a inflação. Mas da forma como foi implementado, o plano não tinha condições para se sustentar no médio e no longo prazo. Aos poucos o governo foi percebendo as limitações do Cruzado, como a falta de produtos devido ao congelamento de preços desalinhados (carne, leite e automóveis) e a ineficiência das medidas de ajuste do pacote fiscal denominado Cruzadinho. Posteriormente o governo sentiu as reações negativas à implementação do Cruzado II, logo após o anúncio do pacote. O Plano provocou um aumento generalizado dos preços, fazendo com que a inflação se elevasse ao mesmo tempo em que caía a confiança no governo e na sua equipe econômica.

Controles de preços são medidas falhas que simplesmente provocaram efeitos diametralmente opostos aos que pretendia sempre que foram aplicadas em toda a história, elucidando o conceito de Paradoxo do Estado Regulador, de Sunstein. Seja no Império Romano com o imperador Diocleciano falsificando a própria moeda e punindo os comerciantes que aumentavam os preços em decorrência disso (MISES, 2009, p. 48), seja séculos após com as leis de preço máximo durante a Revolução Francesa (MISES, 2009, p. 49), o controle de preços sempre fracassa, porém sempre é proposto novamente em momentos de crise como a solução mágica para todos os problemas. Como diria Roberto Campos (2009): “Como as damas balzaquianas, de vida airada, o tabelamento de preços rejuvenesce à medida que se esquecem as experiências passadas. É a teoria dos que não têm teoria.”

O que se buscou elucidar neste capítulo é que o abuso do poder regulatório pelos reguladores econômicos é extremamente prejudicial quando exercido de maneira deliberada para favorecer alguns *players* do mercado, porém também é igualmente prejudicial quando as interferências econômicas têm fins altruísticos - ou populistas - de atender às necessidades da população.

Regulações econômicas devem ter por base a ciência dos fatos para que atendam seus objetivos, e não podem jamais tomar proporções maiores do que as esperadas, tampouco repetir experiências passadas com a fé de atingir resultados distintos, sob risco de, ao tentar corrigir falhas de mercado, converterem-se em problemas tão piores quanto, às falhas de governo. Dessa forma, entende-se que combater o abuso do poder regulatório é garantir um ambiente de negócios de ampla concorrência, em que os agentes trabalhem arduamente para

umentar ao máximo o grau de satisfação dos consumidores, sem o peso estatal dificultando (propositalmente ou não) suas atividades.

## 2.2 A Situação Regulatória Brasileira

Como citado anteriormente, cada vez mais entende-se que um ambiente de negócios sólido e que propicia o desenvolvimento econômico e do empreendedorismo é benéfico à sociedade em geral, enquanto um mercado pesadamente regulado impede a geração de riquezas em um país.

Sabendo disso, cabe-nos analisar o cenário regulatório brasileiro e identificar se o alto peso regulatório é um problema que nos afeta.

Antes de mais nada, cabe lembrar que os estudos aqui citados também serviram como referencial para os legisladores encarregados da criação da Lei da Liberdade Econômica, a qual foi precedida de longo estudo para diagnosticar as causas que impedem o desenvolvimento econômico no país e, principalmente, para diagnosticar as razões da crise econômica iniciada no ano de 2014. Segundo o autor da LLE, Geanluca Lorenzon (2020):

Entretanto, ao contrário dos diagnósticos mais gerais que sempre focavam no problema fiscal e de crédito, a equipe a cargo da elaboração da LLE identificou dois outros fatores fundamentais: (i) a existência de uma grave distorção a nível microeconômico causado pelo aparelho administrativo do Estado; e (ii) a distorção sistêmica causada pela insegurança jurídica, sobretudo no direito privado, sobre as relações econômicas.

Dessa forma, conclui-se que mais do que focar em problemas macroeconômicos, a equipe responsável pela elaboração da LLE embasou sua criação em problemas mais próximos ao brasileiro mediano, focando na microeconomia e no que impede o crescimento econômico no país. Questões relacionadas ao peso estatal a nível microeconômico e à insegurança jurídica lideram como as principais mazelas da economia brasileira<sup>5</sup>.

Não que seja difícil observar tais problemas no dia a dia. Constantemente os brasileiros, principalmente aqueles que empreendem, reclamam da alta burocracia no país para realizar mesmo as mais simples ações.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, confira-se a exposição de motivos da Lei da Liberdade Econômica. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicao-de-motivos-157846-pe.html>>. Acesso em: 01 de Abril de 2022.

Nesse sentido, cabe citar pesquisa realizada pela Endeavor Brasil, organização referência no assunto empreendedorismo, que lista as maiores dificuldades dos empreendedores brasileiros.

A pesquisa intitulada Desafios dos Empreendedores Brasileiros foi executada através de entrevistas realizadas pelo Datafolha com aproximadamente 1.000 empreendedores, que estão à frente de empresas das mais diversas performances e buscou entender quais as maiores dificuldades de quem empreende no Brasil.

Ao classificarem em notas de um a dez, os empreendedores elencaram o fator “Jurídico e regulação: contratos e processos e complexidade dos impostos” como terceira maior dificuldade de suas empresas, com a mesma nota do fator “Gestão Financeira” que ocupa o segundo lugar:

Médias das notas de dor de 1 a 10 para cada uma das categorias:	Geral	Alta Performance	Alto Impacto	TIC
Gestão de pessoas	6.7	7.1	7.4	6.6
Gestão financeira	6.5	6.3	6.6	5.9
Jurídico e regulação: contratos e processos e complexidade dos impostos	6.5	6.2	5.6	6.2
Inovação: criação e/ou melhoria dos produtos e processos	6.2	6.0	6.3	6.4
Marketing e vendas: marca, ponto de venda, precificação, satisfação do cliente	6.1	5.7	7.0	6.4
Operações e processos: estoque, controle de qualidade e/ou custos operacionais	6.0	6.2	6.3	5.6
Estratégia: falta de visão, de foco e/ou de gestão de metas	5.8	5.2	5.1	5.4
Infraestrutura: tecnologia, engenharia e/ou segurança nas instalações	5.5	5.4	5.4	4.8
Acesso a crédito ou investimentos?	5.4	6.0	6.5	5.7
Governança corporativa: problemas com sócios, conselheiros e/ou familiares na empresa	3.8	3.2	4.3	3.4
Média	5.9	5.7	6.0	5.6

A ordem dos desafios é dada pela média das notas de dor dos Empreendedores Gerais.

Figura 1 - Ranking de maiores dificuldades dos empreendedores por nota atribuída, 2016.  
Fonte: Endeavor<sup>6</sup>

Porém, quando perguntados diretamente sobre o maior desafio de suas empresas, o fator “Jurídico e regulação: contratos e processos e complexidade dos impostos” lidera isoladamente, contando com 20% das respostas:

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://endeavor.org.br/ambiente/5-desafios-empreendedores-pesquisa/>> Acesso em: 10 fev. 2022.

% de empreendedores que consideram o maior desafio da empresa:	Geral	Alta Performance	Alto Impacto	TIC
Jurídico e regulação: contratos e processos e complexidade dos impostos	20	16	3,2	17
Gestão de pessoas	18	24	22,6	16
Marketing e vendas: marca, ponto de venda, precificação, satisfação do cliente	11	5	22,6	10
Acesso a crédito ou investimentos?	11	18	19,4	18
Gestão financeira	10	10	9,7	11
Inovação: criação e/ou melhoria dos produtos e processos	9	8	6,5	16
Estratégia: falta de visão, de foco e/ou de gestão de metas	6	5	3,2	5
Governança corporativa: problemas com sócios, conselheiros e/ou familiares na empresa	6	2	3,2	1
Operação e processos: estoque, controle de qualidade e/ou custos operacionais	5	7	9,7	3
Infraestrutura: tecnologia, engenharia e/ou segurança nas instalações	4	5	0	1

A ordem dos desafios é dada pela porcentagem de Empreendedores Gerais que consideram aquele desafio como o maior da empresa

Figura 2 - Ranking de maiores dificuldades dos empreendedores por porcentagem que consideram o maior desafio da empresa, 2016. Fonte: Endeavor<sup>7</sup>

Outra conclusão retirada da pesquisa é que o peso regulatório recai muito mais sobre os pequenos empreendedores. Segundo a pesquisa Endeavor (2016):

Os problemas jurídicos e de ambiente regulatório são grandes para todos os grupos de empreendedores, mas são especialmente mais significativos para aqueles que não crescem (Empreendedores Gerais deram nota média de 6,5 para burocracia - a maior entre os grupos). O mesmo pode ser visto na questão da CLT, um problema grande para um em cada três empreendedores Gerais, enquanto que entre o grupo de Alto Impacto só foi citado por um em cada quinze empreendedores.

Dentro do fator jurídico regulatório, o que mais pesa para o empreendedor é a questão tributária, sendo apontada por 60% dos empreendedores como um desafio extremo, superando a questão trabalhista, a questão de processos passivos e a questão de contratos em geral.

Entrando nesse assunto, podemos partir da questão tributária para demonstrar a complicada situação regulatória do Brasil. Isso porque, como sabido, o Brasil figura entre os países que mais cobram impostos do mundo. Segundo dados do *Trading Economics* 2021, o Brasil é o 10º país com maior imposto corporativo do mundo<sup>8</sup>.

Mas o problema principal nem chega a ser a alta carga tributária, mas sim a complexidade da legislação tributária, fazendo com que uma empresa de tamanho médio gaste cerca de 1.500 horas por ano apenas para cumprir suas obrigações tributária, segundo

<sup>7</sup> Disponível em: <<https://endeavor.org.br/ambiente/5-desafios-empreendedores-pesquisa/>> Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>8</sup> Disponível em: <<https://tradingeconomics.com/forecast/corporate-tax-rate>> Acesso em: 10 fev. 2022.



dados do Banco Mundial<sup>9</sup>. Número altíssimo ao comparar com os outros países da OCDE, que têm média inferior a 300 horas anuais.

A questão da complexidade tributária brasileira é conhecida inclusive internacionalmente, sendo um grande empecilho para a entrada de empresas internacionais em nosso país. O Índice Global de Complexidade Corporativa de 2021 do *TMF Group* aponta o Brasil como a jurisdição mais complexa do mundo<sup>10</sup>. O índice *Tax Complexity*, coordenado pela *Paderborn University* em conjunto à *LMU Munich*, coloca o Brasil na 60ª posição em um ranking de 69 países no que concerne à complexidade tributária<sup>11</sup>.

Infelizmente, a complexidade regulatória brasileira não está só na questão tributária. Vários outros fatores contribuem para que o Brasil se enquadre nas últimas posições em vários rankings internacionais. Tamanho do governo, garantia de direitos de propriedade, segurança e eficiência jurídica, liberdade de comércio e regulação econômica são alguns dos outros fatores levados em conta.

O estudo *Economic Freedom of the World 2021*, do *Fraser Institute* coloca o Brasil como o 109º colocado no ranking, o que o caracteriza como um país de terceiro quartil<sup>12</sup>.

Outro ranking internacional muito conhecido é realizado pela *Heritage Foundation*, o *Index of Economic Freedom*, que ranqueia os países com base no seu grau de liberdade econômica seguindo quatro fatores principais: estado de direito, tamanho do governo, eficiência regulatória e abertura de mercado. Nesse ranking o Brasil ocupa a 143ª colocação, apresentando o mesmo grau de liberdade econômica que Camarões<sup>13</sup>.

Inclusive, se compararmos o Brasil com a média global, vemos que somente em um curto período de tempo estivemos acima da média mundial (1999 - 2006):

---

<sup>9</sup> Disponível em: <<https://subnational.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/paying-taxes/brazil>> Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>10</sup> Disponível em: <<https://www.tmf-group.com/pt-br/news-insights/publications/2021/global-business-complexity-index/>> Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>11</sup> Disponível em: <<https://www.taxcomplexity.org/>> Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>12</sup> Disponível em: <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/economic-freedom-of-the-world-2021.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>13</sup> Disponível em: <<https://www.heritage.org/index/ranking>> Acesso em: 10 fev. 2022.

## OVERALL SCORE

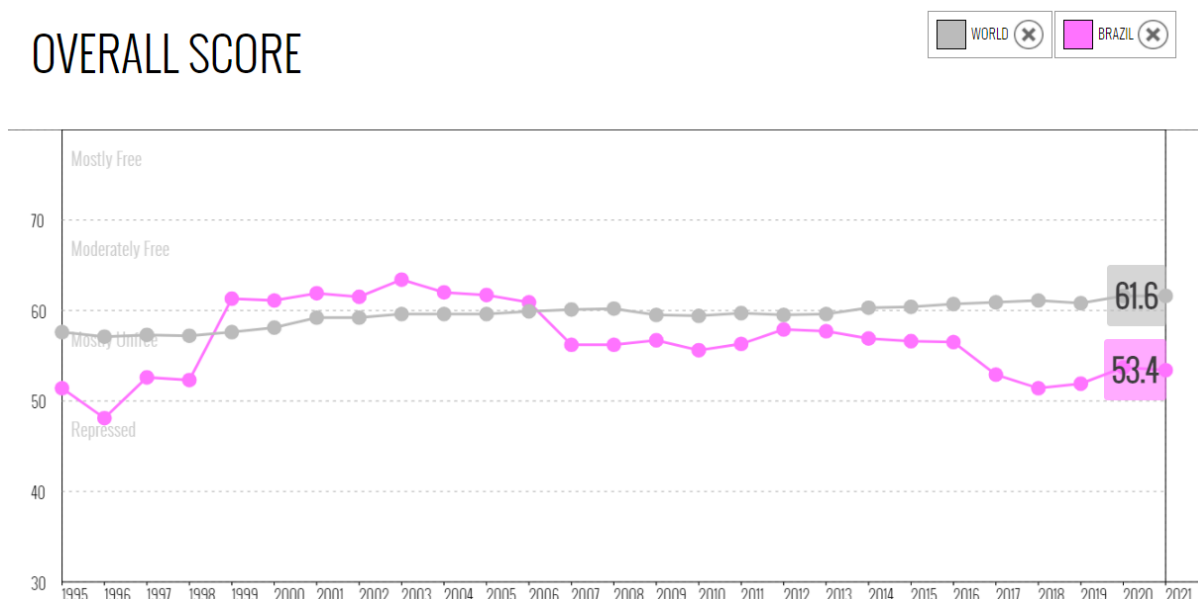


Figura 3 - Gráfico comparativo da liberdade econômica: Brasil vs Mundo. Fonte: Heritage Foundation<sup>14</sup>

Apesar de ter sido descontinuado em 2021, o *Doing Business Ranking* do Banco Mundial também sempre indicou os problemas do ambiente de negócios brasileiro e listou o país nas últimas colocações<sup>15</sup>.

Saindo um pouco dos rankings de liberdade econômica, podemos citar o *Corruption Perceptions Index*, organizado pela ONG alemã *Transparency International*, que coloca o Brasil na 96ª posição entre 180 países no ranking de percepção de corrupção<sup>16</sup>. Vale lembrar que, como citado anteriormente, a corrupção tem alta ligação com a regulação e com o peso do Estado na economia, afinal, quando são dados grandes poderes ao regulador para dirigir a economia, naturalmente o próprio regulador vira alvo de *rent-seekers* querendo tirar vantagem da sua posição. A recíproca também é verdadeira, com grandes poderes o regulador pode cobrar subornos do mercado, sob pena de utilizar o aparato estatal contra os empreendedores. Nesse sentido:

Quanto menor o ônus ou carga regulatória incidente sobre uma companhia/empresário, menos corrupto será o país (ou pelo menos essa é a

<sup>14</sup> Disponível em: <<https://www.heritage.org/index/visualize>> Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>15</sup> O *Doing Business Ranking* foi descontinuado, tendo sua última edição sido publicada em 2020, porém o histórico de todas as edições está disponível em: <<https://www.worldbank.org/en/programs/business-enabling-environment/doing-business-legacy>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>16</sup> Disponível em: <<https://www.transparency.org/en/cpi/2021/>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

percepção). Quanto maior a carga regulatória imposta sobre os negócios, maior é a percepção de corrupção de um país. Existe uma correlação muito forte entre a posição de um país no *ranking* Doing Business do World Bank e sua posição no *ranking* de percepção de corrupção da Transparency International. (SILVA NETO e SANCHEZ, 2020, p.121-122).

Todos esses dados e rankings citados foram levados em conta na própria redação da medida provisória que posteriormente viria a ser convertida na Lei da Liberdade Econômica. Em sua exposição de motivos, os autores escrevem:

3. Existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado, fazendo com que o empresário brasileiro, em contraposição ao resto do mundo desenvolvido e emergente, não se sinta seguro para produzir, gerar emprego e renda. Como resultado, o Brasil figura em 150º posição no ranking de Liberdade Econômica da Heritage Foundation/Wall Street Journal, 144º posição no ranking de Liberdade Econômica do Fraser Institute, e 123º posição no ranking de Liberdade Econômica e Pessoal do Cato Institute.
4. Esse desempenho coaduna com a triste realidade atual de mais de 12 milhões de desempregados, a estagnação econômica e a falta de crescimento da renda real dos brasileiros nos últimos anos. A realidade urge uma ação precisa, mas cientificamente embasada, de caráter imediato e remediador. (BRASIL, 2019)

Os rankings de liberdade econômica demonstram a alta carga regulatória e a complexidade brasileira. Porém ainda pode-se analisar a qualidade de todas essas regulações, o que também não é vantagem para o Brasil. Isso porque também recebemos nota baixa no indicador PMR (Product Market Regulation) da OCDE que possui a seguinte função:

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.<sup>17</sup> (OCDE, 2018)

O indicador PMR subdivide-se em outros dois subindicadores: o *Economy-wide* PMR e o *Sector* PMR. O primeiro, tem caráter de avaliação geral sobre a regulação do país, o segundo, visa analisar setores específicos daquela economia. A última edição publicada do PMR data de Janeiro de 2018.

Quanto ao indicador *Economy-wide* PMR da edição de 2018, a conclusão da OCDE foi de que as barreiras regulatórias são maiores no Brasil do que na maioria dos outros países da OCDE e que há muito espaço para melhoras. Nesse sentido:

<sup>17</sup> Disponível em: <<https://www.oecd.org/economy/reform/indicators-of-product-market-regulation/>>. Acesso em: 01 de Abril de 2022.

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. (OCDE, 2018, p.2).

Quanto ao indicador *Sector PMR*, a conclusão foi de que grandes setores, como energia e transportes, se beneficiariam de uma revisão regulatória. Nesse sentido:

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 setup 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. (OCDE, 2018, p.3)

A conclusão final foi de que o Brasil se beneficiaria com uma revisão regulatória, que traria desenvolvimento para vários setores e que ainda deveria identificar e remover os possíveis obstáculos regulatórios à competição (OCDE, 2018, p.4).

Por fim, destaca-se novamente que a tese defendida não é a abolição de qualquer regulação em prol da liberdade de mercado. Pelo contrário, ressalta-se que para a composição de um mercado bem estruturado é necessária a presença da regulação inteligente, sendo esta a regulação que passa em testes de custo-benefício, nas palavras dos professores Orlando Silva Neto e Anna Beatriz Sanchez (2020, p. 117-123).

O que busca-se criticar é o fato de que todo esse peso regulatório existente hoje e que cresce a cada dia no Brasil<sup>18</sup> não é nem de longe composto apenas pela regulação inteligente, mas em grande parte composto por regulações constituídas em interesses pessoais, populismos ou outras formas de abuso de poder regulatório.

### **3. COMO O ABUSO DE PODER REGULATÓRIO ESTÁ SENDO COMBATIDO?**

#### **3.1 Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019)**

Demonstrados todos os malefícios da má-regulação para uma economia e como a regulação no Brasil hoje extrapola esse conceito, conclui-se que um dos passos fundamentais

---

<sup>18</sup> Estudo de 2021 do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) aponta que em média são editadas 813 novas normas por dia útil no Brasil. Disponível em: <https://ibpt.com.br/estudo-do-ibpt-quantidade-de-normas-editadas-no-brasil-desde-1988/> Acesso em: 10 Fev. 2022.

para desenvolver a economia brasileira é diminuir drasticamente esse peso regulatório e combater veementemente o abuso do poder regulatório por parte do Estado.

E essa foi inclusive uma das principais motivações para a redação da Lei da Liberdade Econômica, que serviu para dar início a toda noção de combate ao abuso de poder regulatório que possamos ter hoje.

Afinal, foi ela quem apresentou ao ordenamento jurídico brasileiro o próprio termo “abuso do poder regulatório”, bem como seu conceito, aqui já descrito como propositalmente indefinido de modo a abarcar ampla variedade de situações em que tal abuso pode ocorrer na esfera legislativa. De acordo com o autor da lei, Geanluca Lorenzon (2020, p.32):

Em conclusão, registra-se que a LLE representa uma virada, um “*U-turn*”, no direito brasileiro em geral. Rompe-se paradigmas que podem, inclusive ser listados:

[...]

O regulador passa a ter o ônus de justificar materialmente os fins que justificam que sua intervenção, sobre a economia, gera mais benefícios do que externalidades e consequências não intencionais negativas, por força dos arts. 4º e 5º da LLE.

No mesmo dispositivo em que apresenta o conceito de abuso do poder regulatório, a lei também impõe dever à administração pública de evitar praticar o abuso de poder quando do exercício de regulamentação de norma pública.

Por fim, elenca-se na lei uma série de práticas consideradas configuradoras de abuso do poder regulatório, em um rol exemplificativo, sendo elas: (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.

O primeiro inciso trata especificamente da questão de reservas de mercado. Como exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, a ideia de que a regulação estatal visa tão somente corrigir falhas de mercado e seguir os interesses públicos cai por terra quando releva-se o fato de que o agente regulador possui interesses particulares que podem conflitar com os interesses altruísticos buscados na regulação.

Essa foi a grande crítica apresentada por Stigler, Buchanan e outros. A ideia de que a regulação é buscada muito mais pelo regulado do que pelo regulador, assim apossando-se dela para erguer barreiras à competição. Nesse sentido:

O número elevado de setores regulados pelo Estado não se justifica por deficiências intrínsecas do setor industrial (que necessitariam ser corrigidas pela intervenção), mas para induzir artificialmente a demanda em favor de grupos econômicos específicos. Estes grupos apoiam-se no que o Estado pode lhes oferecer - normas regulatórias - para maximizar suas rendas. (LOCHAGIN, 2020, p. 272)

Para coibir esse favorecimento indevido, o dispositivo impõe ao Estado o dever de evitar leis que criem vantagens competitivas artificiais a determinados concorrentes em detrimento de outros. Vale lembrar que isso não se aplica aos setores constitucionalmente resguardados para o Estado, isto é, aqueles que são de titularidade ou iniciativa estatal, como a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural, por exemplo.

Em nossa visão, o dispositivo não é destinado a coibir toda forma de reserva de mercado, sob risco de esbarrar em questões constitucionais. Sendo assim, o endereço do dispositivo claramente são os órgãos reguladores e todos aqueles exercem função reguladora naqueles setores que são constitucionalmente atribuídos à iniciativa privada sob influência de normas estatais (LOCHAGIN, 2020, p. 274-277).

Enquanto o primeiro inciso busca evitar a criação de reservas de mercado a determinados agentes, o segundo inciso complementa-o visando impedir a criação de barreiras aos novos agentes econômicos.

Segundo João Marcelo Rego Magalhães (2020, p. 279-286), a lei estatal posta hoje encontra-se defasada não apenas em relação às novas tecnologias mas também com a nova forma de economia. O autor cita as economias colaborativa e compartilhada como novas formas de economia que consistem em redes de distribuição e no compartilhamento de bens, serviços e espaços subutilizados entre pessoas.

Nessa nova economia, alguns conceitos utilizados para regular os setores tradicionais encontram-se defasados, como por exemplo alguns conceitos do direito consumerista ou trabalhista.

A visão do autor, portanto, é de que o art. 4º, inciso II da LLE serve como recado às administrações públicas municipais, estaduais e federal de que não é possível impedir a entrada de novos agentes nesse novo setor da economia, sejam pessoas físicas ou empresas de tecnologia.

O principal exemplo citado para elucidar essa visão é o caso do UBER, plataforma que foi amplamente combatida via regulação abusiva em vários municípios brasileiros em prol dos sistemas tradicionais de transporte.

O inciso terceiro também vai nessa linha concorrencial ao impedir que a administração pública edite regulações para exigir especificações técnicas desnecessárias. Isso porque a fixação de normas técnicas é uma ferramenta que quando mal utilizada pode inviabilizar concorrentes no mercado.

Veja, não se nega que a padronização técnica tenha impactos positivos na economia. Existem cada vez mais entidades privadas realizando verificações técnicas e certificando empresas que as cumprem.

O que discute-se são os malefícios da centralização do poder de impor tais normas técnicas nas mãos do Estado e a necessidade de conter esse poder. Segundo Klein (2020, p 287-298), existem dois principais males que a definição de exigências técnicas pelo Estado podem causar: a primeira é que após uma exigência de utilização de determinado padrão tecnológico, os agentes produtores irão operar no mercado baseando-se nesse padrão, gerando um custo alto de aprendizagem e adaptação quanto ao novo padrão, mas gerando custos maiores ainda no caso de uma necessidade de reversão do padrão. Assim, mesmo que bem intencionados, os reguladores podem errar na escolha do padrão técnico e prejudicar o mercado como um todo; O segundo problema é justamente o fato de que nem sempre os agentes reguladores estão bem intencionados no momento de definir o padrão técnico. Uma decisão de tamanha relevância como essa atrai uma imensidão de *rent-seekers* que tentam cooptar a decisão, de modo a tornar o padrão técnico exigido mais próximo do padrão técnico que já utilizam, impondo custos difusos aos outros competidores que deverão se adaptar, gerando graves problemas na esfera concorrencial.

O quarto inciso diz respeito à inovação e desenvolvimento de novas tecnologias, processos e modelos de negócio. Como já citado, a legislação tende a estar em defasagem com relação à economia, que está em constante transformação criativa, o chamado *gap* regulatório.

Legisladores demoram a entender a inovação e portanto tentam aplicar nas novas tecnologias os mesmos conceitos das antigas, travando o possível desenvolvimento de um novo mercado.

Magalhães (2020, p.304), nesse sentido e com base na moderna doutrina, diz que o princípio que deve guiar a regulação é o da liberdade criativa, que impõe ao Estado obrigações passivas, como as de não inibir o surgimento de novas tecnologias ou novos mercados. É nesse sentido que o inciso III do artigo 4º da LLE busca agir, coibindo o regulador de enunciar proibições à inovação, sob pena de ser configurado o abuso do poder regulatório. Ressalta-se que tal liberdade encontra limite no que concerne à segurança e saúde das pessoas, o que foi positivado no mesmo inciso, quando ressalva a imposição quando tratar-se de situação de alto risco.

O quinto inciso trata sobre custos de transação, positivando como caso de abuso de poder regulatório qualquer legislação que aumente tais custos sem comprovar benefícios. Sobre a definição de custos de transação, explica-se:

Dito de outra forma, custos de transação são aqueles custos que agentes e organizações devem suportar na aquisição de informação sobre potenciais contratantes, na negociação dos termos dos ajustes com outros agentes e organizações, na tomada de decisões sobre realizar ou não o ajuste e, por fim, no monitoramento do seu cumprimento. De uma maneira ainda mais resumida: são os custos inevitáveis para que um agente ou uma organização possa operar no mercado. E isso compreende não apenas os custos de informação, de contratação e de monitoramento do contrato, mas também, o custo necessário para conhecimento das regras do jogo, sejam elas as regras formais do ordenamento, sejam elas as regras informais (normalmente de cunho cultural) em cima das quais as regras formais são aplicadas (códigos de conduto, valores, aspectos reputacionais, etc.). (TIMM e MARQUES, 2020, p.313)

Conclui-se que os custos de transação acabam sendo inevitáveis, com ou sem a interferência estatal, porém é possível que o Estado, através de legislação, regulação ou mesmo decisões judiciais, aumente artificialmente tais custos. Isso, por sua vez, gera uma perda de eficiência em toda economia, pois contratos benéficos deixam de o ser ao passo em que os custos para formalizá-lo aumentam. E ainda que sejam formalizados, contratos com custos de transação mais altos consomem tempo e dinheiro dos contratantes, que poderiam estar investindo esses recursos escassos em novos contratos, assim gerando benesses por toda a economia.

Dessa forma, o inciso V do artigo 4º aponta como mais um caso explícito de abuso do poder regulatório qualquer tipo de aumento dos custos de transação, visando ganhos de eficiência econômica, a menos que o aumento tenha benefícios de médio a longo prazo



demonstrados, sendo a figura da Análise de Impacto Regulatório o meio mais adequado para essa demonstração (TIMM e MARQUES, 2020, p. 315).

O inciso VI dispõe como caso de abuso do poder regulatório criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros. Aqui retomamos os conceitos de Stigler e Buchanan da captura regulatória e dos *rent-seekers*, que se utilizam do Estado para tornar obrigatório seu produto ou serviço, gerando perdas de eficiência e produtividade.

O sétimo inciso visa impedir a administração pública de impor óbices à livre formação de sociedades empresariais ou mesmo de atividades econômicas. Aqui faz-se uma ressalva: as sociedades empresariais já são amplamente reguladas na legislação brasileira. O código civil, por exemplo, apresenta em seus artigos 1.039 a 1.092 alguns tipos de sociedades empresárias, sendo estes os únicos permitidos, tolhendo de certa forma a iniciativa privada ao formar sua sociedade. Da mesma forma, o artigo 997 do código civil dispõe sobre o próprio contrato social, impondo conteúdo contratual mínimo.

Não é sobre essas restrições que trata o dispositivo. Fazendo a exegese correta do artigo 4º, inciso VII, isto é, levando em consideração o *caput* do artigo, depreende-se que o dispositivo aqui tratado foi destinado aos órgãos da administração pública que tratam de questões relacionadas à formação de sociedades, entre eles, o DREI e as Juntas Comerciais estaduais, que por inúmeras vezes expedem regulações além do que é previsto em lei, como por exemplo impondo que os contratos sociais tenham cláusulas específicas não previstas no código civil ou que estes sigam algum modelo padronizado (BARCELOS e SCALCO, 2020, p. 325-327).

Tendo definidos os alvos do dispositivo, impõem-se a eles a vedação de “utilizar seu poder regulatório para impor óbices adicionais à formação de sociedades empresárias e de atividades econômicas” (BARCELOS e SCALCO, 2020, p. 327).

Assim como no caso do inciso anterior, o comentário do oitavo inciso é precedido de uma correta exegese para entender a quem ele é destinado. O inciso trata sobre a vedação à atividade reguladora da administração pública que restrinja o uso e o exercício da publicidade e propaganda, ressaltando-se as hipóteses expressamente dispostas em lei federal.

Dessa forma, resta claro que o dispositivo não visa combater as limitações publicitárias impostas em outras leis federais, como o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo. A própria Constituição Federal limita a publicidade em seu artigo 220, § 3º, II e no § 4º.

Portanto, o dispositivo aqui disposto é destinado às entidades da administração pública que visem restringir a publicidade sem apresentar explícita autorização legal ou constitucional para tanto.

Por fim, também é considerado abuso do poder regulatório 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 da Lei da Liberdade Econômica.

O referido artigo declara, em síntese, que é direito de toda pessoa natural ou jurídica desenvolver atividade econômica de baixo risco sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica.

O que o inciso IX do artigo 4º é colocar uma proteção a mais sobre o inciso I do artigo 3º. Isso porque uma prática muito vista nas administrações públicas municipais, antes da Lei da Liberdade Econômica, era exigir como requisitos para a inscrição tributária os atos públicos de liberação, o que serviria para burlar os efeitos pretendidos com o artigo 3º da lei.

Nas palavras de Fernandes (2020, p. 337):

O inciso IX do artigo 4º da Lei da Liberdade Econômica não vedou essa prática, ou seja, não alterou a necessidade de inscrição prévia junto aos órgãos fazendários para o recolhimento dos tributos devidos. O que o dispositivo visa proibir é que o ente político condicione a inscrição tributária do contribuinte (classificado como de baixo risco) à prática de atos prévios para liberação da atividade econômica, como, por exemplo, exigir para a sua inscrição tributária a obtenção prévia de licenças ambientais, sanitárias, alvarás do Corpo de Bombeiros e de localização. Tais exigências fariam por burlar o disposto no artigo 3º, I, da Lei, motivo pelo qual se fez questão de afirmar tal impossibilidade.

Todos os dispositivos comentados acima foram introduzidos pela Lei da Liberdade Econômica, em rol exemplificativo, como forma de apontar formas pelas quais o Estado abusa do poder regulatório diariamente. A lei também impõe à administração pública o dever de evitar quaisquer atos que configurem essas proibições sem uma devida demonstração de custo-benefício positivo.

Ao trazer à luz tais práticas abusivas, a Lei da Liberdade Econômica funciona como ferramenta de defesa para os interesses dos particulares em ações contra o Estado quando o assunto é regulação econômica. Com a dispersão do conhecimento sobre o novo dispositivo, mais advogados terão o artigo 4º da LLE como base de suas demandas, afinal tais ações já vêm acontecendo, como demonstra o exemplo:

Apelação. Mandado de Segurança. Impetração por farmácia de manipulação com objetivo de obstar qualquer tipo de sanção, com base na RDV n. 328/2019, da Anvisa, por ocasião da dispensação e manipulação de produtos com ativos derivados vegetais

ou fitofármacos da Cannabis Sativa. Direito da impetrante reconhecido. Resolução que, em seu artigo 53, dispõe que "os produtos de Cannabis devem ser dispensados exclusivamente por farmácias sem manipulação ou drogarias", criando restrição para as farmácias com manipulação (artigo 15). Entretanto, a Lei Federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e a Lei Federal nº 13.021, de 08 de agosto de 2014, que dispõe sobre o exercício e a fiscalização das atividades farmacêuticas, não autorizam esse tratamento diferenciado, pois, de acordo com tais atos normativos, tanto as farmácias sem manipulação (ou drogarias) como as farmácias com manipulação, possuem autorização para o comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, o que significa que a RDC, nesse ponto, desborda do poder regulamentar, criando restrições sem amparo legal. Ilegalidade da restrição reconhecida, não só por esse fundamento, mas também por ofensa à disposição do artigo 4º da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que dispõe que é dever da administração pública evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente, criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes. Precedentes. Segurança concedida. Recursos desprovidos. (TJ-SP - APL: 10361697220218260053 SP 1036169-72.2021.8.26.0053, Relator: Ferreira Rodrigues, Data de Julgamento: 07/02/2022, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/02/2022)

É como se houvesse uma inversão no ônus argumentativo e o Estado necessitasse justificar suas intervenções com base em critérios técnicos. Aliás, para tanto, vale lembrar que a Lei da Liberdade Econômica também foi uma medida assertiva para combater o abuso do poder regulatório à medida que positivou o instituto da Análise de Impacto Regulatório em seu artigo 5º, instituto muito conhecido mundialmente e agora legislativamente inserido no contexto brasileiro. Sobre a Análise de Impacto Regulatório trata-se a seguir.

### **3.2 Análise de Impacto Regulatório - AIR (Estudo de Caso: Análise de Impacto Regulatório da ANVISA sobre o *Cannabis Spp.*)**

Em linha do que foi tratado até aqui, aponta-se também a Análise de Impacto Regulatório (AIR) como forma de combater o abuso do poder regulatório estatal e todos os desequilíbrios que este pode gerar na economia.

Para definir a AIR retorna-se ao clássico debate sobre a necessidade de regulação por parte do Estado para evitar as falhas de mercado *versus* a ideia de que o Estado, ao regular sem o devido cuidado e sem atentar-se ao custo-benefício de suas normas, produz distorções econômicas tão ruins quanto ou mesmo piores que aquelas que tentava evitar, gerando as chamadas falhas de Estado.

Levando esse ponto em conta e excluindo-se por hora a ideia de captura regulatória e interesses escusos, imaginando por um momento que os reguladores estão somente pensando no bem-estar social e querendo produzir boas regulações para aumentar a eficiência de

mercado, ainda assim conclui-se que são precisos mecanismos para mensurar a qualidade dessa regulação produzida. Afinal, sabe-se que a má-regulação é tão prejudicial à economia quanto as falhas de mercado que visa combater. Nesse sentido, Meneguim propõe reflexão:

Assim, em que pese a necessidade de atuação do Estado regulador, é natural que se questione acerca da pertinência e da adequação das normas regulatórias. Será que o desempenho da norma consegue gerar efeitos que eram realmente os esperados? Será que os custos impostos pela regulação superam os benefícios gerados para a sociedade? (MENEGUIN, 2020, p.360)

Portanto, a AIR surge como uma dessas ferramentas de mensuração da qualidade regulatória, tendo por objetivo “subsidiar a elaboração das normas regulatórias e a formulação de políticas públicas, contribuindo para o aumento da racionalidade do processo decisório acerca das potenciais ações governamentais” (MENEGUIN, 2020, p.360). Ainda, cita-se que a regulação “não pode ser considerada, *a priori*, boa ou má”. É preciso verificar concretamente cada forma de regulação e avaliar os resultados obtidos, o que pode ser instrumentalizado por meio da AIR” (OLIVEIRA, 2020, p.358).

Mas então, o que seria a Análise de Impacto Regulatório exatamente? Tal conceito tem diversas definições na doutrina, sendo conceituada por Oliveira (2020, p.359) como “um processo que envolve a avaliação dos efeitos atuais e futuros da regulação, por meio do planejamento e da participação social, conferindo maior legitimidade para as políticas regulatórias”. Em complemento, Marcelo Guedes define a AIR da seguinte forma:

A AIR é definida como o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca, a partir da identificação de um problema regulatório, avaliar os possíveis impactos das alternativas de ação, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão pelo regulador. (GUEDES, 2020, p.340)

A Análise de Impacto Regulatório existe há anos em outros países e é tida como boa prática pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (ou na sigla em inglês OECD), que atua, dentre outras formas, produzindo pesquisas, relatórios e recomendações aos países para o desenvolvimento econômico. Um dos temas de trabalho de maior destaque na OCDE é a questão da política regulatória, sobre o assunto a organização já publicou duas grandes recomendações: a *Recommendation of the Council on Improving the*

*Quality of Government Regulation*, de 1995<sup>19</sup>, e a *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, de 2012<sup>20</sup>.

Em ambas as recomendações uma análise regulatória ganha destaque. Na recomendação de 1995 o termo “Análise de Impacto Regulatório” (ou *Regulatory Impact Assessment*, em inglês) não aparece explicitamente, mas são feitas várias observações quanto à necessidade de análises de custo-benefício para uma boa política regulatória. No documento de 2012, por outro lado, o termo aparece da forma que conhecemos e ganha força ao ser expressamente recomendado aos países que adotem sistemas de AIR:

On the proposal of the Regulatory Policy Committee:

I. RECOMMENDS that Members:

[...]

4. Integrate Regulatory Impact Assessment (RIA) into the early stages of the policy process for the formulation of new regulatory proposals. Clearly identify policy goals, and evaluate if regulation is necessary and how it can be most effective and efficient in achieving those goals. Consider means other than regulation and identify the tradeoffs of the different approaches analysed to identify the best approach. [OCDE, 2012, p.4]

Apesar de figurar nas recomendações da OCDE desde 1995, foi em 2015 que a AIR ganhou destaque e influência, principalmente sobre os países em desenvolvimento, com a publicação do relatório “*OECD Regulatory Policy Outlook 2015*”. No referido panorama a OCDE assim falou sobre a AIR:

Regulatory Impact Assessment (RIA) supports the process of policy making by contributing a rational decision framework that examines the implications of potential regulatory options. The use of RIA has expanded over the past 30 years to become universal across OECD countries. Despite significant progress in its adoption across OECD countries, challenges remain to make it an essential policy tool for regulatory quality. For instance, there is untapped potential to enhance the contribution of RIA through cost-benefit analysis. Also, the RIA system can be improved by pursuing stronger oversight and more systematic stakeholder engagement. This chapter documents the uptake across OECD members in the use of RIA, the challenges faced and areas for further action. [OCDE, 2015, p.93]

Como disposto no relatório, a AIR se tornou universal entre os países que compõem a OCDE, como inclusive demonstra o gráfico abaixo:

---

<sup>19</sup> OCDE. Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation. 1995. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278>>. Acesso em 25 de fev. de 2022.

<sup>20</sup> OCDE. Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance. 2012. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278>>. Acesso em 25 de fev. de 2022.

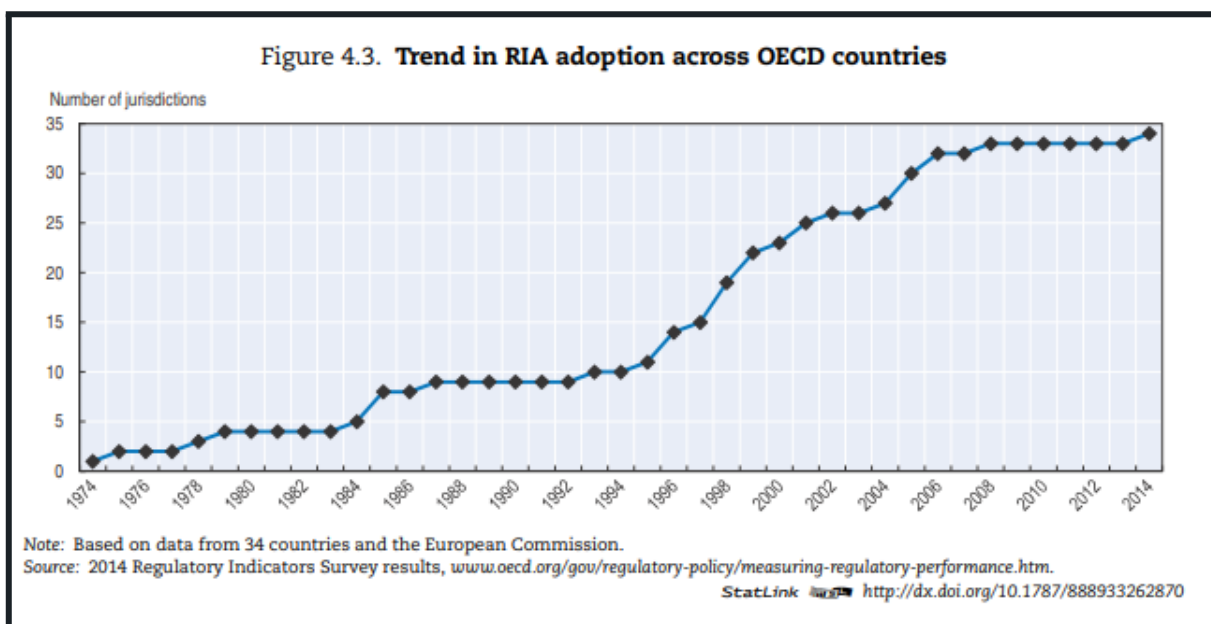


Figura 4 - Tendência de adoção da AIR entre os países da OCDE. Fonte: OCDE<sup>21</sup>

Sendo uma tendência, claro que a instituição da Análise de Impacto Regulatório não demoraria a chegar ao Brasil. Porém, ao contrário do que pode-se pensar, a Lei da Liberdade Econômica não foi a primeira norma a trazer o conceito de AIR ao Brasil.

Ao olhar para trás, pode-se identificar desde 2002 uma incipiente base para a Análise de Impacto Regulatório na legislação brasileira, com o Decreto 4.176/2002, decreto que dava as diretrizes para elaboração de atos normativos pelos órgãos executivos federais. No Anexo I do referido decreto era exigida uma avaliação de impacto que os referidos atos normativos encaminhados ao Presidente da República produziriam. O Decreto 4.176/2002 foi revogado pelo Decreto 9.191/2017, porém o decreto vigente também possui anexo que leva em consideração a análise de impacto dos atos normativos.

Em 2018 o Governo Federal do Brasil publicou um documento chamado “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório”, tentando dar início à aplicação da ferramenta no país. O documento define a AIR e apresenta uma série de instruções de apoio para sua aplicação, seguindo as boas práticas internacionais.

Lembrando que, mesmo sem força de lei, a figura da AIR já era institucionalizada por algumas agências reguladoras. Por exemplo a Anvisa, que em seu manual “Boas Práticas

<sup>21</sup> Disponível em:

<<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/eventos/2017/workshop-com-luiz-de-mello-diretor-adjunto-de-governanca-publica-e-desenvolvimento-territorial-da-ocde/arquivos-sobre-regulacao/1d-oecd-regulatory-policy-outlook-2015.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

Regulatórias: Guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa<sup>22</sup> prevê a existência da AIR em seu item 5.5. Da mesma forma a ANEEL em sua resolução normativa 798/2017<sup>23</sup>.

Foi só em 2019 que a Análise de Impacto Regulatório foi institucionalizada legislativamente e, novamente para surpresa, não foi pela Lei da Liberdade Econômica primeiramente. Ainda que o conceito tenha aparecido já na Medida Provisória 881/2019, que posteriormente seria convertida na Lei 13.874/2019, a primeira lei que positiva o conceito é a Lei 13.848/2019, esta destinada à gestão, organização, processo decisório e o controle social das agências reguladoras, que dispõe no artigo 6º:

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. (BRASIL, 2019)

Por fim, com a conversão da MP 881/2019 na Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), a Análise de Impacto Regulatório foi positivada e tornada obrigatória não apenas para as agências reguladoras mas para toda a administração pública federal:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. (BRASIL, 2019)

A regulação da própria AIR, porém, viria a acontecer somente em junho de 2020, com o Decreto Nº 10.411/2020, que trouxe bases importantes para a aplicação da AIR no Brasil. No decreto a AIR foi definida como:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para

---

<sup>22</sup> ANVISA. Boas Práticas Regulatórias: Guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa. Brasília. 2008. Disponível em:

<<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/regulamentacao/guia-para-o-programa-de-melhoria-do-processo-de-regulamentacao-da-anvisa.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

<sup>23</sup> Disponível em:

<[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1073034/do1-2017-12-15-resolucao-normativa-n-798-de-12-de-dezembro-de-2017-1073030-1073030](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1073034/do1-2017-12-15-resolucao-normativa-n-798-de-12-de-dezembro-de-2017-1073030-1073030)>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão; (BRASIL, 2020)

O decreto, junto às legislações esparsas, à doutrina e aos manuais e informativos nacionais e internacionais, com destaque ao Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório<sup>24</sup> produzido pela Secretária de Advocacia da Concorrência e Competitividade - SEAE, ajuda a construir o processo que deve ser seguido para realização de Análise de Impacto Regulatório. Segundo Fernando Meneguim (2020, p.366), o processo a ser seguido em uma AIR contém as seguintes etapas:

- a) Definição do problema - é essencial **identificar corretamente o problema** que se quer atacar. Uma nova regulação é necessária quando há falhas de mercado a serem resolvidas, como informação assimétrica, mercados incompletos ou pouco competitivos, custos de transação elevados, entre outras imperfeições de mercado que geram resultados ineficientes. Uma nova regulação também é necessária quando as atuais regras precisam ser alteradas de forma a melhorar a conquista de seus objetivos. Por fim, novas normas são recomendadas quando a administração pública possui novos objetivos de políticas públicas a serem alcançados;
- b) Coleta de dados - ter dados e informações disponíveis sobre o tema correlato ao problema **é importante para se conseguir acurácia na avaliação** do que se quer resolver e na intervenção a ser realizada. Existem vários métodos empíricos disponíveis como aplicação de questionários, consultas públicas, entrevistas, modelagem econométrica, entre outros;
- c) Identificação de opções regulatórias - nessa fase, a necessidade de intervenção governamental deve ser traduzida em opções concretas de ação. É importante assegurar que a intervenção governamental deve ser traduzida em opções concretas de ação. É importante assegurar que a intervenção escolhida não seja desproporcional ao problema a ser resolvido;
- d) Avaliação das alternativas - uma vez que foram elaboradas as opções para se resolver o problema, deve-se avaliá-las. Nesse ponto utilizam-se as **técnicas disponíveis da análise de menor custo, análise de custo-efetividade, análise custo-benefício ou análise risco**. Importante incluir a “**opção zero**”, representando a alternativa que capta a evolução do cenário quando não há mudança na política regulatória;
- e) Escolha da política a ser adotada - após a comparação das alternativas, identifica-se a melhor opção. Cabe lembrar que a AIR é mais um instrumento, **e não um determinante**, para a escolha resultante do processo político decisório. [Grifos Nossos]

Todo esse processo pode tornar-se visível da seguinte forma:

---

<sup>24</sup> Disponível em:

<[https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/guias-e-manuais/referencias-e-bibliografia-guia-air/guia-de-air\\_vfinal\\_150421.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/guias-e-manuais/referencias-e-bibliografia-guia-air/guia-de-air_vfinal_150421.pdf)>. Acesso em: 01 de mar. de 2022.



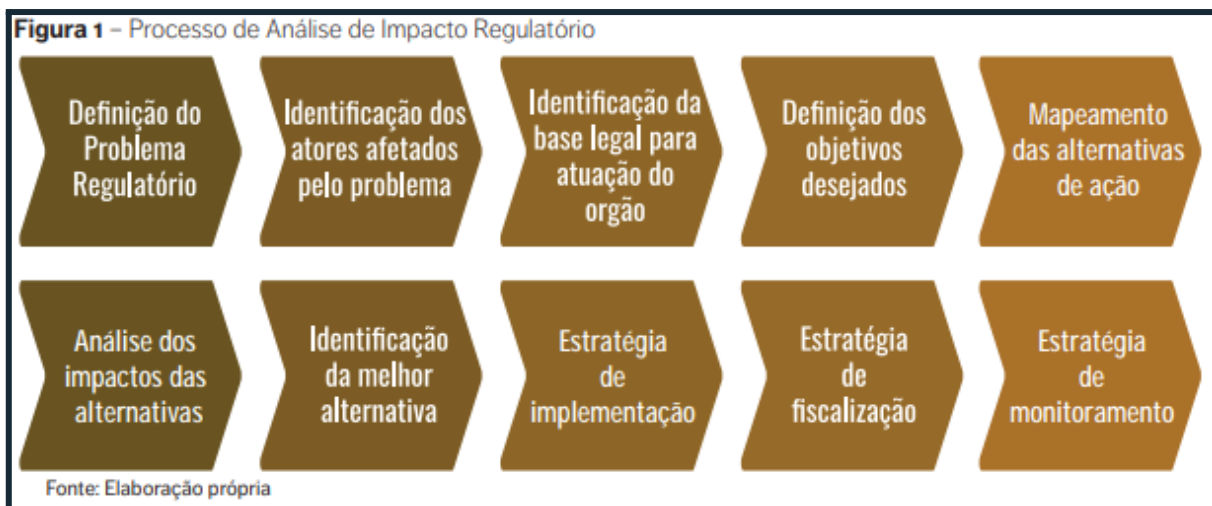


Figura 5 - Processo de Análise de Impacto Regulatório. Fonte: Governo Federal do Brasil.<sup>25</sup>

O “produto final” da AIR deverá ser um relatório detalhado e complementado com elementos adicionais específicos do caso concreto, o qual deve ser redigido em linguagem simples e acessível e ser disponibilizado ao público. O relatório deve conter:

Art. 6º A AIR será concluída por meio de relatório que contenha:

- I - sumário executivo objetivo e conciso, que deverá empregar linguagem simples e acessível ao público em geral;
- II - identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão;
- III - identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado;
- IV - identificação da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade quanto ao problema regulatório identificado;
- V - definição dos objetivos a serem alcançados;
- VI - descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, consideradas as opções de não ação, de soluções normativas e de, sempre que possível, soluções não normativas;
- VII - exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios;
- VIII - considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise;
- IX - mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado;
- X - identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo;
- XI - comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada à resolução do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos; e

<sup>25</sup> Disponível em:

<[https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/air/o-que-e-air/diretrizesgeraisequiaoorientativo\\_AIR.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/air/o-que-e-air/diretrizesgeraisequiaoorientativo_AIR.pdf)>  
 . Acesso em: 01 de mar. de 2022.

XII - descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes. (BRASIL, 2020)

Além disso, o decreto também trouxe outros conceitos e diretrizes importantes para a aplicação das análises de impacto regulatório no Brasil. O decreto vai ao encontro da classificação de atos normativos existentes na doutrina jurídica brasileira e apresenta o conceito de atos de baixo impacto, que seriam aqueles que cujo “impacto deletério estimado é tão baixo, ou seu risco de ocorrência é tão remoto, que a realização da AIR se torna irracional e é dispensada” (GUEDES, 2020, p.343). Nesse sentido:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

[...]

II - ato normativo de baixo impacto - aquele que:

- a) não provoque aumento expressivo de custos para os agentes econômicos ou para os usuários dos serviços prestados;
- b) não provoque aumento expressivo de despesa orçamentária ou financeira; e
- c) não repercuta de forma substancial nas políticas públicas de saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais; (BRASIL, 2020)

Como os custos para realização de uma AIR em um ato normativo de baixo impacto (ou mesmo sem impacto) seriam até superiores aos custos da própria regulação, dispensa-se a obrigatoriedade de AIR. Isso está posto no inciso III do artigo 4º do Decreto 10.411/2020, que também dispensa a AIR em outros casos, por exemplo na hipótese de urgência.

Nesta toada, porém, Guedes (2020, p.342) também apresenta as classificações de atos regulatórios de médio impacto e atos regulatórios de alto impacto. Os atos de médio impacto seriam, por assim dizer, os atos normais, que seriam precedidos obrigatoriamente por análise de impacto regulatório padrão (nível 1) a qual resultaria em relatórios técnicos padrões, apenas com as exigências legais.

Os atos regulatórios de alto impacto, porém, acabam por possuir tratamento diferente. Sobre os atos de alto impacto:

Caso o ato normativo apresente alto impacto - com potencial de atingir uma grande quantidade de pessoas ou bens e patrimônios de elevado valor financeiro, ambiental ou cultural, ou que modifiquem uma grande quantidade de normas ou afete temas estratégicos para agenda política, ou ainda que possam gerar danos irreversíveis ou de difícil reparação -, a avaliação de suas implicações deverá ser avançada e incluir etapas e critérios adicionais. (GUEDES, 2020, p.345)

Dentre as etapas adicionais, a principal seria uma obrigatoriedade de avaliação *ex-post* da regulação utilizando a ferramenta da Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), definida

no Decreto 10.411/2020 como a “verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação” (BRASIL, 2020).

Falando nela, o Decreto 10.411/2020, em seu artigo 13, introduz à administração pública o dever de integrar a ARR na sua atividade de elaboração regulatória, de modo a verificar os efeitos práticos das normas editadas. Diz ainda o artigo 13, § 2º, que os órgãos da administração pública deverão instituir agendas de verificação de seus atos normativos vigentes e proceder às avaliações de resultado regulatório sobre tais normas. Dentre os atos normativos, o órgão referido deverá dar preferência à avaliação daqueles que possuem: (i) ampla repercussão no país; (ii) existência de problemas decorrentes da aplicação do referido ato normativo; (iii) impacto significativo em organizações ou grupos específicos; (iv) tratamento de matéria relevante para a agenda estratégica do órgão; ou (v) vigência há, no mínimo, cinco anos.

Vale lembrar que o relatório final da AIR ou mesmo da ARR não são vinculantes à autoridade decisória. Tais mecanismos são subsídios que visam “informar a decisão, dar transparência ao processo e permitir a aos agentes públicos e à sociedade debater as estratégias de administração pública de maneira mais objetiva” (GUEDES, 2020, p.346).

Por fim, a título de estudo de caso, um órgão da administração pública que está ganhando destaque na implementação da AIR e na racionalização de seu processo regulatório é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.

Antes mesmo da obrigação legal de realização de AIR a Anvisa já vinha utilizando a ferramenta em algumas de suas decisões normativas. É o caso da polêmica questão da utilização do *cannabis* medicinal, por exemplo. Para o caso, foi realizada Análise de Impacto Regulatório sobre a regularização da *Cannabis* spp. para fins medicinais e científicos.

O relatório apresenta de forma visual e acessível, em sumário executivo, o problema central a ser atacado pela regulação, as alternativas levantadas e a solução escolhida. Começando pelo problema regulatório central, a Anvisa definiu que este seria as dificuldades relacionadas ao acesso dos pacientes ao uso medicinal seguro da *Cannabis* spp. e seus derivados.

O problema foi definido com base em questões históricas e legislativas que dificultam o acesso ao *Cannabis*, a importância medicinal desse produto e principalmente das demandas crescentes da população para seu acesso, conforme:

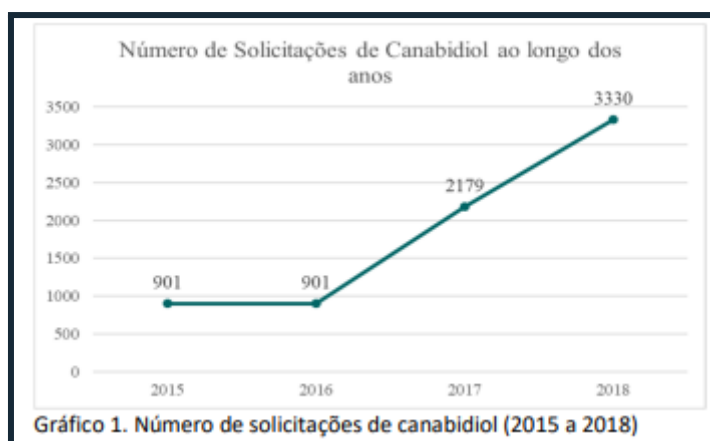


Figura 6 - Número de Solicitações de Canabidiol ao longo dos anos. Fonte: ANVISA.<sup>26</sup>

Como resultado da alta demanda e das dificuldades impostas para sua obtenção, o produto Canabidiol acaba tendo um custo altíssimo e inacessível para grande parte das pessoas, que utilizam inclusive a via judicial para tentar o acesso aos produtos à base do *Cannabis* via Sistema Único de Saúde:

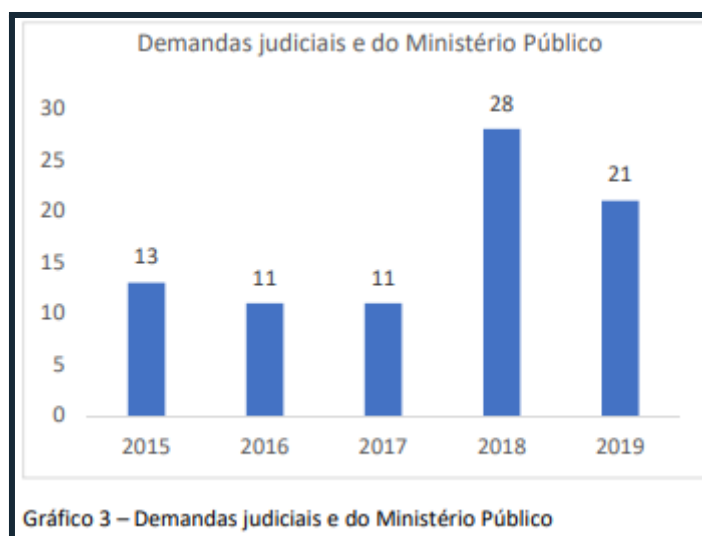


Figura 7 - Demandas judiciais e do Ministério Público para custeio ou cultivo do *Cannabis*. Fonte: ANVISA.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Disponível em:

<<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/air/analises-de-impacto-regulatorio/2019/relatorio-de-air-sobre-regularizacao-da-cannabis-spp-para-fins-medicinais-e-cientificos.pdf/view>> Acesso em: 01 de mar. de 2022.

<sup>27</sup> Disponível em:

<<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/air/analises-de-impacto-regulatorio/2019/relatorio-de-air-sobre-regularizacao-da-cannabis-spp-para-fins-medicinais-e-cientificos.pdf/view>> Acesso em: 01 de mar. de 2022.

Em contraponto à demanda crescente, normas nacionais e internacionais vigentes no Brasil proíbem o consumo de cultivo de *Cannabis* devido a seu uso recreativo e à possibilidade de geração de dependência do usuário. Ainda assim vale lembrar

que o controle imposto pelas Convenções nunca visou a coibição do uso medicinal, posto que o mesmo texto que desenha as limitações, também explicita que o uso medicinal e científico de todas as substâncias deve ser assegurado. As restrições à circulação das substâncias visam a defesa da saúde pública, e sobre este mesmo paradigma repousa o acesso aos tratamentos que possam ser feitos utilizando as mesmas substâncias. (ANVISA, 2019)

Porém, mesmo com a previsão de liberação do *Cannabis* para uso médico, “não há normativas que definam os requisitos de segurança e controle adequados para realização das atividades que envolvam o cultivo de *Cannabis* spp. por pessoas jurídicas” (ANVISA, 2019).

Sendo assim, definiu-se como objetivo regulatório em questão (i) definir os requisitos de segurança e controle do cultivo para fins medicinais e científicos de *Cannabis* spp. no Brasil; (ii) avaliar os requisitos atuais para regularização dos produtos à base de *Cannabis* spp. no Brasil; e (iii) avaliar os requisitos atuais para autorização excepcional de importação dos produtos à base de *Cannabis* spp.

Para levantar hipóteses de regulação, a ANVISA realizou estudo de *benchmarking*, isto é, uma comparação sobre como o caso em questão é lidado em jurisdições vizinhas e chegou ao presente resultado:

País	Instrumento Legal	Regulação	Limitação	Local de cultivo	Enquadramento do produto regulado	Distribuição	Unidade Gov. Específica
Canadá	Decisão judicial, Política de Saúde e Lei	Aberta ao mercado	Cotas por empresa e por produto	Empresas	Medicamento e Produto de Cannabis	Correios – direto para o paciente	Sim, dentro da estrutura do <i>Health Canada</i>
Israel	Lei	Aberta ao mercado	Sem informação	Exército e empresas	Produto à base de Cannabis	Sem informação	Sim
Holanda	Sem informação	Produção exclusiva pelo público	Sim – exclusivo pelo poder público	Empresa exclusiva	Sem informação	Vendido em Farmácias	Sim
EUA	Lei e Regulamentos	Exclusivamente para pesquisa (nível Federal) Aberta ao mercado nos Estados (maioria dos produtos não aprovados pelo FDA)	Somente para pesquisa: exclusivamente em Universidade	Universidade	Medicamento e Suplemento ( <i>Dietary Supplement</i> ) - necessitam de aprovação do FDA para serem assim considerados	Sem informação	Não (Drug Enforcement Administration – DEA)
Portugal	Lei e Decreto	Aberta ao mercado	Sem informação	Empresas	Medicamento, Preparações e Substâncias para fins Medicinais	Vendido em Farmácias	Sim, dentro da estrutura da INFARMED

Figura 8 - Regras sobre o *Cannabis* em diferentes jurisdições. Fonte: ANVISA.<sup>28</sup>

Com base nisso, a ANVISA considerou algumas soluções para atingir os objetivos traçados no item anterior, sendo elas: (i) Manutenção da situação atual; (ii) Regularização do cultivo de *Cannabis spp.* por meio de RDC; (iii) Definição de procedimento específico para o registro e monitoramento de medicamentos à base de *Cannabis spp.*, seus derivados e análogos sintéticos, aperfeiçoando os requisitos normativos atuais, adaptando às especificidades desses medicamentos; (iv) Revisão dos requisitos atuais para autorização excepcional de importação dos produtos à base de *Cannabis spp.*; (v) Regularização dos produtos à base de *Cannabis spp.* por meio da notificação.

Dentre as opções levantadas, as escolhidas foram Regularização do cultivo de *Cannabis spp.* por meio de RDC e a definição de procedimento específico para o registro e

<sup>28</sup> Disponível em:

<<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/air/analises-de-impacto-regulatorio/2019/relatorio-de-air-sobre-regularizacao-da-cannabis-spp-para-fins-medicinais-e-cientificos.pdf/view>> Acesso em: 01 de mar. de 2022.

monitoramento de medicamentos à base de *Cannabis spp.*, seus derivados e análogos sintéticos, aperfeiçoando os requisitos normativos atuais, adaptando às especificidades desses medicamentos, pelos motivos que elenca-se:

Considerando a necessidade de aperfeiçoamento do acesso a produtos à base de *Cannabis spp.*, bem como viabilizar a pesquisa científica, foi identificada a necessidade de definição dos requisitos técnicos e administrativos para o cultivo da planta *Cannabis spp.* para fins medicinais e científicos, o que inclui medidas de segurança e de controle, de modo a garantir a contenção e a não disseminação no meio ambiente, além da prevenção do seu desvio. [...] Assim, qualquer produto tecnicamente elaborado para o qual sejam feitas alegações terapêuticas, independentemente da sua natureza (vegetal, animal, mineral ou sintética), é considerado medicamento e requer registro na Anvisa para ser fabricado e comercializado. Para isso, são estabelecidas condições que definem como podem ser comprovadas a qualidade, a segurança e a eficácia. (ANVISA, 2019)

Sendo a opção vencedora a regulação por meio de RDC do plantio, fabricação e comércio de produtos à base de *Cannabis*, a ANVISA levou à frente tal hipótese e alguns meses após o resultado foi a RDC nº 327/2019, resolução que dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de *Cannabis* para fins medicinais, e dá outras providências.

Este é um dos muitos exemplos já existentes e que virão a existir de Análises de Impacto Regulatório subsidiando o processo decisório nos órgãos da administração pública. O que importa aqui é entender o processo de AIR e como ele pode influenciar para melhor a tomada de decisão regulatória no Brasil.

A expectativa é positiva no sentido de melhora da das políticas públicas, do contrário não seria um instituto recomendado pela OCDE e adotado em vários de seus países, porém tudo depende da sua real adoção por parte do poder público. Em outras palavras:

A utilização indevida da AIR, como simples instrumento formal e burocrático de simulação de oitiva de interessados, sem que haja a efetiva participação dos grupos de interesse e a avaliação criteriosa e fundamentada das contribuições apresentadas durante o processo de elaboração ou de revisão dos atos normativos, serviria apenas para aumentar a ineficiência estatal. (OLIVEIRA, 2020, p.365)

### **3.3 Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial - FIARC (Estudo de Caso: Buser Brasil Tecnologia Ltda vs. Circuito Fechado)**

Por fim, cita-se aquela que é a forma mais prática de combate ao abuso de poder regulatório: a criação e funcionamento da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial - FIARC.

Para entender o que é a FIARC é necessário voltar um pouco no organograma, afinal a FIARC é uma extensão da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE), que por sua vez integra a Sec. Esp. de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC) e o Ministério da Economia.

Foi a Lei 12.529/2011 que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico) do Ministério da Economia – SEAE.

A SEAE objetiva atuar incorporando preocupações de ordem concorrencial nas políticas públicas formuladas pelo Governo Federal. Por força do artigo 19 da lei que instituiu o SBDC, a SEAE possui as seguintes competências:

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

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

**VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.** (BRASIL, 2011, grifo nosso)



A FIARC, portanto, origina-se através das funções da SEAE, com destaque para o inciso VIII, sendo a FIARC a sua procedimentalização. Para definir o programa FIARC, cita-se a definição utilizada pela própria SEAE:

O FIARC tem como objetivo aprimorar o conjunto de normas infralegais que disciplinam questões de natureza regulatória e concorrencial no Brasil, a partir da identificação e avaliação pela SEAE dos atos normativos elaborados por agências, autarquias e órgãos públicos que possam causar distorção concorrencial ou que tenham caráter anticompetitivo. O Programa está em linha com a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), com especial destaque para o art. 4º, que apresenta situações específicas em que a regulação poderá promover distorções de cunho concorrencial com elevados danos à sociedade e aos mercados. Além de contribuir para o desenvolvimento do arcabouço regulatório brasileiro – aproximando-o das melhores práticas internacionais – espera-se que o programa também crie incentivos para a adoção de um novo modelo de formulação, implementação e avaliação da regulação no Brasil. (SEAE, 2021, p.4)

O programa foi instituído através da Instrução Normativa SEAE Nº 97, de 2 de outubro de 2020 e recebeu as seguintes atribuições:

Art. 1º Esta Instrução Normativa estabelece o programa "Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial" - FIARC, seus procedimentos e demais aspectos orientadores, de uso exclusivamente interno, para o exercício das seguintes competências da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade - SEAE e da Subsecretaria da Advocacia da Concorrência - SAC:

I - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País, na forma do inciso VI do art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011;

II - acompanhar o funcionamento dos mercados e propor medidas de estímulo à eficiência, à inovação e à competitividade, na forma do inciso II do art. 119 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;

III - propor medidas para a melhoria regulatória e do ambiente de negócios, na forma do inciso III do art. 119 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;

IV - analisar o impacto regulatório de políticas públicas, na forma do inciso IV do art. 119 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;

V - estimular o funcionamento eficiente e competitivo dos mercados, na forma do inciso II do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;

VI - avaliar e manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, sobre atos normativos e instrumentos legais que afetem a eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens, na forma do inciso III do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;

VII - promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não governamentais envolvidos nas atribuições da Subsecretaria, na forma do inciso V do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;

VIII - propor políticas concorrenciais com vistas ao desenvolvimento e ao financiamento da infraestrutura, na forma do inciso VIII do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019; e

IX - realizar pesquisas e outras atividades técnicas que contribuam para o cumprimento das suas atribuições, em parceria com instituições públicas e privadas, brasileiras e estrangeiras, na forma do inciso X do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019. (SEAE, 2020)

Na prática, a FIARC torna-se então uma espécie de “ouvidoria” que recebe denúncias de abuso de poder regulatório de todas as partes do Brasil. Suas investigações também podem ocorrer de ofício, mas é nítida a intenção de atuar como um receptor das denúncias feitas pelos agentes econômicos. Segundo a SEAE, serão admitidas as denúncias que atendam aos seguintes critérios: (i) relevância e interesse público do requerimento; (ii) potencial impacto relevante concorrencial aferido com base nas documentações enviadas; (iii) conveniência e oportunidade; (iv) capacidade administrativa da Secretaria de dar seguimento ao trâmite no momento da avaliação; e (v) outros critérios relevantes, observado os princípios da impessoalidade e simplicidade da Administração Pública.

Uma vez aceita a denúncia, a FIARC inicia uma investigação para levantar dados e informações sobre o caso em análise. São realizados estudos, oitivas dos interessados e audiências públicas. Inclusive outras entidades que não as diretamente interessadas podem apresentar-se perante a FIARC/SEAE para emitir opinião como “*amicus curiae*”, desde que, claro, tenham representatividade no tema em debate.

Um dos pilares da FIARC é a transparência, por isso as audiências são abertas ao público em geral, que pode requerer participação, além de estarem disponibilizadas no canal da SEPEC no *Youtube*<sup>29</sup>.

Uma vez realizado o processo de investigação, a FIARC/SEAE emitirá um parecer conclusivo sobre o caso, parecer este que utiliza o seguinte sistema de bandeiras:

1. Bandeira vermelha: ato normativo com caráter anticompetitivo, caso verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial. Nesse caso, a SEAE encaminhará ao órgão competente representação formal, com proposição de alteração, na forma do inciso VIII do caput do art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011;
2. Bandeira amarela: ato normativo com pontos suscetíveis a aperfeiçoamentos. Nesse caso, a SEAE proporá, aos órgãos e entidades competentes, medidas para a melhoria regulatória e do ambiente de negócios, na forma do inciso III do caput do art. 119 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019; ou
3. Bandeira verde: ato normativo sem pontos de melhoramento. Nesse caso, a SEAE encerrará a análise investigativa. (SEAE, 2021, p.5-6)

Além disso, caso sejam verificadas nítidas contradições entre o ato normativo objeto da investigação e o rol do artigo 4º da Lei da Liberdade Econômica, ou seja, um flagrante caso de abuso de poder regulatório, a FIARC/SEAE não só oficiará os órgãos competentes, mas também encaminhará o parecer à Advocacia Geral da União (AGU), para que esta prossiga com análises de juridicidade e legalidade sobre o ato normativo em discussão.

---

<sup>29</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/c/EconomiaSepec/videos>>. Acesso em: 01 de mar. de 2022.

Sobre isso, é importante destacar que a FIARC está diretamente ligada à Lei da Liberdade Econômica e seu conceito de abuso de poder regulatório, uma vez que os artigos 4º a 12 da Instrução Normativa que a instituiu servem para detalhamento dos casos de abuso regulatório constantes no artigo 4º da LLE. Assim preconiza o artigo 3º da referida Instrução Normativa:

Art. 3º O FIARC orientar-se-á através de critérios de aferição para a avaliação, proposição e promoção do estímulo de melhoramento regulatório e concorrencial pelo rol exemplificativo de características de atos anticoncorrenciais listados na forma do disposto nos incisos do caput do art. 4º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei de Liberdade Econômica), observado os detalhamentos nos artigos 4º a 12 desta Instrução Normativa. (SEAE, 2020)

Por fim, vale lembrar que a atividade realizada pela SEAE é uma atividade *soft-power*, isto é, não tem força coercitiva, sendo sua atuação voltada à dissuasão e convencimento das autoridades decisórias a não implementar ou rever normas que afetem o interesse público. Dessa forma, o relatório final emitido pela FIARC/SEAE em uma investigação não tem caráter vinculante à administração pública, mas serve como uma manifestação técnica de subsídio para a decisão.

A FIARC já se encontra em funcionamento e já está produzindo pareceres acerca de denúncias de abuso regulatório recebidas. No dia 31 de janeiro de 2022 foram publicados três pareceres referentes aos casos investigados no ano de 2021. A divulgação ocorreu em transmissão ao vivo através do canal do Ministério da Economia no *Youtube*<sup>30</sup> e encontram-se publicados no *site* do Governo Federal<sup>31</sup>.

O primeiro caso envolve uma denúncia feita pelo Sindicato Nacional das Empresas de Navegação de Apoio Portuário – Sindiporto contra uma série de normas que permitem que algumas empresas capturem recursos sem ônus financeiro através do Adicional sobre o Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), pago pelo consumidor em casos de navegação de longo curso ou de cabotagem.

Ocorre que algumas grandes empresas que exploram a navegação de longo curso ou de cabotagem estavam utilizando os recursos captados pela AFRMM em outros mercados. Por exemplo, uma empresa que atua somente com apoio portuário ou navegação fluvial não recebe os recursos da AFRMM, mas uma grande empresa que atua com navegação de longo curso pode captar esses recursos e investi-los inclusive nesses mercados mais simples, como a

<sup>30</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OIre9JIWuE>>. Acesso em: 01 de mar. de 2022.

<sup>31</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc>>. Acesso em: 01 de mar. de 2022.

navegação fluvial, gerando um desequilíbrio concorrencial entre ambas, visto que a empresa que captou os recursos possui maior vantagem.

Nesse caso, a FIARC apontou o caso como bandeira vermelha e as recomendações da FIARC/SEAE em seu parecer final foram:

Portanto, recomenda-se:

- i) proceder à representação formal ao Ministério Setorial correspondente (Ministério da Infraestrutura) e demais gestores do FMM, com recomendação de alteração dos Decretos no 5.269/2004 e no 5.543/2005, no sentido realizar os ajustes cabíveis na normatização vigente com vistas vedar a utilização do saldo dos recursos das contas vinculadas não utilizados até a data da alteração normativa, transferindo-se os saldos existentes para o FMM;
- ii) que o Ministério da Infraestrutura: a) avalie extinção do mecanismo de Contas Vinculadas; b) elabore Análise de Resultado Regulatório (ARR) do AFRMM, de forma a avaliar a efetividade da política e eventual revisão da imposição desse custo ao consumidor; e iii) encaminhamento deste Parecer à Advocacia-Geral da União (AGU), a fim de que prossigam com análises de legalidade e juridicidade consoante suas competências. (SEAE, 2021, p.72-73)

O segundo caso trata-se de denúncia feita pela Associação de Usuários dos Portos da Bahia – USUPPORT contra a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 que chancela a cobrança do SSE/THC2, o que afeta a concorrência no serviço de armazenagem alfandegada.

Novamente a SEAE apontou o caso com bandeira vermelha de concluiu:

Nesse sentido, esta SEAE recomenda os seguintes encaminhamentos, em ordem de preferência, relativamente à regulação da movimentação de contêineres nas instalações portuárias:

- i. alterar a Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma a determinar que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal estejam incluídos nos preços praticados junto aos armadores (Box Rate e THC, no que couber); ou
- ii. alterar a Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma que seja aplicado um regime de regulação ex ante, do tipo tarifa teto ou semelhante, a todas as cobranças obrigatórias aplicadas junto aos donos da carga ou seus prepostos, tais como os terminais secos. (SEAE, 2021, p.22)

O terceiro caso, por fim, envolve a empresa Buser Brasil Tecnologia Ltda contra uma série de normativas que impõem o chamado Circuito Fechado nos serviços de fretamento de transporte coletivo. Este é até agora o maior e mais relevante caso investigado pela FIARC e será objeto de nossa análise a partir de agora.

Antes de adentrar a fundo no caso, é preciso conhecer a personagem protagonista desta história. A Buser Brasil Tecnologia LTDA, mais conhecida como Buser, trata-se de uma empresa que nasceu em 2017 e iniciou suas operações através de grupos organizados no *Facebook* para fretamentos colaborativos de ônibus. O modelo de negócios escalou

rapidamente e hoje a Buser é um aplicativo que une pessoas que desejam comprar passagem de ônibus para determinada localização, dessa forma a Buser pode contatar uma outra empresa que tenha ônibus para fretamento e contratá-la para realizar a viagem.

A própria empresa define seu modelo de negócios da seguinte forma:

No Brasil, a grande maioria das cidades são ligadas por apenas uma empresa de ônibus, e nossos aeroportos e ferroviárias são insuficientes. Com isso, somos obrigados a pagar caro pela falta de opção. Muitos brasileiros se arriscam no transporte clandestino, por não terem recursos para as opções tradicionais.

A Buser é uma alternativa segura e moderna. Conectamos pessoas que querem viajar para o mesmo destino com empresas de fretamento executivo. Nossa tecnologia compartilhada e sustentável fomenta a mobilidade no Brasil, criando uma nova opção de transporte segura, de qualidade e a preços justos.

Assim como já aconteceu no transporte privado por aplicativo nas cidades, é hora do transporte intermunicipal mudar para melhor. E para sempre.<sup>32</sup>

A nota cita o grande problema atacado pela Buser: falta de competitividade em algumas linhas de ônibus. Isso resulta em passagens custosas, custos esses que podem ser reduzidos drasticamente se o consumidor escolhe fazer uma viagem através de um ônibus fretado por intermédio da Buser.

Vamos para a prática: digamos que um número significativo de pessoas desejam fazer uma viagem de Florianópolis/SC até Curitiba/PR, nesse caso a Buser reúne todos através de seu *app* e vende as passagens. Após isso, a Buser então contrata uma outra empresa para fazer a viagem, guardando para si uma porcentagem do valor a título de intermediação, modelo de negócios muito parecido com gigantes da tecnologia atuais, como AirBNB e UBER<sup>33</sup>.

Tal modelo de negócios é muito vantajoso para os consumidores, tanto pela questão de poder reservar um lugar no ônibus diretamente pelo aplicativo, mas principalmente pelo preço das passagens, que acaba sendo significativamente abaixo dos preços das passagens cobradas pelas empresas tradicionais de linha fixa.

Tudo seria perfeito, não fosse um problema que coloca em risco toda a operação da empresa: o problema regulatório, mais detalhadamente, a regra do “Circuito Fechado”.

Para fins de explicação, vamos dividir o transporte rodoviário em duas modalidades: o serviço regular de transporte e o serviço de fretamento. Dentro do serviço de fretamento ainda existem mais duas subdivisões: o fretamento contínuo e o fretamento eventual ou turístico.

---

<sup>32</sup> Disponível em: <<https://www.buser.com.br/sobre>>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

<sup>33</sup> Sobre isso, a Buser é inclusive tratada como a “Uber dos Ônibus” por alguns portais empresariais e de tecnologia. Nesse sentido, ver: <<https://www.tecmundo.com.br/mobilidade-urbana-smart-cities/224247-buser-novo-pl-inviabilizar-continuidade-empresa-entenda.htm>>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

O serviço regular de transporte é o que conhecemos popularmente como “ônibus de linha”, aqueles ônibus que possuem itinerário definido e viagens previamente programadas. O serviço regular de transporte é hoje regulado pela Lei nº 10.233/2001, que inclusive cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e mais especificamente pela Resolução ANTT nº 4770 de 25/06/2015, as quais exigem uma série de requisitos para que a empresa seja autorizada a exercer o serviço regular de transporte, como certas documentações, frota própria e capital social mínimo, e só poderá atuar se receber da ANTT a Licença Operacional (LOP) prevista na resolução.

O serviço de transporte por fretamento, por outro lado, não possui linha ou itinerário fixo, mas funciona sob demanda dos passageiros. O fretamento pode ser contínuo, quando por exemplo uma empresa contrata uma transportadora para levar seus funcionários ao trabalho. Mas também o fretamento pode ser eventual ou turístico, quando um grupo de pessoas decide fretar um ônibus para viajar a determinado local. Havendo interesse turístico, trata-se de fretamento turístico, não havendo, trata-se de fretamento eventual.

E é nessa modalidade que mora o problema que a Buser enfrenta hoje: a chamada regra de “Circuito Fechado”. Isso porque o serviço de transporte por fretamento é definido como sendo necessariamente de Circuito Fechado, que é definido como uma viagem de um grupo de passageiros com motivação em comum que parte de um local de origem, percorre um itinerário e retorna ao local de origem com os mesmos passageiros que iniciaram a viagem. Em outras palavras, o transporte é restrito a uma lista fixa de pessoas na ida e na volta da viagem, sendo proibido o transporte de qualquer passageiro que não conste na lista previamente indicada ao Poder Regulador.

Essa regra de Circuito Fechado para serviços de transporte por fretamento está prevista no Decreto Nº 2.521/98 e na Resolução ANTT nº 4777 de 06/07/2015. Assim estão dispostas as regras:

Art. 3º Para os fins deste Decreto, considera-se:

[...]

XI - fretamento eventual ou turístico: é o serviço prestado à pessoa ou a um grupo de pessoas, **em circuito fechado**, com emissão de nota fiscal e lista de pessoas transportadas, por viagem, com prévia autorização ou licença da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; (BRASIL, 1998, grifo nosso)

Art. 3º Para fins desta Resolução, na prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento, considera-se:

[...]

VI - Fretamento turístico: o serviço prestado por autorizatária, para deslocamento de pessoas **em circuito fechado**, com exceção dos casos previstos nesta Resolução, em caráter ocasional, com relação de passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem, que deverá ser realizada conforme as modalidades turísticas definidas em legislação;

VII - Fretamento eventual: o serviço prestado por autorizatária, para deslocamento de pessoas **em circuito fechado**, com exceção dos casos previstos nesta Resolução, em caráter ocasional, com relação de passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem, que ocorrerá sem interesse turístico; (ANTT, 2015, grifos nossos)

Ora, tal regra vai totalmente de encontro ao modelo de negócios proposto pela Buser. Analisando a atuação da empresa com os conceitos legais, entende-se que o transporte realizado pela Buser é considerado transporte por fretamento eventual, afinal reúne um grupo de pessoas com destino em comum que fretam um ônibus para chegar naquele destino. Porém, a regra de Circuito Fechado impõe que essas pessoas que fretaram um ônibus através da Buser também façam a viagem de volta todas juntas e no mesmo veículo, tal qual é feito em excursões, por exemplo. Isso torna a atuação da Buser inviável, pois nem todas pessoas estarão dispostas a voltar na mesma data e horário, muitas provavelmente nem desejam voltar.

De acordo com a letra fria da lei, por assim dizer, a Buser estaria incorrendo em viagens irregulares, pois para atuar em modelo de fretamento deveria praticar o Circuito Fechado. Ao querer atuar mediante Circuito Aberto, a Buser deveria então adquirir a autorização da ANTT referente ao serviço regular ou “de linha”. Ocorre que, como já referido, a autorização para esse tipo de serviço exige da empresa uma série de conformidades com a Resolução ANTT nº 4770/2015, como por exemplo a exigência de que a empresa possua frota própria de ônibus, coisa que a Buser não possui<sup>34</sup>.

Essa disparidade regulatória fez com que algumas empresas tradicionais do ramo de transportes, por meio de sindicatos empresariais, abrissem várias reclamações contra a Buser em todo o país. O argumento é de que as empresas tradicionais têm que arcar com as

---

<sup>34</sup> Inclusive a própria Buser deixa claro em seu *site* que é uma empresa de tecnologia e por isso não possui uma frota própria. Ver mais em: <https://blog.buser.com.br/dicas/onibus-da-buser-de-onde-vem-e-quais-os-seus-diferenciais/#:~:text=A%20Buser%20%C3%A9%20uma%20empresa.que%20oferecem%20os%20seus%20servi%C3%A7os.>>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

exigências para obter autorização de funcionamento na modalidade de transporte regular, enquanto a Buser utiliza-se da modalidade de transporte por fretamento para oferecer o mesmo serviço sem precisar atender às exigências da ANTT. Tais disputas trouxeram uma série de resultados desfavoráveis para a Buser, levando-a a ser proibida em locais do país, como o foi pelo TRF4 na região sul<sup>35</sup>, por exemplo.

A Buser vem lutando contra esses ataques há alguns anos, e uma das medidas tomadas pela empresa foi acionar a recém criada FIARC para denunciar os abusos regulatórios que estavam impedindo seu negócio de funcionar. Extrai-se as alegações da requerente do parecer final:

A Requerente alega que a regra de circuito fechado não tem previsão legal ou constitucional, ferindo-se os princípios da legalidade e da livre iniciativa. Ademais, a referida regra seria incompatível com o uso das plataformas de tecnologia, que reduzem os custos de transação entre as partes contratantes e contratadas, por meio do sistema de “fretamento colaborativo”, que contribui para a redução dos custos do transporte, melhoria na qualidade dos serviços, geração de renda e empregos e alavancagem do setor privado envolvido. Segundo o Requerimento, a manutenção da regra de circuito fechado só se justifica para manter a proteção de mercado existente quanto ao transporte coletivo rodoviário de passageiros no regime regular, que é explorado historicamente pelas mesmas empresas ou grupos econômicos, com baixo nível de concorrência intrasetorial. (SEAE, 2021, p.28)

A requerente, portanto, ressalta que a regra de circuito fechado, além de não ter previsão legal ou constitucional, de nada serve para a melhoria ou segurança do mercado, apenas serve para manutenção do *status quo* de empresas que exploram o serviço de transporte regular.

A requerente ainda aproveitou para mencionar o atual movimento legislativo em prol da liberdade de mercado citando a Lei da Liberdade Econômica e o Decreto de estímulo ao Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros (Decreto nº 10.157/2019) que estão alinhadas com a abertura de mercado no setor dos transportes, movimento iniciado pela Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, que flexibilizou o regime de outorga de permissão para mera autorização.

Dessa forma, a requerente não se insurge apenas contra a regra do Circuito Fechado, mas também com o atual processo para obter a autorização de serviço regular de transporte, que continua extremamente burocrática e inacessível, representando barreira de entrada a novos competidores e indo de encontro ao atual movimento legislativo citado. De acordo com a Buser, “o processo de autorização para o transporte regular e a licença de operação

---

<sup>35</sup> Nesse sentido, ver: <[https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=16145](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=16145)>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.



demoram mais de 1 ano para serem analisados, haja vista a morosidade da análise, bem como a ineficiência que as exigências trazem aos pedidos de novos entrantes” (SEAE, 2021, p.29).

O requerimento da Buser foi recebido pela FIARC, que publicou no Diário Oficial da União (DOU) o Aviso de Instauração de Análise Investigativa, no dia 5 de março de 2021. A partir da instauração da análise a FIARC/SEAE notificou a ANTT e outros interessados e iniciou uma série de consultas públicas visando colher dados para subsídio do parecer.

A primeira ação de consulta pública foi uma audiência realizada em 24 de abril de 2021, na qual foi realizada a oitiva dos participantes que desejavam apresentar sua contribuição. A segunda ação foi feita através de questionário para coletar subsídios e opiniões públicas. Por último, a FIARC/SEAE realizou chamamento público abriu prazo para que interessados pudessem apresentar parecer como *amicus curiae*.

Após as ações de consulta pública, a FIARC/SEAE procedeu a reuniões particulares com representantes dos interessados no processo, sendo eles: a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; a Associação Brasileira de Mobilidade e Tecnologia – AMOBITEC; a Buser Tecnologia Ltda; a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros – ABRATI; e o Ministério da Infraestrutura.

Por fim, a FIARC/SEAE recebeu as contribuições finais e passou à análise do caso, apresentando suas considerações com base no requerimento inicial e em todos os subsídios coletados durante o período de instrução. A análise da FIARC/SEAE baseou-se nos subsídios coletados na instrução bem como em estudos próprios da Secretaria, buscando identificar os aspectos concorrenciais envolvidos e todo o custo regulatório do caso.

A análise começa com um apanhado histórico do funcionamento do mercado de transportes no Brasil. Sobre isso, diz-se que

os serviços de ônibus de longa distância (TRIIP e TIPO) são operados historicamente por empresas privadas, sujeitas à regulação pública, sem subsídios, em acertos de longa duração, sem que tenha havido real disputa para a obtenção dos direitos de exploração das linhas. Na maioria dos casos, os serviços vinham, até o advento da CF/88, sendo realizados com base em delegações precárias, sendo renovadas quase automaticamente e sucessivamente, findo os prazos estabelecidos. (SEAE, *apud* ROLIM E BRASILEIRO, 2009, p.15)

Essa situação não foi necessariamente melhorada após a CF/88, os contratos existentes apenas foram sendo renovados, transformados em concessões, sem nunca haver um processo licitatório nesse mercado (SEAE, 2021, p.57). A verdade é que a licitação seria uma exigência legal e até constitucional nesses casos, mas pouco foi implementada, o que levou o legislador a flexibilizar tal exigência através da Lei nº 12.996/2014, que previa a autorização como

forma de delegação da prestação de serviços públicos de TRIIP. Sobre as formas de delegação de serviço público, explica-se:

Dessa forma, são três formas de delegação dos serviços públicos: concessão, permissão e autorização. A diferença entre elas se assenta nos requerimentos para a adoção de uma ou outra, as primeiras sendo mais exigentes que as últimas. As duas primeiras são formalizadas via contrato, porém se o poder público perceber a necessidade de extinção dos serviços antes do advento contratual nas permissões o procedimento é mais simples, e as compensações aos particulares menores. Já a autorização é um ato administrativo precário, não possui relação contratual, e possibilita ao particular a realização de uma atividade de predominante interesse deste ou de utilização de um bem público, não cabendo qualquer indenização ao final da outorga. (SEAE, 2021, p.58)

Tendo menor complexidade por não envolver contrato com o Poder Público e por não exigir licitação prévia, a autorização acaba sendo a melhor forma de delegação de serviço público em mercados que busca-se a concorrência. Afinal, a ideia central da delegação por autorização é que “todos os pretendentes que estejam aptos a prestarem os serviços, no sentido de atendimento de requisitos para a prestação do serviço autorizado, podem requerer e obter a autorização para fazê-lo” (SEAE, 2021, p.61).

Em contrapartida, de nada adianta utilizar o modelo de autorização para promover a concorrência se as exigências regulatórias para se adquirir a autorização forem altamente onerosas e impeditivas. Nesse caso, a autorização não figura como auxiliadora da competitividade, mas sim como vilã, na medida em que impõe barreiras de entrada para os competidores que não conseguem arcar com os custos de obter a autorização.

E esse é justamente um caso em que a autorização funciona como impeditivo à concorrência no parecer da FIARC/SEAE. De acordo com o parecer, a questão regulatória é “a principal barreira à entrada de novos participantes nesse mercado, até porque as necessidades de capital para a operação dos serviços de TIPO ou TRIIP são relativamente baixas” (SEAE, 2021, p.61)

Para melhor fundamentar o relatório e entender as nuances competitivas da realidade brasileira, a FIARC/SEAE realizou um completo estudo de direito comparado com os Estados Unidos e com vários países da União Europeia. A partir da experiência internacional, a FIARC/SEAE assim entendeu:

A experiência dos EUA e dos principais países europeus na desregulação ou liberalização dos mercados de serviços de transporte rodoviário de passageiros de longa distância indica que os resultados da abertura do mercado são positivos, trazendo benefícios para o desenvolvimento dos mercados e para os usuários. O exemplo americano é ilustrativo dos benefícios de uma menor interferência do Estado

na regulação do serviço de ônibus à distância, o que resultou, nos anos mais recentes, em maior competição ou disputa pelos mercados entre os próprios operadores, bem como entre estes e outros modais de transporte, além de uma crescente inovação no mercado de transporte rodoviário interurbano de passageiros, com oferta de serviços diferenciados e amenidades. (SEAE, 2021, p.90)

Os resultados da experiência foram extremamente favoráveis à desregulamentação e liberalização do setor. Percebeu-se que a concorrência trouxe melhores condições aos consumidores e um grande incentivo para desenvolvimento tecnológico, permitindo o surgimento de empresas semelhantes à Buser (FlixBus e BlaBlaBus, por exemplo).

E por falar em desenvolvimento tecnológico, o parecer da FIARC/SEAE também trata, no tópico seguinte, sobre as inovações disruptivas no transporte à distância. Segundo o parecer, as inovações disruptivas são destruidoras para os modelos e agentes pré estabelecidos em determinado mercado, o que pode gerar problemas concorrenciais, a medida em que estes “prestadores estabelecidos (incumbents) fazem lobby para a regulamentação existente ser aplicada aos novos prestadores, com a finalidade de diminuir a vantagem competitiva dos últimos” (SEAE, 2021, p.95), que por sinal é exatamente o que vem acontecendo com a Buser no Brasil.

Enquanto outras *startups* e empresas disruptivas internacionais - as quais foram citadas, por exemplo: *Rally Bus*, *Skedaddle*, *OurBus*, *BoltBus*, *FlixBus*, *BlaBlaBus*, *Simple Express*, entre outras - estão inovando em seus mercados e trazendo opções melhores e mais baratas aos consumidores, o Brasil vai no caminho oposto agindo contra a inovação em prol daqueles que estão estabelecidos.

O modelo de atuação da empresa compete com as empresas tradicionais de ônibus, responsáveis pelo serviço regular de transporte, que acusam a startup de fazer transporte clandestino de passageiros. De acordo com a startup, a empresa apenas realiza a intermediação da relação entre o passageiro e as empresas de transporte fretado. Essa discussão é semelhante à disputa entre motoristas do Uber e outros aplicativos de transporte individual com os taxistas, cujo argumento central estava ligado à legalidade do serviço dos aplicativos. No âmbito jurídico, existem decisões favoráveis e contrárias à atuação da startup (Buser). (SEAE, 2021, p.103)

Em posse de todas as informações supracitadas, a FIARC/SEAE procedeu à mais importante etapa, a análise de concorrência, para identificar se há problema concorrencial no caso em tela. Vale lembrar que a FIARC baseia-se no *checklist* do Guia Para Avaliação Concorrencial<sup>36</sup> disponibilizado pela OCDE para auferição de problemas concorrenciais em normas e propostas normativas. A conclusão alcançada foi:

---

<sup>36</sup> OCDE (2017). Guia de Avaliação da Concorrência. Versão 3.0. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

Considerando os critérios estabelecidos pela OCDE, foram identificados impactos negativos à concorrência da regra de “circuito fechado”, aplicada ao transporte rodoviário de passageiros de longa distância sob o regime de fretamento. Tal constatação é pertinente quando se trata do mercado de transporte rodoviário de passageiros de médias e longas distância como um todo, abrangendo os regimes regular e de fretamento, e desconsiderando-se as assimetrias regulatórias que estão presentes nos dois regimes. (SEAE, 2021, p. 113)

Ainda sobre os aspectos concorrenciais e com base no *checklist* da OCDE, concluiu-se que a regra em discussão causa:

- (i) a limitação no número ou variedade de fornecedores (1º efeito), pois tende a aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado, uma vez que, no limite, impede a venda de passagens para apenas um trecho da viagem, o que pode contribuir para ociosidade da frota de ônibus ou lotação menor que aquela que poderia ocorrer, o que significa que as empresas incorrem em custos maiores caso tivessem liberdade para a venda de passagens para um único trecho;
- (ii) a limitação da concorrência entre empresas (2º efeito), pois a regra aumenta significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores, dando tratamento distinto entre os prestadores que estão no regime regular daqueles que operam no regime sob fretamento; e
- (iii) a limitação das opções dos clientes e da informação disponível (4º efeito), visto que a regra de circuito fechado (a) limita a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor, uma vez que este só pode vender passagens do trecho completo de ida e volta; (b) reduz a mobilidade de clientes entre fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos, implícitos ou explícitos, o que ocorre também em função da restrição à venda de passagens para um único trecho da viagem. (SEAE, 2021, p. 114-115)

Assim, a FIARC/SEAE aponta que a regulação do TRIIP precisa ser revista, pois ainda que sejam levados em contas os últimos avanços em prol de uma maior liberalização do mercado, as regulações atuais ainda apresentam barreiras de entrada a novos competidores.

A título de estimativa de custo regulatório, a Buser apresentou em seu parecer a seguinte tabela:

<b>Dados Por Veículo</b>	<b>Circuito Fechado (i)</b>	<b>Circuito Aberto (j)</b>
<i>Custo Unitário (R\$/Km) (a)</i>	R\$ 9,00	R\$ 4,27
<i>Estatística de Km rodado/dia (b)</i>	79	102,70
<i>Média de Meses de Operação Por Veículo (c)</i>	5,63	7,32
<i>Quantidade Média de Dias em Operação no Ano (d)</i>	169	219,70
<i>Estatística de Km rodado/ano (e = b x d)</i>	13.343	22.563
<i>Est de Custo Total Unitário/ano (R\$) (f = a x e)</i>	R\$ 120.087,90	R\$ 96.344,82
<i>Quantidade de Veículos em Operação (média) (g)</i>	20.048	14.034
<i>Estimativa de Custo Total/ano (R\$) (h = f x g)</i>	R\$ 2.407.522.219,20	R\$ 1.055.457.535,00
<b>Redução de Custo Estimada (Ônus Regulatório) (R\$) (j-i)</b>	<b>-R\$ 1.055.457.535,00</b>	

**Fonte:** Elaborada a partir de informações da ANTT e da Requerente

Figura 9 - Estimativa de Custo Regulatório Relacionado ao Circuito Fechado no Transporte Rodoviário de Passageiros sob Fretamento. Fonte: Buser/ANTT<sup>37</sup>.

Segundo a requerente, portanto, os custos regulatórios de impor o sistema de Circuito Fechado no regime de fretamento somam cerca de R\$ 1,055 bilhões ao ano, com significativa parte desses custos relacionadas à questões puramente de eficiência de mercado, como ociosidade da frota e subutilização da mão-de-obra.

Por fim, baseado no sistema de bandeiras da FIARC, assim foram enquadradas as principais normas em questão:

<b>Norma</b>	<b>Bandeira</b>	<b>Justificativa</b>
Decreto nº 2.521, de 1998	Vermelha (fortes indícios de abuso regulatório)	Institui a regra de Circuito Fechado
Resolução ANTT nº 4.777, de 2015	Vermelha (fortes indícios de abuso regulatório)	Institui a regra de Circuito Fechado

<sup>37</sup> Disponível em:

<[https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta\\_parecer\\_circuito\\_fechado-estrutura-padrao\\_versao-finalv10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta_parecer_circuito_fechado-estrutura-padrao_versao-finalv10.pdf)>.

Acesso em: 02 de mar. de 2022.

Resolução ANTT nº 4.770, de 2015	Vermelha (fortes indícios de abuso regulatório)	Impõe altas barreiras de entrada no serviço de transporte na modalidade regular
Decreto nº 10.157, de 2019	Amarela (recomendam-se melhorias)	Verificados pontos suscetíveis a aperfeiçoamento

Quadro 1 - Classificação das Normas em Debate pelo Parecer da FIARC/SEAE.

Fonte: Elaborado pelo autor com base no parecer da FIARC/SEAE<sup>38</sup>.

Como propostas de melhorias a FIARC/SEAE apresenta uma série de indicações para desregulamentação do setor de transporte na modalidade regular, como por exemplo a redução das exigências de capital social mínimo ou a permissão de que as empresas utilizem frota de terceiros. Como proposta de melhoria para o setor de transporte na modalidade de fretamento, recomenda-se veementemente o fim das regras de Circuito Fechado. Em resumo, estes foram os encaminhamentos recomendados:

- a) extinção da regra de circuito fechado, constante no Decreto nº 2.521/1998 e na Resolução ANTT nº 4777/2015;
- b) revisão das normas que regulamentam o transporte rodoviário de passageiros sob fretamento;
- c) criação de nova categoria de fretamento para abranger o fretamento colaborativo;
- d) introdução de regras de gratuidades e descontos legais e da assistência material constantes no serviço TRIIP para o serviço de fretamento colaborativo;
- e) adoção do conjunto de medidas de aperfeiçoamento regulatório no serviço TRIIP descritas na seção III.8.1 (Quadro 2 – item 296), visando incrementar a eficiência, promover a concorrência e melhorar o ambiente competitivo no mercado de longa distância. (SEAE, 2021, p.165)

Conclui-se portanto que o parecer da FIARC/SEAE foi favorável ao pleito da requerente, a empresa Buser Brasil Tecnologia LTDA, ao passo que identificou abuso regulatório nas normas reclamadas pela empresa. Destaca-se, por final, que o parecer da SEAE é de ordem meramente técnica e meritória, não caracterizando força de lei ou tendo qualquer poder vinculante.

Importante destacar isso pois a mais recente mudança legislativa na área foi totalmente de encontro às opiniões e recomendações da SEAE. A Lei nº 14.298 de 5 de Janeiro de 2022 surgiu em meio à toda a discussão ora narrada - antes do parecer final da SEAE, é verdade - para alterar a Lei 10.233/2001, aquela que cria a ANTT e apresenta os requisitos para que esta

<sup>38</sup> Disponível em:

<[https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta\\_parecer\\_circuito\\_fechado-estrutura-padrao\\_versao-finalv10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta_parecer_circuito_fechado-estrutura-padrao_versao-finalv10.pdf)>.

Acesso em: 02 de mar. de 2022.

conceda autorizações às empresas. A mudança, porém, foi para pior, visto que aumentou as exigências necessárias para uma empresa operar no ramo, o que, à luz da análise de concorrência, apenas representa mais barreiras de entrada, o que demonstra que o caminho do combate ao abuso do poder regulatório ainda é longo no Brasil.

### **3.4 Vantagens do Combate ao Abuso de Poder Regulatório**

Por fim, vale destacar que todas essas medidas de combate ao abuso de poder regulatório podem trazer grandes benefícios ao cenário econômico brasileiro. Em primeiro lugar, porque ataca aquele que é indicado como um dos maiores problemas do empreendedor brasileiro, a regulação e complexidade burocrática do país.

Favorecer o empreendedorismo significa favorecer a possibilidade de pessoas tirarem suas ideias do papel e começarem negócios que gerarão melhoria no bem estar social. Mais empreendedorismo é sinônimo de maior geração de empregos, fomento no mercado consumidor, desenvolvimento tecnológico, geração de renda, aumento nos investimentos em infraestrutura, entre vários outros benefícios para a sociedade.

Porém, pode-se ir além. Com as medidas de combate ao abuso de poder regulatório, o Brasil passa a caminhar ao encontro das boas práticas internacionais propagadas por órgãos como a OCDE. Um bom exemplo é a sugestão da OCDE pela implementação de sistemas de Análise de Impacto Regulatório nos países, algo que agora existe no Brasil.

Falando na AIR, ela já vem sendo implementada nas agências reguladoras brasileiras, o que gera um maior respaldo científico sobre a decisão regulatória tomada, além de permitir mais discussão e participação pública no processo. Além disso, trazendo esse teor mais científico junto da obrigação de publicar todo o estudo por trás da decisão tomada, a lei tolhe a subjetividade do regulador, evitando que este regule em seus próprios interesses ou em prol dos interesses de *rent-seekers*, reduzindo as possibilidades de captura regulatória e de corrupção.

Um grande sinônimo de combate ao abuso de poder regulatório é a valorização do processo concorrencial. Sendo o ambiente regulatório um dos maiores empecilhos ao surgimento de novos *players* no mercado, a melhora constante nesse quesito poderá resultar em um maior número de competidores, o que é extremamente vantajoso ao país, visto que a concorrência traz melhores preços e condições ao consumidor e estimula a constante melhora das empresas, que buscam cada vez mais inovar e incrementar seus processos, produtos e serviços para diferenciar-se da concorrência.

A própria criação do conceito de abuso de poder regulatório e de toda uma corrente cultural e doutrinária quanto à temática representa um forte impacto na análise de concorrência no país. Segundo o presidente atual do CADE, Alexandre Cordeiro Macedo e Dario Neto (2021, p. 20-21), a criação do conceito de abuso de poder regulatório representa um *enforcement* na advocacia da concorrência. Apesar de não ter necessariamente operacionalizado o combate ao abuso de poder regulatório, o artigo 4º da LLE deu as ferramentas necessárias para essa investida. Tanto que, posteriormente à publicação da LLE, a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade institucionalizou a FIARC. Nesse mesmo sentido escreve Amanda Flávio de Oliveira (2021, p.254), quando relembra que “agora recai, inafastavelmente, a qualidade de *ilícito* sobre as ações em relação às quais a SEAE/ME deve atuar.”

Sobre a FIARC, esta é talvez a mais concreta ação contra o abuso de poder regulatório. A presença de uma frente única destinada a receber e analisar denúncias de abuso regulatório é extremamente vantajosa para empreendedores que finalmente têm a quem denunciar eventuais abusos que sofrem no dia a dia. Afinal, seria ilógico defender que um grupo centralizado fosse à caça, por si só, de casos de abuso de poder regulatório. Com a enormidade territorial do Brasil e a infinidade de setores econômicos, um modelo de denúncias como o utilizado pela FIARC é ideal, pois dá voz a cada empreendedor ou grupo de empreendedores que passam por abusos regulatórios que, de outra forma, nunca saberíamos.

Ainda sobre isso, já existem inúmeras produções científicas e acadêmicas de advogados que atuam em determinados setores da economia discorrendo sobre a possibilidade de configuração de abusos de poder regulatório nas regulações de seus respectivos setores<sup>39</sup>. A atuação dos advogados e de toda a sociedade serão de grande valia nessa luta.

Em uma análise mais macro da situação, é possível identificar que o combate ao abuso de poder regulatório faz com que o Brasil dê alguns passos bem significativos na direção de mais liberdade econômica e facilidade de fazer negócios. Vale lembrar que os países com mais liberdade econômica do mundo também são aqueles que possuem melhores índices de desenvolvimento.

A título de exemplo, atualmente segundo o *Heritage Index of Economic Freedom*<sup>40</sup> os sete países mais economicamente livres do mundo são, em ordem do mais livre para o menos

---

<sup>39</sup> Nesse sentido, confira-se: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.); ROLIM, Maria João (org.). ABUSO DE PODER REGULATÓRIO. 1ª ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2021.

<sup>40</sup> Disponível em: <<https://www.heritage.org/index/ranking>>. Acesso em: 01 de Abril de 2022.



livre: Singapura, Suíça, Irlanda, Nova Zelândia, Luxemburgo, Taiwan e Estônia. Por outro lado, os sete países menos economicamente livres são, em ordem do mais livre para o menos livre: Eritreia, Burundi, Zimbábue, Sudão, Cuba, Venezuela e Coréia do Norte. A pergunta que fica é: em qual das duas mesas o Brasil gostaria de sentar?

Importante destacar que nem todos os países economicamente livres hoje no mundo têm a liberdade econômica como valor histórico. Muitos caminharam nessa direção, muitas vezes por necessidade. Podemos citar, por exemplo, a Estônia, que por muito tempo esteve integrada na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e somente em 1991 conseguiu sua independência.

Talvez o melhor exemplo de como o combate ao abuso regulatório, a valorização da liberdade econômica e a diminuição do tamanho do Estado possam ser benéficas para o país seja a Nova Zelândia. Isso porque a Nova Zelândia, que havia sido um país rico no passado, encontrava-se em meados dos anos 80 em estagnação econômica, o que levou o governo em questão a adotar uma série de medidas liberalizantes. O curioso é que as reformas no Estado neozelandês foram puxadas não por um governo com bandeiras liberais, mas sim pelo partido trabalhista.

Uma das lideranças desse processo, Maurice McTigue foi parlamentar durante as reformas e chegou a ser ministro do governo nesse período. Em sua palestra<sup>41</sup> intitulada “Reduzindo o Governo: Lições da Nova Zelândia” McTigue conta a experiência de basicamente reformar a estrutura de um país e passa alguns ensinamentos importantes aprendidos no processo.

Austeridade fiscal, redução e simplificação tributária e, principalmente, mudanças regulatórias foram cruciais para o sucesso neozelandês. Sobre este último tópico, que é o tema do presente trabalho:

E quanto às regulamentações? O poder regulador é normalmente delegado a funcionários que não foram eleitos, os quais então restringem as liberdades das pessoas sem serem cobrados e punidos por isso. Essas regulações são extremamente difíceis de serem abolidas uma vez implantadas. Mas nós encontramos uma maneira: simplesmente reescrevemos os estatutos em que as regulações estavam baseadas. (MCTIGUE, 2018)

---

<sup>41</sup> Disponível em: <<http://www.waynedaniel.net/images/Document1.pdf>>. Acesso em: 01 de Abril de 2022.

Vale lembrar que, assim como o Brasil, a Nova Zelândia possui uma economia com forte participação do setor rural<sup>42</sup> e ainda assim representa hoje um dos melhores países em questão de desenvolvimento humano.

McTigue também destaca a importância na mudança da mentalidade da população em sua relação com o governo. Segundo ele, a mentalidade antiga era de que se o governo simplesmente não gastasse mais do que arrecadou, tudo estaria bem. A nova mentalidade busca questionar se esse dinheiro gasto pelo governo está realmente trazendo benefícios para a população. Sobre isso:

A primeira mudança necessária está na mentalidade da população. Tem de haver uma mudança na forma como as pessoas vêem as atribuições do governo e suas responsabilidades, principalmente a fiscal. A antiga ideia de responsabilidade fiscal simplesmente dizia que o governo não deveria gastar mais dinheiro do que arrecadou. A nova ideia de responsabilidade fiscal tem de se basear na seguinte pergunta: "O que é que obtivemos em termos de benefícios públicos como resultado do gasto deste dinheiro?". (MCTIGUE, 2018)

Falando novamente sobre as vantagens do combate ao abuso de poder regulatório, talvez essa questão relativa à mentalidade da população seja a mais importante. Ao apontar e combater as falhas de governo criadas via regulação e apresentar resultados positivos no quesito desenvolvimento humano e econômico, é possível mudar a mentalidade da população quanto ao papel que espera-se do Estado.

Afinal, quando o assunto é regulação econômica e intervenção do Estado na economia, é comum encontrar inúmeras defesas e até mesmo pedidos por regulação estatal, como se esta fosse requisito para o funcionamento de uma economia. Nesse sentido:

A propósito, é de se constatar que o Brasil ingressou em um movimento recente (nas décadas pós-1988, em especial) rumo a uma obsessão regulatória, numa espécie de espiral regulatória infundável e nefasta: pressupõe-se que, para existir, a atividade econômica precisa ser previamente regulada; se a regulação falha em seus propósitos, ela precisa ser aprimorada; e o aprimoramento se dá necessariamente sob a forma de uma nova regulação. Essa “escalada”, que coincidiu com processos de privatização, de criação de agências reguladoras, de surgimento de economias disruptivas, culmina, nos tempos atuais, com uma infinidade de normas de todas as categorias às quais os

---

<sup>42</sup> Os produtos mais exportados pela Nova Zelândia são os produtos de origem animal, como leite e manteiga. Ver mais: <[https://oec.world/en/visualize/tree\\_map/hs92/export/nzl/all/show/2020/](https://oec.world/en/visualize/tree_map/hs92/export/nzl/all/show/2020/)>. Acesso em: 01 de Abril de 2022.

agentes econômicos devem obediência, emanadas de Poderes diferentes e de entes da federação variados. (OLIVEIRA, 2021, p. 248)

Por fim, acredita-se que essa percepção possa ser mudada gradualmente enquanto o combate aos abusos regulatórios se intensificam, visto que eventualmente a população tomará conhecimento de que falhas de governo podem lhe ser tão prejudiciais quanto às falhas de mercado, ou até mais prejudiciais ainda.

## CONCLUSÃO

O Brasil regula muito e regula mal. Esse peso regulatório por muitos anos foi um grande impeditivo ao empreendedorismo, à geração de riquezas e ao investimento internacional. O contexto histórico brasileiro, porém, propiciou uma guinada do pensamento popular rumo às esquecidas ideias liberais.

Os brasileiros viram, nos últimos anos, candidatos apresentando-se como defensores de pautas pró mercado, partidos políticos erguendo bandeiras liberais e até mesmo um presidente ser eleito prometendo em campanha ser um defensor dessas ideias. Em meio a esses acontecimentos, foi possível questionar a estrutura burocrática brasileira e até mesmo aprovar uma lei que em outros momentos seria impensável neste país: a Lei da Liberdade Econômica.

Em seu escopo, a LLE traz consigo um novo conceito ao ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de Abuso de Poder Regulatório. Para defini-lo, buscamos dar um passo atrás na história e entender, primeiramente, o porquê de existir a ideia de regulação econômica.

Em resumo, historicamente a regulação econômica vem sendo defendida como uma forma de combater as falhas de mercado. É consenso hoje na doutrina brasileira que a regulação deve existir, sob as mais variadas justificativas, podendo ser para impedir formação de monopólios, corrigir assimetria de informações ou qualquer outra.

Ocorre, porém, que essa ideia sofreu uma série de críticas na metade final do século XX, principalmente aquelas formuladas por Stigler e pela escola da *Public Choice*, que apontaram que o agente regulador estatal possui interesses particulares que sobrepõem os interesses públicas que deveria representar, podendo ser alvo de captura regulatória por *rent-seekers*.

Essas ideias críticas à intervenção estatal juntaram-se a outras mais radicais e motivaram o surgimento de uma forte crítica ao poder regulatório do Estado, pois enquanto regula para evitar falhas de mercado, o Estado acaba por criar as falhas de governo, que são tão danosas quanto.

Sabendo disso, o legislador positivou o conceito de abuso de poder regulatório na lei brasileira, com finalidade de apontar os casos em que a regulação extrapola seus limites e torna-se abusiva, assim promovendo o combate a tal abuso. Vale lembrar que o legislador, propositalmente, tornou o abuso de poder regulatório um conceito jurídico indefinido, de modo a lhe dar mais amplitude semântica e torná-lo aplicável no maior número de casos concretos possível.

Como já exposto, a intervenção estatal em excesso é prejudicial à economia de qualquer país, e é isso que a figura do abuso regulatório visa ajudar a combater. E como vimos também, o Brasil hoje possui uma situação regulatória extremamente deficitária em comparação a outros países, ocupando posições baixíssimas em rankings que medem a liberdade econômica e a facilidade de fazer negócios em um país.

O conceito de abuso de poder regulatório também trouxe mais força à figura da Secretaria de Advocacia da Concorrência no Brasil. A SEAE, com base no artigo 4º da LLE, criou sua própria Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial, a FIARC.

Com objetivo de aprimorar o arcabouço regulatório brasileiro, a FIARC também é uma ferramenta de combate ao abuso de poder regulatório, à medida em que atua, na prática, como uma espécie de “ouvidoria” para receber denúncias de possíveis casos de abuso e, posteriormente, se a denúncia for aceita, realizar consultas com os interessados para emitir parecer final sobre o mérito da questão.

A FIARC já está causando um impacto positivo no ambiente corporativo brasileiro. Mais empresas estão sabendo de sua atuação e buscando a sua avaliação em casos concretos. Além disso, mais brasileiros estão criando a consciência de lutar contra os casos de abuso regulatório em seus respectivos ramos.

Aliás, com base nisso, ressalta-se por fim que o combate ao abuso de poder regulatório depende muito da criação de uma cultura em prol de ideais de liberdade econômica e contra a intervenção estatal na economia.

O que a Lei da Liberdade Econômica fez foi colocar à disposição as ferramentas para combate, cabe agora aos agentes econômicos e políticos agir. A conclusão deste trabalho é que as mudanças trazidas são muito positivas, desde que sejam efetivamente utilizadas.

Por isso, é com muita satisfação que observa-se a crescente conscientização da população quanto ao tema e o maior uso, inclusive político, dos dispositivos da LLE. Um exemplo é o fato da Lei da Liberdade Econômica e seus princípios estarem sendo usados como fundamento para a sustação de atos normativos do poder executivo no Congresso Nacional por meio de PDL, cujo uso tende a aumentar nos próximos anos (NOMINATO, 2021, p.89-100).

Sendo assim, conclui-se o presente trabalho com avaliação positiva quanto à nova figura institucionalizada no direito brasileiro e quanto toda à mobilização em prol de ideais de liberdade e de mercado, porém sustenta-se que, assim como a caneta do legislador não é suficiente para resolver problemas econômicos, a simples publicação da LLE também não resolverá os problemas do Brasil. Todo o esforço em espalhar ideias e aprovar mudanças legislativas como a LLE devem ter, por objetivo, entregar possibilidades àquele que realmente provocará mudanças significativas no país: o indivíduo.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Frederico do Valle. **Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado**. Jus.com.br: 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6674/conceito-juridico-indeterminado-interpretacao-da-lei-processo-e-suposto-poder-discricionario-do-magistrado>>. Acesso em 17 de maio de 2022.

ANDRADE, Ana Luíza Mello Santiago de. **Fiscais do Sarney**. Infoescola, 2021. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/fiscais-do-sarney/>>. Acesso em: 17 de junho de 2022.

ANDRADE, Eduardo de Carvalho. **Externalidades**. In: ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro (Org). Economia do setor público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 16-33.

ANTT. **Resolução ANTT nº 4777 de 06/07/2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. Disponível em: <<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=316689>>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

ANVISA. **Relatório Preliminar de Análise de Impacto Regulatório sobre a regularização da Cannabis spp. para fins medicinais e científicos**. Brasília: Gerência-Geral de Monitoramento de Produtos Sujeitos à Vigilância Sanitária/ANVISA e Gerência Geral de Medicamentos e Produtos Biológicos/ANVISA, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/air/analises-de-impacto-regulatorio/2019/relatorio-de-air-sobre-regularizacao-da-cannabis-spp-para-fins-medicinais-e-cientificos.pdf/view>> Acesso em: 01 de mar. de 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37.

AVERBUG, Marcello. **Plano Cruzado: Crônica de uma Experiência**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 12, N. 24, P. 211-240, DEZ. 2005

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

BAR-GILL, Oren; BEN-SHAHAR, Omri. **Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law**. Common Market Law Review, Vol. 50, p. 109-142, 2013.

BASTIAT, Frédéric. **O que se vê e o que não se vê**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BAUMOL, William J., 1977. **On the Proper Cost Tests for Natural Monopoly in a Multiproduct Industry**. American Economic Review 67, 809–22.

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**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2521.htm)>. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

BRASIL. **Decreto 10.411/2020, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junho-de-2020-264424798>>. Acesso em: 01/03/2022

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União: Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm)>. Acesso em: 01 de mar. de 2022.

BRASIL. Lei 13.848/2019, de 25 de junho de 2019. **Diário Oficial da União: Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm)>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União: Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4886.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4886.htm)>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Economia; Ministério da Justiça e Segurança Pública; e Advocacia Geral da União. **EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP**. Brasília, 2019. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf)>.  
Acesso em: 18 de mar. de 2022.

BRASIL, Presidência da República – Câmara de Infraestrutura – Câmara de Política Econômica. **Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro**. Brasília, setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.nuca.ie.ufrj.br/furnas/fianbibliografia/camara2.pdf>>. Acesso em: 04 de mar. de 2022.

BUCHANAN, James M. **Public Choice: politics without romance**. Policy: A Journal of Public Policy and Ideas, Vol. 19, N° 3, p. (13-18). Disponível em: <<https://www.cis.org.au/wp-content/uploads/2015/04/images/stories/policy-magazine/2003-spring/2003-19-3-james-m-buchanan.pdf>>. Acesso em: 17 de maio de 2022.

CAMPOS, Humberto Alves De. **Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul./dez. 2008.

CAMPOS, Roberto. **Verbetes de um Dicionário**. Instituto Mises Brasil, 2009. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/article/252/verbetes-de-um-dicionario>>. Acesso em 17 de junho de 2022.

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

D'AGOSTIN, Glaucio José. **O Plano Cruzado**. Tese (Bacharelado em Ciências Econômicas) - Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/74682/GLAUCIO-JOSE-DAGOSTIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 de junho de 2022.

ENDEAVOR. **Desafios dos Empreendedores Brasileiros [S.I] [2016]**. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/ambiente/5-desafios-empresarios-pesquisa/>> Acesso em: 10 fev. 2022.

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

FRANCO, Gustavo Henrique de Barroso. **A primavera liberal**. Interesse Nacional. São Paulo, Ano 11, Edição 44, p. 9-10, jan./mar. 2019. Disponível em: <<http://interessenacional.com.br/edicao/edicao-44/>>. Acesso em 04 out. 2021.

GABAN, Eduardo M. e DOMINGUES, Juliana O. **Das Garantias de Livre Iniciativa**. In: CRUZ, André Santa (org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.); GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica Comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GUEDES, Marcelo. **Da análise de impacto regulatório.** In: CRUZ, André Santa (org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.); GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica Comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

HAYEK, Friedrich A. **The Use of Knowledge in Society.** The American Economic Review, Vol. 35, No. 4, pp. 519-530, setembro/1945. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4869389/mod\\_resource/content/1/hayek.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4869389/mod_resource/content/1/hayek.pdf)>. Acesso em: 17 de maio de 2022.

KIRZNER, Israel M. **Competition and entrepreneurship.** Chicago: The University of Chicago Press, 1973.

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

LOCHAGIN, Gabriel. **Comentários ao art. 4º, inciso I.** In: CRUZ, André Santa (org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.); GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica Comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LORENZON, Geanluca. **A formatação da Lei de Liberdade Econômica como parte de política pública.** In: DE OLIVEIRA, Amanda Flávio (Org.) Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro. 1ª Ed. São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 26.

LORENZON, Geanluca. **Estrutura e escopo da Lei da Liberdade Econômica.** In: CRUZ, André Santa (org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.); GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica Comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Enunciados que impeçam a entrada de novos competidores no mercado.** In: CRUZ, André Santa (org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.); GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica Comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias.** In: CRUZ, André Santa (org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.); GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica Comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MCTIGUE, Maurice. **Como a Nova Zelândia reduziu o estado, enriqueceu e virou a terceira economia mais livre do mundo.** Instituto Mises Brasil, 2018. Disponível em: <<https://mises.org.br/article/2260/como-a-nova-zelandia-reduziu-o-estado-enriqueceu-e-virou-a-terceira-economia-mais-livre-do-mundo>>. Acesso em: 01 de Abril de 2022.

MEIRELLES, Dimária Silva e. **Teorias de mercado e regulação: por que os mercados e o governo falham?** Scielo: 2010. Disponível em:



<<https://www.scielo.br/j/cebape/a/XP34gpCGGwsrTD9rvvbGsbF/?lang=pt#>>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

MENEGUIN, Fernando B. **A Análise de Impacto Regulatório e o Aprimoramento das Normas**. In: YEUNG, Luciana (org.). *Análise Econômica do Direito: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Actual, 2020.

MISES, Ludwig von. **As seis lições**. 7ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados**. Temas de Direito Processual. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MUELLER, Bernardo. **Teoria Política Positiva da Regulação**. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/ky2/mueller/resenha.pdf>>, 1999. Acesso em: 16 de maio de 2022.

NELSON, Richard R. **As fontes do crescimento econômico**. Campinas: 2006, Editora da UNICAMP.

NOMINATO, Luciana Lopes. **A Lei da Liberdade Econômica e o Abuso de Poder Regulatório como Fundamentos da Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.); ROLIM, Maria João (org.). *ABUSO DE PODER REGULATÓRIO*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2021.

OCDE. **OECD Product Market Regulation (PMR) Indicators: How does Brazil compare?** Paris. 2018. Disponível em: <[https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil\\_country\\_note\\_-\\_final](https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil_country_note_-_final)>. Acesso em: 01 de Abril de 2022.

OCDE. **OECD Regulatory Policy Outlook 2015**. Paris. 2015. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/eventos/2017/workshop-com-luiz-de-mello-diretor-adjunto-de-governanca-publica-e-desenvolvimento-territorial-da-ocde/arquivos-sobre-regulacao/1d-oecd-regulatory-policy-outlook-2015.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

OCDE. **Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance**. Paris. 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Abuso de Poder Regulatório: Contribuições para o Direito Antitruste Brasileiro**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.); ROLIM, Maria João (org.). *ABUSO DE PODER REGULATÓRIO*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2021.

OLIVEIRA NETO, Dario Silva; MACEDO, Alexandre Cordeiro. **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, Dezembro de 2021. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/issue/view/48/71>>. Acesso em: 01 de abril de 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários ao art. 5º**. In: CRUZ, André Santa (org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.); GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica Comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

OLSON, Mancur. **The Logic of Collective Action**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1965.

ORBACH, Barack. **What Is Government Failure?** Yale Journal on Regulation Online, New Heaven, vol. 30, p. 44-56, Maio/2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2219709](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219709)>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os Fundamentos Contra o Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Rolim, Fernando A Oliveira & Brasileiro, Anísio (2009). **Competitividade na regulamentação do transporte rodoviário de passageiros: uma análise à luz de um modelo de auditoria**. REVISTA TRANSPORTES, v. XVII, n. 1, p. 14-26, junho 2009. Disponível em: <https://revistatransportes.org.br>. Acesso em 02 de mar. de 2022.

ROZAS, Luiza Barros. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 191-201, Janeiro-Fevereiro/2019. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/47.13.pdf?d=636909377789222583#:~:text=Os%20conceitos%20jur%C3%ADicos%20indeterminados%20s%C3%A3o,habitualmente%20chamada%20de%20n%C3%BAcleo%20conceitual>>. Acesso em 17 de maio de 2022.

SEAE. **Buser Brasil Tecnologia Ltda vs Decreto nº 2.521/98, et al**. Brasília: Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial - FIARC/SEAE, 2021. Disponível em: <[https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta\\_parecer\\_circuito\\_fechado-estrutura-padrao\\_versao-finalv10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta_parecer_circuito_fechado-estrutura-padrao_versao-finalv10.pdf)>. Acesso em: 01 de mar. de 2022.

SEAE. **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: Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade, 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seae-n-97-de-2-de-outubro-de-2020-281069878>>. Acesso em: 01 de mar. de 2022.

SEAE. **Sindiporto vs Normatização Conta Vinculada AFRMM, et al**. Brasília: Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial - FIARC/SEAE, 2021. Disponível em: <[https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31\\_relatorio-fiarc-afmm-contas-vinculadas-estrutura-padrao-v10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31_relatorio-fiarc-afmm-contas-vinculadas-estrutura-padrao-v10.pdf)>. Acesso em: 01 de mar. de 2022.

SEAE. **USUPPORT vs Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019**. Brasília: Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial - FIARC/SEAE, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-re>>

gulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022\_01\_31\_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutur a-padrao-v10.pdf>. Acesso em: 01 de mar. de 2022.

SEGALL, Grant. **John D. Rockefeller: Anointed With Oil**. Oxford: Oxford University Press, 2001. 1ª Edição.

SILVA NETO, Orlando Celso da; FARIA, Anna Beatriz Sanchez da Costa. **Liberdade econômica, ambiente de negócios, instituições, ordens de acesso e desenvolvimento: uma introdução**. In: CRUZ, André Santa (org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.); GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica Comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

STIGLER, George J. **The Theory of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3-21.

SUNSTEIN, Cass R. **Paradoxes of the Regulatory State**. University of Chicago Law Review: Vol. 57: Iss. 2, Article 4, p. 407-441. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4666&context=uclev>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron e KLEIN, Vinicius. **Rent-Seeking e Grupos de Interesse**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (org.); DOMINGUES Victor Hugo (org.) e KLEIN, Vinicius (org.). Análise econômica do direito: Justiça e desenvolvimento. 1ª ed. Curitiba: CRV, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. **Lei da Liberdade Econômica e Regulação da Economia**. Jota, 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/lei-de-liberdade-economica-e-regulacao-da-economia-21012021>>. Acesso em: 17 de junho de 2022.

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

TJ-SP. APL: 10361697220218260053 SP 1036169-72.2021.8.26.0053, Relator: Ferreira Rodrigues, Data de Julgamento: 07/02/2022, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/02/2022.

VENTURIN, Eduardo Luiz. **Análise Econômica do Direito Regulatório: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor**. 2017. 187 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

WU, Tim. **The curse of bigness: antitrust in the gilded age**. New York: Columbia Global Reports, 2018.





**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Leonardo Bada Talau

Matrícula: 17202391

Título do TCC: O Abuso de Poder Regulatório sob a Ótica da Lei da Liberdade Econômica

Orientador(a): Orlando Celso da Silva Neto

Eu, Leonardo Bada Talau, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 12 de Julho de 2022.

Assinatura manuscrita de Leonardo Bada Talau, escrita em tinta preta, sobre uma linha horizontal.

**LEONARDO BADA TALAU**

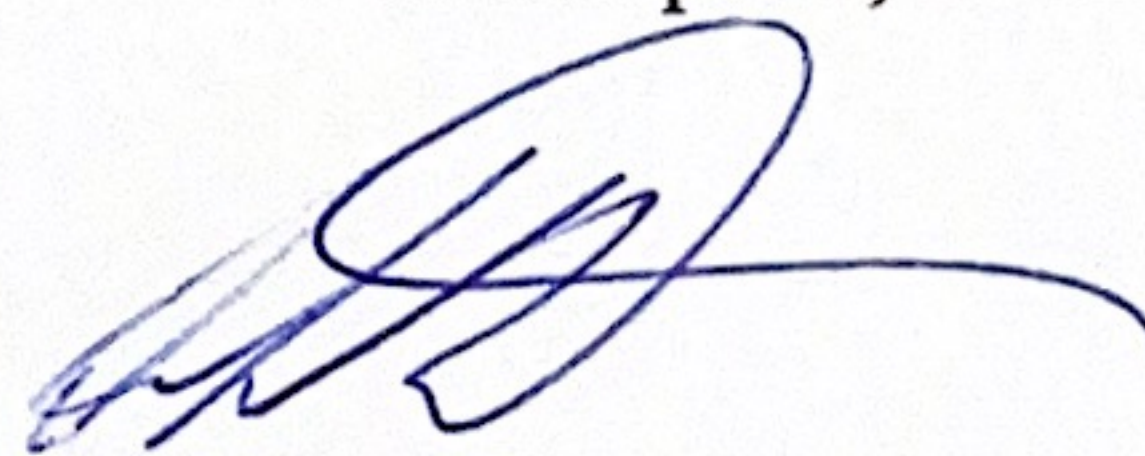


UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

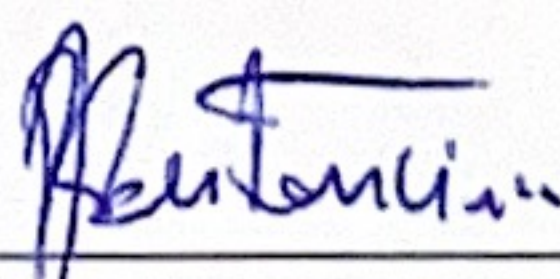
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**O Abuso de Poder Regulatório sob a Ótica da Lei da Liberdade Econômica**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Leonardo Bada Talau, defendido em **12/07/2022** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez —), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 12 de Julho de 2022.



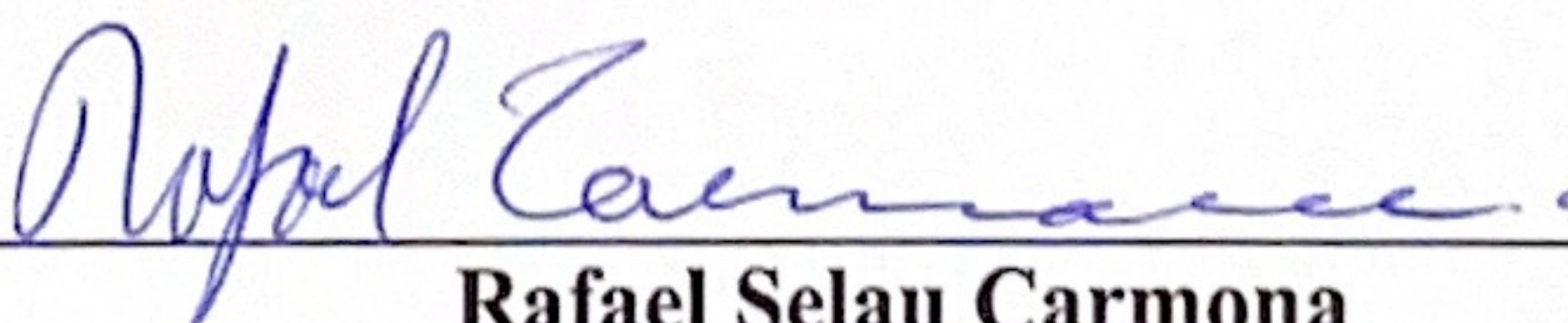
---

**Orlando Celso da Silva Neto**  
Professor Orientador



---

**Rodrigo Junqueira Bertoncini**  
Membro de Banca



---

**Rafael Selau Carmona**  
Membro de Banca