



ENSAIO (/ENSAIO/)

No lusco-fusco, a revogação do Estado regulador no Brasil

FOTO: ALEXANDRE SANTOS/CADE

Flávio Marques Prol, Felipe Moreira Carvalho, Mateus Piva Adami e Diogo R. Coutinho

14 de Agosto de 2020

Caso prospere a proposta posta em consulta pública, será criado um quadro indesejável de insegurança jurídica em todos os setores econômicos

Qualquer análise sobre regulação de atividades econômicas deve reconhecer que regular significa, entre outras coisas, arbitrar interesses coletivos legítimos e conflitantes. A regulação limita as liberdades de iniciativa e concorrência, ao dar-lhes contornos em situações concretas. Dito isso, é impossível conceber atividade econômica sem a presença de uma regulação pública — seja de propriedade, contratual ou a regulação setorial específica. A regulação é, em outras palavras, constitutiva das relações ditas de “mercado”.

Negando essa realidade, entretanto, foi recentemente editada a [Lei 13.874/2019](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm) (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm), conversão de uma medida provisória do governo federal e batizada de “lei de liberdade econômica”. De constitucionalidade duvidosa (<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,os-ultraliberals-e-o-preco-da-liberdade,70002801726>), essa lei busca, no apagar das luzes, substituir a organização constitucional da ordem econômica brasileira. Um dos meios mais perniciosos de que ela se vale para alcançar esse objetivo é a exótica figura de “abuso de poder regulatório” (art. 4º).

Essa figura atribui à Administração o dever de “evitar abuso”, quando do exercício do poder regulamentar de atividades econômicas, se indevidamente causar certos resultados — “exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei”. A previsão legal, não obstante, não esclarece critérios para a caracterização de regulamento como “abusivo”. Limita-se, em vez disso, a indicar tipos de instrumentos regulatórios, ou seus efeitos, como “potencialmente” abusivos. Exemplos suscitados pela lei, inspirados equivocadamente em documentos da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) que tratam de

advocacia da concorrência, tornam potencialmente abusivos todos os atos regulatórios, tais como os que limitem a formação de sociedades, impeçam a entrada de competidores ou retardem a adoção de novas tecnologias.

Essa técnica legislativa resulta em grave equívoco.

Instrumentos regulatórios, é claro, podem ser bem ou mal aplicados, assim como seus efeitos podem ser legítimos ou ilegítimos, de acordo com os fatores considerados em sua motivação. É praticamente impossível, contudo, imaginar um ato regulatório que não se enquadre em um dos instrumentos

mencionados pela lei em questão ou provoque os efeitos ali referidos, dados objetivos regulatórios

como proteção da segurança, da saúde, do meio ambiente, da própria concorrência, entre tantos outros. Quer dizer: ao adotar a lista como indicativa da existência de abuso, a lei de liberdade econômica possibilita uma leitura absurda e contraproducente, pela qual a regulação, ela própria, seria sempre potencialmente ilegal — e não a regulação injustificada ou despropositada.

No momento, uma consulta pública da Seae (Secretaria da Advocacia da Concorrência e da Competitividade) do Ministério da Economia (n. 1/2020 (<https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/2020/consulta-publica-seae-01-2020-frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc>)) sugere regulamentar a obtusa figura jurídica do abuso do poder regulatório e, por isso, merece ser criticada e, a bem da verdade, refutada. A Seae, a partir de uma leitura descontextualizada sobre “custo Brasil” e “ineficiência regulatória”, somada à referência descontextualizada de documentos da OCDE, parece se ater, de forma simplista, à noção de “abuso de poder regulatório”, em vez de exercer sua competência de décadas para promover a concorrência.

—
A FIGURA DO ‘ABUSO DO PODER
REGULATÓRIO’ SERVE À SUPRESSÃO
DA REGULAÇÃO E NÃO À ADVOCACIA
DA CONCORRÊNCIA

Pela norma proposta na consulta, a Seae atuaria, sem qualquer controle ou institucionalidade, como instância revisora de regulamentos de outros órgãos públicos, verificando, nisso, sua “abusividade”. Consiste em uma estranha aplicação fatiada do artigo 4º da lei de liberdade econômica: para além da noção de abuso ser em si mesma questionável, a Seae adota o pressuposto de que o controle a ser realizado sobre a regulação é possível não apenas em casos de regulação mal motivada ou injustificada, mas contra qualquer instrumento regulatório.

Assim, são reforçados o equívoco e a contradição da lei: o “abuso regulatório” é confundido com o próprio instrumento regulatório e com seus efeitos, independentemente de sua justificação. Supõe-se que a regulação não poderia impactar a competição no setor regulado, atribuindo à concorrência um valor absoluto, contra todos os demais.

Com essa nova atribuição, o texto da consulta subverte o ambiente da advocacia da concorrência, no qual a divisão de tarefas é clara: o papel da Seae sempre foi o de iluminar aspectos concorrenciais a serem considerados na elaboração de uma norma. Ao órgão regulador, por sua vez, cabe ponderar os impactos sobre a competição com os demais objetivos e valores pertinentes. No novo modelo, a Seae controla, não advoga.

O objetivo legítimo de melhoria regulatória poderia ser atingido pelo exercício ordinário da advocacia da concorrência pela Seae e pela boa e velha motivação dos atos administrativos. Mas, como se percebe, a agenda proposta é a de desmantelamento da regulação — não de seu aperfeiçoamento. Ajuda a passar a boiada.

Caso prospere a proposta posta em consulta pública, será criado um quadro indesejável de insegurança jurídica em todos os setores econômicos: toda norma poderá ser posta a exame por parte da Seae, que expedirá parecer e recomendações elaborados a partir de juízo próprios — em substituição ao do regulador competente.

Os resultados podem ser bastante negativos, com confusão e altos custos de transação, atrasos e possibilidade de uso estratégico da figura de “regulação abusiva” para a contestação da uma norma regulatória tida simplesmente como inconveniente pelo agente econômico a ser por ela regulado.

A solução, a nosso ver, passa pelo abandono completo da noção litigiosa (<https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/cade-o-novo-controlador-06082019>) de regulação abusiva (<https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/regulacao-abusiva-uma-faca-no-pescoco-22102019>), não pelo enfraquecimento do Estado regulador. Em vez de se comprometer com o conceito pobre de abuso de poder regulatório, seria mais adequado que a Seae regulamentasse o exercício de suas competências de advocacia da concorrência em consultas públicas e nos processos permanentes de análise de impacto regulatório.

A figura do “abuso do poder regulatório” serve, em resumo, à supressão da regulação e não à advocacia da concorrência. Mas, no lusco-fusco, termina por pretender revogar, entre outras normas, o art. 174 da Constituição Federal, que determina ser o Estado o agente normativo e regulador da atividade econômica. Definitivamente, não é por aí que passa o aperfeiçoamento da regulação no país.

Flávio Marques ProI é pesquisador do Cebrap (*Centro Brasileiro de Análise e Planejamento*).

Felipe Moreira Carvalho é advogado.

Mateus Piva Adami é doutorando em direito econômico pela USP (*Universidade de São Paulo*).

Diogo R. Coutinho é professor da Faculdade de Direito da USP.

Os artigos publicados no nexo ensaio são de autoria de colaboradores eventuais do jornal e não representam as ideias ou opiniões do Nexo. O Nexo Ensaio é um espaço que tem como objetivo garantir a pluralidade do debate sobre temas relevantes para a agenda pública nacional e internacional. Para participar, entre em contato por meio de ensaio@nexojornal.com.br informando seu nome, telefone e email.

 **The Trust Project** (<https://thetrustproject.org/>) **SAIBA MAIS**