

concorrência em
MERCADOS
REGULADOS
Rodrigo Bernardes Braga





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, D'Plácido Editora.
Copyright © 2020, Rodrigo Bernardes Braga

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe | Plácido Arraes
Editor | Tales Leon de Marco
Produtora Editorial | Bárbara Rodrigues
Capa, projeto gráfico | Letícia Robini
(Imagem de Chuttersnap, por Unsplash)
Diagramação | Letícia Robini

Catálogo na Publicação (CIP)

1192073

B813 Braga, Rodrigo Bernardes
Concorrência em mercados regulados / Rodrigo Bernardes Braga. - 1. ed. - Belo Horizonte,
São Paulo : D'Plácido, 2020.
220 p.

ISBN 978-65-5589-008-2

1. Direito. 2. Direito Econômico. I. Título.

CDDir: 341.378

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

D'PLÁCIDO



Rodapé



Sumário

| | |
|--|-----------|
| Apresentação | 13 |
| Apresentação 2 | 15 |
| Introdução | 17 |
| Capítulo I | 21 |
| 1.1. O Estado Liberal | 21 |
| 1.2. O Estado Democrático de Direito | 23 |
| 1.3. A Escolha Constitucional e o Supremo Tribunal Federal..... | 24 |
| 1.4. A Maré Privatizante | 29 |
| 1.5. Estado Empresário (atuação direta na economia)..... | 34 |
| 1.6. Reordenando as funções do Estado Moderno..... | 38 |
| 1.6.1. Normas de comando e controle não bastam..... | 46 |
| 1.6.1.1. Sinais trocados no setor elétrico..... | 46 |
| 1.6.1.2. Eficência alocativa no transporte ferroviário de cargas..... | 48 |
| 1.6.2. <i>Hard e Soft Regulation</i> | 51 |
| 1.7. Função neutral regulatória: a independência das agências reguladoras | 53 |
| Capítulo II | 57 |
| 2.1. A eterna discussão sobre serviços públicos..... | 57 |

| | |
|---|-----|
| 2.2. Distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito..... | 61 |
| 2.2.1. Quando a distinção faz sentido..... | 64 |
| 2.3. Autorização de serviço público?..... | 69 |
| 2.4. Assimetrias regulatórias e problemas concorrenciais..... | 76 |
| 2.5. Serviço público como falsa expressão do monopólio natural..... | 82 |
| 2.5.1. Exclusividade e ilícitos <i>per se</i> | 84 |
| 2.5.2. Transformação do monopólio em estruturas competitivas..... | 88 |
| 2.5.2.1. Competição no mercado implica lucros econômicos iguais a zero..... | 90 |
| 2.5.2.2. Desregulação parcial..... | 91 |
| 2.5.2.3. Hardin e a tragédia dos comuns..... | 93 |
| 2.5.3. Avaliação de impacto regulatório..... | 94 |
| 2.6. Serviços regulados e competitivos..... | 95 |
| 2.7. Regime do <i>Open Access</i> | 101 |
| 2.7.1. O fenômeno da internet e as novas redes..... | 108 |
| 2.7.1.1. Plataformas de múltiplos lados e externalidades..... | 111 |
| 2.7.1.1.1. Disputas comerciais através das redes: os <i>sites</i> de busca <i>on line</i> e comparação de preços..... | 112 |
| 2.7.2. A regulação ativa e o dirigismo contratual..... | 115 |
| 2.7.2.1. Copropriedade e compartilhamento de bens..... | 117 |
| 2.7.3. Cinco requisitos da teoria da “essential facility”..... | 120 |
| 2.7.3.1. Controle da instalação essencial..... | 120 |
| 2.7.3.2. Essencialidade da instalação..... | 120 |
| 2.7.3.3. Restrição da concorrência..... | 121 |
| 2.7.3.4. Viabilidade de acesso..... | 121 |
| 2.7.3.4.1. Visão Schumpeteriana..... | 123 |
| 2.7.3.5. Preço razoável..... | 124 |
| 2.8. Combate ao efeito-carona (“free rider”)..... | 124 |
| 2.9. Concorrência entre redes..... | 131 |

| | |
|---|------------|
| Capítulo III | 133 |
| 3.1. Compatibilização da regulação com a concorrência | 133 |
| 3.2. O papel das agências reguladoras na promoção e defesa da concorrência..... | 139 |
| 3.2.1. Os trabalhos da UNCTAD..... | 143 |
| 3.2.2. Função consultiva da Secretaria de Acompanhamento Econômico na Lei 12.529/2011 (atual Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência)..... | 144 |
| 3.2.3. Lei das Agências Reguladoras: caráter cooperativo de reguladores e autoridades da concorrência | 146 |
| 3.2.3.1. Acordos de cooperação entre agências e autoridades antitruste | 148 |
| 3.3. Restrições à concorrência em editais de licitação | 150 |
| 3.4. Distribuição de competências entre reguladores e autoridades antitruste | 154 |
| 3.4.1. Imunidade antitruste é pontual e específica | 155 |
| 3.4.1.1. Nova interpretação da imunidade antitruste pela Suprema Corte Americana..... | 159 |
| 3.4.1.2. Políticas públicas são expressões de valores sociais | 162 |
| 3.4.1.3. Problemas de inconsistência temporal | 167 |
| 3.4.1.4. Tabelamento do preço mínimo de frete rodoviário: um caso de isenção antitruste? | 169 |
| Capítulo IV | 175 |
| 4.1. Atuação do CADE em setores regulados | 175 |
| 4.2. As Teorias <i>State Action Doctrine</i> e <i>Pervasive Power</i> | 177 |
| 4.2.1. <i>State Action</i> | 177 |
| 4.2.2. <i>Pervasive Power</i> | 180 |
| 4.3. Posicionamentos do CADE..... | 181 |
| 4.3.1. CADE não exerceu a advocacia da concorrência | 181 |

| | |
|--|------------|
| 4.3.2. CADE exerceu advocacia da concorrência, mas limitou-se a fazer sugestões genéricas às agências reguladoras..... | 184 |
| 4.3.3. CADE exerceu a advocacia da concorrência promovendo medidas específicas..... | 185 |
| 4.3.4. CADE exerceu efetivamente advocacia da concorrência interferindo diretamente no mercado | 187 |
| 4.4. Prognóstico das decisões do CADE..... | 190 |
| 4.5. Os órgãos antitruste têm ou não competência para atuar no controle de políticas públicas? | 192 |
| 4.5.1. Pode o CADE rever decisão administrativa da agência?..... | 199 |
| Referências..... | 213 |