

RODRIGO BERNARDES BRAGA

**FUNDAMENTOS
DA REGULAÇÃO:**

Uma Análise Jurídica e Econômica

EDITORA ● SINGULAR

São Paulo
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Braga, Rodrigo Bernardes

Fundamentos da regulação : uma análise jurídica e econômica /
Rodrigo Bernardes Braga. – 1. ed. – São Paulo : Singular, 2021.
250 p. ; 23 cm.

Bibliografia.

ISBN: 978-65-86352-26-9

1. Direito 2. Direito econômico 3. Direito econômico – Brasil
4. Brasil – Política econômica – Leis e legislação 5. Regulação
6. Regulação – Brasil I. Título.

21–58516

CDU– 34:33:381.81

Índice para catálogo sistemático

1. Brasil : Regulação jurídica e econômica : Direito econômico 34:33:381.81
Maria Alice Ferreira – Bibliotecária – CRB–8/7964

Projeto gráfico Marcos Jundurian
Capa Dorival Lopes Junior
imagem da capa Istock - erhui1979

© Rodrigo Bernardes Braga
© desta edição: Editora Singular

Editora Singular
Tel/Fax: (11) 3862-1242
www.editorasingular.com.br
singular@editorasingular.com.br

Sumário

Introdução	11
Capítulo I ► Evolução das Funções do Estado	15
1. De que Estado estamos falando?	15
2. Funções do Estado sob a perspectiva histórica.....	16
3. Teoria da separação dos poderes.....	18
3.1 Em Aristóteles	18
3.2 Em Locke	19
3.3 Em Montesquieu	19
4. Critérios para identificar as funções do Estado.....	20
4.1 Critério material.....	21
4.1.1 Posição de Otto Mayer	21
4.2 Critério formal	21
5. Tripartição de poderes e as novas funções do Estado.....	22
6. Estado regulador	26
6.1 Estado regulador como sucessor do leiloeiro de Walras.....	29
7. Regulação e políticas públicas	33
8. Regulação por agências independentes	37
8.1 Regulação e protagonismo estatal na atividade econômica.....	39
9. Regulação por contrato e regulação por agências	40
8.1 Necessidades públicas e o mínimo existencial.....	44
8.2 Externalidades sociais e serviços públicos: o traço da não exclusividade	46
8.3 Atividades econômicas privadas	48
Capítulo II ► Agências Reguladoras	51
1. Origem e debates parlamentares no Brasil	51
2. Autonomia das agências	53

6	FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO	
3.	Poder normativo das agências reguladoras.....	58
3.1	Formas disfarçadas de delegação legislativa	60
3.2	Regulamento autônomo	61
3.3	Regulamento de execução	64
9.	Fundamentos do poder normativo das agências.....	64
10.	Atribuições e processo decisório	67
10.1	Recurso hierárquico impróprio	69
10.2	Controle judicial deferente.....	73
10.3	Controle exauriente pelo TCU e suas consequências legais	76
10.3.1	Controle de segunda ordem	78
Capítulo III	► Regulação Econômica	83
1.	Movimento cíclico do capitalismo	83
2.	Os neoclássicos e a concorrência perfeita	85
2.1	Conceito de eficiência econômica.....	89
2.2	Economia do bem-estar.....	91
3.	Novos clássicos.....	92
4.	Instabilidade em Keynes e Schumpeter	93
5.	Neo-keynesianos.....	95
5.1	Assimetrias de informação.....	96
6.	Novo institucionalismo de D. North.....	98
7.	Concorrência imperfeita.....	100
7.1	Competição monopolística	103
7.2	Oligopólio.....	104
7.2.1	Mercado de aviação civil.....	105
7.3	Monopólio	107
7.3.1	Os grandes grupos econômicos.....	109
7.3.2	Monopólio natural	112
7.3.2.1	Preços administrados do monopolista: critérios e metodologias.....	115
8.	Paradigma estrutura-conduta-desempenho (E-C-D)	120

Capítulo IV ► Teorias da Regulação	123
1. Introdução	123
2. Interesse público <i>versus</i> captura.....	126
3. Teoria da escolha pública.....	128
4. Portas giratórias	130
5. Três fases da regulação.....	131
5.1 Regulação por comando e controle	132
5.2 Regulação por incentivos	135
5.2.1 Do custo do serviço ao price-cap.....	136
5.2.2 Cálculo do fator X.....	140
5.3 Regulação para a concorrência	141
5.3.1 As experiências internacionais com a liberalização de mercados	142
5.3.1.1 Abertura da indústria de telecomunicações no Chile.....	142
5.3.1.2 Comparação com a experiência brasileira	143
5.3.1.3 Abertura da indústria de gás no Reino Unido	148
5.3.1.3 Abertura da indústria de energia elétrica na Califórnia	150
5.3.2 Assimetrias regulatórias	151
5.3.2.1 Assimetrias de regimes e problemas concorrenciais.....	153
5.3.2.1.1 Investimentos em construção e expansão de infraestruturas, assimetrias re- gulatórias e equação econômico financeira de contratos de concessão.....	158
5.3.2.1.2 Comprometimento da TIR	162
5.3.2.1.2.1 Propriedade intelectual	165
5.3.2.1.3 Entrantes vs. incumbente.....	169

8 FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO

5.3.2.1.4	Universalização vs. concorrência	172
5.3.2.1.5	Conclusões	175
Capítulo V	► Regulação das Indústrias de Rede	177
1.	Introdução	177
2.	Nova economia	177
3.	Indústrias de rede: principais características	180
3.1	Características gerais:	180
3.2	Características específicas:	181
4.	Efeitos de rede	181
5.	Posição dominante dos detentores da rede	183
6.	Posição dominante não é igual a participação no mercado	184
7.	Dependência estrutural da rede.....	186
8.	Plataformas de dois lados	187
9.	Compatibilidade entre plataformas: a questão da interoperabilidade	189
9.1	Internet e neutralidade de rede	192
9.2	Provedores de acesso vs. provedores de conteúdo.....	194
10.	Verticalização e exclusividades contratuais.....	196
10.1	O caso Microsoft e a dupla margem	201
11.	Regulação do acesso à rede.....	204
11.1	Teoria das essential facilities	206
11.1.1	Requisitos do acesso.....	208
11.1.1.1	Controle da instalação essencial	208
11.1.1.1.1	Essential facility e bottleneck.....	212
11.1.1.1.2	Essencialidade da instalação.....	216
11.1.1.1.3	Incapacidade prática de duplicação da instalação essencial.....	218
11.1.1.1.4	Recusa do acesso	221
11.1.1.1.4.1	Preço do acesso	223
11.1.1.1.4.2	Excludentes da recusa do acesso...	224
11.1.1.1.5	Viabilidade de fornecimento do acesso	225

12. Compartilhamento de redes intersetoriais.....	225
Capítulo VI ► Regulação e Disrupção Tecnológica.....	227
1. Inovação como fenômeno de preservação dos negócios.....	227
2. Inovações disruptivas.....	228
2.1 Migração na cadeia de valor.....	229
2.2 O caso UBER.....	231
2.3 Impactos sobre a regulação.....	233
3. Dilema de <i>Collingridge</i>	236
4. Conclusão.....	238
Referências Bibliográficas.....	241