

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXVII
n. 86, jul./dez. 2023

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

86



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



SOLUÇÕES CONSENSUAIS COMO APRIMORAMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES ENTRE AS AUTORIDADES REGULADORAS E ANTITRUSTE NOS MERCADOS SETORIAIS

CONSENSUS SOLUTIONS AS AN IMPROVEMENT IN LEGAL CERTAINTY IN RELATIONS BETWEEN REGULATORY AND ANTITRUST AUTHORITIES IN SECTORAL MARKETS

Paulo André Espirito Santo

RESUMO

O artigo aborda o problema da falta de definição segura sobre o campo de atuação da regulação e da defesa da concorrência pelo Estado, motivo de conflitos entre órgãos públicos (reguladores e concorrenciais) e risco de dupla punição.

PALAVRAS-CHAVE

Direito da Concorrência; regulação; defesa da concorrência; indefinição; segurança jurídica; consensualidade.

ABSTRACT

This article addresses the problem of the lack of a secure definition of the scope of the State's regulation and defense of competition, which is the reason for conflicts between public bodies (regulators and competition) and the risk of double punishment.

KEYWORDS

Competition Law; regulation; competition defense; indefiniteness; legal certainty; consensus.

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje o debate sobre a atuação da autoridade estatal de concorrência em atividades que estão sujeitas à regulação de uma agência específica.

No Brasil, a autoridade de concorrência, também chamada de “autoridade antitruste”, é desempenhada atualmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), conforme o preceituado na Lei n. 12.529/2011.

Para se adentrar nos problemas causados pela indefinição do órgão competente para atuação em questões concorrenciais ocorridas em mercados regulados (autoridade antitruste ou órgão regulador), este trabalho procura definir, ainda que resumidamente, as funções estatais da regulação e da defesa de concorrência. É importante se definir o papel de cada uma das entidades, fazendo o desenho institucional da regulação e da defesa da concorrência para se saber o campo de atuação, a princípio, de cada uma. Sem essa configuração mínima do que o Estado faz, em termos de atividade regulatória e atividade concorrencial, é impossível a averiguação dos problemas causados pela sobreposição de funções de uma e de outra.

Por essa razão, este trabalho se inicia pela análise superficial dos papéis da regulação e da defesa de concorrência nos mercados regulados. O artigo abordará a atuação da autoridade antitruste sobre empresas sujeitas a uma regulação específica, atividade sempre polêmica e que, há tempos, é questionada nos foros (administrativos e judiciais) de resolução de conflitos.

Carregada de questionamentos pela própria Administração e pelas próprias empresas, a atuação concorrencial do CADE em áreas econômicas reguladas (ou sob regulação) sempre gerou intensos debates.

Nesse contexto, este trabalho procurará abordar, ainda que exemplificativamente, algumas situações em que o CADE, enquanto entidade de defesa da concorrência, atuou sobre setor regulado. Veremos aqui o embate nesses casos sobre a competência que deve prevalecer para a fiscalização de questões de concorrências em setor regulado, se do CADE ou do órgão regulador responsável pelo referido setor.

Essa indefinição sobre o órgão responsável pela análise (e eventual punição) de atos supostamente anticompetitivos surgidos em mercados regulados também gera alguns sérios problemas para as empresas envolvidas. O artigo passa, então, a enfrentar alguns desses problemas.

Um deles é a insegurança jurídica. Tanto no Poder Judiciário quanto no âmbito do próprio CADE, não há uma regra ou uniformidade sobre a definição da autoridade estatal julgadora (CADE ou agência) para apreciar e julgar questões concorrenciais surgidas em mercado regulado por órgão ou agência específica. Em muitos desses julgados, observa-se a prevalência do CADE em alguns casos ou a prevalência do órgão regulador em outros sem uma previsibilidade sobre o papel de cada uma dessas entidades estatais.

A falta de definição atinge a segurança jurídica daqueles que realizam atividade econômica (agentes econômicos) e a confiança desses no caminho claro a ser seguido pelo Estado.

Um segundo problema decorrente da indefinição da forma cooperada entre agências reguladoras e a autoridade antitruste brasileira é o risco de dupla punição àqueles que realizam atividade econômica regulada.

As possibilidades de uma empresa ser punida por duas entidades administrativas pelo mesmo fato (CADE e órgão regulador específico) ou de ter um ato admitido por uma entidade (ex: órgão regulador) e poder ser punida por outra (ex: CADE) representam sérios riscos à normalidade dos negócios empresariais. A empresa que realiza atividade econômica não saber qual entidade pública poderá puni-la (ou se será punida pelas duas) é motivo de muita preocupação.

O trabalho se ocupa de rediscutir o papel do Direito Administrativo sancionador e sobre o próprio papel da pena administrativa.

Por fim, para não ficar apenas no caráter descritivo (enunciação de problemas), o artigo procura apresentar algumas soluções de aprimoramento do sistema de defesa da concorrência nos mercados sob regulação específica, resignificando o papel da pena aplicada às empresas. Sem pretensão de esgotar as soluções possíveis para os problemas apresentados, o artigo apresenta alguns comportamentos estatais que, se não têm o condão de transformar o quadro de confusão criado pela possibilidade de duas estatais punirem uma empresa, ao menos servem para tornar a Administração mais previsível no caminho a ser seguido. Tudo visando maior segurança jurídica às empresas, aos negócios (atos econômicos) e aos mercados, também objeto de preocupação da Constituição Federal de 1988 (arts. 170 e seguintes).

É o que se procura fazer a partir de agora.

2 A REGULAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A atuação da autoridade antitruste em questões concorrenciais surgidas em mercados regulados sempre foi alvo de preocupação.

Se, por um lado, a atividade econômica é caracterizada como uma atividade privada, por outro lado, não se pode negar que exista alguma interferência do Estado na ordem constitucional vigente para que haja proteção de alguns interesses individuais, coletivos ou difusos (art. 170, incisos e parágrafo único, art. 173, § 4º e 174 da Constituição Federal de 1988).

Se o Estado protege a ampla concorrência por um lado (art. 170, inciso IV, da CF/1988), por outro, deve regular as atividades econômicas (art. 174) como forma de encontrar equilíbrio entre o mercado e os interesses dos indivíduos.

Nesse ponto, é importante delimitar o papel da regulação das atividades econômicas, bem como da defesa da concorrência que deve existir entre elas, ambas atuações estatais.

Atividades econômicas e instituições públicas são fenômenos, como os demais da vida moderna, em constante evolução. Com elas, normas jurídicas também se adequam a novas realidades. Nesse cenário, Direito e Economia assumem protagonismo.

North (2018), em trabalho de 1991, vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 1993, já tratava sobre o diálogo necessário que deve existir entre o Direito e a Economia.

O autor (2018, p. 27-36) faz um comparativo com a cooperação entre agentes econômicos e concorrentes. Para ele (2018, p. 29-30), a cooperação é difícil de ser concretizada quando um agente (que ele chama de organização) não possui informações suficientes sobre o outro.

Se o Estado protege a ampla concorrência por um lado (art. 170, inciso IV, da CF/1988), por outro, deve regular as atividades econômicas (art. 174) como forma de encontrar equilíbrio entre o mercado e os interesses dos indivíduos.

O grande déficit existente nas relações econômicas é a informação adequada. Concorrentes sabem pouco a respeito da atividade de outros concorrentes, consumidores desconhecem as estratégias da atuação dos empresários. O Estado, muitas vezes, sabe menos ainda sobre o que ocorre no mercado.

Esse cenário descrito por North para mostrar as instituições (regras) e as organizações (atores da economia e Estado) e a evolução constante de ambas pode perfeitamente ser utilizado para nosso tema aqui tratado. Numa sociedade com Economia e tecnologia cambiantes (em constante evolução) e com o Direito lidando cada vez mais com a interdisciplinaridade, podemos aplicar o raciocínio de North para as instituições públicas CADE e órgão regulador: quanto mais informação um tiver sobre o outro, maior a chance de haver segurança jurídica e econômica sobre o papel de cada um.

Aragão (2021, p. 22-23) destaca a influência da economia no Direito, conforme a evolução da sociedade e dos novos negócios surgidos. Para o autor, a complexidade da vida e da economia fazem o Direito ser interpretado à luz daquelas.

Segundo Viscusi, Harrington Jr. e Sappington (2018, p. 357), a regulação limita a atividade dos agentes de livremente agirem no mercado. Apesar da livre iniciativa ser um princípio assegurado ao agente econômico, ela não passa incólume pela fiscalização do Estado, livre de uma interferência regulatória.

O desafio é justamente encontrar o equilíbrio entre a liberdade de agir das empresas (a "free enterprise") e o grau de interferência (regulação) a ser adotado pelo Estado. Stigler (2017, p. 31-33), ao definir a sua *teoria da regulação econômica*, afirma que, dado o alto poder de interferência do Estado na vida dos indivíduos (e empresas), é necessário criar limites à regulação, o que se procura fazer por meio das teorias regulatórias.

Regulação e defesa da concorrência, no mundo moderno, são atividades estatais que andam juntas. Se opostas uma à outra, problemas à vista para o Estado, os agen-

tes econômicos e o próprio mercado. Caso desempenhadas com auxílio e complementação, sem que uma rivalize com a outra, benefícios para toda sociedade.

O grande desafio dos tempos atuais é estudar como regulação e defesa da concorrência podem ser desempenhadas em conjunto, não como uma excluinte da outra.

Sampaio (2013, p. 83-85) faz um retrato do papel institucional da regulação e da defesa da concorrência e a relação entre elas: apesar de buscarem preços baixos, inovação e eficiência no mercado, possuem instrumentos diferentes. Para a autora, enquanto a regulação é mais abrangente no sentido de buscar uma maior universalidade do produto ou serviço regulado, a defesa da concorrência olha de modo mais específico para a competitividade entre as empresas prestadoras. Por outro lado, a defesa da concorrência é mais abrangente por abarcar diversos mercados potencialmente competitivos, enquanto a regulação é mais específica do ponto de vista de sua atuação (age sobre mercado específico).

Nester (2006, p. 71), por sua vez, procura retratar a regulação e a defesa da concorrência no sentido de uma ser instrumento da outra, complementando-se mutuamente. Aduz que a regulação pode ser instrumento para se atingir a concorrência em determinado setor (ela deve ser buscada sempre que possível).

Uhdre (2010, p. 278-283) destaca que a regulação é exercida com base em duas ideias basicamente: (I) a de estabelecimento e implementação de regras e (II) a de manutenção ou restabelecimento do funcionamento equilibrado de um sistema. Por sua vez, a concorrência é um objetivo a ser perquirido pelo Estado, porém mais como um meio de equilíbrio do mercado do que como um fim em si mesmo.

Pinheiro e Saddi (2005, p. 254) definem a regulação como sendo (I) um conjunto de comandos normativos do Estado, (II) uma influência estatal deliberada e (III) um modo de controle social, sendo estudada por óticas distintas, pelo Direito, pela Economia e pela Ciência Política.

Daychoum e Sampaio (2017, p. 92-93) trazem a *teoria dos mercados contestáveis* para tratar de regulação e concorrência. Segundo as autoras, o mercado é considerado "contestável" quando for passível de concorrência: os agentes econômicos podem nele entrar livremente com custos recuperáveis. Existe a possibilidade de concorrência, portanto, em qualquer mercado, esteja ele ou não sob regulação específica.

Lebbos (2010, p. 217-219) também dá a sua visão sobre os campos de atuação da regulação e da defesa concorrencial e como podem se articular, sem que um exclua o outro.

Kersten (2010, p. 348-351) distingue "regulação técnica", "regulação econômica" e "regulação concorrencial" para se definir o órgão estatal competente. Nesse raciocínio, as regulações técnica e econômica seriam de responsabilidade dos órgãos reguladores e, a regulação concorrencial, do CADE.

Para o autor citado (2010, p. 344), o desenho institucional da defesa da concorrência não prevê uma atuação em abstrato, planejando os mercados antecipadamente, mas sim atuando em concreto com vistas a aplicar a legislação antitruste, seja fazendo advocacia da concorrência (*competition advocacy*), seja reprimindo condutas anticom-

petitivas (*competition enforcement*). Por outro lado, a regulação se predispõe a planejar setor específico da economia, atuando em abstrato ou em casos concretos.

Em sentido contrário, Marques Neto (2016, p. 67) afirma o caráter regulatório da autoridade antitruste brasileira (CADE), pois, nos acordos firmados, tal autoridade atua de modo a prevenir infrações contra a ordem econômica, com amplitude geral, perpassando por todas as atividades, sujeitas ou não à regulação específica pelo Estado.

Frisson-Roche (2005, p. 207-217), em trabalho específico sobre o tema, brinda o leitor com uma definição moderna sobre a regulação econômica. A autora destaca as dificuldades da atuação estatal no mundo atual principalmente em razão da globalização das atividades e serviços das sociedades modernas com a “constituição aterritorial de espaços virtuais”, onde circulam desde produtos financeiros até informações pessoais (dados) – veremos mais à frente de novo esse tema.

O fenômeno da globalização interfere no exercício da regulação e da defesa da concorrência, exigindo do Estado uma releitura e uma adaptação dessas atividades. Mais um motivo para não ficarmos presos no enquadramento de “serviço público exclusivo e submetido a órgãos reguladores” e “atividade econômica competitiva sujeita a autoridades concorrenciais”.

Fazendo aqui parênteses, *não* é intenção deste trabalho diferenciar “atividade econômica” e “serviço público” para se saber o campo de incidência da autoridade antitruste ou do órgão regulador.

Pela tradição da economia brasileira a partir do século XX, de muito centralismo político da economia e de serviços monopolizados prestados pelo Estado, notadamente por meio de empresas estatais, que durante anos dominaram os seus mercados quase que exclusivamente¹, seria quase automático afirmar que os serviços públicos, em regra prestados de modo exclusivo por uma empresa (estatal ou não), fossem de responsabilidade dos órgãos reguladores. De outro lado, as atividades econômicas, normalmente exercidas em caráter concorrencial, seriam relegadas ao controle da autoridade antitruste.

Tal raciocínio não deve prosperar. Primeiro, porque esse cenário de monopólio, muitas vezes considerado “natural” nos serviços públicos prestados no século XX, sofreu grandes alterações nos últimos anos, hoje se exigindo, sempre que possível, concorrência nesses serviços (SAMPAIO, 2012, p. 231-268).

Segundo, porque as atividades empresariais evoluíram tanto neste século XXI que hoje é até difícil definir o que é atividade econômica e serviço público. Atividades tipicamente concorrenciais passaram a ter o olhar especializado do Estado por meio de órgãos reguladores (vide as atividades reguladas no setor de petróleo e derivados) e serviços que antes eram prestados de forma quase que exclusiva e monopolista (exemplos marcantes são a telefonia e o transporte individual de passageiro por táxi) passaram a se enquadrar em atividades concorrenciais, sujeitas não só às fiscalizações de órgãos reguladores como também de defesa da concorrência.

Daí o porquê de se alijar deste trabalho o aprofundamento dogmático sobre a diferenciação entre atividades econômicas

propriamente ditas e os serviços públicos. Não é o objetivo aqui cravar a ideia de que as atividades econômicas são por natureza “concorrenciais” e os serviços públicos, “exclusivos” (sem competitividade entre prestadores). Tal distinção não faz parte do rol de preocupações de enfrentamento deste trabalho, para fins de se definir a incidência da fiscalização de uma agência reguladora ou da autoridade antitruste.

Até porque, a despeito do regime diferenciado dos serviços públicos (art. 175, CF/1988) – titularidade do Estado (no Brasil), delegável aos particulares –, é possível a sua prestação, em algumas situações, por mais de um agente (Aragão, 2004, p. 54-58). Havendo possibilidade de determinado serviço público ser prestado em regime concorrencial – basta imaginar alguns casos de transporte coletivo e de telefonia –, haverá interesse da autoridade antitruste em caso de concentração desses mercados. Nas palavras de Grau (2000, p. 139), no sentido de que serviços públicos e atividades econômicas se complementam, não existindo oposição entre eles, o trabalho tem por escopo analisar as atividades (econômicas ou serviços públicos) que permitem a concorrência.

Para os fins deste artigo, a diferenciação “atividade econômica x serviço público” também se faz desnecessária porque atualmente vivemos aquilo que Barroso (2019, p. 1262-1313) denomina como “revolução digital”.

Hoje, ao invés de se dirigir a um restaurante, o indivíduo se utiliza de um aplicativo de telefone celular que entrega comida para satisfazer suas necessidades orgânicas (prazeres gastronômicos também).

Atividades econômicas e instituições públicas são fenômenos, como os demais da vida moderna, em constante evolução. Com elas, normas jurídicas também se adequam a novas realidades. Nesse cenário, Direito e Economia assumem protagonismo.

Ao invés de se comprar um CD de música, a pessoa pode baixar quantas músicas forem do seu interesse também por aplicativo.

Ao invés de ir à livraria, o consumidor pode comprar livros via marketplaces específicos, sendo a obra entregue na sua casa.

Ao invés de pedir um táxi na rua, fazendo sinal com a mão, hoje a pessoa chama um veículo particular de onde está situada e o endereço a outro destino, tudo via pagamento por cartão de crédito, sem que haja troca de cédulas de dinheiro ou outro tipo de pagamento.

Hoje, de posse de um telefone celular com acesso à internet, a pessoa pode perfeitamente movimentar a economia. Lojas e negócios dão lugar a streamings e aplicativos de compras, o que exige do Estado um olhar atento (regulação) e o acompanhamento desse crescimento (defesa da concorrência).

Esse fenômeno das mudanças de paradigmas e das revoluções de ideias não é exclusivo do Direito e da Economia. Ele é visto há tempos em outras ciências, como descreve Kuhn (2018, p. 201-230) em obra de 1962.

Ao diferenciar os serviços públicos e as atividades econômicas sob a ótica da evolução da economia, da própria socieda-

de e das exigências dos usuários/consumidores, Aragão (2021, p. 27) afirma que o serviço público cada vez mais se aproxima dos institutos de Direito Privado e, a atividade econômica, dos interesses do Estado e da sociedade (ao menos quanto à regulação e à defesa da concorrência). Essa alteração do Estado de coisas da economia e dos serviços públicos também influenciam a forma como Direito passa a atuar sobre eles.

Para ficarmos na análise de apenas trinta anos atrás, o serviço de telefonia, por exemplo, era inequivocamente classificado como serviço público, no início da década de 1990 – na época não havia a classificação hoje existente em “telefonia fixa” e “telefonia móvel” (celulares). Atualmente, é impossível se conceber a telefonia como serviço, estando bem distante da noção de *publicatio* antes pregada (atividade estatal passível de delegação), estando muito mais próximo da ideia de uma atividade econômica, concorrencial e lucrativa, sujeita, no máximo, à regulação e ao controle de concorrência pelo Estado. O serviço de telefonia se desenvolveu tanto no período que, antes prestado por cabos e telefones fixos (de acesso a poucos consumidores), hoje é basicamente realizado por telefones móveis (de fácil e amplo acesso na sociedade), por meio de inúmeras empresas, em agressivo mercado competitivo.

Além da telefonia fixa, ainda existente e realizada por cabos, e da telefonia móvel, via celulares e sinais de satélite, ainda temos os serviços de transmissão de dados, cujos agentes econômicos mais famosos nesse ramo de negócio atualmente são o WhatsApp, o Telegram e o Signal (para citarmos apenas três). Além deles, ainda temos as redes sociais (Facebook, Instagram, Tik Tok) que permitem a comunicação direta entre pessoas, bastando, para isso, um simples sinal de internet.

96

Na seara do Direito Penal, existe uma noção mais clara sobre o exato comportamento punível e a conduta permitida/legítima. Isso porque as condutas tipificadas como puníveis são mais detalhadas e a quantidade de pena, definida.

Em artigo que discorre sobre três importantes disrupções econômicas ocorridas nos últimos anos, Marques Neto e Freitas (2016, p. 78) retratam essa flexibilização do caráter público dos serviços prestados aos cidadãos (*publicatio*).

Em outro trabalho, Marques Neto (2013, p. 4) descreve o ambiente de mutação na prestação de serviços públicos, antes dominada por empresas estatais monopolistas e hoje submetidas a regime concorrencial, algumas vezes disputando certames de licitação em regime de consórcio com empresas privadas.

O Uber é outro exemplo paradigmático dessa mudança de atividade – no caso, serviço de transporte individual de passageiro – exigindo novo desenho institucional regulatório por parte do Estado. Há trinta anos, era impensável enquadrar o transporte individual de passageiros como atividade econômica, fugindo da pecha de “serviço de titularidade do Estado e dependente de prévia regulamentação”.

Criado por volta de 2014, o serviço foi instituído mundialmente através de aplicativo de celular, em que o usuário chama um veículo para levá-lo a uma localidade pré-determinada, me-

dante pagamento por cartão de crédito previamente cadastrado na plataforma. Com uma simples chamada via aplicativo de celular/internet, o passageiro requisita um veículo para levá-lo a local determinado, mediante pagamento creditado e sem necessidade de circulação de moeda.

Num primeiro momento, esse serviço privado começou a disputar mercado (passageiros) com os taxistas, que passaram a pressionar autoridades locais (municipais) a regulamentar a atividade ou mesmo a proibi-la. A alegação era a de que o serviço de táxi era qualificado como um “serviço público” permitido pelo município a motoristas que assumiam diversos requisitos subjetivos para exercer tal profissão e sob o controle estatal. Ao contrário – alegavam os taxistas –, o serviço de Uber não era lícito, não era permitido pelo município, não possuía o controle sobre os motoristas (que não constavam de um cadastro público) e aumentava o número de veículos em via pública, causando mais tráfego nas cidades.

Segundo Binenbojm (2016, p. 38-39; e 2020c, p. 231-247), a despeito de o serviço de táxi ser considerado de utilidade pública e ser regulamentado (e fiscalizado) pelo Estado – Leis n. 12.468/2011 e 12.587/2012 –, nada impede que se exerça o serviço de forma privada, concorrencial, como atividade econômica. O autor (2016, p. 48) destaca inclusive um estudo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mais precisamente de seu Departamento de Estudos Econômicos (DEE)², concluindo pela inexistência de motivos para se proibir o Uber em razão deste ampliar a concorrência do setor.

O problema do caso Uber não está na sua categorização como atividade econômica ou serviço público (Garcia, 2002, p. 241-255), para fins de determinar a exclusividade ou a concorrência na sua prestação, mas sim na “adequada calibragem regulatória” do Estado, como destacam Marques Neto e Freitas (2016, p. 85).

É importante destacar que, em razão de mudanças tecnológicas e da própria evolução da forma de se empreender e fazer negócios, houve alteração sensível de alguns monopólios naturais de serviços/atividades econômicas. Aquilo que antes era considerado como “serviço do Estado” e monopólio, ainda que exercido de forma delegada por empresa estatal ou empresa privada (concessionária/permissionária de serviço público), passou a ser considerado como atividade econômica e sob regime concorrencial.

Talvez a telefonia fixa seja o maior exemplo – se é que tem hoje essa importância toda – em razão do rápido desenvolvimento dos telefones móveis, mais práticos, mais acessíveis a um número bem maior de usuários e com mais recursos para a realização da comunicação entre pessoas, ainda que separadas pelas mais longas distâncias geográficas. Antes prestado por cabos, o “serviço” de telefonia fixa, normalmente prestado por um agente econômico (empresa), antes estatal e depois particular, passou a ser gradativamente substituído pela telefonia móvel em razão do incremento da tecnologia nas comunicações.

Sob outro ângulo, já se discute se órgãos reguladores e concorrenciais só atuam no território nacional ou se podem alcançar empresas que também atuam economicamente fora dos limites geográficos brasileiros. A transnacionalidade das atividades econômicas e a desterritorialização das autoridades regulatórias e de defesa da concorrência já entraram na pauta do dia de organismos internacionais (de regulação e de defesa da concorrência) e do próprio Direito (Binenbojm, 2020c, p. 265-347).

Tudo isso serve para dizer o seguinte: se adotarmos as doutrinas tradicionais de regulação estatal (cadeia de poder, verticalização, territorialidade), não resolveremos as questões que (principalmente hoje) surgem no mercado. De igual modo, se adotarmos fixações de competências estanques (espaço da regulação e espaço da defesa concorrencial), não resolveremos o problema da insegurança jurídica das empresas no mundo dos negócios.

Como diz Cyrino (2020, p. 195), se aplicarmos “molduras barrocas” para “gravuras modernas”, não teremos a solução (ou a regulação) mais adequada. Afinal, como afirma Mendonça (2018, p. 378), “a regulação do futuro não é subsidiária, [é] complexa”.

Se Estado e economia estão em constante evolução (Binenbojm, 2020b, p. 83-85), a exigência de expertise se faz premente para a atuação do primeiro sobre a segunda. Nesse contexto, no trato das questões concorrenciais surgidas no âmbito de atividades econômicas reguladas, ao invés de se privilegiar CADE ou agência, mais importante do que definir qual entidade pública competente é evitar a insegurança jurídica para aqueles que atuam no mercado.

Isso porque a confusão que existe hoje só contribui para que o agente econômico perca a confiança no Estado, já que não saberá qual caminho este tomará.

Ciente de que a atividade econômica é, como regra, uma liberdade do indivíduo (arts. 1º, inciso IV, e 170, parágrafo único, da CF/1988), o agente econômico precisa desempenhar tal atividade sabendo os possíveis caminhos seguidos pelo Estado, não podendo ser surpreendido indevidamente. Se cabe ao Estado planejar um mercado econômico equilibrado (arts. 170 e 174 da CF/1988), deve evitar a sobreposição de competências regulatórias e concorrenciais e o quadro institucional que se observa hoje, ora o CADE intervindo num mercado regulado, ora deixando para a agência o fazer, sem qualquer critério ou previsibilidade.

3 A SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Se o potencial de concorrência e o setor econômico regulado são fenômenos que interessam a duas entidades públicas distintas (CADE e agência reguladora respectiva), há de se trilhar um caminho que impeça as duas entidades de atuarem de forma descoordenada.

Uma decidindo de forma distinta da outra, ou não se sabendo quem deve fiscalizar determinado ato possivelmente anticompetitivo, fica abalada a segurança jurídica aos agentes econômicos e ao ambiente de negócios desenvolvidos no Brasil.

Se já existe um sério problema de insegurança jurídica quanto ao tema no âmbito do Poder Judiciário e do CADE, a situação piora para as empresas quando há indefinição acerca da autoridade estatal julgadora de questões concorrenciais em mercados regulados.

Tão importante é a segurança jurídica que já aparece expressamente em algumas leis como a Lei de Licitações (art. 5º da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021). Indiretamente aparece na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (DL n. 4.657/1942, modificado pela Lei n. 13.655/2018), nos seus arts. 20 e 23.

A falta de definição sobre quem atua em assuntos concorrenciais surgidos nos mercados regulados atinge também a con-

fiança dos agentes econômicos no caminho claro a ser seguido pelo Estado.

Araújo (2016, p. 213-216) e Binenbojm (2014, p. 186-195) fala sobre a relevância da proteção da confiança em relação a atos da Administração Pública, dotada de um poder contundente de interferir na vida privada das pessoas (e nas suas atividades econômicas realizadas). Essas pessoas devem ter a exata noção do caminho a ser percorrido pela Administração.

Para Araújo (2016, p. 214-216), os particulares devem conhecer as consequências dos atos estatais, bem como o comportamento que terá a Administração. Sendo outro o caminho percorrido pela Administração que não aquele previamente definido nas normas, o particular pode perder a confiança nela, o que é ruim para a economia (Rocha, 1998, p. 47) e para a vida em geral.

Voronoff (2019, p. 230) também chama a atenção para a importância de se definir claramente ao indivíduo o caminho a ser seguido pela Administração, não podendo ele ser surpreendido indevidamente pelos órgãos estatais.

Nessa atividade de persuadir, fomentar a cooperação do agente econômico e materializar, sempre que possível o acordo, a fundamentação da decisão administrativa assume protagonismo e importância ímpar.

O'Donnell (1998, p. 44), ao falar do que considera “Estado de Direito”, afirma que se espera das instituições estatais em geral regras claras quanto ao seu funcionamento.

Raz (2009, p. 213-214), citado por Voronoff (2019, p. 260), diz que o Estado deve “jogar limpo” para ser definido como Democrático de Direito, sendo capaz de criar regras claras o suficiente a guiar o comportamento das pessoas.

Jordão (2009, p. 182-186) elenca algumas hipóteses indesejáveis, para fins de segurança jurídica:

(I) a de uma empresa seguir recomendação ou norma de uma agência e, a despeito disso, ser punida posteriormente pelo CADE; e

(II) a de uma empresa de táxi de Brasília/DF, que consultou o CADE se deveria ou não cumprir um decreto distrital para evitar ser enquadrada como violadora da concorrência.

A empresa ficou na dúvida entre seguir as normas regulatórias ou a legislação antitruste, fato que enseja extrema insegurança jurídica.

Se a insegurança jurídica diminuiu, de certa forma, com a edição dos arts. 25 e 26 da Lei n. 13.848/2019, que instituiu o papel das agências e da autoridade antitruste em assuntos concorrenciais surgidos no mercado regulado, há, de outro lado, a sensação de que os referidos dispositivos legais não resolveram plenamente a questão.

O fato de a legislação ainda ser genérica sobre o comportamento institucional das entidades não impede que se pense em soluções jurídicas capazes de dar um pouco mais de luz a esse caminho (a fiscalização de questões concorrenciais em mercados sob regulação específica).

Segundo Justen Filho (2018, p. 15-16), existe um idealismo, quase que automático, de que toda atividade a ser desempe-

nhada pela Administração Pública está descrita exatamente na lei. Em outro ângulo, o enfoque realista, por sua vez, passa a ideia de que a lei, impossibilitada de tratar de todos os assuntos da Administração, traz conceitos abstratos que precisam ser inseridos em realidades práticas pelo Administrador.

Segundo o autor (2018, p. 16-17), as aplicações de normas abstratas envolvem escolhas a serem feitas pelo Administrador. A proliferação dessas normas abstratas advém, entre outros fatores, daquilo que chama de “sociedade multiclasse”. Cita que esta também é destacada por Giannini (1970, p. 45-50), segundo o qual a democracia passou por uma reformulação, em que a cidadania não está mais concentrada em extratos sociais determinados, sendo o parlamento composto hoje por várias diversas representações dos mais diversos povos.

Nesse sentido, as leis detalhadas tenderiam a desatender interesses específicos no parlamento. Daí o porquê de se adotar um modelo de leis propositalmente genéricas, dando mais margem de atuação à Administração.

A própria lei de defesa da concorrência – a Lei n. 12.529/2011 – não fala apenas sobre a repressão, mas também sobre a prevenção às infrações contra a ordem econômica. É o que se observa logo na ementa e no art. 1º da citada lei.

Outro aspecto destacado por Justen Filho (2018, p. 18-19) é a tendência de defasagem da norma específica do parlamento. Apesar do problema da abstração e da multiplicidade dos princípios (2018, p. 19-20), a norma genérica tende a ser mais perene, não sujeitas, portanto, às vontades políticas de ocasião. Além disso, toda norma (inclusive a CF) é reflexo do momento em que foi criada. Com a evolução dos fatos sociais, pode haver a obsolescência da norma. Daí o porquê de não ser tão específica.

A generalidade e a abstração das normas jurídicas podem levar a uma insegurança jurídica (Justen Filho, 2018, p. 19-20).

Sundfeld (2017, p. 205-229) chama a atenção para o fato de que, por preguiça, muitas vezes se justifica uma decisão através de princípios sem se ater às especificidades fáticas do caso concreto. Decidir um caso concreto com base em princípios ou normas abstratas pode gerar insegurança. A escolha do agente decisório com base num fundamento genérico, além de arbitrária, ainda pode revelar a sua vontade subjetiva.

Justen Filho (2018, p. 23) dá o exemplo de uma desapropriação em que o administrador deseja desapropriar o imóvel do inimigo político por pura vingança. Como haverá grande chance de o ato ser anulado se o real motivo for revelado, o administrador fundamenta a desapropriação com base “na prevalência do interesse público sobre o interesse particular”.

Segundo o autor (2018, p. 24-25), a aplicação superficial de normas abstratas gera insegurança, pois não há previsibilidade quando o administrador possui uma gama de escolhas possíveis.

Daí o porquê de o art. 20 da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei n. 4.657/1942, modificado pela Lei n. 13.655/2018) ter vindo em boa hora, tendo feito um esforço para corrigir essas falhas apontadas (Justen Filho, 2018, p. 25).

O autor (2018, p. 27-28) chama a atenção que o dispositivo, contudo, não impede que se fundamente uma decisão com base em valores abstratos, mas é necessário demonstrar os fatos que se vinculam àquele valor invocado. A concretização do direito envolve, antes de tudo, a determinação do conteúdo dos direitos abstratos. Nisso, assume importância a “transparência valorativa”: deve-se informar ao destinatário da decisão o processo decisório e os valores que levaram a autoridade àquela decisão.

Por outro lado, o art. 20, ao exigir da autoridade fundamentar a decisão com base nas suas consequências práticas, não a obriga a enunciar consequências imprevisíveis ou que fogem do seu conhecimento técnico.

Também não basta fundamentar a decisão com base em dispositivos legais ou constitucionais deve-se enunciar os efeitos práticos desse dispositivo invocado (a subsunção do fato ao direito invocado).

Pode-se fazer perfeitamente um espelho desse dispositivo com o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC), aplicável ao Judiciário – não que a LINDB a ele também não o seja –, mas o Judiciário também deve julgar conforme os fatos, extraindo seus fundamentos a partir deles e não a partir de ilações genéricas decorrentes de normas e princípios jurídicos. Não pode o Judiciário julgar em descompasso com a realidade prática. A incidência do art. 15 do CPC, que determina a aplicação subsidiária desse código a processos administrativos, também pode ser outro fundamento para reforçar a necessidade de decisão vinculada à realidade. Da mesma forma se pode fazer com o art. 5º da LINDB (aplicação dos fins sociais da norma).

Para Marques Neto (2018, p. 99), a segurança jurídica possui três dimensões. Uma primeira, referente à “estabilidade”, no sentido de garantir perenidade às normas. Uma segunda diz respeito à proporcionalidade: a aplicação do Direito não pode ser irracional. E uma terceira, relativa à previsibilidade: a aplicação do Direito não se presta a causar surpresas, armadilhas, rupturas bruscas.

Nesse contexto, surge o problema do *overlapping* ou da dupla decisão (ou dupla punição), que atormenta os agentes econômicos de mercados regulados em relação à ingerência do órgão regulador respectivo e/ou da autoridade antitruste. É o que veremos no próximo item.

4 O RISCO DA DUPLA PUNIÇÃO

Como visto, um sério problema decorrente da indefinição da competência entre órgãos reguladores e a autoridade antitruste brasileira é o risco de dupla punição aos que realizam atividade econômica regulada.

Em trabalho sobre o art. 21 da LINDB, Mendonça (2018, p. 46, nota 9), fala das vantagens e das desvantagens do duplo controle.

Gaetani (2018) afirma que hoje o medo domina o administrador. Da falta de qualquer controle, partiu-se para um controle extremo a ponto de alguns administradores públicos fazerem contrato de seguro para assumir certos postos, já que não querem ficar sujeitos às mais possíveis e diversas interpretações de autoridades judiciais, administrativas e controladoras (tribunais de contas). Afinal, “o CPF está em jogo”, costuma-se dizer.

Apesar de o articulista se referir aos agentes da Administração e de seu medo de errar e sofrer mais de uma punição (Judiciário,

Tribunal de Contas da União –TCU – e própria Administração), o raciocínio pode ser aplicado perfeitamente aos agentes econômicos e seus medos com punições não só dos órgãos reguladores, mas também da autoridade concorrencial. O medo de o agente econômico sofrer dupla punição, do CADE e da agência que o regula, ou sofrer punição de um dos órgãos apesar de sua conduta ser legitimada pelo outro, é algo que paira sobre as gestões de empresas dos mercados regulados.

Afinal, o CADE pode desconsiderar uma norma da agência por entendê-la violadora da ampla concorrência? Como o CADE deve agir diante de uma norma anticompetitiva? O CADE pode fazer exercício de controle de constitucionalidade de uma norma da agência por considerá-la violadora do art. 170, inciso IV, da CF/1988 e, assim, punir uma empresa? Ou tal comportamento institucional esbarraria no princípio da segurança jurídica? Se a empresa age de boa-fé e cumpre determinada norma regulatória, considerando seu comportamento de acordo com uma norma estatal, poderia essa mesma empresa posteriormente ser punida por outro órgão estatal, no caso a autoridade antitruste?

Todas essas questões são de fácil resposta (negativa). Contudo, de difícil explicação (motivação) em razão das diversas variáveis envolvidas. De um lado, o dever do CADE de zelar pela competitividade entre as empresas, mesmo nos mercados regulados – e, com isso, punir as empresas que agem concentrando determinado setor. De outro, o poder do órgão regulador de planejar determinado mercado, garantindo-se máxima eficiência a ele e máxima proteção aos destinatários do serviço ou produto fornecido, ainda que prestada a atividade em concentração (sem competitividade).

Trata-se de difícil questão. Mais difícil ainda de ser resolvida neste simples artigo.

Lebbos (2010, p. 454-455), por exemplo, traz a impossibilidade de o CADE desconsiderar norma regulatória. Segundo a autora, como o CADE é um órgão judicante (art. 4º da Lei 12.529/2011) e só age *ex post*, sendo desprovido de um poder normativo capaz de planejar mercados – ainda mais os específicos (sob regulação especial) – não pode julgar a norma em tese. Considerando que a norma é advinda de outro órgão de mesma hierarquia (art. 3º da Lei n. 13.848/2019), a missão do CADE se tornaria ainda mais difícil.

Quanto a esse último aspecto, surge o dilema se o CADE pode considerar uma norma regulatória inconstitucional (exemplo: norma que limita a concorrência) – exame de juridicidade – ou se deve levar a questão ao Judiciário (Sampaio, 2013, p. 346-348; Albuquerque Jr., 2010, p. 224-232 e 316-319). O art. 25 da Lei n. 11.941/2009, por exemplo, na seara tributária, traz expressamente a impossibilidade de um órgão administrativo judicante, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), afastar a lei ou norma por entendê-la inconstitucional. A questão se repetiria no âmbito do CADE em relação às normas das agências que eventualmente limitem a concorrência? Ou a questão só poderia ser aferida no âmbito do Poder Judiciário (Sampaio, 2013, p. 349-354)?

Se a norma regulatória é anticompetitiva, mas atende outros interesses da ordem econômica (Lebbos, 2010, p. 455), cabe à Agência assim demonstrar. O CADE, para decidir, deverá se vincular a esses argumentos da agência, ainda que para rejeitá-los.

Lebbos (2010, p. 452-453) traz o exemplo da empresa que cumpre norma regulatória considerada anticoncorrencial pelo CADE. Em casos como esse, por estar a empresa apenas cumprindo determinação do órgão regulador e, portanto, de boa-fé e sem liberdade para agir de outro modo, o CADE não poderia puni-la. A autora explicita, inclusive, que o CADE já decidiu dessa forma em casos concretos, como se pode depreender do Processo Administrativo n. 53500.001821/2002.

Franceschini e Bagnoli (2018, p. 364, nota 232) citam um caso concreto de uma empresa de serviços de movimentação e armazenamento de contêineres e mercadorias, que cobra da taxa de liberação de contêineres (mais conhecida como *THC 2 – Terminal Handling Charge 2*) pela agência respectiva (ANTAQ), recorreu ao CADE (Processo administrativo n. 0812.007443/1999-47) e teve sucesso na pretensão administrativa por entender que a taxa da ANTAQ era prejudicial à concorrência. Posteriormente, levada a questão ao Judiciário, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Processo n. 2005.34.037482-6/DF) entendeu devida a taxa e, portanto, indevida a atuação do CADE. Em suma, o caso foi sucessivamente para uma e para outra direção, sem que se assegurasse o mais importante para a empresa envolvida e para os negócios em geral: a previsibilidade e, por via transversa, a segurança jurídica.

Felizmente, no dia 17 de junho de 2021, CADE e ANTAQ firmaram um ato de cooperação sobre a questão – o Memorando de Entendimentos n. 1/2021³ – estabelecendo, em síntese, o reconhecimento:

(I) da legitimidade da referida taxa pelo serviço portuário de segregação (SSE); e

(II) da competência da ANTAQ para cobrá-la, desde que não haja abusividade no preço.

A fundamentação detalhada da Administração, explicando o porquê de ter firmado aquele acordo e como chegou àquela decisão, pode ser um importante indicativo às empresas que atuam em mercados regulados.

Apesar de ainda dar margem para uma discussão entre as autarquias sobre o aspecto da “abusividade” ou não de alguma taxa cobrada, o memorando de 17/06/2021 representa um importante passo para a segurança jurídica das empresas de navegação que atuam nos portos brasileiros.

Quanto ao aspecto de o Judiciário intervir para decidir o que é legítimo, se o comportamento do órgão regulador (sua norma permissiva, ainda que anticompetitiva) ou a atuação da autoridade antitruste (defensora da concorrência), Vianna (2018, p. 286-288) relata os riscos à segurança jurídica causada por esse temor existente nos mercados regulados. Tratando também do problema das sobreposições regulatórias e do perigo de uma entidade estatal se sobrepujar a outra no seu mister institucional, a autora destaca o perigo de se adotar o princípio da especialidade na regulação para se definir a competência de um órgão em detrimento de outro.

Em outras palavras, tal definição do órgão administrativo

competente não resolve o problema da segurança jurídica. Basta imaginar:

(I) a definição da agência reguladora como competente para atuar sobre questões concorrenciais no setor regulado;

(II) o CADE impugnar esse permissivo normativo-regulatório da agência; e

(III) o Judiciário dar razão ao CADE garantindo-lhe o seu poder sancionador de atos que atentem contra a concorrência e, portanto, de punir uma empresa que agiu segundo os ditames de um órgão regulador que a fiscaliza. Haveria o mesmo prejuízo à segurança jurídica.

Toda essa discussão sobre o risco da dupla punição leva-nos ao questionamento acerca do real papel do Direito Administrativo sancionador ou mesmo do papel punitivo do Estado. Vale mais a pena o Estado punir uma empresa violadora de norma concorrencial ou regulatória? Ou valeria mais a pena o Estado assumir uma postura mais horizontal, mais conciliatória?

Nesse ponto, os estudos de Voronoff (2019) e Palma (2015) são de grande utilidade para o desenvolvimento do problema.

A ameaça de uma punição não deveria ser o único incentivo às pessoas para o cumprimento da lei – isso é feito nos Estados totalitários e é muito caro. O Estado tem de guiar as pessoas à cooperação, a agirem conforme o Direito (Vieira, 2007, p. 28-51).

Como já dito, o indivíduo ou as empresas devem ter claramente, em seus planejamentos, os caminhos ou comportamentos que podem seguir. Até porque, nessa noção de caminho ou comportamento a ser realizado, sabem exatamente onde o Direito sancionador pode ou não atuar.

Na seara do Direito Penal, existe uma noção mais clara sobre o exato comportamento punível e a conduta permitida/legítima. Isso porque as condutas tipificadas como puníveis são mais detalhadas e a quantidade de pena, definida.

Tal detalhamento não existe muito na seara no Direito Administrativo e do Direito Econômico como vimos acima nos arts. 20 e 23 da LINDB. E nem poderia ser diferente.

A tipicidade de uma conduta ilícita no Direito Administrativo Sancionador não pode ser fechada como a do Direito Penal.

Voronoff (2019, p. 16) chega a afirmar que o Direito Administrativo sancionador não está tão estruturado quanto o Direito Penal. A lei deve prever as condutas e as sanções administrativas, mas não as deve vincular como no Direito Penal (2019, p. 213-215, 240-241 e 268) e sim dar margem de discricionariedade para o administrador imputar a pena mais adequada. O Direito Administrativo não é (e não pode ser) a costela do Direito Penal (2019, p. 216).

Nesse aspecto, a fundamentação da decisão administrativa se torna essencial para legitimar qualquer decisão a ser tomada, seja a punitiva, seja a consensual, como veremos no capítulo seguinte.

As normas sancionadoras e as sanções em si, diferentemente do Direito Penal, ainda são muito abertas. Para isso, basta ver a lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011): as condutas estão abertamente definidas no art. 36 e as penas aplicáveis, nos arts. 37 e 38. Não há uma vinculação de uma pena a uma conduta especificada, como existe no Direito Penal. Qualquer conduta dos incisos e do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 pode se sujeitar a quaisquer das penas dos arts. 37 e 38, o que, por si, já é causa de muita insegurança nos mercados econômicos.

É verdade que o art. 45 da Lei n. 12.529 prevê uma regra de “dosimetria da pena”, tal como no art. 59 do Código Penal (CP), algo raro em leis de Direito Administrativo – hoje reforçada com a regra do art. 22, §§ 1º e 2º, da LINDB, trazida pela Lei n. 13.655/2018.

A regra do art. 45 da Lei n. 12.529/2011, reforçada e ampliada na Resolução n. 44/2007 do CADE (ainda vigente, apesar de anterior à lei), obriga a autarquia a motivar detalhadamente a aplicação de uma pena e sua gravidade (quantidade) com os fundamentos objetivos ali presentes (reincidência, boa-fé do infrator, vantagem auferida, grau da lesão etc.).

No entanto, mesmo com tais critérios objetivos de fixação e dosimetria das penas administrativas dos arts. 37 e 38 da Lei n. 12.529/2011, e com o dever de o CADE fundamentar detidamente a aplicação da penalidade, ainda assim o indivíduo ou a empresa não possuem tantas garantias (segurança) como as têm na seara do Direito Penal.

Até porque nenhum indivíduo ou empresa quer chegar ao momento da punição. Ninguém quer correr o risco de ser enquadrado numa infração contra a ordem econômica, ciente de que a aplicação de sua pena será “dosada e fundamentada” pelo CADE. Ainda mais num mercado como o de hoje, com muitos agentes realizando a mesma atividade (competição). Ninguém quer ser punido e correr o risco de perder parcela do mercado. Podemos dizer que “[a] credibilidade é um bem de grande importância em qualquer grupo. Perdê-la, por desprezar a lei, pode prejudicar a posição pessoal e diminuir a sua capacidade de entrar em novas relações voluntárias com outros membros daquele círculo social” (Vieira, 2007, p. 38).

Segundo Voronoff (2019, p. 46-47), há uma discrepância entre o que prega a lei ou a norma e a realidade das sanções administrativas. Não há conexão entre o que pretende a Administração com seu poder de punir e o que é realizado na prática. Para a autora, insiste-se, no teórico, na ideia de que a normas punitivas da Administração devem ser compostas por uma legalidade mais fechada com detalhamento de condutas puníveis. No entanto, na prática isso dificilmente ocorre, parecendo muitas vezes que o Direito Administrativo sancionador caminha por uma via pouco clara, pouco previsível e com muita insegurança jurídica para indivíduos e empresas.

Tudo bem que o art. 22, § 3º, da LINDB, incluído pela Lei n. 13.655/2018, afirma que “[a]s sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Em outras palavras, a segunda punição pelo mesmo fato deve amenizar a situação do autor da infração.

A questão é: precisa mesmo haver duas sanções? Se uma já pode ser evitada por um comportamento mais consensual da Administração, seria necessário haver uma outra sanção?

A verdade é que – e isso é defendido neste trabalho – o art. 22, § 3º, da LINDB, quando diz que a primeira sanção aplicada deve ser considerada para a instituição de uma segunda sanção, isso não impede a existência de um acordo substitutivo, provocado e estimulado pela Administração.

E tudo isso justamente para não haver essa segunda sanção ou mesmo as duas.

A própria LINDB, no art. 26, autoriza a aplicação de um acordo:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável [...].

Como defendido neste trabalho, mais vale afastar do mundo jurídico (e econômico) uma lesão ao mercado do que simplesmente aplicar punição a empresa infratora.

Há um grande risco de dupla punição, ainda mais com a expansão regulatória e das agências vistas nos últimos tempos, o que contribuiu sensivelmente para o incremento do Direito Administrativo sancionador (Voronoff, 2019, p. 29).

Jordão (2018, p. 87-88) chega a enunciar um exemplo hipotético de uma empresa acusada de cometimento de cartel e punida sucessivamente pela Controladoria-Geral da União (CGU) e pelo CADE. O quão danoso não seria uma hipótese como essa.

Até porque muitas sanções aplicadas pelo CADE não são efetivamente cumpridas pelas empresas punidas.

Segundo levantamento da Procuradoria-Geral do CADE e trazido por Palma (2015, p. 28-30), apenas 16% das sanções da entidade foram cumpridas no biênio 2006/2007.

O mesmo é destacado por Voronoff (2019, p. 186-188), quando traz o caso das multas regulatórias e concorrenciais (aplicadas por órgãos reguladores e pelo CADE), com alta taxa de inadimplência. A autora traz a notícia do acórdão n. 482/2012 do TCU, em que o órgão de contas muito atribui essa inadimplência das multas aplicadas à falta de estrutura e monitoramento dos órgãos que as aplicam.

A sanção deve ser um instrumento da Administração e não um fim em si mesmo (Voronoff, 2019, p. 48-49). A sanção deve ter finalidade dissuasória: a possibilidade do *self-cleaning* ou autossaneamento. Em outras palavras, a possibilidade de a empresa sanar a irregularidade ao invés de ser punida (2019, p. 184-185).

Há, portanto, uma questão da eficiência em não punir: as empresas sanam a irregularidade ao invés de pagar multa. E, com isso, evita-se a inadimplência em franca cooperação do agente econômico com a agência ou a autoridade antitruste (Voronoff, 2019, p. 193).

Nesse contexto, sendo o objetivo dos órgãos reguladores e concorrenciais estancar uma lesão ao mercado, não seria mais eficiente estimular o acordo da Administração com os agentes econômicos envolvidos, tendo ela uma postura mais consensual e horizontal? Não seria o caminho mais eficiente (e seguro) para Administração e agentes econômicos?

Isso é o que será tratado no próximo item.

5 A ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL COMO UM INÍCIO DE (POSSÍVEL) SOLUÇÃO PARA MINORAR O DÉFICIT DE SEGURANÇA JURÍDICA EM QUESTÕES CONCORRENCIAIS DE MERCADOS REGULADOS

Há alguns anos a consensualidade na Administração vem assumindo protagonismo no Direito Público. Moreira Neto

(2006, p. 315-349) há tempos assim já defendia, tendo sido um dos seus precursores.

Adotar uma postura mais consensual (busca pelo acordo) e menos punitivista deve ser o objetivo a ser buscado pelas Administrações modernas. No embate entre os órgãos reguladores e as agências, é o que se espera da Administração para evitar que o agente econômico seja punido por uma delas ou, na pior das hipóteses, por ambas as instituições, como vimos no item anterior.

Quais seriam os critérios ou parâmetros para essa postura mais consensual da Administração Pública?

A sanção, a despeito de também representar uma faceta regulatória do Estado, serve de instrumento para a Administração atingir metas e objetivos e não propriamente punir o indivíduo ou retribuir a sociedade como a sanção (Voronoff, 2019, p. 103-104, 108, 112-113). A sanção não pode se constituir necessariamente em uma consequência automática da conduta ilícita (2019, p. 79-80).

Nesse raciocínio, a postura mais conciliatória da Administração pode evitar essa tergiversação do uso da sanção administrativa. A ameaça de sanção deve existir para inibir condutas que agridam direitos e princípios constitucionais, mas deve ser evitada ao máximo pela Administração, devendo essa sempre que possível realizar acordos para expungir do mundo jurídico a eventual lesão causada pelo indivíduo/empresa/agente econômico.

Tamanha é a importância dos acordos substitutivos de sanção nas Administrações modernas que Palma (2015, p. 105) noticia o fato de na Itália nem mais se exigir a reserva de lei para a celebração de tais acordos.

A sanção pode ser uma estratégia regulatória, como se disse. E, ainda que aparentemente impeça a ampla concorrência num determinado setor regulado, mesmo assim a sanção pode cumprir esse papel regulatório.

Veja o caso, por exemplo, do art. 10, inciso II, da antiga Portaria n. 202/1999 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis do Brasil (ANP), que tratava sobre tancagem mínima de combustíveis (750 m³) que uma empresa deveria ter para poder realizar a atividade econômica de distribuidora de petróleo e derivados. Tal questão foi fortemente judicializada, sob o argumento, entre outros, de que impedia a livre iniciativa e, por consequência, a ampla concorrência. O argumento era de que o ato normativo da ANP mantinha a atividade de distribuição de combustíveis concentrada nas mãos de um pequeno grupo de empresas que, com capacidade financeira, podiam armazenar o mínimo de metros cúbicos exigidos (750 m³).

Essa Portaria foi objeto de discussões no âmbito administrativo⁴ e judicial⁵. A norma fixava uma metragem cúbica mínima para armazenamento de combustível, que deveria ser própria (não alugada ou arrendada a terceiros) para que a empresa pudesse funcionar como distribuidora de combustíveis.

Além da alegação de que a exigência da Portaria n. 202 da ANP só poderia vir em lei (violação ao princípio da legalidade), sob o argumento de que "só seriam obrigadas a cumprir exigência prevista em lei", e não em portaria da agência reguladora, havia também argumentos sobre o impedimento de uma atividade econômica, algo que também só a lei poderia o fazer (art. 170, parágrafo único, da CF/1988).

O art. 18 da Portaria n. 202/1999 ainda fixava que, descumpridas as obrigações ali previstas (entre as quais a do art. 10, inciso II – tancagem mínima), seriam aplicadas as penalidades da Lei n. 9.478/1997.

Como se sabe, a lei que trata de sanções pode remeter às normas regulamentares a sua forma de aplicação (Voronoff, 2019, p. 248-249).

A maioria dos julgados – como os precedentes citados nas notas de rodapé acima – entendeu cabível a normatização da ANP, não incorrendo a agência em invasão aos princípios da reserva legal e da livre iniciativa.

Os julgados entenderam legítima a Portaria n. 202/1999 da ANP por tratar de uma questão técnica (a metragem cúbica da tancagem de armazenamento de derivados de petróleo) e por ser a distribuição de combustível uma atividade naturalmente perigosa a terceiros, o que exige forte segurança e rígido controle estatal, não podendo qualquer empresa exercê-la pela simples vontade de desempenhá-la.

Se, mesmo assim, algumas empresas resolvessem desempenhar a atividade de distribuição de combustíveis sem a tancagem mínima em suas sedes comerciais para o armazenamento do produto, deveria haver punição? Ou a mera proibição de funcionarem como distribuidoras já seria suficiente? Não favoreceria a concentração de poucas distribuidoras?

Voronoff (2019, p. 112-113, 115-116 e 218) afirma que a lei deve dar ao regulador a oportunidade de não punir o regulado. Contudo, a sanção se mede também pelo seu caráter pragmático. Regular é fazer o equilíbrio de interesses (do Estado e do cidadão) e com razoabilidade de ações empreendidas. A autora afirma ser caro punir, e uma atividade mais persuasória e mais cooperativa (empresas-agência) poderia ser mais eficiente. O mesmo giro democrático-constitucional (Binenbojm, 2014, p. 32-35 e 37-65) que deve nortear as ações estatais e administrativas (observadoras de direitos individuais e sociais) deve servir para nortear a ação punitiva (ou não) da mesma Administração.

No caso das empresas acima, que desejam se tornar distribuidoras sem o cumprimento dos requisitos técnico-normativos, talvez o melhor caminho para a Administração (mais eficiente) seja persuadi-las a encontrar formas de adquirir esse tipo de armazenamento do que simplesmente não fiscalizar e depois puni-las. Multas serão aplicadas e, na estatística trazida no capítulo anterior, dificilmente serão pagas. E ainda permanecerão no mercado várias empresas que não tiveram o custo despendido pelas demais empresas (que conseguiram a tancagem e o cumprimento da resolução da ANP). Isso sim seria prejuízo à competitividade no setor, por ser um ato de concorrência desleal.

Nessa atividade de persuadir, fomentar a cooperação do agente econômico e materializar, sempre que possível o acordo, a fundamentação da decisão administrativa assume protagonismo e importância ímpar. Na visão de Palma (2015, p. 120-137 e 218), a fundamentação das decisões, ao lado da eficiência e da participação de interessados, é um dos pressupostos teóricos do acordo administrativo.

A própria lei de defesa da concorrência – a Lei n. 12.529/2011 – não fala apenas sobre a repressão, mas também sobre a *prevenção* às infrações contra a ordem econômica.

É o que se observa logo na ementa e no art. 1º da citada lei.

Dai a importância dos acordos substitutivos das sanções. Na Itália, por exemplo, existe uma lei de processo administrativo que os prevê expressamente, conforme informado por Palma (2015, p. 32, nota 16, e 100-103).

Ainda que no Brasil não tenhamos lei detalhando os caminhos a serem seguidos pela Administração para a confecção de um acordo substitutivo de sanção, o art. 26 da LINDB já é um excelente começo.

Durante muito tempo, o art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – ACP) foi considerado o fundamento jurídico da consensualidade, imprimindo-se as ideias de “punir só em último caso” e “fazer acordo sempre que possível” (PALMA, 2015, p. 197-198). O problema era o fato de ser uma lei específica. Como fazer acordo em outras áreas das relações administrativas aplicando uma lei destinada exclusivamente ao procedimento judicial de ação civil pública?

A consensualidade surgiu também pelas dificuldades e problemas no direito sancionador no Brasil – o baixo recolhimento de multas e a não prevenção de outras infrações (Palma, 2015, p. 30).

Hoje, a consensualidade encontra-se definida como regra geral no art. 26 da LINDB. Os desafios agora são como implantar os acordos administrativos, quais os parâmetros, como se operar, como fiscalizar etc.

O art. 26 da LINDB pode ser considerado um permissivo geral para novas figuras de acordo, inclusive entre órgãos públicos administrativos (cooperação interinstitucional, que não trataremos neste trabalho).

Importante citar, por fim, exemplo dado por Mendonça (2017, p. 377-378) sobre negociação e sanção premial ao invés da punição pura e simples: o caso “Maine 200”, ocorrido nos Estados Unidos. Segundo o autor, em 1990, a agência norte-americana de proteção ao trabalho observou que, no Estado do Maine, havia índices de acidente de trabalho maiores do que nos demais Estados da federação. A agência propôs, como primeira opção, inspeções regulares (semestrais) nas empresas com maiores índices nesse Estado. Como segunda opção, sugeriu que as mesmas empresas enviassem programas próprios de redução desses acidentes e, em troca, as inspeções da agência seriam anuais. Nesse amplo acordo, a agência estimulava que as empresas tomassem a iniciativa para reduzir acidentes de trabalho, evitando que o Estado envidasse esforços públicos para esse tipo de fiscalização. Um típico exemplo de negociação que gera menos ônus ao Estado.

Mostra-se, com isso, o quão importante é essa postura mais negocial e horizontal pela Administração, evitando-se, assim,

- (I) custos desnecessários;
- (II) gastos com processos sancionadores; e
- (III) multas aplicadas e não recolhidas ao erário.

Nesse contexto, mais importante até do que fiscalizar o mercado e instaurar processos administrativos punitivos, é a Administração, por meio de seus órgãos reguladores e de defesa da concorrência, assumir uma postura de indução à não realização de infração. Orientando as empresas (agentes econômicos) a não agirem em desconformidade com as normas repressoras de concentrações econômicas (infrações contra a ordem econômica), muitos processos administrativos e sanções

serão evitados. Utilizar-se a Administração de *nudges*, tão difundidos na doutrina nacional (Quirino, 2018, p. 965-986) e internacional (Thaler e Sunstein, 2019), no sentido de estimular as empresas a se conformarem com normas regulatórias e concorrenciais, já é um caminho para uma atuação administrativa menos vertical e punitiva e mais consensual e cooperativa.

Ao mesmo tempo em que o Estado deve ter a preocupação de exercer a regulação das atividades empresariais (*hard regulation*), também deve se preocupar em evitar as infrações contra a ordem econômica e, por óbvio, não ser um ponto de retração das novas ideias e da inovação tecnológica. Pelo contrário, deve incentivá-las, estimulá-las – *soft regulation* (Braga, 2020, p. 51-53), dando-lhes um “empurrãozinho” (Thaler e Sunstein, 2019). Quanto maior conformação às normas regulatórias e concorrenciais com mais diálogo dos órgãos reguladores e de defesa da concorrência, mais terá a chance de haver maior normalidade econômica e menos punição.

Num mercado com grandes orientações vindas da Administração no sentido dessa conformação, dificilmente teremos tantas infrações contra a ordem econômica, em especial contra a concorrência e as diretrizes regulatórias. Por consequência, diminui-se a insegurança causada pela dúvida sobre qual órgão administrativo com competência para fiscalizar e punir determinado mercado regulado.

Um segundo comportamento que poderia minorar essa insegurança causada pela possibilidade de dois órgãos responsáveis pela fiscalização e punição de atos anticompetitivos em mercados regulados seria a atuação administrativa visando mais acordos e menos punições. É importante deixar assentado que tais acordos administrativos não devem ser firmados apenas para fins de leniência.

A realização de acordos que buscam alijar do mercado qualquer ato anticoncorrencial e sem o viés leniente já seria um importante caminho para minorar o clima de insegurança nos mercados regulados.

Como se destacou, os acordos devem ter uma visão mais para o futuro e menos para o passado, com vistas a extirpar do mercado qualquer lesão à concorrência do que propriamente penalizar condutas. Só o fato desses acordos não assumirem a única função de leniência (delação de outros infratores ou outras infrações) já é um importante passo para diminuir a insegurança existente no planejamento econômico das empresas.

Por fim, a título de sugestão e sem a pretensão de solucionar todos os problemas existentes nos mercados regulados em termos de concorrência, um comportamento administrativo interessante seria a máxima e detalhada fundamentação nas decisões administrativas de acordo. Com fundamentação detalhada e ampla transparência no processo decisório, os acordos firmados pela Administração podem servir de parâmetro de atuação para outros casos e outras empresas, naquele ou em outros mercados regulados.

Concentrar esforços nessa elucidação de motivos nas decisões de acordo é um esforço que vale a pena. Trata-se de um importante passo para a Administração demonstrar os caminhos que seguiu naquele caso – e que, portanto, pode seguir em outros parecidos.

A fundamentação detalhada da Administração, explicando

o porquê de ter firmado aquele acordo e como chegou àquela decisão, pode ser um importante indicativo às empresas que atuam em mercados regulados. Elas saberão de antemão os caminhos a serem tomados pela Administração, diminuindo-se, assim, o déficit de segurança jurídica hoje existente.

Transparência, previsibilidade e fundamentação detalhada caminham juntas ao encontro da segurança jurídica.

6 CONCLUSÃO

A atuação da autoridade antitruste sobre setores regulados ainda é um assunto sem solução. A despeito de ter sido objeto de tratamento normativo nos arts. 25 a 29 da lei-quadro das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/2019), fato é que ainda hoje se discute o alcance da competência da autoridade de defesa da concorrência sobre empresas sujeitas a uma regulação específica.

No âmbito do Poder Judiciário e do CADE (a autoridade antitruste brasileira), a questão é tratada numa espécie de tudo ou nada. Decisões judiciais e administrativas (essas, do CADE) não raras vezes procuram fixar a competência de um dos órgãos administrativos – do próprio CADE ou do órgão regulador – sem a preocupação com a contribuição que o órgão excluído pode dar. Tal tipo de decisão pode gerar insegurança jurídica a indivíduo ou empresa que realiza atividade econômica (o chamado “agente econômico”).

A primeira dificuldade está em delinear as funções da regulação e da defesa da concorrência, ambas exercidas por organismos estatais de mesma hierarquia.

Saber o campo de atuação do órgão regulador e o da autoridade antitruste é essencial para se determinar de quem é a competência para fiscalizar (e até punir) eventual ato anticompetitivo dentro de um setor regulado.

Tal delineamento também não é fácil. Além das diversas visões dogmáticas sobre o que podem realizar o regulador e a autoridade antitruste, a questão se complica pelo fato de não haver uniformidade decisória sobre as questões que chegam aos órgãos administrativos e aos tribunais brasileiros.

Se, por um lado, a regulação tem uma visão mais genérica do mercado que regula – nele, o órgão regulador não se preocupa apenas com os aspectos concorrenciais da atividade regulada –, por outro, a autoridade antitruste tem uma visão mais específica: seu objeto de preocupação se destina mais à possibilidade de atuação de vários agentes naquele mercado, em competição equilibrada, sem abuso ou concentração.

Sob outro ângulo, o órgão regulador tem uma atuação mais específica por regular setor determinado para o qual foi criado, enquanto a autoridade antitruste possui um papel institucional mais genérico por poder fiscalizar, em tese, qualquer tipo de mercado, seja ele regulado ou não.

Não faltam casos de atuação do CADE sobre mercados regulados, como vimos ao longo do trabalho. E não faltam casos em que os órgãos estatais entram em conflito, afirmando cada um a sua (exclusiva) competência. No meio desse conflito, está o agente econômico, sem a segurança jurídica (econômica) para desenvolver sua atividade empresarial e sem conhecer de antemão os caminhos possíveis a serem tomados pela Administração.

Valor essencial ao desempenho de qualquer atividade humana, como não poderia deixar de ser, a segurança jurídica

atinge em cheio as atividades econômicas. Para os negócios, é essencial que os agentes econômicos planejem suas atividades conhecendo os caminhos que a Administração pode tomar, sejam esses caminhos regulatórios ou de defesa da concorrência.

Elevada à categoria de princípio e hoje positivada em alguns diplomas legais, a segurança jurídica garante ao agente econômico o direito de não ser surpreendido indevidamente e, principalmente, não ser punido duas vezes (pelo órgão regulador e pela autoridade antitruste). E tão grave quanto, o direito de não ser punido por um dos órgãos estatais quando o outro considerou legítima a sua atividade.

A segurança jurídica é importante também para que a empresa saiba os caminhos econômicos a tomar. Não pode ser autorizada por um órgão estatal (regulador) e desautorizada por outro (autoridade antitruste). Ou ainda, no conflito entre esses órgãos, a questão parar no Judiciário, claramente desprovido de capacidade institucional para adentrar temas regulatórios ou concorrenciais.

Toda essa situação de indefinição sobre o papel de atuação da autoridade antitruste e do órgão regulador só contribui para o clima de insegurança nos negócios empresariais, sensíveis por natureza a qualquer abalo, ameaça ou risco de perdas.

Pior que a insegurança para realizar ou não um negócio sob o manto da legalidade e da legitimidade, é a empresa ser alvo de uma dupla punição. Se não bastasse a indefinição sobre qual órgão é competente para fiscalizar a atividade de determinada empresa regulada, essa ainda corre o risco de ser punida duplamente pelo mesmo ato. Ou ainda, ser legitimada por um órgão e punida por outro, em total falta de diálogo institucional entre as autoridades reguladora e concorrencial.

A ideia de se instituir, no âmbito da Administração (CADE ou órgão regulador), acordos substitutivos confere uma nova visão sobre as sanções.

O acordo substitutivo de sanção permite que se afaste do mercado qualquer lesão a ele impingida. Mais do que punir uma empresa por eventual infração contra a ordem econômica, o acordo permite que se afaste a própria infração e, consequentemente, a lesão perpetrada.

O acordo passa a ser um modo de a Administração olhar mais para o futuro do que para o passado. Isso porque o acordo substitutivo de sanção passa a olhar mais para o planejamento do Estado e a parametrização das futuras condutas dos demais agentes econômicos do que propriamente para a punição do agente infrator.

Com a instituição do acordo como regra e tendo por base a norma geral instituída pelo art. 26 da LINDB (inovação trazida pela Lei n. 13.655/2018), diminui-se um pouco o déficit de segurança jurídica para as empresas. Essas passam a ver no Estado não mais um agente sancionador, mas um ator capaz de planejar os mercados regulados, em cooperação com as empresas, preocupando-se mais em traçar parâmetros de condutas legítimas do que simplesmente aplicar multas que, em regra, não serão recolhidas.

A Administração consensual, longe de ser a fórmula de solução para a insegurança causada pela atuação de CADE e órgãos reguladores em mercados regulados, configura-se como um início de solução desse problema.

Se há risco à segurança jurídica em não saber quem deve

atuar sobre mercado regulado (se a autoridade antitruste ou o órgão regulador respectivo), esse risco diminui sensivelmente quando os agentes econômicos sabem, de antemão, que a Administração usará mecanismos de conciliação mais claros.

A postura mais consensual da Administração (realização de acordos, *nudge*, cooperação dos agentes econômicos etc.) diminui, em tese, o risco (e a insegurança) da dupla punição.

Nessa postura mais consensual, a Administração pode se valer de três comportamentos capazes de efetivar uma atuação mais horizontal e colaborativa:

(I) a indução à não realização de infração – a Administração agindo no sentido de orientar e estimular as empresas a agirem mais adequadamente às diretrizes concorrenciais e regulatórias;

(II) a realização de acordos que não tenham apenas fins de leniência – a ideia de que todo acordo é válido para afastar infrações, não apenas para detectá-las; e

(III) a efetivação de fundamentação detalhada nas decisões que firmam os acordos – a ideia de transmitir aos agentes econômicos, com clareza, o que a Administração quer com aquele acordo (evitar novas infrações e conformar novas condutas às diretrizes regulatórias e concorrenciais do Estado).

Com base nessas três diretrizes, a postura consensual da Administração pode até não resolver por completo todos os problemas de insegurança jurídica causados pela atuação de dois órgãos estatais num mercado regulado (a autoridade antitruste e o regulador) mas, certamente, tal mudança comportamental da Administração servirá ao menos para (tentar) diminuir tais problemas.

E isso já é um grande avanço.

NOTAS

- Os casos marcantes de Petrobras, Eletrobras, TELERJ, TELES, TELEMIG, Light, Ceg, CEDAE (RJ) são alguns poucos exemplos dignos de nota nesse sentido – atuação monopolizada em seus respectivos mercados.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Departamento de Estudos Econômicos (DEE). O transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. Documento de Trabalho 01/2015 (Setembro), processo n. 08700.008971/2015-15. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2015/documento-de-trabalho-n-01-2015-o-mercado-de-transporte-individual-de-passageiros-regulacao-externalidades-e-equilibrio-urbano.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2021/Acordo-Cade-e-ANTAQ.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.
- Processos administrativos da ANP ns. 48300.011905/95, 48300.014171/97, 48300.009853/97, 48300.036398/96, 48300.013917/94, 48300.012622/93 e 48300.000037/97.
- STJ, REsp n. 714.110-RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 13.09.2005; TRF-2ª Região, AMS 200451010204146 – Apelação em Mandado de Segurança, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, DJU 26/09/2008.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos: regulação para a concorrência*. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 49-133.

- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *REI: Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformações do direito administrativo: direito público e regulação em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020a. p. 42-50.
- BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020b.
- BINENBOJM, Gustavo. Obsolescência regulatória por efeito de inovações tecnológicas: vai de Uber ou de táxi? In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformações do direito administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 35-51.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020c.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Concorrência em mercados regulados*. São Paulo: D'Plácido, 2020.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Brasil). Departamento de Estudos Econômicos (DEE). *O transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano*. Documento de Trabalho 01/2015 (set.), Rio de Janeiro, 2015. Processo n. 08700.008971/2015-15. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2015/documento-de-trabalho-n01-2015-o-mercado-de-transporte-individual-de-passageiros-regulacao-externalidades-e-equilibrio-urbano.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- CYRINO, André. *Direito administrativo de carne e osso*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.
- DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência no setor ferroviário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; FGV Direito Rio, 2017.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente; CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 7: Direito concorrencial.
- FRISSE-ROCHE, Marie Anne. Definição do direito da regulação econômica. *Revista de Direito Público da Economia: RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 207-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12802>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- GAETANI, Francisco. A governabilidade da Administração em jogo. *Valor Econômico*, São Paulo, 20 abr. 2018.
- GARCIA, Flavio Amaral. Conflito de competência entre o CADE e as agências reguladoras. *Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 9, p. 233-249, 2002.
- GARCIA, Flavio Amaral. Uber x táxi: a solução pela via da regulação. *Direito do Estado*, [Salvador], n. 83, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-x-taxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 1.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.
- KERSTEN, Felipe de Oliveira. Regulação pública da economia e defesa da concorrência no setor elétrico: repartição de competências e articulação entre a agência nacional de energia elétrica e o sistema de brasileiro de defesa da concorrência. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 329-357.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva (Debates 115), 2018.
- LEBOS, Carolina Moura. A atuação do CADE perante normas reguladoras setoriais anticoncorrenciais. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 435-465.
- LEBOS, Carolina Moura. Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 217-238.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 93-112, nov. 2018.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos *Fórum Administrativo: FA*, Belo Horizonte, a. 13, n. 154, p. 4, dez. 2013.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia: RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 78, out./dez. 2016.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa: gestão pública e parcerias. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 315-349.
- NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infraestrutura e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.
- NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul. 1998.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.
- POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa et al (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: RT, 2017. p. 57-84.
- QUIRINO, Carina de Castro. Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 965-986, 2018.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009.

ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 7, p. 47-58, jan. 1998.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A tutela da concorrência no setor de energia elétrica. In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). *Temas relevantes no direito da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p. 231-268.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

STIGLER, George. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa et al (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Tradução Emerson Fabiani. São Paulo: RT, 2017. p. 31-55.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução Ângelo Lessa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

UHDRE, Dayana de Carvalho. Regulação bancária: observações acerca de uma possível compatibilização entre preocupações concorrenciais e setoriais. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 277-316.

VIANNA, Mariana. Sobreposição regulatória: os riscos na aplicação do critério da especialidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (coord.). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 275-289.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 6, a. 4, p. 28-51, 2007.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; SAPPINGTON, David E. M. *Economics of regulation and antitrust*. 5. ed. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2018.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Artigo recebido em 11/5/2023.

Artigo aprovado em 11/12/2023.

Paulo André Espírito Santo é Juiz Federal Titular da 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF).