

INOVAÇÃO VS. ANACRONISMO REGULATÓRIO: COMO ÓRGÃOS REGULATÓRIOS E ANTITRUSTE PODEM CONTRIBUIR?

Leticia Oliveira Lins de Alencar
Mário Márcio Saadi Lima

Resumo: o artigo avalia a forma pela qual se permite que o arranjo institucional e regulatório existente em determinado setor pode ser adaptado, de forma a conferir resposta adequada às novas situações em concreto sem, de um lado, impedir ou desestimular o desenvolvimento de novos produtos ou serviços e, de outro, incrementar a insegurança jurídica dos agentes já atuantes em dado setor. Neste processo, é de fundamental importância a existência de interação saudável e harmônica entre a autoridade regulatória e antitruste, a fim de que soluções divergentes ou conflitantes sejam evitadas.

Palavras-chave: Regulação. Inovação. Experimentalismo. *Sandbox*. Interação institucional.

Key-words: *Regulation. Innovation. Experimentalism. Sandbox. Institutional collaboration.*

1. Introdução

O arranjo institucional e regulatório de determinado país pode, com o tempo, se tornar defasado para conferir respostas adequadas às novas atividades econômicas que surgem dia após dia. Nos casos de setores regulados que envolvam atividades de titularidade estatal e cujo exercício dependa de outorga específica (concessão, permissão ou autorização),¹ essa situação pode se tornar mais complexa, pois, neles, o exercício da

¹ É o caso, a título exemplificativo, dos serviços de telecomunicações, de radiodifusão sonora, e de sons e imagens, serviços e instalações de energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, serviços de transporte ferroviário e aquaviário, serviços de transporte rodoviário, portos marítimos, fluviais e lacustres, dentre outros (art. 21, XI e XII, da CF/1988).

autonomia da vontade deve observar as condicionantes impostas pela regulação.

Diante disso, quando se trata da prestação de serviço ou comercialização de produto até então inexistentes, é possível que sobrevenha dúvida sobre a própria legalidade da atuação do novo entrante.² Essa situação, todavia, pode desestimular e, até mesmo, impedir a inovação nestes setores, diminuindo, por hipótese, a competição em mercado. Por outro lado, admitir, sem questionar, novos serviços ou produtos que impactem o desenvolvimento de outros serviços ou produtos de naturezas semelhantes e que já estejam sujeitos a regulação específica pode gerar assimetria regulatória, incrementando a insegurança jurídica.

Nesse contexto, este artigo avalia a forma pela qual se permite que o arranjo institucional e regulatório existente possa ser adaptado, de forma a conferir resposta adequada às novas situações em concreto sem, de um lado, impedir ou desestimular o desenvolvimento de novos produtos ou serviços e, de outro, incrementar a insegurança jurídica dos agentes já atuantes em dado setor. Neste processo, é de fundamental importância a existência de interação saudável e harmônica entre a autoridade regulatória e antitruste, a fim de que soluções divergentes ou conflitantes sejam evitadas.

Para isso, o artigo analisa o papel da regulação e do direito antitruste no Brasil para que se possa compreender o espaço existente, na legislação de regência dos órgãos reguladores e antitruste, para a inovação (*item 2*). Na sequência, é abordada a importância do experimentalismo na regulação e as possíveis ferramentas a serem utilizadas para viabilizar a inovação (*item 3*). Posteriormente, discorre-se sobre a sobreposição de atribuições da autoridade antitruste em relação à regulação e as

² Esse tipo de dúvida costuma ser bastante recorrente. A título exemplificativo, houve discussão do gênero em caso que tramitou perante a Agência Nacional de Telecomunicações, envolvendo a Claro, e a Fox Latin American Channels do Brasil Ltda. e a Topsports Ventures Ltda., de outro (Processo Administrativo nº 53500.057279/2018-66). Neste processo, foi avaliado se serviços prestados pela Fox e pela Topsports seriam lícitos, haja vista o eventual descumprimento de regras de distribuição estabelecidas pela Lei Federal nº 12.485/2011 (“Lei do SEAC”).

cautelas para uma atuação adequada. Por fim, ao final é apresentada uma síntese das constatações (*item 4*).

2. O papel de órgãos regulatórios e antitruste e o espaço para inovação

A CF/1988 consagrou postulados e princípios que norteiam a ordem econômica. Fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, ela visa a assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, devendo ser observados, entre outros, os princípios da soberania nacional, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da defesa ao meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca pelo pleno emprego (art. 170, *caput* e incisos I, III, IV, V, V, VI e VII).

De sua análise, sobressai importante conclusão: *não raro, eles serão conflitantes entre si*. Assim, não se tratam de valores absolutos, mas que devem ser compatibilizados e efetivados na maior medida possível.³ Na prática, é preciso compreender a complexidade do tratamento dado pela CF/1988 à ordem econômica, sobretudo para que se possa entender o papel dos órgãos regulatórios e antitruste, que devem, em sua atuação, almejar à consecução de tais postulados na maior medida possível. É comum, todavia, a existência de conflitos.

Uma dessas tensões está na própria gênese de setores regulados que envolvam atividades de titularidade estatal e cujo exercício dependa de outorga específica. Isso se deve ao fato de que a livre concorrência, embora não deixe de ser buscada, sofre limitações, uma vez que o seu exercício deverá ocorrer dentro do regramento estabelecido pelos órgãos regulatórios existentes. O simples fato de o exercício de tais atividades depender de alguma outorga estatal constitui indicativo de que a livre concorrência não será verificada da mesma forma que nos casos em que se tem uma atividade econômica em sentido estrito.

³ Apenas um exemplo que ilustra a assertiva: empresas, para se tornarem mais competitivas, podem buscar, na redução de custos com mão-de-obra, possível alternativa para baratear seus produtos, hipótese em que a *livre concorrência*, se exercida de forma descontrolada, pode prejudicar a *busca pelo pleno emprego*.

Com efeito, o art. 174, desde a promulgação da Constituição, já incorporava a previsão de um Estado normativo e regulador.⁴ Desse modo, em alguma medida, pode-se dizer que a *regulação* constitui *instrumento* eleito pelo constituinte *para a efetivação da política econômica*, cujas balizas foram ditadas sobretudo pelo art. 170.

Ao lado da regulação, *outra importante ferramenta* para a consecução da política econômica, justamente, é a atuação dos órgãos *antitruste*,⁵ aqueles que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).⁶ Estes instrumentos devem ser utilizados de forma harmônica, haja vista que têm objetivo comum: *a implementação da política econômica adotada pela ordem constitucional brasileira*.

Aos órgãos do SBDC compete prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica. Sua atuação é orientada pelos ditames

⁴ O Estado regulador das atividades econômicas de titularidade estatal surgiu no contexto das privatizações de empresas estatais atuantes em setores de alta relevância e de transferência da prestação de serviços públicos a particulares, impulsionada em meados da década de 1990. Devido à importância de tais serviços, embora o Estado tivesse deixado, naquele momento, de se ocupar da prestação direta das atividades, ele reconheceu que não deveria se manter alheio à sua prestação. Alterou-se, portanto, o foco do “Estado Prestador” para o “Estado Regulador”. Foi neste contexto que surgiram Agências Reguladoras, com características específicas voltadas a propiciar o bom exercício das funções regulatórias que lhes foram atribuídas. Tais entidades da Administração nada mais são que o “mecanismo encontrado pelo Estado para permitir um amplo processo de liberalização e privatização de atividades antes monopolizadas por agentes estatais” (SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez., 2013).

⁵ Neste sentido, como coloca Paula A. Forgioni, “Tendo-se em mente os objetivos da Lei Antitruste, aparece clara, conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas como ‘meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia’. Ou seja, o antitruste já não é encarado apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser considerado *instrumento* ou meio *de que dispõe o Estado para conduzir e conformar o sistema*” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 10ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 198).

⁶ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“SEAE”) (art. 3º da Lei Federal nº 12.529/2011 – “Lei do SBDC”).

constitucionais de “liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (art. 1º, *caput*, da Lei do SBDC), mas não está restrita a setores determinados da economia (como ocorre no caso dos órgãos regulatórios). É extensível a todas as atividades econômicas. Sendo assim, é importante que, no exercício de suas atribuições, tenham cautela, haja vista que o peso dos valores por eles tutelados será variável a depender do tipo de atividade em questão. Focando no valor da “livre concorrência”, deve-se ter em mente que ela não será garantida na mesma intensidade em todo e qualquer setor.

A rigor, em se tratando de setor regulado, a própria entrada e atuação dos agentes econômicos fica condicionada à obtenção de outorgas específicas (autorização, permissão ou concessão) e à observância do arcabouço regulatório existente, que acabam por condicionar o nível de competitividade que poderá ser verificada no setor em questão.⁷ Embora tenha havido parcela de liberalização de atividades antes exercidas diretamente pelo Estado, isso não significa que haja espaço para a livre iniciativa e livre concorrência de forma irrestrita.

Essa circunstância pode trazer dificuldade na compatibilização da regulação e do antitruste, demandando certa maturidade por parte do órgão antitruste para entender o grau de competitividade desejável em cada uma das atividades econômicas. Ambas (regulação e política

⁷ Tratando das atividades de titularidade estatal, denominadas serviços públicos, Eduardo Jordão, corretamente, aponta que “[a] toda evidência, portanto, o regramento constitucional afasta a incidência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência para os serviços públicos – ao menos, é preciso reconhecer que eles não incidem para gerar deveres ao legislador. Dito mais concretamente, neste campo específico, não há direcionamento constitucional no sentido de que se deva permitir tanta concorrência quanto seja possível do ponto de vista estrutural (ou econômico) do serviço. A Constituição confere ao Poder Público (à União, aos Estados Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme a sua própria competência) a *decisão política* de submeter ou não a prestação dos serviços públicos à racionalidade concorrencial. Ainda mais: nos casos em que o Poder Público decida pela abertura do serviço à concorrência, cabe-lhe ainda a decisão a propósito do grau e intensidade da competitividade que nele se estabelecerá” (JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 48).

antitruste) são ferramentas de efetivação de política pública maior – a política de Estado voltada a reger a forma de intervenção do estado no domínio econômico –, sendo necessário que haja, na maior medida possível, harmonia e coordenação em sua atuação. A descrição dessa dinâmica, todavia, pode parecer desestimular qualquer tipo de inovação em setores regulados. Isso se deve ao fato de que a regulação é criada a partir dos modelos de negócio conhecidos e aplicáveis em determinada época.

Ocorre que, com o passar dos anos, novas funcionalidades, serviços ou produtos podem surgir, tornando obsoletos os modelos até então aplicáveis. A inovação é imprevista, incerta. A regulação lida com aquilo que é certo e busca trazer estabilidade ao setor, podendo acabar por restringir a competição em setores – o que pode ser encarado como problemático por entrantes, que buscam introduzir inovações, e, também, pela autoridade antitruste. Isso pode gerar uma tensão natural entre ambos.

Em muitos casos, porém, a própria legislação de regência de órgãos reguladores, a partir da utilização de termos abertos, traz o embrião para futuras modificações, capazes de permitir alguma adaptabilidade e, com isso, tornar o ambiente regulatório permeável para inovações e, portanto, capaz de satisfazer postulado da livre concorrência.⁸ A forma pela qual a inovação pode ser incorporada, todavia, não ocorrerá da mesma maneira que em ambientes não regulados. A rigor, na hipótese de surgimento de novo serviço ou produto que não se amolde ao (ou conflite com) o arcabouço regulatório, a sua regular prestação ou comercialização pode

⁸ Neste sentido, exemplificativamente, a Lei Federal nº 9.472/1997, que trata sobre os serviços de telecomunicações, setor regulado pela ANATEL, prevê o dever de o Poder Público “criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo” e de “criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País” (art. 2º, V e VI). Um segundo caso é o da Lei Federal nº 9.478/1997, que, tratando sobre o setor elétrico, regulado pela ANEEL, estabelece como objetivos da política energética, dentre outros, a necessidade de se “promover o desenvolvimento”, “promover a livre concorrência”, “ampliar a competitividade do país” e atrair investimentos (art. 1º, II, IX, X, XI e XVI). Em sentido semelhante, no setor de infraestrutura e operação de transportes aquaviário e terrestre, regulados pela ANTAQ e ANTT, coloca-se, em meio aos princípios aplicáveis, o estímulo ao “desenvolvimento de tecnologias” (art. 11, XII, da Lei Federal nº 10.233/2001).

depende de mudanças institucionais ou regulatórias. Tal circunstância, se decorrente do arcabouço regulatório legalmente estabelecido pelo órgão regulador competente, deve ser respeitada pelos órgãos antitrustes, haja vista não existir hierarquia entre ambos – os quais, todavia, poderão se valer dos mecanismos existentes para contribuir para a revisão do arcabouço existente que seja incompatível com a inovação.

Neste contexto, é importante a existência de mecanismos capazes de permitir adaptabilidade, de forma a tornar os setores permeáveis a inovação diante de novas tecnologias, produtos ou serviços. Para isso, a depender do cenário, é preciso que haja uma *alteração orgânica* para a criação, modificação ou extinção de competências para órgãos e entidades já existentes ou, até mesmo, a criação ou extinção de órgãos e entidades. No entanto, também é possível que surja a necessidade de *criação, modificação ou mesmo extinção de atos normativos de órgãos reguladores*. Tais mecanismos serão aprofundados na sequência.

3. Importância do experimentalismo e ferramentas capazes de viabilizar a inovação

Para tornar o ambiente regulatório permeável à inovação, diferentes providências podem ser necessárias. O *arranjo institucional e de competências* dos órgãos pode ter que ser adaptado, seja por reinterpretação da sua abrangência (quando o texto legal der margem a isto, o que é desejável),⁹ seja por meio de processo legislativo próprio (para a criação,

⁹ A complexidade do processo de criação ou modificação das atribuições de determinado órgão regulatório foi analisada, com profundidade, por David A. Hyman e William E. Kovacic, que reconhecem múltiplas formas de adaptabilidade do arranjo de competências. Os autores apontam para a existência de 4 (quatro) alternativas: (i) escolha legislativa no sentido de conferir novas atribuições a agências, (ii) acidentes ou fortuitos, em que, por circunstâncias de ordem prática, um determinado órgão acaba por absorver competências adicionais; (iii) alterações tecnológicas, em produtos ou serviços, permitindo que, diante de eventual lacuna, determinado órgão absorva funções regulatórias sobre tais atividades; e, por fim, (iv) redução das competências por opção legislativa (KOVACIC, William E; HYMAN, David A. *Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: divide or conquer?* Illinois Program in Law, Behaviour and Social Science Paper, No. LE12-14).

extinção ou modificação de órgãos e entidades existentes). Outra ação que pode se mostrar necessária é a modificação do próprio *regime jurídico aplicável* ao setor em decorrência das normas regulatórias existentes. Tais normas podem ser estabelecidas em lei, o que faz com que a sua alteração demande prévia observância do processo legislativo. Contudo, em boa parte dos casos, será possível a adaptação de normas infralegais para que o arcabouço regulatório se torne compatível com novos produtos e serviços – esta será a situação aprofundada neste capítulo.

Uma das características inerentes à regulação é, em nossa visão, o *experimentalismo*: a necessidade de serem testadas soluções para situações concretas que possam ser, com o tempo, revistas. O fato de as leis setoriais optarem, muitas vezes, por estabelecer conceitos abertos, permitindo que as respectivas agências reguladoras exerçam um poder normativo mais amplo do que aquele de mera execução dos termos legais,¹⁰ cria ambiente propício para a adaptabilidade da regulação. Dependendo de alterações legislativas pode ser opção morosa para conferir soluções às necessidades verificadas em concreto e para dar resposta à insuficiência do arcabouço regulatório. Nada mais natural que o arranjo regulatório possua grau de maleabilidade, viabilizada mediante o exercício do poder normativo das agências.

A adaptabilidade das normas regulatórias infralegais pode ser instrumento hábil para viabilizar a introdução de novos produtos e serviços, assegurando, portanto, que haja a possibilidade de inovação e desenvolvimento em tais setores. Seguindo esta linha, a Lei Federal nº 13.874/2019 (“Lei de Liberdade Econômica”) trouxe previsão voltada a cristalizar a diretriz de incentivo à inovação e introdução de novas tecnologias, inclusive em setores regulados, nos termos de seu art. 3º.¹¹

¹⁰ Sobre a legalidade do poder normativo ampliado as agências, verificar ALENCAR, Leticia Oliveira Lins de. Participação popular na elaboração de atos normativos por Agências Reguladoras federais: uma análise da experiência acumulada nos últimos 20 anos. In.: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 217-243.

¹¹ Art. 3º da Lei de Liberdade Econômica: “São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País,

Diante da ampla abrangência da Lei de Liberdade Econômica, pode surgir dúvida quanto à sua aplicabilidade aos setores regulados de que trata este trabalho. Em nossa visão, todavia, esta lei é aplicável, haja vista que seu art. 1º indica, expressamente, que as suas normas regulam o art. 174 da Constituição Federal, o qual trata sobre a atuação do Estado regulador de forma ampla.¹²

Por vezes, o arcabouço regulatório pode estabelecer disposições que impeçam, em alguma medida, o desenvolvimento tecnológico. Sendo assim, o art. 3º, VI, da Lei de Liberdade Econômica pode ser plenamente aplicável para tais setores – e, ainda que se entenda pela inaplicabilidade deste artigo a setores regulados, o requerimento a que alude este dispositivo legal poderia, de toda forma, ser aduzido perante qualquer órgão regulatório com fundamento no direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/1988).

observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos”.

¹² Sobre a amplitude da noção de Estado regulador previsto no art. 174 da CF/1988, Floriano de Azevedo Marques Neto coloca que: “[a] atuação do Estado (com os mecanismos decorrentes do poder extroverso que lhe são próprios) como agente de regulação da ordem econômica é, como dissemos, um imperativo constitucional (expressamente previsto no artigo 174 da CF). E tal função reguladora, reiteramos, deve-se dar tanto sobre atividades econômicas em sentido estrito (aquelas cuja exploração está sujeita ao regime privado, de mercado), quanto sobre aquelas atividades que tenham sido eleitas pela Constituição ou pela lei como serviços públicos. Se nestas últimas a regulação estatal é inerente ao próprio regime de prestação, naquelas a regulação também se justificara caso estejamos diante de um setor relevante ou essencial da vida econômica” (*Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 42).

Sobre o âmbito de aplicação da Lei da Liberdade Econômica, verificar ALENCAR, Leticia Lins de. O abuso do poder regulatório e seu controle: comentários ao art. 4º da Lei 13.874/2019. In.: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (org.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 484-49.

No entanto, a revisão do arcabouço normativo, de forma a flexibilizar a aplicação de normas infralegais determinadas, deve observar determinadas balizas. A rigor, o referido dispositivo legal não autoriza automático afastamento das normas infralegais, devendo ser observado “regulamento”. No caso dos órgãos reguladores de que trata este trabalho, é imprescindível a compatibilidade entre o disposto neste artigo de lei com as exigências estabelecidas na Lei Federal nº 13.848/2019 (“Lei das Agências Reguladoras”) para afastamento das normas aplicáveis a setores regulados.

Sendo assim, o afastamento de normas regulatórias vigentes em prol da introdução de novos produtos, serviços ou tecnologias deve, em nossa visão, observar regras procedimentais estabelecidas na Lei das Agências Reguladoras e na legislação setorial específica. Isso significa que deverá ser realizada, para a revisão e flexibilização de normas, prévia análise de impacto regulatório (“AIR”), que deverá conter informações e dados sobre as alterações pretendidas no ato normativo (art. 6º da Lei das Agências Reguladoras). Ao final da AIR, deve ser elaborado um relatório, em relação ao qual o conselho diretor ou diretoria da agência deverá se manifestar, avaliando a adequação da proposta de alteração do ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando, inclusive, se os impactos estimados recomendam a sua modificação e, se for o caso, quais as cautelas a serem consideradas (art. 6º, par. 3º, da Lei das Agências Reguladoras).¹³

Em tais procedimentos de participação popular para a edição de atos normativos em geral, tem sido frequente o encaminhamento de críticas e contribuições pela SEAE, na qualidade de órgão de advocacia da concorrência (art. 19, I, da Lei do SBDC), a fim de que sejam considerados aspectos concorrenciais pelo órgão regulador na edição da norma. Mais do que legalmente prevista, trata-se de atuação desejável, já que

¹³ A respeito destas outras modalidades de procedimento de participação popular, verificar ALENCAR, Leticia Oliveira Lins de. Participação popular na elaboração de atos normativos por Agências Reguladoras federais: uma análise da experiência acumulada nos últimos 20 anos. In.: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 217-243.

capaz de contribuir para que a agência possua visão holística acerca dos impactos da norma que se pretende editar ou alterar e, também, de evitar conflitos posteriores à edição da norma com o órgão antitruste.

Para ilustrar a situação de revisão de arranjo regulatório com o objetivo de admitir a implantação de nova modalidade de infraestrutura ou serviço, vale citar um exemplo relativamente recente. O arcabouço regulatório aplicável ao setor portuário prevê a possibilidade de exploração de terminais públicos por meio de *contrato de arrendamento* e de outros tipos de instalação portuária (terminais privados, estação de transbordo de cargas, instalação portuária pública de pequeno porte e instalação portuária de turismo) mediante *autorização*.

Há alguns anos, surgiu debate acerca da possibilidade de implantação de terminais portuários flutuantes, cuja armazenagem de produtos se localizaria em águas. A efetiva introdução desta modalidade de infraestrutura pode gerar elevada assimetria regulatória com as demais figuras existentes, haja vista que este tipo de instalação não se subsume às categorias de terminais portuários já existentes, de modo que a sua mera admissibilidade, sem revisão do arcabouço regulatório existente, pode acabar por trazer condições de competição diferenciadas entre os diferentes agentes e, se não forem previstas regras adequadas para os entrantes, danos aos usuários dos serviços.

A discussão foi levada a público, pela ANTAQ, por meio da realização da Audiência Pública nº 03/2015, sem que tivesse sido realizada, contudo, prévia análise de impacto regulatório – a qual tampouco era obrigatória, à época, haja vista a ausência de dispositivo legal determinando sua realização. Após a audiência pública realizada, foi publicada a Resolução Normativa nº 13/2016, dispondo sobre o registro de instalações de apoio ao transporte aquaviário, entre as quais estariam as denominadas “instalações flutuantes fundeadas em áreas jurisdicionais brasileiras” (art. 2º, I).

Embora alguns aspectos deste caso específico possam ser questionados do ponto de vista jurídico – como, por exemplo, o fato de que, na essência, tais instalações são portos marítimos e que, à luz da Constituição Federal, sua exploração deve ocorrer por meio de outorga estatal,

não sendo admitido mero “registro” –, a situação demonstra que, na prática, é possível a revisão do arcabouço regulatório com o objetivo de adaptar a regulamentação às novas tecnologias, tendo sido utilizados alguns dos instrumentos procedimentais indicados acima.

A necessidade de observância de regras procedimentais para que a regulação possa evoluir pode ser encarada como empecilho para a introdução de novos produtos e serviços e, portanto, para que os postulados da livre iniciativa e da livre concorrência sejam efetivados. Com efeito, a flexibilização do arcabouço regulatório pode, em muitos casos, demandar tempo e recursos até que seja viabilizada e, ademais, não é certo que ela ocorrerá, tendo em vista que, a depender do resultado dos atos procedimentais praticados, pode-se chegar à conclusão de que não é conveniente a sua modificação. Apesar dessa percepção, como já dito, os valores da livre iniciativa e da livre concorrência não são absolutos e devem ser compatibilizados com os demais princípios que regem a ordem econômica brasileira. Houve opção estatal no sentido de condicionar a livre iniciativa e a livre concorrência em tais setores regulados.

Por se tratar de setores estratégicos, cujo desenvolvimento de atividades, por parte dos agentes econômicos, pode demandar o dispêndio de capital intensivo, sendo necessária a existência de estabilidade e segurança jurídica, e, também, diante das preocupações com a efetivação de direitos dos usuários, justifica-se o rigor para a introdução de mudanças que possam afetar significativamente a dinâmica do setor, haja vista os impactos potencialmente produzidos por tais inovações.¹⁴

Nos últimos anos, houve notória evolução, a partir da edição de diplomas normativos diversos, que, em comum, buscam a *harmonização* da atuação de órgãos reguladores com os órgãos antitruste, que, muitas vezes, se sentem mais inclinados a enxergar com bons olhos a introdução de novos produtos e serviços. A partir da observância dos procedimentos

¹⁴ A observância dos procedimentos aqui descritos deve ser encarada como a forma de viabilizar a sua introdução no mercado. Por muitos anos, pouco se falava sobre a flexibilização do arcabouço regulatório para introduzir novos produtos ou serviços, uma vez que, da análise da legislação aplicável, nem sempre era possível identificar regras claras capazes de indicar o modo pelo qual isso poderia ocorrer.

descritos ao longo deste capítulo, mitigam-se, em alguma medida, os impactos negativos que poderiam ser provocados a partir de um choque de competências entre tais entidades acerca de questão comum.

Avanços, no sentido da compatibilização do arcabouço regulatório com novos produtos e serviços, ainda são possíveis. Outras ferramentas poderiam ser incorporadas na legislação com o objetivo de amadurecer a escolha regulatória pela flexibilização, ou não, das regras regulatórias aplicáveis.

Uma alternativa que poderia ser incorporada à praxe regulatória é a de se conceder espécie de “autorização para teste”, já adotada, inclusive, por certos órgãos ambientais, como, por exemplo, a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo e a CETESB. Para os casos em que o interessado comparece para solicitar a emissão de licença ambiental para o desenvolvimento de atividade cujos impactos ao meio ambiente são incertos, ainda não regulamentadas, estes órgãos ambientais possuem regras próprias que lhes autorizam a emitir autorização/licença para teste.¹⁵ Por meio desta ferramenta, o órgão ambiental autoriza o particular a exercer, por prazo determinado, a atividade, e monitora seus efeitos. Caso seja verificada a viabilidade de continuidade do exercício da atividade, é possível que a autorização em questão seja convertida em uma licença de operação.

¹⁵ Neste sentido, o Decreto Estadual nº 8.468/1976, ao regulamentar a Lei Estadual nº 997/1976, estabelecendo as regras que norteiam processos de licenciamento perante a CETESB, já previa que: “poderá ser fornecida licença de funcionamento a título precário, com validade nunca superior a 6 (seis) meses, nos casos em que for necessário o funcionamento ou operação da fonte, para teste de eficiência do sistema de controle de poluição do meio ambiente” (art. 64). No mesmo sentido, o Decreto Estadual nº 47.400/2002, que regulamenta o licenciamento de que trata a Lei Estadual nº 9.509/1997, conduzidos pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, estabelece que “poderá ser concedida autorização para teste, previamente à concessão da licença de operação, em caráter excepcional e devidamente fundamentada pelo órgão licenciador, que será estabelecida em razão do período necessário para avaliar a eficiência das condições, restrições e medidas de controle ambiental, impostas à atividade ou ao empreendimento, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo de 180 (cento e oitenta) dias” (art. 2º, § 2º).

Em sentido semelhante, a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) veiculou sua Instrução nº 626, de 15 de maio de 2020, que dispõe sobre regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental (*sandbox regulatório*). Seu objetivo é exatamente o de disciplinar ambiente regulatório experimental, em que as pessoas jurídicas participantes poderão receber autorizações temporárias para testar modelos de negócio inovadores em atividades no mercado de valores mobiliários regulamentadas pela CVM. A implementação do *sandbox regulatório* tem por finalidade servir como instrumento para proporcionar, dentre outros aspectos (art. 1º, parágrafo único): (i) fomentar a inovação no mercado de capitais; (ii) diminuir custos e tempo de maturação para desenvolver produtos, serviços e modelos de negócio inovadores; (iii) aumentar a visibilidade e a tração de modelos de negócio inovadores; (iv) aumentar a competição entre prestadores de serviços e fornecedores de produtos financeiros no mercado de valores mobiliários.¹⁶

Algo semelhante poderia ser utilizado em setores regulados. Com isso, permite-se que o órgão de advocacia da concorrência, ao juntar contribuições, possam avaliar os efeitos práticos produzidos em determinado tempo, a fim de que seja possível identificar os efeitos concretos da modificação do arranjo regulatório em vigor. Para a incorporação do mecanismo da “autorização para teste” (ou de *sandbox regulatório*) na praxe regulatória, todavia, seria necessária a edição de ato normativo próprio autorizando sua outorga em hipóteses determinadas, estabelecendo os requisitos para sua concessão.

Para resumir o quanto exposto ao longo deste item: o fato de a regulação impor condicionamentos à entrada e à atuação dos agentes econômicos em determinado setor não significa que haja completo óbice à inovação e desenvolvimento de novos produtos e serviços. Mudanças são naturais e nosso ordenamento não é incompatível com a sua incorporação à praxe regulatória. Procedimentos legalmente previstos, todavia,

¹⁶ O modelo de negócio inovador é caracterizado como “atividade que, cumulativamente ou não: a) utilize tecnologia inovadora ou faça uso inovador de tecnologia; ou b) desenvolva produto ou serviço que ainda não seja oferecido ou com arranjo diverso do que esteja sendo ofertado no mercado de valores mobiliários” (art. 2º, IV).

devem ser respeitados. Note-se que, embora a inovação e o desenvolvimento sejam desejáveis, não faz sentido que o ordenamento jurídico sucumba ou seja preterido em seu benefício, sob o argumento de que ela encontraria guarida na livre iniciativa e na livre concorrência. Estes são apenas alguns dos postulados que regem a ordem econômica, que devem ser compatibilizados com outros, não sendo aplicáveis de forma absoluta – especialmente nos casos em que se tem atividades sujeitas à regulação estatal, que tutelam, ao lado destes, outros valores.

4. Interação entre o órgão regulatório e o antitruste: balizas para uma atuação harmônica e consequencialista

É possível que, diante da criação de novos produtos ou serviços e da existência de algum tipo de barreira regulatória à entrada, as autoridades antitruste se sintam inclinadas a entender pela necessidade de flexibilização das regras em vigor, a fim de que a livre concorrência seja fomentada. Nestes casos, a atuação do órgão antitruste irá de encontro com o arcabouço regulatório em vigor.

Este tipo de situação, embora seja capaz de conferir resposta célere, viabilizar a introdução de novas tecnologias e juridicamente não ser vedada, haja vista as competências decisórias conferidas ao Tribunal Administrativo do CADE, não nos parece desejável. Além da possibilidade de criação de assimetria com os agentes econômicos já atuantes no setor, trazendo custos e obrigações diferenciadas a agentes que exercem atividades semelhantes ou idênticas, esse tipo de interferência no ambiente regulatório pode frustrar a expectativa de retorno dos agentes que tenham tomado decisões de investimentos significativas no âmbito, por exemplo, de projetos concessórios, dando origem a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, entre outros. Ademais, este tipo de intervenção acaba por aumentar a insegurança jurídica e, também, o denominado “risco Brasil”, podendo encarecer ou desestimular a participação da iniciativa privada, sobretudo novos investidores, em projetos públicos governamentais. Por fim, insatisfações oriundas deste tipo de situação não raro

tendem a ser submetidas à apreciação do poder judiciário, intensificando as incertezas existentes.

Outros impactos negativos, não vislumbrados quando se considera somente o ideal de fomento à livre concorrência e à livre iniciativa, podem ser materializados, caso a autoridade antitruste não os leve em consideração. Por essa razão, nos casos em que os órgãos antitruste entendam pela necessidade de atualização das normas regulatórias, o ideal é que sejam *privilegiadas* soluções pautadas em uma *interação harmônica* com o órgão regulatório competente.

A legislação brasileira tem incentivado essa vertente de interação entre autoridades regulatórias e antitruste. A Lei do SBDC prevê a colaboração como via de mão dupla: tanto os órgãos do SBDC devem colaborar com as atividades das agências, como, também, as agências com os processos em curso perante os órgãos antitruste. É prevista a competência da SEAE para (i) “opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras” (art. 19, I); (ii) “propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País” (art. 19, VI).¹⁷

Do mesmo modo, leis setoriais diversas contemplam disposições específicas para nortear a cooperação das agências com o CADE.¹⁸

¹⁷ Além disso, à Superintendência-Geral compete, de forma geral, “orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei” (art. 13, XIII), sendo possível que, com fundamento nesta atribuição específica, o órgão faça recomendações específicas às agências em relação à revisão de seu arcabouço regulatório. Por fim, a Lei do SBDC também traz regra voltada a permitir que outros órgãos e entidades públicas, entre as quais as agências reguladoras, prestem “toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência” (art. 9º, § 3º).

¹⁸ No setor de petróleo, gás e bicomustíveis, consta previsão na Lei Federal nº 9.478/1997 (editada sob a vigência da revogada Lei Federal nº 8.884/1994) no

Com a edição da Lei das Agências Reguladoras, porém, foi dispensado tratamento sistêmico ao tema, aplicável à relação entre diversas agências reguladoras federais e os órgãos integrantes do SBDC. Neste sentido, esta lei estabelece que “as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências” (art. 25). Além disso, dedica disposições específicas para garantir o auxílio e cooperação das agências aos órgãos de defesa da concorrência (art. 26 e 27).

Sendo assim, em caso de constatação, por parte dos órgãos de defesa da concorrência, de que seria desejável alguma alteração das normas regulatórias infralegais, é plenamente possível que, valendo-se dos instrumentos de cooperação institucional, sejam direcionadas às agências competentes solicitação de instauração de processo voltado à revisão de normas ou, na hipótese de o processo de modificação já ter sido iniciado, podem ser encaminhadas contribuições e análises por parte dos órgãos antitruste. Desta forma, assegura-se previsibilidade aos demais agentes econômicos, ao mesmo tempo que se permite a adaptabilidade das normas regulatórias às novas circunstâncias verificadas em concreto.

Uma atuação incisiva por parte de autoridades antitruste, no sentido de impor a revisão de atos normativos às agências reguladoras, de forma a viabilizar a introdução de novos produtos e serviços, não deveria ter cabimento nos dias atuais em função da existência de ferramentas capazes de propiciar a atuação harmônica entre tais entidades. Tais soluções

sentido de que “quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente” (art. 10). Outro exemplo pode ser extraído da lei de regência da ANTT e ANTAQ, que dispõe que “a Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso” (art. 31).

devem ser privilegiadas, haja vista a complexidade dos interesses envolvidos.

É plenamente possível, todavia, que, mesmo após a provocação de terceiros ou do órgão antitruste, determinada agência nada faça, mantendo-se inerte e não buscando alternativas para acomodar, adequadamente, novos produtos e serviços ou para, motivadamente, recursar-se a admiti-los. Não me parece que, diante de casos de inércia ou omissão (que podem ser decorrentes, inclusive, da captura da agência por determinados grupos de interesse) ou de uma negativa carente de motivação, devam os órgãos antitruste se absterem de atuar, de forma contenciosa, inclusive. Nesta hipótese, contudo, deverá o CADE assumir o “ônus do regulador”,¹⁹ na análise quanto à necessidade de o arranjo regulatório sofrer algum tipo de flexibilização para permitir o desenvolvimento das novas atividades.

Nestes casos, é preciso reconhecer a complexidade dos valores a serem tutelados e, para isso, as mesmas ferramentas de que dispõem as autoridades regulatórias podem ser manejadas pelo órgão antitruste na busca de uma solução. Com efeito, não há óbices para a realização de

¹⁹ A expressão foi utilizada por Carlos Ari Sundfeld, que, ao tratar sobre a interferência do Poder Judiciário em atos da administração pública, baseando-se em princípios ou valores genéricos, estabeleceu condicionantes específicas para nortear a atuação dos julgadores. De acordo com este autor: “[n]osso sistema pode suportar a delegação da tarefa de regular ao Judiciário. Pode até admitir a substituição de regulações legais ou administrativa por outras, criadas pelos juízes. Mas é preciso que estes cumpram os mesmos ônus que têm os reguladores. Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial. Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário, teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das instituições e dos azares [...]” (*Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83-84).

audiências e consultas públicas no âmbito de processos administrativos conduzidos pelo CADE, até mesmo porque tais mecanismos encontram-se expressamente previstos nos arts. 31 e 32 da Lei Federal nº 9.784/1999.

A utilização de tais expedientes é importante, pois, ao oportunizar que eventuais interessados ou afetados pela medida possam se manifestar, permite-se levar ao conhecimento da autoridade antitruste outros impactos oriundos de flexibilização das normas regulatórias, não tão viáveis em análise superficial do tema ou focada na perspectiva do fomento à livre concorrência e à livre iniciativa. As técnicas de AIR também podem ser relevantes em tais situações, sendo possível, para esta finalidade, a solicitação de pareceres do próprio órgão regulador competente, como previsto na Lei do SBDC e na Lei das Agências Reguladoras.

Vale destacar que esta recomendação, longe de se tratar de uma mera teorização do tema, encontra fundamento legal, já que o Decreto-lei nº 4.657/1942, conforme alterado pela Lei Federal nº 13.655/2018 (“LINDB”), passou a prever o dever de consequencialismo dos julgadores ao decidir com base em valores abstratos (o que ocorreria, por exemplo, no caso de decisão fundamentada na noção de livre concorrência) ou que tenha como efeito, ainda que indireto, o afastamento de uma norma administrativa (arts. 20 e 21).²⁰ Tais dispositivos demandam a demonstração da necessidade e da adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas, e indicação das consequências jurídicas e administrativas da decisão.

²⁰ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

De toda forma, independentemente da adoção das cautelas indicadas acima, a intervenção do órgão antitruste no arranjo regulatório deve constituir solução residual, a ser adotada em casos excepcionais e nos quais haja indícios de atuação propositadamente tendenciosa.

Diante do exposto, verifica-se que os órgãos reguladores e antitruste podem exercer papel fundamental para viabilizar a introdução de novos produtos e serviços em setores regulados. A forma de interação entre eles, via de regra, deve ser pautada na cooperação, no diálogo, existindo variados mecanismos e expedientes a serem adotados para que seja avaliada a conveniência e oportunidade da flexibilização das normas regulatórias.

Esta diretriz, longe de se tratar de mera recomendação teórica, parece ter sido escolha do próprio legislador, que estabeleceu, na legislação aplicável ao SBDC e às agências reguladoras, ferramentas específicas para viabilizar essa interação, cabendo à agência a palavra final, todavia. Apenas em situações residuais e excepcionais, como, por exemplo, de omissão ou de uma negativa imotivada, caberá aos órgãos antitruste postura mais incisiva voltada a avaliar a necessidade, ou não, de revisão do arcabouço regulatório de forma a viabilizar a introdução de novos produtos ou serviços, decisão esta que deverá, todavia, observar o dever de consequencialismo a que se refere a LINDB.

5. Considerações finais

O arcabouço regulatório existente, com alguma frequência, pode se mostrar conflitante com a inovação. Deve existir, portanto, a possibilidade de normas regulatórias serem revistas, sob pena de a livre concorrência e a livre iniciativa sucumbirem em detrimento de um modelo regulatório que, rapidamente, pode se tornar ultrapassado. Trata-se de imperativo de ordem prática, que traz dilemas frequentemente verificados na vida cotidiana. Na medida em que a regulação e o SBDC nada mais são do que ferramentas voltadas à concretização da política econômica, cujas balizas estão delineadas no texto constitucional, é importante que a utilização dessas ferramentas ocorra, na maior medida possível, de forma

harmônica e levando-se em consideração a complexidade na compatibilização dos diferentes valores previstos no art. 170 da CF/1988.

É impossível antever, com precisão, quais necessidades futuras surgirão e se o arranjo regulatório e concorrencial será capaz de conferir solução adequada. A depender do cenário, é preciso que haja uma demanda de *alteração orgânica* para a criação, modificação ou extinção de novos órgãos e entidades. No entanto, também é possível que surja a necessidade de criação, modificação ou mesmo extinção de *atos normativos*. Para este último caso, a legislação aplicável às agências reguladoras e ao SBDC dispõe de mecanismos capazes de viabilizar uma atuação harmônica entre o órgão regulador competente e autoridade antitruste.

A partir da utilização dos procedimentos previstos em lei, não há dúvida quanto à possibilidade e à forma pela qual ajustes podem ser implementados no arranjo regulatório de forma a viabilizar a sua adaptabilidade e o experimentalismo, sendo desejável que, em meio a este processo, órgãos antitruste contribuam ativamente, apresentando suas ponderações e recomendações ao regulador.

É verdade que há muito a ser aperfeiçoado e a introdução de determinados institutos – como, por exemplo, o da autorização para teste, como sugerido neste trabalho – podem contribuir para que haja uma resposta célere do órgão regulador. Contudo, os avanços legislativos já verificados não podem ser desconsiderados e devem ser colocados em prática.

Referências bibliográficas

ALENCAR, Leticia Lins de. O abuso do poder regulatório e seu controle: comentários ao art. 4º da Lei 13.874/2019. In.: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (org.). Lei da Liberdade Econômica Anotada. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 484-491.

_____. Participação popular na elaboração de atos normativos por Agências Reguladoras federais: uma análise da experiência acumulada nos últimos 20 anos. In.: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA,

Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 217-243.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 10ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KOVACIC, William E; HYMAN, David A. *Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: divide or conquer?* Illinois Program in Law, Behaviour and Social Science Paper, No. LE12-14.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.