

Abuso de poder regulatório: por que o tema incomoda tanto?

Amanda Flávio de Oliveira

Recentemente, circulou na *web* um *meme* que fazia graça sobre o sentimento de se viver no Brasil atual. Segundo ele, viver no Brasil atualmente corresponde a estar no garrafão de um jogo de basquete, com a bola nas mãos, prestes a fazer uma cesta de três pontos e ser surpreendido com uma mudança abrupta de cenário, passando a ser um jogo de futebol, você se encontrando na pequena área adversária com a bola na mão e o juiz apitar o pênalti. Às vezes, *memes* podem ser muito sem graça. Sobretudo quando eles fotografam com precisão a verdade que não quer ser exposta. A experiência na advocacia permite colecionar manifestações de surpresa assim, emanados de agentes econômicos que se dispuseram, apesar de tudo, a investir no Brasil.

Curiosamente, no entanto, medidas oficiais para se reverter o quadro de insegurança atual têm recebido algumas críticas contundentes. Costumam ser expressões de críticos apegados à narrativa jurídica e que se esquecem de compará-la à realidade irrefutável.

É o caso do novo ilícito do abuso de poder regulatório, positivado de forma inédita no art. 4º da Lei n. 13.874/2019. Fundamentando-se nele, a SEAE/ME, Secretaria integrante da estrutura do Ministério da Economia e responsável pela promoção da cultura concorrencial entre entes públicos, vem desenvolvendo novos programas para identificação de possibilidades de aprimoramento da regulação no país, de forma mais alinhada ao princípio constitucional da liberdade da concorrência.

Não que a SEAE/ME já não o fizesse, ou que somente a partir da nova lei tenha se autorizado à Secretaria assim agir. Ao contrário, embora a chamada “advocacia da concorrência” constitua uma atribuição das autoridades antitruste no Brasil ainda em processo de maturação, é de se registrar estar prevista na lei antitruste já há algum tempo e em evolução consistente ao longo dos últimos anos.

Ocorre que a nova disciplina do “abuso do poder regulatório”, incluída na Lei de Liberdade Econômica, traz consigo instrumentais novos, e lista como abusivas, em rol não exaustivo, medidas anticompetitivas (e, portanto, ilegais) que podem estar sendo ou vir a ser implementadas pelo Estado no exercício de sua atividade regulatória. Embora crescente, a atuação estatal em advocacia da concorrência ainda se revela tímida, e ao serem incluídas em texto de lei, identificadas como espécies de agressão ao direito fundamental à livre iniciativa, as tipologias de abuso constituem instrumental novo para o acirramento do exercício dessa atribuição.

Entre as acusações que o novo ilícito vem recebendo, destaca-se a opinião de que se trataria de uma concepção “ultraliberal” ou “anti-Estado”.

Inicialmente, é de se entender o que essas expressões querem dizer. Desconhece-se a primeira delas, embora a concepção de um modelo de Estado Liberal seja amplamente desenvolvida, em todas as suas Escolas e nuances, em um farto material bibliográfico. A inclusão de um prefixo que denota “extremo” ao termo “liberal” revela o tom crítico apriorístico e de julgamento de valor. Tampouco se pode considerar as ideias liberais próprias de um pensamento “anti-Estado”. Liberalismo não se confunde com uma proposta de Estado anárquico.

Mas o fato é que já são sedimentadas no ordenamento jurídico hipóteses de *abuso de direito*, algumas delas no próprio texto constitucional, e amplamente aceitas. É o caso, por exemplo, do instituto do *abuso de poder*, previsto no art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a”, CR/88, como apto a autorizar o exercício constitucional do direito de petição. Ou do mesmo *abuso de poder* capaz de autorizar o manejo de *habeas corpus* (art. 5º, inc. LXVIII, CR/88) e do mandado de segurança (art. 5º, inc. LXIX, CR/88). Também a Constituição de 1988 desautoriza o *abuso de poder econômico* em processos eleitorais (art. 16, par. 10, CR/1988), bem como, no Título VII, destinado à disciplina da Ordem Econômica, tema caro aos estudiosos da regulação, veda-se o *abuso do poder econômico* que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 174, par. 3º, CR/1988).

A disciplina do *abuso de direito* já se encontra há muito consolidada no Direito como uma espécie de ato ilícito¹. Nessa condição, o abuso do direito constitui um *ato lesivo a direito de outra pessoa*, e que, por isso, requer coibição pelo ordenamento jurídico. Assim, *o novo ilícito positivado, denominado “abuso de poder regulatório”, constitui tão-somente um instituto contemporâneo sustentado em um fundamento consolidado*.

O novo ilícito também tem sofrido alegações de propugnar por um vácuo regulatório que causa insegurança jurídica. Não é isso que a realidade nos informa. Ao contrário, é de se reconhecer que parcela considerável dos processos de controle de condutas das empresas em tramitação e julgamento no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) se relaciona a mercados regulados². A prática na advocacia igualmente revela a angústia de agentes econômicos submetidos a múltiplas autoridades e, em alguns casos, devendo atendimento a normas ou diretrizes conflitantes entre si³. Isso sem mencionar a proliferação desmedida de normas, autoridades, sempre crescente na história econômica brasileira recente, isso, sim, gerando custos e desincentivos à atividade econômica, além de pura insegurança jurídica mesmo.

O decantado movimento rumo a um Estado Regulador, técnico, árbitro de interesses privados, e que concederia ao particular o protagonismo na condução da atividade econômica, revelou-se uma promessa descumprida. Entre a teoria e a prática do modelo no País houve significativas inconsistências. O Estado remanesceu grande e pesado, alterando apenas a forma de se manifestar sobre a atividade econômica. A regulação econômica, assim entendida como toda e qualquer forma de intervenção estatal na economia, seja por meio de agências reguladoras ou não, segue aumentando em volume e

¹ O saudoso civilista Caio Mario da Silva Pereira assim o classificava. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, vol 1., p. 451; nesse sentido, foi tal conceituação positivada no artigo 187 do Código Civil de 2002.

² Recomenda-se o vídeo do *webinar* sobre abuso de poder regulatório promovido pelo IBRAC em 2020, em que o ponto é tratado: <https://www.youtube.com/watch?v=3-JAe9XumZ8&t=4646s>

³ Um exemplo de atuação conflituosa entre autoridades repousa na cobrança de taxa THC2, que se refere à movimentação de contêineres cobrada pelos terminais molhados aos portos secos³. A discussão sobre a legalidade ou não da cobrança da taxa já dividiu SEAE, CADE, ANTAQ e o Poder Judiciário em posicionamentos distintos, ao longo de muitos anos, em uma discussão com custos inevitáveis para os agentes econômicos e o consumidor brasileiro e em um exemplo paradigmático de atuação estatal que, aí sim, gera-se ineficiência e insegurança jurídica.



OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Abuso de poder regulatório: por que o tema incomoda tanto? WebAdvocacy. www.webadvocacy.com.br. Nº 2, Brasília. 13 de abril. 2021.

detalhamento, em dissonância com sua própria disciplina constitucional, sobretudo em uma interpretação dinâmica do texto.

Voltemos ao *meme* que define de forma lamentavelmente precisa a inquietação experimentada recorrentemente por agentes econômicos no Brasil. A definição clara das regras do jogo mas, sobretudo, *o resgate e a definição inequívoca dos limites intransponíveis da atuação do juiz*, a todos aproveita. Entre a teoria e a prática interventiva estatal no Brasil há um abismo constrangedor e é preciso abrir os olhos para enxergá-lo. Boas intenções e construções teóricas não conduzem, necessariamente, a um resultado venturoso e digno de ser exaltado, defendido e mantido, sobretudo às custas do desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo.