



concorrência em
MERCADOS
REGULADOS

Rodrigo Bernardes Braga

concorrência em
MERCADOS
REGULADOS

concorrência em

MERCADOS

REGULADOS

Rodrigo Bernardes Braga





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

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

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

Todos os direitos reservados.

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

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Leticia Robini
(Imagem de Chuttersnap, por Unsplash)

Diagramação Leticia Robini

Catálogo na Publicação (CIP)

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

ISBN 978-65-5589-008-2

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

CDDir: 341.378

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

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



“É preciso ter dúvidas. Só os estúpidos têm
uma confiança absoluta em si mesmos.”

Orson Welles

I'm a writer and, therefore, automatically a suspicious character.”

Alfred Hitchcock

Outras obras do autor

- *Manual de Direito da Energia Elétrica*: BH, ed. D'Plácido, 2016 (esgotado)
- *Setor Elétrico Brasileiro: Visão Crítica da Geração de Energia*: BH, ed. D'Plácido, 2016
- *Teoria e Prática da Arbitragem*: BH, ed. Del Rey, 2009 (esgotado), com prefácio do Professor Humberto Theodoro Junior.
- *Propriedade Intelectual*, orgs. Luciano Benetti Timm e Rodrigo Bernardes Braga: BH, Arraes, 2011.

Sumário

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

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

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

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

Apresentação

O tema da regulação tem inúmeras faces. Há reflexões teóricas importantes que desaguam na própria discussão sobre a essência e os fundamentos do Direito. Há uma contribuição enorme da economia para construção de soluções regulatórias. Há questões que perpassam transversalmente o direito administrativo. E há, ao redor da regulação, uma miríade de questões práticas, algumas que colhem todos os segmentos da economia e outras que dizem especificamente ao temário de cada setor.

Tal circunstância obriga aqueles que se aplicam a tratar do tema, a combinar visão teórica de estofo e vivência prática nos setores (ao menos em alguns) regulados. A primeira sem a segunda leva a tangenciar o abstracionismo nefelibata. A segunda sem a primeira se convoca numa casualística desconexa típica de manuais.

Assevero isso porque a obra que agora apresento é bom exemplo de como trabalhar bem com a regulação.

O texto de Rodrigo Braga combina muito bem abordagem teórica e enfrentamento de questões práticas.

Praticamente todos os temas chave da teoria da regulação são enfrentados. Da teoria clássica dos serviços públicos à tragédia dos comuns nos bens públicos, das barreiras de entrada às assimetrias regulatórias, os temas são abordados com didatismo e consistência. Tudo escrito com muita elegância e pertinência.

A regulação é a vertente contemporânea de um Estado que deixa de se organizar sobre o modelo comando–controle e passa a gerir a partir do viés do diálogo, da subsidiariedade, da proporcionalidade e do equilíbrio sistêmico. A regulação é, em suma, a nova configuração

do vetusto poder de polícia, em sintonia com a complexidade e a amplitude dos ambientes econômicos contemporâneos. E a moderna regulação desafia (para não dizer erode) os tradicionais institutos do direito administrativo: serviço público (que cede aos serviços de interesse geral), bens públicos (cotejados com as *essential facilities*), regulamentação objetiva (que cede a endoregulação), sanção administrativa (que cede aos acordos substitutivos), o fato é que o cerne do que estudávamos no passado está em discussão. E o livro não foge a estes debates.

Muita vez lemos os textos de direito regulatório e ficamos com a impressão que o autor se aproxima de alguém que se arvora a ser comentarista de automobilismo e nunca teve habilitação para conduzir um veículo automotor. Muito se fala sobre os institutos, sem nem ter um olhar holístico, nem ter conhecimento de como as engrenagens atuam na prática.

Rodrigo é um teórico bem formado, com grande vivência prática nos temas jurídicos de setores regulados. Mesmo sabendo do seu potencial, me surpreendi com o trabalho, que li de uma sentada. É obra que pode tanto servir de apoio a operadores do direito que se defrontem com questões regulatórias, como pode ser utilizado como material didático em cursos de graduação e pós em Direito.

Enfim, é livro para ser lido, depurado e discutido.

Boa leitura.

Floriane de Azevedo Marques Neto
Professor Titular de Direito Administrativo da USP

Apresentação 2

A regulação tem por objetivo fazer com que o resultado produzido por uma máquina, organização ou sistema se aproxime de um “valor de referência” (“*set point*”) almejado ou alcance conformidade aceitável a um determinado “marco regulatório” previamente estabelecido, mantendo-o estabilizado nesse regime de funcionamento ou estado de operação.

Rodrigo, em seu livro, discorre sobre os problemas, os motivos e as soluções enfrentados em setores fortemente regulados, como o setor elétrico, logístico e de telecomunicações. O governo, com o papel de órgão regulador, possui a incumbência e a responsabilidade de ponderar a intensidade da regulação, para não estrangular os agentes regulados e ao mesmo tempo, mantenha o mercado equilibrado.

Em “Concorrência em Mercados Regulados”, o autor quebra o estigma de que regulação e competição são necessariamente antagônicas. Através do regime denominado como *open access*, é facultado o direito de livre acesso aos novos *players* em setores onde haja a presença de um agente monopolista. O livro apresenta casos concretos para ilustrar com vigor a ideia de competição mesmo nos serviços públicos, inclusive com a criação de assimetrias de regimes regulatórios que podem, no limite, distorcer a concorrência.

Embora o autor seja uma autoridade, em vários campos do direito, em “Concorrência em Mercados Regulados”, sobressai-se com grande realce no campo da economia. Sua experiência em setores regulados, durante anos, permitiu-lhe associar a teoria à prática. Bem sabe ele que uma teoria só tem sentido pelos resultados práticos que ela traz. É totalmente vazia e despida de sentido e razão lógica se ela

não tiver aplicabilidade prática. E é exatamente isto que completa e enriquece o livro.

Com todo o orgulho e honra do mundo que tive ao ser convidado para escrever esta apresentação, os convido para apreciarem a obra do meu queridíssimo pai.

Caíque Braga

Filho do autor; Consultor de finanças corporativas –
Formado em economia pelo Ibmec/MG.

Introdução

Foi-se o tempo em que o monopólio natural em setores de infraestrutura era visto como algo inderrogável. Com o avanço da tecnologia, novos produtos e serviços substitutos foram aparecendo no mapa competitivo em grande parte dos setores tradicionais que nasceram sob o viés monopolista.

A crescente onda de inovação tecnológica rompeu paradigmas e possibilitou a entrada de novos agentes em mercados regulados, sacudindo as bases da regulação cujo eixo foi alterado para absorver esses novos influxos concorrenciais em parcelas da cadeia econômica prontas para flexibilização, num movimento conhecido como desverticalização. Logo, a regulação vai perdendo o interesse por essas atividades que se aproximam da livre iniciativa e da livre concorrência, focando agora na maneira de assegurar a competição entre os agentes que prestam serviços a partir do uso da rede dominada pelo monopolista. A doutrina da *essential facility* suporta a iniciativa e ajuda na elaboração de mecanismos de acesso à rede que contam com *enforcement* regulatório em casos de recusa ou discriminação à concorrentes.

Para que isto aconteça, os reguladores devem estar atentos à dinâmica e às vicissitudes dos setores regulados, de modo que a sua tarefa não se limita mais a corrigir falhas de mercado, mas a identificar espaços concorrenciais em zonas dominadas por políticas de governo que preferiram a exclusividade na operação da infraestrutura e a isenção antitruste.

Uma das formas que o Estado encontrou para “furar” a concentração de mercados foi através da regulação assimétrica, partindo do pressuposto de que os agentes se encontram em situação assimétrica de poder econômico. O expediente é válido para encojarar novos entrantes

num mercado dominado pelo monopólio, mas pode, por outro lado, criar fortes distorções se o incumbente não tiver adequados incentivos para continuar prestando os serviços.

A concorrência anima tanto o ambiente econômico que a ideia de instalação de novas redes não está descartada, e a próxima fronteira passa a ser a concorrência entre redes dando aos consumidores opções de escolhas e descobertas com as quais eles jamais haviam imaginado. Tais redes independentes surgem como alternativa ao monopólio, podendo ser mais facilmente visualizadas em telecomunicações.

Desde a concepção da lei geral de concessões (Lei 8.987/95), serviços públicos não são prestados em regime de exclusividade. Aliás, a exclusividade é exceção, como informam o art. 7º, III, e art. 16 daquele diploma.

Num Estado de inspiração capitalista, como o nosso, cuja República tem por um dos fundamentos (art. 1º) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a ordem econômica agasalha como princípio a livre concorrência, além de outros princípios que são tutelados no art. 170, de modo que não pode haver nenhuma dúvida sobre aquela regra de ouro que ordena e permeia toda a atividade da economia.

Exceções à regra existem e são apreciáveis em certo sentido, sobretudo diante de eficiências que justifiquem a presença do monopólio na cadeia produtiva pelas economias de escala e de escopo. A restrição à concorrência também pode ser motivada por políticas públicas setoriais claramente interessadas em proteger interesses socialmente vulneráveis. Diversas ações regulatórias podem ser manejadas para esse fim, sendo certo que os seus efeitos anticoncorrenciais vão girar em torno das seguintes questões: (i) barreiras à entrada e à saída do mercado; (ii) vantagens competitivas artificiais para produtores específicos; (iii) impedimento à concorrência em determinados aspectos da cadeia econômica; (iv) influência sobre a escolha tecnológica; (v) tabelamento de preços de bens e serviços, entre outras.

Quando isto ocorre, a primeira reação deveria ser no sentido de limitar tais restrições àquilo que é estritamente necessário para a consecução dos objetivos sociais antes mencionados. Tornando ainda mais simples: não se justifica a restrição da competitividade dos mercados para além dos limites traçados na política de governo.

É compreensível que a concorrência não tenha sido inteiramente assimilada no contexto da prestação de serviços públicos, mas essa imagem vem sendo alterada radicalmente nos últimos anos. Tanto a

competição entre setores quanto a competição intrasetorial vem sendo propagada como uma forma de prestigiar os usuários e o seu poder de escolha.

Nessa nova arena de disputa de interesses, a atuação dos órgãos reguladores e das autoridades antitruste pode se chocar em algum momento, sendo nosso objetivo aqui também jogar luz nesse tema altamente desafiador. Para isso, invoca-se a experiência do direito norte americano, de longa tradição na solução de tais conflitos, para então conciliar as teorias desenvolvidas naquele continente visando aportá-las com segurança aos casos sob apreciação do CADE.

Dito isto, convido a todos a uma boa incursão pelo texto.

Rodrigo Bernardes Braga (BH: inverno, 2020).



O texto de Rodrigo Braga combina muito bem abordagem teórica e enfrentamento de questões práticas. Praticamente todos os temas chave da teoria da regulação são enfrentados. Da teoria clássica dos serviços públicos à tragédia dos comuns nos bens públicos, das barreiras de entrada às assimetrias regulatórias, os temas são abordados com didatismo e consistência. Tudo escrito com muita elegância e pertinência”.



ISBN 978-65-5589-008-2



9 786555 890082