



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO**  
**Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD**  
**Mestrado em Direito**

Sarah Lopes de Araújo Freitas

**A FRENTE INTENSIVA DE ANÁLISE REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL,  
SEUS LIMITES E POSSIBILIDADES: O CASO DOS TRANSPORTES  
INTERMUNICIPAIS**

Rio de Janeiro  
2022

**A FRENTE INTENSIVA DE ANÁLISE REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL,  
SEUS LIMITES E POSSIBILIDADES: O CASO DOS TRANSPORTES  
INTERMUNICIPAIS**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Orientador: José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida

Sarah Lopes de Araújo Freitas

Rio de Janeiro  
2022

Catálogo informatizada pelo(a) autor(a)

F862 Lopes de Araújo Freitas, Sarah  
A Frente Intensiva de Análise Regulatória e  
Concorrencial, seus limites e possibilidades: o  
caso dos transportes intermunicipais / Sarah Lopes  
de Araújo Freitas. -- Rio de Janeiro, 2022.  
106p

Orientador: José Gabriel Lopes Pires Assis de  
Almeida .  
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do  
Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação  
em Direito, 2022.

1. frente intensiva de análise regulatória e  
concorrencial. 2. abuso de poder regulatório. 3.  
concorrência. 4. regulação. 5. transportes  
rodoviários intermunicipais. I. Lopes Pires Assis  
de Almeida , José Gabriel , orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

SARAH LOPES DE ARAUJO FREITAS

**A FRENTE INTENSIVA DE ANÁLISE REGULATÓRIA E  
CONCORRENCIAL, SEUS LIMITES E POSSIBILIDADES: O  
CASO DOS TRANSPORTES INTERMUNICIPAIS**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, pela seguinte Banca examinadora:

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Professor Doutor José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida – PPGD UNIRIO  
Orientador

---

Professor Doutor Benedito Fonseca e Souza Adeodato- PPGD UNIRIO  
Membro da Banca

---

Professor Doutor Ruy Affonso de Santa Cruz Lima-UFF  
Membro Externo

Rio de Janeiro  
2022

Dedico o presente trabalho à minha mãe, Lúcia, esteio de minha família, e à minha avó Neuza, que com seu suporte, foi essencial à minha formação.

## AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Lúcia Régia, que nunca mediu esforços para proporcionar a mim todos os ensinamentos e lições de vida, sempre colocando minhas necessidades, vontades e sonhos acima dos seus próprios.

Ao meu pai, José, que descansa em paz junto ao Senhor, cujas lembranças e sorrisos jamais serão esquecidos, e que fez da minha infância inesquecível, com todo seu amor e dedicação.

A minha avó, Neuza, que esteve comigo em todos os momentos de minha vida, desde o nascimento, sempre dedicando cuidado e considerações imensuráveis.

Aos meus amigos do mestrado (Isabela Miguel de Carvalho, Marcela Janeiro Schmidt, Jonathan de Mello Rodrigues Mariano e Melissa Belotto), por todo seu apoio e generosidade durante os intensos meses de preocupação, insegurança e quase desistência. A jornada não seria a mesma sem eles e os considero meus pilares na busca pelo conhecimento, meu alívio nos momentos de diversão, e meu auxílio para quaisquer necessidades.

A minha melhor amiga, Tiemy Quadros, por todos os anos de amizade, em que esteve ao meu lado, sem nunca reclamar, sempre me aconselhando e ajudando-me em todas as fases. Uma verdadeira irmã que a vida me deu e sem a qual não conseguiria seguir adiante.

Ao meu orientador, Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida, o qual me cativou com sua experiência e empenho em transmitir toda sua sabedoria sobre a matéria, sem prejuízo de proporcionar momentos de descontração. Agradeço pela honra em tê-lo como meu orientador, sendo sua tranquilidade, paciência e compreensão essenciais para realização deste trabalho.

A Dra. Amanda Flávio de Oliveira, por sua atenção, amabilidade e disposição em sempre me atender, conversar e trocar ideias. Sua confiança no meu potencial jamais será esquecida.

Aos professores do curso de pós-graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, os quais cruzaram meu caminho por meio de aulas ministradas com maestria e ensinamentos aptos a elevarem-me na minha formação profissional e acadêmica.

A Deus, meu guia e fonte eterna de amor e compaixão, que sempre me forneceu força e perseverança na busca dos meus objetivos, mesmo quando duvidei de mim mesma. Em Sua eterna sabedoria impulsionou-me a seguir o caminho em busca de maior aprendizado, me guiando por situações tortuosas, mas que me ensinaram a resiliência. A Ele, toda minha fé e devoção.

“I ain't gonna be just a face in the crowd  
You're gonna hear my voice when I shout it  
out loud.  
It's my life, it's now or never  
I ain't gonna live forever  
I just to live while I'm alive”  
(Jon Bon Jovi)

“ainda que os mercados possam ser  
organizados e controlados  
politicamente, obedecem à uma lógica  
própria que se distancia dos controles  
estatais.”  
(Jürgen Habermas)

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial e o abuso de poder regulatório à luz da Lei de Liberdade Econômica, analisados de forma descritiva e prática, quando inseridos no contexto de estudo de caso sobre os transportes por aplicativo à nível intermunicipal. Será feita uma análise combinando um estudo doutrinário e legal, o qual levará à ponderação sobre a real existência de ilegalidade ou legalidade na edição de atos normativos de caráter municipal na referida temática. Será dado enfoque à delegação de serviços públicos de transporte rodoviário, subdividida nas concessões e permissões, pois são as que mais movimentam o mercado concorrencial. A temática central tem como pano de fundo a regulação de mercado e o intervencionismo estatal na economia, utilizando-se como estudo de caso o transporte rodoviário intermunicipal no estado de Minas Gerais e a incidência da modalidade de transportes por fretamento via aplicativos digitais instalada no estado. Averiguar-se-á quais as atuações e limites da advocacia na concorrência dentro do cenário de abuso de poder regulatório e se será possível uma triangulação das ações dessas entidades com a política pública central deste trabalho. Por fim, baseado em dados colhidos junto à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade traçar-se-á um perfil delineado quantitativa e qualitativamente sobre o número e teor das denúncias levadas ao conhecimento daquele órgão federal. Em conclusão, considerou-se como a criação da Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial (FIARC) serviu de reforço no âmbito da advocacia da concorrência. Constatou-se, positivamente, a necessidade do seu surgimento como mecanismo apto a impedir efeitos deletérios no mercado, a partir da constatação de abuso de poder regulatório. Para tanto, o respeito ao consequencialismo e aos princípios da livre iniciativa e concorrência devem coexistir entre as entidades envolvidas, a fim de viabilizar o debate prévio à edição de atos normativos, o qual se viu reforçado pela criação da Análise de Impacto Regulatório (AIR), com vistas a promover um cenário dialógico no conflito entre as barreiras e abertas de mercado, no que tange ao setor de transporte rodoviário coletivo intermunicipal.

**Palavras-chave:** frente intensiva de análise regulatória e concorrencial; abuso de poder regulatório; concorrência; regulação; transportes rodoviários intermunicipais.

## ABSTRACT

This paper deals with the Intensive Front of Regulatory and Competition Analysis and the abuse of regulatory power in the light of Economic Freedom Law, analysed in a descriptive and practical way, when inserted in the context of a case study on transport by application at the intercity level. An analysis will be carried out combining a doctrinal and legal study which will lead to the consideration of the real existence of illegality or legality in the issues of normative acts of a municipal nature in that theme. Focus will be given to the delegation of public road transport services, subdivided into concessions and permissions, as they are the ones that most move the competitive market. The central theme has as a background market regulation and state interventionism in the economy, using as a case study the intercity road transport in the State of Minas Gerais and the incidence of the charter transport modality via digital applications installed in the State. It will be investigated what are the performances and limits of competition advocacy within the scenario of abuse of regulatory power and if it will be possible to triangulate the actions of these entities with the central public policy of this work. Finally, based on data collected from the Office of Advocacy for Competition and Competitiveness, a quantitative and qualitative profile will be drawn on the number and contents of complaints brought to the attention of that federal body. In conclusion, it was considered how the creation of the Intensive Front for Regulatory and Competition Analysis (FIARC) served to reinforce the scope of competition law. It was positively verified the need for its emergence as a mechanism capable of preventing deleterious effects on the market, from the finding of abuse of regulatory power. To this end, respect for consequentialism and the principles of free enterprise and competition must coexist among the entities involved, in order to facilitate the debate prior to the enactment of normative acts, which was reinforced by the creation of the Regulatory Impact Analysis (RIA) , with a view to promoting a dialogic scenario in the conflict between barriers and market openings, regarding the intercity public road transport sector.

**Keywords:** intensive front of regulatory and competitive analysis; abuse of regulatory power; competition; regulation; intercity road transport.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

AGU	Advocacia Geral da União
ALMG	Assembleia Legislativa de Minas Gerais
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ARR	Análise de Resultado Regulatório
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
ENAP	Escola Nacional de Administração Pública
FIARC	Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial
LLE	Lei de Liberdade Econômica
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
SEAE	Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade
SEPEC	Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade
TCE-MG	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
TIPO	Transporte Intermunicipal Convencional de Passageiros por Ônibus



## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

### FIGURAS

Figura 1 -	<i>Checklist da Concorrência</i>	40
Figura 2 -	<i>Ranking e Pontuação do Brasil na Escala Regulatória</i>	62
Figura 3 -	<i>Insights Comportamentais e o Ciclo de Políticas Públicas</i>	64
Figura 4 -	<i>Ciclo da Análise de Impacto Regulatório</i>	68

### GRÁFICOS

Gráfico 1 -	<i>Product Market Regulation (PMR/OCDE) - 2018</i>	45
Gráfico 2 -	<i>Índices Econômicos do Brasil</i>	63
Gráfico 3 -	<i>Número de Normas Regulatórias no período de 1950-2018</i>	64

### QUADROS

Quadro 1 -	<i>Quesitos e Obrigações Pró-Concorrência</i>	70
------------	---	----

## SUMÁRIO

### **1 INTRODUÇÃO**12

### **2 A FRENTE INTENSIVA DE ANÁLISE REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL: O CICLO DE FORMAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA** 18

- 2.1 Processo de formação: da consulta Pública nº 01/2020 à tomada de decisão18
- 2.2 Implementação do programa: o conteúdo da Instrução Normativa nº 97/202020
- 2.3 O deslinde das denúncias de abuso de poder regulatório 23
- 2.4 Avaliação *ex ante* 38

### **3 ABUSO DE PODER REGULATÓRIO À LUZ DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA** 43

- 3.1 O abuso de poder regulatório estatal43
- 3.2 Limites de atuação dos órgãos reguladores.48
  - 3.2.1 O Tribunal Administrativo de Defesa do Conselho Administrativo de Defesa Econômica48
  - 3.2.2 A advocacia da concorrência57
- 3.3 A análise de impacto regulatório: a triangulação da Lei nº 13.848/2019 com o Decreto nº 10.411/2020 e a Lei de Liberdade Econômica 60

### **4 O TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO DE PASSAGEIROS**73

- 4.1 A possibilidade de competição na delegação do serviço público de transporte73
- 4.2 O transporte intermunicipal convencional de passageiros por ônibus78
- 4.3 Estudo de caso do estado de Minas Gerais: da instalação à operação da Buser Brasil Tecnologia LTDA 79
  - 4.3.1 Do surgimento da *start up* no Brasil 80
  - 4.3.2 O conflito entre os atos normativos e as decisões judiciais no setor de transporte intermunicipal do estado de Minas Gerais 81
  - 4.3.3 Do cotejo entre o caso Buser em Minas Gerais e a atuação da Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial 91

### **5 CONCLUSÃO**94

### **REFERÊNCIAS** 98

## 1 INTRODUÇÃO

A edição de atos normativos pelos entes federativos é prevista pela própria CRFB/1988, de maneira que cada um, dentro das competências que lhes cabem, são responsáveis, na esfera executiva e legislativa, pela normatização das demandas sociais. No entanto, a despeito da incumbência do Estado como agente normatizador e regulador do mercado, conforme preceitua o artigo 174<sup>1</sup> do texto magno, não se pode desconsiderar a possibilidade de que nessa função, haja uma ultrapassagem em sentido material no conteúdo dos atos normativos que, a princípio, são responsáveis pela regulação de mercado.

Diante dessa questão levantada, questiona-se até que ponto deve o Estado imiscuir-se nas exigências de mercado e qual a solução se diante de uma eventual ilegalidade perpetrada por aquele a quem e como recorrer para reversão do cenário.

Paralelo ao Estado estão os órgãos e agentes criados especificamente para atuação no mercado, como as agências reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), responsáveis pela normatização, fiscalização e execução em específico das áreas a que se destinam, e pela proteção e apontamento de infrações anticoncorrenciais, respectivamente. Embora bem delimitadas suas atribuições nas Leis nº 13.848/2019 e nº 12.529/2011<sup>2</sup>, levanta-se o questionamento de suas limitações frente ao desequilíbrio normativo anteriormente suscitado.

Ciente da existência de discrepância entre o conteúdo de atos normativos atinentes ao mercado e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência<sup>3</sup>, de ordem constitucional, a Secretaria de Promoção da Produtividade e da Advocacia da Concorrência, por meio de sua Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade criou a Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial, por meio da Instrução Normativa nº 97/2020.

A FIARC, política pública acima referida e temática central deste trabalho, veio juntar-se com a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) no combate do abuso de poder regulatório, expressão esta que denota a extrapolação do poder normativo de

---

<sup>1</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01/02/2022.

<sup>2</sup> A Lei nº 13.848/2019 dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, ao passo que a Lei nº 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

<sup>3</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência”. Ibid.

determinado ente ou órgão referente à regulação de mercado. Essa política pública será especificamente abordada nesta dissertação, de forma a traçar um parâmetro de eficácia da sua atuação.

Capítulo específico abordará a temática do abuso do poder regulatório, previsto na Lei nº 13.874/2019, como fonte da qual se originou a FIARC, além de sua relação direta com a calculadora de análise regulatória e a análise de impacto regulatório. Esta última, por meio do Decreto nº 10.411/2020, possui conexão com a Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019) e a própria Lei de Liberdade Econômica (LLE), de modo a mostrar-se a conexão existente entre todos os institutos a serem abordados, que visam, em último caso, a regulação e prevenção de falhas de mercado.

Importante ressaltar que embora a FIARC venha a ser estudada em toda sua estrutura, o foco será em relação ao transporte rodoviário coletivo por aplicativo, o chamado caso Buser, cujo estudo de caso é feito neste trabalho.

Tratando-se o caso concreto a ser analisado de transporte rodoviário coletivo, na modalidade por fretamento e em circuito fechado, impõe-se que seja destinado um capítulo à análise das concessões e permissões de serviços públicos de transportes rodoviário coletivos, eis que, à princípio, por ordem constitucional<sup>4</sup>, competiriam aquelas ao Poder Público. Portanto, através do caso Buser levado por denúncia à FIARC, ver-se-á qual a visão, *a priori*, do programa sobre uma possível infração à ordem econômica, quando da entrada das empresas de aplicativo no transporte rodoviário.

No Brasil, os serviços de transporte rodoviário de longa distância são desafiados por um conjunto de inovações disruptivas, que afetam a demanda e a oferta do serviço. As inovações trazidas por empresas de tecnologia inovadora, conhecidas como *startups*, afetam a maneira que se dá a concorrência no transporte rodoviário de longa distância. Concorrendo diretamente com as empresas de ônibus tradicionais de longa distância, destaca-se a *startup* brasileira Buser, que conecta os usuários com empresas de fretamento de ônibus. Os passageiros dividem o custo da viagem no modelo de economia colaborativa. Em vez de rodoviárias, os pontos de parada são shoppings, postos de gasolina e estacionamentos. A Uber do ônibus, como é conhecida a Buser, já recebeu investimento de fundos como Monashees e Valor Capital, que também foram investidores de empresas como 99 e Gympass, respectivamente.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Ibid.

<sup>5</sup> Wolf, Giovanna. **Startups pressionam por inovação nas viagens de ônibus**. Artigo publicado em 28 de agosto de 2019. Portal Terra - Caderno Inovação. Disponível em:

O modelo de atuação da empresa compete com as empresas tradicionais de ônibus, responsáveis pelo serviço regular de transporte, que acusam a *startup* de fazer transporte clandestino de passageiros. De acordo com a *startup*, a empresa apenas realiza a intermediação da relação entre o passageiro e as empresas de transporte fretado. Essa discussão é semelhante à disputa entre o Uber e outros aplicativos de transporte individual com os taxistas, cujo argumento central estava ligado à legalidade do serviço dos aplicativos. No âmbito jurídico, existem decisões favoráveis e contrárias à atuação da *startup*.<sup>6</sup>

Embora a extensão de rotas percorridas pela Buser seja de abrangência nacional, optou-se, no trabalho em tela, por limitar o estudo de caso ao estado de Minas Gerais e sua dinâmica de tratamento, normatização e decisões judiciais no que toca à aludida empresa.

A partir do estudo, reflexão e conclusões que serão desenvolvidos ao longo da presente dissertação, pretende-se realizar um cotejo analítico entre a decisão concedida pela FIARC no requerimento levado pela Buser e o contexto presente no caso de Minas Gerais, a fim de oferecer um prognóstico de tratamento da problemática apresentada.

Para tanto, a dissertação fez uso de metodologia hipotética indutiva, por meio da qual, partindo-se da análise de casos concretos levados a julgamento nos tribunais judiciais ou administrativos, extraiu-se a problemática jurídica que decorre das práticas legislativas-administrativas do ente estadual.

Objetivou-se levantar, passo a passo, a dinâmica dos contratos públicos de prestação do serviço de transportes, os poderes dos entes concedentes, a eventual extrapolação desses poderes, os impactos à ordem econômica e o surgimento da FIARC como mecanismo (in)eficiente de coibição do abuso de poder regulatório.

No exercício da coleta de dados, foi utilizada pesquisa documental a partir de um levantamento de dados junto à Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC), com vistas a delinear quantitativamente o número de casos a ela levados, obter seus resultados e elaborar a probabilidade de (in)sucesso da FIARC.

Sistematicamente, foi feita uma análise da CRFB e dos diplomas legais e infra legais, a fim de promover a mais adequada interpretação das regras da livre concorrência dentro da concessão e permissão de serviços públicos de transporte rodoviário coletivo intermunicipal e a FIARC.

---

<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/inovacao/startupspressionam-por-inovacao-nas-viagens-deonibus,4a0c1faa319e88cd58d3c8495ce5c15cq5agodbg.html>. Acesso em: 07/02/2022.

<sup>6</sup> Ibid.

Empiricamente, o levantamento bibliográfico e legislativo circunscreveu-se a casos concretos registrados junto à FIARC, ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com enfoque na problemática envolvendo a instalação e operação da Buser no estado mineiro, sendo este o objeto de estudo de caso do trabalho.

Com a utilização dos elementos de informação extraídos buscou-se averiguar se o parecer exarado pela FIARC pode servir de subsídio ou solução no estudo do caso acima proposto.

O problema de pesquisa a ser elucidado nesta dissertação consiste em saber, verificados os documentos já existentes e colhidos, se a FIARC, como política pública inovadora, é eficiente.

No que tange ao referencial teórico escolhido para subsidiar esta dissertação optou-se pela obra “A Lei” de Frédéric Bastiat e pela ideia de que a lei deve proteger a vida, a liberdade e a propriedade do indivíduo, porém, encontra-se, igualmente, sujeita à subversão e malversação.

Nessa senda, o cenário é o contraste entre o excesso regulatório estatal e a necessidade de maior liberdade econômica, mostrando que a legislação, como um todo, pode ser desencaminhada e posta a serviço de interesses particulares, tornando-se, então, instrumento de exploração do indivíduo por parte dos que detém o monopólio da função de legislar e regulamentar.

Pode-se encaixar a visão de Bastiat para tratar do tema que envolve o Estado contra o próprio Estado, ou seja, quando aquele que legisla é o mesmo que infringe suas regras. Hazlitt, influenciado por Bastiat, coloca como lição da economia de mercado, por ele considerada vítima de uma intervenção governamental.

Quando o Governo lidera ou mesmo apenas intervém na economia, em maior ou menor grau, uma das consequências possíveis é o impedimento de novos entrantes no mercado interno. Isso porque podem ser alçadas barreiras tributárias, estruturais, normativas e afins. Por conseguinte, a competição entre concorrentes pode vir a ser substituída por um mercado no qual o Governo fomenta, ainda que indiretamente, infrações à ordem econômica, conforme ver-se-á na denúncia de abuso de regulatório envolvendo a ANTAQ.

Contudo, deve-se registrar que o liberalismo econômico não se confunde com uma proposta de Estado anárquico.

Milton Friedman<sup>7</sup>, o qual, não deixava de admitir a necessidade de envolvimento do Estado para que a sociedade e o próprio mercado funcionassem. No entanto, advoga por um liberalismo norteado pelo capitalismo competitivo, no qual a maior parte da atividade econômica seria organizada por meio dos agentes privados do mercado, neste operando livremente, como condição necessária à liberdade política.

Não se pretende afirmar que o Estado brasileiro é um Estado completamente liberal, já que há várias limitações ao livre mercado na ordem constitucional. Apesar disso, o Brasil consagra um sistema capitalista, de acordo com os princípios da livre concorrência, iniciativa e propriedade privada expressos no artigo 170 da CRFB/1988. A própria ideia de uma constituição econômica, como há no Brasil, já vai contra os princípios mais radicais do liberalismo, visto que o Estado se põe a regular as leis do mercado, em que pese haja vislumbres de uma ideologia liberal, como no artigo 173 da Carta Magna.

Exemplo dessa miscigenação entre o liberalismo e o intervencionismo está na Lei nº 12.529/2011<sup>8</sup>, quando reconhece como legítimo e não contrário à ordem econômica, a conquista de mercado por processo natural do agente econômico, decorrente de sua capacidade e eficiência.

Em outras palavras, é o caráter e não a magnitude da atividade governamental que importa. Uma verdadeira economia de mercado pressupõe certas atividades da parte do Estado; há outras atividades deste que contribuem para sua viabilidade; e outras mais poderão ser implementadas, desde que compatíveis com o funcionamento do mercado.

Há, porém, algumas atividades que são contrárias a todos os princípios em que se baseia um sistema de livre mercado e que devem, portanto, ser excluídas para que tal sistema funcione. Como consequência, um governo que pouco se preocupa com questões econômicas, mas que não cria as condições legais para a viabilidade de uma economia de mercado, pode contribuir muito mais para anular as forças desta do que aquele que se preocupa mais ativamente com os problemas econômicos, mas limita-se a ações que estimulam as forças espontâneas do mercado.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora LCT, 2014.

<sup>8</sup> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo. BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Diário Oficial da União**. 1º de dez. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm). Acesso em 13/03/2021.

<sup>9</sup> Op.cit., p. 234.

De tal maneira, não se pode esquivar de questionar, até onde deve/pode ir a regulação estatal, até onde pode o próprio Estado que a faz também sabotá-la e como encontrar o equilíbrio entre os diversos atores econômicos e políticos que regem as forças de mercado.

O objetivo desta dissertação cinge-se em realizar um estudo da FIARC, como política pública, durante o período cronológico de outubro de 2020 a janeiro de 2022, a partir da esfera procedimental até o resultado final apresentado nos pareceres da SEAE, com o fim de formar um prognóstico sobre a eficiência, ou não, da FIARC na identificação, análise e possibilidade de oferecimento de solução, quando vislumbrada anticompetitividade em atos normativos.

Com isso em vista, o trabalho estruturou-se de modo a no segundo capítulo serem abordados o processo de criação, desenvolvimento, e pareceres emitidos pela FIARC.

Posteriormente, foi abordado o abuso de poder regulatório, no terceiro capítulo, com vistas a abordar a LLE, como matriz do reconhecimento legislativo da existência de ilegalidade em atos normativos. Juntamente ao abuso de poder regulatório abordou-se os demais instrumentos que surgiram no intuito de combatê-lo, como a calculadora de onerosidade regulatória e a análise de impacto regulatório, optando por realizar uma análise triangular entre LLE, a nova lei das agências reguladoras e o decreto que a regulamenta.

Ato contínuo, estabelecidos os conceitos e aplicações dos institutos acima, o quarto capítulo dedicou-se ao estudo do transporte rodoviário coletivo intermunicipal, em cuja espécie se insere o caso concreto a ser examinado no subcapítulo terceiro. Foi levantada no quarto capítulo a possibilidade de competição em meio a delegação de serviço público de transporte, cuja competência, a princípio, é do Poder Público. O objetivo deste capítulo foi proceder à abertura da temática do conflito existente no setor de transportes, para dar azo ao deslinde do caso concreto envolvendo o assunto no estado de Minas Gerais.

Ao fim, com as premissas básicas estabelecidas, o quarto capítulo dedicou-se, exclusivamente, à explanação do caso Buser no estado mineiro, com a demonstração da progressão legislativa sobre o tratamento dado ao setor de transporte rodoviário coletivo intermunicipal, perpassando-se pela promulgação de atos normativos exarados pelo Executivo, e a intervenção judicial. Como forma de unir todo o conteúdo exposto no trabalho optou-se por finalizar com um cotejamento entre a FIARC e o caso Buser, no estado de Minas Gerais.

## **2 A FRENTE INTENSIVA DE ANÁLISE REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL: O CICLO DE FORMAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA**

### **2.1 PROCESSO DE FORMAÇÃO: DA CONSULTA PÚBLICA Nº 01/2020 À TOMADA DE DECISÃO**

O direito regulatório pátrio, por vezes, anda na contramão das melhores práticas internacionais e promove um ambiente anticompetitivo e inviável para a melhoria da oferta de bens e serviços pelo mercado.

Nesse sentido, estudo realizado em 2019 pela Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC) demonstrou o peso do Custo Brasil<sup>10</sup> para a competitividade nacional, mensurado em função das lacunas existentes para se atingir a média de produtividade da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).<sup>11</sup>

Em 16 de julho de 2020, foi submetida à manifestação geral a consulta pública nº 1/2020, em cujo bojo constava a proposta da instrução normativa que materializaria o programa chamado “Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial”, o qual tem por objetivo aprimorar o conjunto de normas de natureza infra legais que disciplinam questão de natureza regulatória e concorrencial no Brasil, a fim de identificar aquelas que possam potencialmente causar distorções ou possuam caráter anticompetitivo.

A proposta era a FIARC funcionar como uma área dentro da SEAE, recebendo denúncias por meio do Programa de Melhoria Contínua da Competitividade, lançado pelo Governo Federal, em 2019, para buscar melhorar o ambiente de negócios do país.

A minuta da instrução normativa, submetida à consulta pública nº 01/2020, trouxe nos incisos do seu artigo 1º, as competências da SEAE no programa FIARC. Posteriormente, nos artigos 4 ao 12, a minuta apresentou o que seriam as normas e condutas anticoncorrenciais.

---

<sup>10</sup> Sobre o Custo Brasil total, o qual foi estimado em cerca de R\$ 1,5 trilhão, acredita-se que valor entre R\$ 160 bilhões e R\$ 200 bilhões anuais são decorrentes do custo de ineficiência regulatória. A presente proposta vem endereçar essa mazela. Ibid.

<sup>11</sup> Ibid.

O capítulo III da minuta continha as regras procedimentais, com a indicação de quem tem legitimidade para requerer e da análise investigativa, com menção dos instrumentos a serem utilizados para avaliar a eventual nocividade normativa do ato.

O produto final do procedimento de avaliação é um parecer opinativo, sem caráter vinculante, que avalia a regulação econômica estritamente sob a ótica da promoção da concorrência. O parecer trará a conclusão sobre o nível de periculosidade da norma, sob a forma de um sistema de bandeiras dividido por cores: “vermelha”, explícita presença de abuso de poder regulatório no ato normativo; “laranja”, indício de anticompetitividade no ato normativo; “amarela”, recomendações de aperfeiçoamento do ato; e “verde”, ausência de nocividade.

De rigor esclarecer que nesta dissertação sempre que se mencionar o termo “concorrência” ter-se-á por definição aquela dada pelo Guia de Advocacia da Concorrência, do Ministério da Economia:

concorrência é o processo pelo qual diferentes vendedores buscam conquistar a preferência de diferentes compradores por meio de menores preços e/ou maiores funcionalidade e qualidade do produto ou serviço. Regra geral, quanto mais vendedores (competidores) em determinado mercado, maior a concorrência e maior (e melhor) a oferta de produtos e serviços para a sociedade. A concorrência por inovações também pode tanto reduzir custos e, portanto, abrir espaço para maiores reduções de preços como melhorar o produto ou serviço.<sup>12</sup>

O jurista Fernando Stival ofereceu crítica contundente à minuta, no que toca a restrição de atuação da SEAE e a provável inevitabilidade de conflitos entre pareceres administrativos e a intervenção judicial.

Na medida em que não compete à SEAE a possibilidade de anulação ou alteração de normas infra legais editadas por terceiros, nem mesmo desempenhar a função de última instância a respeito de temas regulatórios, pode-se chegar a impasses que não contribuirão de fato para que se alcance o objetivo principal almejado pelo FIARC, notadamente o aperfeiçoamento regulatório. Vale dizer, autoridades encarregadas de regulamentar atividades econômicas por definição editarão normas que implicam restrições à liberdade de iniciativa, tendo na promoção da concorrência apenas um dentre diferentes valores jurídicos a serem considerados no exercício da atividade regulatória. Por consequência, é bastante plausível que haja situações de discordância interpretativa, com a emissão de pareceres conflitantes por diferentes órgãos da Administração Pública. E, nesses casos, em última análise, a única alternativa disponível seria a judicialização do regulamento objeto da consulta, transferindo o ônus decisório ao Poder Judiciário. (...)

---

<sup>12</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. **Guia de Advocacia da Concorrência, 2020.** Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais/guiaadvocaciaconcorrncia\\_ascom.pdf/view](https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais/guiaadvocaciaconcorrncia_ascom.pdf/view). Acesso em: 24/02/2022.

(...) a prevalecer a dinâmica na forma originalmente proposta, corre-se o risco da criação de um Vietnã regulatório que lança a atividade de emissão de normas em um atoleiro de incertezas, fundamentado numa espécie de embate institucional voltado a promover a anulação de atos e normas pela via judicial e que se presta unicamente à proliferação de litígios custosos, sem que o objetivo fundamental de aprimoramento regulatório seja de fato alcançado.<sup>13</sup>

Feitas as devidas modificações, o aludido programa foi instrumentalizado na Instrução Normativa nº 97/2020 pela Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade (SEPEC), com o fito de identificar e avaliar os potenciais abusos de poder regulatório estatal, na edição de atos normativos, dos quais se originassem efeitos anticoncorrenciais. Nascido diretamente da prevenção ao abuso de poder regulatório estatal, positivado no artigo 4º da Lei nº 13.874/2019, que demonstra a preocupação do legislador federal com o exercício do próprio poder regulamentar e legislativo conferido às Administração Direta e Indireta.

A expectativa gerada foi descrita pelo secretário da Advocacia da Concorrência e Competitividade, Geanluca Lorenzon,<sup>14</sup> nos seguintes termos:

Com a atuação do Fiarc, pretendemos instaurar a primeira grande investida contra a carga regulatória que seja avaliada como abusiva, ou seja, aquela que cria barreiras desnecessárias à geração de empregos e competitividade de mercado.

No subcapítulo vindouro analisa-se o que permaneceu e o que mudou na fase de implementação do programa da FIARC.

## 2.2 IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA: O CONTEÚDO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SEAE Nº 97/2020

No dia 02 de outubro de 2020, após a consulta pública, a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade editou a Instrução Normativa nº 97/2020, que estabeleceu o programa FIARC, construindo um canal institucional, por meio do qual denúncias sobre abuso de poder regulatório poderão ser feitas por pessoas

<sup>13</sup> STIVAL, Fernando. **Regulação Estatal, FIARC e o Vietnã Regulatório**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/regulacao-estatal-fiarc-e-o-vietna-regulatorio-250820>. Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL. Governo Federal. **Ministério da Economia publica norma que instrumentaliza a investigação de abusos regulatórios**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/outubro/ministerio-da-economia-publica-norma-que-instrumentaliza-a-investigacao-de-abusos-regulatorios>. Acesso em: 01 jun. 2021.

naturais ou jurídicas, quando vislumbrados problemas de concorrência ou criação de custos regulatórios nos atos normativos de caráter federal de agências, autarquias e órgãos públicos.

O campo de atuação da FIARC está descrito no artigo 1º e seus nove incisos da Instrução. De modo geral, a FIARC visa o diálogo entre o regulador e o regulado lesado com a suposta regulação abusiva, com o intuito de achar uma solução para a regulação em destaque para, ao mesmo tempo, não ser anticompetitiva com o jogador do mercado e passível de corrigir a falha de mercado que ela origina consertar.

Um ponto que merece realce é que, do modo estabelecido pela Instrução, não há a judicialização da regulação abusiva, ou seja, a FIARC não incentiva o litígio entre regulado e regulador, respeitando a competência da regulação da Administração Pública que tem como um dos objetivos salvaguardar o bom funcionamento dos mercados.

A FIARC pode ser definida como a procedimentalização da competência da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE), estabelecida em lei, de declarar um ato como de caráter anticompetitivo e, então, encaminhar para revisão do regulador. O programa não cria competências, tampouco é dito qual medida deve ser tomada em relação à norma tida por anticoncorrencial, deixando esse tema sob responsabilidade da autoridade da qual ela emana, com o acompanhamento da Advocacia Geral da União.

Após realizado o juízo de admissibilidade previsto no artigo 15 da Instrução Normativa, havendo o recebimento da denúncia por abuso de poder regulatório, e posteriormente, acaso se dê por confirmada a periculosidade para a livre concorrência, a SEAE emite um parecer que é enviado ao órgão da administração pública responsável pela criação daquele ato sob exame.

O parecer<sup>15</sup>, como ato administrativo enunciativo, é não vinculante. Três possíveis conclusões podem constar do parecer: em caso de grave caráter

---

<sup>15</sup> Do parecer resultante. Art. 18. Finalizada a análise, a Coordenação-Geral elaborará, em até 120 (cento e vinte) dias, parecer acerca do mérito do requerimento e gradará as conclusões através de sistema de bandeiras, na forma de: [...] §3º Após a elaboração do parecer, o Subsecretário de Advocacia da Concorrência oficiará, caso verificados potenciais pontos de explícita contradição entre o ato normativo e o rol do art. 4º da Lei nº 13.874, os órgãos competentes e suas respectivas procuradorias jurídicas, bem como a Advocacia-Geral da União, a fim de que prossigam com análises de legalidade e juridicidade consoante suas competências. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SECRETARIA ESPECIAL DE PRODUTIVIDADE, EMPREGO E COMPETITIVIDADE. SECRETARIA DE ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA E COMPETITIVIDADE. Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020. Estabelece o programa Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 05 de out. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seae-n-97-de-2-de-outubro-de-2020-281069878>. Acesso em 02 fev. 2022.

anticompetitivo da norma, o parecer identificará a regulação como “bandeira vermelha”, propondo uma alteração do dispositivo; em casos médios, identificará como “bandeira amarela”, propondo um aperfeiçoamento dos pontos anticompetitivos; e em caso de não reconhecer o caráter anticompetitivo, o parecer identificará a norma como “bandeira verde”, não havendo a proposição de alteração da regulação. Note-se que a “bandeira laranja” inicialmente contida na minuta da instrução normativa, conforme subcapítulo anterior, foi abolida.

Por último, nos casos graves, o § 3º do art. 18 traz a possibilidade deste parecer ser remetido aos órgãos competentes que, entendendo haver abuso do poder regulatório, poderão iniciar um procedimento judicial com base na desavença entre a regulação e o art. 4º da LLE.

E mais, considerando que serão oficiados os órgãos competentes e suas respectivas procuradorias jurídicas, bem como a Advocacia-Geral da União, a fim de que prossigam com análises de legalidade e juridicidade consoante suas competências, conforme preleciona o § 3º do artigo 18 da Instrução em comento, não é demais supor que ter-se-á um turbilhão de pareceres/manifestações de cada um desses órgãos em resposta ou mesmo contra-ataque àquele emitido pela FIARC.

Finalizados os trâmites de que trata o regramento previsto para a FIARC tem-se duas saídas: a aquiescência com a recomendação por ele emitida pelo órgão da administração pública responsável pelo ato ou a negativa de qualquer vício a eivar o precitado ato normativo.

Em que pese a judicialização inicialmente evitada e a tentativa de abrandamento do incremento de demandas judiciais em disputas regulatórias, defende-se aqui o afastamento do sistema *checks and balances* (separação de poderes)<sup>16</sup>, previsto no artigo 2 da CRFB/88, em favor da possibilidade de o Poder Judiciário decidir sobre a legalidade ou constitucionalidade das controvérsias que envolvam uso excessivo do poder regulatório das agências, ou mesmo o Legislativo no uso de sua função típica para editar novas leis que corrijam o erro cometido pelo abuso.

Deixa-se claro, aqui e ao longo de todo o trabalho, que o ponto principal envolve justamente a melhoria do âmbito regulatório brasileiro, e, por conseguinte, do mercado e sua economia.

---

<sup>16</sup> O mecanismo da separação de poderes refere-se à divisão de responsabilidades dentro de um governo, em diferentes ramos, os quais limitam-se um ao outro, no exercício de suas respectivas funções. O intento é que se previna a concentração de poderes em apenas um deles e seja mantido o equilíbrio de freios e contrapesos.

Assim, a criação de um ambiente institucional a partir da resolução conjunta de controvérsias com o objetivo de solucionar um possível abuso por parte do regulador aparenta ser um ótimo ponto de início para a efetivação do artigo 4º da LLE.

Por fim, não é precipitado afirmar que a iniciativa do FIARC está indissociavelmente ligada à figura do abuso de poder regulatório, o qual, por sua vez, está umbilicalmente ligado à LLE. Nos capítulos supervenientes ver-se-á de maneira mais explícita a união entre os três institutos.

### 2.3 O DESLINDE DAS DENÚNCIAS DE ABUSO DE PODER REGULATÓRIO

Em 31 de janeiro de 2022, a Secretaria de Advocacia da Concorrência (SEAE) proferiu, por meio da FIARC, os três primeiros pareceres opinativos em relação às denúncias admitidas para averiguação. Os denunciantes e os atos normativos atacados foram, respectivamente: Sindiporto vs. Normatização Conta Vinculada AFRMM, USUPPORT vs. Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 e Buser Brasil Tecnologia Ltda. vs. Decreto nº 2.521/1998.

Insta salientar que uma das principais diretrizes do programa é o compromisso com a transparência. Os pareceres elaborados no âmbito da FIARC resultam de análise investigativa fundamentada em processos de coleta de informações e participações públicas – que incluem tomadas de subsídios e audiências – com ampla participação dos agentes econômicos interessados, bem como dos órgãos responsáveis pela edição das normas em análise, além da possibilidade de instituições de pesquisa participarem com estudos na condição de *amicus curiae*. Quaisquer associações e entidades podem se manifestar perante a SEAE para subsidiar a análise, desde que demonstrem sua representatividade nacional no setor econômico impactado. Tais procedimentos buscam obter ampla participação social e reunir um conjunto de informações abrangente, de modo a contextualizar de forma robusta o cenário concorrencial na qual o ato normativo se insere.<sup>17</sup>

Abordar-se-ão, aqui, todas as conclusões emanadas dos respectivos pareceres, porém, maior ênfase será concedida ao caso Buser, eis que objeto de estudo específico na temática de transporte rodoviário coletivo intermunicipal de passageiros no estado de Minas Gerais, consoante se verá a seguir.

---

<sup>17</sup> Ibid.

O mais emblemático caso julgado pela FIARC trata diretamente sobre o conflito entre normas regulatórias e a legislação antitruste brasileira: o caso *Terminal Handling Charge 2* (THC2). O caso THC2 é um caso antigo, tanto no CADE quanto no Poder Judiciário, que lida com a cobrança de uma taxa denominada de Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) no mercado portuário brasileiro. Além da discussão concorrencial (que versa sobre ser a taxa um aumento artificial de custo de rival e, por conseguinte, devendo ser vista como uma infração à ordem econômica conforme o art. 36 da LDC), há uma discussão ainda maior sobre a legitimidade ou não da cobrança da taxa a partir das diversas normas existentes.

O caso THC2 apresenta alto grau de complexidade regulatória, isto porque há diversos órgãos capazes de criar normas regulatórias sobre esse setor, o que demonstra a elevada regulação no mercado portuário brasileiro. Ainda que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) seja a agência regulatória responsável, há também outras autoridades com poderes normativos sobre os mais diversos portos brasileiros, como a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), do porto de Santos, e a Superintendência do Porto de Rio Grande (SUPRG), do porto de Rio Grande.

Essas autoridades locais também têm poder de editar normas regulatórias específicas para o porto sobre o qual têm competência, ocasionando, em alguns momentos, conflitos de normas, como é o caso da cobrança da taxa SSE. Ademais, há decisões administrativas do CADE e decisões judiciais de diversos tribunais<sup>18</sup>, acarretando insegurança jurídica sobre a possibilidade da cobrança da taxa.

Na jurisprudência do CADE, prevalecia a condenação das empresas operadoras portuárias que cobravam a SSE dos recintos alfandegados, pois, ainda que houvesse discussão sobre a licitude concorrencial da prática, não havia norma regulatória

---

<sup>18</sup> “II - Não há que se falar, ainda, em violação à competência do CADE, nem mesmo em impossibilidade de anulação de sua decisão. Isso porque, na espécie, prevalece a competência da ANTAQ (sem eliminar a do CADE), com a regulamentação que lhe é inerente, que autoriza a incidência da THC2. Por outro lado, inexistente qualquer impedimento ao conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário, cuja atuação não está limitada à averiguação de nulidades no processo administrativo, mas também diz respeito ao exame do objeto do procedimento, na medida em que não é possível excluir da apreciação judicial lesão ou ameaça de lesão aos direitos da autora (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). Não se trata de interferência no mérito administrativo, conforme alega o CADE, tendo em vista que aquele se refere à margem de liberdade conferida pela lei, dentro da qual o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decide entre duas ou mais soluções admissíveis, o que não ocorre na espécie. No caso, a intervenção judicial é legítima porquanto a decisão administrativa se encontra em desconformidade com a legislação de regência.” TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (1º Região). **Apelação/ Reexame Necessário na Ação Ordinária nº 2005.34.00.037482-6**. Apelante: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Apelada: LIBRA TERMINAIS S/A. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 15 de Janeiro 2007. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 16 dez. 2021.

específica esclarecendo a possibilidade de cobrança. Todavia, em agosto de 2019, a ANTAQ editou a Resolução nº 34/2019, dispondo no seu art. 6º, § 1º, ser permitida a cobrança da SSE, do importador ou seu representante, pela colocação do contêiner na pilha em pátio segregado. A partir dessa resolução, a Superintendência-Geral do CADE modificou seu entendimento sobre o THC2, emitindo a Nota Técnica nº 7/2020/CGAA3/SGA1/SG/CADE, segundo a qual, a partir da edição da Resolução nº 34/2019 da ANTAQ, o vácuo regulatório desapareceu. Dessa forma, tendo a agência regulatória competente para decidir sobre esse mercado compreendido ser possível e lícita a SSE, o CADE não pode se contrapor a uma norma regulatória específica sobre um determinado mercado.

A resolução que pôs um fim à discussão da possibilidade de cobrança do THC2 é de 2019, enquanto o primeiro caso do CADE data de 1999. Isto é, passaram-se vinte anos até haver uma regulação final decidindo sobre sua licitude. Muitos custos e ineficiências com discussões jurídicas infundáveis foram criados por normas regulatórias, decisões administrativas e decisões judiciais contraditórias. Esse caso reflete na prática a situação apresentada pelos dados do *Product Market Regulation* (PMR)<sup>19</sup>.

No âmbito da FIARC, a controvérsia resultou no parecer que concluiu que a resolução supra e a THC2 implicam em efeitos anticoncorrenciais no mercado relevante de armazenagem alfandegada.

Diante do exposto, a atual regulação promovida pela Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 se mostra lesiva à concorrência no mercado de armazenagem alfandegada. Assim, para corrigir o problema concorrencial identificado e seus efeitos potenciais sobre o bem-estar do consumidor, se vislumbram dois caminhos regulatórios possíveis: (i) determinar que todos os custos relativos à movimentação horizontal e vertical devem estar incluídos no valor cobrado junto aos armadores (Box Rate e THC), incluindo entrega ao dono da carga ou seu preposto; e (ii) continuar a permitir que ocorra relação comercial entre o terminal molhado e seco, tal como no SSE/THC, mas sob um regime de regulação *ex ante* de tarifa, provavelmente de tarifa teto (*price cap*).<sup>20</sup>

<sup>19</sup> O secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade, Geanluca Lorenzon, explicou que o *Product Market Regulation* (PMR) é um índice publicado de cinco em cinco anos pela OCDE, que indica a qualidade da regulação de um país, em aspectos realmente qualitativos. **Sepec/ME e Serex/CC lançam programa de adequação regulatória. Associação dos Servidores do Inmetro-SI, 2021. Data da publicação: 27/02/2021. Disponível em: <https://asmetro.org.br/portalsn/2021/02/27/sepec-me-e-serex-cc-lancam-programa-de-adequacao-regulatoria/>. Acesso em: 24 fev. 2022.**

<sup>20</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da advocacia da concorrência e competitividade. **Parecer USUPORT vs. Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019** Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-c>

(...) Com base no acima exposto, conclui-se que o presente caso se classifica como sendo de bandeira vermelha, uma vez que a permissão para cobrança do SSE/THC2, particularmente no atual formato, traz caráter anticompetitivo à Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2009, sendo verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarreta distorção concorrencial, nos termos do inciso I, art. 18 da Instrução Normativa (IN) SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020, com respectivos efeitos esperados prejudiciais ao bem-estar do consumidor.

Conforme apontado ao longo deste Parecer, o atual formato da regulação permite que os terminais molhados efetuem a cobrança de insumo essencial ao mercado de armazenagem alfandegada em virtual regime de monopólio, sujeito apenas a regulação *ex post*. Nessas condições existe oportunidade e racionalidade para que ocorra abuso de posição dominante pelos terminais molhados a fim de explorar poder de mercado e elevar artificialmente os custos dos rivais no mercado de armazenagem alfandegada. Como ilustra a experiência australiana, tal possibilidade não se restringe à cobrança específica do SSE/THC 2, mas se relaciona à estrutura dos mercados envolvidas, de forma que é necessário que sejam adotados remédios regulatórios apropriados para evitar a conduta anticoncorrencial, algo que se entende não ocorreu na Resolução em comento.

Nesse sentido, esta SEAE recomenda os seguintes encaminhamentos, em ordem de preferência, relativamente à regulação da movimentação de contêineres nas instalações portuárias: i. alterar a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma a determinar que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal estejam incluídos nos preços praticados junto aos armadores (Box Rate e THC, no que couber); ou ii. alterar a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma que seja aplicado um regime de regulação *ex ante*, do tipo tarifa teto ou semelhante, a todas as cobranças obrigatórias aplicadas junto aos donos da carga ou seus prepostos, tais como os terminais secos.

Em vista das recomendações acima, sugere-se encaminhamento de representação formal à ANTAQ para conhecimento da Diretoria daquela Agência Reguladora e de sua Procuradoria das recomendações deste Parecer. Sugere-se também dar conhecimento do teor do Parecer ao Ministério de Infraestrutura na condição de Ministério setorial correspondente. Finalmente, considerando as conclusões constantes deste Parecer, recomenda-se o seu encaminhamento à Advocacia-Geral da União (AGU), para avaliação da compatibilidade dos dispositivos da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 com a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), consoante ao apontado ao longo deste Parecer. Conforme disposto neste Parecer, verifica-se, de acordo com a Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2020, que a cobrança do SSE/THC 2 disciplinada na da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019, regula conduta já considerada infração à ordem econômica pelo Plenário do Conselho Administrativo – CADE. Outro ponto verificado na norma da ANTAQ é que a cobrança do THC 2 representa uma reserva de mercado, prejudicando o ambiente de concorrência, uma vez que eleva as barreiras de entrada, limitando o acesso ao mercado de consumidores para uma parte restrita de agentes econômicos.<sup>21</sup>

No caso *Sindiporto vs. Normatização Conta Vinculada AFRMM*, o mercado relevante, em sentido material, era o do transporte aquaviário de cargas. O requerente, Sindicato Nacional das Empresas de Navegação de Apoio Portuário, suscitou o caráter

---

oncorrencial-fiarc/pareceres/2022\_01\_31\_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutura-padrao-v10.pdf.

Acesso em: 03 fev. 2022.

<sup>21</sup> Ibid.

anticoncorrencial das normas relativas à aplicação de recursos das contas vinculadas, os quais são oriundos de tributação, denominada “adicional sobre o frete para renovação da marina mercante” (AFRMM). As normas envolvidas eram os Decretos nº 5.269/2004 e nº 5.543/2005.

A distorção concorrencial resultaria do fato que os beneficiários desses recursos podem aplicá-los em outros mercados, onde não há arrecadação de AFRMM. Assim, haveria sociedades empresárias, que contam com forma diferenciada de capitalização através do AFRMM, competindo com sociedades empresárias que não contam com o financiamento através do AFRMM. Essas condições diferenciadas de capitalização criam vantagens para os beneficiários dos recursos das contas vinculadas alimentadas pelo AFRMM, tendendo a concentrar o mercado em favor das sociedades empresárias que gozam dessa vantagem competitiva.

O segundo aspecto é a criação de uma barreira à entrada, na medida em que é conferida uma vantagem competitiva e uma tendência de concentração em torno das sociedades empresárias já instaladas no mercado.

O parecer da FIARC foi no sentido que:

Normatização vigente produziu assimetria concorrencial, criando barreiras à entrada em prejuízo da competição e do bem-estar do consumidor, dada a (a) a utilização "transversal" (em atividades distintas do seu fato gerador) dos recursos das contas vinculadas do AFRMM possibilita tal assimetria; e (b) mesmo no caso de não haver “utilização transversal”, o próprio mecanismo de Contas Vinculadas, per se, tende a ocasionar distorções concorrenciais ao mercado de navegação por privilegiar as condições de financiamento dos incumbente e, dificultando ou até impedindo a entrada de novas empresas no setor de navegação.<sup>22</sup>

Como conclusão, o parecer FIARC constatou o caráter anticompetitivo dos Decretos nº 5.269, de 10 de novembro de 2004; e Decreto nº 5.543, de 20 de setembro de 2005, com indícios consistentes de presença de abuso regulatório que resulta em distorção concorrencial e declarou “bandeira vermelha”. Dessa forma, o parecer recomendou a representação formal ao Ministério da Infraestrutura e demais gestores do FMM, com sugestão de alteração dos normativos (regulamentação e legislação), no sentido de: i) vedar, por meio de alteração na regulamentação do FMM, atualmente constante dos Decretos nº 5.269, de 10 de novembro de 2004, e nº 5.543, de 20 de

---

<sup>22</sup>

Ibid.

Disponível

em:

[https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31\\_relatorio-fiarc-afmmm-contas-vinculadas-estrutura-padrao-v10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31_relatorio-fiarc-afmmm-contas-vinculadas-estrutura-padrao-v10.pdf). Acesso em: 03 fev. 2022.

setembro de 2005, a utilização do saldo dos recursos das contas vinculadas não utilizados até a data da alteração normativa, transferindo-se os saldos existentes para o FMM; e ii) extinguir o mecanismo de contas vinculadas, por meio de alteração legislativa.<sup>23</sup>

Adicionalmente, o parecer sugeriu ao Ministério da Infraestrutura a elaboração de uma avaliação *ex post* dos efeitos do uso do AFRMM, como Análise de Resultado Regulatório (ARR), de forma a subsidiar avaliação da efetividade do AFRMM. Complementarmente, determinou-se o encaminhamento do parecer à AGU, para avaliação de compatibilidade dos dispositivos do AFRMM com a LLE.<sup>24</sup>

Por fim, no caso da Buser Brasil Tecnologia Ltda, primeiro é importante entender como esta sociedade empresária funciona. Trata-se de um serviço de tecnologia que conecta pessoas interessadas em fazer viagens com destinos em comum, as quais são reunidas em uma plataforma digital, mediante prévio cadastro.

São duas modalidades de atuação da Buser: *marketplace* e fretamento coletivo. Na primeira modalidade, a Buser é uma plataforma na qual passagens das empresas de transporte rodoviário regular são vendidas. A Buser funciona, neste caso, como um meio de intermediação entre as empresas de transporte rodoviário regular e os passageiros. Já na segunda modalidade, a viagem é feita por empresas privadas que oferecem fretamento de ônibus e os custos desse fretamento são rateados entre todos os passageiros interessados em realizar aquele trajeto. Esta última modalidade pode ser comparada ao serviço de intermediação de transporte privado de passageiro individual, como é o caso da Uber. É também esta modalidade a mais atacada pelas empresas de transporte rodoviário regular.

O caso da Buser foi levado à FIARC mediante um requerimento que não foi aceito por ausência de demonstração de preenchimento dos requisitos necessários. Entretanto, na II Reunião da FIARC, realizada em 03 de março de 2021, foi aprovado o recebimento da denúncia, sob os seguintes fundamentos, depois da Buser ter complementado os dados:

**Requerimento 2021.I.0003 (identificador PMCC: 338)**

Buser Brasil Tecnologia Ltda vs Resolução ANTT nº 4.777, de 2015

5. A análise do requerimento apresentado pela Buser Brasil Tecnologia Ltda. realizada na I Reunião levou à decisão de não-aprovação do requerimento naquele momento, em função de não ter sido suficientemente demonstrado o

---

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid.

potencial impacto concorrencial relevante, pois conforme o requerimento recebido do PMCC, os elementos trazidos não foram suficientes para quantificar o impacto econômico concreto produzido sobre a dinâmica competitiva ou sobre a eficiência do setor afetado, de modo a permitir aferir a ordem de grandeza ou proporção perante o mercado como um todo. Por esse motivo, foi solicitado à Buser Brasil Tecnologia Ltda. que complementasse as informações apresentadas, preferencialmente por meio de demonstrações quantitativas, a fim de que fosse novamente analisado o referido requerimento (Ata de Reunião SEI 13629216). A complementação foi efetuada por meio do envio do parecer econômico produzido pela LCA Consultores (SEI 14069191) e dos pareceres produzidos pelos professores Paulo Furquim (SEI 14069286) e Ana Frazão (SEI 14069484).

6. Diz o parecer da LCA Consultores em suas conclusões:

Apesar das mudanças regulatórias em direção da abertura do setor de TRIP-que incluem liberdade de preços, de itinerário e de frequência -, algumas das alterações instituídas a partir da Lei nº 12.966/14 ainda não se fazem sentir no mercado.

A baixa rivalidade colabora para que o número de passageiros transportados no TRIP venha se reduzindo ano a ano. De 2013 a 2018, enquanto o setor aéreo teve um crescimento de 9% no número de passageiros transportados, o setor rodoviário teve uma redução de 35%.

Assim, o Projeto de Revisão do Marco Regulatório do TRIP ocorre em um momento oportuno, em conformidade com as boas práticas de mudanças regulatórias. As propostas em discussão têm potencial de provocar o crescimento da competição no setor, com geração de ganhos econômicos não apenas para os consumidores do setor, mas também para a economia brasileira. Somente com os ônibus registrados na ANTT para operação no serviço regular e no fretamento, existe um potencial de transportar 51 milhões de passageiros adicionais por ano.

A pressão competitiva causada pela possibilidade de novas empresas de oferecerem o serviço com liberdade de frequência, preço, e itinerário, conforme Decreto nº 10.157/19 possibilita ganhos de eficiência, repassados ao consumidor via redução de preços, incremento da qualidade e diversidade de serviços.

7. De forma similar, o parecer do professor Paulo Furquim:

As entidades que representam as concessionárias de transporte terrestre de passageiros em ações judiciais contra a Buser alegam que esta praticaria concorrência predatória, fruto de “desvio de demanda” de passageiros de rotas regulares, operadas por suas associadas, o que inviabilizaria a “continuidade e regularidade do serviço público”. Este parecer apresentou evidências econômicas, baseadas em dados da Agência Nacional de Transporte Terrestre, que contradizem as alegações centrais nessas ações judiciais. Não há evidências, nos dados disponíveis, de que tenha havido qualquer redução de demanda por transporte regular que pudesse ser imputada à entrada da Buser. As variações observadas no volume de passageiros em transporte regular variam conforme o nível de atividade econômica e outras características associadas à demanda por mobilidade, não havendo qualquer indício de que a Buser tenha causado o alegado desvio de demanda.

O parecer ainda utiliza resultados da literatura e análise econômica para concluir que não há motivos para a imposição de regulação adicional às empresas de fretamento eventual, nem tampouco para a atividade de intermediação da Buser, cujo efeito direto é apenas o de reduzir os custos de coordenação entre passageiros e entre estes e empresas de fretamento. Seu efeito, portanto, é claramente positivo, sendo predominantemente apropriado de modo difuso pela sociedade em sua demanda por mobilidade.

8. Entendeu-se, dessa forma, que os pareceres apresentados trouxeram indícios suficientes acerca do impacto econômico concreto produzido sobre a dinâmica competitiva ou sobre a eficiência do setor afetado no requerimento em análise, item que ficou pendente a partir da ata da primeira reunião.

9. Entendeu-se que caberá agora, durante o trâmite ordinário da análise, entender se os indícios apresentados se consubstanciam em potencial figura de abuso regulatório que distorça o ambiente concorrencial.

10. Decidiu-se, por esse motivo, pela **aprovação** do requerimento no juízo de admissibilidade, e encaminhamento dele para a Coordenação-Geral de Desregulamentação e Competitividade - CODEC, para início do processo de análise investigativa, conforme o artigo 15, parágrafo 3º, da IN SEAE nº 97, de 2020.<sup>25</sup>

A denúncia teve por base a alegação de problema concorrencial no mercado de transporte rodoviário de passageiros sob regime de fretamento, decorrente da exigência da regra do circuito fechado<sup>26</sup> naquela modalidade de transporte.

O circuito fechado é previsto no Decreto nº 2.521/1998 e na Resolução nº 4.777/2015, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

O Decreto nº 2.521/1998 estabelece como regra para o transporte de passageiros por fretamento que o mesmo seja realizado via circuito fechado, o qual consiste na obrigatoriedade de que o transporte por fretamento seja restrito a uma lista fixa de passageiros, nos dois sentidos da viagem (ida e retorno), sendo vedado o transporte de passageiros que não constem da relação apresentada à ANTT por ocasião da solicitação de autorização de fretamento.

O referido Decreto nº 2.521/1998 dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências, com base no art. 84, Incisos IV e VI, da Constituição, e tendo em vista o disposto na alínea “e” do Inciso XII, do art. 21 da Constituição e na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Conforme o inciso XI do mencionado Decreto:

Art. 3º Para os fins deste Decreto, considera-se: (.....) XI - fretamento eventual ou turístico: é o serviço prestado à pessoa ou a um grupo de pessoas, em circuito fechado, com emissão de nota fiscal e lista de pessoas

---

<sup>25</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. Subsecretaria da Advocacia da Concorrência. **II Reunião da Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial**. (publicado em aviso de instauração no *Diário Oficial da União*, em 05 de março de 2021). Disponível em: [file://https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Qi48J5q26dEJ:https://www.gov.br/participamaisbrasil/blob/baixar/3775+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Qi48J5q26dEJ:https://www.gov.br/participamaisbrasil/blob/baixar/3775+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 04 fev. 2022.

<sup>26</sup> Nos termos do art. 3º, inciso XIV, da dita Resolução nº 4.777/2015: “Circuito fechado: viagem de um grupo de passageiros com motivação comum que parte em um veículo de local de origem a um ou mais locais de destino e, após percorrer todo o itinerário, observado os tempos de permanência estabelecidos nesta Resolução, este grupo de passageiros retorna ao local de origem no mesmo veículo que efetuou o transporte na viagem de ida;”; esta regra de circuito fechado implica na obrigatoriedade de que o transporte por fretamento seja restrito a uma lista fixa de passageiros, nos dois sentidos da viagem (ida e retorno), sendo vedado o transporte de passageiros que não constem da relação apresentada por ocasião da solicitação de autorização de fretamento.

transportadas, por viagem, com prévia autorização ou licença da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT;<sup>27</sup>

O Decreto nº 2.521/1998 foi expedido anteriormente à Lei 10.233/2001<sup>28</sup>, que criou a ANTT, agência reguladora setorial responsável pela regulação dos serviços de transporte rodoviário de passageiros, dentre outras atribuições, o que, segundo análise feita pela FIARC permite supor a desatualização da referida regulamentação. No entanto, a Resolução nº 4.777/2015 da ANTT conceituou a regra do circuito fechado, em seu inciso XIV, em iguais termos:

Art. 3º Para fins desta Resolução, na prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento, considera-se: (...) XIV - Circuito fechado: viagem de um grupo de passageiros com motivação comum que parte em um veículo de local de origem a um ou mais locais de destino e, após percorrer todo o itinerário, observado os tempos de permanência estabelecidos nesta Resolução, este grupo de passageiros retorna ao local de origem no mesmo veículo que efetuou o transporte na viagem de ida;<sup>29</sup>

A motivação da denúncia é que a existência da regra do circuito fechado implicaria em violação aos princípios da legalidade e da livre iniciativa, eis que ausente previsão constitucional ou legal expressa a respeito. No mais, a imposição da regra do circuito fechado iria de encontro à utilização das plataformas de tecnologia, as quais possibilitam a redução dos custos de transação entre as partes contratantes do serviço, por meio do sistema de fretamento colaborativo. Tais plataformas de tecnologia contribuem para a redução dos custos do transporte, melhoria na qualidade dos serviços, geração de renda e empregos e alavancagem do setor privado envolvido.

Suscitou, ainda, a Buser que a manutenção da regra de circuito fechado só se justificaria para manter a proteção de mercado existente quanto ao transporte coletivo rodoviário de passageiros no regime regular, que é explorado historicamente pelas mesmas empresas ou grupos econômicos, com baixo nível de concorrência intrasetorial.

---

<sup>27</sup> BRASIL. **Decreto nº 2.521, de 20 de Março de 1998**. Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2521.htm). Acesso em: 07 fev. 2022.

<sup>28</sup> No que concerne à Lei nº 10.233/01 cabe mencionar a edição da Lei nº 14.298, de 5 de Janeiro de 2022, a qual altera os fundamentos instituídos pela Lei nº 12.996, de 2014, que institui o regime de autorizações para o TRIIP, a ser explorado sob o regime de livre concorrência e de liberdade de preços. Em síntese, insere o conceito de inviabilidade econômica como variável ensejadora do caráter de exclusividade, além de exigência de capital social mínimo, e requisitos relacionados à segurança, capacidade técnica, operacional e econômica da empresa.

<sup>29</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Resolução nº 4.777, de 06 de Julho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=316689>. Acesso em 07/02/2022.

Destarte, a regra de circuito fechado seria uma artificial barreira de mercado, criada por meio de atos normativos infralegais, que geram reserva de mercado para o segmento de transporte rodoviário de passageiros no regime regular. Com efeito, é uma regra que criaria um aumento significativo dos custos de entrada, por aumentar os custos de operação. É uma regra, também, que tenderia a limitar as escolhas dos consumidores, uma vez criadas as barreiras, razão pela qual as alternativas do fornecimento de meios de transportes rodoviário de passageiros seriam reduzidas.

Ademais, inserindo a regra do circuito fechado na tipologia da Instrução Normativa nº 111/2020, verificar-se-ia que tal regra privilegiaria alguns agentes em detrimento de outros, dificulta atendimento onde há demanda reprimida ou potencialmente não atendida pelo segmento regular e prejudica a inovação, a competição, além de onerar os consumidores.

A Buser pleiteou, pois, pelo reconhecimento do caráter anticompetitivo da regra do circuito fechado, com esteio no inciso VIII do art. 19 da Lei nº 12.529/2011, observados os termos da Instrução Normativa nº 97, de 2020 (arts. 4º, incisos I, “c”, II a IV, §7º, incisos I a IV, IX e X, e §8º, incisos II, IV e VIII).

No entanto, a SEAE foi além e estendeu o exame para normas que tratam dos serviços do transporte rodoviário de passageiros no regime regular, especificamente o decreto de estímulo ao Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros (TRIIP) (Decreto nº 10.157/2019, de 4 de dezembro de 2019), o qual trata dos princípios e das diretrizes aplicáveis ao TRIIP, com destaque para a livre concorrência, liberdade de preços, de itinerário e de frequência e inexistência de limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, exceto na hipótese de inviabilidade operacional.

Na dinâmica do inciso II do artigo 17 da Instrução Normativa nº 97/2020, foi promovida a tomada de subsídios nº 3/2021 pela SEAE, a qual contou com vinte e oito contribuições (dezenove de pessoas naturais; seis de pessoas jurídicas da iniciativa privada; e três do setor público), cujo resultado segue infra colacionado:

**i. aplicativos dos serviços de transporte rodoviário por fretamento (para um único trecho) criam nova demanda por passageiros no serviço de transporte rodoviário?**

18 participantes opinaram que os aplicativos de transporte criam nova demanda e outros 10 participantes opinaram que não. Se há criação de nova demanda, significa que os aplicativos de transporte não retiram demanda dos serviços tradicionais, como o TRIIP; se não há criação de nova demanda, a melhor interpretação é que atendem à

demanda existente, ou seja, de passageiros que utilizam os serviços de transporte rodoviário independentemente da existência dos aplicativos. Dessa maneira, as respostas apresentam posições antagônicas. Uma posição intermediária seria aquela a qual os aplicativos tanto criariam nova demanda com passageiros que não utilizariam os serviços tradicionais do TRIIP e do fretamento, como também podem captar parcela da demanda de passageiros existente.

**ii. Os aplicativos dos serviços de transporte rodoviário por fretamento (para um único trecho), no formato atualmente existente, concorrem diretamente com os serviços de transporte rodoviário regular de passageiros?**

Quando os participantes são questionados se os aplicativos de transporte concorrem com os serviços TRIIP, existe um equilíbrio entre aqueles que opinam que existe essa concorrência direta (50%) e aqueles que opinam que não existe essa concorrência entre eles (os demais 50%), sendo recebidas 28 contribuições ao todo. Esse resultado significa que parte dos participantes que opinaram que os aplicativos criam nova demanda (4 participantes) também consideraram que existe essa concorrência entre os aplicativos de transporte e os serviços TRIIP.

**iii. Independentemente da resposta (i) e (ii), na sua opinião os aplicativos de serviços de transporte rodoviário por fretamento (para um único trecho) beneficiam o consumidor?**

A maioria dos participantes da tomada de subsídios (18 dos 28 participantes) opina que os aplicativos de transporte beneficiam o consumidor. Infere-se, nesse caso, que os participantes que opinaram no sentido de que os aplicativos não criam nova demanda também, possivelmente, não vislumbram benefício para os consumidores em razão da introdução dos aplicativos de transporte rodoviário.

**iv. As restrições aplicáveis aos serviços de transporte rodoviário por fretamento devem ser? 1. REVOGADAS completamente, permitindo o circuito aberto no serviço de transporte rodoviário por fretamento; 2. ALTERADAS, conforme opções indicadas na questão seguinte. 3. MANTIDAS integralmente.**

15 dos 28 participantes opinaram que as restrições devem ser revogadas, permitindo-se o circuito aberto no serviço de transporte rodoviário por fretamento; outros 6 participantes opinaram que as regras atuais devem ser alteradas; e, por fim, 7 participantes opinaram que as restrições ao fretamento devem ser mantidas integralmente. Infere-se, portanto, que parcela majoritária dos participantes na tomada de subsídios são favoráveis à alteração do “status quo”, as regulamentações existentes que tratam dos serviços de transporte rodoviário de passageiros.

**v. Existe o risco de que parcela da população que atualmente é atendida pelo serviço regular ficar sem atendimento em caso de revogação da regra de circuito fechado, permitindo-se o circuito aberto no serviço por fretamento? 1. SIM 2. NÃO**

15 participantes opinaram não reconhecer a existência desse risco, enquanto outros 13 opinaram pela sua existência. Ou seja, parte substancial (aproximadamente 46,4%) dos participantes acreditam que pode causar prejuízo para parte da população atendida pelos serviços TRIPP caso houvesse a revogação da regra de circuito fechado sem que outra medida fosse adotada.

**Caso SIM, é necessário adotar as opções de alteração regulatória apontadas anteriormente?**

Trata-se das opções elencadas na questão que ficou prejudicada, conforme já mencionado. No caso do questionamento em tela, a maioria dos participantes opinaram contrariamente à adoção das medidas sugeridas na Tomada de Subsídios: 21 participantes não concordaram com as opções elencadas e apenas 7 participantes mostraram-se favoráveis. Esse resultado é indicativo de que as opções elencadas para reduzir as assimetrias regulatórias foram reprovadas pelos participantes desta tomada de subsídios.

**Caso SIM (é necessário adotar alteração regulatória), selecione uma ou mais das opções indicadas abaixo seriam necessárias**

- 1. Flexibilização das exigências regulatórias mínimas para o serviço regular.**
- 2. Subsídio fiscal para o custeio direto das exigências regulatórias mínima.**
- 3. Incorporação de exigências mínimas para o serviço de fretamento (exceto a regularidade) para evitar o problema de assimetria regulatória.**
- 4. Outros**

Novamente, quando os participantes são instados a escolherem uma das opções elencadas de alteração regulatória, a opção “Outros” foi a mais escolhida (21 participantes), indicando novamente rejeição da maior parte dos participantes às opções sugeridas na tomada de subsídios para reduzir as assimetrias regulatórias entre os segmentos de transporte rodoviário regular e de fretamento. A segunda opção mais escolhida refere-se à incorporação de algumas exigências mínimas do serviço regular (gratuidades e descontos, por exemplo) no serviço de transporte rodoviário sob fretamento.<sup>30</sup>

A experiência internacional foi usada como subsídio para o parecer. No caso concreto, observou-se que a opção pela desregulamentação<sup>31</sup> do transporte rodoviário de passageiros em outros países aumentou a competição entre operadores de transporte rodoviário (intramercado) e entre modos de transporte (intermercado); a desregulamentação tem favorecido crescimento de empresas baseadas em tecnologia do *low cost* (baixo custo) e levado os serviços para regiões mais remotas, não atendidas pelos modelos tradicionais; a desregulamentação fez emergirem empresas líderes na Europa, como a FlixBus e BlaBlaBus, que operam no modelo de franquia (sem frota própria) e subcontratação de empresas; foram implementadas estratégias de tecnologia de baixo custo, como venda de passagens diretamente ao consumidor (sem custos de transações), cobrança por cada serviço e utilização de ativos para receitas extras, como publicidade. Constatou-se que as inovações disruptivas contribuíram para o aumento da competição, facilitando a comparação entre empresas de ônibus e outros meios de transporte.<sup>32</sup>

Quanto ao cenário nacional, o parecer destaca que se constata crescente mercado informal de transporte de passageiros por ônibus, que não fica restrito ao transporte coletivo intermunicipal de municípios contíguos, de curta distância, com características predominantes urbanas. A oferta de serviços de transporte informal de passageiros, concorrendo com linhas de serviços de longa distância, cria um ambiente irregular que afeta o setor. Quanto maior a densidade populacional de uma região atendida pelo serviço de ônibus, maior é a probabilidade de surgirem prestadores de

<sup>30</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SECRETARIA DE ADVOCACIA DA CONCORRENCIA E COMPETITIVIDADE. Tomada de Subsídios nº 03/2021. Brasília, **Diário Oficial da União**. Data de Publicação 16 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/tomada-de-subsidiosseae-sepec-me-n-2021-transporterodoviario-interestadual-depassageiros-sob-fretamento>. Acesso em: 07 fev. 2022.

<sup>31</sup> Alexandre Santos de Aragão leciona que a desregulação consiste na ausência de regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito Jurídico de Regulação da Economia. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 122, abr./jun. 2001, p. 45

<sup>32</sup> MP STREAMING. **Divulgação de Pareceres do FIARC**. Youtube, 31 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=como+citar+video+youtube+abnt&oq=como+citar+video&aqs=chrome.0.0i512j69i57j0i51218.6013j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 04 fev. 2022.

serviços informais. A proliferação de serviços de transporte informal é um indicativo de que os ganhos de escala não são barreiras determinantes nesse setor. Além disso, a entrada dos ofertantes de serviços do transporte informal significa que não existe barreira à entrada de novos ofertantes através da diferenciação, pois a marca não é considerada na escolha do transporte pelos usuários.<sup>33</sup>

Nessa linha, tendo em vista a evolução tecnológica e o uso de tecnologias disruptivas, conforme demonstrado no parecer da FIARC, incluindo o setor de transportes, tem-se colocado em discussão o paradigma da distinção entre as categorias de serviço de transporte regular e por fretamento, e sua substitutibilidade. Nesse contexto, a discussão da potencial substitutibilidade entre os dois tipos de serviços é reforçada com a entrada de aplicativos ou plataformas (caso Buser) que conectam passageiros de longa distância com os serviços de fretamento, caso permitida a venda de passagens para somente um trecho da viagem (ida ou volta), sem observância da regra de circuito fechado.

O parecer destaca, todavia, que apesar dos serviços de transporte de passageiros de longa distância regular e de fretamento poderem ser considerados substitutos próximos, quando não observada a regra de circuito fechado, eles ainda diferem na forma como são acessados pelos demandantes e ofertantes. Uma tendência que é observada nos serviços ofertados via aplicativos é a existência de uma estratégia de segmentação do mercado.

A segmentação de mercado difere da diferenciação de produtos ou serviços, pois a primeira busca dividir o mercado em pequenos grupos de consumidores, identificando no mercado heterogêneo determinadas características de grupos de indivíduos, enquanto a segunda constitui a diferenciação do produto para torná-lo mais atrativo ou único, para o consumidor, em relação aos seus competidores. A empresa pode combinar ambas as estratégias para atuar num determinado mercado, podendo elas ser utilizadas simultaneamente. Para o caso sob análise, a segmentação se manifesta sob a forma de oferta de serviços diferenciados baseados nas preferências dos usuários, como comodidades, tipos de serviços etc., bem como uso de tecnologias de uso pessoal, entre outros.

---

<sup>33</sup> ALMEIDA, Gustavo G.; RODRIGUES, Paulo de T. & Said, ROSA M. (2002). **Adaptação Estratégica no Setor de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros**: uma análise de grupos estratégicos. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2002-eso-1564.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2022.

Ou seja, os serviços de transporte de passageiros de longa distância por ônibus regular e de fretamento não seriam totalmente homogêneos, na hipótese de supressão da regra de circuito fechado, o que implica que não seriam substitutos perfeitos, mas próximos, tendo em vista que existe grau considerável de substitutibilidade entre ambos para permitir a concorrência. A substitutibilidade próxima é, porém, como se sabe, condição suficiente para definir os serviços dentro do mesmo mercado relevante, sob o ponto de vista do produto ou serviço.<sup>34</sup>

O uso de uma plataforma tecnológica (aplicativo Buser) que conecta passageiros e empresas prestadoras de serviços no regime de fretamento pode ampliar o mercado do serviço de fretamento para além dos locais para os quais o serviço estava restrito anteriormente.

O parecer arremata, assim, com a seguinte conclusão:

(...) na hipótese de suprimida a regra de circuito fechado, as inovações tecnológicas no serviço de transporte de passageiros de longa distância permitiriam o aumento da oferta dos serviços de fretamento em condições bastante competitivas, permitindo alguma rivalização com o segmento de transporte de passageiros regular.

Conclui-se, portanto, que a regra de circuito fechado distingue os dois submercados, impedindo ou dificultando a competição direta entre os dois segmentos ou regimes. Caso suprimida essa regra, a sobreposição do mercado entre os serviços prestados pelos segmentos de transporte de passageiros regular e de fretamento deve ser observada, ao menos para aquela parcela da demanda que se utiliza do serviço expresso entre grandes corredores de ônibus de longa distância.

Isso permitiria a rivalidade ou concorrência entre eles – e, assim, a demanda de um serviço pode ser deslocada para o outro em razão de variáveis como preço e qualidade. Pondera-se, entretanto, que em razão das assimetrias regulatórias entre os dois segmentos, especialmente, as obrigações de assistência material aos passageiros (em casos de atrasos, por exemplo), gratuidades e descontos legais do segmento regular, tal competição pode não ser justa, no sentido de os players não estarem em igualdade de condições para a conquista dos consumidores. No contexto de se reduzir ou eliminar as assimetrias regulatórias entre os dois segmentos, essa rivalidade entre os regimes regular e de fretamento no transporte rodoviário de longa distância seria benéfica para o consumidor, com tendência de melhorar a qualidade do serviço prestado e fornecer mais opções de escolha de deslocamento de viagens de ônibus de longa distância.

(...) Considerando os critérios estabelecidos pela OCDE, foram identificados impactos negativos à concorrência da regra de “circuito fechado”, aplicada ao transporte rodoviário de passageiros de longa distância sob o regime de fretamento. Tal constatação é pertinente quando se trata do mercado de transporte rodoviário de passageiros de médias e longas distância como um

---

<sup>34</sup> BRASIL. Ministério da economia. Secretaria especial de produtividade, emprego e competitividade. Secretaria de advocacia da concorrência e competitividade. **Pareceres da Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial – FIARC. Parecer FIARC – Circuito Fechado.** Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta\\_parecer\\_circuito\\_fechado-estrutura-padrao\\_versao-final\\_v10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta_parecer_circuito_fechado-estrutura-padrao_versao-final_v10.pdf). Acesso em: 04 fev. 2022.

todo, abrangendo os regimes regular e de fretamento, e desconsiderando-se as assimetrias regulatórias que estão presentes nos dois regimes.

Na prática, a própria definição de fretamento eventual ou turístico trazida pelo Decreto nº 2.521/1998 caracteriza o serviço como nicho de mercado dentro do transporte rodoviário de passageiros por ônibus de média e longa distância. Ou seja, a regulamentação existente parte da premissa de que os dois submercados (regular e fretamento) sejam distintos e não concorram entre si, restringindo a atividade privada do regime sob fretamento às viagens que se destinam a fretamento eventual ou turístico. Visto dessa forma, a regulamentação infralegal restringe a atuação do regime sob fretamento, pois, além de impor custos expressivos aos prestadores de serviço, impedindo o uso eficiente dos ativos, em razão das restrições decorrentes da obrigatoriedade de se restringir a uma mesma lista de passageiros nos circuitos de ida e volta, impede que as empresas de fretamento busquem alcançar mercados que vão além dos nichos de mercados abrangidos pela norma, a saber, o fretamento eventual ou turístico. Na ótica estritamente concorrencial, sem observância das questões regulatórias envolvidas, as normas infralegais que regulam o transporte rodoviário de longa distância sob fretamento são anticompetitivas, pois restringem a atuação das empresas do setor.

Inferese, dessa forma, que há indicativos de impactos concorrenciais com efeitos anticompetitivos que se encontram discriminados pelo Guia de Concorrência estabelecido pela OCDE. Particularmente, os efeitos 1º, 2º e 4º do Checklist, dado que a regulamentação em vigor do transporte rodoviário de passageiros sob fretamento estabelece a regra de circuito fechado para o fretamento eventual ou turístico, configurando, na prática, em restrição à atuação das empresas deste regime, que ficam restritas ao nicho do mercado, e favorece: (i) a limitação no número ou variedade de fornecedores (1º efeito), pois tende a aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado, uma vez que, no limite, impede a venda de passagens para apenas um trecho da viagem, o que pode contribuir para ociosidade da frota de ônibus ou lotação menor que aquela que poderia ocorrer, o que significa que as empresas incorrem em custos maiores caso tivessem liberdade para a venda de passagens para um único trecho; (ii) a limitação da concorrência entre empresas (2º efeito), pois a regra aumenta significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores, dando tratamento distinto entre os prestadores que estão no regime regular daqueles que operam no regime sob fretamento; e (iii) a limitação das opções dos clientes e da informação disponível (4º efeito), visto que a regra de circuito fechado (a) limita a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor, uma vez que este só pode vender passagens do trecho completo de ida e volta; (b) reduz a mobilidade de clientes entre fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos, implícitos ou explícitos, o que ocorre também em função da restrição à venda de passagens para um único trecho da viagem.<sup>35</sup>

Deste modo, a regra do circuito fechado se enquadra como restrição ou proibição regulatória, nos termos do inciso VIII do artigo 2º da Instrução Normativa nº 111/2020.

Por todo o exposto, a FIARC, no caso Buser Brasil Tecnologia Ltda, entendeu por classificar os atos normativos denunciados da seguinte maneira:

---

<sup>35</sup> Ibid.

- (i) BANDEIRA AMARELA: Decreto nº 10.157, de 2019, pois foram verificados pontos suscetíveis a aperfeiçoamentos, medidas para melhoria do ambiente concorrencial e do ambiente de negócios do serviço TRIIP; e
- (ii) BANDEIRA VERMELHA: Decreto nº 2.521, de 1998; Resolução nº 4.770, de 2015; e Resolução ANTT nº 4.777, de 2015. Estes normativos possuem caráter anticompetitivo, com fortes indícios de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial<sup>36</sup>

A SEAE opinou pela exclusão da regra de circuito fechado, permitindo-se o circuito aberto para todas as categorias de transporte rodoviário sob fretamento. A SEAE também opinou pelo envio de sugestão ao órgão setorial e à agência reguladora responsável para promoção da revisão dos normativos sobre transporte sob fretamento, de forma a criar nova categoria de fretamento para abranger o chamado fretamento colaborativo, além de reduzir as assimetrias regulatórias entre os dois segmentos de transporte rodoviário (regular e por fretamento), pela inclusão da obrigatoriedade do fretamento colaborativo em conceder benefícios de gratuidades e descontos legais, assim como assistência material para os passageiros, na forma que é feita pelo serviço TRIIP.

Após a leitura e exame dos três pareceres emitidos pela FIARC, conclui-se que o programa cumpriu os objetivos de transparência, isonomia e impessoalidade quanto aos trâmites internos, conclusões e recomendações.

Além disso, nota-se dos pareceres exarados pela FIARC a necessidade de uma nova regulação, eis que evidentes as falhas de mercado detectadas todos os três, como incompletude ou baixo nível de competitividade, custos de transação elevados e inviabilização de acesso aos consumidores.

## 2.4 AVALIAÇÃO *EX ANTE*

Uma política pública resulta de uma sequência de etapas de um ciclo, como notoriamente se percebe pelo processo de construção da FIARC, objeto de estudo do presente trabalho. Para tanto, é necessário classificar as etapas da política pública, em cinco fases: *i)* montagem da agenda; *ii)* formulação da política; *iii)* tomada da decisão política; *iv)* implementação de política; *v)* avaliação da política.

---

<sup>36</sup> Ibid.

Considerando já terem sido expostas anteriormente as quatro primeiras fases por meio da explanação sobre a Consulta Pública nº 01/2020 e a Instrução Normativa nº 97/2020, focar-se-á aqui na última etapa, a avaliativa.

Registre-se que não se pretende questionar a eficiência da FIARC, eis que apenas recentemente produzidos os pareceres derivados das três primeiras denúncias de abuso de poder regulatório pelo programa recebidas. Importa, ainda, acompanhar como será a recepção desses pareceres pela comunidade jurídica e, principalmente, se e qual será o impacto deles ante os denunciantes e autoridades responsáveis pela emissão dos atos normativos questionados.

A quinta etapa do ciclo de formação de uma política pública diz respeito à avaliação, também considerada uma etapa de aprendizagem sobre a política pública em comento.

A etapa avaliativa subdivide-se em avaliação da política anterior (avaliação *ex post*), a qual não vem ao caso, dado o ineditismo da FIARC, e a formulação de uma nova política (avaliação *ex ante*).

Segundo o Guia Prática de Análise *ex ante* de Avaliação de Políticas Públicas disponibilizado pelo Governo Federal devem ser levados em conta os seguintes pontos numa avaliação do potencial de efetividade da política pública:

No caso da avaliação *ex ante* da fase de implementação, a intenção é identificar inconsistências, insuficiências ou desperdícios de maneira antecipada. Para minimizar os problemas futuros, recomenda-se o envolvimento dos atores desde a fase inicial das ações, incluindo a construção conjunta da estratégia, ou plano, de implementação da política pública, que deverá ser composto por: • definição do modelo de gestão e de governança, explicitando os mecanismos de liderança, estratégia e controle que serão postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a política; • análise das atribuições e dos incentivos dos atores envolvidos na execução da política, verificando se o arranjo institucional proposto é adequado; • análise da base legal da política e da espécie de instrumento que será utilizado para constituir as obrigações e avenças necessárias à sua consecução e dos seus programas e ações; • definição do plano de comunicação a ser executado durante todas as etapas da política; e • análise de riscos eventuais ao longo da execução da política pública, com sua identificação, elaboração de estratégias de mitigação, administração e controle, compatível com a matriz Swot (do inglês, *strengths, weaknesses, opportunities and threats*).<sup>37</sup>

Nesse sentido os objetivos colimados com a criação da FIARC:

---

<sup>37</sup> BRASIL. Governo Federal. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise *ex ante***, volume 1 / Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília : Ipea, 2018. v. 1 (192 p.), p.123-124.

A FIARC tem como objetivo aprimorar o conjunto de normas infralegais que disciplinam questões de natureza regulatória e concorrencial no Brasil, a partir da identificação e avaliação pela SEAE dos atos normativos elaborados por agências, autarquias e órgãos públicos que possam causar distorção concorrencial ou que tenham caráter anticompetitivo. O Programa está em linha com a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), com especial destaque para o art. 4º, que apresenta situações específicas em que a regulação poderá promover distorções de cunho concorrencial com elevados danos à sociedade e aos mercados. Além de contribuir para o desenvolvimento do arcabouço regulatório brasileiro – aproximando-o das melhores práticas internacionais – espera-se que o programa também crie incentivos para a adoção de um novo modelo de formulação, implementação e avaliação da regulação no Brasil.<sup>38</sup>

A FIARC exsurge para ratificar a importância do abuso de poder regulatório no ambiente concorrencial, correlacionando a tipologia apresentada da LLE com as recomendações da OCDE desenvolvidas a partir de um *checklist* (figura 1)<sup>39</sup> a ser observado na análise de impacto concorrencial.

Figura 1- *Checklist* de Concorrência

---

<sup>38</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. **Pareceres da Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial – FIARC. Parecer FIARC – Circuito Fechado.** Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta\\_parecer\\_circuito\\_fechado-estrutura-padrao\\_versao-final\\_v10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta_parecer_circuito_fechado-estrutura-padrao_versao-final_v10.pdf). Acesso em: 04 fev. 2022.

<sup>39</sup> OCDE (2017), Guia para Avaliação de Concorrência: Volume 2 – Diretrizes, p.2. **Checklist da Concorrência.** Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2022.

CHECKLIST DE CONCORRÊNCIA	
Deve-se realizar uma avaliação aprofundada dos efeitos na concorrência sempre que uma proposta:	
<p><b>A</b> <b>Limite o número ou a variedade de empresas</b></p> <p>Este efeito poderá ocorrer caso a proposta:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> <b>A1</b> Conceda direitos exclusivos a uma única empresa de bens ou serviços</li> <li><input type="checkbox"/> <b>A2</b> Estabeleça um regime de licenciamento ou autorização como requisito de atividade</li> <li><input type="checkbox"/> <b>A3</b> Limite a capacidade de certas empresas de prestar um bem ou serviço</li> <li><input type="checkbox"/> <b>A4</b> Aumente significativamente os custos de entrada ou de saída do mercado</li> <li><input type="checkbox"/> <b>A5</b> Crie uma barreira geográfica que impeça as empresas de oferecer bens, serviços, trabalho ou capital</li> </ul>	<p><b>B</b> <b>Limite a capacidade das empresas de competirem entre si</b></p> <p>Este efeito poderá ocorrer caso a proposta:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> <b>B1</b> Limite a capacidade das empresas de definirem preços de bens ou serviços</li> <li><input type="checkbox"/> <b>B2</b> Limite a liberdade das empresas na realização de publicidade e marketing de bens ou serviços</li> <li><input type="checkbox"/> <b>B3</b> Fixe padrões de qualidade que beneficiem apenas algumas empresas ou que excedam o nível que seria escolhido por consumidores bem informados</li> <li><input type="checkbox"/> <b>B4</b> Aumente significativamente o custo de produção de algumas empresas, particularmente dando um tratamento diferente às empresas estabelecidas no mercado (incumbentes) do tratamento dado às novas entrantes</li> </ul>
<p><b>C</b> <b>Diminua o incentivo das empresas a competir</b></p> <p>Este efeito poderá ocorrer caso a proposta:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> <b>C1</b> Estabeleça um regime de auto-regulação ou de co-regulação</li> <li><input type="checkbox"/> <b>C2</b> Exija ou encoraje a publicação de informação sobre as quantidades de produção, preços, vendas ou custos de empresas</li> <li><input type="checkbox"/> <b>C3</b> Isente a atividade de um determinado setor ou de um grupo de empresas da aplicação da lei geral de concorrência</li> </ul>	<p><b>D</b> <b>Limite a escolha do consumidor e a informação disponível</b></p> <p>Este efeito poderá ocorrer caso a proposta:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> <b>D1</b> Limite a capacidade dos consumidores de escolherem a empresa à qual adquirir um bem ou serviço</li> <li><input type="checkbox"/> <b>D2</b> Reduza a mobilidade dos consumidores entre empresas de bens ou serviços, através do aumento dos custos explícitos ou implícitos de alteração do serviço (switching costs)</li> <li><input type="checkbox"/> <b>D3</b> Altere substancialmente a informação necessária para que os consumidores possam adquirir bens e serviços de forma eficaz</li> </ul>

Fonte: OCDE (2017), Guia para Avaliação de Concorrência: Volume 2 – Diretrizes, p.2.

Contudo, cumpre trazer à tona a crítica daqueles que se mostraram céticos e reticentes da FIARC, apontando brechas que podem dar margem de erro à efetividade da FIARC. Entre eles encontram-se Diogo Coutinho, Felipe Moreira de Carvalho e Iagê Zendron Miola que apontaram os seguintes pontos falhos:

A recente iniciativa da SEAE sugere a institucionalização de uma problemática variante de advocacia da concorrência – a chamada *advocacy* “com dentes” – que vai na contramão de uma concepção de aprimoramento regulatório por meio do diálogo institucional. O viés da atuação da SEAE denota uma perspectiva adversarial e de caráter punitivista em relação ao Estado regulador – viés este, aliás, sob alguns aspectos, de duvidosa legalidade – que institui uma espécie de disque-denúncia regulatório.

Na Tomada de Subsídios, a SEAE, na forma de “situações exemplificativas”, acaba por tipificar diferentes comportamentos de reguladores como “abusivos”. Entre os exemplos ali descritos estão as situações em que o regulador “ultrapassa sua competência regulatória”, adentrando áreas “potencialmente fora” de seu escopo, assim como casos em que a agência “ultrapassa sua competência regulatória ao definir “conceitos amplos ou inexatos para aumentar o escopo de sua atuação”, entre outros.

(...)Assim, é bastante provável que a Tomada de Subsídios seja entendida pelos agentes econômicos como um foro de recebimento de denúncias. Além de problemática do ponto de vista de uma “política regulatória” – já que certamente contraproducente pelo antagonismo gerado – tal feição conferida pela SEAE à consulta é derivada de interpretação voluntariosa e tecnicamente imprecisa da lei de liberdade econômica.

A pretensão da SEAE em assumir um posto de xerife da regulação, com olhos centrados apenas nos supostos “tipos” de condutas abusivas previstas nos incisos do art. 4º, desconsidera o próprio caput do dispositivo, que prevê que o dever posto pela Lei é direcionado ao próprio órgão regulador, e consiste em evitar, exceto se em cumprimento da Lei, o abuso de poder regulatório de forma a, inevitavelmente, produzir os resultados indicados. A lei não se presta a fundamentar o posto pretendido pela SEAE, já que não está direcionada a lhe atribuir qualquer competência. Ainda que estivesse, seus incisos não podem ser aplicados em desconexão com o caput – e muito menos “regulamentados” enquanto tipos infracionais em Tomada de Subsídios.

(...)Da mesma forma, se as manifestações das “partes interessadas” dizem respeito a pretensões específicas de um agente econômico ou à notificação de atos efetivamente ilegais das agências reguladoras, uma consulta pública não parece ser o fórum adequado para a sua vocalização. Se o ato é efetivamente ilegal, existe a possibilidade ampla de questionamento judicial das decisões administrativas.<sup>40</sup>

Das críticas construtivas elencadas supra, interessa apontar que, realmente, a ausência do que seria a definição expressa de abuso de poder regulatório pelo legislador federal dá azo a interpretações diversas, e quiçá divergentes. Essa lacuna legal pode tornar a FIARC em ferramenta a ser utilizada em proveito próprio dos denunciante.

No entanto, não se olvide que a despeito dessa omissão legislativa, todo o procedimento a ser realizado em juízo de admissibilidade pela SEAE para recebimento de uma denúncia constitui uma barreira a que questionamentos infundados ultrapassem.

Outro ponto a ser enfrentado é que, na opinião dos autores acima citados, a eventual ilegalidade dos atos normativos das agências reguladoras não deveria passar pela FIARC, mas ser logo direcionada ao Poder Judiciário, eis ser este o poder responsável para tanto. No entanto, o objetivo da FIARC, como já amplamente explanado, é justamente o de desafogar o Poder Judiciário. Aliás, em nenhum momento a Instrução Normativa nº 97/2020 rechaça a possibilidade de intervenção judicial acaso constatada violação à lei ou à CRFB/1988.

No mais, entende-se por incorreta a afirmação de dissonância interpretativa entre o *caput* do artigo 4º da LLE e seus incisos, uma vez que sua leitura não deve ser feita de forma isolada, mas em consonância com a legislação atinente à SEAE. A Lei nº

---

<sup>40</sup> COUTINHO, Diogo R.; CARVALHO, Felipe Moreira de; MIOLA, Iagê Zendron. Disque Denúncia Regulatório. Artigo publicado no sítio eletrônico **JOTA Info** em: 30/03/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/disque-denuncia-regulatorio-30032021>. Acesso em: 08 fev. 2022.

12.529/2011, em seu artigo 19, inciso VI, expressa como competência desta secretaria a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos que possam afetar a livre concorrência.

Logo, uma leitura sistemática entre as Leis nº 13.874/2019 e nº 12.529/2011, demonstra que a tomada de subsídios, apontada na citação supra como fonte de denúncias infundadas e nascedouro de tipos infracionais anticoncorrenciais, seja somente vista como um meio de recepção de dados e informações fornecidos por terceiros interessados, com vistas a conferir segurança jurídica na fundamentação da decisão a ser tomada em sede da FIARC.

Assim sendo, em termos de avaliação *ex ante* da FIARC, o que se sugerir-se-ia alterar seria a sistemática de bandeiras. A escolha do apontamento por coloração em bandeiras, literalmente, pode acabar retirando a sobriedade com que o assunto é tratado dentro da SEAE e apresentado para o público.

Ademais, sabendo-se que o parecer emitido ao final é, apenas, opinativo, uma vez que inexistente a subordinação entre a SEAE e as agências reguladoras e demais entidades federais, é válido levantar o receio de total desconsideração do seu conteúdo.

### 3 ABUSO DE PODER REGULATÓRIO À LUZ DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

#### 3.1 O ABUSO DE PODER REGULATÓRIO ESTATAL

De início, para entender o nascimento da expressão “abuso de poder regulatório” é preciso destrinchar os significados entre falhas de mercado e falha de governo. As falhas de mercado ocorrem quando um mercado insuficientemente regulado se apresenta incapaz de operar consoante os ditames da livre iniciativa e concorrência, ocasionando falhas nos preços e em prover os sinais adequados para consumidores e produtores. Por seu lado, as falhas de governo dizem respeito à intervenção regulatória promovida pelo Estado, no intuito de consertar as primeiras, que, porém, são infrutíferas ou agravam os desvios concorrenciais.

As falhas de governo materializam-se em atos normativos, visando conter, consertar, modificar, direcionar o mercado, tendo, porém, efeito reverso à melhoria da concorrência no mercado. Ou seja, a regulação acaba por criar condutas não previstas para os regulados, minando os benefícios colimados.

Ambas as falhas acima citadas fazem parte da chamada Teoria da Escolha Pública, a qual propugna a defesa de um Estado liberal capaz de abrir espaço para o livre mercado limitando sua intervenção ao mínimo necessário. Supõe-se que mercados livres e competitivos, além de promoverem a eficiência econômica, retroalimentam positivamente a ordem democrática.<sup>41</sup>

Todavia, conforme exarado na introdução deste trabalho, não se pretende defender um mercado e um Estado totalmente liberal, eis que isso iria diretamente contra a própria Carta Magna, que prega a intervenção estatal, ainda que mínima, na economia. Na verdade, a regulação serve para correção de falhas de mercado, quando verificado o estado de concorrência imperfeita<sup>42</sup>. O que ora se defende é que a regulação, por vezes, acarreta um agravamento da situação já frágil da concorrência no mercado.

De acordo com Dario da Silva Oliveira Neto e Alexandre Cordeiro Macedo:

---

<sup>41</sup> BUCHANAN, James. **The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan**. USA: University of Chicago Press, 1975.

<sup>42</sup> A Concorrência Imperfeita ocorre quando há certo desequilíbrio entre a oferta e a procura. Isso permite que uma das partes exerça domínio sobre o mercado e influencie o preço daquilo que está sendo comercializado.

(...) se a regulação estatal, que objetivaria solucionar uma falha de mercado, ocasiona uma falha de governo, e se os custos provenientes da falha de governo forem maiores do que os custos da falha de mercado, torna-se preferível não ter regulação nenhuma do que ter alguma regulação. Portanto, é papel e dever do regulador saber dos limites de seus poderes. Se o regulador crê que não há o que se possa fazer para solucionar tal problema, e que qualquer possível regulação apenas seria capaz de trazer mais adversidades do que soluções, o regulador deve se ausentar da criação de normas.<sup>43</sup>

Se considerado, pois, que as ineficiências econômicas são derivadas de decisões equivocadas ou exorbitantes do Poder Público, impondo, assim, barreiras negociais, pode-se classificar o abuso regulatório como uma falha de governo.

No ano de 2018, a OCDE afirmou<sup>44</sup> que as barreiras regulatórias são maiores no Brasil do que na maioria dos países que a integram, conforme se pode ver no gráfico 1<sup>45</sup>, abaixo.

---

<sup>43</sup> MACEDO, Alexandre Cordeiro; OLIVEIRA NETO, Dario da Silva. Abuso de Poder Regulatório: uma evolução da advocacia da concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, Vol.9, Ed. 2. Dezembro de 2021, p. 13.

<sup>44</sup> “Regulatory barriers are higher in Brazil than in most OECD countries. There is scope for grater simplification of the administrative requirements imposed on new businesses, as well as for reducing the complexity of regulatory procedures. The rules governing public procurement fall short of OECD best practices, and there are high barriers to entry in the network sectors. By contrast, overall regulation in services is close to the OECD average, though differences across sectors. Public ownership of firms in the surveyed sector is also close to the OECD average. However, the governance of these enterprises could be improved to enhance their efficiency and to level the playing field between privately and publicly-owned firms”. **Nota técnica brasileira**. Disponível em: <[https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil\\_country\\_note\\_-\\_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ](https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil_country_note_-_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ)>. Acesso em: 07 nov. 2020.

<sup>45</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONOMICO – OCDE, 2018. Product Market Regulation (PMR/OCDE)-2018. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2020/05/28/a-crise-economica-do-covid-19-no-brasil-como-e-stamos-reagindo/>. Acesso em 07 fev. 2022.

Gráfico 1- *Product Market Regulation (PMR/OCDE)* – 2018

Fonte: OCDE, 2018.

O gráfico acima reflete a baixa qualidade regulatória do Brasil, ficando em antepenúltimo lugar, e servindo como indicador de informações aos potenciais investidores no país, o que demonstra a falta de atrativos no mercado brasileiro para assunção de riscos.

Dado o posicionamento do Brasil nesse último ranking feito pela OCDE, foi lançado, em 25.02.2021, o Programa de Convergência/Adequação Regulatória, em parceria da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade do Ministério da Economia com a Secretaria Especial de Relacionamento Externo da Casa Civil, tendo como definição e alvo:

A medida consiste em um conjunto de medidas a serem implementadas pelo governo federal com o objetivo de incorporar as melhores práticas recomendadas pela OCDE.

O programa surge para promover concorrência e competitividade em distintos setores e atividades, com base no indicador de *Product Market Regulation (PMR)* da OCDE, medida que deve levar o Brasil à retomada do crescimento econômico – na maioria das vezes, sem a necessidade de ampliar gastos públicos, em um contexto de restrição fiscal.

A iniciativa de convergência regulatória, em consonância com melhores práticas da OCDE, possibilitará a melhoria do ambiente institucional, que atrairá mais investimentos estrangeiros diretos e sinalizará para a Organização um forte compromisso do país à postulação ao *status* de país-membro da OCDE – o que representaria um grande marco brasileiro de maturidade institucional.

(...) A meta do programa é levar a nota do Brasil para a média da OCDE até 2023, ano em que serão atualizadas as notas do indicador, cujo último ajuste ocorreu em 2018.<sup>46</sup>

Em sua conclusão específica sobre o Brasil, a OCDE assim havia se manifestado:

Os resultados do PMR para o Brasil mostram que há espaço para melhorias em várias áreas. O país se beneficiaria de uma revisão de sua configuração regulatória em muitos setores e domínios para identificar e remover obstáculos regulatórios desnecessários à concorrência.<sup>47</sup>

Cabe ter em mente que o poder regulatório está amplificado em todos os âmbitos. Com efeito, quando a lei impõe uma obrigação a ser cumprida, pode ser necessário o exercício da discricionariedade técnica para a edição da norma capaz de detalhar, para cada situação concreta, o modo de cumprimento do dever. Em suma, editada a lei impondo uma obrigação pertinente ao interesse coletivo, a normatização específica resultará do exercício do poder regulamentar ou regulatório, viabilizando a operacionalização da lei.

É mister esclarecer que o poder regulatório em si, desde que reflita as disciplinas conferidas pelo legislador constituinte, consoante artigo 174 da Carta Magna, é regular e lícito, visto que lei ordinária nenhuma, como ver-se-á adiante com a Lei nº 13.874/2019, pode sobrepujar as normas da Constituição da República. O cerne da questão, portanto, gravita em torno do desvio no exercício das funções relegadas pelo constituinte originário ao Estado e seus agentes.

O poder regulamentar, concedido ao administrador público para edição de atos normativos para fiel execução de leis, e que tem por norte os princípios da legalidade e da reserva legal, ganhou fronteiras específicas em matéria econômica com a entrada em vigor da LLE.

Com o advento da LLE foram delineados de forma clara os deveres da administração pública, dentre eles, evitar o abuso do poder regulatório, consoante preceitua o artigo 4<sup>48</sup> daquela.

---

<sup>46</sup> Sepec/ME e Serex/CC lançam programa de adequação regulatória. **Associação dos Servidores do Inmetro-SI, 2021**. Op.cit.

<sup>47</sup> The PMR results for Brazil show that there is room for improving in several areas. The country would benefit from a review of its regulatory set-up in many sectors and domains to identify and remove unnecessary regulatory obstacles to competition. Op.cit.

<sup>48</sup> Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento à previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a,

Pela leitura dos incisos I a IX, constata-se que o objetivo primordial do legislador foi coibir a criação de barreiras à entrada de novos competidores no mercado brasileiro, exemplificado pelo estudo de caso aqui feito sobre a resistência à entrada da Buser Brasil Tecnologia Ltda no setor de transporte rodoviário coletivo de passageiros.

O Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE traz uma definição de barreiras à entrada, usando exemplos que a autarquia costuma analisar em um processo de atos de concentração:

Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Quanto mais elevadas as barreiras à entrada em um dado mercado, maiores são os custos financeiros e em termos de tempo que um potencial entrante deverá incorrer para que o capital investido seja adequadamente remunerado. Quanto mais elevadas são essas barreiras, menor é a probabilidade de entrada de novas empresas no mercado relevante definido. (...) Os seguintes fatores constituem as mais convencionais barreiras à entrada: os custos irrecuperáveis (*sunk costs*); as barreiras legais ou regulatórias; os recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; as economias de escala e/ou de escopo; o grau de integração da cadeia produtiva; a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e a ameaça de reação dos competidores instalados.<sup>49</sup>

Um tipo de barreiras à entrada são as barreiras legais, derivadas ou da edição ou da ausência de atos normativos, que têm por efeito proteger as sociedades já existentes no mercado de novos concorrentes.

Impende salientar também que o precitado artigo 4º muda o ônus da prova sobre a necessidade da regulação – exceto, se ela for proveniente de lei. A partir desse dispositivo, em uma eventual contestação sobre a existência de uma regulação, são os

---

indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardam a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei. BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. *Diário Oficial da União*. 20 de set. 2019 (edição extra-B). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 01 fev. 2022.

<sup>49</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Análises de Atos de Concentração**. Julho de 2016. Brasília, DF. Julho/2016, p. 27-28.

reguladores os responsáveis por justificar a imposição da norma regulatória e, caso esta não seja justificada, concluir-se-á pelo abuso de poder regulatório.

Nessa linha de raciocínio, a proibição do abuso de poder regulatório pode ser vista como um instrumento para fazer com que o ônus argumentativo seja suportado pelo regulador e a edição de normas regulatórias tenha que ser devidamente justificada, pois na ausência desta justificativa a norma pode ser vista como abusiva.

Entretanto, faltou a lei com a conceituação do que seria esse abuso de poder regulatório. Deve-se entender que o abuso ou excesso de, ou em algo, significa que, via de regra, esta prática é legítima, apenas o uso desmedido é que é vedado.

Com isso, a SEAE, através da FIARC, pode acabar, de certa forma regulando, ainda que indiretamente, substituindo-se ao regulador.

## 3.2 LIMITES DE ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS REGULADORES

### 3.2.1 O TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi definido pela Lei nº 12.529/2011, como entidade judicante, com natureza jurídica de autarquia federal, tendo por escopo preservar e reprimir às infrações à ordem econômica. Sua raiz constitucional é o inciso IV do art. 170, o qual elenca a livre concorrência dentre os princípios da ordem econômica.

O CADE já teve ocasião de examinar situações nas quais a edição de enunciados normativos poderiam constituir abuso de poder regulatório, mais especificamente quando os entes estaduais e municipais acabam por editar, no exercício do seu poder regulamentar, atos infralegais, que vão de encontro aos princípios da livre concorrência e livre iniciativa.

Veja-se a posição assumida pelo CADE nos dois seguintes casos por ele julgados:

Ato de Concentração nº 08012005516/2001-11: Petrobrás Gás S.A - Gáspetro, Gásgoiano S.A. e Agência Goiana de Gás Canalizado - Goiásgás  
Trecho do voto do Conselheiro Relator do CADE - Cleveland Prates Teixeira:  
(...) entendo que dada a competência estadual para explorar os serviços locais de gás canalizado, e sendo estes serviços públicos, a sua regulamentação pelo Estado de Goiás não pode ser objeto de revisão por este Conselho. O Estado

da Federação, por determinação constitucional, dispõe de um poder tão amplo e extenso que é capaz de determinar o padrão concorrencial. Dessa forma, é plenamente possível, sob o ponto de vista estritamente legal, a criação de verdadeiros monopólios de produção e prestação de serviço. Em contrapartida, é necessária a substituição do autocontrole do mercado pelo sistema regulamentar, que deve passar a estabelecer as variáveis relevantes a serem contratadas, devendo ser inclusive objeto de fiscalização constante pelo poder concedente.

(...) a exclusividade conferida à Goiásgás, para comercialização de gás canalizado no Estado de Goiás, pelo prazo de 30 anos, não parece ser razoável a princípio, considerando, principalmente, as perspectivas de fornecimento de gás natural naquela região e o fato de que não foi apresentado nenhum estudo sobre os custos de investimentos a serem realizados. Note-se que a constatação de que a atividade de comercialização para grandes consumidores é potencialmente competitiva, a médio e longo prazos, é patente, sugerindo a necessidade de um estudo para a revisão da exclusividade conferida.

(...) cabe a este Conselho, com base nos problemas aqui identificados sugerir que o Estado de Goiás leve em consideração a necessidade de promover a competição nos segmentos que suportam a concorrência, e a partir de um juízo de conveniência analise as possibilidades de revisão do contrato de concessão no que se refere à exclusividade conferida a Goiásgás para a comercialização de gás canalizado para os grandes consumidores, pelo período estabelecido, incluindo cláusulas que viabilizem o acesso de terceiros a rede de dutos da distribuidora.<sup>50</sup>

CONSULTA Nº 0034/99

INTERESSADO: Rádio Taxi Brasília Ltda

REFERÊNCIA: Decreto 20.126 de 29/03/99 do Governador do Distrito Federal

CONSELHEIRA RELATORA: Lucia Helena Salgado e Silva

#### VOTO

Ementa: Consulta acerca da legalidade/inconstitucionalidade do Decreto 20.126/99 do Governo do Distrito Federal. Limitação de descontos nas tarifas de taxi do Distrito Federal. Pela ilegalidade do Decreto, determinando a expedição de ofícios ao Governador do Distrito Federal, à Secretaria de Direito Econômico, ao Ministério Público do Distrito Federal e ao Senhor Delegado da 10ª Delegacia de Polícia do Lago Sul (Brasília-DF)

(...) No presente caso, verifico que muito embora seja princípio constitucional os Estados Federados poderem organizarem-se e regerem-se por Constituições e leis que adotarem, deverão, primeiramente, observarem os princípios estabelecidos na Constituição Federal, artigo 25, *caput* e §1º, o que não ocorreu quando da edição do Decreto 20.126/99, por ter o mesmo violado o artigo 170, *caput* e incisos IV e V, os quais estabelecem, dentre outros, os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor, tendo o referido decreto limitado a possibilidade de descontos. Por consequência, infringiu também, o estabelecido na Lei 8.884/94, uma vez que o Governo do Distrito Federal prejudicou a livre concorrência e a livre iniciativa, privando os consumidores da oferta de serviços a preços mais baixos, conforme vinha ocorrendo.

<sup>50</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração Sumário nº 08012005516/2001-11**. Conselheiro Relator: Cleveland Prates Teixeira. Data do Julgamento: 29/01/2004. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXg6Pj2eoYmtGdxJe6o8LrZUCmTCcgv0B6JHck7GWaiD](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXg6Pj2eoYmtGdxJe6o8LrZUCmTCcgv0B6JHck7GWaiD). Acesso em: 20 dez. 2021.

Muito embora, considerando que com a edição do referido Decreto, o Governo do Distrito Federal contrariou preceitos constitucionais, prejudicando os maiores interessados, ou seja, os consumidores, quando influenciou claramente as condições do mercado, reconheço que o ato praticado pelo Governo do Distrito Federal (edição de decreto visando seu interesse), seja ato de estado, portanto, dentro dos limites constitucionais, não cabe a esta Autarquia o poder de constrição aos entes públicos (...).<sup>51</sup>

Pode-se ver, dos votos acima colacionados, que o CADE reconheceu a ilegalidade concorrencial de atos infralegais que concediam predileção a determinados agentes econômicos em detrimento dos demais, criando, assim, barreiras à entrada de novos competidores, por via normativa. O ente estadual, em ambos os casos, agiu com abuso do seu poder de regulação, eis que editou atos normativos secundários, que culminavam na diminuição da competição no mercado. Trazendo para a sistemática da Lei nº 13.874/2019, poder-se-ia enquadrar a conduta do ente estatal no *caput* do seu artigo 4º.

No entanto, embora reconhecida essa ilegalidade, percebe-se que o CADE, em nenhum dos dois casos acima transcritos, exerceu uma postura ativa. Pelo contrário, constatou a ilegalidade/inconstitucionalidade, porém, eximiu-se de sancionar o ente federativo respectivo, por entender não estar na alçada da autarquia assim agir. Assim, o próprio CADE respondeu negativamente quanto à possibilidade de ele próprio sancionar os entes federados.

No entanto, a atuação do Tribunal do CADE é de controle de condutas e estruturas. E os Capítulos III e IV do Título VI da Lei nº 12.529/2011 conferem ao Tribunal do CADE as atribuições de condução de processos investigativos e punição de condutas anticoncorrenciais, sendo que em seu artigo 31 não há exclusão dos entes estatais do rol dos sujeitos passivos. Nesta linha de raciocínio, em que o legislador não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo.

No entanto, o CADE, historicamente, tem preferido adotar o caminho seguido pelo direito norte-americano, através da *State Action Doctrine* e da *Pervasive Power Doctrine* para enfrentar situações dessa ordem, mesmo que haja diferenças consideráveis entre os sistemas jurídicos dos dois países e na própria configuração do federalismo.

---

<sup>51</sup> Ibidem. **Ato de Concentração Ordinário 08012.000034/1999-90**. Ministra Relatora: Lúcia Helena Salgado e Silva. Data do Julgamento: 04.01.1999. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceAyd36WYqml4RFpGNXs6JGBWBjhcG-sruQ3kKSw4LSz](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceAyd36WYqml4RFpGNXs6JGBWBjhcG-sruQ3kKSw4LSz). Acesso em: 20 dez. 2021.

A Teoria da Ação Política ou Ação Estatal<sup>52</sup> (*State Action Doctrine*) foi desenvolvida a partir da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal*, no qual foi deduzido conflito de competência entre atos dos governos estaduais e a legislação federal de defesa da concorrência. Nesse julgamento, a Suprema Corte determinou serem dois os critérios para se concluir se uma determinada regulação setorial estadual poderia excluir a aplicação do direito antitruste federal: em primeiro lugar, seria necessário que a decisão da autoridade reguladora fosse tomada em decorrência de uma política claramente expressa de substituição da concorrência pela regulamentação; em segundo lugar, far-se-ia necessária a supervisão ativa e constante por parte da autoridade reguladora quanto ao cumprimento das obrigações regulatórias impostas. Os dois requisitos deveriam apresentar-se cumulativamente para que se pudesse concluir pela imunidade do ato regulatório à revisão da autoridade antitruste.<sup>53</sup>

Esta teoria já foi adotada em fundamentação pelo CADE de decisões de processos administrativos envolvendo a análise de supostas infrações anticoncorrenciais decorrentes de atos regulatórios:

Representante: Ivan Garcia Diniz

Representadas: Cooperativa dos Condutores de Táxi do Aeroporto Internacional Augusto Severo - Coopertaxi, Prefeitura Municipal de Natal, Prefeitura Municipal de Parnamirim, Superintendência de Transportes Urbanos – STU, Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários do Estado do Rio Grande do Norte, Cooperativa dos Proprietários de Táxi de Natal e Associação dos Motoristas de Táxis de Parnamirim do Estado do Rio Grande do Norte.

Advogados: Charles Casas de Quadros e Luiz Antonio de Almeida

Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

EMENTA: Processo Administrativo. Conduta: apuração de formação de cartel, entre outras práticas infratoras à concorrência. Análise de infração à concorrência no âmbito de serviço regulado. Conclusão: Adoção de série de normas regulatórias, fulcradas no poder de polícia da Administração Pública Municipal, que se destinam a estabelecer limites e condições às fontes de mercado (preço e entrada). Decisões regulatórias foram consequência imediata de política expressa e bem definida de regulação e encontram-se devidamente fiscalizadas. Razoabilidade das normas regulatórias vis a vis o

<sup>52</sup> Conforme os ensinamentos do jurista Calixto Salomão Filho, a *State Action Doctrine* foi formulada para definir os casos em que a regulação estatal afastaria o controle concorrencial feito pelo órgão antitruste. Em suma: definem-se casos em que a regulação estatal, de um lado, é imune ao controle do órgão regulatório antitruste, e, de outro lado, imuniza a conduta dos agentes econômicos que atuam conforme suas diretrizes. Essa imunidade, no entanto, só é reconhecida se presentes determinados requisitos: (i) a regulação estatal deve servir a um fim de política pública; e (ii) o Estado deve efetivamente obrigar determinada conduta e supervisioná-la. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.138-139.

<sup>53</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências Antitruste e Regulações Setoriais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 64, 2009, p.26.

princípio constitucional da livre concorrência. Fatos descritos não configuram infração à ordem econômica. Voto pelo arquivamento do processo.

(...) Verifica-se, no caso ora sob análise, a clara e evidente escolha do órgão competente (o município) em substituir, quanto a diversas variáveis econômicas, um modelo de absoluta livre concorrência por um sistema regulado, em observância ao interesse público.

(...) No caso específico dos táxis de Parnamirim e de Natal, há normatização regulando as tarifas praticadas e a entrada no mercado. Com relação aos preços, a Portaria 001/97, de 19/03/1997, da Secretaria de Finanças da Prefeitura de Parnamirim, fixa as tarifas de serviço de táxi no município. Já quanto à entrada no mercado (permissão de funcionamento), a Portaria 010/97, da Secretaria de

Viação e Obras Públicas - SEVOP da Prefeitura de Parnamirim, proíbe os taxistas de outros municípios de trafegar dentro dos limites de Parnamirim. Por sua vez, a Portaria no. 112/95 – STU/GS, da Superintendência de Transportes Urbanos de Natal, prevê restrição no mesmo sentido, proibindo o tráfego de táxis de outros municípios em Natal.<sup>54</sup>

O Poder Judiciário caminhando na mesma direção que a autoridade antitruste brasileira também fez uso da *State Action Doctrine*, quando instado a se manifestar em conflito entre autoridades antitruste e regulatória.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.390.875 - RS (2013/0193352-3) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO RECORRENTE : LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S/A ADVOGADO : TÚLIO FREITAS DO EGITO COELHO RECORRENTE : NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA ADVOGADO : ALI MUSTAFA ATYEH E OUTRO(S) RECORRENTE : SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA ADVOGADOS : WALLACE PEDROSO E OUTRO(S) WALLACE PEDROSO RECORRENTE : COMPANHIA ULTRAGÁZ S/A ADVOGADOS : CANDIDO RANGEL DINAMARCO E OUTRO(S) DANIEL RAICHELIS DEGENSZAJN ESTEVÃO FRANZOSO LUBISCO RECORRIDO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECORRIDO : AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS INTERES. : SPGÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA EMENTA ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA STATE ACTION DOCTRINE. ATUAÇÃO DAS DISTRIBUIDORAS IMUNES AO CONTROLE DO ÓRGÃO ANTITRUSTE. ATIVIDADE REGULADA E FISCALIZADA PELO ESTADO. ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA OU EDUCATIVA PARA PROMOÇÃO DE AMBIENTE LIVRE E COMPETITIVO. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. 1. O mercado de GLP – Gás Liquefeito de Petróleo – tinha seu preço tabelado pelos órgãos reguladores competentes no período em que se alega a formação de cartel por parte das distribuidoras, o que afasta a possibilidade de punição delas. 2. Aplicação, ao caso, da *State Action Doctrine* foi formulada nos EUA para definir os casos em que a regulação estatal afastaria o controle concorrencial feito pelo órgão antitruste, quando

<sup>54</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Processo Administrativo nº 08012.006507/98-81. Relator: Roberto Augusto Castellano Pfeiffer. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2002.

presentes determinados requisitos: (i) a regulação estatal deve servir a um fim de política pública; e (ii) o Estado deve efetivamente obrigar determinada conduta e supervisioná-la: lição do Professor CALIXTO SALOMÃO FILHO (Direito Concorrencial: As Estruturas, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 238-240). 3. No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste, pois facilmente se verifica que: (i) o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que tinha como objetivo organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor; e (ii) o Sistema Integrado de Abastecimento era elaborado pelo próprio órgão regulador, sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis). Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente. 4. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência – como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas – exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência (*competition advocacy*) ou educativa. 5. A advocacia da concorrência refere-se às atividades desenvolvidas pela autoridade antitruste relacionadas com a promoção de um ambiente competitivo para atividades econômicas, por meio de mecanismos que não se enquadrem no controle preventivo ou na atuação repressiva, principalmente através de suas relações com outras entidades governamentais e pelo aumento da sensibilização do público para os benefícios da concorrência. 6. Recursos Especiais providos para julgar improcedentes os pedidos formulados na Ação Civil Pública.<sup>55</sup>

A segunda teoria, denominada Teoria dos Poderes Amplos ou *Pervasive Power Doctrine*, foi elaborada para regradar possíveis conflitos de competência entre o órgão federal antitruste e uma regulação setorial também de origem federal, fornecendo critérios para se avaliar quando a competência regulatória setorial afastaria a aplicação do direito concorrencial. Também nesses casos seriam duas as possibilidades de não incidência da norma antitruste: as atribuições da autoridade regulatória têm tamanha extensão que afastam qualquer outra atribuição, ou as atribuições da autoridade regulatória são suficientemente profundas, isto é, a própria autoridade setorial possui competência para aplicar a legislação de defesa da concorrência.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1. Turma). **Recurso Especial nº 1.390.875**. Recorrente : Liquegás Distribuidora s/a. e outros. Recorrido : Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e outros. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 09 de junho de 2015. Data da Publicação: 19/06/2015. RSTJ vol. 242 p. 182, RT vol. 960 p. 581. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1.390.875&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=E&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1.390.875&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO). Acesso em: 26 de Jan. de 2021.

<sup>56</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Op.cit.

No julgamento prolatado no Agravo Interno em Recurso Extraordinário nº 1083955<sup>57</sup>, em 28.05.2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a *expertise* técnica do CADE para lidar com questões de cunho concorrencial:

1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida *expertise* do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.
2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de *expertise* e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.
3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial.
4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251).
5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.
6. A *expertise* técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte.
7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “*as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos*” (SUSTEIN, Cass R., “Law and Administration after Chevron”. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).
8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: “*a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas*” (POSNER, Richard A. “Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework”. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13). (...)

<sup>57</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955**. Recorrente: Cascol Combustíveis para Veículos Ltda e outro (A/S) e Recorrido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 28/05/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur405281/false>. Acesso em: 17 dez. 2021.

10. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

11. As sanções antitruste, aplicadas pelo CADE por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anticompetitivos reclama expertise, o que, na doutrina, significa que *“é possível que o controle da “correção” de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto de “aplicação da legislação”, os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções”* (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 152-155).

O Projeto de Lei nº 6.517, de 2019, de autoria do Deputado Jerônimo Goergen (Partido Progressista/RS), relator da LLE, propõe alterar a Lei nº 12.529/2011 para evitar o abuso do poder regulatório e ampliar a promoção da concorrência pelos órgãos de governo. O deputado entende<sup>58</sup> que na LLE não há sanções para o abuso do poder regulatório, daí o surgimento deste projeto, para instituir o abuso de poder regulatório como infração à ordem econômica.

Nessa linha, o projeto de lei em comento tem por objetivo acrescentar o inciso V ao artigo 36 da LDC, com a seguinte redação: “exercer de forma abusiva competência para regular ou editar atos normativos infralegais”<sup>59</sup>. Complementando, acrescentar-se-ia ao rol exemplificativo constante do § 3º do mesmo artigo o inciso XX: “editar ato normativo infralegal que, de forma injustificada, crie barreiras à entrada no mercado ou distorça ou de qualquer forma elimine a concorrência.”<sup>60</sup>

Contudo, cabe perguntar sobre a real necessidade de inserção desses dispositivos jurídicos na LDC, pois já é implícita a competência do CADE para a

---

<sup>58</sup> (...)Parece importante explicar que, se o presente projeto de lei retoma os trabalhos da Comissão Mista do Congresso Nacional da Medida Provisória nº 881/2019 e propõe o estabelecimento da competência do Plenário do Tribunal do CADE para reprimir o abuso do poder regulatório, faz todo o sentido que o órgão competente para prevenir o abuso do poder regulatório por meio da chamada advocacia da concorrência, como visto, a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC) do Ministério da Economia – ou, nos termos da Lei nº 12.529/2011, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – esteja o mais bem aparelhado possível para cumprir tais funções preventivas antes que seja necessário acionar o CADE para um litígio administrativo (e possivelmente judicial) contra órgãos reguladores. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.517, de 17 de dezembro de 2019**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para evitar o abuso do poder regulatório e ampliar a promoção da concorrência em órgãos de governo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01447kuwjgm9adn1dy7bsu261932797413.node0?codteor=1848333&filename=Tramitacao-PL+6517/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01447kuwjgm9adn1dy7bsu261932797413.node0?codteor=1848333&filename=Tramitacao-PL+6517/2019). Acesso em: 03 fev. 2022.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Ibid.

coibição do abuso de poder regulatório. Veja-se que a LDC diz que estão sujeitos à sua incidência pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, de maneira que se extrai daí a autoridade do CADE sobre os entes públicos.

Veja-se, igualmente a ligação entre a LDC e a Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), a qual dispõe, em seu artigo 26, § 1º, sobre a interação entre os órgãos de defesa da concorrência e as agências reguladoras, prevendo a capacidade daqueles de análise dos atos de concentração, a instauração e instrução de processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica, nos setores regulados.

Deste modo, a LDC explicita a competência do CADE para decidir e punir infrações à ordem econômica, em detrimento da competência das agências reguladoras, com reforço do artigo 27 da Lei das Agências Reguladoras, que dispõe que quando a agência reguladora tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo aos órgãos de defesa da concorrência para a adoção, por estes, das providências cabíveis.

Por outro lado, a quem entenda que a aprovação do projeto de lei ora em causa implicaria em diminuição da capacidade punitiva e fiscalizadora do CADE. Nesse sentido, Mauro Grinberg opina:

O PL parte da ideia segundo a qual o art. 4º da Lei 13.874/2019 criou um novo tipo de infração contra a ordem econômica, faltando-lhe, todavia, ainda de acordo com a ideia do PL, o arcabouço punitivo. Entendemos, todavia, que nunca faltou arcabouço punitivo para o Cade, independentemente do que diz esse artigo. Aliás, o PL na verdade diminui sobremaneira a capacidade fiscalizadora e punitiva do Cade. Efetivamente, os §§ 5º e 6º adicionados pelo PL ao art. 36 da LDC deixam claro, ao manter na LDC, para efeito de punição, apenas o inciso VII do art. 38 – “qualquer ato ou providência necessários para eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” – retirou os demais itens das possíveis punições, sobretudo a multa. Sobre, claro, a medida judicial a ser promovida pela Procuradoria Federal junto ao Cade; ou seja, a punição será, via de regra, judicializada e para tanto o Cade deverá sempre ir ao Poder Judiciário. Por esta razão, entendemos que, além de ser desnecessário considerar o abuso do poder regulatório como infração independente, o PL em questão diminui a capacidade punitiva do Cade.<sup>61</sup>

Em que pese o ponto de vista do autor supracitado, discorda-se, aqui, do seu posicionamento. Isso porque é justamente a falta de explicitação da competência do Tribunal do CADE para decidir situações de abuso de poder regulatório – elencadas na

---

<sup>61</sup> GRINBERG, Mauro. **O abuso regulatório e a concorrência**. Artigo publicado no sítio eletrônico JOTA info em: 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-abuso-regulatorio-e-a-concorrencia-11032020>. Acesso em: 08 fev. 2022.

LLE e que não coincidem, por completo, com as infrações à ordem econômica prevista no artigo 36 da LDC –, que pode servir, facilmente, como argumento para infirmar a atuação do órgão de defesa da concorrência.

Demais disso, a aprovação do projeto de lei pode significar a adoção de um modelo regulatório de competências complementares<sup>62</sup> em que a autoridade antitruste não deixa de exercer suas competências legais em favor das autoridades regulatórias. Em outras palavras, as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem, havendo divisão de trabalho, segundo a qual o órgão regulador cuida das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste.

Os incisos I a IX do art. 4º da LLE – que, como visto, tipificam o abuso do poder regulatório – em grande parte correspondem aos itens de advocacia da concorrência do kit de ferramentas da OCDE<sup>63</sup>, sendo de conhecimento notório que o Brasil vem trabalhando, desde 2015, para se tornar membro dessa organização internacional. Em outras palavras, uma forma complementar de combater o abuso do poder regulatório, é fazer a promoção da livre concorrência pelos órgãos de governo, nos termos do art. 19, *caput*, da Lei nº 12.529/2011.

Não há facultatividade na atuação do CADE quando frente à ocorrência e identificação de abuso de poder regulatório, sendo obrigatório a sua atuação para afastá-lo. Por certo não se está defendendo aqui uma aplicação irrestrita de sanções pelo Tribunal do CADE às entidades públicas. O que se espera é que, identificada a ilicitude concorrencial de uma norma, sejam acionados o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e a Advocacia Geral da União (por intermédio da Procuradoria Geral do CADE) para as providências cabíveis.

### 3.2.2 A ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA

---

<sup>62</sup> Especificamente sobre a relação entre competências do órgão de defesa da concorrência e a agência reguladora observa-se haver além das competências complementares, outras três possibilidades: a) isenção antitruste – o setor é regido unicamente pela autoridade reguladora, que concentra todas as competências; b) competências concorrentes – tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as regulatórias tem competência para aplicar sanções antitrustes, bem como para estabelecer normas de sanções econômicas; c) regulação antitruste – na qual todas as questões são atribuídas à autoridade concorrencial.

<sup>63</sup> O Brasil foi da aderência a 18 Instrumentos Legais da OCDE em 2015, para 82 em outubro de 2019, de um total de aproximadamente 250 Instrumentos: OECD. Accession to the OECD: an Overview (Nicola Bonucci, Director for Legal Affairs). Brasília, April 2017; OECD. **“OCDE-Brazil: uma cooperação crescente e mutuamente benéfica”** (Gabriela Ramos, OECD Chief of Staff and Sherpa to the G20). Brasília, April 13, 2016 ; CARRANÇA, Thais. “Não houve adiamento no apoio americano ao Brasil na OCDE, diz secretário”, Valor Econômico, October 11, 2019.

A advocacia da concorrência consiste em iniciativas relacionadas à promoção de um ambiente concorrencial pela via de mecanismos de *non enforcement*, ou seja, não repressivos, especialmente por meio da interface com outras entidades governamentais e pelo aumento da conscientização do público acerca dos benefícios da concorrência.<sup>64</sup>

No Brasil, a advocacia da concorrência é empreendida principalmente pela SEAE.

A SEAE tem o exercício da atividade de advocacia da concorrência positivado como uma das atribuições previstas nos incisos do artigo 19, da Lei nº 12.529/2011. Pela lei, a SEAE possui a competência de sugerir a revisão de atos normativos que possam ser anticoncorrenciais, mas o processo não era institucionalizado na secretaria. Aliás, a SEAE falhava severamente no trabalho de promover a advocacia da concorrência, por ausência de consideração dos reguladores às recomendações dela emanadas.

Com isso em mente, iniciou-se um processo de fortalecimento da advocacia da concorrência no Brasil, não só dentro, como fora da SEAE. A partir daí, alinhado às diretrizes da OCDE, o setor regulatório brasileiro deu partida a uma série de medidas para melhoria da agenda regulatória.

Assim, em 2019, o conceito legal de abuso de poder regulatório foi incluído na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, juntamente com a promulgação da Lei das Agências Reguladoras, o que solidificou a AIR como obrigatória para toda a administração pública federal, regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020. E no ano de 2020, a SEAE publicou a Instrução Normativa nº 97, a qual trouxe a FIARC, como mecanismo inovador na formulação da regulação no Brasil.

Não se pode negar ser este um grande passo para a solidificação da advocacia da concorrência no Brasil. Os pré-requisitos para uma advocacia da concorrência efetiva são justamente: um significativo grau de independência em relação à influência política, recursos suficientes para conferir *enforcement* e desempenhar as funções da advocacia e credibilidade no sentido de imparcialidade e efetividade no exercício da função.

Um valioso exemplo de atuação em política de advocacia da concorrência vem da Divisão Antitruste do DOJ [dos Estados Unidos] (...) Sua atuação inclui (i) atividades junto ao Poder Executivo, tanto na Casa Branca quanto

---

<sup>64</sup> ICN – International Competition Network. **Advocacy Working Group**. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/advocacy/>. Acesso em: 18 fev. 2022.

em forças-tarefa interministeriais, visando orientar de modo formal ou informal o Presidente e outros órgãos do governo sobre os impactos concorrenciais das políticas e leis propostas, bem como da própria atuação dos órgãos públicos; (ii) elaboração de pareceres sobre iniciativas legislativas e regulatórias; (iii) publicação de relatórios sobre a performance concorrencial de setores regulados; (iv) intervenção em procedimentos de agências reguladoras – nesse caso, coordenando sua atuação com a do *White House Policy Council*, de modo a evitar posições contraditórias; (v) apresentação de pleitos perante agências federais; e (vi) atuação em litígios envolvendo setores regulados. (...) Por exemplo, por um lado temos medidas como elaboração de pareceres, publicação de relatórios, entrega de documentos escritos a legisladores, consultas informais e apresentações, que podem ser entendidas como menos assertivas e limitadas à utilização de argumentos técnicos que, a depender da força dos interesses anticompetitivos conflitantes, dificilmente serão seriamente consideradas; por outro, temos a possibilidade de adoção de medidas mais assertivas que podem, inclusive, ser combinadas a mecanismos *hard law* para ganhar efetividade, como ocorre no caso da atuação em litígios envolvendo setores regulados e atuação como *amicus curiae* perante Tribunais.<sup>65</sup>

Por se tratar de atividade não coercitiva (*soft power*), a advocacia da concorrência procura dissuadir a autoridade governamental a não implementar normas regulatórias que afetem negativamente o interesse público. Portanto, embora não atue como instância deliberativa, sendo as análises da SEAE de caráter opinativo, sua influência pode provocar alterações normativas ou regulatórias a favor de um ambiente mais competitivo e eficiente, aumentando a produtividade e beneficiando consumidores.<sup>66</sup>

É dentro dos mercados regulados que a ação da advocacia da concorrência ganha um papel mais relevante.<sup>67</sup>

Aqui, pode-se afirmar que a FIARC é a exata procedimentalização do inciso VIII do artigo 19 das respectivas competências da Secretaria.

A LLE com seu artigo 4 pode ser vista como uma evolução para a advocacia da concorrência, se comparada às disposições iniciais dos incisos do artigo 19 da LDC. Contudo a LLE não traz as formas de operacionalização da advocacia da concorrência, ocasionando muitas dúvidas sobre quem seriam os responsáveis por obstar os abusos de poder regulatório, qual seria a forma processual de combate aos abusos, quais seriam as

---

<sup>65</sup> IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional: Comitê de Regulação. **Advocacia da concorrência**: propostas com base nas experiências brasileira e internacional. São Paulo: Singular, 2016, p. 48/49.

<sup>66</sup> Op.cit., p. 9. **Parecer FIARC - AFRMM**. Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022\\_01\\_31\\_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutura-padrao-v10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022_01_31_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutura-padrao-v10.pdf). Acesso em: 03 fev. 2022.

<sup>67</sup> MACEDO, Alexandre Cordeiro; OLIVEIRA NETO, Dario da Silva. Op.cit., p. 20.

justificativas racionais aceitas como defesa dos reguladores em casos de suspeita de abuso regulatório, entre outras questões em aberto.

Estas questões foram em grande parte resolvidas com a Instrução Normativa nº 97/2020, segundo a qual a SEAE, frente à ocorrência de abuso de poder regulatório, tem o dever de informar o ente do qual adveio o ato normativo acerca do nível de periculosidade do mesmo para a concorrência. A recomendação da SEAE não pode mais ser desprezada como outrora.

Não só isso, pois o resultado da análise feita pela SEAE sobre a gravidade da norma regulatória poderá servir de material para os agentes de mercado entrar em juízo, com fulcro na LLE, pleiteando a suspensão ou revogação da norma regulatória e até uma possível indenização, demonstrados os danos sofridos.

### 3.3 A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: A TRIANGULAÇÃO DA LEI Nº 13.848/2019 COM O DECRETO Nº 10.411/2020 E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Neste subcapítulo demonstrar-se-á que a Análise de Impacto Regulatório (AIR) se destaca como ferramenta proveitosa nas análises técnicas, as quais têm por objetivo lastrear a elaboração ou revisão de normas regulatórias. A AIR insere maior racionalidade ao processo decisório governamental relativo a políticas públicas. Por meio da AIR é possível que seja feita a avaliação *ex ante*, de que se tratou no subcapítulo 2.3, aumentando as chances de decisões normativas mais certas e prevenindo-se o abuso de poder regulatório

A atuação das agências reguladoras em setores, nos quais há indícios de externalidades negativas, faz-se necessária para assegurar a alocação efetiva dos recursos econômicos. A intervenção, neste caso, é válida e lícita, eis que visa reajustar o ambiente econômico eivado de falhas de mercado para um ambiente competitivo. Portanto, não há que se negar que a função desempenhada pelas agências reguladoras conta com respaldo constitucional.

A outro tanto, o Título VII, Capítulo I, da CRFB/1988, que trata sobre A Ordem Econômica e Financeira, garante, dentre os princípios insculpidos no artigo 170, a livre iniciativa e a livre concorrência, sem, contudo, mais adiante, deixar de consignar

o poder regulatório e interventivo do Estado, quando necessário para o equilíbrio e bem-estar social.

Vê-se, portanto, que não houve uma exclusão ou predileção entre o poder regulatório do Estado e a livre iniciativa. Pelo contrário há uma convivência entre ambos, na qual esta última é garantida, sem que a atuação do Estado, quando exigida, a afete.

Por seu turno, a LLE em seu artigo 4 sistematiza as garantias à livre iniciativa, as quais podem ser vistas no *caput* do referenciado dispositivo legal, o qual expõe que o objetivo é evitar que a autoridade pública se utilize da norma para exercer o poder regulatório para além de sua competência, ou seja, incorrer em abuso.

O excesso regulatório ao longo de décadas no direito brasileiro, juntamente com o baixo crescimento econômico, comprova que a atuação do Estado regulador não vem surtindo impacto positivo.

Será útil estabelecer uma breve comparação entre a abordagem padrão da AIR e as novas iniciativas em matéria de avaliações de concorrência, conforme o Guia para Avaliação de Concorrência da OCDE:

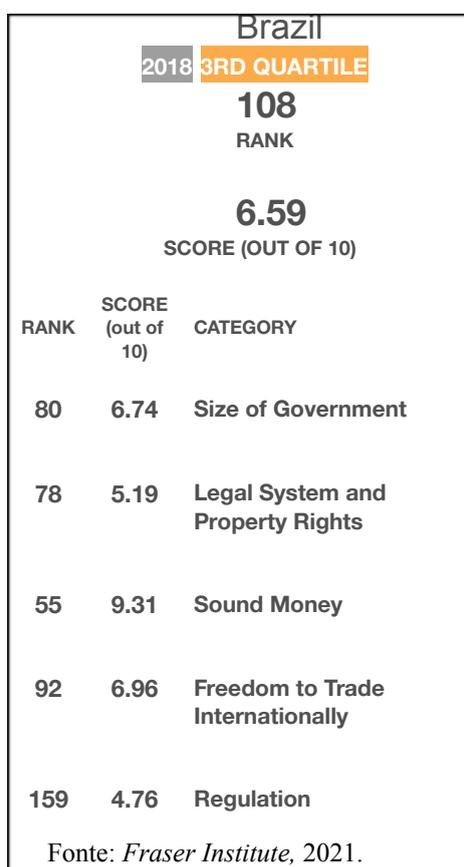
Ressaltam duas diferenças potenciais. Em primeiro lugar, uma apreciação AIR normal centra-se na questão quantitativa e na avaliação dos custos e benefícios da legislação. As avaliações de concorrência, por seu lado, são geralmente concebidas para formularem um juízo mais qualitativo sobre os possíveis prejuízos para a concorrência. Em segundo lugar, a realização das AIR não procura incidir sobre o comportamento dos agentes de mercado e suas alterações. Os incentivos dos agentes de mercado podem sofrer modificações em virtude da adoção de determinadas medidas legislativas, e um aspeto importante das avaliações de concorrência é, precisamente, a previsão dos efeitos da regulamentação sobre o comportamento dos agentes de mercado e sobre a concorrência. Em termos gerais, é importante ter em consideração que a concorrência e os benefícios que dela possam resultar têm uma natureza intrinsecamente dinâmica. Por norma, não se conseguem obter instantaneamente benefícios relacionados com um maior nível de eficiência e inovação, preços reduzidos e uma maior variedade de bens e serviços; trata-se de benefícios que se vão tornando cada vez mais evidentes com o passar do tempo. Neste sentido, o objetivo das avaliações de concorrência, concebidas em parte para analisar as alterações no comportamento dos agentes de mercado e prever os custos e benefícios a longo prazo, são um instrumento indispensável à apreciação da legislação. Neste contexto, as análises AIR mais tradicionais e as novas iniciativas no domínio das avaliações de concorrência podem ser consideradas fatores complementares de incentivo à qualidade e eficácia da legislação e, de uma maneira geral, ao desempenho econômico e bem-estar.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE (2017), **Guia para Avaliação de Concorrência: Volume 2** – Diretrizes, p. 20. Disponível em: [www.oecd.org/competition/toolkit](http://www.oecd.org/competition/toolkit). Acesso em: 07 fev. 2022.

Pode-se observar, abaixo, os rankings mundiais especializados em estudos sobre o nível de intervencionismo econômico existente no Brasil abordados pelo *Fraser Institute* (figura 2)<sup>69</sup> e *Heritage Economic Freedom* (gráfico 2)<sup>70</sup>, respectivamente.

Figura 2- *Ranking* e Pontuação do Brasil na Escala Regulatória



<sup>69</sup> FRASER INSTITUTE, 2021. **Ranking e Pontuação do Brasil na Escala Regulatória**. Disponível em: <https://www.fraserinstitute.org/economicfreedom/map?geozone=world&year=2018&page=map&countries=BRA>. Acesso em: 07 fev. 2022.

<sup>70</sup> HERITAGE FOUNDATION, 2021. **Índices Econômicos do Brasil**. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/country/brazil>. Acesso em: 07 fev. 2022.

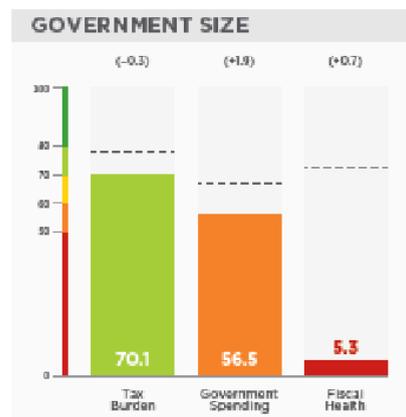
Gráfico 2- Índices Econômicos do Brasil

## 12 ECONOMIC FREEDOMS | BRAZIL

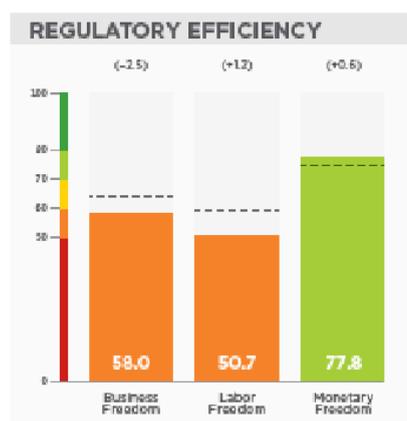
--- WORLD AVERAGE | ONE-YEAR SCORE CHANGE IN PARENTHESES



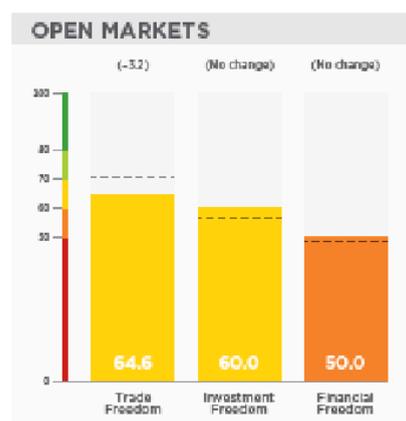
Property rights are generally enforced, but the mortgage registration system is uneven. The judiciary, though largely independent, is overburdened, inefficient, and often subject to intimidation and other external influences, especially in rural areas. A politicized Supreme Court has launched numerous investigations based on allegations of wrongdoing by the Bolsonaro government. Corruption and graft remain endemic, especially among elected officials.



The top individual income tax rate is 27.5 percent, and the top corporate tax rate is 34 percent. Other taxes include value-added and excise taxes. The overall tax burden equals 32.9 percent of total domestic income. Government spending has amounted to 35.1 percent of total output (GDP) over the past three years, and budget deficits have averaged 7.0 percent of GDP. Public debt is equivalent to 89.5 percent of GDP.



Obtaining electricity has become more expensive and complicated. It also takes longer to obtain a connection. The cost of dealing with construction permits has increased. Reforming Brazil's onerous labor laws is one of the Bolsonaro government's objectives. The government provides massive subsidies for the production of sugar and other agricultural products in addition to subsidies for hundreds of state-owned enterprises.



Brazil has nine preferential trade agreements in force. The trade-weighted average tariff rate is 10.2 percent, and 643 nontariff measures are in effect. Bureaucratic hurdles limit foreign investment. The financial sector is competitive, but government involvement remains considerable, and public banks account for more than 50 percent of loans to the private sector. The central bank has intervened in the foreign exchange market since February 2020.

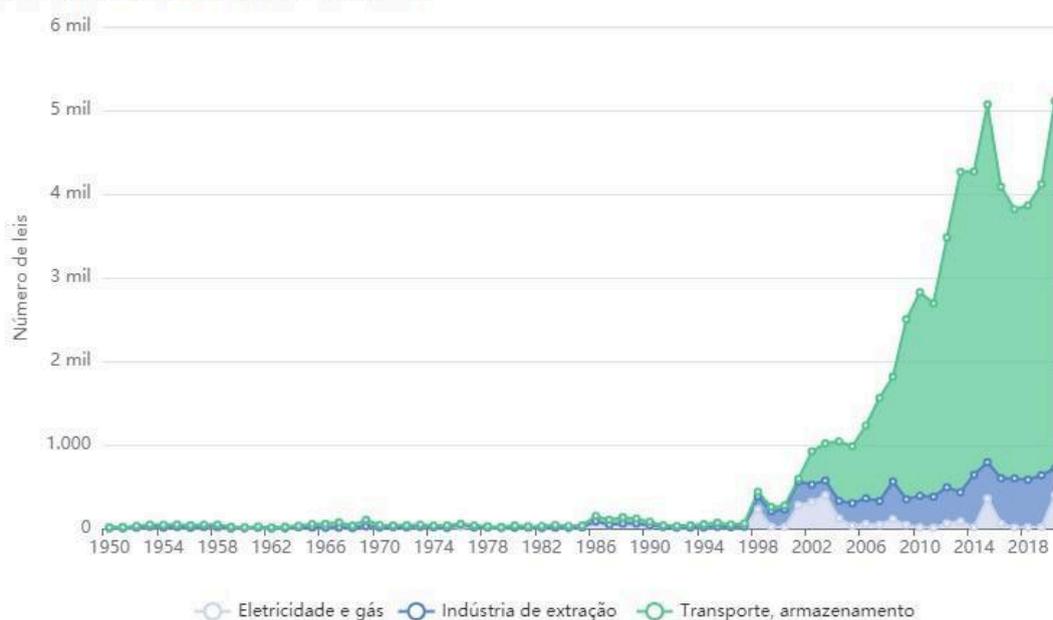
Fonte: *Heritage Foundation*, 2021.

Como mecanismo interno no auxílio da verificação da análise de impacto regulatório foi criada a plataforma *online* chamada “RegBR” pela Escola Nacional da Administração Pública (ENAP). Essa plataforma servirá como ferramenta no processo de análise de impacto regulatório (AIR), além de auxiliar os gestores públicos no cumprimento das exigências do Decreto nº 10.411/2020.

Interessante observar a título de ilustração que houve um expressivo crescimento da publicação de normas regulatórias (gráfico 3)<sup>71</sup>, especialmente a partir dos anos 2000 – com a criação das agências reguladoras. É a partir desse período também que aumenta a regulação na área de transportes. O Brasil criou cerca de 94 mil normas regulatórias desde 1950, ou seja, foram publicados uma média de quatro normativos novos a cada dia. Um dos setores da economia mais regulados no país é o de transporte: houve aumento de 80% no número de novas normas publicadas no período de 10 anos (2010 para 2020).<sup>72</sup>

Gráfico 3 - Número de Normas Regulatórias no período de 1950-2018

**Número de normas publicadas ano a ano, nos setores de eletricidade e gás, indústria de extração, transporte e armazenamento**



Fonte: Escola Nacional de Administração Pública, 2021.

Da observância das figuras e gráficos supra colacionados vê-se que a regulação econômica no Brasil se apresenta deficitária, apesar do expressivo intervencionismo estatal por meio da criação de atos normativos nas mais diversas áreas, consoante a figura 03. Em consequência, o Brasil falha na proposta de crescimento econômico (margem de decréscimo de menos 2/5% conforme gráfico 2), promoção do incremento

<sup>71</sup> ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2021. **Número de Normas Regulatórias no período de 1950-2018.** Disponível em: <https://www.enap.gov.br/pt/acontece/noticias/raio-x-da-regulacao-economica-e-publicado-pela-primeira-vez-no-brasil>. Acesso em: 07 fev. 2022.

<sup>72</sup> Ibid.

das áreas socioeconômicas e minimização de impactos financeiros ante os custos despendidos.

A análise de impacto regulatório (AIR) possui previsão expressa no artigo 5 da LLE<sup>73</sup>, sendo regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020 e utilizada como diretriz obrigatória na Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019) para as propostas de edição ou alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, pelos órgãos reguladores competentes<sup>74</sup>.

Sem prejuízo da menção no artigo 5 da LLE, pode-se dizer que o artigo 6, inciso I, da Instrução Normativa nº 97/2020 da SEAE, quando menciona numa das formas de definição de abuso de poder regulatório: “*exigência de especificação técnica não necessária e falta de correlação entre resultado regulatório esperado e a especificação exigida*” faz uma correlação entre a regulação e o resultado regulatório esperado, o que remete, por consequência, à AIR e à ARR.

Pela definição literal do artigo 1º do Decreto nº 10.411/2020<sup>75</sup>:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;

II - ato normativo de baixo impacto - aquele que:

<sup>73</sup> Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada. BRASIL, *op. cit.*

<sup>74</sup> No Brasil, ainda são poucos os exemplos de AIR que passaram por todas essas etapas. A boa notícia vem da Agência Nacional de Águas e Saneamento, que adotou o procedimento para a elaboração da norma que permitirá a cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos (RSU). O Brasil é responsável pela geração de 79 milhões de toneladas de RSU[4], sendo 59,1% descartado em aterros sanitários e o restante despejado em locais inadequados. Com a AIR foi possível identificar que os municípios ainda não conhecem o custo envolvido na prestação desses serviços e, por isso, não conseguem cobrar por ele. Resultado, o serviço prestado é deficiente por ausência de parâmetros até então para sua prestação. MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patrícia Pessoa. **Calculando os Impactos das Decisões das Agências Reguladoras**, 11 de junho de 2021. Disponível em: <https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/blog/impacto-social/calculando-os-impactos-das-decisoes-das-agencias-reguladoras/amp/>. Acesso em: 04 fev, 2022.

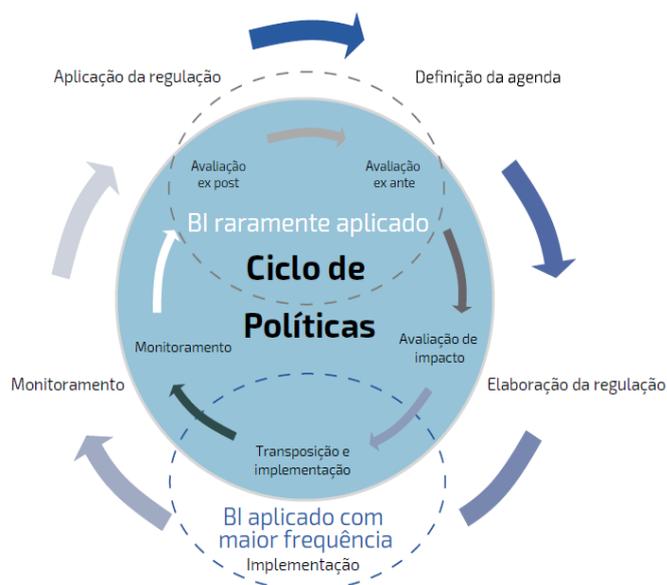
<sup>75</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020**. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junho-de-2020264424798>. Acesso em: 03 fev. 2022.

- a) não provoque aumento expressivo de custos para os agentes econômicos ou para os usuários dos serviços prestados;
- b) não provoque aumento expressivo de despesa orçamentária ou financeira;
- e
- c) não repercuta de forma substancial nas políticas públicas de saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais;

A AIR tem sua raiz nos Estados Unidos e foi amplamente difundida pela OCDE. A AIR vem a ser uma avaliação *ex ante* das possíveis consequências derivadas de opções regulatórias em potencial, por meio da qual são extraídas informações que auxiliam no processo de formulação da norma regulatória, contribuindo, então, para a tomada de decisão.

A OCDE disponibilizou imagem ilustrativa (figura 3)<sup>76</sup> do ciclo de criação de uma política pública, sob a ótica da regulação.

Figura 3 - *Insights* Comportamentais e o Ciclo de Políticas Públicas



Fonte: OCDE, 2017, p.41.

Nesse passo, cabe ser observado o disposto no Art. 15, parágrafo 2º do Decreto nº 10.411/2020, que estipula que a autoridade competente do órgão ou da entidade, diante de um Relatório de AIR, pode decidir pela adoção da alternativa ou pela combinação de alternativas sugeridas no relatório, pela necessidade de complementação da AIR, ou pela adoção de alternativa contrária àquela sugerida no relatório, inclusive

<sup>76</sup> BRASIL Ministério da Economia Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. Guia para elaboração de análise de impacto regulatório, p.15. OCDE, 2017. **Insights Comportamentais e Ciclo de Políticas Públicas**. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/aceso-a-informacao/analise-de-impacto-regulatorio-2013-air-1/guia-para-elaboracao-de-air-2021.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2022.

quanto às opções de não ação ou de soluções não normativas. Em adição, a AIR deve apresentar uma estratégia de implementação da ação recomendada e informar como seus efeitos podem ser monitorados.

Na esteira das disposições legais do decreto disciplinador da AIR tem-se o passo a passo para elaboração da norma e execução da AIR, concomitantemente.

Primeiro, define-se o problema regulatório a ser solucionado e os objetivos no médio e/ou longo prazo. Ainda nessa etapa, projeta-se o futuro para estimar como o problema se comportaria diante de eventual inação estatal. Não se pode desconsiderar que qualquer medida estatal poderá levar também ao agravamento do problema. Esse exercício é fundamental para que haja uma alternativa regulatória preferencial.

Na sequência, passa-se à tomada de subsídio, oportunidade em que os principais afetados são convidados a manifestar a sua posição. Escutam-se opiniões dos agentes econômicos afetados, colhem-se visões de quem já passou por situações semelhantes e levantam-se dados sobre os possíveis impactos.

Elementos importantes da AIR, a participação social e a transparência fazem com que consultas e audiências públicas, que já eram praxe das agências reguladoras, passassem a ser, com a promulgação da Lei nº 13.848/2019, obrigatórias para as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados emanados pelas autarquias especiais.

Vencida esta etapa, elegem-se quais seriam as alternativas regulatórias. As opções são comparadas entre si, juntamente com a opção de não exercício da regulação. Na mesma ocasião, mensuram-se os resultados de cada opção.

Após essas etapas, inicia-se a redação da minuta de norma regulatória, havendo obrigação legal de submetê-la à consulta pública. Após análise e respostas às contribuições recebidas quanto à minuta, publica-se a norma regulatória com as alterações que forem julgadas necessárias pelo ente regulador.

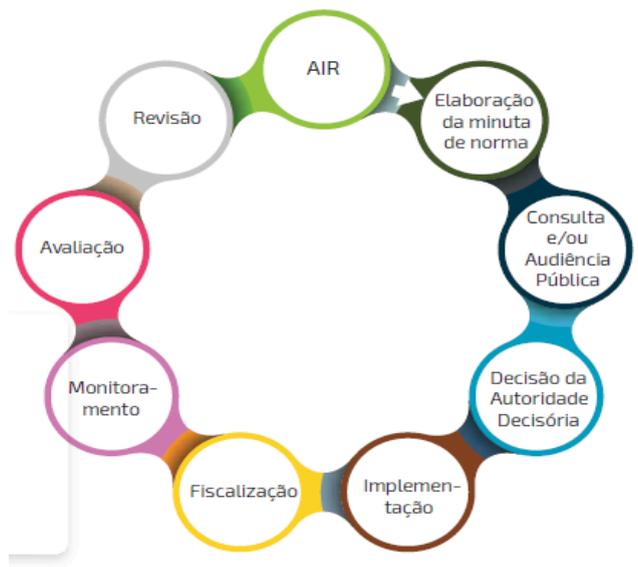
A AIR deve ainda garantir as etapas de implementação e monitoramento dos resultados, as quais servirão para subsidiar a Avaliação de Resultado Regulatório.

Deste modo, a AIR não funciona apenas como uma ferramenta para elaboração da regulação, mas também parte de todo o ciclo para realizar a norma regulatória (figura 04)<sup>77</sup>, pelo que a AIR é designada como uma sequência de definições e análises:

---

<sup>77</sup> BRASIL. Governo Federal. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*].

Figura 4 - Ciclo da Análise de Impacto Regulatório



Fonte: Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR.

Na literatura atual das ciências econômicas aponta-se que assimetrias de informação conduzem ao surgimento de falhas de mercado e que políticas públicas surgem como a resposta necessária. Entretanto, o processo regulatório também se depara com o problema do conhecimento dos agentes e sucumbe aos mecanismos de transmissão de informação. Na busca por melhoria regulatória, os agentes demandam por mais intervenções, esquecendo-se de que o efeito cumulativo dessas sucessivas intervenções corrói o sistema de mercado ao onerar demasiadamente os custos de operações no setor. Este círculo vicioso leva à “criação de uma linha tênue entre o que é consequência da intervenção (falha de governo) ou da abstenção estatal (falha de mercado)”<sup>78</sup>.

Dentro da busca por melhoria regulatória é imperioso que as situações de abuso de poder regulatório, cada vez, sejam identificadas nas análises de impacto regulatório não só pelos próprios reguladores, como também por outro órgão do Poder Executivo. Nesta esteira, o artigo 20 do Decreto nº 10.411/2020 traça uma ligação entre

--Brasília: Presidência da República, 2018. **Ciclo da Análise de Impacto Regulatório**. Disponível em: [https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo\\_final\\_27-09-2018.pdf/view](https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view). Acesso em: 08 fev. 2022.

<sup>78</sup> SCHOENHERR, M. H. (2021). The economical intervention as the genesis of the imbalance of Brazilian markets: and the new paradigm proposed by the recent legislative changes. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, 9. Disponível em: <https://doi.org/10.30800/mises.2021.v9.1313>. Acesso em: 03 fev. 2022.

o artigo 9, § 7º, da Lei nº 13.848/2019, e o artigo 19, inciso I, da Lei nº 12.529/2011, reforçando a competência da SEAE para opinar sobre eventuais impactos regulatórios em propostas ou minutas de atos normativos submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras.

Cabe frisar que conquanto necessário e exigido, o relatório de AIR não é um documento vinculante, de modo que é facultado à autoridade competente decidir, fundamentadamente, pela adoção da alternativa ou da combinação de alternativas sugerida no relatório da AIR, pela necessidade de complementação da AIR, ou pela adoção de alternativa contrária àquela sugerida no relatório, inclusive quanto às opções de não ação ou de soluções não normativas.

Em 06.11.2020, no 1º Encontro de Reguladores Federais, foi lançada a Calculadora de Onerosidade Regulatória (CalReg), ferramenta que objetiva ampliar a transparência quanto aos custos regulatórios no país, tanto para cidadãos quanto demais órgãos governamentais, reduzir o fardo regulatório brasileiro, e disseminar métodos quantitativos para o cálculo de impacto regulatório.

A partir de números e dados, os cidadãos e a administração pública poderão medir de forma mais concreta o impacto de novas regulações e uma decisão mais bem informada poderá ser tomada acerca da necessidade ou não de uma determinada regulação, considerando-se a ponderação de seus custos ante aos benefícios gerados.<sup>79</sup>

Seguindo as práticas dos países mais avançados no uso da AIR, a análise que oferece mais informações e dados para a tomada de decisão é a análise de custo-benefício. A metodologia requer a quantificação e a monetização de todos os custos e de todos os benefícios de cada uma das alternativas de ação sob análise.

Diretamente vinculada à calculadora de onerosidade regulatória está a análise de onerosidade regulatória prevista na Instrução Normativa nº 111/2020, que estabelece os quesitos de referência para análises referentes a melhoria regulatória relacionados à diminuição dos custos de transação<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Advocacia da Concorrência e Competitividade. **CalReg – Calculadora de Onerosidade Regulatória**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/noticias/calreg-calculadora-de-onerosidade-regulatoria>. Acesso em: 03 fev. 2022.

<sup>80</sup> Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: (...) IV - custos regulatórios - estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicos, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pelo órgão ou pela entidade competente, além dos custos que devam ser incorridos pelo órgão ou pela entidade competente para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos

Nos termos da predita instrução, é fornecido um quadro (quadro 1)<sup>81</sup> em que estão correlacionados objetivos e quesitos a serem respondidos, para se averiguar a correspondência entre a regulação e a promoção da concorrência.

Quadro 1 - Quesitos e Obrigações Pró-concorrência

Critério Orientador	Padrão pró-concorrência
Obrigações regulatórias	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Obrigação não deve provocar distorção concorrencial entre agentes econômicos;</li> <li>- Onerosidade da obrigação não deve representar barreira econômica ou prejudicar agentes econômicos de menor porte ou potenciais entrantes;</li> <li>- Deve haver acessibilidade e isonomia aos meios de cumprimento da obrigação.</li> </ul>
Especificações técnicas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A exigência de requerimento técnico não deve onerar mercado a ponto de limitar a concorrência;</li> <li>- O requerimento técnico não deve inviabilizar produto ou serviço de oferta ampla e global;</li> <li>- O requerimento técnico não deve submeter os produtores brasileiros a ambiente mais oneroso que concorrentes que produzam em solo estrangeiro; e</li> <li>- O requerimento técnico não deve inviabilizar o desenvolvimento de tecnologias ou modelos disruptivos que possam potencialmente ocorrer na margem da regulação.</li> </ul>
Restrições e proibições regulatórias	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A regulação não deve limitar o uso de técnicas, meios ou resultados úteis ao mercado que não apresentem comprovado risco a terceiros ou caráter sistêmico;</li> <li>- A regulação não deve inviabilizar o livre desenvolvimento tecnológico de diferentes alternativas concorrentes; e</li> <li>- A regulação não deve inviabilizar a oferta de produtos ou serviços de livre e amplo acesso em mercados desenvolvidos.</li> </ul>
Licenciamentos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A regulação deve garantir isonomia, transparência e previsibilidade entre agentes econômicos estabelecidos e potenciais entrantes, inclusive para o desenvolvimento de modelos econômicos disruptivos;</li> <li>- Onerosidade do cumprimento do licenciamento, incluindo custos diretos e indiretos, não deve representar barreira de entrada ou distorção concorrencial; e</li> <li>- Licenciamento não deve sujeitar o produtor brasileiro a ambiente menos competitivo que seus concorrentes estrangeiros.</li> </ul>
Complexidade normativa	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A regulação deve ser clara, objetiva, previsível e isonômica, a fim de garantir simetria de informação regulatória entre os agentes econômicos do setor; e</li> <li>- A regulação deve ser consolidada, harmonizada e íntegra, a fim de garantir ampla acessibilidade a potenciais novos entrantes, incluindo de origem estrangeira.</li> </ul>

Fonte: Guia para Elaboração de Impacto Regulatório, 2020.

No documento Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança, a OCDE orienta que se deve:

Realizar revisões sistemáticas do estoque regulatório frente a objetivos claramente definidos, incluindo a análise de seus custos e benefícios, para garantir que as normas permaneçam atualizadas, eficientes, consistentes e contribuindo para os objetivos pretendidos.<sup>82</sup>

serviços prestados. BRASIL. Op.cit..

<sup>81</sup> Op.cit. **Guia para elaboração de análise de impacto regulatório**, p.17. OCDE, 2017.

<sup>82</sup> Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2012). **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**. Disponível em <https://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em 03 fev. 2022.

O Decreto nº 10.411/2020, em seu artigo 13<sup>83</sup>, estipula que os órgãos e as entidades devem implementar estratégias para integrar a AIR à atividade de elaboração normativa, de forma isolada ou em conjunto. Os órgãos e as entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, com competência para edição de atos normativos sujeitos à elaboração de AIR, deverão instituir agenda de AIR, com, no mínimo, um ato normativo de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados de seu estoque regulatório.

Ao realizar a AIR deve-se tentar identificar outros fatores que possam ter contribuído para os resultados observados, tentando-se isolar na análise, tanto quanto possível, os efeitos que foram diretamente decorrentes da ação implementada. Uma boa AIR também deve levar em consideração, ao avaliar a eficiência, eficácia e efetividade de uma ação, o que teria ocorrido no período analisado se nenhuma ação tivesse sido implementada. A partir das conclusões alcançadas, a AIR deve trazer uma orientação sobre a pertinência de manutenção, alteração ou revogação do regulamento avaliado.<sup>84</sup>

Face às considerações aduzidas sobre a importância das diferentes ordens de consequências que podem surgir da tomada de decisão por uma conduta ou ato normativo, importa trazer à baila, em arremate, a responsabilização do agente público consagrada na Lei nº 13.655/2018 que modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

O artigo 20 da lei retro instituiu a importância da análise consequencial na tomada de decisões, à medida em que se passou a exigir dos gestores públicos e dos

---

<sup>83</sup> Art. 13. Os órgãos e as entidades implementarão estratégias para integrar a ARR à atividade de elaboração normativa com vistas a, de forma isolada ou em conjunto, proceder à verificação dos efeitos obtidos pelos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. § 1º A ARR poderá ter caráter temático e ser realizada apenas quanto a partes específicas de um ou mais atos normativos. § 2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com competência para edição de atos normativos sujeitos à elaboração de AIR nos termos de que trata este Decreto, instituirão agenda de ARR e nela incluirão, no mínimo, um ato normativo de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados de seu estoque regulatório. § 3º A escolha dos atos normativos que integrarão a agenda de ARR a que se refere o § 2º observará, preferencialmente, um ou mais dos seguintes critérios: I - ampla repercussão na economia ou no País; II - existência de problemas decorrentes da aplicação do referido ato normativo; III - impacto significativo em organizações ou grupos específicos; IV - tratamento de matéria relevante para a agenda estratégica do órgão; ou V - vigência há, no mínimo, cinco anos. § 4º Os órgãos e as entidades divulgarão, no primeiro ano de cada mandato presidencial, em seu sítio eletrônico, a agenda de ARR, que deverá ser concluída até o último ano daquele mandato e conter a relação de atos normativos submetidos à ARR, a justificativa para sua escolha e o seu cronograma para elaboração da ARR. § 5º Concluído o procedimento de que trata este artigo, as ARRs elaboradas serão divulgadas no sítio eletrônico do órgão ou da entidade, ressalvadas as informações com restrição de acesso nos termos do disposto na Lei nº 12.527, de 2011. BRASIL, Op.cit.

<sup>84</sup> BRASIL (2018), Op.cit.

integrantes da esfera controladora e judicial, o estudo das opções disponíveis. Soma-se a isso o fato do artigo 6º da Lei nº 13.848/2019 estabelecer que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral serão, nos termos do regulamento (no caso, o Decreto nº 10.411/2020), precedidos de AIR, a qual disporá sobre os possíveis efeitos do ato pretendido.

Estes pontos refletem a ideia do consequencialismo impregnado simultaneamente na LINDB, na Lei das Agências Reguladoras e na própria LLE.

Pode-se inferir, portanto, que a triangulação criada entre a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica, a nova Lei das Agências Reguladoras e o decreto que a regulamenta veio para solidificar ainda mais as disposições da LINDB, abrir passagem para entrada da Instrução Normativa nº 97/2020, angariando novos mecanismos de atuação para dar força à FIARC.



## 4 O TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO DE PASSAGEIROS

### 4.1 A POSSIBILIDADE DE COMPETIÇÃO NA DELEGAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE

Constitucionalmente, o transporte rodoviário de passageiros subdivide-se em quatro espécies: internacional (realizado entre o Brasil e seus países vizinhos, cuja regulação é de competência da União, conforme artigo 21, XII, alínea “e”, da CRFB/1988), interestadual (realizado entre cidades de diferentes estados, cuja regulação é de competência dos Estados, conforme artigo 25 da CRFB/1988), intermunicipal (realizado entre cidades de um mesmo estado, cuja regulação é de competência desse estado, conforme artigo 25, parágrafo 1º, da CRFB/1988), e distrital (dentro das municipalidades e do Distrito Federal, cuja regulação é de competência de cada Município ou do Distrito Federal, conforme artigo 32, § 1º, da CRFB/1988).

Historicamente, os serviços de ônibus de longa distância (TRIIP e TIPO) são operados por pessoas jurídicas privadas, sujeitas à regulação pública, desprovidas de subsídios, em avenças de longa duração, ausente competição para obtenção dos direitos de exploração de linhas. Até o advento da CRFB/1988, a prestação dos serviços de transporte coletivo era realizada via delegações de natureza precária, as quais eram renovadas sucessivamente.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo com o artigo 175 que trata das concessões e permissões de serviços públicos<sup>85</sup>, os contratos permaneceram sendo renovados automaticamente, somente após 1995 é que começaram a ser transformados em concessões, porém, ainda, sem a realização de licitações.

Ausente, portanto, a regra licitatória para delegação de serviço público de transporte restringia-se a competição, que não era a regra, mas a exceção nesse mercado. O mercado era composto, em quase sua totalidade, por direitos de operação exclusivos concedidos a algumas empresas e por fortes barreiras à entrada de novos operadores.

---

<sup>85</sup> Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça, às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 600.

Com a edição da Lei nº 8.987, de 1995, a qual disciplina a delegação de serviços públicos, no regime de concessões e permissões, tendo como diferenças os requerimentos para adoção de uma ou de outra, e o grau de exigência mais elevado das primeiras do que o das segundas, porém possuindo como ponto em comum a exigência de licitação.

A licitação, agora com esteio constitucional e infraconstitucional, contribuiria para uma melhoria dos serviços, eis que guiada pela busca por maior eficiência e redução de custos operacionais para os delegatários do serviço, prezando para que os usuários fossem os principais beneficiários do processo.

No âmbito federal, para os serviços tipo TRIIP, a exigência de licitação foi flexibilizada com a Lei nº 12.996, de 2014, que estabeleceu uma nova sistemática para a prestação do serviço público de TRIIP, prevendo-se a autorização como forma de delegação da prestação de serviços. Ao avaliar o modelo de autorização trazido pela legislação federal para os serviços TRIIP, de competência da União, Gustavo Binenbojm pondera que este modelo é próprio para aqueles casos em que o melhor cenário pressupõe ampla competitividade entre os agentes privados interessados na prestação do serviço. Segundo este autor, o serviço de transporte rodoviário deve estar sujeito à ampla concorrência, a fim de beneficiar os usuários, dado que quanto mais empresas prestarem o serviço, maior será a demanda por qualidade sobre o prestador.<sup>86</sup>

No entanto, nem sempre é observada a livre entrada quando existe a necessidade de alguma autorização por parte do Poder Público, especialmente quando a regulamentação em vigor ainda representa barreiras à entrada. Por isso, alguns países optaram pela desregulamentação completa dos serviços de ônibus de longa distância, com benefícios para os usuários e o desenvolvimento do mercado, conforme foi informado no subcapítulo 2.4 sobre as experiências internacionais.

Fato é que toda questão que envolve uma concessão e/ou uma permissão, conseqüentemente, envolve o mercado. No caso de concessões de serviços públicos, envolvendo principalmente o setor de transporte, considerando, muitas vezes, a limitação de equipamento urbano quanto ao número de passageiros e as frotas passíveis de serem atingidas, não é raro que a atribuição do serviço seja feita por meio da previsão de monopólios.

---

<sup>86</sup> BINENBOJM, Gustavo. (2017). Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a Constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 9, nº 3, julho, 2017, p. 1268-1285.

Os serviços de transporte têm sido, tradicionalmente, objeto de intervenção do setor público, através da atuação direta de entidades estatais ou da implementação de marco institucional destinado a regular a operação das empresas prestadoras desses serviços. Tais iniciativas têm constituído, em geral, mas nem sempre, respostas a situações caracterizáveis como de monopólio natural.<sup>87</sup>

Por outro lado, a forma e os objetivos da intervenção governamental no setor têm sofrido modificações significativas ao longo do tempo — refletindo, aliás, uma involução quanto às regras concorrências, dando azo ao surgimento de monopólios convencionais<sup>88</sup>, fomentados pelo próprio Estado.

Todavia, vale dizer que monopólio (lícito ou ilícito) difere de exclusividade. Nos termos do que preceitua o artigo 16 da Lei nº 8.987/1995 a exclusividade é expressamente admitida, sob a justificativa de quando houver a impossibilidade de desempenho do serviço público em regime de competição, por motivos técnicos e econômicos. Este último quando residir na impossibilidade de obtenção de resultados econômicos capazes de manter o desempenho da atividade, especialmente se estabelecidos determinados parâmetros mínimos de qualidade.

Tal dispositivo legal poderia servir de respaldo para que a prestação do serviço de transporte coletivo rodoviário de passageiros intermunicipal fosse feita por uma única sociedade empresária, sob o argumento de que eventual competição com demais prestadores poderia comprometer os resultados econômicos e a qualidade do serviço. Porém, assim não o é quando entram no cenário, junto às tradicionais linhas de transportes regulares, os serviços de transporte oferecidos através de plataformas digitais.

Pelo contrário, a nova modalidade de transporte ofertada por aplicativos digitais não só aumenta a qualidade, como barateia os preços aos usuários, amplia o

---

<sup>87</sup> Os monopólios naturais ocorrem em certas atividades de um setor que necessitam de grandes investimentos em redes para que possam ser executadas. Pode ser que, dentro do mesmo setor, contudo, em outros segmentos, possam funcionar mercados competitivos. No setor elétrico, por exemplo, a distribuição e a transmissão de energia são monopólios naturais, entretanto, na atividade de geração de energia pode ser estabelecido um mercado competitivo. Outros exemplos, que valem ressaltar, consistem na telefonia fixa local e a de longa distância; distribuição e extração de gás natural; e, no setor de transportes, o qual pode haver competição na operação de trens, ônibus, caminhões, ainda que a malha ferroviária e rodoviária sejam monopólios naturais. COSTA, Carlos José de Castro Costa. **Monopólio natural**: a legitimação do monopólio para minimizar os custos de produção. [20--?]. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carlos\\_jose\\_de\\_castro\\_costa.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_jose_de_castro_costa.pdf)

<sup>88</sup> Monopólio convencional é o decorrente de práticas abusivas de agentes econômicos, bem como de acordos e contratos estabelecidos por dois ou mais agentes, com o fito de eliminar os demais competidores, colocando aquela atividade sob a exploração exclusiva por parte de um único agente (monopólio) ou de poucos agentes predeterminados (oligopólio). FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

leque de opções a esses, além de, como referenciado no parecer da FIARC, atingir localidades não abrangidas pelas linhas regulares. Contudo, tais benefícios não são imunes de existirem sem a realização da AIR. Se o que se preza alcançar é uma isonomia regulatória, contrária ao excesso demonstrado no capítulo 3, não se pode desvencilhar a regulação e a operacionalização da Buser no território brasileiro, em paralelo ao transporte rodoviário coletivo tradicional, das regras atinentes ao impacto que a abertura de mercado para atuação de transporte via *marketplace* e fretamento colaborativo pode ocasionar no setor e na economia.

Encontra-se em tramitação, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.270, com pedido de medida cautelar, de relatoria do ministro Luiz Fux, de autoria da Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros (Anatrip), que questiona a validade da autorização para a prestação de serviços interestaduais de transporte terrestre coletivo de passageiros, sem procedimento licitatório prévio. A referida ação encontra-se, desde 22.04.2021, conclusa para o Relator.

Ressalte-se que acaso julgada procedente a ADI supra, ela irá de encontro à decisão da ADI nº 5.991 do STF, na qual ficou decidido pelo Plenário que:

(...) as normas previstas na Lei da Relicitação (Lei 13.448/2017) para a prorrogação antecipada dos contratos de concessão são compatíveis com os princípios constitucionais da eficiência, da razoabilidade, da impessoalidade, da moralidade e da competitividade. As normas previstas na Lei da Relicitação para a prorrogação antecipada dos contratos de concessão não violam os princípios constitucionais da eficiência, da razoabilidade, da impessoalidade, da moralidade e da competitividade. As regras complementam os requisitos da legislação geral (Lei nº 8.987/95) sobre o regime de concessão de serviços públicos, que exige a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança e a fixação de tarifas em valores razoáveis (modicidade). A prorrogação é analisada caso a caso e está sujeita à fiscalização da agência reguladora. Vale ressaltar, ainda, que o contrato deve ser submetido à consulta pública, havendo ainda a necessidade de encaminhar ao TCU o termo aditivo para análise final.<sup>89</sup>

A decisão do Supremo acima pode servir de motor para reforçar a baixa ou nula competição no mercado de transportes, eis que dá azo à prorrogação antecipada de contratos de concessão, os quais, como se pôde observar no subcapítulo 3.2.1, não raro gozam de uma duração quase infinita.

---

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5991**. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carmen Lucia. Data de Julgamento: 07/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5522428>. Acesso em: 07 fev. 2022.

Ainda que esgotados os prazos contratuais em vigor, muito poucos procedimentos licitatórios são abertos ou levados adiante, seja por conta de uma negligência governamental em pôr o setor em consonância com a regulamentação da CRFB/1988 e da Lei nº 8.987/1995, ou devido a eventual conluio entre operadores do setor de transportes que se recusam a participar de licitações. Essa ausência de licitações tem feito com que os contratos sejam automaticamente renovados. Por conseguinte, compromete-se a competitividade no setor e mantém-se um círculo vicioso de favorecimento às sociedades empresárias que já operam no mercado.

Um exemplo desse fechamento do mercado de transportes é o lançado na motivação para a abertura da Comissão Parlamentar de Inquérito denominada “CPI dos Ônibus” no estado do Rio de Janeiro, cujo foco são os consórcios públicos existentes no município carioca. Veja-se, abaixo, a motivação exarada para abertura da CPI:

**Limite e insuficiências nos contratos oriundos do Edital CO nº 010/2010**

Verificar e apurar a existência e a acuidade técnico-científica dos estudos que levaram à determinação das Redes de Transportes Regionais – RTR, bem como o período de concessão de 20 (vinte) anos para a duração do contrato;  
 Verificar e apurar a existência, a eficiência e a eficácia dos mecanismos para acompanhamento dos relatórios financeiros previstos;  
 Verificar e apurar a existência, a eficiência e a eficácia dos mecanismos de acompanhamento dos relatórios operacionais previstos;  
 Embora o edital da CO nº 010/2010 contivesse a previsão de uma contrapartida da concessionária ao município, nas propostas apresentadas não foram identificadas a apresentação de contrapartida por parte de nenhuma das concessionárias;

**Indícios de formação de cartel, notadamente, pelos seguintes fatos ocorridos no momento da assinatura dos contratos:**

As empresas integrantes dos consórcios vencedores correspondem às antigas que já atuavam no sistema pela antiga modalidade de permissão individual por linha;  
 O endereço oficial dos quatro consórcios, conforme respectivos Cadastros Nacionais da Pessoa Jurídica (CNPJs), no momento da licitação, era o mesmo: RUA DA ASSEMBLÉIA, nº 10 – sala 3911 – parte – Centro – CEP 20.011-901;  
 O CNPJ dos quatro consórcios foram abertos no mesmo dia: 31/08/2010;  
 Das 41 (quarenta e uma) empresas que compõem os quatro consórcios, 16 (dezesesseis) participam em mais de um consórcio;  
 Diversas empresas possuem diretores/procuradores em comum;  
 Desconsiderando-se aquelas empresas que possuíam diretores/procuradores em comum (identificados na composição dos consórcios), apenas 08 (oito) empresas não possuíam diretores/procuradores em comum ou não participavam em mais de um consórcio, ao tempo da licitação;  
 As cartas de fiança apresentadas possuem diversas semelhanças, como: o foram emitidas na Comarca de São Paulo pela mesma instituição financeira – Itaú Unibanco S.A. – e pelo mesmo gerente de proc. de serviços; foram emitidas no mesmo dia: 16/09/2010; foram emitidas com o mesmo prazo de validade; possuem numeração praticamente sequencial a saber: Cons. INTERNORTE – Carta de Fiança nº D-47734-9; Cons. SANTA CRUZ –

Carta de Fiança nº D-47735-6; Cons. INTERSUL – Carta de Fiança nº D-47736-4; Cons. TRANSCARIOCA – Carta de Fiança nº D-47738-0;

**Indícios de não cumprimento dos contratos por parte dos concessionários:**

Verificar e apurar a existência, a eficiência, a eficácia e a equidade de instrumentos de controle das metas estabelecidas no edital CO nº 010/2010, bem como seus respectivos contratos e aditivos;

Indícios de atentado ao princípio da modicidade tarifária e quebra do equilíbrio

econômico-financeiro dos contratos, em favor dos concessionários:

Verificar e apurar se as planilhas apresentadas pelos concessionários permitem concluir se os cálculos ali descritos são metodologicamente adequados como ferramenta de suporte ao acompanhamento econômico-financeiro dos contratos por parte do Poder Concedente, visto que não é possível inferir se os valores ali apresentados possuem avaliação idônea por parte da SMTR, a ponto de garantir a confiabilidade dos mesmos;

Verificar e apurar se os indicadores de custos utilizados condizem com a realidade de mercado e com as sucessivas alterações inseridas no sistema após a entrada em vigor dos contratos, tais como o peso do fator mão-de-obra, as isenções e incentivos tributários, subsídios, bem como a correlação entre a Taxa Interna de Retorno (TIR) e a realidade dos juros reais na conjuntura econômica brasileira atual;

**Indícios de ilegalidade nos convênios nº 277/2010 e nº 08/2012 celebrados entre a secretaria municipal de Educação e a Rio Ônibus**

Apurar e esclarecer informações desconhecidas sobre o objetivo do repasse de R\$ 50 milhões ao Sindicato das Empresas de Ônibus da Cidade do Rio de Janeiro – Rio Ônibus, referente ao Convênio SME Nº 277/2010, conforme atestado no Ofício CVL/SUBJU/79/2011 e no projeto básico que subsidiou o Edital CO Nº 010/2010;

Apurar o embasamento legal, as justificativas técnicas, econômico-financeiras e sociais do CONVÊNIO Nº 08/2012 celebrado entre a Secretaria Municipal de Educação e o Sindicato das Empresas de Ônibus da Cidade do Rio de Janeiro – Rio Ônibus.<sup>90</sup> (**grifo meu**)

Resta indubitável que a regulação estatal sobre transportes rodoviários de passageiros deve buscar um padrão mais moderno e que a adoção de técnicas de políticas públicas pode se mostrar o bom caminho para melhor identificação dos defeitos no setor.

## 4.2 O TRANSPORTE INTERMUNICIPAL CONVENCIONAL DE PASSAGEIROS POR ÔNIBUS

Como dito no subcapítulo anterior, o TIPO é um serviço público, cuja gestão é de responsabilidade dos Estados-membros, por disposição constitucional.

<sup>90</sup> **O PORQUÊ DA CPI. CPI DOS ONIBUS**, 2017. Disponível em: <https://cpidosonibus.com.br/o-porque-da-cpi/>. Acesso em: 23 fev. 2022.

A concorrência imperfeita é visível no TIPO por motivos diversificados como a falta de interesses das sociedades empresárias prestadoras do serviço, a omissão do Estado como regulador em exercer a sua função conforme o artigo 174 da CRFB/1988, conflitos existentes entre as municipalidades ou até mesmo pela existência de transportes fornecidos de maneira informal.

Por esse motivo emerge a necessidade de regulação do TIPO, com vistas a assegurar a prestação dos serviços necessários, a geração de empregos adequada, e impedir que os operadores do serviço não sobreponham seus próprios interesses sobre os dos usuários, seja em situação de colusão ou de monopólio, ou mesmo através de práticas predatórias que ponham em risco a competitividade no mercado. Esses últimos objetivos podem ser vistos na exposição de motivos da “CPI dos Ônibus” supra colacionada ocorrente no município do Rio de Janeiro.

Vale lembrar que o que se aborda nesta dissertação não é a existência de regulação ou não, mas a natureza e a intensidade com que esta é feita no setor em comento.

Dentro da sistemática seguida no subcapítulo anterior, o mercado de TIPO tem sido prestado pela iniciativa privada, com exclusividade, sem margem de competição, o que enseja a formação de monopólios e oligopólios, e, por via de consequência, barreiras à entrada de novos competidores.

Convém notar que por tratar-se aqui de transporte intermunicipal, em especial no estudo de caso a ser feito mais adiante no estado de Minas Gerais, há que se considerar a quantidade de municípios necessitados de transporte e o alcance atual das linhas tradicionais que realizam o transporte regular.

Tomando como parâmetro o estado em que se fará o estudo de caso, segundo dados do IBGE<sup>91</sup>, Minas Gerais é o segundo estado mais populoso do Brasil, e aquele com maior número de municípios, somando 853<sup>92</sup> no total. Logo, uma boa política regulatória e concorrencial deveria ter como objetivo que o máximo de localidades sejam conectadas por linhas de transportes coletivos. O próximo subcapítulo examina se foi isso que sucedeu em Minas Gerais.

---

<sup>91</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Cidades e Estados**. 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg.html>. Acesso em: 24 fev. 2022.

<sup>92</sup> **LISTA DE MUNICÍPIOS DE MINAS GERAIS POR POPULAÇÃO**. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2022. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Lista\\_de\\_munic%C3%ADpios\\_de\\_Minis\\_Gerais\\_por\\_popul%C3%A7%C3%A3o&oldid=63003712](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Lista_de_munic%C3%ADpios_de_Minis_Gerais_por_popul%C3%A7%C3%A3o&oldid=63003712)>. Acesso em: 24 fev. 2022.

### 4.3 ESTUDO DE CASO DO ESTADO DE MINAS GERAIS: DA INSTALAÇÃO À OPERAÇÃO DA BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA

#### 4.3.1 DO SURGIMENTO DA *START UP* NO BRASIL

Conforme já mencionado, a celeuma da Buser Brasil Tecnologia Ltda é de alcance nacional, porém este trabalho focar-se-á nas intercorrências envolvendo a referida sociedade empresária no estado de Minas Gerais, o qual vem sendo palco de diversos embates legislativos, administrativos e judiciais sobre a liberação ou não de atuação de plataformas tecnológicas para intermediar o transporte rodoviário coletivo de passageiros intermunicipal no regime de fretamento.

A ideia da Buser nasceu em Minas Gerais, quando Marcelo Abritta, fundador da empresa, teve que organizar uma viagem para 30 familiares saindo com destino a Arraial d' Ajuda, na Bahia, onde celebraria seu casamento. Ele percebeu que fretar um ônibus de 48 lugares para levar os 30 convidados sairia mais barato que comprar 30 passagens de ida e volta na única empresa que operava a rota. Em janeiro de 2017, depois de conversar com um colega, o empresário começou a trabalhar no projeto. Marcelo criou uma página no *Facebook* em junho daquele ano para compartilhar a ideia. As operações só puderam ter início efetivamente em 2018. Recentemente, a Buser anunciou um plano de expansão em Minas Gerais para chegar a mais 20 cidades e lançar mais de 75 novas rotas intermunicipais e interestaduais. Hoje, a empresa conta com mais de 400 parceiros entre fretadores e viações maiores, utilizando aproximadamente 1.200 ônibus. Além disso, tem mais de 4 milhões de pessoas cadastradas na sua plataforma digital.<sup>93</sup>

Pontue-se que a primeira viagem inaugural da plataforma, realizada em 2017, enfrentou percalços no Judiciário, somente tendo sido possível por meio de decisão liminar favorável, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1002506-80.2018.4.01.3800, a qual foi revertida por Agravo de Instrumento interposto pela ANTT, que suspendeu os efeitos da liminar. Contudo, no mesmo ano, a circulação de ônibus para viagens organizadas pela Buser foi novamente liberada.

---

<sup>93</sup> LEÃO, Sofia. Buser em Minas Gerais: Entenda a batalha que levou o aplicativo a liberar viagens gratuitas. **BHAZ**. Belo Horizonte, 31 de Agosto de 2021. Disponível em: <https://bhaz.com.br/noticias/minas-gerais/buser-em-minas-gerais-entenda-batalha-levou-aplicativo-a-liberar-viagens-gratuitas/#gref>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Convém notar que até ao fechamento deste trabalho, a Buser vem atuando no regime de fretamento na modalidade circuito fechado. A dizer, o serviço prestado pela *startup* deve obrigatoriamente ser de transporte de um grupo definido de pessoas, com os mesmos passageiros nos trajetos de origem e destino (ida e volta), na mesma hora e data da viagem, conforme programação previamente apresentada à ANTT.

#### 4.3.2. O CONFLITO ENTRE OS ATOS NORMATIVOS E AS DECISÕES JUDICIAIS NO SETOR DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O serviço de transporte rodoviário intermunicipal por fretamento, como essencialmente particular, era regulamentado em Minas Gerais pelo Decreto Estadual nº 44.035/2005, que autorizava o fretamento em circuito aberto e a intermediação de viagens através de plataformas tecnológicas.

Cabe aqui um adendo para frisar que, nos termos do decreto acima, sempre se fez necessária autorização para atestar a regularidade do fretamento realizado por empresas de transporte intermunicipal no estado de Minas Gerais, sendo aquela emitida pelo DER/MG para o exercício do transporte intermunicipal de passageiros. Por outro lado, no exercício de transporte aberto ao público é necessária a autorização do poder concedente, com fulcro no artigo 25 da CRFB/1988.

Importa ressaltar que mesmo com a revogação do Decreto Estadual nº 44.035/2005, pela nova norma atualmente em vigor, Lei nº 23.941/2021, sobre a qual se tratará melhor adiante, ainda subsiste a necessidade de submissão dos prestadores de serviço de transporte, seja para fretamento contínuo ou eventual, à emissão de documento autorizativo pelo DER/MG. Ato contínuo, foi editado o Decreto nº 48.121, de 13 de janeiro de 2021, o qual fomentava e incentivava o fretamento colaborativo, tendo sido chamado de “Decreto da Buser” ou “Decreto da Liberdade dos Transportes”.

As denominações acima têm fruto no fato de o decreto ter derrubado exigências até então em vigor como a apresentação com 12 horas de antecedência à viagem da lista de passageiros e do “circuito fechado”, além de ter retirado a obrigatoriedade de ônibus de fretamento em Minas Gerais terem menos de 15 anos.

Ocorre que contra esse decreto foi oferecida a Representação nº 1098456, junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, de autoria do deputado Alencar da Silveira Júnior, com as seguintes causas de pedir e pedidos:

(...) o Decreto n. 48.121/2021 teria: a) exorbitado o poder regulamentar reservado ao Poder Executivo; b) violado à Lei Estadual n. 19.445/2021; c) desrespeitado o art. 10, IX, da Constituição do Estado de Minas Gerais; d) fundamentado-se em interesses privados; e) carecido de Análise de Impacto Regulatório.

Em face disso, o representante requereu, cautelarmente, a sustação provisória e imediata dos efeitos do Decreto n. 48.121/2021 e, ao final, “(i) a sustação definitiva do Decreto nº 48.121/21; (ii) que eventual alteração das regras do transporte fretado sejam precedidas de Análise de Impacto Regulatório sobre os contratos do serviço público<sup>94</sup>

Os argumentos trazidos na Representação foram objeto de votação no tribunal pleno, no dia 07 de julho de 2021, com 6 (seis) votos a 0 (zero) dos conselheiros presentes, em favor da suspensão do Decreto Buser, com base no relatório apresentado pelo conselheiro Gilberto Diniz, o qual pontuou:

(...) contraria a Constituição Mineira (art. 10, IX) e a Lei nº 19.445/11; coloca alterações com notória aproximação com interesses privados de plataforma digital; não observou o devido processo regulatório; e impacta, conforme reconhecido em Nota Técnica da Seinfra, os contratos de concessão do serviço público de transporte coletivo intermunicipal e metropolitano de passageiros de Minas Gerais.<sup>95</sup>

No entanto, o Poder Judiciário mineiro derrubou os efeitos da decisão do TCE-MG, em liminar concedida nos autos do processo de Mandado de Segurança nº 1.0000.21.124687-1/000, pelo que as normas do Decreto nº 48.121 continuaram em vigor e mantiveram em funcionamento os serviços de transportes rodoviário coletivo intermunicipal via aplicativos digitais:

(...) Não vislumbro ofensa do Decreto n. 48.121/2021 ao art. 10, IX da CEMG, que prevê a possibilidade de exploração, mediante concessão, dos serviços de transporte rodoviário estadual de passageiros. Isto porque a CEMG não veda a coexistência do serviço de transporte privado, desde que obedeça à regulamentação prevista na Lei Estadual 19.445/2021.

<sup>94</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (primeira câmara). **Representação nº 1098456**. Representante: Alencar Magalhaes da Silveira Júnior. Responsáveis: Romeu Zema Neto e Fernando Scharlack Marcato. Relator: Conselheiro Gilberto Diniz. Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2021. Disponível: [https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa\\_processo.asp](https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp). Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>95</sup> RAGAZZI, Lucas. **Tribunal de Contas de MG suspende efeitos do "Decreto da Buser", que facilitava a operação de fretados e aplicativos**. 98Live, 08 de Jul. de 2021. Disponível em: <https://98live.com.br/noticias/politica/tribunal-de-contas-de-mg-suspende-efeitos-do-decreto-da-buser-que-facilitava-a-operacao-de-fretados-e-aplicativos>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Também não considero que o Decreto 48.121/2021 extrapolou os dispositivos da Lei Estadual 19.445/2021, que nada dispõe sobre a vinculação de finalidade para o transporte por fretamento, tratando apenas dos procedimentos para autorização, exigências e vedações ao transporte fretado (doc. de ordem n. 06).

Cumpra assinalar o parecer do Ministério Público, doc de ordem 14, que assim conclui:

“Pelo exposto, o Ministério Público de Contas conclui que deve ser denegada a medida cautelar pleiteada na peça inicial e que devem ser citados o Governador do Estado de Minas Gerais, sr. Romeu Zema Neto, signatário do Decreto n. 48.121/2020, e o Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, sr. Fernando Scharlack Marcato.  
É o parecer”

Por fim, cabe destacar que, após a promulgação da Constituição da República em 1988, não prevalece o entendimento contido na Súmula 347 do STF (editada em 13/12/1963), já que o Tribunal de Contas Estadual não possui função jurisdicional, senão vejamos:

“MS 35824

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 13/04/2021

Publicação: 17/06/2021

#### Ementa

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DETERMINAÇÃO DA CESSAÇÃO DO PAGAMENTO DO “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA”, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A declaração incidental de inconstitucionalidade somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo. Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. 2. Decisão do TCU que, no exercício de sua função constitucional de apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadoria de servidores públicos (art. 71, III, CF), determinou a cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, criado pelos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17, ambos da Lei 13.464/2017, aos servidores substituídos pelo impetrante. 3. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os julgados que ensejaram a presente impetração, abstendo-se de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017.

#### Decisão

O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os julgados que ensejaram a presente impetração, abstendo-se de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pelo impetrante, o Dr. Juliano Ricardo de

Vasconcellos Costa Couto; e, pelo impetrado, o Dr. Ricardo Oliveira Lira, Advogado da União. Plenário

Partes

NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL ADV.(A/S) : JULIANO RICARDO DE VASCONCELLOS COSTA COUTO E OUTRO(A/S) IMPDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ADV.(A/S) : AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA ADV.(A/S) : AGU - FERNANDA PEREIRA COSTA SILVA”

Assim, **CONCEDO A LIMINAR PLEITEADA**, suspendendo os efeitos da decisão proferida pelo TCE no bojo da Representação nº 1098456, que suspendeu os efeitos do Decreto nº 48.121/2021 e proibiu o Governo de Minas Gerais de emitir novas autorizações de viagens fretadas, sem prejuízo de posterior análise quando do julgamento do presente Mandado de Segurança.<sup>96</sup>

Contudo, o Governador do estado revogou expressamente o Decreto Estadual nº 48.121/2021, tendo-o substituído pelo Decreto nº 48.241/2021. Assim, com a revogação do decreto objeto do *mandamus*, desapareceu o objeto daquela ação.

O Decreto nº 48.241/2021 retomou a obrigatoriedade das viagens sob regime de fretamento serem realizadas em circuito fechado, além da necessidade de autorização para a viagem ser requerida com seis horas de antecedência.

A fim de sedimentar o disposto no decreto supra, foi dada continuidade à tramitação, na Assembleia Legislativa mineira, do Projeto de Lei nº 1.155/2015, de autoria do Deputado Alencar da Silveira Júnior, cujos principais pontos eram: obrigatoriedade do chamado "circuito-fechado", apresentação de uma lista nominal de passageiros com seis horas de antecedência, exigência de que os clientes façam a viagem de ida e volta, proibição da intermediação por terceiros do comércio de lugares fracionado ou individualizado por passageiro, e a restrição de embarque ou desembarque de passageiros ao longo do itinerário e em terminais rodoviários utilizados pelo transporte coletivo público.

Aprovado na Assembleia Legislativa, o projeto sofreu o veto parcial do governador Romeu Zema Neto quanto aos artigos que traziam essas regras, sob os seguintes fundamentos:

---

<sup>96</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (órgão especial). **Mandado de Segurança Coletivo nº 1.0000.21.124687-1/000**. Impetrante: Câmara Brasileira de Economia Digital. Autoridade Coatora: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Carlos Roberto de Faria. Belo Horizonte, 14 de Julho de 2021. Disponível em: [https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000211246871000](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000211246871000). Acesso em: 17 fev. 2022.

Ouvidas a Secretaria de Estado de Governo - Segov, a Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade - Seinfra e as demais secretarias e órgãos afetos à matéria objeto desta mensagem, sintetizo, a seguir, os motivos do veto.

#### O art. 3º da Proposição

“Art. 3º A autorização a que se refere o art. 1º somente será concedida para o transporte de grupo de pessoas em circuito fechado, sendo obrigatório o envio, ao DER-MG, da relação nominal dos passageiros a serem transportados, a qual deverá ser a mesma em todos os trechos da viagem. Parágrafo único. Entende-se como circuito fechado a viagem de um grupo previamente definido de pessoas com motivação comum que parte em um veículo do local de origem ao de destino e que, após percorrer todo o itinerário, retorna à origem no mesmo veículo que efetuou o transporte na viagem de ida.”

#### Motivos do Veto

Observo, de início, que a proposição não versa sobre a prestação de serviço público de transporte intermunicipal de passageiros a que se refere o inciso IX do art. 10 da Constituição do Estado. O serviço de transporte fretado de passageiros previsto na proposição é afeto ao exercício da autonomia privada garantida constitucionalmente aos cidadãos e cidadãs e às pessoas jurídicas de direito privado. Logo, o serviço de transporte fretado de passageiros insere-se no âmbito das relações contratuais dos interessados, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil que assegura direitos fundamentais individuais - como a liberdade de contratação, a livre iniciativa, o livre exercício profissional - e a proteção ao consumidor. Sobre o reconhecimento da natureza privada do transporte fretado de passageiros, há que se registrar a síntese da argumentação desenvolvida pelo Ministro Sérgio Kukina, quando do julgamento do Resp nº 1.507.024:

“(…) Ademais, com relação à alegada ofensa aos arts. arts. 136 e 138 do Código Brasileiro de Trânsito, os quais tratam da condução coletiva de escolares, convém esclarecer que referidos dispositivos legais não contêm comando capaz de infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido. Isso porque a hipótese vertente trata do serviço de transporte na modalidade de fretamento, em que uma pessoa jurídica de direito privado é contratada por outra pessoa jurídica de direito privado para realizar o traslado de seus empregados. Nesse contexto, o órgão colegiado local, adotando como premissa a tese de que o fretamento é um serviço de natureza eminentemente privada, não se confundindo com o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, concluiu que a competência para regular referido modelo de transporte estaria atribuída ao Departamento de Transportes e Terminais - DETER.” (STJ, Resp nº 1.507.024/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 19.09.2018).

Considerando a sua essência privada – logo, contratual - a autorização de realização do transporte fretado de passageiros apenas para grupo de pessoas em circuito fechado – tal como previsto no art. 3º da proposição – é estranha à própria natureza desse tipo de serviço. A contrário senso, o dispositivo veda a prestação do serviço de transporte fretado por outras modalidades de acesso e de itinerário sem qualquer motivação jurídico-constitucional. Portanto, a medida restritiva contraria o dever de observância, pelo legislador, do princípio constitucional da proporcionalidade no processo de positividade de norma de relativização – restrição, suspensão ou supressão – de prerrogativas decorrentes da autonomia privada. Eventuais ajustes na realização do serviço de modo a se proteger o consumidor é questão afeta à reserva da Administração Pública, mediante o exercício do poder de polícia administrativa e nos termos estabelecidos em marcos legais adequados, como

o Código de Defesa do Consumidor , o Código Civil , o Código Nacional de Trânsito e as normas específicas e técnicas em matéria de transporte particular.

Além de desproporcional, a exigência do circuito fechado como requisito para a autorização de realização do transporte fretado não contribui, de per si, para salvaguardar a qualidade do serviço prestado aos consumidores, como a hipótese de exigência de motivação comum entre os passageiros e a coincidência de seus respectivos itinerários de origem e destino, conforme fixado no parágrafo único do art. 3º da proposição, e de difícil aferição e avaliação em concreto. Reitero que esse é o campo da autonomia privada que não cabe ao Estado restringir sem a devida correspondência jurídico-constitucional. Aliás, nessa seara da vida privada, o Estado deve se limitar a disciplinar matérias estritamente necessárias à observância de requisitos técnicos, de segurança, de higiene e de conforto dos passageiros, como se tem verificado na legislação de vários outros Estados da Federação que não preveem o circuito fechado como requisito para a autorização de realização do transporte fretado de passageiros.

Os arts. 4º e 5º da Proposição

“Art. 4º A requisição da autorização a que se refere o art. 1º e o envio ao DER-MG da relação nominal dos passageiros a serem transportados deverão ocorrer até seis horas antes do início do primeiro trecho da viagem.

Art. 5º A relação nominal dos passageiros a serem transportados poderá ser parcialmente alterada, no limite de dois passageiros ou de 20% (vinte por cento) da capacidade do veículo, o que for maior, e comunicada ao DER-MG até o momento de início do primeiro trecho da viagem.”

Motivos do Veto

Os arts. 4º e 5º da proposição são conexos e não dizem respeito a critérios técnicos, de segurança, de higiene e de conforto dos passageiros, conforme argumentos apresentados em relação ao veto anterior.

Por meio de mecanismos informatizados e digitais de comunicação de dados, a exigência da requisição da autorização e do envio ao DER-MG da relação nominal dos passageiros a serem transportados em até seis horas antes do início do primeiro trecho da viagem (art. 4º da proposição) mostra-se uma medida desproporcional e desarrazoada. Somado a esse fato, não há razoabilidade fático-jurídica para a limitação do quantitativo de alteração da lista de passageiros (art. 5º da proposição).

Sabe-se que o setor de transporte fretado de passageiros é dinâmico, sendo ainda muito utilizado na contratação por grupos de viagens, em que são usuais as alterações na composição de passageiros até o momento de início da viagem. Assim, os arts. 4º e 5º da proposição burocratizam desnecessariamente a prestação do serviço, uma vez que o DER-MG já consegue controlar virtualmente - ou seja, de forma imediata e instantânea - a existência ou não de lista prévia e nominal de passageiros, restando, portanto, inalterada a natureza fático-jurídica da atividade de transporte de passageiros por fretamento.

O inciso I do caput e o inciso III do parágrafo único do art. 6º da Proposição

“Art. 6º (...)

I - intermediada por terceiros que promovam a comercialização de lugares fracionada ou individualizada por passageiro;

(...)

Parágrafo único. (...)

III - o embarque ou desembarque de passageiros ao longo do itinerário e em terminais rodoviários utilizados pelo transporte coletivo público.”

#### Motivos do Veto

O inciso I do caput do art. 6º da proposição inviabiliza a negociação entre fornecedor e contratante do serviço em situações como a de uma pessoa jurídica contratar essa modalidade de transporte junto a um particular com a finalidade de transportar seus funcionários ou a quem a empresa contratante interessar e para lugar distinto daquele da residência ou do trabalho. A exemplo, visitas técnicas dos funcionários ou de terceiros ou até mesmo o transporte de dependentes de funcionários ficariam proibidos, o que não encontraria amparo constitucional de tal magnitude para a ingerência na autonomia privada. Ademais, o inciso I do caput do art. 6º da proposição contradiz, em essência, a norma disposta no art. 10 da mesma proposição, já que faz distinção entre o trabalho urbano e o rural para fins de autorização de transporte por fretamento de trabalhadores.

Por fim, o inciso III do parágrafo único do art. 6º carece de razoabilidade jurídico-constitucional, pois impede que um passageiro já constante da lista previamente comunicada ao órgão estadual embarque ou desembarque ao longo do itinerário, inclusive em terminal rodoviário utilizado pelo transporte coletivo. Pessoas podem embarcar e desembarcar nos lugares desejados até mesmo para facilitar suas respectivas locomoções, inclusive em lugares públicos. Não há como o Estado exercer poder de polícia administrativa sobre essa conduta sob pena de violar direitos fundamentais. Nesse sentido, o inciso III do parágrafo único do art. 6º da proposição obsta a livre locomoção das pessoas fora dos parâmetros constitucionalmente permitidos ao legislador.<sup>97</sup>

Contudo, o veto do chefe do Executivo mineiro foi derrubado pelos deputados da Assembleia Legislativa, o que culminou na aprovação do texto original do Projeto de Lei nº 1.155/2021, vindo este a transformar-se na Lei nº 23.941/2021, com entrada em vigor em 25 de setembro de 2021.

Interessante colacionar, aqui, a opinião do autor do projeto de lei, o deputado Alencar da Silveira:

Eu acho que a Assembleia fez o que tinha que ser feito. Nós votamos um transporte regularizado e acabamos com a clandestinidade que tinha antigamente. (...). Nós votamos o fretamento e o pessoal do fretamento está satisfeito. Quem faz o fretamento mesmo, em todas as cidades de Minas Gerais, fretamento de time de futebol, de igreja, do pessoal que vai para a praia, esse pessoal está satisfeito. Quem não está satisfeito é quem mexe com aplicativo e faz uma concorrência desleal com as empresas que aí estão<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> MINAS GERAIS. **Lei 23.941 de 24 de setembro de 2021**. Estabelece normas para a prestação de serviço de fretamento de veículo de transporte coletivo para viagem intermunicipal e metropolitana e dá outras providências. Minas Gerais: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=420780>. Acesso em: 18 fev. 2022.

<sup>98</sup> MOTA, Thaís. **Deputados derrubam veto de Zema e endurecem regras para fretados em MG**. O Tempo, Belo Horizonte, 10 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/deputados-derrubam-veto-de-zema-e-endurecem-regras-para-fretados-em-mg-1.2567915>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Ao revés, em manifesto contrário ao projeto e favorável à manutenção do veto do governador, o deputado Guilherme da Cunha manifestou-se, sob a premissa de que o resultado da votação não fora condizente com a vontade da população mineira.

Trabalhamos muito pela manutenção do veto porque tínhamos certeza de que era o melhor para a população de Minas Gerais e que era o desejo da população, haja vista a pesquisa que mostra que 84% dos mineiros manifestaram que desejavam a manutenção do veto. (...) E lamento profundamente o resultado porque ele significa, acima de tudo, que a população vai ter que pagar mais caro para viajar e vai sair dinheiro do povo - que já está apertado por conta da inflação - para ser canalizado para grandes empresários de ônibus com monopólio artificial e passagens muito mais caras, muitas vezes até o dobro dos preços dos aplicativos.<sup>99</sup>

Em nota enviada a periódico eletrônico, o Movimento Fretadores pela Liberdade teceu a seguinte crítica à derrubada do veto:

A derrubada do veto beneficia apenas os grandes empresários de ônibus de Minas. E prejudica milhões de pessoas que dependem de ônibus rodoviários para viajar. A nova lei, que desrespeita a Constituição, pode exterminar 50 mil empregos do setor de fretamento no estado. E retirar R\$ 6,2 bilhões por ano do turismo mineiro, justamente num período de retomada pós-pandemia. Vamos à Justiça contra esse absurdo.<sup>100</sup>

Também por meio de nota, a Buser manifestou-se e afirmou que vai continuar atuando, com respaldo em decisões judiciais:

A Buser lamenta que a Assembleia Legislativa tenha derrubado, por uma diferença de dois votos, o veto do governador Romeu Zema, que apontava para a modernidade e a liberdade de escolha. O povo de Minas não merece o retrocesso e o atraso. Está evidente que a votação na Assembleia não reflète a vontade dos mineiros, pois pesquisa realizada em todo o Estado mostra que mais de 80% da população é a favor dos aplicativos de ônibus rodoviários. Apoiada em decisões da Justiça, a Buser vai continuar operando em Minas, levando conforto, segurança e preços honestos aos mineiros. A nova lei é inconstitucional, violando o direito de escolha dos mineiros. A Buser irá ao Judiciário questionar o texto da nova regra. Parte da Assembleia Legislativa serve, neste momento, aos interesses das velhas viações, que cobram caro por um serviço precário. A Buser reconhece aqueles deputados estaduais que não se dobraram perante as intensas pressões do oligopólio do ônibus. E reafirma que vai continuar operando e investindo em Minas Gerais.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> SILVA, Cristiane. **ALMG derruba veto de Zema sobre transporte fretado**. Estado de Minas. Belo Horizonte, 10 de Nov. de 2021. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/11/10/interna\\_politica,1321630/almg-derruba-veto-de-zema-sobre-transporte-fretado.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/11/10/interna_politica,1321630/almg-derruba-veto-de-zema-sobre-transporte-fretado.shtml). Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>101</sup> Ibid.

No STF estava pendente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 574, de 2019, ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (ABRATI), com o objetivo de questionar a constitucionalidade do serviço de transporte coletivo de passageiros intermediado por plataformas digitais e aplicativos de fretamento colaborativo, bem como a declaração de inconstitucionalidade da omissão das agências reguladoras de transporte terrestre na fiscalização e proibição do exercício dessa atividade por prestadores sem delegação do Estado.

No entanto, em 17 de dezembro de 2019, o Ministro relator, em decisão monocrática, negou seguimento à ADPF, em razão da ausência do requisito da subsidiariedade, tendo a ABRATI interposto recurso contra tal decisão monocrática, porém desistido do mesmo, esclarecendo que a controvérsia judicial existente ao tempo do ajuizamento da ação tem sido solucionada pela consolidação da orientação nos tribunais federais e estaduais.<sup>102</sup>

Recentemente, a Lei nº 23.941/2021 de Minas Gerais foi colocada *sub judice*, por conta do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual com Pedido de Medida Cautelar nº 1.0000.21.264.940-4/000, distribuída em 03 de dezembro de 2021, tendo como causa de pedir a inconstitucionalidade dos artigos 3º, *caput*, e parágrafo único, 4º, 5º e 6º, inciso I, e parágrafo único, inciso III, da referida Lei Estadual nº 23.941/2021, bem como da Resolução Estadual nº 5.575/2021, que suspendeu a vigência do Decreto Estadual nº 48.121/2021.

A autora, a Federação de Serviços de Minas Gerais, aduz que a nova lei impediria a entrada efetiva no mercado do novo modelo de prestação de serviços de intermediação por meio de fretamento compartilhado, em violação à livre iniciativa.

Atualmente a referida ADI aguarda o julgamento da liminar requerida, porém já conta com parecer favorável do Ministério Público de Minas Gerais à declaração de suspensão de eficácia da lei.

Consigna-se a fundamentação exarada pelo Procuradoria de Justiça mineira, que vai ao encontro da posição declarada do governador Zema quando da exposição de motivos dos seus vetos:

---

<sup>102</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF nº 574**. Requerente: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestres de Passageiros. Intimado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Edson Fachin.. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5662276>. Acesso em: 17 dez. 2021.

(...) verifica-se que a Lei Estadual nº 23.914/2021 determina que o serviço de fretamento coletivo de passageiros deve funcionar a partir da lógica do “circuito fechado” (artigo 3º). Ou seja, o transporte contratado necessariamente deve compreender ida e volta para todos os passageiros. Sendo assim, a fim de controlar tal restrição, deve-se encaminhar, ao DER-MG, a relação nominal dos passageiros a serem transportados.

Nessa perspectiva, as limitações ditadas pela norma estadual violam o princípio da livre concorrência, bem como os ditames da razoabilidade e da proporcionalidade.

Vale dizer, a obrigatoriedade de que o serviço de transporte por fretamento seja exercido no formato do mencionado “circuito fechado” não garante a continuidade do serviço público, tampouco sua segurança ou eficiência. Ao contrário, as disposições da legislação hostilizada implicam injustificada e desarrazoada reserva de mercado.

Outrossim, a **vedação da intermediação da atividade por terceiros** impede o livre desenvolvimento da atividade econômica o avanço tecnológico do setor de maneira injustificada.

Ora, da análise da legislação atacada, percebe-se que o excesso de burocracia prejudica, de um lado, as pessoas jurídicas que apresentam novo modelo de negócio para o transporte coletivo de passageiros e, de outro, as pessoas físicas – consumidores – que terão, na prática, menor possibilidade de escolha, sendo certo que não são efetivamente beneficiados com as vedações. Regras para o exercício do transporte de passageiros podem e devem existir, todavia, com direcionamento à execução intrínseca da própria atividade, como, por exemplo, fixação de condições de segurança, das dimensões dos veículos automotores, entre outras.

Contudo, a edição do referido diploma estadual, além de ferir a liberdade econômica dos agentes, traz também prejuízo à liberdade dos consumidores.

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal, estabeleceu, no tema 1 da Repercussão Geral 967, que “a proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”.

Além da verossimilhança da fundamentação jurídica, encontra-se preenchido o requisito referente ao *periculum in mora*, uma vez que a execução de preceito possivelmente inconstitucional possui potencial para gerar prejuízos ao interesse público e aos particulares diante de uma situação de insegurança jurídica, razão suficiente para recomendar a suspensão liminar de sua eficácia.

Diante do exposto, o Procurador-Geral de Justiça, por sua Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, manifesta-se pelo **deferimento** da medida cautelar pleiteada.<sup>103</sup>

Nessa linha, a própria Buser emitiu comunicado, via assessoria de imprensa, no qual já adiciona o parecer da FIARC como fundamento para extinção do circuito fechado e abertura de mercado para o novo modelo de transporte de passageiros.

---

<sup>103</sup> MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Procuradoria Geral de Justiça). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.21.264.940-4/000**. Requerente: Federação de Serviços de Minas Gerais (FERSERV-MG). Requerido: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Relator: Saldanha da Fonseca. Procurador Coordenador: Nelson Rosenwald. Disponível em: [https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000212649404000](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000212649404000). Acesso em: 20 fev. 2022

Até o início de fevereiro de 2022, a Buser obteve 48 vitórias em diversas instâncias judiciais, além de 8 pareceres positivos por parte do Ministério Público, que não apenas sustentam a legalidade do seu modelo de negócios, como ressaltam a constitucionalidade de sua atuação e rebatem argumentos ultrapassados e protecionistas, como os defendidos pela Abrati e sindicatos, quanto ao chamado “circuito-fechado”. Trata-se de uma norma ultrapassada e que restringe o serviço de fretamento em grande parte do País – importante frisar que mais da metade dos estados brasileiros adotam o “circuito-aberto”. Além de anacrônica e protecionista, essa regra também é vista com anticoncorrencial. Tanto é verdade que, em 31 de janeiro de 2022, a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC), programa de avaliação regulatória e concorrencial do Ministério da Economia, ligado à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), recomendou a extinção da norma do “circuito-fechado”, constante de resolução da ANTT estabelecida em decreto federal de 1998, ou seja, muito antes da criação da internet e dos aplicativos. O Ministério do Turismo também é contra o “circuito-fechado”, e já pediu para que a norma deixe de existir, pois a regra só favorece o monopólio das velhas empresas de ônibus, que cobram um preço alto pelo serviço precário que oferecem à população. Todo o restante do sistema de transporte rodoviário de passageiros e do setor de turismo perde com o “circuito fechado”.<sup>104</sup>

Resta aguardar o julgamento da ADI estadual em curso, a fim de trazer segurança jurídica sobre a temática, seja a favor ou contra o uso de plataformas virtuais para o transporte coletivo de passageiros.

Embora todo o conjunto argumentativo traçado até o momento, neste trabalho, siga na direção da abertura de mercado, não só mineiro, como nacional, e no fortalecimento econômico e reequilíbrio do intervencionismo estatal, o que mais se preza e procura aqui é uma unicidade de posicionamento sobre o tema, em respeito ao princípio da proteção da confiança legítima.

#### 4.3.3 DO COTEJO ENTRE O CASO BUSER EM MINAS GERAIS E A ATUAÇÃO DA FRENTE INTENSIVA DE ANÁLISE REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL

Do que se pode observar do caso Buser em estado de Minas Gerais, é uma divergência extrema entre decretos promulgados, projetos de leis, leis e decisões judiciais. Afora isso, destaca-se a interferência de órgãos do Executivo, como o TCE mineiro, que sequer deveria ter suscitado eventual inconstitucionalidade do Decreto da Buser, o que demonstra o descompasso com o entendimento do próprio STF (superação da súmula 347).

---

<sup>104</sup> HIGÍDIO, José. ASSESSORIA DE IMPRENSA DA BUSER. Nota à Revista Consultor Jurídico. **Judicialização de atividade de fretamento de ônibus divide tribunais no país**. Consultor Jurídico, 19 de Fev. de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-buser-justica.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Percebe-se que o uso tradicional do sistema de freios e contrapesos não é mais suficiente ou eficiente, de maneira que o advento da Instrução Normativa nº 97/2020, trazendo a FIARC como programa direcionado para a verificação do abuso de poder regulatório em atos normativos, pode ser visto como a solução inovadora e necessária para o momento.

Se está havendo um avanço tecnológico e uma modernização no setor de transportes, porém as autoridades competentes falham em lidar com a reconstrução do cenário, e algumas se posicionam contra, em razão do apego aos antigos padrões e prestadores de serviços tradicionais, urge a intervenção da advocacia da concorrência, via SEAE.

Convém pôr em relevo que, acompanhando o parecer sobre a Buser emitido pela FIARC, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Decreto Legislativo nº 494/2020, cuja pretensão é suspender os efeitos dos incisos XI e XXX do art. 3º e do *caput* e dos §§ 1º e 5º do art. 36 do Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998, os quais instituem o regime de circuito fechado no transporte rodoviário por fretamento.

O autor do projeto, deputado Vinicius Poit (NOVO-SP) justifica a mudança na mesma linha da argumentação esposada pelo parecer da FIARC.

Trata-se da necessidade premente de revisão parcial do Decreto 2.521/1998 com vistas a suprimir as previsões do circuito fechado, que dificultam o desenvolvimento do setor e não oferecem quaisquer benefícios ou serve a propósitos de interesse público. O Decreto nº 2.521/1998 merece revisão ampla com vistas a retirar tais entraves de forma sistematizada, bem como de adequá-lo ao mandamento legal. No entanto, com vistas à abertura imediata do mercado e à garantia do direito aos usuários de viagens mais confortáveis e baratas, a presente proposta de alteração almeja solucionar de imediato um dos pontos centrais que limitam a competição no setor, gerando melhores serviços ao consumidor.<sup>105</sup>

Impende destacar que o parecer da FIARC, ainda que publicado posteriormente às razões do projeto, confere reforço à sua *mens legis*.

Oportuno sublinhar uma frase dita, no ano de 2018, pelo Desembargador Federal João Batista Moreira, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em recurso

---

<sup>105</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo nº 494 de 01 de dezembro de 2020**. Susta efeitos dos incisos XI e XXX do art. 3º e do *caput* e dos §§ 1º e 5º do art. 36 do Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1944865&filename=Tramitacao-PDL+494/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1944865&filename=Tramitacao-PDL+494/2020). Acesso em: 18 fev. 2022.

que envolvia justamente como partes a Buser e a ANTT, e que, em que pese o decurso de quatro anos, é muito esclarecedora e pertinente ao contexto vigente:

Talvez o Judiciário não seja a instância apropriada para balizamento e decisão sobre as consequências do avanço tecnológico na regulação do transporte de passageiros. No entanto, o “Brasil Novo”, com o qual a impetrante-agravada identifica sua “tecnologia”, ainda precisa conviver com o “Brasil Velho”, da forma segura o quanto possível.<sup>106</sup>

Essa afirmação reforça o papel da FIARC no enfrentamento de controvérsias sobre o conflito entre concorrência e regulação.

Diante desses acontecimentos todos, é manifesto ter chegado o momento de uma política pública criada e especializada na identificação, análise e apontamento do que pode ou não constituir uma ameaça aos princípios econômicos da livre concorrência e da livre iniciativa declinados na CRFB/1988.

---

<sup>106</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (1º Região). **Agravo de Instrumento nº 1009783-04.2018.4.01.0000**. Agravante: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Agravada: Buser Brasil Tecnologia Ltda. Relator: João Batista Moreira. Brasília, 7 de Junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trf-cassa-decisao-suspende-servicos.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

## 5 CONCLUSÃO

Na seara apresentada neste trabalho vê-se o abuso de poder regulatório como ilícito inserido no ordenamento jurídico pela LLE. Este tipo de abuso não constitui exatamente uma inovação, mas uma subespécie de abuso visto sob a ótica civilista, eis que o artigo 187 do Código Civil disciplina o abuso de direito.

A inclusão do abuso de poder regulatório na dinâmica da ordem econômica prova a ocorrência de falhas de Governo e incita o pensamento de não ser satisfatório o depósito excessivo de confiança da população no Governo, nem ser viável a crença costumeira de que as leis são soluções absolutas para qualquer entrave.

Ressalta-se que, embora houvesse outras formas de punição do agente público que exorbita do seu poder, como a ação popular, o abuso de poder regulatório, da forma como inserto na LLE e na Instrução Normativa nº 97/2020, liga-se diretamente à temática econômica, em especial, ao (des)equilíbrio regulatório e às infrações à ordem econômica que daí podem advir.

Prova disso é que as hipóteses exemplificadas nos incisos do artigo 4 da LLE refletem situações disciplinadas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Porém indo mais além, o Projeto de Lei nº 6.517/2019 que visa a inclusão do abuso de poder regulatório no artigo retro mostra-se como prova cabal de que tal deve ser visto como infração à ordem econômica por si só, e não como forma de equiparação das condutas entre as duas leis ora citadas.

Nessa vereda, viu-se que os anos de 2019 e 2020 foram de avanços legislativos cruciais no objetivo de aprimorar o setor regulatório brasileiro. Além da já citada LLE, foi também promulgada a nova Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020, bem como a Instrução Normativa nº 97/2020. As novidades legais de 2019 e 2020 são um progresso para o consequencialismo já positivado em 2018 pela Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB, de maneira que fatores como motivação, resultados e responsabilização pessoal tornaram-se legalmente determinantes nas tomadas de decisões do poder público.

Assevera-se, então, estar havendo um reconhecimento por parte dos Poderes Legislativo e Executivo e até mesmo Judiciário, este ao mencionar em decisões recentes a ausência de expertise para o julgamento de demandas que requeiram tecnicidade na sua análise, do carecimento de recursos hábeis a indicar imperfeições ou até mesmo omissões normativas que prejudiquem o mercado.

A AIR e a ARR podem ser consideradas instrumentos preconcebidos de natureza precaucional para se adquirir conhecimento técnico, normativo, financeiro e consequencial do ponto de vista social, acerca das normas a serem elaboradas pela Administração Pública Federal. Sem dúvidas, seria útil a extensão da sua prática a todos os demais entes federativos. Soma-se, ainda, a calculadora de onerosidade regulatória, criada especialmente para mensurar os custos de transação decorrentes de normatizações e atividades regulatórias.

Pugna-se, pois, que a intervenção do Estado na economia não deve ser nem máxima, nem mínima, mas adequada. O Estado tem responsabilidade ante a emissão de decisões ou opiniões técnicas desprovidas de motivação ou sem prévia avaliação das consequências, consoante artigo 28 da Lei nº 13.655/2018.

Os gráficos ilustrativos da regulação no cenário brasileiro refletem um inegável excesso regulatório ainda presente e proeminente na economia, a ocasionar um pesado ônus regulatório ao país, cuja remoção urge seja feita não só por meio de avaliações *ex ante* e *ex post*, como se dão na AIR e ARR, como pela advocacia da concorrência.

A advocacia da concorrência, no Brasil, ainda goza de sustentáculos frágeis, requerendo maior assistência e patrocínio às entidades às quais ela é atribuída, no caso aqui abordadas a SEAE e o CADE, os quais possuem restrições legais decorrente da literalidade dos dispositivos que disciplinam suas funções, competências e poderes e na interpretação dúbia conferida por aqueles que desejam ver mingar os poderes decisórios e opinativos da SEAE e do CADE.

Além de apoiar os esforços dos órgãos concorrenciais no combate às infrações à ordem econômica, a advocacia da concorrência funciona como uma ferramenta para lidar com as restrições públicas à concorrência. Neste contexto, a advocacia da concorrência promove um ambiente competitivo por meio de um diálogo entre as entidades responsáveis pela defesa da concorrência e os demais órgãos públicos, visando uma conscientização social dos benefícios a serem auferidos com a ampliação da concorrência.

Além da SEAE e do CADE, surgiu no meio do caminho a FIARC, como política pública contributiva de uma nova forma da advocacia da concorrência. Sua atuação almeja valorizar a concorrência, a educação dos cidadãos/consumidores, e ao mesmo tempo nortear os agentes públicos e privados do mercado e as autoridades políticas.

Restou demonstrado ao longo deste trabalho que os agentes econômicos operam de modo mais eficiente quando inseridos em um mercado competitivo. Através do exemplo dos transportes rodoviários intermunicipais constatou-se, neste trabalho, que as sociedades empresárias que operam por meio de aplicativos digitais são de grande relevância para o crescimento e a manutenção do setor de transportes, porém, que encontram no mercado econômico brasileiro entraves regulatórios e burocráticos, o que as tornam ineficientes.

E essa falta de desenvolvimento não se origina da ausência de demanda por tais serviços, mas da existência de uma regulamentação do setor de transportes ainda protecionista e obsoleta, que veda a injeção de recursos mais eficientes, ampliativos da competitividade. É incontestável que a regulação estatal não avança na mesma velocidade das inovações.

De toda forma, o que se pode afirmar é que a Buser, de forma visionária, apadrinha o surgimento de novas tecnologias que permitem a abertura de mercado e garantem aos usuários, viagens mais confortáveis e menos custosas, favorecendo a competição e atendendo melhor os serviços dos consumidores. Mais importante, ainda, é a garantia da liberdade de escolha do consumidor acerca de qual tipo de serviço de transporte ele pode usufruir.

O estudo de caso realizado sobre o estado de Minas Gerais mostrou toda a controvérsia envolvendo os três Poderes que não conseguiram, contudo, atingir solução minimamente satisfatória. Pelo contrário, a agilidade com que foram promulgados e revogados os decretos e a suspensão de efeitos decorrentes de decisões de tribunais apenas serviram para evidenciar o quão nocivo pode ser o excesso de atos normativos tentando regular uma mesma temática.

Confia-se que o entendimento exarado no parecer da FIARC, em que pese ser este apenas opinativo, possa orientar a tomada de decisão a ser proferida na ADI estadual que tramita em face da lei estadual em vigor.

De mais a mais, no âmbito deste trabalho não se considerou que a regulação e a competição são excludentes e tampouco que a desregulamentação, conforme suscitada como opção na prática estrangeira, seria, necessariamente, sinônimo de maior competitividade. O que se prega é que a competição seja viabilizada na entrada do mercado e a concorrência dotada de equilíbrio.

Em razão do interregno de pouco mais de um ano do surgimento da FIARC optou-se por não se fazer neste trabalho uma avaliação *ex post* do programa, inclusive

porque somente recentemente foram proferidos os três primeiros pareceres pela SEAE. Portanto, ainda se considera prematuro qualquer diagnóstico de como a comunidade jurídica reagirá aos resultados fornecidos pela SEAE.

De todo o modo, resulta destes três pareceres que a FIARC se mostrou alinhada a todos os ditames da LINDB acerca das razões e consequências de declaração sobre a abusividade ou não dos atos normativos levados à sua análise, sob o argumento de abuso de poder regulatório.

Há, ainda, uma simbiose entre a FIARC, a AIR e a advocacia da concorrência com o Programa de Convergência Regulatória do Ministério da Economia, de maneira que se a Administração Pública se mantiver em sintonia com o princípio da eficiência, arrisca-se dizer que o Brasil atenderá não só as expectativas internas como as da própria OCDE.



## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Resolução nº 4.777, de 06 de julho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. Disponível em:

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=316689>. Acesso em 07 fev. 2022.

ALMEIDA, Gustavo G.; RODRIGUES, Paulo de T.& Said, ROSA M. (2002). **Adaptação Estratégica no Setor de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros: Uma Análise de Grupos Estratégicos**. Disponível em:

<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2002-eso-1564.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito Jurídico de Regulação da Economia. **Revista de Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 122, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Competência Antitruste e Regulações Setoriais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 64, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a Constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 9, nº 3, julho, 2017.

BRASIL. Governo Federal. **Avaliação de políticas públicas**: guia prático de análise *ex ante*, volume 1 / Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília : Ipea, 2018. v. 1 (192 p.).

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração Sumário nº 08012005516/2001-11**. Conselheiro Relator: Cleveland Prates Teixeira. Data do Julgamento: 29/01/2004. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXg6Pj2eoYmtGdxJe6o8LrZUCmTCcgv0B6JHck7GwaiD](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXg6Pj2eoYmtGdxJe6o8LrZUCmTCcgv0B6JHck7GwaiD). Acesso em: 20 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração Ordinário 08012.000034/1999-90**. Ministra Relatora: Lúcia Helena Salgado e Silva. Data do Julgamento: 04/01/1999. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceAyd36WYqmI4RFpGNXs6JGBWBjhcG-sruQ3kKSw4LSz](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceAyd36WYqmI4RFpGNXs6JGBWBjhcG-sruQ3kKSw4LSz). Acesso em: 20 dez.2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Processo Administrativo nº 08012.006507/98-81. Relator: Roberto Augusto Castellano Pfeiffer. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 12 de Dezembro de 2002.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 fev. 2022

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998**. Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2521.htm). Acesso em: 07 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto 10.411, de 30 de junho de 2020**. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junho-de-2020264424798>. Acesso em: 03 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Governo Federal. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. --Brasília: Presidência da República, 2018. **Ciclo da Análise de Impacto Regulatório**. Disponível em: [https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo\\_final\\_27-09-2018.pdf/view](https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view). Acesso em: 08 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Diário Oficial da União**. 1º de dez. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em 13 fev. 2021

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. **Diário Oficial da União**. 20 de set. 2019 (edição extra-B). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 01 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Análises de Atos de Concentração**. Julho de 2016. Brasília, DF. Julho/2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Economia. Secretaria da Advocacia da Concorrência e Competitividade. **CalReg – Calculadora de Onerosidade Regulatória**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/noticias/calreg-calculadora-de-onerosidade-regulatoria>. Acesso em: 03 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério da economia. Secretaria especial de produtividade, emprego e competitividade. **Consulta Pública SEAE nº 01/2020**. Ministério da Economia. Governo Federal. Disponível em:  
<https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/2020/consulta-publica-seae-01-2020-frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc>. Acesso em: 01 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério da economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. **Guia de Advocacia da Concorrência, 2020**. Disponível em:  
[https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais/guiaadvocaciaconcorrencia\\_ascom.pdf/view](https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais/guiaadvocaciaconcorrencia_ascom.pdf/view). Acesso em: 24 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério da Economia. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. Guia para elaboração de análise de impacto regulatório. OCDE, 2017. **Ciclo de Políticas Regulatórias**. Disponível em:  
<https://www.gov.br/mma/pt-br/aceso-a-informacao/analise-de-impacto-regulatorio-2013-air-1/guia-para-elaboracao-de-air-2021.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério da economia. Secretaria especial de produtividade, emprego e competitividade. Secretaria de advocacia da concorrência e competitividade. Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020. Estabelece o programa Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 05 de out. 2020. Disponível em:  
<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seae-n-97-de-2-de-outubro-de-2020-281069878>. Acesso em 02 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Governo Federal. **Ministério da Economia publica norma que instrumentaliza a investigação de abusos regulatórios**. Disponível em:  
<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/outubro/ministerio-da-economia-publica-norma-que-instrumentaliza-a-investigacao-de-abusos-regulatorios>. Acesso em: 01 jun. 2021

\_\_\_\_\_. **Parecer FIARC-AFRMM**. Disponível em:  
[https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022\\_01\\_31\\_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutura-padrao-v10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022_01_31_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutura-padrao-v10.pdf). Acesso em: 03 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. **Pareceres da Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial-FIARC. Parecer FIARC- Circuito Fechado**. Disponível em:  
[https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta\\_parecer\\_circuito\\_fechado-estrutura-padrao\\_versao-finalv10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022-01-31-minuta_parecer_circuito_fechado-estrutura-padrao_versao-finalv10.pdf). Acesso em: 04 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. **Parecer USUPPORT vs. Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019**  
Disponível em:  
[https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022\\_01\\_31\\_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutura-padrao-v10.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022_01_31_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutura-padrao-v10.pdf). Acesso em: 03 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério da economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. Subsecretaria da Advocacia da Concorrência. **II Reunião da Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial**. Disponível em: [file:/https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Qi48J5q26dEJ:https://www.gov.br/participamaisbrasil/blob/baixar/3775+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Qi48J5q26dEJ:https://www.gov.br/participamaisbrasil/blob/baixar/3775+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br) Acesso em: 04 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.517, de 17 de dezembro de 2019**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para evitar o abuso do poder regulatório e ampliar a promoção da concorrência em órgãos de governo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01447kuwjgm9adn1dy7bsu261932797413.node0?codteor=1848333&filename=Tramitacao-P L+6517/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01447kuwjgm9adn1dy7bsu261932797413.node0?codteor=1848333&filename=Tramitacao-P L+6517/2019). Acesso em: 03 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Decreto Legislativo nº 494, de 01 de dezembro de 2020**. Susta efeitos dos incisos XI e XXX do art. 3º e do *caput* e dos §§ 1º e 5º do art. 36 do Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1944865&filename=Tramitacao-PDL+494/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1944865&filename=Tramitacao-PDL+494/2020). Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério da economia. Secretaria de advocacia da concorrência e competitividade. Tomada de Subsídios nº 03/2021. Brasília, **Diário Oficial da União**. Data da Publicação 16 de abril de 2021. Disponível em: [:https://www.gov.br/participamaisbrasil/tomada-de-subsidiosseae-sepec-me-n-2021-tran sporterodoviario-interestadual-depassageiros-sob-fretamento](https://www.gov.br/participamaisbrasil/tomada-de-subsidiosseae-sepec-me-n-2021-tran sporterodoviario-interestadual-depassageiros-sob-fretamento). Acesso em: 07 fev. 2022.

BUCHANAN, James. **The Limits of Liberty**: Between Anarchy and Leviathan. USA: University of Chicago Press, 1975.

COSTA, Carlos José de Castro. **Monopólio natural**: a legitimação do monopólio para minimizar os custos de produção. [20--?]. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carlos\\_jose\\_de\\_ca stro\\_costa.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_jose_de_ca stro_costa.pdf)

COUTINHO, Diogo R.; CARVALHO, Felipe Moreira de; MIOLA, Iagê Zendron. **Disque Denúncia Regulatório**. Artigo publicado no sitio eletrônico JOTA Info em: 30/03/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/disque-denuncia-regulatorio-30032021>. Acesso em: 08 fev. 2022.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2021. **Número de Normas Regulatórias no período de 1950-2018**. Disponível em: <https://www.enap.gov.br/pt/acontece/noticias/raio-x-da-regulacao-economica-e-publicad o-pela-primeira-vez-no-brasil>. Acesso em: 07 fev. 2022.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRASER INSTITUTE, 2021. **Ranking e Pontuação do Brasil na Escala Regulatória**. Disponível em: <https://www.fraserinstitute.org/economicfreedom/map?geozone=world&year=2018&page=map&countries=BRA>. Acesso em: 07 fev. 2022.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora LCT, 2014.

GRINBERG, Mauro. **O abuso regulatório e a concorrência**. Artigo publicado no sítio eletrônico JOTA info em: 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-abuso-regulatorio-e-a-concorrencia-11032020>. Acesso em: 08 fev. 2022.

HERITAGE FOUNDATION, 2021. **Índices Econômicos do Brasil**. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/country/brazil>. Acesso em: 07 fev. 2022.

HIGÍDIO, José. ASSESSORIA DE IMPRENSA DA BUSER. Nota à Revista Consultor Jurídico. **Judicialização de atividade de fretamento de ônibus divide tribunais no país**. Consultor Jurídico, 19 de Fev. de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-buser-justica.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Cidades e Estados**. 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg.html>. Acesso em: 24 fev. 2022.

IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional: Comitê de Regulação. **Advocacia da concorrência: propostas com base nas experiências brasileira e internacional**. São Paulo: Singular, 2016.

ICN – International Competition Network. **Advocacy Working Group**. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/advocacy/>. Acesso em: 18 fev. 2022.

LEÃO, Sofia. **Buser em Minas Gerais**: entenda a batalha que levou o aplicativo a liberar viagens gratuitas. BHAZ. Belo Horizonte, 31 de Agosto de 2021. Disponível em: <https://bhaz.com.br/noticias/minas-gerais/buser-em-minas-gerais-entenda-batalha-levou-aplicativo-a-liberar-viagens-gratuitas/#gref>. Acesso em: 20 fev. 2022.

**LISTA DE MUNICÍPIOS DE MINAS GERAIS POR POPULAÇÃO**. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2022. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Lista\\_de\\_munic%C3%ADpios\\_de\\_Minas\\_Gerais\\_por\\_popula%C3%A7%C3%A3o&oldid=63003712](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Lista_de_munic%C3%ADpios_de_Minas_Gerais_por_popula%C3%A7%C3%A3o&oldid=63003712)>. Acesso em: 24 fev. 2022.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; OLIVEIRA NETO, Dario da Silva. Abuso de Poder Regulatório: uma evolução da advocacia da concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, Vol. 9, Ed. 2. Dezembro de 2021.

MARTINS, Darcio Genicolo; VALENTE, Patrícia Pessoa. Calculando os Impactos das Decisões das Agências Reguladoras. **EXAME**. 11 de junho de 2021. Disponível em: <https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/blog/impacto-social/calculando-os-impactos-das-decisoes-das-agencias-reguladoras/amp/>. Acesso em: 04 Oliveira 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Procuradoria Geral de Justiça). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.21.264.940-4/000**. Requerente: Federação de Serviços de Minas Gerais (FERSERV-MG). Requerido: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Relator: Saldanha da Fonseca. Procurador Coordenador: Nelson Rosenwald. Disponível em: [https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000212649404000](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000212649404000). Acesso em: 20 fev. 2022

\_\_\_\_\_. **Lei 23.941 de 24 de setembro de 2021**. Estabelece normas para a prestação de serviço de fretamento de veículo de transporte coletivo para viagem intermunicipal e metropolitana e dá outras providências. Minas Gerais: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=420780>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (primeira câmara). **Representação nº 1098456**. Representante: Alencar Magalhaes da Silveira Junior. Responsáveis: Romeu Zema Neto e Fernando Scharlack Marcato. Relator: Conselheiro Gilberto Diniz. Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2021. Disponível: [https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa\\_processo.asp](https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp). Acesso em: 20 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (órgão especial). **Mandado de Segurança Coletivo nº 1.0000.21.124687-1/000**. Impetrante: Câmara Brasileira de Economia Digital. Autoridade Coatora: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Carlos Roberto de Faria. Belo Horizonte, 14 de julho de 2021. Disponível em: [https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000211246871000](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000211246871000). Acesso em: 17 fev. 2022.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Sepec/ME e Serex/CC lançam programa de adequação regulatória**. Associação dos Servidores do Inmetro-SI, 2021. Data da publicação: 27/02/2021. Disponível em: <https://asmetro.org.br/portalsn/2021/02/27/sepec-me-e-serex-cc-lancam-programa-de-adequacao-regulatoria/>. Acesso em: 24 fev. 2022.

MP STREAMING. **Divulgação de Pareceres do FIARC**. Youtube, 31 de Janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=como+citar+video+youtube+abnt&oq=como+citar+video&aqs=chrome.0.0i512j69i57j0i51218.6013j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 04 fev. 2022.

MOTA, Thaís. Deputados derrubam veto de Zema e endurecem regras para fretados em MG. **O Tempo**, Belo Horizonte, 10 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/deputados-derrubam-veto-de-zema-e-endurecem-regras-para-fretados-em-mg-1.2567915>. Acesso em: 20 fev. 2022.

**Nota técnica brasileira.** Disponível em: [https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil\\_country\\_note\\_-\\_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ](https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil_country_note_-_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ). Acesso em: 07 nov. 2020.

**O PORQUÊ DA CPI. CPI DOS ONIBUS**, 2017. Disponível em: <https://cpidosonibus.com.br/o-porque-da-cpi/>. Acesso em: 23 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO -OCDE (2017). **Guia para Avaliação de Concorrência: Volume 2- Diretrizes**, p.2. Checklist da Concorrência. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-OCDE (2018). **Product Market Regulation (PMR/OCDE)-2018**. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2020/05/28/a-crise-economica-do-covid-19-no-brasil-como-estamos-reagindo/>. Acesso em 07 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-OCDE (2017). **Guia para Avaliação de Concorrência: Volume 2 – Diretrizes**, p. 20. Disponível em: [www.oecd.org/competition/toolkit](http://www.oecd.org/competition/toolkit). Acesso em: 07 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Accession to the OECD: an Overview (Nicola Bonucci, Director for Legal Affairs). Brasília, April 2017; OECD. **“OCDE-Brazil: uma cooperação crescente e mutuamente benéfica”** (Gabriela Ramos, OECD Chief of Staff and Sherpa to the G20). Brasília, April 13, 2016 ; CARRANÇA, Thais. “Valor Econômico, October 11, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-OCDE (2012). **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em 03 fev. 2022.

RAGAZZI, Lucas. **Tribunal de Contas de MG suspende efeitos do “Decreto da Buser”, que facilitava a operação de fretados e aplicativos**. 98Live, 08 de Jul. de 2021. Disponível em: <https://98live.com.br/noticias/politica/tribunal-de-contas-de-mg-suspende-efeitos-do-decreto-da-buser-que-facilitava-a-operacao-de-fretados-e-aplicativos>. Acesso em: 20 fev. 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCHOENHERR, M. H. (2021). The economical intervention as the genesis of the imbalance of Brazilian markets: and the new paradigm proposed by the recent legislative changes. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, 9. Disponível em: <https://doi.org/10.30800/mises.2021.v9.1313>. Acesso em: 03 fev. 2022

SILVA, Cristiane. **ALMG derruba veto de Zema sobre transporte fretado**. Estado de Minas. Belo Horizonte, 10 de Nov. de 2021. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/11/10/interna\\_politica,1321630/almg-derruba-veto-de-zema-sobre-transporte-fretado.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/11/10/interna_politica,1321630/almg-derruba-veto-de-zema-sobre-transporte-fretado.shtml). Acesso em: 20 fev. 2022.

STIVAL, Fernando. **Regulação Estatal, FIARC e o Vietnã Regulatório**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/regulacao-estatal-fiarc-e-o-vietna-regulatorio-25082020>. Acesso em: 02 jun. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1. Turma). **Recurso Especial nº 1.390.875**. Recorrente : Liquegás Distribuidora S/A. e outros. Recorrido : Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e outros. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 09 de Junho de 2015. Data da Publicação: 19/06/2015. RSTJ vol. 242 p. 182, RT vol. 960, p. 581. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1.390.875&b=ACOR&p=fals&l=10&i=2&operador=E&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1.390.875&b=ACOR&p=fals&l=10&i=2&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO). Acesso em: 26 de Jan. de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955**. Recorrente: CASCOL COMBUSTÍVEIS PARA VEÍCULOS LTDA E OUTRO ( A / S ) e Recorrido: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 28/05/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur405281/false>. Acesso em: 17 dez. 2021.

\_\_\_\_\_ (decisão monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF nº 574**. Requerente: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestres de Passageiros. Intimado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Edson Fachin.. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5662276>. Acesso em: 17 dez. 2021.

\_\_\_\_\_ (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5991**. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carmen Lucia. Data de Julgamento: 07/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5522428>. Acesso em: 07 fev. 2022

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (1º REGIÃO). **Agravo de Instrumento nº 1009783-04.2018.4.01.0000**. Agravante: Agência Nacional de Transportes Terrestres- ANTT. Agravada: Buser Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Desembargador João Batista Moreira. Brasília, 7 de Junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trf-cassa-decisao-suspende-servicos.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022

\_\_\_\_\_. **Apelação/ Reexame Necessário na Ação Ordinária nº 2005.34.00.037482-6**. APELANTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. APELADA : LIBRA TERMINAIS S/A. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 15 de Janeiro 2007. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso: 16 dez. 2021

WOLF, GIOVANNA. Startups pressionam por inovação nas viagens de ônibus. Artigo publicado em 28 de agosto de 2019. **Portal Terra - Caderno Inovação**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/inovacao/startupspressionam-por-inovacao-nas-viagens-deonibus,4a0c1faa319e88cd58d3c8495ce5c15cq5agodbg.html>. Acesso em: 07 fev. 2022