

Direito Concorrencial e Contencioso

[Mauro Grinberg](#)

O abuso regulatório e a concorrência

Desnecessidade de considerar o abuso regulatório como infração independente

O Projeto de Lei (PL) 6.517, de dezembro de 2019, de autoria do ilustre deputado Jerônimo Goergen (PP-RS), tem por objetivo alterar a Lei 12.529/2011 – doravante denominada Lei de Defesa da Concorrência ou simplesmente LDC – para acrescentar o tipo infracional chamado abuso do poder regulatório. Este artigo tem por objetivo comentar o referido PL; neste comentário abstraímos a grande controvérsia que põe em polos distintos a concorrência e a regulação.

Com efeito, estabelece o art. 36 da LDC que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objetivo ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados”. Seguem nos incisos I a IV os efeitos – “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros” e “exercer de forma abusiva posição dominante”.

O PL em análise tem por objetivo acrescentar o inciso V: “exercer de forma abusiva competência para regular ou editar atos normativos infralegais”. Complementando, acrescenta 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”.

Numa primeira observação, devemos tratar da necessidade ou não desta alteração legislativa. Aqui o que se deve verificar é se o Cade, como autoridade concorrencial, já tem a competência que se lhe quer dar via PL. Com efeito, o art. 31 da LDC diz claramente: “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado (...)”. O que está posto nesta redação deixa evidente que uma agência reguladora, qualquer agência reguladora, como pessoa jurídica

de direito público, está sujeita à LDC e conseqüentemente sua aplicação pelo Cade.

Vemos também, no Capítulo III da Lei 13.848/2019, que trata da “interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência”, o § 1º do art. 26: “Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica”.

Uma análise rigorosa do dispositivo acima apontaria a falta de previsão da competência decisória que, todavia, podemos considerar implícita, já que consta da lei específica, nada havendo em contrário. Aliás, o art. 27, na sequência, estabelece: “Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis”. Fica patente assim que a decisão está a cargo do Cade e não das agências reguladoras, ainda que não haja menção específica na lei.

Mas o PL parte da redação do art. 4º da Lei 13.874/2019: “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 a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente (...)” e aí vão nove situações específicas, entre as quais “criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes” e “redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado”.

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 escalizadora 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. Sobra, 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.

Artigo publicado no site de informações Jota em 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-abuso-regulatorio-e-a-concorrencia-11032020>