

**REGULAÇÃO ECONÔMICA, FALHAS DE MERCADO E
DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

***ECONOMIC REGULATION, MARKET FAILURES AND
COMPETITION POLICY: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE
ECONOMIC ANALYSIS OF LAW***

Aderaldo Cavalcanti da Silva Júnior

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade
de Marília. Mestre em Direito e Desenvolvimento
Sustentável pelo Centro Universitário de João
Pessoa. Especialista em Direito Tributário,
Direito Público, Direito Constitucional e Direito
Concorrencial. Procurador do Município de João
Pessoa. Advogado. Autor de artigos jurídicos
Bacharel em Letras

Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti

Juiz Federal. Especialista em Direito
Previdenciário. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

INTRODUÇÃO

A intensificação da intervenção estatal na ordem econômica, especialmente a partir do processo de Reforma do Estado iniciado no Brasil na década de 1990, impôs uma profunda reconfiguração das formas tradicionais de atuação do poder público. A superação do modelo do Estado interventor e a consolidação do Estado Regulador deslocaram o eixo da intervenção direta para mecanismos normativos e institucionais voltados à organização, supervisão e correção do funcionamento dos mercados. Nesse contexto, a regulação econômica passou a desempenhar papel central na conformação de setores estratégicos, na mitigação de falhas de mercado e na promoção de condições mínimas de eficiência, estabilidade e proteção do interesse público.

A análise econômica do direito oferece instrumental teórico particularmente relevante para compreender as justificativas e os limites dessa atuação regulatória. Ao articular categorias econômicas, como eficiência, racionalidade dos agentes, custos de transação e falhas de mercado, com institutos jurídicos próprios do Direito Administrativo e do Direito Econômico, esse campo analítico permite avaliar de forma crítica tanto as insuficiências do mercado quanto os riscos inerentes à intervenção estatal. Externalidades, bens públicos, estruturas monopolísticas e assimetrias de informação revelam-se, nesse sentido, fundamentos clássicos da regulação, ao mesmo tempo em que evidenciam a necessidade de escolhas institucionais complexas, marcadas por soluções de *“second best”*.

Paralelamente, a expansão da atividade regulatória trouxe consigo o desafio da legitimidade, da racionalidade decisória e da transparência na produção normativa. A incorporação da Análise de Impacto Regulatório (AIR) ao processo decisório administrativo surge como resposta institucional a esse desafio, buscando qualificar a intervenção estatal por meio da avaliação prévia de alternativas, impactos e custos regulatórios. A AIR não elimina a discricionariedade administrativa, mas impõe deveres de fundamentação e racionalidade compatíveis com a densidade técnica e econômica das decisões regulatórias contemporâneas.

Por fim, a regulação econômica não pode ser compreendida de forma isolada em relação à política de defesa da concorrência. A convivência entre regulação econômica e antitruste estrutura-se como um arranjo necessariamente tensionado, no qual coexistem complementariedade funcional e sobreposição de competências. A compreensão desse relacionamento exige uma leitura sistemática da Constituição brasileira e das racionalidades institucionais que orientam tanto a atuação *ex ante* dos reguladores setoriais quanto a intervenção *ex post* das autoridades concorrenciais. É a partir desse conjunto articulado de problemas que o presente trabalho se propõe a examinar a regulação econômica, as falhas de mercado e a defesa da concorrência sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito.

1. REGULAÇÃO E INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que o Estado dispõe de diferentes formas de intervenção no domínio econômico, as quais se manifestam conforme a intensidade e a finalidade da atuação estatal. Segundo o autor, essa intervenção pode ocorrer, em primeiro lugar, como sujeito ativo da atividade econômica, hipótese em que o próprio Estado assume participação direta na exploração de atividades econômicas, seja por meio de empresas estatais, seja mediante entidades da administração indireta. Em segundo lugar, o Estado pode atuar na qualidade de agente regulador, disciplinando e condicionando o comportamento dos particulares por intermédio de normas gerais, atos administrativos e do exercício do poder de polícia, com o objetivo de ordenar o mercado e assegurar a realização de interesses públicos relevantes. Por fim, destaca-se a função fomentadora, pela qual o Estado, sem substituir a iniciativa privada, promove estímulos, incentivos e benefícios destinados a orientar ou impulsionar determinadas atividades econômicas consideradas social ou estrategicamente desejáveis.¹

Conforme assevera Leila Cuéllar, ao Estado é possível intervir no processo econômico, na qualidade de produtor, ou seja, de sujeito ativo, realizando ativi-

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 588.

dade econômica em sentido estrito (mediante instituição de monopólio estatal ou concorrendo com os particulares), ou enquanto prestador de serviço público.²

Neste sentido, manifesta-se Eros Roberto Grau, contrapondo a noção de serviço público à de atividade econômica. A lição desse autor é imprescindível à compreensão hodierna da matéria. Aduz que atividade econômica em sentido estrito e serviço público são espécies do gênero atividade econômica e que serviço público é atividade econômica em sentido amplo que o Estado pratica com intuito de promover um benefício individualizado e passível de utilização direta pelo cidadão.

Afirma Grau que *“A prestação de serviço público está voltada a satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos”* e que serviço público *“é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.”* Por estas razões, conclui que serviço público é espécie de atividade econômica em sentido amplo.³

No mesmo diapasão, e dialogando diretamente com as lições de Eros Roberto Grau, Marçal Justen Filho destaca a impossibilidade de se estabelecer uma distinção absoluta e estanque entre serviço público e atividade econômica. O autor observa que ambas as categorias se inserem no âmbito mais amplo da atuação estatal no domínio econômico, diferenciando-se sobretudo pelos critérios de finalidade, regime jurídico e lógica de funcionamento. Nesse sentido, assinala que a atividade econômica em sentido estrito se caracteriza pela possibilidade de exploração econômica lucrativa, desenvolvida segundo os princípios que orientam a atividade empresarial e a lógica de mercado. Já o serviço público, embora constitua uma atividade passível de avaliação econômica e, portanto, integrante da atividade econômica em sentido amplo, distingue-se por sua orientação primordial ao bem comum, o que justifica a

2 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 49.

3 Eros Grau assinala que a Constituição Federal de 1988 adota os termos “atividade econômica” em dois sentidos diversos. Em alguns dispositivos o texto constitucional se refere a atividade econômica em sentido estrito (art. 173, *caput* e § 1º), mas em outras ocasiões alude a atividade econômica em sentido amplo, gênero que abrange atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos (arts. 174 e 170, *caput*).

assunção, direta ou indireta, de sua prestação pelo Estado e a submissão a um regime jurídico diferenciado.

Acrescenta Justen Filho que o *“núcleo do conceito de atividade econômica em sentido estrito é a racionalidade econômica, visando à obtenção do lucro, segundo o princípio do utilitarismo. Em princípio, o conceito de atividade econômica em sentido estrito pressupõe a utilização especulativa da propriedade privada, visando precipuamente à realização do interesse dos particulares”*.⁴

Ademais, esse autor sublinha que a relevância da distinção da intervenção estatal que se faz pelo desempenho de atividade econômica ou mediante a prestação de serviço público se prende à diversidade de regime jurídico a que cada qual se submete, pois a atividade de natureza econômica sujeita-se a regime próximo do direito privado, ainda que os princípios gerais do direito público continuem aplicáveis. Já o desempenho de serviço público submete-se a regras inerentes ao direito público.⁵

É importante salientar que o desempenho de atividade econômica em sentido estrito está reservado à iniciativa privada, sendo possível ao Estado participação excepcional, subsidiária, em consonância com o disposto nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal. Tais artigos da Carta Magna impõem que a participação do Estado tenha como premissa exigências de «segurança nacional» ou «relevante interesse coletivo», sempre subordinando a participação estatal ao «regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários», excetuadas as hipóteses de monopólio outorgado à União, a exemplo do que dispõe o artigo 177 da Carta Federal.

Neste setor vigoram os princípios da liberdade de iniciativa e da liberdade de concorrência, entendidos, respectivamente, como a faculdade de acesso ao mercado, ao exercício das atividades econômicas, sem necessidade de autorização prévia do poder público, ressalvadas as exceções legais, e a possibili-

4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 56-57.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 55.

dade de conquistar a clientela, da forma que for mais conveniente, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.⁶

Em relação aos serviços públicos, ao contrário, não se aplicam os princípios de liberdade de iniciativa e de concorrência. Os serviços públicos se submetem ao regime jurídico de direito público, caracterizado pelo predomínio, dentre outros cânones, dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. O regime de direito público é um regime jurídico de proteção diferenciada, com imunidades e prerrogativas especiais, tanto para a Administração em relação aos titulares da gestão, como para o serviço frente a terceiros.

Ao conceituar regulação como a “atividade normativa pela qual o governo condiciona, corrige, altera os parâmetros naturais e espontâneo do mercado, impondo determinadas exigências ou requisitos à atuação dos agentes econômicos”, Gaspar Ariño Ortiz estabelece uma distinção entre duas modalidades: a polícia econômica e a regulação econômica.⁷ A chamada polícia econômica corresponde à regulação externa, voltada às condições em que a atividade econômica se realiza, abrangendo aspectos como segurança, salubridade, proteção ambiental e a própria localização física das atividades.

Por sua vez, a regulação econômica incide diretamente sobre setores sujeitos à intervenção estatal, “centrando-se fundamentalmente na entrada e saída da atividade (em muitos casos, mediante concessões) e afetando as condições econômicas em que a atividade se desenvolve: o quantum de produção, as zonas ou mercados em que atua cada empresa, os preços ou retribuições que percebem em decorrência da atividade e o negócio mesmo em que consiste a atividade”.⁸

6 A liberdade de iniciativa permite aos particulares a livre criação e desenvolvimento de uma atividade econômica e determina que o Estado se abstenha de intervir nesta seara. Conforme destacado, a exploração estatal direta de atividade econômica deve ser subsidiária à atuação privada, baseando-se em necessidade imperiosa de segurança nacional ou em relevante interesse coletivo, conforme definição legal. A liberdade de concorrência pressupõe a liberdade de iniciativa econômica e corresponde à faculdade que possui o agente econômico de conquistar a clientela da maneira que lhe aprouver, desde que não o faça por meio de práticas que configurem concorrência desleal ou mediante utilização de formas de atuação que deteriam a concorrência. Confira-se em Eros Grau (*Princípio da livre concorrência - função regulamentar e função normativa*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1993, n°4, p. 124).

7 ORTIZ, Gaspar Ariño apud CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 52.

8 ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economía y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 303.

1.1. O REGIME E A NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Leila Cuéllar desenvolve uma análise sistemática do regime jurídico das agências reguladoras brasileiras, situando-as no âmbito do Direito Administrativo e examinando criticamente a sua natureza jurídica. A autora parte do reconhecimento de que tais entidades foram concebidas no contexto da reforma do Estado e da redefinição do papel estatal na economia, o que explica a necessidade de modelos institucionais distintos daqueles tradicionalmente conhecidos pela dogmática administrativa.⁹

Do ponto de vista formal, Cuéllar sustenta que as agências reguladoras devem ser compreendidas como autarquias, uma vez que possuem personalidade jurídica de direito público, são criadas por lei específica e integram a Administração Pública indireta. Todavia, essa classificação não é suficiente para apreender integralmente o seu regime jurídico, pois as agências apresentam peculiaridades que as afastam do modelo clássico de autarquia administrativa, justificando a consagração da categoria das autarquias especiais.¹⁰

A noção de autarquia especial, segundo a autora, está diretamente vinculada à atribuição de um conjunto de garantias institucionais voltadas à preservação da função regulatória. Entre essas garantias, destaca-se a independência administrativa, concebida como condição indispensável para que a regulação seja exercida de forma técnica, estável e previsível. Essa independência não implica desvinculação do Estado, mas representa um mecanismo de proteção contra ingerências políticas imediatistas, capazes de comprometer a racionalidade econômica e jurídica da atuação regulatória.

Outro elemento essencial da natureza especial das agências reguladoras refere-se à autonomia financeira, que se manifesta, em regra, pela possibilidade de gestão de receitas próprias e pela relativa liberdade na alocação de recursos orçamentários. Para Cuéllar, essa autonomia constitui instrumento

9 ORTIZ, Gaspar Ariño apud CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 87–104.

10 CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 87–104.

relevante para assegurar a efetividade das atribuições regulatórias, evitando que limitações financeiras impostas por outros órgãos da Administração comprometam a continuidade e a qualidade da atividade reguladora.

A autora também atribui especial relevo à estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras. A previsão de mandatos fixos e a restrição das hipóteses de exoneração antecipada configuram mecanismos institucionais destinados a reforçar a independência decisória dos administradores. Tal estabilidade busca impedir que alterações conjunturais no cenário político resultem em mudanças abruptas na orientação regulatória, preservando a confiança dos agentes econômicos e a segurança jurídica dos mercados regulados.¹¹

Não obstante o reconhecimento dessas prerrogativas, Cuéllar enfatiza que a especialidade das agências não as exime da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, nem as coloca à margem dos sistemas de controle. Ao contrário, a atuação das agências reguladoras permanece sujeita a múltiplas instâncias de fiscalização, incluindo o controle legislativo, o controle exercido pelos tribunais de contas, o controle judicial e os mecanismos de controle interno. A autora sublinha que a autonomia conferida às agências deve ser compreendida como funcional e instrumental, jamais como forma de soberania administrativa ou de afastamento da legalidade.

Nesse sentido, Cuéllar rejeita a ideia de que as agências reguladoras representariam uma ruptura com a estrutura constitucional do Estado brasileiro. Para a autora, o regime jurídico especial dessas entidades deve ser interpretado à luz do Estado Democrático de Direito, de modo a compatibilizar eficiência regulatória, controle institucional e legitimidade democrática. A especialidade das agências, portanto, não reside na negação do Direito Administrativo clássico, mas em sua adaptação às exigências contemporâneas da função reguladora.¹²

11 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 87–104.

12 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 87–104.

1.2. DA REFORMA DO ESTADO DOS ANOS 1990 À CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO REGULADOR E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para o adequado exame das agências reguladoras, impõe-se, senão como opção metodológica, ao menos como exigência analítica, a realização de um breve retrospecto histórico acerca da origem e da consolidação desses entes no direito brasileiro. As agências reguladoras foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio no contexto da adoção de um novo modelo organizacional do Estado, surgindo de forma diretamente associada ao denominado processo de Reforma do Estado. Tal movimento ganhou especial relevo no Brasil a partir da década de 1990, com o objetivo de enfrentar a crise estrutural então vivenciada pelo aparato estatal, promovendo sua reconstrução institucional, racionalização funcional e fortalecimento de sua capacidade de atuação.

Esse processo reformista teve como pano de fundo o crescimento desmesurado do Estado Social¹³, decorrente da ampliação contínua de suas atribuições e do alargamento de sua intervenção direta na economia. O Estado passou a assumir a responsabilidade pela prestação de uma multiplicidade de atividades e serviços, notadamente nos setores de infraestrutura, como transportes e comunicações, acumulando funções produtivas, administrativas e regulatórias. A esse cenário somaram-se a organização burocrática excessivamente rígida, os elevados níveis de gasto público, a crise fiscal persistente e a ineficiência administrativa, fatores que, em conjunto, evidenciaram os limites do modelo estatal então vigente. Tal conjuntura revelou-se indicativa de uma crise de modelo, apontando de forma inequívoca para a necessidade de sua revisão e reestruturação.

Como registra Luiz Carlos Bresser-Pereira, a crise do Estado brasileiro manifestou-se sob três dimensões centrais: uma crise fiscal, marcada pela incapacidade de financiamento sustentável das funções estatais; uma crise do

13 O modelo de Estado Social se caracteriza pelo intervencionismo estatal na ordem econômica e social, como instrumento para promoção do bem-estar comum, através do desenvolvimento nacional e da adoção de um sistema justo de distribuição de riquezas. Neste sentido se manifesta Modesto Carvalhosa, afirmando que, no Estado Social, a ordem econômica possui finalidade de justiça social, almejando garantir a todos condições dignas de vida, de bem-estar comum e desenvolvimento. (*Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 61).

modo de intervenção do Estado na economia, decorrente da ineficiência do Estado empresário e da inadequação de suas formas tradicionais de atuação; e uma crise da administração pública burocrática, caracterizada por estruturas pouco flexíveis, baixa eficiência e reduzida capacidade de resposta às demandas sociais e econômicas. Para enfrentar esse conjunto de problemas, tornou-se necessário redimensionar o papel do Estado, revendo sua participação direta no capital e na gestão de empresas públicas, reformulando as estruturas administrativas e repensando a subsistência de regimes regulatórios e monopólios estatais que, em muitos casos, obstaculizavam a livre iniciativa e a livre concorrência no mercado.¹⁴

A reforma implica, então, reestruturação do papel do Estado. Dirige-se ao estabelecimento de um novo modelo estatal, denominado por Juan Carlos Cassagne de “Estado subsidiário”. Sobre a noção de Estado subsidiário, assim se manifesta Cassagne:

“Suas características predominantes o qualificam como uma organização binária que se integra com uma unidade de hierarquia superior que exerce as funções indelegáveis (justiça, defesa, seguridade, relações exteriores, legislação), pertencentes ao Estado como comunidade perfeita e soberana, unidade que se completa ao próprio tempo com outra, mediante funções desenvolvidas por um conjunto de organizações menores que cumprem uma missão supletiva da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos). Neste contexto canaliza-se a realização do bem comum, com predomínio do Direito Público nas estruturas e procedimentos das funções indelegáveis e com recurso a formas privadas ou mistas para a atividade supletiva, conforme o objeto perseguido em cada caso (se a atividade for industrial ou comercial, a atuação da empresa será regulada pelo Direito Privado).”¹⁵

É nesse contexto de redefinição das funções estatais e de reorganização das formas de intervenção do poder público que se insere o surgimento das agên-

14 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 31.

15 PERROT, Abedelo. **La intervención administrativa**. Buenos Aires: 1994, p. 110.

cias reguladoras no direito brasileiro. Tais entidades passam a desempenhar papel central na mediação entre a atuação estatal e a iniciativa privada, assumindo a função de disciplinar setores estratégicos da economia segundo critérios técnicos, estabilidade normativa e racionalidade econômica. A criação das agências reguladoras, portanto, não representa mera opção administrativa, mas constitui expressão institucional do novo modelo estatal delineado no processo de Reforma do Estado, voltado à superação das disfunções do Estado empresário e à construção de um ambiente regulatório capaz de compatibilizar interesse público, eficiência econômica e promoção da concorrência.

1.3 SITUANDO O CONCEITO DE ESTADO SUBSIDIÁRIO

Através do Estado subsidiário busca-se uma participação estatal somente em setores qualificados de essenciais e a consequente diminuição de sua ingerência nas demais áreas, justificando-se a intervenção do Estado na economia somente de forma subsidiária, complementar.

Consoante expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da subsidiariedade passou a assumir importância fundamental na redefinição do papel do Estado, estando na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático: “Cabe a este *promover; estimular; criar condições* para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a *participação* do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.”¹⁶

A autora arrola algumas tendências decorrentes da aplicação do princípio da subsidiariedade: 1 - ideia de diminuição do tamanho do Estado, pela privatização; 2 - necessidade de ampliação da atividade de fomento, face à multiplicação dos interesses a serem protegidos na sociedade pluralista; 3 - crescimento das técnicas de fomento e dos inúmeros instrumentos de parceria do setor público com o privado; 4 – a subsidiariedade está na base da desregulamentação, pela qual se busca estabelecer novo equilíbrio entre liberdade e autoridade; 5 - alteração na noção de interesse público que se reflete sobre

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.26.

a própria organização da Administração Pública, com repúdio à forma burocrática de organização, por exemplo, para obter-se maior qualidade e eficiência na prestação dos serviços. Observa também que devem ficar a cargo do ente soberano as atividades que lhe são próprias, como a segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia; e as atividades sociais, como a educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência, e as atividades econômicas (industriais, comerciais ou financeiras) devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade, quer dizer, o Estado só deve exercer-las em caráter supletivo da iniciativa privada, quando esta for deficiente.¹⁷

Entendido o Estado Subsidiário como uma opção societária sobre o nível de interferência estatal na esfera privada, ele se apresenta resumido na máxima: o governo deve fazer pelos cidadãos somente aquilo que eles não puderem fazer por si próprios, e nada mais. Trata-se, portanto, de noção que engloba ditames de orientação política de predomínio da iniciativa privada sobre a pública, de consequente limitação da atuação estatal, mas, ao mesmo tempo, de atribuição ao Estado da função de fomento, coordenação e fiscalização da iniciativa privada para potencialização dos negócios dos particulares, ou mesmo o incremento de parcerias público-privadas para o fim de subsídio à iniciativa privada.¹⁸

Enquanto mera orientação política de dosagem cuidadosa do nível de interferência estatal na economia, o princípio da subsidiariedade não afirma, nem infirma o Estado Regulador. Dito princípio pode reger o discurso de um chefe de governo com pretensões de expansão da regulação estatal, sem que isso afete o nível de interferência na economia, desde que dita interferência se justifique para o fim de preservação das regras equânimes de interação negocial privada em determinado setor regulado, ou seja, desde que se justifique para o fim de preservação do ambiente mercadológico pertinente.¹⁹

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.26.

18 Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 25.

19 ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 8. ed. rev. e ampl. London: Laccademia Publishing, 2023, p. 24-25.

A desconexão entre o princípio da subsidiariedade e o Estado Regulador exsurge, contudo, quando ao conceito de Estado Subsidiário agrega-se a ideia de que os direitos fundamentais individuais são melhor garantidos pela ausência do Estado, o que contraria o pressuposto de que a atuação estatal reguladora é essencial à conexão entre os riscos da atividade econômica e a sociedade política, que pretende ter sua voz presente na constante reorientação política para preservação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos, enquanto ameaçados por distorções produzidas por um *mercado livre*.²⁰

Portanto, quando o Estado Subsidiário deixa de servir como guia político de dosagem da interferência estatal, mediante o princípio da subsidiariedade, para se apresentar com formatos totalizantes de ideal de eliminação da atuação estatal, somente aí dito Estado Subsidiário deixa de contribuir para a noção de Estado Regulador e passa a miná-la.

2. FALHAS DE MERCADO COMO JUSTIFICATIVA DA REGULAÇÃO

A microeconomia ocupa-se do estudo das causas de falhas de mercado e dos possíveis meios para corrigi-las. O conceito de falha de mercado, dentro da teoria econômica, refere-se a circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços. As imperfeições refletem desvios das condições ideais de um sistema competitivo: indivíduos e organizações, que buscam maximizar seus interesses próprios, passam a agir em dissonância com o interesse social.²¹

Em regra, os indivíduos e agentes econômicos tendem a direcionar suas decisões exclusivamente à avaliação dos custos e benefícios privados que recaem diretamente sobre si, desconsiderando, total ou parcialmente, os efeitos mais amplos de suas escolhas sobre terceiros e sobre a coletividade. Esse comportamento é compatível com o pressuposto da racionalidade econômica,

20 ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 8. ed. rev. e ampl. London: Laccademia Publishing, 2023, p. 25.

21 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 73

segundo o qual os agentes buscam maximizar sua própria utilidade, mas revela uma dissociação relevante entre a racionalidade individual e o interesse social. Para enfrentar esse descompasso, torna-se necessário promover o alinhamento entre objetivos privados e objetivos sociais, por meio da criação de incentivos institucionais, normativos ou econômicos que induzam os agentes racionais a incorporar, em seus cálculos decisórios, a totalidade dos custos e benefícios gerados por suas ações.

Nesse contexto, as falhas de mercado podem ser compreendidas como situações em que a atuação orientada pelo puro autointeresse individual conduz a resultados socialmente indesejáveis ou economicamente ineficientes. Tais falhas manifestam-se, com frequência, em cenários marcados por assimetrias de informação, nas quais nem todos os agentes dispõem do mesmo nível de conhecimento; por estruturas de mercado não competitivas, como oligopólios e monopólios; por monopólios naturais, em que economias de escala inviabilizam a concorrência; bem como pela presença de externalidades ou de bens públicos, cujas características impedem a adequada formação de preços pelo mercado. A identificação dessas circunstâncias é, tradicionalmente, utilizada como fundamento teórico para a intervenção governamental em mercados específicos, seja com o objetivo de corrigir distorções alocativas, seja para mitigar perdas de bem-estar e promover resultados mais eficientes do ponto de vista social.

Tal análise desempenha um papel importante no que se refere às decisões sobre políticas públicas. No entanto, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais, tais como impostos, subsídios, salvamentos, controles de preços e salários e regulamentos, que podem constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado, também podem levar a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de falhas de governo). Nestes casos, há uma escolha entre os resultados imperfeitos, isto é, os do mercado imperfeito, com ou sem intervenções do governo. Nesses casos, devemos lidar com a lógica da melhor alternativa (*second best*), reconhecendo as limitações do mundo real. Estudos econômicos já mostraram que, em casos em que uma restrição do mundo real impede a obtenção do resultado ótimo no sentido de Pareto, a melhor alternativa pode não ser aquela que tenta aproximar-se do cenário

ideal'. Em qualquer caso, por definição, se existe uma falha de mercado o resultado do livre mercado não é Pareto-eficiente.²²

Os economistas neoclássicos e keynesianos acreditam que atuações governamentais podem influenciar positivamente o resultado ineficiente de mercados que apresentam falhas. Nesse sentido, Lapo Berti afirma: o *“bom funcionamento [do mercado] depende não apenas de uma robusta pressão concorrencial, que constitui, comumente, o ingrediente essencial, mas ainda da presença de algumas outras condições que raramente são determinadas espontaneamente”*²³. A seguir capítulo, estudaremos em maiores detalhes as principais falhas de mercado identificadas pela teoria, notadamente: (i) externalidades; (ii) monopólios; e (iii) assimetria de informações.

2.1. EXTERNALIDADES NEGATIVAS E POSITIVAS

Segundo o conceito adotado neste trabalho, as externalidades constituem a falha de mercado mais importante a ser estudada, na medida em que é possível traçar diversos paralelos entre os problemas suscitados pela análise econômica da responsabilidade civil e o conceito de externalidades. As últimas podem ser entendidas como os custos ou benefícios que não são internalizados pelo indivíduo ou pela empresa em suas ações, e que impõem diretamente custos ou benefícios a terceiros.

Podem ser definidas, portanto, como o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que dela não participou. O terceiro, a princípio, não paga nem recebe nada por suportar esse impacto, que pode ser maléfico ou benéfico para os terceiros afetados, sendo assim classificado como externalidade negativa ou positiva, respectivamente. Quando temos uma externalidade negativa de produção, o custo de produção é maior para a sociedade que para o produtor, fazendo com que este último produza uma quantidade do bem acima da que seria desejável do ponto de vista social. Por outro lado, as externalidades positivas ocorrem toda vez que o valor social é superior ao valor privado,

22 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 74

23 BERTI, Lapo. *Il mercato oltre le ideologie*. Milão: Università Bocconi Editore, 2006, p. 181.

tendo como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável.

Por sua vez, Calixto Salomão diz que há externalidade sempre que determinada relação jurídica produz efeitos não mensuráveis, para sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica. Exemplo típico é a poluição, externalidade negativa causada pela produção industrial, que não atinge os produtores ou os consumidores diretos do produto fabricado (partes na relação econômica), mas sim os moradores de áreas próximas à indústria (terceiros).²⁴

Diante da existência de externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado não fica adstrito ao bem-estar dos compradores e vendedores incluídos nesse mercado e passa a incluir também o interesse dos terceiros afetados indiretamente pelas externalidades. O equilíbrio do mercado, que seria responsável pela maximização do benefício total para a sociedade, nesse caso, deixa de ser eficiente, já que os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações na tomada de decisões. Ou seja, o equilíbrio de mercado é atingido sem que a externalidade, representada pelo custo/valor social, componha a sua equação, o que faz com que o mercado aloque os recursos de maneira ineficiente. A seguir, apresentamos dois exemplos para elucidar como externalidades negativas e positivas podem interferir no equilíbrio de mercado, gerando resultados ineficientes.

2.2. BENS PÚBLICOS (OU BENS COLETIVOS) COMO FALHAS DE MERCADO

Os bens públicos, também denominados bens coletivos, constituem uma das falhas de mercado mais relevantes analisadas pela teoria econômica, sobretudo em razão das dificuldades que impõem ao funcionamento eficiente do mecanismo de preços. Do ponto de vista econômico, um bem público é caracterizado simultaneamente por duas propriedades fundamentais: a não rivalidade e a não exclusividade. A não rivalidade significa que o consumo do bem por um indivíduo não reduz a quantidade ou a disponibilidade do bem

²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica – Princípios e Fundamentos Jurídicos**. Quartier Latin. 3ª Edição. 2021. Pág. 273.

para os demais; já a não exclusividade indica a impossibilidade, ou extrema dificuldade, de excluir terceiros do seu uso.²⁵

Stephane Rousseau e Ejan Mackaay assim conceituam os bens coletivos:

Bens coletivos são aqueles que, uma vez disponíveis, não permitem que alguém seja excluído de seu uso e, portanto, que a utilização do bem por uma pessoa não diminui a quantidade dele disponível para outras. A defesa nacional é, em geral, citada como exemplo; a informação divulgada tem, também, característica de bem coletivo em muitas de suas manifestações. Dificuldade evidente, quanto aos bens coletivos, é que, se ninguém pode ser excluído de seu uso, cada um será tentado a abusar e ninguém, no mercado privado, terá interesse em produzi-lo.²⁶

A não rivalidade pode ser compreendida pela comparação entre bens cujo consumo é excludente e aqueles cujo consumo é compartilhável. Um bem é considerado rival quando o uso por uma pessoa reduz diretamente a possibilidade de uso por outra, como ocorre com bens materiais divisíveis. Em contraste, bens não rivais permitem o consumo simultâneo por diversos indivíduos sem prejuízo de disponibilidade. Um exemplo clássico apontado pela literatura econômica é a transmissão de um evento esportivo pela televisão, cujo consumo por um indivíduo não impede o consumo por outros.²⁷

A não exclusividade, por sua vez, está relacionada à impossibilidade de restringir o acesso ao bem apenas àqueles que contribuíram para sua produção ou financiamento. Quando não é viável impedir que terceiros utilizem determinado bem ou serviço, torna-se igualmente difícil cobrar um preço pelo seu uso. Nesses casos, indivíduos tendem a usufruir do bem sem arcar com seus custos, o que compromete a viabilidade econômica da produção privada.

25 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84.

26 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

27 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 106–108.

Exemplos recorrentes incluem espetáculos pirotécnicos em locais públicos ou a iluminação de vias urbanas.²⁸

A principal consequência econômica dessas características é o surgimento do fenômeno dos *free riders*, ou “caronas”, isto é, indivíduos que se beneficiam do bem público sem contribuir para os custos de sua produção. Conforme destacado pela Análise Econômica do Direito, a presença de *free riders* gera um problema estrutural de financiamento, pois reduz os incentivos para que agentes privados invistam na produção de bens públicos, uma vez que não conseguem apropriar-se dos benefícios correspondentes.²⁹ Esse comportamento oportunista compromete a eficiência do mercado e pode resultar na suboferta, ou mesmo na ausência, desses bens.

O problema dos bens públicos revela-se de forma particularmente clara em mercados ligados à produção de bens informacionais e culturais. A facilidade de reprodução e difusão de conteúdos digitais, como músicas e arquivos audiovisuais, aproxima esses bens das características de bens públicos, ao menos do ponto de vista econômico. Quando os consumidores deixam de pagar por esses bens, o mercado pode tornar-se incapaz de financiar adequadamente os custos de criação, produção e distribuição, o que evidencia a tensão entre acesso amplo e incentivos à produção.³⁰

No âmbito do Direito Econômico Regulatório, destaca-se que a noção de bem público utilizada pela Economia não se confunde integralmente com o conceito jurídico-administrativo de bem público. Para o Direito, são bens públicos aqueles pertencentes ao Estado ou afetados ao uso comum do povo ou à prestação de serviços públicos, submetidos a um regime jurídico próprio. Já para a Economia, a classificação depende essencialmente das características funcionais do bem — rivalidade e exclusividade —, podendo um mesmo bem ser considerado público sob um enfoque e privado sob outro.³¹

28 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 108–110.

29 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 109–111.

30 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 110–113.

31 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regu-**

Essa distinção conceitual revela que a coincidência entre “bem público para o Direito” e “bem público para a Economia” é contingente, e não necessária. Uma praça pública, por exemplo, é juridicamente um bem público, mas, do ponto de vista econômico, pode deixar de ser não rival ou não excludente em determinadas circunstâncias, como quando seu uso se torna congestionado ou quando são impostos mecanismos de controle de acesso. Isso demonstra que a classificação econômica dos bens é sensível ao contexto institucional e às escolhas regulatórias.³²

Diante dessas dificuldades, a intervenção do Estado costuma ser justificada como meio de assegurar a produção e o financiamento de bens públicos. Tal intervenção pode assumir diferentes formas, como a produção direta pelo Estado, o financiamento por meio de tributos ou a criação de regimes jurídicos especiais que internalizem os benefícios coletivos. Contudo, a literatura ressalta que essa intervenção não está isenta de custos e controvérsias, uma vez que o Estado passa a arbitrar preços, quantidades ou padrões de oferta, substituindo decisões descentralizadas do mercado. Assim, o tratamento dos bens públicos exemplifica de maneira clara os limites tanto do mercado quanto da atuação estatal na busca por eficiência e bem-estar social.³³

2.3. OS MONOPÓLIOS E AS ESTRUTURAS CONCENTRADAS

O monopólio configura-se como uma das principais imperfeições do mercado analisadas pela teoria econômica e pela Análise Econômica do Direito, na medida em que rompe com o pressuposto concorrencial que sustenta a eficiência alocativa dos mercados. Em termos gerais, o monopólio caracteriza-se pela existência de um único fornecedor capaz de controlar a quantidade ofertada e influenciar o preço de determinado bem ou serviço, sem sofrer pressões competitivas relevantes. Nessas circunstâncias, diferentemente do

latório. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84.

32 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 112–118.

33 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 118–150.

que ocorre em mercados concorrenciais, o agente monopolista não se vê compelido a repassar ganhos de eficiência produtiva aos consumidores, o que compromete o equilíbrio entre oferta, demanda e bem-estar social.³⁴

Do ponto de vista microeconômico, o comportamento do monopolista é orientado pela maximização do lucro, o que implica a definição da quantidade produzida no ponto em que a receita marginal se iguala ao custo marginal. Como consequência, o preço praticado tende a situar-se acima do custo médio de produção, permitindo a apropriação de uma renda monopolista. Esse resultado acarreta uma redução da quantidade ofertada em relação ao nível que seria observado sob concorrência, produzindo uma perda de excedente do consumidor e a formação do chamado peso morto (*deadweight loss*), expressão típica da ineficiência alocativa associada ao monopólio.³⁵

A literatura regulatória destaca, contudo, que nem todo monopólio decorre de condutas estratégicas ou abusivas por parte do agente econômico. Em determinadas situações, a própria estrutura tecnológica da atividade produtiva conduz à concentração da oferta. É o caso do denominado monopólio natural, caracterizado pela presença de elevados custos fixos e pela subaditividade de custos, de modo que a produção eficiente do bem ou serviço é alcançada com um número reduzido de ofertantes — ou mesmo com apenas um. Nessas hipóteses, a entrada de múltiplos produtores não apenas se mostra inviável do ponto de vista econômico, como também socialmente indesejável, por implicar perda de eficiência produtiva.³⁶

Ainda assim, mesmo nos casos de monopólio natural, a inexistência de concorrência cria incentivos ao exercício de poder de mercado, permitindo ao monopolista elevar preços e restringir a oferta quando comparado ao cenário competitivo. Tal comportamento ocasiona uma transferência de excedente do consumidor para o produtor, além da geração de perdas de bem-estar associadas à redução do consumo. Quanto menor a elasticidade-preço da demanda,

34 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 402–405.

35 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 353–356.

36 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85–86.

maior tende a ser a distância entre o preço monopolista e aquele que prevaleceria em um mercado concorrencial, ampliando os efeitos adversos do monopólio sobre os consumidores.³⁷

Diante dessas distorções, a intervenção estatal surge como resposta institucional à falha de mercado representada pelo monopólio. A análise econômica do direito, entretanto, reconhece que tal intervenção envolve escolhas difíceis, uma vez que não existe solução perfeita para o monopólio técnico. O Estado se vê diante da necessidade de optar entre alternativas igualmente imperfeitas, que incluem o monopólio privado não regulado, o monopólio privado submetido à regulação estatal ou a prestação direta do serviço pelo próprio Estado. Cada uma dessas opções apresenta custos e riscos específicos, exigindo uma ponderação entre eficiência produtiva, equidade distributiva e incentivos ao investimento.³⁸

Leonardo Vizeu ressalta que o monopólio deve ser compreendido como fenômeno eminentemente econômico, mas com profundas repercussões jurídicas, na medida em que afeta diretamente princípios estruturantes da ordem econômica constitucional, como a livre iniciativa e a livre concorrência. Nesse sentido, a exploração exclusiva de determinada atividade econômica por um único agente não se confunde, necessariamente, com ilicitude, pois o próprio ordenamento jurídico admite hipóteses específicas em que a exclusividade se mostra funcional ou juridicamente legítima.³⁹ O monopólio, portanto, não é analisado apenas sob a ótica da eficiência econômica, mas também à luz da função regulatória do Estado e dos valores constitucionais que orientam a intervenção no domínio econômico. Segundo a doutrina, o monopólio pode ser assim classificado:

2.3.1 MONOPÓLIO NATURAL

Leonardo Vizeu classifica o monopólio natural como aquele que decorre

37 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85–86.

38 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 86.

39 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 171.

da impossibilidade física ou econômica de coexistência de múltiplos agentes explorando a mesma atividade com eficiência. Trata-se de situações em que os custos de infraestrutura e investimento são tão elevados que a duplicação de sistemas se torna inviável, razão pela qual a maximização da eficiência alocativa somente é alcançada quando a exploração ocorre em regime de exclusividade.⁴⁰ Exemplos clássicos apontados por Leonardo Vizeu incluem o transporte ferroviário, o metrô urbano e a transmissão de energia elétrica.

O monopólio natural não se limita às hipóteses de impossibilidade material, podendo também resultar de avanços tecnológicos ou da titularidade exclusiva de direitos de propriedade industrial, como patentes. Nessas situações, a exclusividade decorre da maior eficiência competitiva de determinado agente ou da proteção jurídica conferida à inovação, o que reforça o caráter funcional do monopólio natural.⁴¹ Todavia, mesmo nesses casos, Leonardo Vizeu enfatiza que a ausência de concorrência impõe a necessidade de regulação estatal, a fim de prevenir abusos e assegurar o equilíbrio entre eficiência econômica e proteção dos consumidores.

2.3.2. MONOPÓLIO CONVENCIONAL

O monopólio convencional pode ser definido como aquele que emerge de circunstâncias negociais, contratuais ou estruturais que conduzem, na prática, à exclusividade da exploração econômica por um único agente. Diferentemente do monopólio natural, aqui não há, necessariamente, uma impossibilidade física de concorrência, mas sim a consolidação de uma posição exclusiva em razão de acordos, arranjos econômicos ou estratégias empresariais que afastam ou desestimulam a entrada de competidores.

Leonardo Vizeu observa que esse tipo de monopólio deve ser analisado com especial cautela pelo Direito Econômico e pelo Direito Concorrencial, pois pode tanto refletir ganhos legítimos de eficiência quanto configurar práticas restritivas da concorrência. Assim, a avaliação jurídica do monopólio

40 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 171-172.

41 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 172.

convencional exige a verificação de seus efeitos concretos sobre o mercado, notadamente quanto à dominação de mercado relevante e à eventual lesão aos princípios da livre concorrência.⁴²

2.3.3. MONOPÓLIO LEGAL

O monopólio legal, por seu turno, é aquele instituído diretamente pelo ordenamento jurídico, mediante norma que atribui exclusividade ao Estado ou a determinado ente por razões de interesse público. No constitucionalismo brasileiro atual, esse tipo de monopólio encontra limites rigorosos, pois, conforme assinala Leonardo Vizeu, a Constituição da República de 1988 não autoriza a criação indiscriminada de monopólios por legislação infraconstitucional.⁴³

Segundo Leonardo Vizeu, as hipóteses de monopólio estatal são taxativamente previstas no texto constitucional, especialmente no artigo 177, não cabendo ao legislador ordinário ampliá-las. A ordem econômica brasileira fundamenta-se na livre iniciativa e na liberdade de concorrência, de modo que o monopólio estatal assume natureza excepcional e deve ser interpretado restritivamente.⁴⁴ Assim, apenas o poder constituinte derivado reformador pode ampliar os casos de monopólio estatal, reforçando o caráter constitucionalmente delimitado dessa forma de exclusividade.

Nesse contexto, a regulação econômica assume papel central, especialmente nos setores de utilidade pública, como energia elétrica, água e telecomunicações. O objetivo da intervenção regulatória não é eliminar o monopólio quando este decorre de condições tecnológicas inevitáveis, mas disciplinar o exercício do poder de mercado, assegurando preços razoáveis, qualidade adequada do serviço e uma distribuição mais equitativa dos ganhos de eficiência. Assim, o tratamento jurídico do monopólio

42 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 171.

43 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 173-174.

44 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174.

revela-se indissociável da compreensão das falhas de mercado e dos limites tanto do funcionamento espontâneo do mercado quanto da própria atuação estatal.⁴⁵

2.4. ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO

A assimetria de informação é amplamente reconhecida pela teoria econômica e pela Análise Econômica do Direito como uma das falhas de mercado mais relevantes, na medida em que compromete o funcionamento eficiente das trocas econômicas e afeta diretamente a alocação de recursos. Tal fenômeno ocorre quando as partes envolvidas em uma relação econômica ou contratual não dispõem do mesmo nível ou da mesma qualidade de informação acerca do bem, do serviço ou do próprio comportamento esperado ao longo da execução do contrato. Nessas circunstâncias, decisões econômicas são tomadas com base em informações incompletas, distorcidas ou desigualmente distribuídas, afastando-se do ideal de racionalidade plena que sustenta os modelos concorrenciais.⁴⁶

A literatura econômica demonstra que a assimetria informacional pode se manifestar em diferentes momentos da relação contratual, produzindo impactos distintos sobre o mercado. Antes da celebração do contrato, ela afeta a própria formação do preço e a seleção dos agentes que permanecerão no mercado. Após a contratação, interfere no comportamento das partes, criando incentivos inadequados, estimulando condutas oportunistas e elevando os custos de monitoramento e fiscalização. Em ambos os casos, o resultado tende a ser uma alocação ineficiente de recursos, com perdas de bem-estar social e redução da eficiência econômica.⁴⁷

Sob a ótica do Direito Econômico Regulatório, a assimetria de informa-

45 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 402–405.

46 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 79–80.

47 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 81.

ção assume papel central na justificativa da intervenção estatal. Em mercados complexos ou tecnicamente sofisticados, consumidores frequentemente não possuem condições de avaliar adequadamente riscos, preços ou qualidade, o que fragiliza sua posição negocial. Nesses contextos, a regulação não visa substituir o mercado, mas corrigir distorções que impedem seu funcionamento eficiente, por meio da imposição de deveres de transparência, padronização de informações, divulgação obrigatória de dados relevantes e mecanismos de supervisão.⁴⁸ A atuação regulatória, portanto, apresenta-se como resposta institucional às limitações informacionais inerentes a determinados mercados.

2.4.1. Relação agente-principal

Uma das manifestações mais recorrentes da assimetria de informação é o problema da relação agente-principal. Esse dilema surge quando um indivíduo — o principal — delega a outro — o agente — a execução de determinada tarefa, cujo monitoramento é custoso, imperfeito ou tecnicamente inviável. A assimetria informacional decorre do fato de que o agente detém informações privilegiadas sobre suas próprias ações, enquanto o principal enfrenta limitações para fiscalizar seu comportamento de forma contínua e eficaz.⁴⁹

Nessas circunstâncias, abre-se espaço para que o agente adote condutas que maximizem seus interesses próprios, ainda que em detrimento dos objetivos do principal. Porto e Garoupa observam que esse problema é particularmente comum em relações empregador-empregado, acionistas-executivos e, de maneira ainda mais sensível, na atuação de agentes públicos em nome do Estado.⁵⁰ A delegação de competências, quando combinada com informação incompleta, tende a gerar desalinhamento de incentivos e comprometer a eficiência econômica da relação contratual.

48 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 81–82.

49 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 81–82.

50 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 82.

A teoria econômica aponta que diversos mecanismos podem ser utilizados para mitigar o problema agente-principal, como cláusulas contratuais de incentivo, remuneração por desempenho, sanções por ineficiência ou participação nos resultados. Contudo, tais instrumentos nem sempre são suficientes para eliminar completamente os efeitos adversos da informação assimétrica. Isso ocorre porque o custo de fiscalização pode ser elevado ou porque determinadas condutas são, por sua própria natureza, de difícil verificação.⁵¹ Assim, a relação agente-principal revela como a assimetria informacional é capaz de gerar falhas persistentes mesmo em contratos formalmente bem estruturados.

2.4.2. Risco moral e seleção adversa

Além da relação agente-principal, a assimetria de informação também se manifesta por meio dos fenômenos do risco moral e da seleção adversa, ambos centrais para a compreensão das falhas de mercado analisadas pela Análise Econômica do Direito. O risco moral ocorre, em regra, no momento posterior à celebração do contrato, quando o comportamento de uma das partes é relevante para o resultado da relação econômica, mas não pode ser plenamente observado ou verificado pela outra. Nessas condições, o agente pode alterar sua conduta, assumindo comportamentos menos diligentes ou mais arriscados, uma vez que não arca integralmente com os custos de suas escolhas.⁵²

Esse problema é especialmente relevante em contratos de longa duração e em setores regulados, nos quais o monitoramento contínuo é oneroso ou tecnicamente complexo. A teoria econômica demonstra que a simples possibilidade de risco moral já é suficiente para elevar os custos de transação, pois as partes passam a investir em salvaguardas contratuais, fiscalização e mecanismos de *enforcement*, encarecendo as relações econômicas e reduzindo sua eficiência.⁵³

51 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 82.

52 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 600–601.

53 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 599–602.

A seleção adversa, por sua vez, manifesta-se predominantemente no plano pré-contratual. Ela ocorre quando diferenças relevantes de qualidade entre bens, serviços ou agentes impactam diretamente o preço, mas não podem ser facilmente verificadas por uma das partes. Nessas situações, como destacam Mackaay e Rousseau, os incentivos do mercado acabam favorecendo a permanência de bens ou agentes de qualidade inferior, afastando alternativas mais eficientes e deteriorando o funcionamento global do mercado.⁵⁴ Ao final do processo, o mercado tende a operar em um equilíbrio inferior, no qual predominam soluções menos eficientes, apesar da existência de alternativas melhores.

Tanto o risco moral quanto a seleção adversa decorrem diretamente da assimetria informacional e constituem fundamentos clássicos para a intervenção jurídica e regulatória. Regras de divulgação obrigatória, padrões mínimos de qualidade, deveres de informação e fiscalização estatal buscam mitigar esses problemas, promovendo maior equilíbrio nas relações econômicas. Assim, a assimetria de informação consolida-se não apenas como uma falha de mercado recorrente, mas como um dos principais fundamentos teóricos da regulação econômica e da atuação do direito privado e do direito do consumidor em mercados marcados pela informação imperfeita.⁵⁵

3. A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

A crescente complexidade das sociedades contemporâneas e a ampliação do papel do Estado na ordenação das atividades econômicas e sociais impuseram profundas transformações à forma de produção das normas jurídicas. A regulação deixou de ser fenômeno episódico ou excepcional para assumir posição central na atuação estatal, especialmente no âmbito administrativo, onde normas infralegais passaram a desempenhar função decisiva na conformação de mercados, na definição de padrões de conduta e na implementação de políticas públicas. Esse processo, associado à ascensão do chamado Esta-

54 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 599–600.

55 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 79–82.

do Regulador, trouxe consigo um desafio estrutural: como assegurar racionalidade, transparência e legitimidade às decisões normativas produzidas por órgãos dotados de elevada especialização técnica e, muitas vezes, afastados dos mecanismos tradicionais de controle político direto.⁵⁶

É nesse contexto que se consolida a Análise de Impacto Regulatório (AIR), compreendida como um instrumento destinado a qualificar o processo decisório estatal antes da edição de atos normativos. A AIR parte do reconhecimento de que normas jurídicas, sobretudo aquelas de natureza regulatória, produzem efeitos econômicos, sociais e institucionais relevantes, afetando múltiplos atores e gerando consequências distributivas que não podem ser ignoradas. Assim, a formulação normativa passa a ser precedida por avaliações sistemáticas dos problemas que se pretende enfrentar, dos objetivos almejados e das alternativas disponíveis, bem como dos impactos positivos e negativos associados a cada opção.⁵⁷

A literatura econômica e jurídica destaca que, durante longo período, a produção normativa administrativa ocorreu sem a adoção de metodologias estruturadas de avaliação de impactos, mesmo quando tais normas eram capazes de afetar sensivelmente direitos individuais, estruturas de mercado e políticas públicas. A AIR surge, portanto, como resposta institucional a esse déficit de racionalidade decisória, inserindo-se em uma agenda mais ampla de modernização do Estado e de racionalização da ação regulatória.⁵⁸ Seu desenvolvimento esteve intimamente ligado ao avanço de técnicas analíticas baseadas na comparação de alternativas e na avaliação de custos e benefícios, ainda que tais métodos não estejam imunes a críticas quanto às suas pretensões de objetividade ou neutralidade.

Um elemento conceitual fundamental para a compreensão da AIR reside na adoção de um sentido amplo de regulação. A regulação não se limita à

56 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 392–393.

57 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 393–394.

58 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 392.

atuação de agências reguladoras formalmente constituídas, mas abrange todo o conjunto de normas e decisões estatais que condicionam comportamentos socioeconômicos com vistas à promoção do bem-estar social. Nesse sentido, a função regulatória é compartilhada por diferentes órgãos e entidades da Administração Pública, e até mesmo pelos Poderes Legislativo e Judiciário, sempre que suas decisões produzam efeitos estruturantes sobre a economia e a sociedade.⁵⁹ A partir dessa concepção ampliada, torna-se evidente que a AIR não pode ser tratada como instrumento setorial ou excepcional, mas como técnica transversal de governança regulatória.

A institucionalização da AIR no âmbito da Administração Pública Federal brasileira reforça essa compreensão. Os manuais e guias elaborados no âmbito do Governo Federal estruturam a AIR como um processo decisório organizado em etapas sucessivas, que se inicia com a identificação e descrição do problema regulatório e avança pela definição de objetivos, pelo mapeamento dos atores afetados, pela formulação de alternativas normativas e não normativas e pela análise comparativa de seus impactos. O resultado desse processo é um relatório que não vincula a decisão da autoridade competente, mas fornece subsídios técnicos e informacionais para uma escolha mais consciente, transparente e fundamentada.⁶⁰

Nesse sentido, a AIR não substitui a discricionariedade administrativa, mas atua como mecanismo de autocontenção institucional, exigindo que decisões regulatórias sejam justificadas à luz de evidências e critérios racionais. A autoridade decisória permanece livre para optar por determinada alternativa, inclusive divergindo das conclusões do relatório, desde que o faça de forma motivada. Essa característica revela que a AIR não é um instrumento de tecnocratização absoluta da decisão pública, mas um meio de qualificar o exercício do poder normativo em contextos de elevada complexidade técnica e impacto social.⁶¹

59 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 394.

60 BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília, 2018.

61 BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). **Política e Análise Regulatória – Módulo 1**. Brasília, 2020.

Outro aspecto central da AIR diz respeito à sua função de promoção da transparência e da participação social. A expansão da atividade regulatória administrativa dificultou o controle exercido exclusivamente por instâncias políticas tradicionais, o que levou ao fortalecimento de mecanismos de controle social no processo decisório. A AIR, ao exigir a explicitação das razões que fundamentam a intervenção estatal e ao prever etapas de participação social, como consultas públicas, contribui para ampliar a legitimidade democrática das decisões regulatórias e para reduzir a assimetria de informação entre reguladores e regulados.⁶²

A participação social, nesse contexto, não se apresenta como elemento meramente formal, mas como componente essencial da qualidade regulatória. Ao permitir que os grupos afetados contribuam com informações, percepções e críticas, a AIR amplia o espectro de análise dos impactos regulatórios e reduz o risco de decisões baseadas em diagnósticos incompletos ou enviesados. Tal diretriz é particularmente relevante em setores sensíveis, como o da saúde pública, nos quais os impactos regulatórios assumem elevada densidade social e distributiva.⁶³

Por fim, a AIR deve ser compreendida como parte integrante de um ciclo regulatório mais amplo, que não se esgota na edição da norma. A análise prévia dos impactos deve dialogar com etapas posteriores de implementação, monitoramento e eventual revisão normativa, permitindo que o Estado avalie se os objetivos originalmente propostos foram efetivamente alcançados e se os custos impostos à sociedade se mostraram proporcionais aos benefícios obtidos. Desse modo, a AIR consolida-se como instrumento fundamental de aprendizagem institucional e de aprimoramento contínuo da atividade regulatória, reforçando a racionalidade, a legitimidade e a eficiência da intervenção estatal na ordem econômica e social.⁶⁴

62 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 393.

63 BRASIL. Ministério da Saúde. **Orientações para a execução da Análise de Impacto Regulatório no Ministério da Saúde: descritivo do processo decisório**. Brasília, 2022.

64 BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). **O Guia de AIR – Módulo 3**. Brasília, 2020.

4. REGULAÇÃO ECONÔMICA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Este tópico examina a relação entre a regulação econômica setorial e a política de defesa da concorrência, destacando o papel complementar que esses dois instrumentos exercem na organização e no funcionamento dos mercados. Parte-se da compreensão de que ambos integram o conjunto de mecanismos de intervenção do Estado na ordem econômica, ainda que se orientem por lógicas e técnicas distintas.

A defesa da concorrência, exercida por autoridades antitruste como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tem por finalidade preservar a livre concorrência e coibir práticas que possam comprometer o ambiente competitivo. Já a regulação setorial, desempenhada por agências especializadas, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica, da Agência Nacional de Telecomunicações e do Banco Central do Brasil, volta-se à estruturação de setores específicos da economia, especialmente aqueles marcados por falhas de mercado e pela prestação de serviços essenciais.

Nesse contexto, o tópico aborda as diferentes formas de interação entre regulação setorial e política concorrencial, evidenciando que a coexistência desses modelos exige coordenação institucional e definição clara de competências. A partir dessas premissas, são apresentados os principais arranjos teóricos que explicam a divisão de tarefas entre reguladores setoriais e autoridades de defesa da concorrência, os quais servem de base para a análise desenvolvida nos subitens seguintes.

4.1. REGULAÇÃO SETORIAL E POLÍTICA CONCORRENCIAL: APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS

A promoção de um mercado justo e competitivo é fundamental para o desenvolvimento econômico e social de qualquer país. Nesse contexto, os órgãos de defesa da concorrência, também conhecidos como órgãos antitruste, e os órgãos de regulação setorial desempenham papéis cruciais. Enquanto os primeiros se concentram na prevenção e combate a práticas anticoncorrenciais, os últimos focam na regulação e supervisão de setores

específicos da economia, garantindo a prestação de serviços essenciais de forma eficiente e justa.⁶⁵

Os órgãos de defesa da concorrência, como o CADE no Brasil, têm a missão de garantir a livre concorrência no mercado. Eles atuam preventivamente, analisando fusões e aquisições para evitar a formação de monopólios e oligopólios que possam prejudicar os consumidores e a economia. Além disso, investigam e punem práticas anticoncorrenciais, como cartéis e abuso de posição dominante, assegurando que as empresas concorram de maneira justa e beneficiem os consumidores com melhores preços, qualidade e inovação (Brasil, 2011).

Por outro lado, os órgãos de regulação setorial, como a Anatel e o Bacen, são responsáveis por regular e supervisionar setores específicos da economia que, devido à sua natureza, requerem um controle mais direto e detalhado. Esses setores geralmente envolvem serviços públicos essenciais, como energia, telecomunicações e transportes. A regulação setorial visa garantir a prestação de serviços de qualidade, a preços justos, e promover a universalização do acesso a esses serviços, além de incentivar a eficiência e a inovação.

A interação entre os órgãos antitruste e os órgãos de regulação setorial é fundamental para assegurar que os mercados funcionem de maneira equilibrada. Enquanto os reguladores setoriais garantem que as empresas atuem conforme as normas específicas de cada setor, os órgãos de defesa da concorrência garantem que essas empresas não adotem práticas que distorçam a competição. Essa interação pode ser desafiadora, pois requer uma coordenação efetiva para evitar sobreposições de competências e conflitos de jurisdição.

Um exemplo prático dessa interação é observado no setor de energia. A Aneel regula as atividades das empresas de energia, estabelecendo tarifas, normas de qualidade e metas de universalização. Simultaneamente, o CADE atua para prevenir práticas anticoncorrenciais que possam surgir nesse mercado, como a formação de cartéis em licitações de energia ou abusos de posição dominante por parte de grandes empresas. Essa sinergia é essencial para pro-

65 KATO, Ricardo Lobo Torres. **Regulação econômica e concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 67.

mover um ambiente de negócios saudável e competitivo, que beneficie tanto os consumidores quanto a economia como um todo.

Partindo do pressuposto de que as agências de defesa da ordem econômica (antitruste), atuam de forma *ex post*, ou seja, são reacionárias. Seja na análise de atos de concentração, seja na apuração de condutas anticoncorrenciais, sua competência surge apenas em decorrência de determinado caso concreto. Não há, como na regulação setorial, publicação de normas disciplinando o comportamento de determinados agentes de um mercado específico. A intervenção é sempre pontual e direcionada aos agentes envolvidos no caso em análise.⁶⁶

Considerando também que o órgão regulador setorial tem por objetivo implantar determinadas condições de mercado em um setor específico da economia para garantir condições de acesso, qualidade da prestação de serviços, reprimir abusos, etc., significa dizer que ele atua em substituição aos mecanismos naturais daquele mercado, criando um sistema de mercado artificial, que supre as falhas existentes neste setor. A atuação é essencialmente *ex ante*, no estabelecimento de normas aplicáveis a todos os participantes daquele mercado, e complementarmente *a posteriori* – na fiscalização e controle do cumprimento dessas normas.⁶⁷

Com base nessa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência, Gesner Oliveira, Bruno Werneck e Eduardo Luiz Machado⁶⁸ definiram um critério para a divisão de tarefas entre os reguladores setoriais e as autoridades de defesa da concorrência. Encontram-se, em seguida, quatro opções em termos da relação entre defesa da concorrência e regulação setorial:

Num cenário de isenção antitruste, as Agências Reguladoras (AR) aplicam a legislação de defesa da concorrência, com a legislação específica prevalecendo sobre qualquer comando geral da lei antitruste. Nesse caso, a AR desempenha as três tarefas mencionadas anteriormente, enfatizando os aspectos regulatórios e deixando pouco ou nenhum espaço para a atuação da

66 KATO, Ricardo Lobo Torres. **Regulação econômica e concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 67.

67 KATO, Ricardo Lobo Torres. **Regulação econômica e concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 65-67.

68 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira**. Brasília: CNI, 2004.

autoridade de defesa da concorrência (AC). Pode-se até conceber situações em que a lei de concorrência não se aplica.⁶⁹

Num segundo cenário, o de competências concorrentes, tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as agências reguladoras possuem a competência para aplicar sanções antitruste e estabelecer normas de regulação econômica. Nesse contexto, ambas as entidades compartilham a responsabilidade de assegurar a aplicação das leis de defesa da concorrência e de criar regulamentos que orientem o comportamento econômico das empresas dentro de seus respectivos setores.⁷⁰

Num terceiro cenário, um cenário de competências complementares, as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Existe uma clara divisão de trabalho, na qual a Agência Reguladora se responsabiliza exclusivamente pelas tarefas de regulação técnica e econômica. Esta agência se dedica à elaboração e implementação de normas e regulamentos específicos que orientam e supervisionam o comportamento dos agentes econômicos em seu setor de atuação.⁷¹

Paralelamente, a autoridade de defesa da concorrência se concentra exclusivamente na aplicação da lei antitruste enquanto a autoridade regulatória se concentra na regulação do setor. Dessa forma, cada entidade opera dentro de um âmbito claramente definido, permitindo que a Agência Reguladora e a autoridade de defesa da concorrência trabalhem de maneira complementar, sem conflitos de competência. Isso garante uma abordagem mais eficiente e focada, na qual a regulação técnica e econômica é tratada separadamente da aplicação das normas antitruste, proporcionando uma estrutura regulatória mais robusta e organizada.

Num quarto cenário de regulação antitruste, a autoridade de defesa da concorrência assume a responsabilidade de aplicar tanto a lei antitruste quan-

69 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Defesa da concorrência e regulação setorial: experiências e desafios**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, n. 2, 2004, p. 79.

70 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Defesa da concorrência e regulação setorial: experiências e desafios**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, n. 2, 2004, p. 79.

71 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Defesa da concorrência e regulação setorial: experiências e desafios**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, n. 2, 2004, p. 80.

to as regulações técnica e econômica. Trata-se de um caso simétrico ao primeiro cenário, em que a maior ênfase recai tipicamente sobre a legislação antitruste, limitando a regulação técnica e econômica ao mínimo necessário.⁷²

4.2. COMPLEMENTARIEDADE E TENSÕES ENTRE REGULAÇÃO ECONÔMICA E ANTITRUSTE

A relação entre regulação econômica setorial e defesa da concorrência, no ordenamento jurídico brasileiro, revela-se estruturalmente marcada por um equilíbrio instável entre complementariedade funcional e tensão institucional. Em trabalho anterior, nós demonstramos que essa relação não pode ser compreendida a partir de uma lógica hierárquica simples, em que um dos polos prevaleceria automaticamente sobre o outro, mas sim como um arranjo policêntrico de competências, no qual diferentes órgãos estatais exercem funções distintas, ainda que incidentes sobre os mesmos mercados e agentes econômicos.⁷³

Do ponto de vista constitucional, essa tensão encontra fundamento direto no modelo de intervenção do Estado na ordem econômica delineado pelos arts. 170, 173 e 174 da Constituição Federal. Como já sustentamos anteriormente, o texto constitucional não consagra um modelo puro de livre concorrência, tampouco um modelo integralmente planejado, mas sim uma arquitetura híbrida, na qual convivem a liberdade de iniciativa, a função normativa e fiscalizadora do Estado e a possibilidade de intervenção direta por razões de interesse público. Essa conformação constitucional explica por que a defesa da concorrência, exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e a regulação setorial, desempenhada por órgãos como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e o Banco Central do Brasil (BACEN), são chamadas a atuar simultaneamente sobre a mesma realidade econômica.

72 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Defesa da concorrência e regulação setorial: experiências e desafios**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, n. 2, 2004, p. 80.

73 SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementariedade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

Sob a perspectiva funcional, a complementariedade entre regulação e antitruste manifesta-se, inicialmente, na diferença de temporalidade e de instrumentos de intervenção. Como demonstrado em nosso trabalho anterior, a regulação setorial atua predominantemente de forma *ex ante*, estabelecendo regras gerais e abstratas destinadas a moldar a estrutura do mercado, corrigir falhas estruturais, impor obrigações de universalização, garantir padrões mínimos de qualidade e, em determinados casos, substituir mecanismos concorrenciais considerados insuficientes ou disfuncionais.⁷⁴

O antitruste, por sua vez, opera majoritariamente de forma *ex post*, reagindo a condutas anticoncorrenciais específicas ou avaliando atos de concentração concretos à luz de seus efeitos sobre a estrutura e o funcionamento do mercado.

Essa distinção, contudo, longe de eliminar conflitos, constitui precisamente uma de suas principais fontes. Em trabalho anterior, nós argumentamos que, quando a regulação setorial cria um “mercado artificial”, nos termos da literatura econômica e jurídica, ela inevitavelmente redefine os parâmetros concorrenciais, o que pode gerar fricções com a atuação do CADE, especialmente quando este identifica efeitos anticompetitivos não antecipados, ou até tolerados, pelo regulador setorial.

Nessas hipóteses, a complementariedade transforma-se em tensão, pois ambos os órgãos passam a reivindicar legitimidade para intervir sobre o mesmo fenômeno econômico, ainda que a partir de racionalidades institucionais distintas. O debate teórico analisado em nosso trabalho anterior, notadamente a *State Action Doctrine* e a *Persuasive (ou Pervasive) Power Doctrine*, fornece importantes chaves interpretativas para compreender esse cenário.⁷⁵

A primeira, ao exigir a clara intenção estatal de substituir a concorrência e a supervisão ativa da conduta regulada, evidencia que a simples existência de regu-

74 SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementariedade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

75 SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementariedade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

lação não implica, automaticamente, imunidade antitruste. Já a segunda desloca o foco para a densidade e a profundidade dos poderes regulatórios exercidos por determinada agência, admitindo, em situações excepcionais, a absorção parcial ou total da análise concorrencial pelo regulador setorial. Em ambos os casos, como sustentamos anteriormente, o elemento decisivo não é apenas formal, mas material e funcional, exigindo análise concreta da atuação institucional.

No plano empírico, essa tensão manifesta-se de forma particularmente expressiva nos casos de competências concorrentes, isto é, naquelas situações em que tanto o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quanto a agência reguladora setorial dispõem de fundamento legal expresso para intervir sobre a mesma conduta ou estrutura de mercado. O caso *Embratel x Telesp*, examinado de maneira aprofundada em nosso trabalho anterior, constitui exemplo paradigmático dessa sobreposição institucional. Nesse episódio, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) instaurou procedimento administrativo para apurar suposta prática discriminatória no fornecimento de Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD), ao passo que o CADE, provocado posteriormente, passou a examinar os mesmos fatos sob a ótica da repressão às infrações contra a ordem econômica. A atuação paralela das duas autarquias, ambas, à época, juridicamente autorizadas a conceder medidas preventivas, evidenciou não apenas o risco concreto de duplicidade decisória, mas também a ausência de critérios normativos claros quanto à precedência institucional, à prevenção ou à coordenação procedimental. Tal quadro revelou, de forma inequívoca, como a coexistência de competências pode gerar incertezas quanto à autoridade decisória final, comprometer a coerência das respostas estatais e tensionar os limites entre a regulação setorial, orientada por considerações técnicas e estruturais, e a atuação antitruste, voltada à preservação imediata da concorrência no mercado.⁷⁶

Como já destacamos, não se tratava de um conflito meramente burocrático, mas de uma divergência substantiva sobre a forma adequada de disciplinar uma prática com impactos técnicos e concorrenciais relevantes.

76 SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementaridade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

Situação análoga, embora dotada de contornos institucionais próprios, pode ser identificada no âmbito do sistema financeiro nacional, setor marcado por elevado grau de regulação prudencial, forte assimetria informacional e acentuada sensibilidade sistêmica. Em trabalho anterior, nós demonstramos que o conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN), no emblemático caso Bradesco/Banco de Crédito Nacional (BCN), evidenciou de forma clara os limites materiais da atuação antitruste em mercados submetidos a um regime regulatório especializado e intensivo.

Naquele contexto, a sobreposição entre a competência geral do CADE para o controle de atos de concentração e a competência específica do BACEN para autorizar operações envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional deu ensejo a um conflito interpretativo resolvido, em última instância, pela prevalência da regulação setorial. A solução adotada, amparada no princípio da especialidade e na natureza prudencial da regulação financeira, revelou como a defesa da concorrência pode ser funcionalmente relativizada diante da necessidade de preservação da estabilidade do sistema financeiro, da confiança dos agentes econômicos e da prevenção de riscos sistêmicos, ainda que isso implique restrições significativas à incidência plena do direito antitruste.

A prevalência da competência do Bacen, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça com fundamento no princípio da especialidade e na legislação específica do sistema financeiro, evidencia que a complementariedade entre regulação e concorrência pode, em determinados contextos, assumir a forma de subordinação funcional do antitruste, com riscos evidentes de esvaziamento de sua eficácia material.⁷⁷

Diante desse quadro, sustentamos em trabalho anterior que a solução institucional mais adequada não reside na eliminação das sobreposições, o que seria incompatível com o modelo constitucional brasileiro, mas na construção de mecanismos estruturados de coordenação interinstitucional.

⁷⁷ SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementariedade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

Acordos de cooperação técnica, memorandos de entendimento e práticas de diálogo permanente entre reguladores e autoridade antitruste representam tentativas de converter conflitos potenciais em complementariedade operacional. Todavia, como já advertimos, tais instrumentos possuem limites evidentes e não substituem a necessidade de maior clareza normativa e de uma teoria mais consistente sobre os limites materiais da regulação frente à defesa da concorrência.

Em síntese, a relação entre regulação econômica e antitruste no Brasil deve ser compreendida como um campo de tensão permanente, no qual coexistem cooperação e conflito, especialização e sobreposição, autonomia e interdependência. Como defendemos em trabalho anterior, o desafio central do sistema não é escolher entre regulação ou concorrência, mas articular ambas de forma racional, preservando simultaneamente a eficiência regulatória, a proteção da ordem econômica concorrencial e a segurança jurídica dos agentes de mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida demonstra que a regulação econômica constitui elemento estrutural do modelo constitucional brasileiro de intervenção na ordem econômica, não como negação da livre iniciativa ou da concorrência, mas como instrumento destinado a preservar sua funcionalidade diante de falhas de mercado persistentes. Externalidades, bens públicos, monopólios e assimetrias de informação evidenciam que a autorregulação dos mercados é insuficiente para assegurar resultados eficientes e socialmente desejáveis, legitimando a atuação estatal como mecanismo corretivo e organizador.

Todavia, o reconhecimento das falhas de mercado não autoriza uma concepção maximalista da intervenção estatal. A própria Análise Econômica do Direito revela que políticas públicas e instrumentos regulatórios também produzem custos, distorções e incentivos adversos, configurando as denominadas falhas de governo. A atuação regulatória, portanto, deve ser compreendida como escolha institucional inevitavelmente imperfeita, orientada pela lógica do *second best*, na qual se busca a alternativa comparativamente mais eficiente, e não uma solução idealizada.

Nesse cenário, a Análise de Impacto Regulatório assume papel central como mecanismo de racionalização da atividade normativa administrativa. Ao exigir a identificação clara do problema regulatório, a avaliação de alternativas e a consideração explícita dos impactos econômicos e sociais, a AIR contribui para a redução de decisões arbitrárias, para o aumento da transparência e para a ampliação da legitimidade democrática da regulação. Trata-se de instrumento que fortalece a qualidade regulatória sem eliminar a discricionariedade administrativa, convertendo-a em discricionariedade racionalmente justificada.

No plano institucional, a relação entre regulação setorial e defesa da concorrência revela-se como um dos principais desafios do Estado Regulador brasileiro. A complementariedade entre a atuação *ex ante* dos reguladores e a intervenção *ex post* do antitruste não afasta tensões decorrentes de sobreposição de competências e racionalidades distintas. A experiência nacional evidencia que a simples prevalência formal de um modelo sobre o outro não oferece solução satisfatória, sendo necessária a construção de mecanismos de coordenação institucional, diálogo permanente e critérios materiais de delimitação de competências.

Como agenda propositiva, impõe-se o fortalecimento de práticas estruturadas de cooperação entre agências reguladoras e autoridades concorrenciais, sem prejuízo da preservação de suas funções institucionais próprias. A consolidação da AIR como etapa obrigatória e efetiva do ciclo regulatório, associada a mecanismos de monitoramento e revisão normativa, revela-se igualmente essencial para o aprimoramento contínuo da intervenção estatal. Em última análise, o desafio central do sistema regulatório brasileiro consiste em articular regulação econômica e defesa da concorrência de modo a preservar simultaneamente a eficiência dos mercados, a segurança jurídica e a realização dos valores constitucionais da ordem econômica.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 8. ed. rev. e ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.

BERTI, Lapo. **Il mercato oltre le ideologie**. Milão: Università Bocconi Editore, 2006.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília, 2018.

BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). **O Guia de AIR – Módulo 3**. Brasília, 2020.

BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). **Política e Análise Regulatória – Módulo 1**. Brasília, 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Orientações para a execução da Análise de Impacto Regulatório no Ministério da Saúde: descritivo do processo decisório**. Brasília, 2022.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

KATO, Ricardo Lobo Torres. **Regulação econômica e concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências Reguladoras: a experiência internacional e a avaliação da proposta de lei geral brasileira**. Brasília: CNI, 2004.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economía y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

ORTIZ, Gaspar Ariño apud CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998.

PERROT, Abedelo. **La intervención administrativa**. Buenos Aires, 1994.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementaridade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.