



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial: projeto de indução exógena de regulação responsiva ou fonte de conflito interinstitucional?

The "Intensive Front for Regulatory and Competition Assessment": a project of exogenous induction of responsive regulation or a source of inter-institutional conflict?

Felipe Leitão Valadares Roquete

Resumo: A criação da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (Fiarc), vinculada à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (Seae/ME), agrega complexidade ao cenário institucional brasileiro. Em uma conjuntura na qual Poder Judiciário, Poder Executivo, Agências Reguladoras, Poder Legislativo e Tribunal de Contas da União têm conduzido ações que impactam o ambiente regulatório, a atuação da Fiarc, ao levar a cabo iniciativas que visam à avaliação da qualidade de atos regulatórios regularmente emitidos, pode vir a induzir exogenamente a adoção de estratégias regulatórias baseadas na persuasão e na negociação. No entanto, conclui-se aqui que, devido (i) às características do desenho institucional da Fiarc e (ii) às dificuldades inerentes à operacionalização dos instrumentos da regulação responsiva, os resultados efetivos dependerão, em grande medida, da forma de implementação dos instrumentos à disposição da Fiarc, uma vez que há riscos, não desprezíveis, de surgirem (ou se reforçarem) conflitos interinstitucionais.

Palavras-chave: Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial; FIARC; Regulação responsiva; Inovação institucional; Conflito interinstitucional.

Abstract: The creation of the "Intensive Front for Regulatory and Competition Assessment" (Fiarc), linked to the Department of Advocacy for Competition and Competitiveness of the Ministry of Economy, adds complexity to the Brazilian institutional scenario. In a context in which the Judiciary, Executive, Regulatory Agencies, Legislative and the Federal Court of Auditors have taken actions that impact the regulatory environment, the performance of Fiarc, by carrying out initiatives aimed at evaluating the quality of regulatory acts regularly issued, may exogenously induce the adoption of regulatory strategies based on persuasion and negotiation. However, it is concluded here that, due to (i) the characteristics of the institutional design of Fiarc and (ii) the difficulties inherent in the operationalization of the responsive regulation tools, the results will depend, to a large extent, on the way in which Fiarc's instruments are implemented, since there are risks, not negligible, of arising (or strengthening) inter-institutional conflicts.

Keywords: Intensive Front for Regulatory and Competition assessment; FIARC; Responsive regulation; Institutional innovation; Inter-institutional conflict.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p28-43>

A FRENTE INTENSIVA DE AVALIAÇÃO REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL: PROJETO DE INDUÇÃO EXÓGENA DE REGULAÇÃO RESPONSIVA OU FONTE DE CONFLITO INTERINSTITUCIONAL?

*Felipe Leitão Valadares ROQUETE**

1 Introdução; 2 Inovação institucional e teoria da regulação; 3 A Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial e a regulação responsiva: uma primeira aproximação; 4 Fiarc e os desafios da operacionalização: entre a indução exógena de regulação responsiva e o conflito interinstitucional; 5 Conclusões; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo pretende analisar a criação da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (Fiarc) — vinculada à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (Seae/ME) — sob a lente analítica da regulação responsiva.

O cenário institucional brasileiro traz desafios no que tange à identificação das competências, funções e objetivos dos diversos atores que compõem a estrutura organizacional do sistema regulatório.

Dessa forma, em uma conjuntura na qual Poder Judiciário, Poder Executivo, Agências Reguladoras, Poder Legislativo e Tribunal de Contas da União têm levado a cabo ações que impactam o ambiente regulatório, a Fiarc agrega ainda mais complexidade ao sistema brasileiro, principalmente porque se trata de uma iniciativa — conduzida por órgão do Poder Executivo — que visa à avaliação da qualidade de atos regulatórios regularmente emitidos.

Nesse sentido, a partir da análise da Fiarc, buscar-se-á responder à seguinte pergunta: é possível que aquela inovação induza, exogenamente, a adoção de modelo de regulação responsiva pelos reguladores brasileiros?

Além da presente introdução, o artigo estrutura-se em cinco seções: (i) a segunda seção apresenta o objeto da análise, bem como a pergunta-chave do artigo; (ii) a terceira seção delinea as principais características da Fiarc, cotejando-as com o mo-

**Bacharel em Direito (UFMG), Mestre em Ciência Política (UnB) e Doutorando em Direito da Regulação (FGV-RJ). Atualmente é servidor público federal da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, atuando como Coordenador-Geral de Análise Antitruste da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. E-mail: felipe.roquete@fgv.edu.br.*

delo de regulação responsiva, (iii) a quarta seção busca identificar os principais desafios para a operacionalização da regulação responsiva por intermédio da Fiarc e, finalmente, (iv) a quinta seção traz as conclusões.

2. Inovação institucional e teoria da regulação

Inovações institucionais não surgem ao acaso. Em que pese a existência de diversos exemplos de inovações com propósitos mal desenhados, finalidades equivocadas ou simplesmente destinadas a não produzirem efeitos substantivos, a criação de regras que visem à regulação de condutas em determinados mercados merece, sempre, uma análise consequente e contextualizada, a fim de possibilitar — a partir da identificação de seus fundamentos — a aferição de como se inserem (e quais impactos trazem) no sistema regulatório.

Por essa razão, a publicação da Instrução Normativa nº 97 (IN 97/2020), em 02 de outubro de 2020, por intermédio da qual a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (Seae/ME) criou a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (Fiarc)¹, consiste em uma inovação institucional relevante, que mereceria uma análise detida por todos aqueles que se interessam pela forma de funcionamento do sistema regulatório pátrio.

A referida Instrução Normativa buscava, em linhas gerais, densificar comandos contidos na denominada Lei de Liberdade Econômica², mais especificamente as medidas que a Seae poderia adotar para o melhoramento do ambiente regulatório e concorrencial no país.

Em um cenário no qual Poder Judiciário, Poder Executivo, Agências Reguladoras³, Poder Legislativo e Tribunal de Contas da União⁴ têm competência para tomar decisões sobre a aplicabilidade de atos normativos regulatórios, a Fiarc deve ser compreendida, assim, como uma iniciativa, conduzida por uma secretaria vinculada ao Poder Executivo, que agrega complexidade ao sistema.

Mas tal contexto, *per se*, não esgota os motivos pelos quais considera-se relevante analisar a criação da Fiarc: para além da inovação institucional, importa aferir como a Fiarc pode ser compreendida na perspectiva da teoria da regulação⁵.

¹ Além de criar a Fiarc, a Instrução Normativa detalhava as competências legais da Secretaria, já reconhecidas pelo mercado e pelos demais órgãos públicos.

² Fundamentalmente, os incisos do caput do art. 4º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

³ Apesar do vínculo com o Poder Executivo, as agências reguladoras têm competência regulamentar autônoma.

⁴ Da mesma forma, em pese o fato de o TCU ser um órgão auxiliar do Congresso Nacional, a (auto) expansão de suas competências é uma realidade reconhecida por parte significativa da literatura que analisa o comportamento dos órgãos de controle.

⁵ Nesse sentido, a Fiarc representaria uma espécie de evidência empírica do que motiva os atores em um contexto histórico particular, o que possibilitaria descortinar, ao menos em parte, qual o objetivo de suas

Em que pese o fato de a Seae — e, por óbvio, a Fiarc — não possuírem competência para regular mercados, seus objetivos institucionais e atos recentes denotam, de forma transparente, a intenção de influírem no modelo regulatório adotado pelos reguladores brasileiros.

O presente artigo pretende qualificar tal inovação institucional à luz do modelo de regulação responsiva. Em suma, a pergunta central poderia ser apresentada da seguinte maneira: é possível que a Fiarc induza, exogenamente, a adoção de modelo transversal de regulação responsiva no país?

Mas, antes de realizar tal análise compreensiva, é necessário um passo atrás. A seguir, apresentaremos os principais aspectos da Fiarc, cotejando-os com as características do modelo da regulação responsiva.

3. A Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial e a regulação responsiva: uma primeira aproximação

A Instrução Normativa 97/2020, além de descrever as condutas passíveis de qualificação como abuso regulatório e concorrencial⁶, instituía um novo procedimento de investigação, por intermédio do qual a Seae poderia analisar atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal e propor medidas para a melhoria regulatória e do ambiente de negócios.

Ainda que o mandato amplo não constituísse, em si, uma inovação⁷, a criação de um procedimento administrativo investigatório autônomo para analisar, por exemplo, se novas normas apresentadas por agências reguladoras poderiam constituir abuso regulatório adicionou um elemento novo ao cenário institucional brasileiro.

Se, anteriormente, o papel da Seae era, em grande medida, reativo e meramente sugestivo — pois o exercício do papel de *advocacy* dava-se de maneira pontual, via de regra mediante provocação e era operacionalizada de forma bilateral⁸ — a criação

condutas em determinado momento. Vide AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation. Transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p.24.

⁶ Em suma, quaisquer atos normativos que pudessem produzir os seguintes efeitos: reserva de mercado; enunciados anti-concorrenciais; especificação técnica não necessária ao fim almejado; enunciados anti-inovação e anti-adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócio; aumento dos custos de transação sem demonstração de benefícios; criação de demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional; introdução de limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; restrição ao uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico; e exigência de requerimentos que mitiguem os efeitos da dispensa de ato público de liberação em atividades econômicas de baixo risco.

⁷ Dado que tal competência já lhe fora atribuída pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011) e pela Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019).

⁸ Ou seja, as recomendações da Seae eram encaminhadas para o órgão responsável pelo ato normativo analisado e, a partir de tal ponto, encerrava-se a atuação de *advocacy*, sem que, necessariamente, fosse dada publicidade às conclusões da secretaria.

da Fiarc (e do procedimento administrativo autônomo correlato) agregou novas características à atuação da secretaria, principalmente no que se refere a temas regulatórios⁹. Nesse sentido, é possível — a partir da análise da IN 97/2020 — destacar os seguintes aspectos, cujos impactos para o ambiente regulatório brasileiro serão analisados oportunamente:

a) iniciativa: foi ampliado o rol de atores que poderia requisitar o início de investigações por suposto abuso de poder regulatório, garantindo-se, ademais, proeminência à Seae na seleção dos casos a serem priorizados;

b) publicidade: a fim de colher informações junto aos atores possivelmente afetados, é aberta a possibilidade de realização de consultas, audiências públicas ou tomada de subsídios¹⁰, o que garante ampla divulgação da investigação sobre o suposto abuso regulatório;

(c) estruturação: a Fiarc apresenta-se como uma iniciativa contínua, ou seja, como um “guichê” permanentemente aberto ao recebimento de denúncias, em detrimento de uma atuação meramente episódica e pontual¹¹;

(d) participação: foi institucionalizada a abertura para que atores e agentes do mercado — por intermédio das consultas, audiências públicas ou tomada de subsídios — se posicionassem e fornecessem informações acerca do suposto abuso regulatório;

(e) procedimentalização: a participação não apenas dos supostos atores afetados, mas obrigatoriamente do órgão público responsável pelo suposto abuso regulatório — que, necessariamente, deve ser comunicado previamente sobre o procedimento e instado a se manifestar — busca garantir que o procedimento, bem como o resultado, seja considerado legítimo;

(f) resultados: o procedimento investigatório é orientado à realização de análises *ex post* de atos normativos e, dada a incompetência da Seae para suspender os efeitos e/ou anular o ato, visa à produção de resultados meramente reputacionais e simbólicos.

Dessa forma, a Fiarc parece ir ao encontro de princípios caros ao modelo de regulação responsiva — pois passa ao largo de uma visão restritiva de princípios como a indisponibilidade do interesse público e a legalidade estrita, na qual a imposição de penalidades é a estratégia principal — posto que busca desenvolver procedimentos

⁹ Alguns analistas rotularam a atuação da Seae, a partir da Fiarc, como “advocacia da concorrência com dentes”.

¹⁰ Esta tem sido a regra nas primeiras quatro investigações já iniciadas: foram abertas audiências públicas, seguidas de tomadas de subsídios.

¹¹ Ainda que o artigo 20 tenha determinado que, durante o primeiro ano de vigência da Instrução Normativa, haveria limitações de escopo e quantitativas quanto às investigações que poderiam ser iniciadas no âmbito da Fiarc.

que visam à superação da regulação baseada em “comando-controle” normalmente associada à atividade estatal¹².

Nesse sentido, a regulação responsiva sugere que uma análise contextualizada do ambiente regulatório e da conduta dos agentes regulados deve ser o insumo básico para que o regulador decida qual o grau necessário de intervenção. Assim, requer-se — a partir da abordagem responsiva — que os reguladores constantemente desafiem o pressuposto de que uma determinada conduta irregular necessariamente deveria implicar uma correlata intervenção. É importante, assim, apresentar — ainda que em linhas gerais — alguns supostos da abordagem responsiva, nos termos de Ayres e Braithwaite (1992, p. 19):

(a) a regulação dá-se por intermédio de interações iterativas entre os reguladores e regulados. Contudo, os agentes regulados são múltiplos e, portanto, não devem ser compreendidos como uma unidade estanque e homogênea¹³. A fim de possibilitar o desenho de estratégias regulatórias minimamente efetivas, é fundamental considerar tal heterogeneidade, definindo objetivos próprios para cada nível de agregação dos múltiplos atores (setores de empresas, empresas, grupos de empresas e associações de empresas)¹⁴;

(b) os atores regulados possuem móveis contraditórios¹⁵ — em outras palavras, conformam valores acerca da obediência às normas, da responsabilidade empresarial e da racionalidade econômica — e são integrados por pessoas que podem alterar sua forma de agir (transitando entre o estrito cumprimento da lei, em um extremo, e a busca da maximização do lucro, em outro) de acordo com o contexto¹⁶;

¹² Nesses casos, a responsabilização pessoal do administrador público ou a imposição de multas — características de uma abordagem tradicional baseada em “comando e controle” — é vista como uma estratégia do tipo first-best, que necessariamente, devido ao efeito dissuasório, implicaria maior observância da norma pelos agentes regulados.

¹³ Em suma, a cooperação como primeira opção busca dar oportunidade aos demais atores se apresentarem cooperativamente. Da mesma forma, a punição deve ser a promessa crível àqueles que optam pelo desvio, de forma a conduzi-los à cooperação, e a condescendência — na forma de possibilitar uma “segunda chance” — a estratégia destinada àqueles que mostram sinais de abandonar o desvio em favor da cooperação.

¹⁴ Não se está aqui idealizando o perfil dos reguladores — que também podem possuir identidades e móveis contraditórios — mas apenas enfatizando que a dinâmica regulatória pode ser impactada quando determinados perfis de reguladores e regulados interagem com maior frequência.

¹⁵ Dada a diversidade motivacional dos agentes regulados — em um extremo, aqueles motivados exclusivamente pela busca do lucro e, em outro, aqueles motivados por valores sociais amplos, com todos os matizes intermediários — a estratégia flexível do TFT seria a mais adequada para lidar com as diversas situações e combinações possíveis.

¹⁶ Uma política predominantemente punitiva fomentaria uma subcultura empresarial de resistência à regulamentação e, assim, dissiparia a vontade de atores bem-intencionados de atuar de maneira conforme à regulação. O problema com o modelo de persuasão, no entanto, baseado em uma compreensão das pessoas como seres razoáveis, de boa fé e motivadas a cumprir a lei, é que tal modelo falha em reconhecer que existem alguns que não se encaixam naqueles supostos e que se aproveitarão de serem assim caracterizados (erroneamente).

(c) se os atores regulados são estritamente motivados pela racionalidade econômica, uma estratégia regulatória baseada na persuasão e na autorregulação não logrará obter conformidade daqueles atores; se os atores regulados são estritamente motivados pelo senso de responsabilidade, uma estratégia regulatória baseada na sanção minará a boa vontade daqueles atores;

(d) não apenas o custo é um fator que deve ser considerado na definição da estratégia regulatória — pois a punição é cara e a persuasão, barata — mas também o custo de oportunidade, pois o investimento necessário à construção de um sistema baseado em punição (em termos temporais, de recursos humanos e de recursos financeiros) poderia ser melhor alocado caso destinado ao monitoramento e à persuasão;

(e) estratégias regulatórias baseadas em punição podem dar início a um círculo vicioso no qual atores regulados desafiam a regulação (explorando as brechas das normas) e, assim, o regulador torna-se premido a criar novas normas para evitar o desvio, o que acaba por fomentar uma cultura empresarial resistente à regulamentação.

É perceptível, portanto, que o modelo da regulação responsiva possui, nos termos de Parker (2013, p. 06), em sua essência, um caráter dinâmico¹⁷, que busca garantir sua efetividade mediante a construção de estratégias contextualizadas, adequando-as ao cenário institucional.

E, dentre tais estratégias, algumas merecem uma análise mais detalhada, seja pelo impacto na literatura, seja pelo seu caráter intuitivo. Destacaremos duas, umbilicalmente ligadas: a estratégia de *tit-for-tat* e as pirâmides (de *enforcement* e de estratégias)¹⁸.

O *tit-for-tat* (TFT) — que traz a ideia de “retaliação equivalente ao dano originariamente causado” — é apresentada como uma estratégia de *enforcement* regulatório que se pretende contingentemente severa e indulgente. Em outras palavras, a TFT propõe (re)organizar o leque de sanções disponíveis de forma a fomentar cooperação e conformidade — o regulador se absteria de uma resposta punitiva enquanto o regulado estivesse cooperando, mas quando aquele cedesse à tentação de se aproveitar da postura cooperativa do regulador e descumprisse a norma, o regulador passaria de uma postura cooperativa para uma resposta dissuasória — e, para tanto, parte do suposto de que os reguladores serão mais capazes de persuadir se têm, à sua disposição, não apenas sanções mais severas, mas também (o que é crucial) uma hierarquia de sanções menos severas.

¹⁷ Parcela significativa do impacto da abordagem responsiva advém do reconhecimento de que agentes reguladores precisavam compreender as mudanças nas relações de poder e as alterações nas fronteiras entre o público e o privado que conformam o próprio Estado.

¹⁸ Propostas por Ayres e Braithwaite (1992, p. 19).

Segundo Ayres e Braithwaite (1992, p. 43), a probabilidade de sucesso na persuasão dos agentes regulados estaria ligada, em grande medida, ao conceito de *benign big guns*¹⁹, ou seja, ao efeito dissuasório da existência de sanções extremamente severas, ainda que raramente utilizadas de fato pelos reguladores.

É possível visualizar tal perspectiva a partir do recurso da pirâmide de *enforcement* — conforme a Figura 01 — que exemplifica as estratégias que devem ser priorizadas pelo regulador: partindo-se da base, as estratégias calcadas na persuasão e fomento à colaboração e, chegando ao topo, as punições mais severas e raramente utilizadas (*benign big guns*).



Figura 01 - Exemplo de possível pirâmide de estratégias de enforcement

Fonte: adaptado de Ayres e Braithwaite (1992).

Em tal perspectiva, a escala dissuasória permite que reguladores fomentem a colaboração e conformidade, uma vez que as opções disponíveis possibilitam que eventuais desvios sejam sancionados de acordo com sua gravidade, bem como respeitando o histórico dos agentes regulados²⁰.

Da mesma forma, a pirâmide das estratégias regulatórias — conforme a Figura 02 — apresenta uma proposta que possibilitaria lidar não apenas com agentes regulados isoladamente considerados, mas que fosse capaz de estabelecer um desenho de sistema regulatório aderente ao mercado regulado como um todo:

¹⁹ A plausibilidade das estratégias regulatórias baseadas no TFT está amplamente em consonância com a literatura recente sobre punições mais severas (super-punishment): há incentivos que fomentam a cooperação dos regulados punidos porque, ao cooperar, o regulado pode passar mais rapidamente da punição mais severa para a conformidade.

²⁰ Nesse sentido, evita-se o paradoxo verificado em sistemas regulatórios que, por possuírem apenas sanções severas, usualmente não as aplicam (dada a impossibilidade pragmática de fazê-lo para todo e qualquer desconformidade) e, assim, induz um cenário de insuficiência regulatória de fato. Vide AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation. Transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p.36.

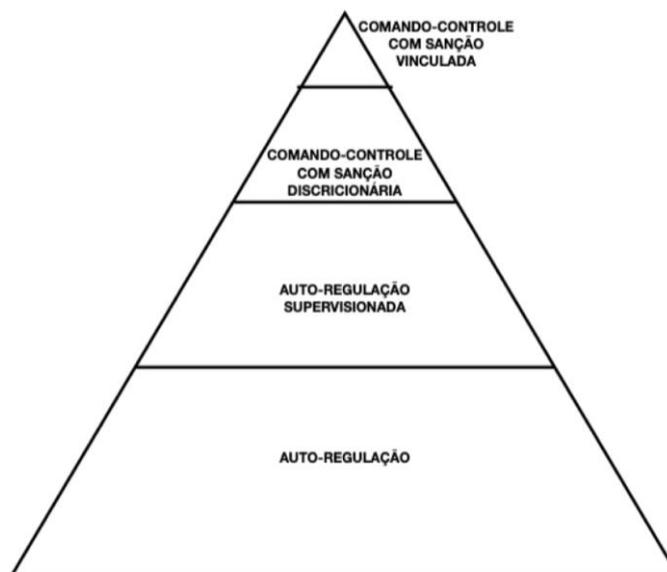


Figura 02 - Exemplo de possível pirâmide de estratégias regulatórias
Fonte: adaptado de Ayres e Braithwaite (1992).

A existência dos gradientes nas duas pirâmides busca, assim, canalizar a maior parte da ação regulatória para a base, onde se encontram a persuasão e a auto-regulação como estratégias preferenciais²¹. Assim, a abordagem responsiva, nos termos de Parker (2031, p. 03) se coloca o desafio de explicar como os agentes respondem a obrigações de cumprir determinadas regras a fim de desenhar uma teoria regulatória baseada em evidências que fomente cooperação e conformidade.

Uma vez destacadas as principais características da Fiarc e do modelo da regulação responsiva — sinalizando eventuais linhas de continuidade e complementaridade — resta-nos passar à identificação dos principais desafios que sua operacionalização pode enfrentar.

4. Fiarc e os desafios da operacionalização: entre a indução exógena de regulação responsiva e o conflito interinstitucional

A regulação responsiva pode ser compreendida como expressão de movimento mais amplo — de reconhecimento das inadequações e incapacidades do Estado exercer suas funções regulatórias, nos termos de Black (2017, p. 138)²² — que busca, mediante incentivo à coordenação entre os agentes envolvidos no sistema regulatório,

²¹ A sinalização da capacidade aplicar sanções mais severas pode criar um clima regulatório menos litigioso do que seria possível, caso o regulador descartasse a punição como uma opção.

²² Seriam quatro as opções disponíveis ao Estado: (i) o fortalecimento das capacidades de governança, (ii) a realocação da função de governança para outras esferas, como o mercado, (iii) a recombinação dos mecanismos de controle ou (iv) a descentralização, isto é, a redução do papel de governança do Estado, mas sem resultar na dominação de nenhum outro sistema.

promover mudança da regulação estatal, descentralizando-a e, assim, adotando estratégias indiretas ou negociadoras de regulação²³.

Nesse sentido, é importante destacar que a Fiarc buscou enfrentar — por intermédio de dispositivos específicos em seu procedimento investigatório — dificuldades relativas a questões de coordenação²⁴, fato que, à primeira vista, denota uma sinalização em direção a uma abordagem responsiva da regulação. Em que pese o fato, repise-se aqui, de a Seae/Fiarc não possuírem competência para regulação de mercados, sua atuação denota nítida intenção de influenciar a forma pela qual operam os reguladores brasileiros²⁵. Assim, o problema de coordenação entre os agentes participantes do sistema regulatório tem sido abordado, no âmbito da Fiarc, por intermédio das seguintes iniciativas:

a) formalização de acordos de cooperação com agentes regulados e reguladores, a fim de possibilitar a coleta de informações e insumos sobre o funcionamento dos mercados regulados e as condutas dos agentes;

b) incorporação de uma gama diversa de atores como participantes da iniciativa, mediante a ampliação de agentes aptos a solicitar abertura de procedimentos investigatórios²⁶ e a colaborar durante a instrução dos feitos²⁷.

Tais iniciativas, principalmente quando analisadas em conjunto com a persistente publicidade e transparência dos atos da Fiarc²⁸, funcionam como uma espécie de

²³ O direito procedimental consistiria na adoção de mecanismos indiretos para a regulação de comportamentos sociais, a regulação de organização e procedimentos, e a redistribuição de poder e competências.

²⁴ A promoção da articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não-governamentais envolvidos nas atribuições da Seae é um dos preceitos da IN 97/2020.

²⁵ Ainda que seja possível afirmar que a Lei de Liberdade Econômica pode ser interpretada como uma iniciativa que busca implementar ações que caminham no sentido da desregulação, a forma pela qual a Fiarc tem sido objetivamente implementada merece uma análise contextualizada. Assim, é possível — como se defende aqui — que haja uma dissonância entre os comandos e valores da Lei de Liberdade Econômica e a implementação de alguns de seus dispositivos.

²⁶ Conforme artigo 13 da IN 97/2020: (i) encaminhamentos do Programa de Melhoria Contínua de Competitividade (fórum, interno ao Ministério da Economia, no qual a Seae possui assento), (ii) requerimentos advindos de termos de cooperação ou declarações conjuntas entre a Seae e diversos entes (entidades ou associações, inclusive representantes do setor produtivo, constituídas legalmente sem fins lucrativos; entidades ou associações acadêmicas; órgãos, entes ou representantes de nações parceiras comerciais; profissionais, consultores ou acadêmicos, associados ou não, reconhecidos amplamente como possuidores de relevante experiência e conhecimento; ou órgãos ou entidades da Administração pública, ou demais poderes) e (iii) requerimentos de ofício, pela própria Secretaria, como resultante de Requerimento de Informação encaminhado pelo Congresso Nacional.

²⁷ Destaque-se, por exemplo, a possibilidade de agentes regulados ou outros atores interessados participarem, como *amicus curiae*, da investigação.

²⁸ Antes de sua publicação, o texto da IN 97/2020 foi submetido a Consulta Pública — Consulta Pública Seae 01/2020, conforme Aviso publicado no Diário Oficial da União, Seção 3, n. 135, de 16/07/2020, p. 26 — e um dos fundamentos de tal decisão referia-se à necessidade de garantir a participação dos agentes regulados e órgãos reguladores:

10. Adicionalmente, acreditamos que este instrumento, em harmonia com as inovações legais e infra-legais supramencionadas, será de capital relevância para garantir um melhor desempenho do Brasil nos índices internacionais. Nesse sentido, o presente processo de consulta pública visa dar **transparência**,

antídoto para o problema da ação coletiva, pois permitem fomentar não apenas a coordenação entre os diversos atores (sinalizando quais seriam as estratégias regulatórias adequadas), mas também ampliar os canais de comunicação institucionalizada (criando espaços e procedimentos para que os agentes participem formalmente do processo decisório) e incentivar a cooperação (construindo parâmetros comuns para avaliação acerca das políticas regulatórias).

Veja-se, por exemplo, que as cinco investigações ora em curso foram iniciadas a partir de representações encaminhadas por duas empresas privadas (Contabilizei Contabilidade Ltda. e Buser Brasil Tecnologia Ltda.), um sindicato patronal (Sindicato Nacional das Empresas de Navegação de Apoio Portuário), um instituto privado (Instituto Brasileiro de Petróleo) e uma associação de usuários de serviço público concessionado (Associação de Usuários dos Portos da Bahia)²⁹, a indicar que — ao menos no início de seu funcionamento — a Fiarc logrou incluir diversos atores no processo de avaliação dos atos regulatórios.

Considerando-se, como Parker (2013, p. 05) que é fundamental, na perspectiva da regulação responsiva, a participação de grupos de interesse a fim de manter tanto os reguladores quanto os agentes regulados responsáveis pela negociação acerca do exercício da discricionariedade regulatória — e, além disso, que é importante pensar o jogo regulatório como jogado por níveis mais agregados do que a empresa, incluindo na análise as associações e sindicatos — a Fiarc descortina, no cenário regulatório brasileiro, um espaço institucionalizado para a participação de diversos atores, públicos e privados. Ainda que tal fato, isoladamente, não tenha condão de garantir a implementação de um modelo de regulação responsiva, sem a existência de tal espaço dificilmente seria possível avançar, de forma incremental, em direção a estratégias menos intervencionistas de regulação.

Assim, a Fiarc, uma iniciativa que busca realizar a avaliação *ex post* de determinadas normas — sob a perspectiva do abuso regulatório — parece sinalizar, ainda que por vias transversas³⁰, a relevância da participação dos regulados não apenas em processos de revisão normativa, mas mesmo no momento de sua elaboração³¹, a indicar que tal participação pode tornar mais crível o estabelecimento de compromissos negociados em torno de um modelo regulatório calcado na persuasão e na auto-regulação.

previsibilidade e garantia de participação, tantos aos agentes econômicos quanto aos reguladores, aos princípios e disposições que orientarão os trabalhos internos da SEAE no futuro próximo. (grifo nosso)

²⁹ Que se insurgiram, respectivamente, diante das seguintes normas regulatórias: Norma Brasileira de Contabilidade NBC PG 01/2019, Resolução ANTT 4777/2015, Decreto 5.269/2004, Portaria CNEN 279/1997 e Resolução Normativa ANTAQ 34/2019.

³⁰ Pois trata-se de iniciativa voltada à avaliação *ex post* de norma regulatória e não de estratégia para fomentar a participação no momento de elaboração normativa.

³¹ Os diagnósticos e as prescrições de proceduralização sugerem que o conteúdo substantivo das normas regulatórias deva ser determinado por uma forma particular de tomada de decisão, qual seja, participação e deliberação.

Contudo, a ampliação — ou desejo de ampliação — da participação dos atores no processo decisório não encerra todos os desafios que se colocam diante da Fiarc. É necessário, ademais, que a adoção de estratégias responsivas enfrentem o desafio da consistência sistêmica, pois a existência de diferenças em sua implementação — entre diversas agências reguladoras — pode minar o desempenho do regime regulatório. A construção de parâmetros mínimos de uma atuação responsiva visa à garantia — ainda que preservadas as especificidades de cada mercado regulado — de previsibilidade mínima na implementação daquelas estratégias.

A Fiarc, portanto, parece caminhar em direção à busca (ou, pelo menos, ao fomento) daquela consistência, uma vez que, além de ter a possibilidade de analisar atos de quaisquer reguladores — o que traz o potencial de generalidade, pré-condição daquela consistência —, possui procedimentos e critérios uniformes para realizar tais avaliações (o que, potencialmente, torna objetiva a procura pela consistência).

No entanto, tal busca não é imune, ao menos, a dois riscos relevantes: o primeiro, de provocar tensões interinstitucionais e, o segundo, de haver tratamento diferenciado em relação aos órgãos reguladores.

Explica-se. As tensões interinstitucionais podem surgir uma vez que a Fiarc, a depender da forma como for de fato operacionalizada — lembrando-se que, até o presente momento, nenhuma das investigações abertas foi finalizada — pode ser compreendida como uma nova forma de controle dos atos de órgãos reguladores, o que potencializaria um cenário de multiplicidade de órgãos realizando a revisão e controle daqueles atos. Dado que a Fiarc é conduzida pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia — órgão do Poder Executivo — é possível, em uma conjuntura na qual haja divergência marcante entre as visões e valores da coalizão de governo que controla o Poder Executivo, de um lado, e de determinada agência reguladora, de outro, que a atuação da Fiarc, em lugar de fomentar o diálogo e a negociação entre reguladores e regulados (no sentido da regulação responsiva), resulte na cristalização de entendimentos divergentes entre os atores. Não desprezível, tal risco — nos termos de Black (2017, p. 133) — pode minar eventuais estratégias de indução de reguladores, logrando resultados sistêmicos dinamicamente inconsistentes.

Já o tratamento diferenciado³² — em outras palavras, tratar os órgãos reguladores de forma não-equitativa, privilegiando a realização de investigações de abuso regulatório em determinados setores³³ — pode não apenas potencializar as tensões interinstitucionais, mas principalmente dificultar (ou mesmo impedir) a construção de uma abordagem regulatória baseada na persuasão dos agentes.

Ambos os riscos, caso se materializem, podem ir de encontro aos princípios que embasam o modelo de regulação responsiva e, portanto, constituem uma questão cuja resposta, em grande medida, dependerá da forma pela qual a Fiarc for, de fato, implementada. De toda sorte, conformam riscos, não desprezíveis, que podem inviabilizar eventual estratégia de indução exógena.

Ademais, é importante ressaltar que a abertura à participação de diversos atores (não apenas na proposição de investigações, mas também em sua instrução) possibilita a redução da assimetria de informações — via obtenção de informações qualificadas por intermédio de consultas, audiências públicas e tomadas de subsídio — tornando mais crível que reguladores e regulados mapeiem as condutas reais dos agentes no mercado regulado e, assim, possam calibrar eventuais estratégias de *enforcement*.

Nesse sentido, a Fiarc parece caminhar *pari passu* com o modelo da regulação responsiva, pois tanto estrutura um ambiente para coleta de informações sobre o funcionamento objetivo dos mercados, quanto orienta os resultados de suas investigações — obtidos a partir dos insumos informacionais colhidos de forma participativa e transparente — para fins reputacionais. Ambos os elementos, portanto, sinalizam para um modelo que busca fundar-se na persuasão dos agentes envolvidos, em detrimento de abordagens mais voltadas a comando-controle e à desconsideração das características dos atores — bem como do contexto — para fins de definição de sanções.

Assim, se a Fiarc é capaz de impor sanções meramente reputacionais — o resultado das investigações constitui na qualificação do ato normativo como “bandeira vermelha” (caso verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial, o que acarreta encaminhamento ao órgão competente de uma representação formal, com proposição de alteração do ato), “bandeira amarela” (proposição, aos órgãos e entidades competentes, caso verificados pontos suscetíveis a aperfeiçoamentos, de medidas para a melhoria regulatória) e “bandeira

³² Da mesma forma, tal problema pode ser verificado na pirâmide de *enforcement*, pois o tratamento diferenciado dos regulados pode surgir devido à flexibilidade do processo de tomada de decisão regulatório.

³³ No médio prazo, certamente será fundamental a realização de pesquisas empíricas sobre a forma de seleção de investigações pela Fiarc. Em outras palavras, o processo de escolha dos supostos casos de abuso regulatório — para quais órgãos reguladores a Fiarc escolhe “mostrar seus dentes” — é uma variável explicativa relevante para a compreensão do modelo de regulação que tal iniciativa pretende densificar.

verde” (arquivamento do procedimento investigativo) — ou, em outras palavras, manejar punições de reduzida severidade, tal fato dialoga com a abordagem responsiva — pois a pirâmide de *enforcement*³⁴, bem como a própria lógica da *tit-for-tat*, operam perfeitamente com publicidade adversa como punição, nos termos de Ayres e Braithwaite (1992, p. 22) — e com o princípio da mínima suficiência: em outras palavras, quanto menos saliente e poderosa for a técnica de controle utilizada para assegurar conformidade com as regras regulatórias, mais provável que a internalização das regras ocorra por parte dos regulados³⁵.

Dessa forma, a compreensão das relações entre desenho regulatório, monitoramento e *enforcement*/conformidade — uma vez que a regulação responsiva constitui uma política regulatória dinâmica e conforma um conjunto de princípios que pode evoluir em diversas direções, a partir de sua implementação — exige que as descrições e explicações de como a regulação funciona, de forma objetiva e contextualizada, pressuponham que as estratégias regulatórias são um alvo em movimento, não sendo possível operacionalizá-las e testá-las como uma teoria única, conforme Parker (2013, p. 09).

Assim, a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial — inovação recente, em seus estágios iniciais de implementação — constitui iniciativa que tem potencial para impactar, significativamente, o sistema regulatório brasileiro (seja em termos do seu desenho institucional, seja das estratégias de *enforcement* e de monitoramento prevalentes). Contudo, a amplitude de tal impacto dependerá, em grande medida, da forma pela qual se der, objetivamente, sua implementação: a dinâmica das interações entre Seae (mediadas pela Fiarc) e os demais atores, públicos e privados, denotará em direção a qual modelo regulatório se caminha.

Se a construção da abordagem responsiva parte de raciocínios indutivos — pois o modelo está fundado na compreensão pragmática de como a discricionariedade regulatória se apresenta objetivamente e como pode ser utilizada nas práticas cotidianas dos reguladores³⁶ — algumas características da Fiarc, bem como de seus procedimentos, parecem indicar que é possível que tal inovação institucional pode fomentar, ainda que exogenamente, a adoção de estratégias regulatórias calcadas na persuasão e na negociação, (re)direcionando o sistema brasileiro, de forma incremental, rumo a uma abordagem de regulação responsiva.

³⁴ Uma busca bem-sucedida pela cooperação na regulação seria predita (i) pelo uso da estratégia de TFT, (ii) pelo acesso a um rol hierárquico de sanções e a uma hierarquia de estilos regulatórios intervencionistas (pirâmide de *enforcement*) e (iii) pela altura da pirâmide (a gravidade da sanção mais severa disponível).

³⁵ Excetuando-se os casos extremos das organizações patologicamente irracionais (que não atuam de acordo com a racionalidade econômica, nem tampouco por valores sociais mais amplos) e dos encontros regulatórios de rodada única (nos quais não é possível construir estratégias regulatórias de longo prazo).

³⁶ Não se pode olvidar, ademais, que o modelo da regulação responsiva, dado seu caráter consciencioso no que tange às intervenções nos agentes regulados, tende a ser mais palatável para defensores de visões mais afeitas à desregulação.

Contudo, somente a partir do acompanhamento da implementação da Fiarc, por intermédio de pesquisas empíricas, poder-se-á demonstrar o quão vã — ou realizável — é tal promessa.

5. Conclusões

A Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial, vinculada à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia, constitui inovação institucional relevante no cenário regulatório brasileiro.

A busca de estratégias regulatórias que não se restrinjam a abordagens meramente baseadas em comando-controle e no uso irrestrito de sanções — em outras palavras, que se aproximem mais do uso da persuasão, da negociação e da auto-regulação — está no cerne de algumas características e procedimentos da Fiarc, o que a alinharia ao modelo da regulação responsiva. No entanto, a implementação de abordagens responsivas, principalmente se se pretende fomentar sua adoção de forma exógena, não é trivial.

A forma de implementação da Fiarc pode ensejar riscos, não desprezíveis, de produção de tensões interinstitucionais — em um cenário no qual já há significativa pluralidade de atores que atuam no sistema regulatório — e de tratamento diferenciado em relação aos órgãos reguladores, fruto da discricionariedade quanto à escolha dos atos normativos passíveis de investigação por suposto abuso regulatório: e ambas as questões podem dificultar a internalização de valores relacionados à persuasão e à negociação pelos agentes (reguladores e regulados), prejudicando a eventual adoção de estratégias responsivas.

No atual estágio de implementação da Fiarc, portanto, é possível verificar que os resultados sistêmicos podem ser dinamicamente inconsistentes, em outras palavras, no longo prazo o eventual uso estratégico das investigações sobre abuso regulatório e a adoção de um perfil mais afeito ao controle (em detrimento de uma postura de fomentador) pode minar os esforços — porventura bem-sucedidos — que visem à adoção de estratégias regulatórias baseadas na persuasão e negociação pelos demais atores públicos e privados.

A Fiarc constitui, portanto, uma promessa de fomento exógeno de estratégias responsivas no sistema regulatório brasileiro. Se será cumprida objetivamente, ou não, é uma questão que poderá ser respondida apenas por pesquisas empíricas futuras.

6. Referências bibliográficas

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation*. Transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

- BLACK, Julia. Procedimentalizando a Regulação. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 133-155.
- BRAITHWAITE, John. Types of responsiveness. In: DRAHOS, Peter (ed.). *Regulatory theory: foundations and applications*. Australia: ANU Press, 2017. p.117-132.
- BRASIL. Aviso de Consulta Pública Seae 01/2020. *Diário Oficial da União*, Seção 3, n. 135, de 16/07/2020, p. 26, 2020.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Consulta Pública SEAE 01/2020 - Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC)*. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/2020/consulta-publica-seae-01-2020-frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc>. 2020. Acesso em: 20 jun. 2021.
- PARKER, Christine. Twenty years of responsive regulation: An appreciation and appraisal. *Regulation and Governance*, v. 7, n. 1, p. 02-13, 2013.