

Anais do I Encontro da Advocacia Pública Federal sobre Concorrência e Regulação

EVENTO REALIZADO PELA PROCURADORIA-GERAL DO CADE EM 8 DE NOVEMBRO DE 2007



Dra. Ana Luiza Vieira Valadares Ribeiro

Procuradora-Geral da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, formada em Direito pela Universidade de Brasília. Foi Assessora de Estratégia Regulatória da Associação Nacional de Operadoras Celulares – ACEL, tendo sido Coordenadora da Comissão de Estudos Gerais de Brasília e responsável pela organização das Jornadas Nacionais de Direito das Telecomunicações. Diretora da Revista de Direito de Informática e Telecomunicações (RDIT) e do Instituto de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon). Atuou, também, na Agência Nacional de Cinema (Ancine), coordenando ações sobre a Convergência Tecnológica no Setor Audiovisual



Dra. Ana Paula Martinez

Advogada formada pela Universidade de São Paulo (USP), com mestrado pela Harvard Law School, EUA, e pela Universidade de São Paulo (USP). Com passagem pelo Cade em 2002, Ana Paula trabalhou como advogada em São Paulo e, em seguida, em Bruxelas, Bélgica. Atualmente, é Diretora do Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.



Dr. Aristarte Gonçalves Leite Jr.

Advogado da União e, atualmente, Procurador-Geral da ANTAQ. Já exerceu os cargos de: Procurador-Geral do Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR; Procurador-Geral do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER; Consultor Jurídico Interino do Ministério dos Transportes; Secretário-Adjunto da Secretaria de Transportes Terrestres do Ministérios dos Transportes.



Dr. Arthur Badin

Advogado e mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da USP. É Procurador-Geral do CADE para os mandatos 2006/2007 e 2008/2009.

Professor Calixto Salomão

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1988), doutorado em Direito pela Università degli Studi La Sapienza (1992), pós-doutorado pela Max Planck Institut Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht (1997), pela Yale University (1995) e pela Max Planck Institut Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht (1992). Atualmente, é professor titular da

Universidade de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente em Direito Concorrencial.



Dr. Carlos Ari Sundfeld

Professor da Escola de Direito da FGV/SP e do Mestrado em Direito da PUC/SP.

Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.



Dr. Celso Fernandes Campilongo

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela USP e Livre-Docente pela PUC/SP. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação das Faculdades de Direito da USP e da PUC-SP. Ex-Professor da Facoltà di Giurisprudenza della Università di Lecce. Foi Conselheiro do CADE (2000-2002) e Secretário Executivo do Ministério da Justiça (2002). Publicou, dentre outros títulos, “Concorrência e regulação no sistema financeiro”, em co-edição com Jean Paul Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos, e “Política, sistema jurídico e decisão judicial”, ambos pela Editora Max Limonad. É Advogado em São Paulo e atual Coordenador do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência, da FIESP.



Dr. Cleso José da Fonseca Filho

Consultor Jurídico do Ministério da Defesa, já exerceu os cargos de Consultor da União e de Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal, além de outros cargos na Presidência da República e na AGU, onde ocupa cargo efetivo de Procurador Federal. É bacharel e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).



Dra. Elizabeth Farina

É Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Professora Titular do Departamento de Economia da FEA/USP e foi Chefe de Departamento. Exerceu, ainda, a função de Presidente da Comissão de Pós-Graduação da FEA/USP. Doutorou-se em Economia pela USP/São Paulo, em 1983, e recebeu o título de Professora Livre-Docente em 1996. Foi Vice-Coordenadora do PENSA – Programa de Estudos dos Negócios dos Sistemas Agroindustriais – da FEA/USP. Foi membro da Diretoria da International Agribusiness Management Association e da Diretoria do IBRAC – Instituto Brasileiro de Relações da Concorrência e Consumo.



Dr. João Ernesto Aragonés Vianna

Procurador-Geral Federal. Doutorando em Direito Constitucional - PUC/SP e Mestre em Direito Previdenciário pela mesma Universidade. Foi Procurador-Geral do INSS e Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social. Professor universitário. Autor de livros e palestras na área de Seguridade Social.

**Dr. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo**

Procurador Federal e atual Procurador-Geral Substituto e Coordenador Jurídico Administrativo da Procuradoria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Doutorando em Direito Público e Professor da Faculdade Iesb – Instituto de Educação Superior de Brasília.

**Dr. Marcelo de Siqueira Freitas**

Subprocurador-Geral Federal – PGF/AGU, Ex-Consultor da União – AGU.

**Dra. Mariana Tavares de Araujo**

Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça. É advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, com mestrado pela Georgetown University. Nos últimos quatro anos, trabalhou na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, primeiro como Coordenadora-Geral de Controle de Mercados e, em seguida, como Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica. Antes de trabalhar na SDE, esteve à frente da Coordenação-Geral de Defesa da Concorrência da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

**Dr. Pedro Dutra**

Graduou-se em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 1974. É titular do Escritório Pedro Dutra Advogados, fundado em 1988, especializado em Direito Administrativo, Direito da Concorrência e Regulação Econômica. Publica regularmente, em jornais e revistas especializadas, artigos sobre Direito Administrativo, Constitucional e Econômico.



Ministro Antônio Dias Toffoli

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Eleitoral. Foi professor de Direito Constitucional e Direito de Família. Foi assessor parlamentar entre 1995 e 2000. Exerceu o cargo de subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil de 2003 a 2005. Em 12 de março de 2007, assumiu a Advocacia-Geral da União.

Apresentador – Neste momento, damos início ao I Encontro da Advocacia Pública Federal sobre Concorrência e Regulação, organizado pela Procuradoria-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com o apoio da Escola da Advocacia-Geral da União e da União dos Advogados Públicos Federais do Brasil. Para compor a mesa de abertura do Encontro, convidamos o Advogado-Geral da União, Sua Excelência o Ministro José Antônio Dias Toffoli; a Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Elizabeth Farina, a Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Mariana Tavares de Araújo. Com a palavra, a Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Dra. Elizabeth Farina.

Elizabeth Farina (Presidente do CADE) – Muito bom dia. Gostaria de dar as boas vindas em nome do CADE ao Ministro Toffoli, à Dra. Mariana, aos conselheiros do CADE que aqui vieram, procuradores do CADE e demais participantes. É uma grande honra receber o Ministro Toffoli, que pela primeira vez visita o CADE. Agradeço muito pela pronta aceitação ao nosso convite para participar desse evento. Entendo que essa é uma iniciativa de mais alta importância, cujos créditos devem ser atribuídos ao Dr. Arthur Badin, Procurador-Geral do CADE, que teve o apoio integral de toda sua equipe na Procuradoria, cujos nomes não vou listar neste momento, mas que certamente foram essenciais para chegarmos até aqui. Tenho um profundo agradecimento a fazer por essa iniciativa.

Nesse momento de abertura, gostaria de oferecer o testemunho da perspectiva do “cliente” para o Advogado-Geral da União. O CADE é um “cliente” e sou, como presidente do CADE, uma “cliente”. Como vocês sabem, o CADE é o órgão julgante do sistema brasileiro de defesa da concorrência, sendo formado por um colegiado de sete conselheiros, incluindo o presidente, que são pessoas com conhecimento em Economia e/ou Direito. No presente momento, esse Conselho é formado por cinco economistas, incluindo a sua presidente, e dois advogados. Basicamente, nós temos aqui dois tipos de análise: a primeira, de atos de concentração, em que podemos aprovar sem restrições, aprovar com restrições ou bloquear tais atos; e a segunda, de condutas infrativas à concorrência, cujas decisões podem ser a determinação do arquivamento dos autos, a condenação – quando se impõe multas e outras obrigações de fazer ou não fazer –, ou, ainda, a realização de acordos. Esse é o *menu* de decisões desse Conselho. A presença constante da Procuradoria do CADE é da maior relevância, ainda que o plenário atual fosse formado por sete advogados. Isso por quê? Porque o grande objetivo do sistema brasileiro de defesa da concorrência é, na verdade, a efetividade das suas decisões e a eficiência da sua operação. Ou seja, fazer o melhor uso possível dos recursos públicos, envolvendo aí recursos tangíveis e intangíveis, dentre os quais seus recursos humanos, o tempo das pessoas e todo o recurso envolvido nos processos administrativos. Mas, tudo isso será mal utilizado se as decisões tomadas, ainda que brilhantes, não forem implementadas. A língua inglesa tem um nome que não temos no português, que é muito significativo, denominado “*enforcement*”, isto é, fazer valer a decisão tomada, que é tão importante e, às vezes, mais importante do que se desenhar uma decisão muito brilhante e muito bem fundamentada, mas sem efetividade. Ou seja, não basta ter uma boa decisão, uma decisão bem fundamentada, para que ela seja efetiva. Para isso, primeiro ela tem que ser, de fato, implementada. E o segundo passo é, daí sim, que o desenho dessa decisão gere no mercado os efeitos que desejamos, seja do ponto de vista de uma punição, seja do que nós realmente queremos, no final e ao cabo, que é dissuadir empresários a não agirem contra a concorrência, e prevenir situações que, no limite, são de difícil controle dentro das regras do jogo capitalista. Portanto, o desenho de decisões que gerem respostas adequadas no mercado, para dissuadir práticas e orientar as estratégias dos empresários, é tudo o que se almeja alcançar. Mas, para isso, as decisões têm que ser integralmente implementadas: a multa tem que ser paga. Se houver uma alteração contratual para ser feita, ela tem que ser feita, e, de preferência, dissuadir o empresário a não fazer de novo, ou seja, a multa tem que doer no bolso. Enfim, as decisões tomadas têm que ter repercussões. Mas como fazer isso quando um órgão decide por volta de 500 a 600 casos por ano, em média, e, nos últimos cinco anos, 243 decisões envolveram algum tipo de restrição aos atos de concentração ou condenação de condutas infrativas, e menos de 5% dessas multas foram coletadas até 2004? Nessas condições, a efetividade, o impacto dessa multa tende rapidamente a zero. Em média, nos últimos anos, foram distribuídas 190 ações e recursos, incidentes etc., no Judiciário. Dessa forma, estamos falando de um universo de 243 casos, em cinco anos, nos quais foram impostas restrições ou condenação e, por outro lado, por ano iniciam-se 190 processos contra as decisões do CADE. Assim, o economista aprendeu rapidamente que existe a multiplicação dos pães.

Sem uma Procuradoria que dê seqüência à decisão do Conselho, não vamos ter efetividade. Essa relação com o Judiciário, mediada pela Procuradoria, é fundamental. E a proximidade da Procuradoria com o mérito dos casos, com a maneira como eles são decididos, como são pensados, e com o objetivo último que se quer atingir, também é fundamental. Uma interlocução próxima do cliente com o seu advogado é muito importante. Acho que qualquer advogado e qualquer cliente pensam dessa maneira. Quero um advogado que esteja em consonância com as minhas idéias, com as minhas estratégias. Então, do ponto de vista do cliente, gostaria de reafirmar esse papel necessário da procuradoria para a efetividade e eficiência do funcionamento, eu diria, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, porque o CADE está no final da cadeia produtiva. E é mais ou menos como uma empresa que produz brilhantes produtos, mas que ficam no armazém, não são entregues, ou seja, o consumidor não compra no final. É mais ou menos essa a figura que eu utilizaria.

Existe, além disso, o papel consultivo da Procuradoria, que contempla todo o apoio não só aos casos analisados pelo CADE, como também à parte administrativa. Gostaria de dizer o seguinte: como ordenadora de despesa de um órgão administrativo, tenho enormes responsabilidades, e sei que ando dentro de regras muito restritivas. Na verdade, dado o risco que o administrador público tem, especialmente em mandatos curtos, de sair e levar uma porção de problemas para resolver depois, há um enorme incentivo para que nada do que é necessário seja feito. Se o administrador público não for amparado

por alguém que entenda disso e encontre soluções, ele não vai fazer absolutamente nada, ou seja, ele não vai fazer mais do que já está sendo feito, nunca vai procurar mudar, trazer inovações para que se ande mais depressa e melhor, com menos recursos. Portanto, a proximidade com a Procuradoria permite, num órgão como o CADE, que se apontem os limites da atuação do administrador, que ajude a encontrar soluções para que o administrador público possa, com segurança, implementar uma estratégia de atuação que torne os órgãos mais eficientes e mais eficazes.

Teria muito mais a dizer, mas certamente vocês vão ter dois dias de intensos trabalhos. Reitero as boas-vindas, e agradeço a oportunidade de poder dar esse testemunho de cliente, e dizer que é assim que eu gostaria que a AGU, nas suas Procuradorias, e, em especial, na Procuradoria do CADE, visse o administrador, como um “cliente” que demanda proximidade com seu advogado. Muito obrigada pela presença de todos, e desejo que tenham um seminário muito profícuo.

Apresentador – Com a palavra, a secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Dra. Mariana Tavares.

Mariana Tavares (Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça) – Bom dia a todos. A Dra. Elizabeth, mais uma vez, já antecipou boa parte dos comentários que eu teria a fazer. Portanto, tomo a liberdade de fazer minhas as palavras dela. Gostaria de acrescentar alguns pouquíssimos comentários a respeito do início da “cadeia de produção”, expressão que ela utilizou. A prioridade absoluta da Secretaria de Direito Econômico, nos últimos 4 anos, como boa parte de vocês já sabem, é o combate a condutas anticompetitivas. E grande atenção tem sido destinada à construção de um programa de combate aos cartéis. Esse programa foi estruturado a partir da elaboração de parcerias que permitem que a Secretaria de Direito Econômico obtenha as provas diretas do cartel. E a Advocacia-Geral da União, sem dúvida alguma, tem papel determinante no sucesso desse programa. O sucesso do programa, a que nós chegamos por meio dessa parceria tão bem estruturada com a Advocacia-Geral da União, não se resume apenas na realização de operações de busca e apreensão – que, sem dúvida alguma, juntamente com o programa de leniência, são o carro-chefe desse programa –, mas também é de tudo que começa a partir da realização dessas operações. Costumo dizer que um elogio torto ao sucesso da nossa atividade, não só do CADE, como da Secretaria, do SBDC de uma maneira geral, é que a parte expressiva das discussões, hoje em dia, não é mais substantiva, vale dizer, as empresas vêm muito pouco à Secretaria ou destinam boa parte das suas energias às discussões adjetivas e não mais às substantivas, elas não vêm argumentar que não fazem cartel, mas vêm discutir todo o procedimento e essas discussões são, em grande parte, no Judiciário. Portanto, uma relação bem azeitada com a Advocacia-Geral da União é o que vai permitir, em primeiro lugar, que nós obtenhamos o que vai proporcionar o início de uma investigação. Em segundo lugar, que a gente realize efetivamente essa investigação, utilizando o material apreendido. E, finalmente, que nós consigamos enviar essa investigação ao CADE, uma investigação que, porque tem grandes chances de sucesso, é tão disputada judicialmente. E ao final, que o CADE julgue um processo robusto e que aplique as sanções cabíveis, mas que só vai ter um fim desejável se a decisão do CADE puder ser executada. Por essa razão, é com muita alegria, com muito bons olhos que nós vemos a realização desse evento. Gostaria de parabenizar a Advocacia-Geral da União e o CADE por essa iniciativa. E tenho certeza que, durante esses dois dias, discussões que vão enriquecer o nosso trabalho conjunto serão realizadas. Muito obrigada.

Apresentador – Para proferir a palestra de abertura do Encontro, convidamos a essa tribuna, Sua Excelência, o Advogado-Geral da União, Ministro José Antônio Dias Toffoli.

José Antônio Dias Toffoli (Advogado-Geral da União) – Excelentíssima Sra. Elizabeth Maria Farina, Presidente do CADE, Dra. Mariana Tavares, Secretária de Direito Econômico, Dr. Badin, Procurador-Geral da Procuradoria do CADE, colegas da Advocacia-Geral da União aqui presentes, senhoras Procuradoras, Procuradores e Advogados da União, senhoras e senhores.

Inicialmente, gostaria de dizer algumas palavras a respeito da Advocacia da União. É extremamente importante registrar que este é o primeiro encontro da Advocacia Pública que se realiza sobre concorrência e regulação. E ele já vem tarde, já deveria ter ocorrido há muito tempo. É significativo registrá-lo aqui e cumprimentar as iniciativas do CADE, da sua Procuradoria-Geral, da Procuradoria-Geral Federal, da Escola da Advocacia-Geral da União, que está fazendo um trabalho cada vez maior de interação entre o advogado público, o procurador e seu “cliente”, como disse a Professora Elizabeth. É fundamental esse trabalho! E é significativo, na medida em que o trabalho da Advocacia Pública, muitas vezes, é incompreendido e pouco conhecido.

Em todo lugar que tenho ido, tenho repetido e, muitas vezes, causa até estranheza, inclusive em ministros de tribunais superiores, quando digo que a Advocacia-Geral da União não é órgão do Executivo. “Mas é órgão do Executivo a Advocacia-Geral da União?” Eu digo: “Não é. Procurem para ver se acham uma lei que diga que é órgão do poder Executivo”. Não é. Se você consultar a lei de organização da Presidência da República e dos Ministérios, verá que faz parte da Presidência da República apenas o Advogado-Geral da União, que dentro da Advocacia-Geral da União, é aquele que é nomeado pelo Presidente da República. Toda a estrutura dada pela Constituição para a Advocacia-Geral da União e para a Advocacia Pública Federal – que inclui os órgãos a ela vinculados que prestam assessoria jurídica e contenciosa, como é o caso da Procuradoria-Geral e das procuradorias autárquicas e fundacionais – tem um posicionamento de órgão de Estado. Tanto é que, na Constituição, ela está colocada no Capítulo IV, do Título IV. O Título IV da Constituição trata dos Poderes do Estado; o Capítulo I trata do Legislativo; o Capítulo II, do Executivo; o Capítulo III, do Judiciário. A Advocacia Pública, assim como o Ministério Público e a Defensoria Pública, está no Capítulo IV, ou seja, a Advocacia Pública não é integrante de nenhum dos poderes e nem o poderia ser, até porque a Advocacia-Geral da União representa a União, não representa o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público ou o Tribunal de Contas; ela representa os interesses da União. E foi extremamente sábia a posição da Constituição de 88, na medida em que não havia um sistema que integrava todo o assessoramento jurídico e todo o contencioso jurídico, seja da administração direta, seja da administração indireta.

A Advocacia-Geral da União vem com essa roupagem. Evidentemente que como algo novo, como uma idéia nova, como algo ainda estruturante, ela sofre resistências, incompreensões, e ela mesma tem que passar a cada vez mais se situar e verificar qual deve ser o seu comportamento e a sua atividade. E nesse sentido também tenho sempre repetido, e aproveito aqui a oportunidade em que o público é majoritariamente da área jurídica, todo voltado para a área jurídica da carreira da advocacia pública federal, para falar que, no que diz respeito ao trabalho consultivo, no que diz respeito à maneira do advogado público atuar, ele tem que ter sempre como premissa a necessidade de que sua atuação seja toda voltada para a segurança jurídica da decisão que o administrador vai tomar, seja na atividade-meio do administrador, seja na atividade-fim do órgão a que ele está vinculado, prestando assessoramento jurídico. Ou seja, o advogado público não deve se utilizar do seu serviço público, do seu trabalho e da sua atividade para desenvolver tese acadêmica. A tese acadêmica a gente vai lá na universidade e defende. Quem é professor vai lá e dá sua aula, defende a sua tese acadêmica. Aqui existe uma direção, existe uma gestão, existe um administrador, seja numa autarquia, seja na administração direta, num Ministério, e

evidentemente que não compete ao advogado público ou ao consultor, na atividade de consultoria, dizer o que o administrador ou o que o gestor deve ou não deve fazer. Ele deve, sim, dizer o que o administrador pode ou não pode fazer e buscar soluções dentro da constitucionalidade e da legalidade para solucionar os problemas. Desenvolver tese acadêmica, a gente desenvolve em outros locais.

Eu dou aqui como exemplo um caso concreto. Quando estava na Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República, o Presidente da República pediu-me para elaborar a Medida Provisória para estabelecer que o Presidente do Banco Central também era Ministro de Estado. Eu poderia até, como uma pessoa que conhece o Direito, estuda e pensa o Direito, adotar uma posição indicativa de inconstitucionalidade. Mas eu sabia, como responsável pelo assessoramento jurídico da Presidência da República, que o Supremo Tribunal Federal não derrubaria aquela Medida Provisória. Eu sabia. Eu tinha esse conhecimento. Então, eu não posso reproduzir num parecer aquilo que eu penso que é o legal ou o constitucional. Eu tenho que reproduzir no parecer aquilo que o gestor quer fazer, se sustenta ou não se sustenta no Judiciário, dentro da legalidade, dentro da constitucionalidade. Ou seja, deve-se levar sempre o tema à situação limite para verificar se aquele ato que o gestor público quer fazer, que o administrador público quer fazer, uma vez sendo submetido à contestação no Poder Judiciário, vai se sustentar ou não. Não é o que eu penso do Direito, não é aquilo que eu acho que é melhor ou pior para o Direito, não é aquilo que eu acho que é conveniente ou inconveniente para a administração pública. A nós advogados públicos não é dado esse direito. Quem quiser isso que vá, então, ser gestor governamental. Quem quiser isso vá, então, disputar um mandato eletivo, eleger-se e, então, passar também para algum cargo de direção. Nós, enquanto consultores, temos que ter, eu penso, essas balizas. As balizas, evidentemente, da constitucionalidade, da legalidade, mas não sob o viés do que nós pensamos, mas sob o viés do que é possível ou não sustentar de acordo com a jurisprudência do País que também faz parte do arcabouço normativo e de formulação do Direito.

Essas palavras eu acho que são importantes sempre dizer à comunidade da advocacia pública federal, porque ainda encontramos colegas que, às vezes, ao formular um parecer, querem desenvolver a sua tese pessoal. E eu entendo que aqui não é o local de se fazer isso. Não é o local de nós desenvolvermos os nossos posicionamentos pessoais. Também é necessário dizer que, assim como a Advocacia-Geral é um órgão de Estado, o CADE, evidentemente, é um órgão de Estado. Isso é algo que é importante repetir, até mesmo para que nós introspectemos isso na nossa mentalidade e possamos sempre reproduzir isso. Eu tenho conversado muito isso, seja com a imprensa, seja com juízes, sempre dialogando com a Associação dos Juizes Federais, seja com a sua diretoria, seja, agora recentemente, com os juizes federais, porque se o Estado brasileiro e a legislação brasileira estabelecem determinadas competências a certos órgãos, é porque o Estado brasileiro definiu a competência ao CADE, da análise de haver ou não ofensa à concorrência, haver ou não desvirtuamento da atividade do capitalismo brasileiro. A competência não foi ao poder Judiciário.

Existe um sistema de defesa da concorrência que é criado pelo Estado brasileiro e que é dado ao Estado brasileiro. Não existe CADE *versus* poder Judiciário. Nós temos que acabar com essa falsa dicotomia. Tudo é Estado brasileiro e a legislação estabeleceu uma competência ao CADE, assim como a outras agências reguladoras. Isso fica mais visível nos exemplos que eu tenho dado. Eu tenho utilizado mais o caso da ANVISA. A ANVISA é, pelo Estado brasileiro, aquela que define se um medicamento pode ou não pode ser comercializado; se ele é seguro e se ele tem eficácia são os dois requisitos da lei para que a ANVISA possa permitir a comercialização de medicamentos no Brasil. Se o medicamento é seguro, ou seja, se ele não tem efeitos colaterais ou se ele tem eficácia para combater aquela dada moléstia, aquela dada doença. Se a ANVISA, órgão que o Estado brasileiro previu para fazer essa análise, diz que tal medicamento não pode ser vendido, como é que um Juiz de Direito vai dizer que aquele medicamento pode ser vendido? Como já ocorreu, na história do Brasil, de o Juiz conceder liminar para vender medicamento que a ANVISA proibiu. Se o Estado brasileiro diz que aquele órgão, ou, se aquele órgão tem problemas, que se mude o órgão, como ocorreu recentemente na ANAC. Foi ou não foi de fato o que ocorreu? Se não está funcionando, vai ter que mudar. Agora, o Estado brasileiro estabeleceu essa competência. Se não está funcionando, que se mude aquilo, mas que não se vá entregar a gestão para outro órgão que não o responsável por estabelecer aquele procedimento.

Esse diálogo é extremamente necessário, essa compreensão é extremamente necessária porque isso vai ser tema aqui da abordagem do seminário e da análise do seminário em dois sentidos. Seja naquele que estabelece os limites administrativos, ou seja, naquele que estabelece quais são os limites da abordagem do Poder Judiciário sobre as decisões do CADE, especificamente, e isso vale para todas as agências, que, no meu entender, eles só podem ficar na questão processual, na questão formal, na questão objetiva e na questão de mérito só quando houver o absurdo porque, realmente, nunca se pode furtar o Judiciário de uma lesão absurda. No dia em que ocorrer isso, nós todos estamos submetidos a uma possibilidade de um Estado de exceção.

Qualquer um de nós aqui um dia pode ser processado por um despejo de locação ou por uma ação de cobrança. Imagine se na sentença do Juiz vem "condenação à morte". Evidente que você vai recorrer. Se uma agência reguladora, ao invés de mandar aplicar multa, manda prender um cidadão, é uma decisão absurda. O absurdo sempre pode e deve ser levado ao Judiciário. Esse debate restou muito claro. Tem um julgamento do Supremo, bastante interessante, que era um mandado de segurança contra o Presidente da Câmara, num caso em que parlamentares pediam o *impeachment* do então Presidente José Sarney. Esse julgamento já tem bastante tempo, e se discutia no Supremo Tribunal Federal se ele poderia ou não analisar um despacho do então Presidente da Câmara que mandou arquivar aquele pedido de *impeachment* contra o Presidente Sarney. E o relator do processo, o Ministro Paulo Brossard, dizia que processo de *impeachment* é matéria *interna corporis* e que jamais o Supremo Tribunal Federal poderia analisar qualquer tipo de situação, seja formal, seja de mérito, seja de conteúdo, sobre a questão do processo de *impeachment*. Então não conhecia do mandado de segurança. O Ministro Moreira Alves, divergindo dele, insistia que, principalmente nos casos formais, dever-se-ia admitir e conhecer do mandado de segurança. O Ministro Brossard retrucava que ali não tinha questões formais; que era questão de mérito, era questão de conteúdo. Então, o Ministro Moreira Alves colocou exatamente essa questão. E se a Resolução do Senado Federal, ao invés de afastar o Presidente, o condenasse à morte, ele não poderia recorrer ao Supremo Tribunal Federal? Porque seria matéria interna do Congresso Nacional, executar-se-ia o Presidente da República ao invés de afastá-lo?

Evidentemente que o absurdo sempre pode ser levado ao Judiciário. Agora não se pode converter aquilo que é de ordinário, aquilo que é de comum, aquilo que é do dia-a-dia das decisões, como se sempre fosse um absurdo. Esse diálogo é importante para todos nós mantermos e estabelecermos, seja com a comunidade jurídica, seja com os juizes, seja com a mídia, seja com o empresariado, para eles compreenderem quais são os papéis que o Estado brasileiro estabeleceu para determinados órgãos e determinadas instituições. Quer dizer, se o Estado brasileiro determinou uma competência para o CADE, naquilo que diz respeito ao mérito de uma decisão, não cabe divergir, seja no Judiciário, seja administrativamente. Porque essa competência foi dada ao Conselho. Agora, evidentemente que, se nessa decisão de mérito houver uma decisão

absurda, a decisão absurda deveria ser passível de contestação, mas aquilo que está dentro da normalidade, não há porque ser questionado.

Eu fiz questão de estabelecer essa introdução exatamente para poder trazer às senhoras e aos senhores, nessa oportunidade, um pouco daquilo que nós pensamos, um pouco daquilo que nós achamos importante numa política de afirmação desses órgãos de Estado, apesar de o CADE já ser mais antigo do que as demais agências reguladoras e mais antigo do que aquilo que veio com as privatizações em matéria de regulação etc.

Mas a incompreensão ainda é muito grande no meio jurídico, e essa reafirmação eu acho que é sempre importante, assim como o papel da advocacia pública é importante, na medida em que ela também é uma instituição nova, com uma modelagem nova e que, muitas vezes, é incompreendida. Nesse sentido, eu gostaria de parabenizar o CADE, sua Presidente, seus Conselheiros e sua Procuradoria-Geral exatamente por essa *interface* que tem estabelecido de uma maneira bastante independente, no espírito mesmo voltado à defesa das decisões do Conselho na Justiça. Com uma atuação bastante rápida, com uma atuação, inclusive, preventiva, como tem feito o CADE, sua Procuradoria, aqui com a chefia do Dr. Arthur Badin, e também no que diz respeito ao aspecto consultivo, dando uma segurança jurídica, evidentemente um conforto, quer seja nas questões administrativas das atividades-meio, para que possa o gestor atuar com tranquilidade, quer seja na atividade-fim, dando suporte jurídico para que as decisões que venham a ser tomadas pelo Conselho tenham segurança de método, para não virar um absurdo e poderem ser sustentadas no Poder Judiciário. E também com essa idéia de mudar a mentalidade dentro do Poder Judiciário, com esse diálogo constante com os juízes, como tem sido feito.

O meu tema aqui de hoje era falar sobre a Câmara de Conciliação e Arbitragem na Administração Pública Federal. Também é algo em que nós estamos atuando para difundir exatamente uma mudança de mentalidade. No meio jurídico, todo mundo é formado para o conflito. Quando a gente vai fazer faculdade de Direito – aqui eu acho que quase todo mundo é formado em Direito –, a gente fica com aquela expectativa de virar advogado de filme americano. A gente sempre quer ganhar, a gente sempre quer derrotar, como se o processo fosse uma luta, uma guerra, e tivesse de ter um vitorioso e um derrotado, tivesse de ter um humilhado do outro lado. As faculdades de Direito no Brasil, e nós mesmos, não somos voltados para o espírito de conciliação e, muito menos, o Estado Brasileiro é aparelhado para isso.

Imaginem as senhoras e os senhores se o CADE não tivesse instrumentos de transação, como hoje tem na Legislação, para dar soluções inteligentes, que não sejam aquelas soluções binárias – ou tudo, ou nada – e, então, não se encontrar soluções para fazer adequamento, ajustamento de condutas, que possam mediar e remediar a situação e ter uma solução que seja justa, que seja correta, que atenda à sociedade, a defesa da concorrência, mas que também atenda ao interesse do capital, na medida em que a legislação e os limites das decisões do Conselho permitirem e autorizarem. Sem esses instrumentos, a atividade do Estado fica binária: ou pode, ou não pode. E depois há uma decisão administrativa, e essa decisão administrativa é submetida ao Poder Judiciário. Por isso que tem aqueles que dizem que o Brasil vive uma esquizofrenia de poderes e de funções de estado, porque o Executivo legisla através de medida provisória. Quem faz as leis é o Poder Executivo. O Legislativo investiga com comissão parlamentar de inquérito. Quer dizer, a grande função do Legislativo hoje não é legislar, é fazer investigação. E o Judiciário administra, porque tudo vai parar no Judiciário e ele diz se o que a administração fez está correto ou não. Isso tem que mudar. A desconfiança entre os agentes de estado tem que acabar. Essa mudança de mentalidade e de cultura tem que acabar. Assim como existe uma mentalidade, seja na sociedade, seja no estado, de que o estado e a sociedade são opositores, estão em lados opostos.

Isso é decorrente do fato de a gente sair culturalmente no século 20 de dois regimes autoritários. Na Era Vargas e com o Regime Militar. E na área jurídica isso é extremamente significativo. Se nós formos pegar – abrindo aqui um parêntese – a maioria dos teóricos de direito administrativo, eram os teóricos antiestado. Eles eram aqueles que contestavam a ditadura militar. Eram aqueles que contestavam o estado autoritário e, portanto, desenvolveram toda uma teoria antiestado. Quando veio o regime democrático, quando voltou a democracia, nós tivemos todo um conjunto de operadores do Direito que foi formado nessa cultura de que o estado é o demônio, de que o estado é autoritário, de que o estado é contra a sociedade e de que o estado sufoca a sociedade. E muitas vezes o faz mesmo, ou fazia. Mas nós temos que começar a acreditar no contrário. Passados já 20 anos – a Constituição de 1988 vai comemorar 20 anos –, é chegada a hora de se verificar que o estado e a sociedade têm de ter uma posição de maior diálogo. Mas isso ainda não está refletido nos instrumentos legais. Ainda foi recente o aprimoramento da legislação do CADE em matéria de possibilidade de transação, por exemplo. E o CADE é um órgão, como eu falei, de regulação que já existe desde a década de 70, 60. É extremamente antigo o órgão como órgão de regulação. Então, é necessário aprimorar cada vez mais os instrumentos legais.

Por que o Ministério Público pode fazer TAC – Termo de Ajustamento de Conduta – e a Administração Federal não pode? Não é Estado? Porque o gestor que está legitimado pelo voto, a Administração pública que está legitimada pelo poder obtido pelo voto popular, pelo mandato popular, não pode estabelecer aquilo que é de interesse do Estado, mas a gente que passou num concurso público, que está legitimado só no concurso público, pode mais. Essas esquizofrenias têm que ser colocadas em discussão e têm que ser pensadas e verificadas. Quer dizer, essa linha de ajustamento é extremamente importante.

E a esquizofrenia é tão grande que nós verificamos, na Advocacia-Geral da União, que as autarquias e as fundações, inclusive a União, a Administração Direta, quer dizer, a União, em juízo, elas litigam entre si. Só no Superior Tribunal de Justiça verificamos mais de 400 processos judiciais entre autarquias, fundações e União, umas contra as outras. Até ação de reintegração de posse do próprio Governo Federal nós descobrimos em processo judicial. Imaginem um processo de reintegração de posse treze anos na Justiça, de uma autarquia contra uma outra autarquia, em disputa em juízo. Quer dizer, já mudaram o Presidente da Autarquia quantas vezes? Já mudou o Presidente da República e é o Juiz que vai decidir se aquele imóvel, que é federal, vai para essa ou aquela autarquia. Isso é absolutamente fruto de um espírito de formação que nós temos, que é o espírito de formação para o litígio, como havia dito anteriormente.

Nós estamos preparados para o litígio e já tem aqui esse problema com outra autarquia. O que eu faço? Não vamos entrar na justiça, vamos resolver. Nós mesmos alimentamos essa idéia da litigância, de jogar para o Poder Judiciário, como se o Poder Judiciário fosse melhor e mais bonito. O Poder Judiciário tem todas as virtudes e todos os defeitos que qualquer área da Administração Pública Federal tem, que qualquer área do Ministério Público tem, que qualquer área da Advocacia Federal tem, que qualquer área da Defensoria Pública tem, qualquer área do Tribunal de Contas da União tem. Não há diferenças. Em todos os lugares há pessoas com o espírito público, que são a maioria, graças a Deus, com dedicação. Em todos os lugares há aquelas pessoas que são mal intencionadas, que são minorias, felizmente, mas isso em todas as áreas, todos os poderes. Ninguém pode se dizer moralmente mais ou menos legitimado do que qualquer outro quando exerce funções de Estado.

Nesse sentido é que nós estamos difundindo o trabalho que legalmente é competência da Advocacia-Geral da União. Já há na legislação brasileira, já de algum tempo, a previsão para que os conflitos entre órgãos da administração pública sejam dirimidos no âmbito da Advocacia-Geral da União, muito embora isso não tenha, vamos dizer, até pouco tempo pegado. Não tinha, ainda, sido implementado e sido colocado de uma maneira concreta para toda a administração pública. Então, o histórico das câmaras de conciliação no âmbito da Advocacia-Geral da União é de que são disposições destinadas a evitar que a solução de controvérsias entre órgãos e entidades da administração Federal se transfira para a esfera judicial, ou seja, problemas que têm divergências no âmbito da administração pública federal serem resolvidos no âmbito da própria administração pública, exatamente para evitar essa cultura do litígio e mais, para evitar legitimar o próprio Poder Judiciário de resolver problemas que são nossos. Evidentemente, se o Juiz recebe lá um processo para decidir se o espaço físico tem de ficar com a universidade federal tal, ou com o DNIT, ele se vai achar legitimado para dizer se a decisão do CADE está ou não correta no seu mérito. A Administração Pública serve pra quê? Se ela não resolve seus problemas, ela traz tudo pra cá, obviamente que a própria Administração Pública está legitimando uma cultura de que o Judiciário pode e deve se manifestar sobre questões que são da administração. A conciliação possui previsão na Lei Complementar nº 73, de 1993, na Lei nº 9.028, de 2 de abril de 1995, na Medida Provisória nº 2.180, ou seja, ali estão normativos, que introduziram a conciliação no âmbito da Advocacia-Geral da União desde 1993, e que depois se reproduziram em outras medidas, mas que efetivamente só passou a ser implementada recentemente, quando na Portaria nº 118, de 1º de fevereiro de 2007, ainda do meu antecessor, dispôs sobre a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal, com a conciliação *ad hoc*, ou seja, instrumentos formados para aqueles casos específicos em que havia provocação da Advocacia-Geral da União, instauradas pelo Advogado-Geral da União, até que fosse instituída a câmara permanente regulamentada para a conciliação entre órgãos e entidades da administração.

Nós já introduzimos uma câmara permanente, já regulamos isso através de normativa interna da Advocacia-Geral da União, mas, antes disso, só para dar um quadro rapidamente do organograma mais específico da Consultoria-Geral da União, vale informar que a AGU, como todos sabem aqui, também é composta pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que é um órgão da Advocacia-Geral da União. Muito embora muitos achem que seja da Fazenda, porque ela é administrativamente vinculada à Fazenda, ou seja, o vínculo dela com a Fazenda é um vínculo absolutamente do ponto de vista administrativo. Tanto é que a Corregedoria da Procuradoria da Fazenda Nacional é feita pela Advocacia-Geral da União. A hierarquia do ponto de vista do seu trabalho de mérito é subordinada à Advocacia-Geral da União. Ela tem o vínculo administrativo, ou seja, os DAS's, os cargos em comissão, as funções comissionadas não são da Advocacia-Geral da União, mas do Ministério da Fazenda. A estrutura física, a estrutura de apoio não é dada por carreira da Advocacia-Geral da União, é dada pelo Ministério da Fazenda, mas todo o trabalho dela é, do ponto de vista da sua atividade, vinculado, subordinado e supervisionado pela Advocacia-Geral da União. É a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, todos sabem, atua na administração da dívida tributária e no consultivo do Ministério da Fazenda. A Procuradoria-Geral da União que faz a atividade de contencioso dos ministérios, dos órgãos da administração direta e que faz o trabalho de representação judicial da União em juízo. A Procuradoria-Geral Federal que é exatamente essa sistematização das procuradorias autárquicas, federais e fundacionais, criando também para as autarquias e fundações um sistema jurídico vinculado à Advocacia-Geral da União, subordinado à Advocacia-Geral da União e à supervisão final da Advocacia-Geral da União para fins de estabelecer uma maior racionalidade no que eram as várias e diferentes carreiras que existiam de procuradores federais em cada uma das autarquias e fundações. Também atuando na atividade de consultivo e de contencioso.

A Corregedoria-Geral da União que faz o trabalho de Correição das carreiras da Advocacia-Geral da União, exceto da Procuradoria Federal, que é feita pela Procuradoria-Geral. A Secretária-Geral. Enfim, a Consultoria-Geral da União que é onde estão as atividades de conciliação e arbitramento dos órgãos da Administração Pública Federal.

Há também o ato regimental que estabelece a Câmara Permanente de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Nós estabelecemos a competência da Câmara de Conciliação a fim de identificar os litígios entre os órgãos e entidades da Administração Federal, ou seja, pode a própria Advocacia-Geral da União se antecipar a determinados litígios e tomar a iniciativa de tentar evitar que surja um problema. Exemplificando: recentemente foi divulgado pela imprensa que a ANVISA iria alterar o critério de propaganda de produtos de bebidas alcoólicas. Pela Constituição, isso só pode ser feito por lei. E a lei estabelece que a vedação para a propaganda, para limitar horário de propagandas, é só para bebidas acima de 15% de teor alcoólico. E a ANVISA iria soltar uma portaria estabelecendo que a partir de 0,5% ficavam limitados os horários de propaganda. Ora, o mérito da questão não se questiona. O mérito da questão não é função do advogado público questionar. Agora, se aquela portaria tivesse saído no dia seguinte, tinha havido uma série de ações judiciais questionando o documento, que a União iria perder. Então, a função do advogado público é se antecipar. Ele tem de se antecipar e exatamente demonstrar que não adianta fazer um ato que depois possa ser questionado no Poder Judiciário. Você não está questionando a intenção do gestor. Você está exatamente dando suporte para aquela atuação. E, muitas vezes, o que também tem que ficar claro às senhoras e aos senhores é que, se às vezes, o gestor não acatar, vocês têm que se socorrer da Advocacia-Geral da União e informar à Advocacia-Geral da União, porque não adianta você alertar o gestor e o gestor fazer a bobagem do mesmo jeito. Aí você tem que avisar à Advocacia-Geral da União, porque ela emite o parecer e evita o problema. Quer dizer, se a Constituição diz que se deve estabelecer limites para a propaganda de bebida alcoólica – isso está na Constituição, podemos até questionar se isso devia ou não devia estar na Constituição, mas está –, não há outra forma de se fazer essa limitação a não ser por lei. Não vai ser decreto presidencial, não vai ser portaria do Ministério da Saúde, não vai ser portaria da ANVISA. E aí você evita uma série de conflitos. Você evita uma série de ações judiciais que eram fadadas a perder e que eram fadadas a quê? A criar uma reação do Judiciário contra a Administração Pública e contra a advocacia pública.

Se vocês deixarem essas bobagens acontecerem, por que que agora você vai pedir para negar essa liminar? Isso é outra bobagem que foi feita pelo Estado brasileiro. Vocês não atuam de forma a evitar isso, depois vem trazer trabalho. Porque a cabeça de Juiz é desse jeito, vocês sabem. Quantas ações isso aqui fez acontecer? E eu tenho aqui que ficar despachando, lendo, vendo, analisando. Então, esse trabalho de poder identificar esses conflitos e se antecipar é extremamente importante. Manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade da conciliação; buscar a conciliação entre os órgãos e entidades da administração federal e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União.

Outra coisa que nós fizemos foi descentralizar esse trabalho, que antes ficava só na Advocacia-Geral da União, e descentralizamos para os núcleos de assessoramento jurídico, que são braços da Consultoria-Geral da União nos Estados e nas regiões do país. Os objetivos da Câmara: conciliar os interesses divergentes dos diversos órgãos e entidades da Administração Federal; evitar a judicialização de demandas e encerrar processos já judiciais; aqueles processos que já

estão em juízo e que não há sentido manter no Judiciário para tomar uma decisão, eles serem resolvidos e encerrar esses processos que estão na Justiça. Portaria nº 1.281, interna da Advocacia-Geral da União, que trata da Câmara. Estratégia de atuação: realizar conciliações, expedir orientações, encaminhar processos para conciliação nos núcleos de assessoramento jurídico e nas consultorias jurídicas; sugerir conciliação em outras unidades da AGU. A descentralização que foi operada. Os núcleos de assessoramento jurídico e as consultorias jurídicas passam a realizar reuniões de conciliação em todas as unidades. É curioso que, muitas vezes, a disputa entre dois órgãos da Administração Pública Federal não se resolve porque os órgãos ficam se falando por papel. Às vezes, perdem mais horas e tempo analisando ofícios, refazendo ofícios do que se sentassem, conversassem e resolvessem o problema, que muitas vezes se resolve em 15, 20 minutos. Está aqui o Marcelo Siqueira, que foi quem deu o início, lá na Advocacia-Geral da União, nas Câmaras *ad hoc*, e hoje é o Procurador-Geral Federal substituto, mas que antes estava na Consultoria-Geral da União e sabe muito bem disso. Na verdade, aquilo que se acha que é uma Câmara, algo institucional, formal, na verdade não passa de colocar dois gestores juntos e falar: “moçada, qual é o problema aí? O que está rolando? O que ‘está pegando’?”.

Devemos pensar no interesse público e vamos resolver o problema aqui. A pilha de papel para despachar, a pilha de problema para resolver, ela só vai aumentando. Então, esse objetivo de se resolver de maneira célere essas questões.

Estabelecida a controvérsia entre órgãos e entidades da administração federal, poderá ser solicitado seu deslinde por meio de conciliação e ser realizada: pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal; pelos núcleos de assessoramento jurídico, como determinado pelo Consultor-Geral da União; e também por outros órgãos da Advocacia-Geral da União, quando determinado pelo Advogado-Geral da União. As atividades conciliatórias serão supervisionadas pela CCAF, que é a Câmara de Conciliação e Arbitramento para Administração Federal. Esses limites são importantes porque, evidentemente, é um projeto inicial e, se todo tipo de controvérsia for jogado para ele de repente, nós não temos estrutura.

Teve um caso, que fiquei sabendo, de um Juiz que, quando tomou conhecimento disso, já queria suspender todos os processos entre órgãos da Administração Pública Federal e remeter para a Advocacia-Geral da União, para que se abrisse a Câmara de Conciliação. Ele falou, mas descobriu: “Bom, se aqui tem lei que a Advocacia Pública que tem que resolver, por que eu vou ter que decidir? Então, vou mandar esses processos para a Advocacia-Geral da União”. Quer dizer, se tudo chegar de uma vez lá, você acaba matando aquilo que você quer construir. Então a gente tem que ir andando, conforme as pernas permitirem. A solicitação poderá ser apresentada pelas seguintes autoridades: Ministros de Estado, Dirigentes de Entidades, Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda etc.

Requisitos iniciais para conciliação: entendimento jurídico com a identificação dos pontos efetivamente controversos. Ou seja, é importante identificar aquilo que efetivamente há controvérsia. Deixar aquilo que é perfume de lado e centrar o foco naquilo que é evidentemente o objeto concreto da controvérsia. Instruir com a cópia dos documentos relevantes ao objeto da controvérsia, indicação pela direção superior de representantes de cada órgão que está em controvérsia e análise prévia pelos órgãos da Advocacia-Geral da União.

A solicitação deve ser instruída com indicação de representante para participar das reuniões, entendimento jurídico do órgão e da entidade para análise dos pontos controvertidos, cópia dos documentos necessários aos desígnios da controvérsia.

Pelo art. 10 da Portaria, havendo a conciliação, será lavrado o respectivo termo, que será submetido à homologação do Advogado-Geral da União, ou seja, quando os órgãos da administração chegarem a um acordo, estabelece-se o termo, as condições daquele acordo, como ele vai ser cumprido. E é homologado pelo Advogado-Geral da União. O termo de conciliação lavrado pelos órgãos será encaminhado para a Câmara.

Artigo 11. A Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia. Se não se chegar a um entendimento, a um acordo entre os órgãos da administração, aí sim, a Consultoria-Geral vai emitir um parecer arbitrando e dando a Resolução da controvérsia.

Há na AGU alguns dados que já podem até ter sido modificados, mas só para ter uma idéia: 21 processos já encerrados na Câmara; 23, em análise inicial; 10 iniciados; 46 aguardando providências das partes; 12 com providências cautelares; 09 encaminhamentos para os núcleos; 04 com análise encerrada; perfazendo um total de 125. Em termos de valores, é impressionante o que isso representa.

Todas essas divergências envolvem, também, muitas vezes, demandas de valores. Há aplicações de multa. Multa que o INSS aplica em universidades federais, em gestores. Evidentemente isso tem repercussão financeira. Isso, ao invés de ser levado ao Judiciário, é resolvido no âmbito da Advocacia-Geral da União. Só nesses casos, para se ter uma idéia total em termos de valores envolvidos entre os encerrados e os em andamento, R\$ 500.000.000,00 (quinhentos) milhões de reais. São questões que se resolvem na administração pública federal e que são submetidas ao Poder Judiciário e que podem ser resolvidas na administração. Exemplos de algumas conciliações já realizadas: BR-319, que é uma rodovia federal que liga Porto Velho a Manaus. Essa rodovia é de terra, não é asfaltada e a obra que o DNIT queria fazer, no entendimento do DNIT, era uma reforma da rodovia, ou seja, asfaltar a rodovia, e o IBAMA entendia que era uma obra nova, fazer uma rodovia nova. Evidentemente, do ponto de vista normativo, isso tem uma implicação enorme do ponto de vista dos requisitos de impacto ambiental, e havia o impasse entre esses dois órgãos da administração pública federal. Imagine levar isso ao Judiciário para ser decidido. A rodovia, que é de terra, vai virar mata e não se vai ter o problema resolvido. Quer dizer, quem tem que resolver é a própria administração pública federal. Foi celebrado então um termo de acordo, de ajustamento de conduta, estabelecendo um consenso sobre a recuperação da rodovia e o tipo de licenciamento ambiental. Então, estabeleceu-se qual era o caráter da obra e quais eram os requisitos ambientais a serem exigidos pelo IBAMA para aquela obra. E foi formalizado e assinado pelos dirigentes dos dois órgãos e homologado pela Advocacia-Geral da União.

Isso para dar então uma idéia para as senhoras e os senhores de que existem inúmeras possibilidades de soluções criativas, soluções inteligentes para resolução de conflitos e de controvérsias, no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Eu gostaria de agradecer, mais uma vez, ao CADE, a oportunidade de estar aqui. Agradecer à Dra. Elizabeth Farina, à Dra. Mariana, ao Dr. Artur Badin e agradecer às senhoras e aos senhores pela paciência com que me ouviram. Muito obrigado.

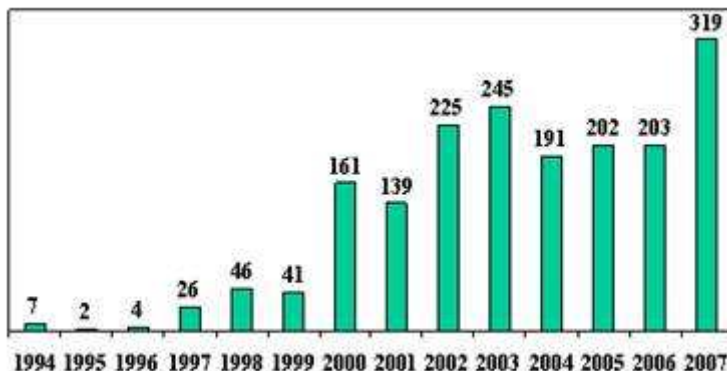
Apresentador – Dando continuidade ao 1º Encontro da Advocacia Pública Federal sobre Concorrência e Regulação, convidamos para compor a mesa o Dr. Arthur Badin, Procurador-Geral do CADE; o Dr. Celso Campilongo, professor das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; e, na qualidade de presidente da mesa, o Dr. Gilvandro Araújo, Coordenador Jurídico da Procuradoria do CADE. Com a palavra, o Dr. Arthur

Badin.

Arthur Badin (Procurador-Geral do CADE) – Sobretudo nos últimos quatro anos, o CADE experimentou uma notável consolidação institucional, que se pode aferir pela afirmação de sua independência política, pelo aprimoramento técnico das decisões, pela celeridade no processamento dos feitos e pela maior eficiência na repressão aos cartéis.

À medida que a atividade de repressão e prevenção às infrações contra a ordem econômica se torna mais eficiente, aumenta o número de cartéis e monopólios desbaratados pelo CADE e, na mesma proporção, o recurso das empresas condenadas ao Poder Judiciário. Obviamente, sendo administrativas, as decisões do CADE estão sujeitas ao controle jurisdicional. Assim, na mesma medida em que o CADE avança na repressão e prevenção das infrações contra a ordem econômica, assiste-se a uma cada vez maior judicialização de suas decisões. Há uma migração do *locus* do debate da política de defesa da concorrência da Administração para o Judiciário. Esse é o momento em que nós vivemos hoje: a judicialização da política de de-fesa da concorrência. Nós podemos ver no gráfico o aumento substancial e progressivo das ações judiciais envolvendo decisões do CADE:

Do CADE aos Tribunais



Fonte: Procuradoria-Geral do CADE (até 31/10/07)

O que vou dizer hoje aqui aos senhores advogados públicos, em especial em relação ao CADE, eu tenho certeza que pode ser generalizado a todas as demais autarquias: em contraste com essa maior eficácia das decisões do Conselho, constata-se uma baixíssima execução (“*enforcement*”), que pode ser aferida pelo pífio recolhimento de multas aplicadas por infração contra ordem econômica. Os números que mostro nessa tabela são escandalosos. Eles chamam todos nós à responsabilidade para mudar esse quadro. Em especial dos advogados públicos que, como disse a Presidente do CADE, são os responsáveis por “fazer a entrega final do produto ao consumidor”, ou seja, de dar efetividade às decisões das autarquias que representamos, e que tutelam os mais diferentes interesses difusos e coletivos, como a ordem econômica, meio ambiente, patrimônio histórico etc.

(in) execução das multas (infrações)

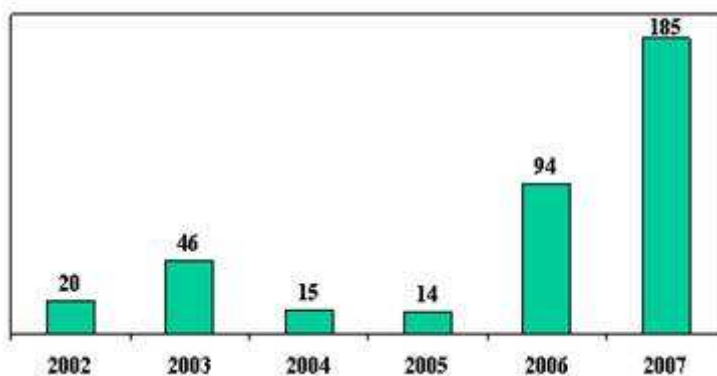
Ano	Aplicações	Pagas	%
2002	2.800.000,00	12.770,00	0,45%
2003	8.300.000,00	620.000,00	7,46%
2004	5.600.000,00	0	0%

Fonte: OCDE

Podemos fazer algumas ilações a respeito das causas desse descalabro. Em primeiro lugar, façamos um *mea-culpa* da Procuradoria. A Procuradoria, nos dez primeiros anos da Lei nº 8.884/1994, priorizou sua atividade consultiva, negligenciando a atividade de contencioso. Basta ver que, nesse período, a Procuradoria do CADE teve apenas um único procurador encarregado de todo serviço do contencioso! E isso se pode explicar pelo contexto histórico em que se vivia. Nos dez primeiros anos da Lei nº 8.884/1994, o CADE se consolidava, assimilava as rotinas, e a Procuradoria teve um papel importantíssimo nessa consolidação. Mas agora já não é mais possível focar apenas na atividade interna, “consultiva”. Outro erro foi que, nesse período, a Procuradoria deixou de instituir, de forma efetiva, o serviço de Dívida Ativa. Sem a Dívida Ativa não há execução judicial nem os efeitos dissuasórios de sua realização, como CADIN e certidões positivas.

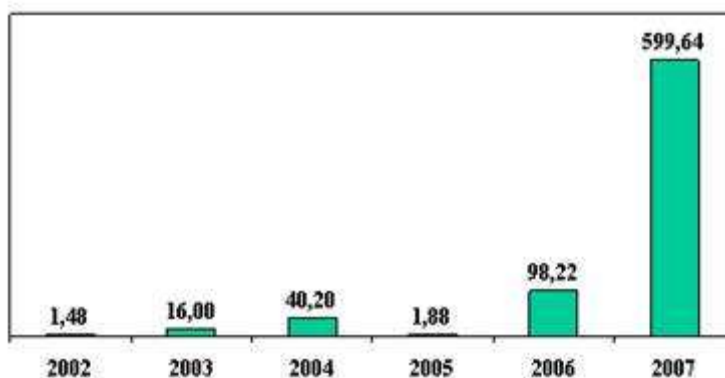
Diagnosticados esses dois problemas, estabeleci no planejamento estratégico para o biênio 2006/2007 duas prioridades: contencioso e dívida ativa. Nesses dois anos em que estivemos à frente da Procuradoria do CADE, procuramos cumprir a nossa lição de casa e focar a atividade da Procuradoria no setor contencioso e de dívida ativa. Este gráfico demonstra o esforço empreendido pela Procuradoria no biênio 2006/2007 para realizar a inscrição em dívida ativa de todas as multas aplicadas pelo CADE em sua história.

Inscrições em Dívida Ativa



(número de inscrições, até 26/10/07)

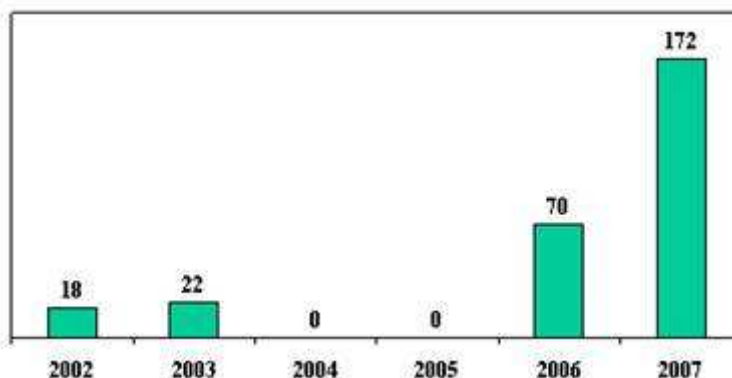
Inscrições em Dívida Ativa



(em milhões de reais - até 26/10/07)

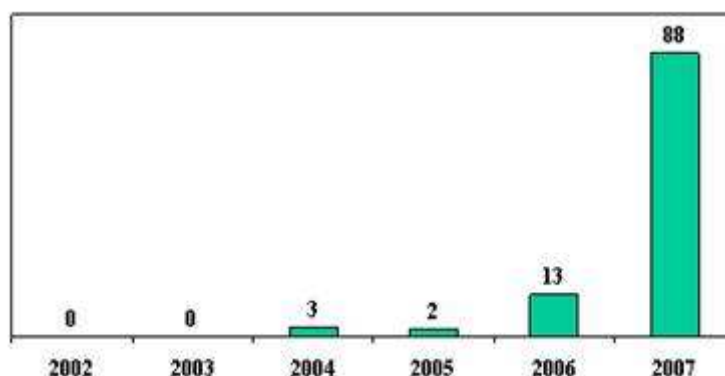
O aumento das inscrições não se deve a um aumento do valor das multas nos últimos anos, mas sim ao fato de que, no biênio 2006/2007, foram feitas as inscrições que deixaram de ser feitas nos dez anos anteriores. Os próximos gráficos mostram outra situação bastante preocupante. O CADE tomava a decisão, a empresa não cumpria, e ficava por isso mesmo: não havia o ajuizamento da ação de execução para as decisões! No biênio 2006/2007, nós "arrumamos a casa" e ajuizamos todas as execuções fiscais e de obrigação de fazer que deixaram de ser feitas anteriormente:

Execuções Fiscais ajuizadas



(até 26/10/07)

Execuções de obrigação de fazer



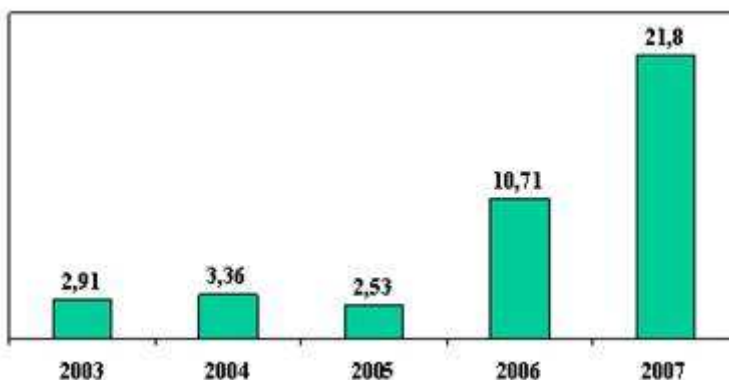
(até 26/10/07)

Mais uma vez, devo esclarecer que o aumento substancial de execuções ajuizadas no biênio 2006/2007 não se deve a

um maior número de condenações pelo CADE no período, mas sim ao fato de que nós tivemos de ajuizar as execuções que não foram ajuizadas nos anos anteriores.

Nós reformulamos as rotinas da Procuradoria do CADE, criando o método do “Advogado Responsável”, graças ao qual temos logrado resultados importantes no Judiciário, conferindo maior eficácia às decisões do Conselho, como mostra o gráfico abaixo, referente ao montante de multas efetivamente recolhidas:

Recolhimento de multas



Fonte: CFDD (em milhares de reais – até 30/09/07)

Feita a *mea-culpa* da Procuradoria do CADE e prestadas contas do que nós vimos fazendo nesses dois últimos anos para nos redimir desta culpa, passamos agora a refletir sobre outras causas – talvez mais importantes – da baixa execução das decisões do CADE: (i) a prodigalidade na concessão de liminares pelo Poder Judiciário e (ii) a forma com que o controle jurisdicional vem sendo feito sobre as políticas públicas, em especial o controle das decisões das agências reguladoras, inclusive do CADE. Ao contrário do que se supõe em debates dessa natureza, o verdadeiro problema não é a excessiva intrusão do Judiciário no mérito das decisões do CADE, já que 83% das decisões do CADE tomadas a partir de 2003 e questionadas judicialmente foram mantidas em sentença. Ou seja, em apenas 17% dos casos é que houve alguma alteração de mérito da decisão do CADE. Na esmagadora maioria das vezes, portanto, o Judiciário tem respeitado as decisões do CADE. O verdadeiro problema é a prodigalidade na concessão de liminares: 75% das decisões do CADE impondo restrições em atos de concentração (por exemplo, venda de ativos, alteração de cláusulas contratuais) que foram questionadas na Justiça encontram-se suspensas por força de liminares concedidas *initio litis*. Assim, 75% das intervenções que o CADE faz sobre o domínio econômico – como, por exemplo, o caso Nestlé-Garoto (em que o CADE determinou que a Nestlé vendesse a Garoto), ou Companhia Vale do Rio Doce (em que o CADE determinou a venda de uma das empresas adquiridas) – encontram-se suspensas por força de liminares.

Que tipo de liminar é essa? São as famosas liminares “suspendo a decisão para poder analisar com calma depois”. Ou seja, baseadas ape-nas e tão-somente no *periculum in mora* e sem qualquer consideração a respeito do *fumus boni iuris*. O problema é que esse “analisar com calma depois” demora 14 anos em média, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O mercado é uma realidade dinâmica e, por isso, exige, para que sejam eficazes, rápidas intervenções. Esperar 14 anos para implementar um remédio é levar o paciente à morte. E essa prodigalidade com que as liminares são concedidas subverte o tradicional princípio da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, transformando-o numa “presunção de suspeição do administrador”.

Toda intervenção do CADE sobre o domínio econômico implica algum tipo de restrição à atividade do particular. Ou o CADE manda vender um ativo, ou desconstituir uma operação, ou modificar alguma cláusula contratual. Se essas restrições ao administrado (que decorre da própria auto-executoriedade das decisões administrativas) fossem o bastante para a concessão de liminar, nenhuma decisão do CADE poderia ser implementada senão depois do trânsito em julgado da decisão judicial! Isso colapsaria a operacionalidade do sistema administrativo de tutela do direito difuso à higidez da ordem econômica, tornando-o absolutamente ineficaz.

A suspensão de ato do CADE até que sobrevenha sua confirmação judicial é feita para eliminar risco individual. A avaliação é que “o CADE pode esperar”. Mas o sujeito potencialmente prejudicado com o adiamento não é ente administrativo, e sim a coletividade atingida pelos abusos do poder econômico. Esses conflitos administrativos têm sempre uma dimensão coletiva. Há um terceiro oculto, cuja proteção é a razão do ato administrativo praticado. Quando se suspende o ato apenas para que a empresa possa “questioná-lo em paz”, sem que sua tese tenha verossimilhança, simplesmente se aceita que o prejuízo da coletividade não tem relevância.

A exigência de que a manifestação definitiva do Judiciário anteceda a execução de atos administrativos ampara-se na idéia de que ninguém deveria sofrer gravame imposto por outrem enquanto não houver certeza final quanto a sua validade. Como brilhantemente disse o Professor Carlos Ari Sundfeld, em parecer generosamente elaborado em caráter *pro bono* à Procuradoria do CADE, essa concepção simplesmente inviabiliza o exercício das funções legislativa e administrativa; ora, de acordo com ela, nenhuma constrição legal ou administrativa poderia ser executada sem prévia homologação judicial transitada em julgado. Liminares sem análise do *fumus boni iuris* e considerando como *periculum in mora* apenas o normal cumprimento da decisão do CADE supervalorizam o valor “certeza jurídica” em detrimento dos interesses legítimos da coletividade, que vai ser lesada, e da própria operacionalidade do sistema administrativo de tutela desses direitos difusos. Desconsideram a necessidade de rápida implementação como condição *sine qua non* de eficácia das decisões do CADE. E, na maioria das vezes, as decisões não causam danos ao particular mais do que danos patrimoniais, que são plena e facilmente ressarcíveis. Agora, os danos que são causados à coletividade, esses são de difícilíssima reparação.

Eu cito como exemplo dessa disfunção causada pela prodigalidade de concessão de liminares o Caso Companhia Vale do Rio Doce (CVRD). A CVRD adquiriu as cinco maiores mineradoras do Brasil. Com isso, passou a deter o monopólio privado sobre toda capacidade produtiva de minério de ferro do país. Em agosto de 2005, para contrabalançar o brutal poder econômico criado, o CADE determinou à CVRD que alienasse uma das empresas recém adquiridas. Contra essa decisão, a CVRD ajuizou Mandado de Segurança, alegando que a decisão do CADE seria nula, porque resultado do voto de qualidade de sua Presidente.

Em 10 de novembro de 2005, o MM. Juízo da 20ª VF/DF deferiu liminar para suspender os efeitos da decisão do CADE. Três meses depois, após profunda análise de mérito, o MM. Juízo da 20ª VF/DF julgou o MS improcedente, confirmando a decisão do CADE. Em 16 de fevereiro de 2006, o Relator da apelação, Desembargador Federal Souza Prudente, deferiu liminar para antecipar os efeitos da tutela recursal, suspendendo pela segunda vez a decisão do CADE. Um ano depois, em 28 de março de 2007, a 6ª Turma do TRF1, por maioria (vencido o Relator, Desembargador Federal Souza Prudente), negou provimento à apelação da CVRD, confirmando, pela segunda vez, a decisão do CADE. Em 28 de maio de 2007, a Presidente do TRF1, Desembargadora Assusete Magalhães, deferiu liminar nos recursos especial e extraordinário interpostos pela CVRD, suspendendo pela terceira vez a decisão do CADE. Um mês depois, em 6 de junho de 2007, a Presidente do TRF1 inadmitiu o recurso extraordinário. Em 19 de junho de 2007, a 2ª Turma do STJ, em medida cautelar originária, deferiu liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial e, com isso, suspender, pela quarta vez, a decisão do CADE. Em 28 de agosto de 2007, a 2ª Turma do STJ, à unanimidade, negou provimento ao recurso especial, confirmando, pela quarta vez, a legalidade da decisão do CADE. Em 11 de setembro de 2007, o Ministro Marco Aurélio Mello, do STF, deferiu liminar para atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento contra decisão da Presidente do TRF1 que negou seguimento do recurso extraordinário da CVRD, para suspender, pela quinta vez, a decisão do CADE. Em 18 de outubro de 2007, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski negou seguimento ao AI-RE, confirmando, pela quinta vez, a legalidade e constitucionalidade da decisão do CADE ¹.

Nota:

1 [NOTA DO ORGANIZADOR] Em sessão do dia 18 de dezembro de 2007, a 1ª Turma do STF ratificou a decisão do Ministro Relator Ricardo Lewandowski e negou seguimento ao AgRg em AI-RE.

Como se pode ver do relato, a decisão do CADE foi confirmada por todas as instâncias judiciais. Não obstante, permaneceu suspensa durante esse longo caminho por força de liminares concedidas em todas as instâncias. Todas as decisões que deferiram liminares (à exceção da de primeira instância) estão fundamentadas apenas e tão-somente no suposto risco de dano à CVRD (*periculum in mora*). Nenhuma linha foi dedicada a aferir (i) a verossimilhança das alegações, (ii) o risco de dano reverso à coletividade e (iii) a reparabilidade do suposto dano meramente patrimonial. Essa prodigalidade na concessão de liminares – “suspendo a decisão do CADE para analisar a matéria com calma depois” – gera a ineficácia da política de defesa da ordem econômica e incentiva a que as empresas, ao invés de cumprirem a decisão do CADE, aventurem-se no Judiciário com qualquer filigrana jurídica (afinal, ganhar alguns anos para cumprir a decisão do CADE por si só já traz uma enorme vantagem econômica).

Em 19 de maio de 2006, a CVRD ajuizou outra ação judicial, uma Ação Ordinária, com diversa causa de pedir. Assim que a liminar no Mandado de Segurança foi revogada, a CVRD requereu, em primeira instância, antecipação de tutela na Ação Ordinária, para tentar suspender, pela sexta vez, a decisão do CADE. Nitidamente, sua estratégia era pulverizar ações com diferentes causas de pedir, para multiplicar as chances de liminares favoráveis. Quando perde, no mérito, a primeira ação, ajuíza outra, renovando pedido de liminar. Ainda que saiba que irá perder, no mérito, em todas as instâncias, a possibilidade de manter a decisão do CADE suspensa indefinidamente, por força de liminares, já lhe traz enorme benefício, pois quanto mais o tempo passa, maiores são os prejuízos aos consumidores e cidadãos brasileiros pela violação à ordem econômica, e maior é o risco de ineficácia da decisão do CADE. Esse comportamento da CVRD transforma a defesa do interesse público pelo CADE num frustrante trabalho de Sísifo: depois de perder uma ação, ajuíza-se outra, com distinta causa de pedir, começando novamente toda a saga judicial. Como as liminares estão fundadas apenas e tão-somente no *periculum in mora*, e este decorre da própria natureza auto-executória das decisões do CADE, nada impedirá a CVRD, quando perder esta nova ação, ajuizar uma terceira, renovando o pedido de liminar. Assim, até a eternidade (ou melhor, até a decisão do CADE perder sua eficácia na tutela da ordem econômica...).

Tais circunstâncias não passaram despercebidas pelo MM. Juízo da 5ª VF/DF. Além de demonstrar com profundidade a ausência de verossimilhança das alegações, a brilhante magistrada Maria Cecília de Marco Rocha indeferiu a liminar na Ação Ordinária, destacando o manifesto abuso do direito de ação por parte da CVRD, conforme lerei para os senhores:

“[...] A tutela de urgência pleiteada, a meu ver, tem a natureza de antecipação dos efeitos da tutela final, eis que se pretende suspender pontos do acórdão do CADE a serem anulados ao termo do processo. De toda forma, seja como tutela antecipatória ou cautelar, seu deferimento condiciona-se à presença da plausibilidade do direito invocado e do risco de seu perecimento. Nesse exame de cognição sumária, não vislumbro a presença do primeiro requisito. Antes que explane minhas razões, considero necessário tecer algumas considerações sobre o segundo requisito, porque ele foi preponderante nas outras decisões que suspenderam o acórdão do CADE. O controle dos atos de concentração é política cara às nações desenvolvidas porque compatibiliza a existência de empresas fortes e a concorrência entre elas, criando condições estruturais para o desenvolvimento desses países. Deveras, a existência de órgãos reguladores cujas decisões, tomadas com espeque em fundamentos técnicos além do alcance do Poder Judiciário, são cumpridas pelos agentes regulados imprime confiança aos agentes econômicos sobre a segurança de investimento em determinado país. Isso porque o mercado é uma realidade dinâmica e a procrastinação no cumprimento de uma decisão pode consolidar os efeitos da conduta anticoncorrencial, em detrimento da economia nacional e dos consumidores. Nesse exato sentido, transcrevo trecho da palestra do Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca no Seminário intitulado ‘O Judiciário na Defesa da Concorrência’, disponível no sítio eletrônico da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, www.ajufer.com.br: ‘As decisões que envolvem questões econômicas devem ser proferidas em tempo econômico, ou seja, somente serão eficientes e terão eficácia se ocorrerem com uma limitação temporal insuscetível de delongas. Essa exigência de celeridade não se compadece com a atual morosidade das decisões do Judiciário federal, decorrente certamente da enorme pletoira de processos ali em tramitação. Pode-se perguntar, concretamente, quanto tempo tramitará o processo ajuizado pela Nestlé, impugnando a decisão do CADE. Se o tempo necessário à decisão se pautar pelo andamento normal, de cinco a quinze anos, qualquer que seja a decisão, será ela inócua e ineficaz’.

Esse o panorama em vista do qual o *periculum in mora* deve ser estudado. Não restam dúvidas de que o suposto dano infligido à CVRD pelo acórdão do CADE está em vias de se concretizar, eis que a decisão judicial que suspendia o acórdão perdeu seus efeitos. Noutra margem, os danos ao mercado e aos consumidores em razão da conduta lesiva à concorrência tiveram início nos anos de 2000 e 2001, em que os atos de concentração foram produzidos, e ainda não cessaram. O acórdão do CADE que visava a estancar tais danos foi prolatado em novembro de 2005, mas a CVRD

obteve sucessivas decisões judiciais para o suspender. Explica-se. A Autora impetrou o Mandado de Segurança nº 20053400032899-7, em que impugnava o acórdão do CADE sob o argumento de vício em sua constituição em decorrência da ausência de voto da maioria dos membros do CADE e do voto duplo de sua Presidente, como Conselheira e como titular do voto de qualidade. A liminar foi concedida, mas depois cassada pela sentença desfavorável; a apelação foi recebida em seu duplo efeito por força de agravo de instrumento aviado no Tribunal Regional Federal da 1ª Região; desprovida a apelação, o STJ deferiu liminar em ação cautelar para novamente suspender os efeitos da decisão do CADE. Anoto que as últimas decisões fundaram-se especialmente no risco de perecimento do direito, mesmo porque a suspensão da decisão do CADE teria por termo final o encerramento daquele mandado de segurança, que já se avizinhava. Não obstante, no presente processo não se pode admitir que a iminência de dano para a CVRD sobreponha-se aos danos há mais de 5 (cinco) anos impostos ao País.

A uma, porque se trata de causa de pedir diversa da que amparou o mandado de segurança e, a se permitir que a Autora desmembre a causa de pedir conducente à insubsistência do acórdão do CADE, dar-se-á aval para que ela renove suas chances de êxito e mantenha aceso o risco de perecimento, que estaria presente em cada novo processo relativo ao acórdão. Decorreria da estratégia a suspensão perene da decisão do CADE, bastando que se a impugnasse em outro processo e com argumento diverso.

A duas, porquanto, conforme já se averbou, a mácula à livre concorrência potencializa-se ao longo do tempo, pois que os concorrentes vão sendo paulatinamente eliminados do mercado até que a empresa dominante passa a impor seus preços e impedir a entrada de qualquer outro agente. A reversão desses efeitos nocivos é indubitavelmente mais difícil e onerosa do que a anulação do acórdão do CADE ao fim da ação, haja vista que os danos ao mercado são difusos."

Contra essa decisão, a CVRD interpôs perante o TRF1 Agravo de Instrumento. Não obstante a proficiência das colocações da jovem magistrada, o Desembargador Federal Souza Prudente concedeu efeito suspensivo ao agravo, suspendendo, pela sexta vez, a decisão do CADE. E, pasme, querido público, com base apenas e tão-somente no... *periculum in mora* ²!

Nota:

2 [NOTA DO ORGANIZADOR] Em 19 de novembro de 2007, poucos dias após a palestra, o CADE impetrou perante o STJ a Suspensão de Segurança nº 1.793, contra a referida decisão do Desembargador Souza Prudente. Em 7 de janeiro de 2008, o Presidente do STJ, Ministro Barros Monteiro, deferiu a suspensão de segurança nos seguintes termos: "*Acham-se presentes na espécie os requisitos legais previstos no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, isto é, o interesse público a ser preservado e a potencialidade lesiva à ordem pública administrativa e à economia pública. Segundo Hely Lopes Meirelles, ao evocar decisão prolatada pelo Ministro Néri da Silveira na SS 4.405/SP, no conceito de 'ordem pública se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução de serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas' (In: Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. 26. ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 87). O não-cumprimento do acórdão proferido pelo CADE, após o emprego de vários expedientes de cunho judicial, constitui ofensa à ordem pública administrativa, uma vez que compromete – à evidência – a tutela administrativa de defesa da ordem econômica, subverte a execução das deliberações administrativas emanadas da autarquia e impede o normal exercício de suas funções e atribuições. Na hipótese dos autos, os atos tidos como de concentração são datados de 2000 e 2001, apreciados pelo CADE em 2005 e, até agora, conforme assinalado, não houve o devido cumprimento da deliberação administrativa. Sob o prisma da ordem econômica, verifica-se também de modo indelével a potencialidade da ofensa. O que se acha em causa aqui é a alegação de monopólio sobre a produção do minério de ferro no País. Esse poder de monopólio, como se sabe, permite ao interessado impor preços acima daqueles que seriam obtidos em ambiente de normal concorrência, resultando dele a redução de investimentos e a retração do emprego e da renda, com conseqüências danosas para o crescimento da economia. [...]* O que realmente importa na análise da espécie é a ocorrência do interesse público, que se encontra nitidamente presente, bem como o preenchimento dos dois pressupostos acima referidos, previstos na Lei nº 8.437/1992. [...] Além do mais, desponta nos autos o interesse exclusivamente de ordem patrimonial por parte da CVRD, passível de reparação nas vias próprias, em sendo o caso. Posto isso, defiro o pedido inicial, a fim de suspender os efeitos da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.039244-8, até o julgamento definitivo da ação principal. Comunique-se, com urgência, ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região e ao MM. Juiz da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Publique-se. Intimem-se". Contra essa decisão, em 9 de janeiro de 2008, a CVRD ajuizou perante o STF a Reclamação nº 5.780, que foi indeferida liminarmente pela Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, sob a consideração de que "O que quer, em verdade, a reclamante é que esta Presidência a autorize a persistir no descumprimento do acórdão proferido pelo CADE, tentando, mais uma vez, sobrepor os seus interesses privados, de índole patrimonial, ao interesse público, qual seja, a defesa da ordem econômica. É dizer, a CVRD tenta subordinar o interesse público, consubstanciado na defesa da livre concorrência, ao seu interesse privado de ter seu patrimônio devidamente ressarcido pela CSN, antes da execução do acórdão do CADE. [...] Não se

pode subordinar o devido cumprimento de decisões do CADE à prévia resolução de questões patrimoniais, de natureza eminentemente privada, que devem ser equacionadas no foro adequado. [...] Vislumbro, outrossim, a possibilidade de ocorrência do denominado perigo de dano inverso, dado que a decisão proferida pelo CADE poderá tornar-se ineficaz caso não seja imediatamente cumprida pela CVRD. [...] Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão proferida pelo relator do Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.039244-8/DF, objeto da referida medida de contracautela, atinge as atribuições do CADE, o que certamente colocará em risco a própria eficácia de suas futuras decisões” (Reclamação nº 5.780, Ministra Ellen Gracie).

Um outro problema na concessão de liminares é o que eu chamaria de “excesso de razoabilidade” ou “bom-sensismo judicial”. Desculpem-me a ironia. Refiro-me àquele controle jurisdicional sobre decisões técnicas do Conselho feitas com base apenas num juízo de “razoabilidade” – entre aspas – absolutamente atécnico feito pelo juiz. Teve um caso em que a decisão do CADE aplicou sua jurisprudência antiga e pacífica no sentido de que, nos contratos de compra e venda de estabelecimento comercial, o prazo máximo de cláusulas de não concorrência (ou seja, aquele que vendeu a empresa não pode se restabelecer no mercado) não pode, salvo casos excepcionalíssimos, ser superior a cinco anos. Essa é uma jurisprudência que vem desde 1994. Nas mais diversas composições, o CADE nunca alterou esse entendimento. Recentemente, uma empresa entrou no Judiciário alegando que esse prazo de cinco anos seria “irrazoável” e o Tribunal disse textualmente: “apesar da jurisprudência do caso ser pacífica nesse sentido, ou seja, conselheiros, economistas e advogados, especialistas em defesa da concorrência, entenderem assim, me parece razoável ampliar essa cláusula em dez anos”. Vejam, eu não sustento que as decisões do CADE, por serem técnicas, não podem ser revistas. Às vezes, a decisão do CADE pode estar errada mesmo. O Desembargador poderia ter trazido dados técnicos que confrontassem com os fundamentos da decisão do Conselho e dissessem: não, este mercado comporta peculiaridades tais, contém peculiaridades tais que justificariam uma ampliação desse prazo. Mas decidir com base apenas no “achismo” acaba jogado no lixo o trabalho de sete conselheiros, mais 13 procuradores, mais 14 técnicos da SDE, mais 15 técnicos na SEAE. É como se tudo isso fosse uma grande brincadeira, um grande jogo sem importância.

Um outro problema é a tolerância com tentativas de ampla revisão. O quê que eu quero dizer com isso? As decisões do Conselho são proferidas após uma profunda instrução probatória, onde é garantida ampla defesa e o contraditório. O processo administrativo no âmbito do CADE segue os ritos e as solenidades “quase-judiciais”, em termos de todos os ritos, formalidades, prazos, intimações etc. A própria sessão de julgamento segue ritos próprios de um tribunal judicial. E após todo esse trâmite, com ampla defesa e contraditório, o Conselho toma uma decisão. São produzidas provas em contraditório no âmbito desse processo administrativo. As partes têm a possibilidade e o direito de exigir e produzir provas do seu interesse, chamar testemunhas, nomear perito. É como um processo judicial. Pois bem. Apesar disso, muitas vezes, o Judiciário tem determinado a realização de provas pericial para se rediscutir o mérito das decisões do Conselho. Ora, ao fazer isso, o que o Judiciário está criando é um estímulo a que as partes não colaborem na instrução do processo administrativo, ou até mesmo negligenciem a instrução processual, de modo a enfraquecer, a fragilizar a decisão do Conselho. E aí começa o jogo tudo de novo no Judiciário. Quer dizer, não faz sentido que o Judiciário se preste a rediscutir o mérito da decisão do Conselho como se ele fosse um conselheiro aqui sentado. Não existe uma solução única. E nós, operadores do Direito, sabemos bem isso. Às vezes posso não concordar com uma decisão, mas reconhecer que ela está dentro do âmbito de soluções razoavelmente possíveis para aquele caso concreto. Nesse caso, e me parece que é a solução, o juiz não deve dizer: “bom, se eu estivesse sentado lá no Conselho, eu decidiria assim”. Mas ele deve decidir: “diante desses fundamentos e das provas que foram trazidas no processo administrativo, essa era uma solução possível, razoável dentro do espectro de possibilidades de decisão”.

A questão dos limites da revisão judicial – que seria a discussão que nos foi proposta para essa primeira intervenção – me parece secundária, menos importante hoje porque, se nós tivermos que escolher um verdadeiro problema, que compromete a eficácia das decisões administrativas em tutela de direitos difusos, eu diria que é o problema da prodigalidade na concessão de liminares e na forma com que essas liminares têm sido dadas, em sobrevalorização da certeza jurídica em detrimento dos interesses da coletividade, da efetividade e da própria operacionalidade dos órgãos administrativos.

A questão dos limites da revisão jurisdicional das decisões das agências reguladoras e do CADE é muito difícil de se fazer e muito mal tratada. Refuto soluções do tipo “o juiz não deve revisar nunca as decisões da administração”. Isso seria inconstitucional. O argumento do tipo “ah, o juiz não entende nada de lei da concorrência, o quê que ele vai se meter numa decisão tão técnica, tão elevada, tão sofisticada como a decisão do CADE” também me parece bobagem. Afinal, à magistratura brasileira são confiadas outras e talvez mais complicadas questões técnicas do que Direito e Economia da Concorrência. Uma outra tentativa de solução é “as decisões podem ser revistas quando os atos administrativos forem discricionários, ou vinculados, mas quando for discricionário não pode”. E aí se vertem rios de tinta pra tentar encaixar as decisões do CADE num ou noutro desses conceitos. “Será que a decisão do CADE é vinculada ou discricionária?”. Essa dicotomia, que foi muito útil no direito do estado liberal do século 19, não faz nenhum sentido a partir do século 20. Primeiro, porque houve, a partir das Constituições 17 e 19, mexicana e de Weimar, um processo de “juridicização da política”. Objetivos políticos são transformados em norma e a aplicação do direito não se faz mais com tanta facilidade como se imaginava, como se pretendia no direito liberal, como numa mera operação silogística de fatos à norma. A política está contida na norma inevitavelmente, e, além disso, vem o chamado “politeísmo de valores”. A aplicação do Direito exige a concreção de diversos valores simultaneamente e no mesmo plano de prioridade: bem estar do consumidor, meio ambiente, pleno emprego, desenvolvimento regional. Aplicar esses princípios não é mais tarefa tão trivial como se imaginava no começo do século 20. Ao longo do século 20 também ocorrem dois fenômenos. Os atos administrativos passam a ter natureza judicante, como é caso do CADE, que julgam um processo administrativo, e atos administrativos normativos. O Professor Comparato, na década de 60, já advertia para o fato inescapável de que o Banco Central, ao regular, estava legislando, e que insistir em não reconhecer essa nova realidade do Direito Econômico seria um sério caso de alienação dos operadores do Direito. E hoje, essa atividade normativa e judicante é feita por todas as agências reguladoras. É inegável que esses dois atos administrativos, de natureza judicante, natureza normativa, são diferentes dos atos administrativos que se pensava no século 19. Ademais, aquela briga entre o Celso Antonio Bandeira de Mello e Eros Grau não chegará a lugar nenhum. Para quem não sabe, o primeiro sustenta que, quando a lei emprega palavras de conteúdo semântico aberto, compete ao Administrador

completar-lhe o sentido. O segundo, em contrapartida, diz que só existe uma interpretação legítima, que é a feita pelo Judiciário. Isso também é uma discussão que não tem fim e que não nos traz respostas práticas para resolver o problema do limite da revisão jurisdicional das decisões, sobretudo em políticas públicas. E por fim, existe aquela “brecha” pela qual pode passar o que se quiser, que é a idéia de que o judiciário faz controles de “razoabilidade e de proporcionalidade” que, na prática, outorgam ao juiz o poder de fazer o que bem entender. E aqui devo confessar meu ceticismo em relação à capacidade da dogmática jurídica de oferecer limites objetivos a essa atividade jurisdicional. O juiz vai fazer o que ele quiser. Não importa o que a gente diga, não importa a teoria que a gente adote para tentar extrair esse limite. E aí eu me refiro à “Indeterminacy Thesis” dos “Critical Legal Studies”, que trazem uma discussão sobre isso e, sobretudo, chamam a atenção para essa ingenuidade de se tentar limitar os poderes do juiz através da normatividade. Então, para concluir, já que o meu tempo estourou, quero deixar vincado que a solução que eu proponho é que o juiz, ao fazer o controle jurisdicional deve, antes de decidir, “decidir quem deve decidir”. Ele deve ponderar qual a instituição – CADE ou Judiciário – mais bem desenhada para tomar as decisões no caso concreto. Tem que pensar se é mais provável que o erro seja dele, ou o erro seja de quem proferiu a decisão. E é possível, dependendo da matéria, como o próprio Ministro mencionou, que o erro seja da administração. A instituição mais vocacionada a verificar a legalidade formal, processual, garantias individuais, a instituição que historicamente é vocacionada pra tomar, fazer o controle dessas garantias, sem dúvida, é o judiciário. Mas nem sempre, no caso de decisões que envolvem políticas públicas e escolhas difíceis, com interesses plúrimos. O magistrado monocrático é refém de um desenho institucional que lhe apresenta os casos sempre de forma dicotômica – uma parte que acusa, outra que defende – e dificilmente é capaz de ouvir aqueles que não se fazem representar na sala de audiências e que vão perder quando ele interfere numa determinada decisão de política pública, uma determinada alocação de bens públicos. O juiz, ele não consegue ver esses outros interesses não porque não tem capacidade técnica ou não é inteligente o suficiente como o administrador. É simplesmente porque a instituição, a forma com que os problemas lhe são trazidos, é diferente da forma com que o administrador decide e, portanto, a chance de ele errar ou de cometer injustiças é muito grande. É muito provável que vá decidir a alocação de bens públicos escassos – por exemplo, o orçamento – de forma enviesada em favor daqueles que têm acesso ao Judiciário, em detrimento daqueles que não têm – e por isso sempre perdem nessa disputa por bens públicos. Então, essa é a proposta. Não acho que seja possível delimitar. O que eu acho que é possível é mudar a cultura e propor esta questão ao juiz antes de fazer uma intervenção, que decida quem deve decidir. É isso. Eu deixo o resto para os debates. Obrigado pela atenção. (*aplausos*)

Gilvandro Araújo – Obrigado, Doutor Arthur. Dando continuidade. Vamos ouvir o Professor Celso Campilongo, ex-conselheiro do CADE e advogado militante na defesa da concorrência, que vai tecer seus comentários.

Celso Campilongo – Bom dia a todos. Eu gostaria, em primeiríssimo lugar, de agradecer muito ao CADE, ao Doutor Badin, ao Doutor Gilvandro, à Professora Elizabeth Farina e, também, à Advocacia-Geral da União pelo convite para participar deste seminário. Diria que não tenho muita discordância. Diria que não tenho nenhuma discordância em relação ao que disse o Doutor Badin. Ainda sinto um pouco a questão da judicialização das decisões do CADE ou da atuação do CADE como ex-conselheiro. Sinto-me um pouco conselheiro do CADE. Na época em que fui conselheiro, não poucas vezes o CADE foi proibido, por liminares, até de tomar decisão. Impuseram ao CADE a necessidade de firmar compromisso de cessação de prática, de reverter suas decisões, enfim, limitaram ou deturparam de tal maneira a atuação do órgão, que eu tinha a nítida impressão de que bastava alguém passar em frente ao fórum e levantar uma bandeira contra o CADE que ganhava uma liminar. Mas também examino essas questões, agora, um pouco na condição de advogado, de consultor e de parecerista em alguns processos que tramitam pelo CADE. Confesso que, dessa perspectiva, vislumbro deslizos, equívocos, erros mais ou menos graves, como acontece em qualquer tribunal. E, quando isso ocorre, resta ao administrado o recurso ao Judiciário.

Por isso, muitas vezes, ou em algumas vezes pelo menos, a decisão do CADE comportaria discussão em juízo. Claro, o Doutor Badin não está, de forma alguma, limitando ou fechando as portas do Judiciário para a discussão da matéria debatida no CADE ou no âmbito das agências, mas, de fato, essa discussão deve ser travada de uma maneira restrita pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário não pode, pura e simplesmente, se substituir ao órgão regulador ou ao órgão de defesa da concorrência de forma indiscriminada. Neste aspecto, que me parece o central da exposição do Doutor Badin, estou totalmente de acordo. Qual o meu objetivo com esta exposição? É tentar identificar por quais razões temos um crescente protagonismo judicial ou, pelo menos, uma crescente interferência judicial, quer no papel desempenhado pelas agências na produção normativa e decisória, quer no processo adjudicatório desenvolvido aqui no CADE. Vou arrolar alguns problemas que me parecem fundamentais para que se compreenda este relevante papel protagonista que, crescentemente, o Poder Judiciário vem desempenhando e que não diz respeito apenas ao CADE e às Agências: diz respeito à sociedade brasileira como um todo, um protagonismo global. Vivemos um momento no qual o Judiciário alarga barbaramente seu espaço. Meus comentários são no sentido de compreender as razões desse impacto judicial sobre a produção das agências e das decisões do CADE.

Primeiro Comentário (e serão apenas cinco ou seis comentários pontuais). Nós já vivemos momento no qual o Direito – ou, pelo menos, a maneira como o Judiciário interpretava e aplicava o Direito –, era visto como a regra do jogo. E, quando a medida, o critério de avaliação do Direito, é perceber como a regra do jogo atua, a lei e o princípio da legalidade desempenham papel central. Conseqüentemente, o papel central é, também, daquele que produz a lei, ou seja, do Poder Legislativo. O Direito como regra do jogo valoriza o papel do Legislativo. Não podemos ignorar que, num momento subsequente, passou-se a valorizar muito mais o objetivo perseguido pelas regras jurídicas do que propriamente o Direito como a regra do jogo. E perseguir um objetivo é algo que está muito mais próximo da Administração do que da produção da lei. É algo que está muito mais próximo do Executivo do que do Legislativo. Esse é o período do Estado intervencionista. Enquanto o período do Direito como regra do jogo é o período do Estado Liberal, a fase do Direito como o objetivo das regras é a do Estado Social. O fato é que vivemos noutro momento. Vem daí a inadequação, sem dúvida de diversos institutos de Direito Público e, reconhecidamente, de Direito Administrativo, muito mais preocupados com o Direito enquanto regra do jogo ou, então, com o Direito como viabilizador dos objetivos perseguidos pela Administração. Mas vivemos num momento, peço desculpas aqui pelo jogo de palavras, de “jogo com as regras”. Depois das fases do Direito como a regra do jogo, do Direito como o objetivo perseguido pelas regras, vivemos um momento no qual se instaura uma terrível batalha, um terrível jogo a respeito de qual a regra a ser aplicada: a regra produzida no Parlamento, a vontade do administrador, as decisões das agências? E este jogo com as regras tem um impacto brutal sobre a atividade econômica. O desenho institucional tem peso decisivo sobre a dinâmica de mercado e isto -acaba, inevitavelmente, aparecendo, quer nas decisões das agências,- quer nas decisões do CADE. Basta que se imagine, para pensar um pouco no jogo que se instaura em torno das regras, em algumas situações concretas e comuns – por exemplo, se tenho um agente regulador que privilegia o ex-monopolista ou facilita a vida de novos entrantes no mercado antes monopolizado – para que se tenha uma idéia da intensidade do jogo que se instaura em torno das regras. Ora, é disso que se fala. É disso que se trata quando se discute a judicialização das decisões do CADE,

a judicialização das decisões das agências.

Segundo comentário. O Direito sempre teve preocupação muito maior, mais acentuada, com o passado. É essa preocupação com o passado, com a restauração da ordem no presente e, conseqüentemente, com uma prática decisória, que nós poderíamos designar como prática *ex post facto* que caracteriza o Direito Liberal. Ocorre que, na generalidade dos casos, as decisões das agências, assim como várias decisões do CADE, atuam com lógica que poderíamos chamar de lógica *ex ante*, anterior ao fato. Daí o recurso a critérios de ponderação, de razoabilidade, de proporcionalidade e assim por diante. Decide-se sobre o futuro. Há um exercício de prognose. Esse exercício de prognose, evidentemente, não é aleatório. Não posso, por exemplo, dizer que se trata de mera prognose aleatória afirmar que uma cláusula de não concorrência deve ter a vigência de, no máximo, cinco anos. Há estudos que sustentam essa tese. Há jurisprudência que sustenta essa tese. Não pode o juiz, com uma discricionariedade às avessas – como se supostamente tivesse sido discricionária a decisão do CADE –, desrespeitando os estudos, a prática, a jurisprudência, enfim, 15 anos de tradição desta casa e do antitruste internacional, pura e simplesmente reverter o jogo ao seu bel prazer. Esta, sim, é a atitude discricionária. Lidar com o futuro, lidar com decisões tomadas antes do fato, com esses critérios de prognose, é algo para o qual o Judiciário, até este momento, tem pouca adaptabilidade. Lida com uma estrutura normativa que não lhe fornece todos os instrumentos para atuar neste sentido. Basta uma referência. Imaginem, por exemplo, que o CADE, num desses exercícios de prognose, aprove um ato de concentração e, depois de três meses, seis meses, verifique que os efeitos deste ato foram absolutamente perversos. A concentração provocou um dano muito sério no mercado. Ora, a legislação de defesa da concorrência oferece ao CADE condições para a reversão dessa decisão. Pergunto: caso o ato de concentração impugnado pelo CADE, eventualmente, seja aprovado no Judiciário, com decisão transitada em julgado, e os efeitos sejam perversos para o mercado, será que o Magistrado teria a mesma flexibilidade, os mesmos instrumentos jurídicos para reverter sua decisão? É claro que não, ou seja, há inadequação do aparato judicial como um todo para lidar com a lógica da decisão *ex-ante*. Este é outro problema muito sério e muito comum neste processo de judicialização das decisões do CADE e das agências.

Mais um ponto a respeito do qual acho que valeria a pena refletir. Em algumas circunstâncias, quer o trabalho das agências, quer o trabalho do CADE, são questionados em juízo sob a alegação de captura do órgão regulador, por exemplo. E é curioso que tenhamos uma teoria econômica da captura, mastenhamos contribuição muito limitada a respeito de uma teoria jurídica da captura. Ou, então, que se discuta a imparcialidade do CADE para tomar esta ou aquela decisão. Não são poucos os casos. Não tenho a quantidade, mas conheço pelo menos alguns casos nos quais o que se discute em juízo é a imparcialidade do CADE. Fui relator de uma decisão, que ainda tramita em juízo, com sentença favorável ao CADE, em que a alegação do autor era: o Conselho não foi imparcial quando tomou essa decisão. O relator da decisão fui eu. É uma acusação de falta de imparcialidade. Aqui há um problema sério e a mesma coisa pode ser dita a respeito das agências, porque uma coisa é aferir a imparcialidade, por exemplo, de um juiz, e atribuir o papel de aferição dessa imparcialidade a um colega de carreira, a um magistrado e, normalmente, esse é o trâmite quando se discute a imparcialidade judicial. É uma imparcialidade aferida entre pares. Ocorre que os Conselheiros do CADE e os diretores da agência não são pares do juiz. Eles não integram a mesma carreira do juiz e há que se tomar cuidado para que o Judiciário não incorra no equívoco de que achar que a imparcialidade é prerrogativa ou apanágio exclusivo dos membros do Judiciário e decidir sobre a imparcialidade dos “outros”, é dizer, dos “não pares” que integram o órgão regulador ou do CADE, com critérios altamente parciais. Atente-se para o fato de que, como aplicadores de conceitos jurídicos indeterminados ou revestidos de caráter técnico discricionário, os responsáveis por decisões regulatórias e concorrenciais ficam ainda mais expostos à acusação de parcialidade. E, como se isto não fosse suficiente, ainda há uma diferença significativa – que diz mais respeito às agências, é verdade, do que ao CADE. As agências, quando decidem, muitas vezes decidem sobre matérias que foram objeto da própria regulação. Decidem a respeito daquilo que regulam. Conseqüentemente, há um envolvimento maior entre quem regula e quem decide no âmbito regulatório. Isso faz com que a suspeita que recai sobre a imparcialidade do regulador seja ainda maior quando reexaminada no Judiciário. Logo, problemas deste tipo de “imparcialidade” do órgão decisório podem aumentar ao longo do tempo.

Um quarto comentário que gostaria de fazer diz respeito à relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Sem dúvida, é em torno desta engenharia que vão surgir os problemas de judicialização da produção das agências e da produção decisória do CADE. Eu tenho o predomínio da atividade legislativa quando imagino que a instabilidade, quer do Executivo, quer do Judiciário, possa ser tratada pela lei, ou pelo Poder Legislativo. O Legislativo visto com uma espécie de controlador da instabilidade da Administração e do próprio Judiciário. Ao contrário disso, posso imaginar que a paralisia do Legislativo e a lentidão do Judiciário possam ser tratadas de maneira mais eficiente no âmbito da Administração: no lugar do Legislativo, o protagonismo passa a ser da Administração, do Executivo.-

Mas posso também imaginar um momento, e este me parece o momento atual, no qual a inoperância tanto da Administração quanto do Executivo e do Legislativo possa ser tratada, superada ou resolvida pela sentença. No lugar da atuação da lei ou no lugar da atuação direta da Administração tem-se um pouco a ilusão de que o “salvador da pátria” possa ser o Juiz. E é isto que justifica – se não justifica, pelo menos explica – esta judicialização das decisões administrativas, de um modo geral. Ora, nos dois primeiros momentos, quando tenho o protagonismo do Legislativo ou do Executivo, tenho um circuito, um eixo de preocupações, que é o circuito governo-parlamento. Nestes termos, foi moldada boa parcela da teoria jurídica e da teoria geral do Direito Administrativo, tomando o circuito governo-parlamento como o circuito central das preocupações. Ocorre que, no terceiro momento – no momento de protagonismo do Judiciário e tentativa de substituição da lentidão da Administração e do Legislativo pela suposta rapidez das limitações e das cautelares – o que tenho é uma situação que escapa ao circuito governo-parlamento, que atribui ao Judiciário um protagonismo que, em outros períodos, este Poder não possuiu e, mais do que isso, uma situação na qual a relação central não só deixa de ser aquela do circuito governo-parlamento, como passa a ser uma relação que atribui um papel ativo ao Judiciário. Portanto, uma relação, no mínimo, triangular: Legislativo, Executivo e Judiciário. Mais do que isso: uma relação, poderia dizer, quadrangular, que envolve Executivo, Legislativo e Judiciário, de um lado, mas, de outro lado, interagindo com todas estas esferas e com muita intensidade, o papel, evidentemente, das agências e de órgãos com o perfil que possui o CADE. Ora, nestas circunstâncias não apenas o eixo governo-parlamento passa a ser uma referência, digamos, esvaziada, como a própria perspectiva que apenas valoriza a expansão do Judiciário, sem dar o devido peso a órgãos reguladores ou órgãos judicantes como o CADE, perde sentido e nós não temos, a bem da verdade, uma tradição doutrinária e tampouco uma tradição jurisprudencial – estou me referindo ao Judiciário – que dê conta desses problemas. Várias das questões relacionadas à relação entre Executivo, Legislativo e agências diz respeito a isso.

Um último e rápido comentário se refere aos conceitos jurídicos indeterminados. Uma boa parcela dos problemas de reversibilidade judicial de decisões do CADE e de decisões das agências diz respeito, como apontou o Doutor Badin, justamente a estes conceitos. Alio-me àqueles que entendem que, em relação a conceitos jurídicos indeterminados – sejam eles aplicados ou interpretados por agências ou pelo CADE, a possibilidade de atuação judicial em relação à colmatação dos espaços vazios a eles inerentes é bastante ampla por parte do Judiciário. Essa amplitude, no entanto, tem que ser tomada

com cautela. Acho que o Judiciário pode interpretar, determinar quais são os fatos e aplicar o Direito e, ao fazer tudo isso, pode controlar a Administração. Porém, no plano da interpretação, ainda que eu possa e deva fazer com que conceitos jurídicos indeterminados sejam interpretados no Judiciário, a interpretação deve considerar, evidentemente, o marco legal, o marco regulatório e o marco jurisprudencial existentes. O caso dos cinco anos na cláusula de não concorrência é típico de interpretação equivocada. Em segundo lugar, o Judiciário pode decidir também sobre a averiguação dos fatos, o acertamento dos fatos. É claro que o Judiciário não pode ignorar se os fatos foram adequados e atentamente reconstituídos. E, muitas vezes, o equívoco, quer da agência, quer do órgão antitruste, pode ser justamente um equívoco de carente ou deficiente reconstituição dos fatos. Não se trata sequer de dizer que a aplicação da lei foi “*per se*” ou com base na regra da razão. Há situações em que o próprio acertamento dos fatos, a prova da existência da conduta, é questionada. Portanto, um re-exame da matéria de fato, especialmente se os fatos foram mal apreciados na esfera administrativa ou regulatória, me parece também perfeitamente cabível. E, finalmente, o Judiciário pode atuar, também, além do plano da interpretação e do plano dos fatos. Pode atuar no plano da aplicação do Direito e, neste ponto, deve levar em consideração, fundamentalmente, se os procedimentos de análise e decisão foram procedimentos adequados e se a decisão foi suficientemente ilustrada e motivada justificadamente no que diz respeito à aplicação que foi feita do Direito. Nestes três planos, não tenho dúvida de que a atuação judicial pode e deve exercer o controle, quer sobre a atuação do CADE, quer sobre a atuação das agências reguladoras. Mas isto tudo deve ser feito observando-se determinados parâmetros para que não se caia numa discricionariedade judicial muito pior nestes casos do que supostamente a discricionariedade de agências reguladoras e de órgãos antitruste. Enfim, estou com o meu tempo esgotado. Foram esses os comentários que me ocorreram fazer. Muito obrigado. (*aplausos*)

Gilvandro Araújo – Obrigado, Professor Celso Campilongo. Eu pediria que tanto o Doutor Arthur Badin, quanto o Doutor Celso Campilongo, voltassem à mesa logo após o *coffeebreak* de cinco minutos. Em seguida vamos ouvir a palestra do Calixto Salomão e da Doutora Ana Luiza. -Obrigado.

Apresentador – Senhoras e senhores, vamos retomar os trabalhos. Para compor a mesa, convidamos o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor Calixto Salomão Filho, a Doutora Ana Luiza Ribeiro, Procuradora-Geral da Agência Nacional de Telecomunicações, a Doutora Ana Paula Martinez, Diretora do Departamento de Proteção em Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que presidirá os trabalhos.

Ana Paula Martinez – Bom dia a todos, é um prazer estar aqui. Em primeiro lugar eu queria parabenizar a Advocacia-Geral da União pela iniciativa e particularmente à Procuradoria-Geral do CADE pelo primeiro encontro da Advocacia Pública Federal sobre concorrência e regulação. Nessa mesa nós temos o Professor Calixto Salomão Filho, que é professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo à minha direita. E à minha esquerda Ana Luiza Vieira Valadares Ribeiro, Procuradora-Geral da ANATEL, diretora da Associação Brasileira de Direito da Informática de Telecomunicações e do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. O tema desse painel será a regulação da concorrência *versus* atos normativos regulatórios. Antes que eu passe a palavra para o Professor Calixto, para que comecemos a pensar como essa intersecção de regulação e concorrência se dá, vou citar um recente caso que foi julgado pelo CADE. Era um processo administrativo que envolvia a Telesp e a Embratel. A Telesp celebrou um termo de compromisso de cessação (TCC) com a ANATEL, que foi homologado pelo CADE, pelo qual estaria autorizada a praticar determinada política de descontos na prestação de determinados serviços. Desse TCC firmado com a ANATEL e homologado pelo CADE, sobreveio uma norma regulatória da ANATEL, que impedia que qualquer tipo de desconto fosse concedido pela empresa. E daí surgiu a questão: “A Telesp, por meio desse TCC, tinha direito a fazer uma política de descontos, que foi proibida por uma norma regulatória posterior: qual a regra que vale?”. O Professor Calixto emitiu um parecer entendendo que os atos normativos decorrentes do exercício de função normativa, ou seja, da norma da ANATEL, não têm o condão de revogar atos administrativos decisórios em relação à questão específica objeto de julgamento porque se fez coisa julgada. Essa não foi a posição tomada pela Procuradoria do CADE. A doutora Ana Luiza terá a oportunidade de aqui apresentar a posição da ANATEL. Passarei a palavra para o professor Calixto. Serão 20 minutos para cada palestrante, depois abrimos para perguntas e discussão, inclusive, dos temas que foram anteriormente abordados. Professor Calixto.

Calixto Salomão Filho – Bom dia a todos. Prazer estar aqui. Eu acho que esse tipo de discussão, sobretudo entre as pessoas que atuam na Advocacia Pública, ou atuam na defesa dos interesses públicos e das autarquias em geral, é muito relevante e produtiva. Ainda que não própria para que se identifiquem soluções, pelo menos para que se tenha a clareza sobre os problemas. A exposição do Doutor Badin no primeiro painel foi muito esclarecedora. Inclusive trazendo números que me surpreenderam pela intensidade do problema. O tema aqui é regulação concorrencial *versus* atos normativos regulatórios. Queria dizer que tenho duas razões para elogiar a escolha do tema. Uma, porque concordo com ele, e outra porque discordo dele – o que pode parecer paradoxal, mas não é. E esse vai ser um pouco o fio condutor da minha exposição. Acho interessante a proposta de usar a expressão regulação concorrencial, porque isso ajuda a definir de que “concorrência” estamos falando. Acho que essa concorrência – vou expor isso adiante – dificilmente se opõe a outros objetivos regulatórios. É por isso que a minha exposição vai se estruturar em discussão do conceito, desse conceito de concorrência. Não pretendo aqui lhes trazer grandes novidades sobre esse ponto, mas trata-se da base lógica da exposição. Em seguida, tentarei explicar porque acho que o grau de convergência entre concorrência e outros princípios regulatórios e objetivos regulatórios é maior do que se imagina. Em terceiro lugar, procurarei identificar casos em que pode haver conflito e como esse conflito, se não solucionado, ao menos pode ser entendido, em que quadros teóricos pode ser classificado. A primeira parte, noção de concorrência: no Direito, acho que não pode, não deve haver dúvida de que a concorrência corresponde a um princípio profundo de isonomia. Se tivesse que traduzir concorrência por algo no Direito, essa tradução estaria em isonomia, isonomia econômica, isonomia entre agentes produtores, mas isonomia também entre produtores e consumidores. É com frequência a intersecção entre essas duas isonomias que causa dificuldade de interpretação. Até que ponto se pode aceitar estruturas com um pouco mais de concentração desde que haja uma quantidade suficiente de concorrência para que haja isonomia entre produtores e consumidores ou entre o lado da oferta e o lado da demanda. Visto sobre essa luz como um princípio traduzido no Direito como princípio de isonomia, concorrência é algo extremamente interventivo. Em certos meios acadêmicos, alguns estrangeiros, isso não é novidade, mas causa muita surpresa. Concorrência significa intervenção, significa um grande grau de intervenção para que essa isonomia se estabeleça. Por isso falar em regulação concorrencial é mais útil do que falar em concorrência, que, às vezes, traz muitos princípios já antiquados, neoclássicos de puro crescimento econômico, pura eficiência, sem outras considerações. Falar em regulação econômica nos traz toda essa carga jurídica de isonomia. E é importante que, portanto, concorrência seja entendida nesse sentido e que o termo seja corretamente utilizado. Sendo esse o conceito, até que ponto há o conflito entre concorrência entendida como isonomia e outros possíveis objetivos da ordem econômica? E aí é preciso talvez só mencionar uma conseqüência lógica da concorrência como ligada à isonomia. Se ela é um conceito que se traduz por isonomia, acaba sendo quase que uma pré-condição para o funcionamento, para a

consecução de outros objetivos. Se ela for entendida como liberdade econômica ampla, não intervenção, ou mesmo eficiência pura, ela pode se chocar com outros objetivos. Como isonomia não. E eu lhes exemplifico. Dois exemplos um pouco mais concretos e depois uma constatação teórica. Exemplo concreto: Já de algum tempo há uma convergência teórica entre economistas e mesmo entre estudiosos do Direito que se dedicam a essas áreas, de que não há grande choque entre princípios, aplicação dos princípios concorrenciais e princípios redistributivos da espécie universalização. Por quê? Porque mesmo tendo um mercado que não pode operar (tem externalidades tantas e entes públicos de tal relevância que não pode, que exige um processo redistributivo direto, via universalização) é possível poder conviver muito bem com o subsídio cruzado. Os economistas, mesmo na linha neoclássica, admitem a convivência entre subsídio cruzado e concorrência: do porte de Baumol e outros que explicam bem a convivência entre subsídio cruzado, desde que bem regulado, e concorrência. Portanto, concorrência não se opõe, nesse sentido de isonomia, à universalização. Se entendida como eficiência ela pode se opor, mas nesse sentido de isonomia não se opõe a princípio redistributivo, não se opõe à universalização. Ao contrário, ela exige políticas públicas convergentes, uma política do subsídio cruzado bem estabelecida, bem compreendida por órgãos reguladores e órgãos concorrenciais, que seja linear e, portanto, não afete a concorrência. Outro exemplo: admitamos que nós tomemos como objetivo econômico a redistribuição de riquezas, de um lado, e, de outro lado, maximização de riqueza total, ou seja, crescimento da riqueza e não uma eventual preocupação distributiva. Mesmo para maximização de riqueza, hoje existem importantes estudos e não dá para falar do Direito sem tocar um pouco nesses estudos econômicos. Importantes estudos econômicos reconhecem que, no mínimo, é duvidoso que haja uma relação entre monopólio e progresso tecnológico melhor que na situação de concorrência. Em alguns setores, identificou-se identidade entre situação de monopólio e situação de concorrência. Em outras, clara vantagem da concorrência em matéria de melhoria tecnológica – aliás, um dos requisitos expressos da nossa Lei para aprovar uma concentração. Portanto, nos dois espectros opostos de política pública que se pode imaginar – redistribuição e maximização de riqueza – não há divergência com o objetivo isonômico da concorrência. Há convergência. Se é assim, na boa maioria de hipóteses não haverá conflito entre aplicação de regra de concorrência e aplicação de outros objetivos via atos normativos. Onde pode haver divergência é na interpretação do que significa essa isonomia. Isso não é pouco, reconheço, pois os estudiosos do direito são ótimos em criar enormes problemas a partir de pequenas dúvidas interpretativas. O primeiro é esse debatido no texto que foi citado. É preciso identificar que tipo de procedimento se está comparando: há um ato regulatório, de um lado, e há uma decisão de matéria concorrential, de outro. Será que são decisões? Será que são atos da mesma natureza? Na imensa maioria dos casos, não. Um é um processo decisório, revestido das características de um processo decisório, ou seja, específico para aquele caso, revestido das garantias legais e constitucionais – devido processo legal, contraditório – e que por isso é no Judiciário ou na Administração protegido por algumas garantias. A principal delas é a garantia da coisa julgada, que existe de forma um pouco adaptada também no processo administrativo, e que visa exatamente a impedir que um ato específico, que não é dotado nem de generalidade – e, na maioria dos casos, também não de abstração (e aí há uma pequena divergência em relação ao que consta do voto ou da decisão que é o texto base aqui para nossa discussão) – seja revogado por um ato normativo posterior geral e abstrato. É possível sim que decisões do CADE tenham um grau de abstração maior, ou seja, não se refiram apenas àquele caso concreto, mas regulem o futuro. Aliás, decisões judiciais, em geral, têm certo grau de abstração, ou expressamente, ou por efeito modelo, e também porque, para decidir um caso, as partes já se baseiam naquilo que foi decidido. Mas de generalidade as decisões não são dotadas, elas são para aquela hipótese, para aquele concorrente, tem efeito sobre o mercado, mas ainda é para aquele caso concreto. Acho, pois, que é extremamente rara a hipótese em que não esteja presente nenhuma das características, ou seja, que exista uma decisão do CADE geral e abstrata. Ela pode até ser abstrata, raramente será geral, em algum caso ela pode ser geral, mas então não será abstrata, porque não é um ato normativo. É um ato decisório, portanto, ele é protegido pela tutela da coisa julgada. Ora, se é assim, ele nem sequer entra em choque, como um ato decisório que é, com um ato normativo caracterizado por um processo político jurídico em que há confluência de interesses e que é um ato por natureza geral e abstrato. Esse é o primeiro critério para resolver eventuais conflitos: qual a natureza do ato? Um é de julgamento, o outro é normativo. Não há conflito. Na hipótese de haver dois atos normativos, o CADE dá uma interpretação mesmo que sem força normativa, mas ele dá uma interpretação via regulamento e eu não quero me prender à lei existente ou eventuais reformas da lei. Enfim, cogitemos de um ato normativo em sentido próprio dos órgãos de concorrência *versus* ato normativo em sentido também próprio de uma autarquia reguladora. Nesse caso, deve-se observar a Constituição, Lei e Regulamento: há previsão? Há possibilidade constitucional de imunização desse setor em relação às normas concorrenciais? Há. Então, uma pode entrar em choque com a outra. Existente a previsão Constitucional de imunização e a previsão legal, o ato normativo da Agência prevalece sobre o CADE, não há dúvida. O problema é que, segundo a nossa Constituição, não existem unidades Constitucionais, a não ser em caso de setores sujeitos a planejamento econômico. Na nossa antiga teoria de Direito Econômico se falava em imunização daqueles atos sob regime de planejamento econômico, sob regime de concessão *versus* os atos de atividade econômica pura. Hoje, o regime de concessão se aproximou da atividade econômica, bem entendida, uma atividade econômica regulada. Usando aquelas categorias antigas do Direito, portanto, não tem imunização em relação ao Direito Concorrencial, sob o planejamento econômico, setores em que há expresso planejamento, que, como diz a Constituição, não será impositivo para o privado, só na esfera pública. É possível imaginar uma lei que venha a tratar de atividade econômica de empresa pública no regime de planejamento? É possível. Nesse caso, haverá imunização concorrential. Na grande maioria dos casos, contudo, não. Vejam que estou tratando de hipóteses teóricas. Na grande maioria dos casos não há essa imunização, e, ainda mais do que isso, as leis respectivas, leis de telecomunicações, por exemplo, prevêm a aplicação de princípios concorrenciais. Nessas hipóteses, não tenho solução na Constituição, não tenho solução na lei. A lei fala expressamente que devem levar em conta princípios concorrenciais. Como resolvo esse problema de competência entre órgão concorrential e agência reguladora? Haveria uma grande margem para discutirmos, do ponto de vista da competência, profundidade de poderes, extensão de poderes. Não quero fazer isso aqui porque não acho o mais interessante, nem o mais produtivo. O que me parece nesses casos interessante e importante ressaltar é o seguinte: o grande objetivo aí é evitar o risco de decisões incoerentes. É evitar o risco de que haja interpretações diversas em relação ao mesmo princípio de concorrência.

Com frequência, órgãos concorrenciais olham mais e aplicam de forma mais plana – e isso é muito razoável porque um tem influência sobre o outro – a idéia de isonomia entre agentes econômicos. Às vezes, agências reguladoras, tendo em vista outros princípios que convivem na lei, olham mais essa isonomia do ponto de vista da relação entre consumidor, entre oferta e procura, entre produtor e consumidor. E não acho que a solução para isso seja exclusivamente jurídica, por isso não queria entrar nos detalhes jurídicos da discussão sobre a teoria da convivência dos poderes entre agências, das imunizações, poder extenso, poder amplo, basta dizer o seguinte: há um quadro legal bem definido para resolver a maioria das questões, a grande maioria das questões, ou porque não há choque entre os princípios, ou porque, se há choques entre os princípios, existem atos de naturezas diversas, atos de julgamento, ato normativo. Nos casos (poucos) em que não houver um quadro legal para isso, não devemos nos apegar a discussões formais sobre competência, até porque essas discussões formais

sobre competência podem nos levar ao problema que vimos no outro painel: excesso de atuação do Judiciário para resolvê-las. Acho que em relação a esses casos, que reputo residuais, é necessária uma cooperação entre essas autarquias. Uma cooperação em relação a formar princípios convergentes, entender em conjunto o que significa concorrência – sei que esse tem sido um esforço de CADE. Essa compreensão em conjunto, essa criação de uma cultura comum de concorrência, esse é um termo, um pouco lugar-comum, mas é uma expressão importante, uma cultura comum de concorrência – que, portanto, não opõe os órgãos – é fundamental para a solução dessas questões. Não há, repito, para essas questões residuais, solução jurídica mágica. Decisões formais estimularão questões judiciais. Então, me parece que deve haver uma convergência de interpretações, uma cooperação entre as respectivas autarquias é fundamental. Onde não houver cooperação, evidentemente, é necessária a intervenção do Judiciário. E, concluindo, como esse é o ponto final da discussão entre regulação concorrencial e atos normativos, a presença do Judiciário já debatida no outro painel, acho que se tornará tanto mais criteriosa quanto mais informado estiver o Judiciário sobre as questões específicas tratadas. Sei que há divergências sobre isso, mas queria citar aqui a experiência importante da CVM nessa matéria: no Rio de Janeiro foram criadas até Varas Empresariais Especiais. A formação desse conhecimento e a formação de Varas Especializadas foi, em outros setores de regulação mais antiga – (a CVM é uma das autarquias mais antigas do atual quadro regulatório) –, muito positiva. Portanto, essa é uma experiência de cooperação que fornece exemplos tanto para relação entre agências (entre autarquias) como para a relação com o Judiciário. É isso, obrigado. (palmas).

Ana Paula Martinez – Obrigado, Professor Calixto, pela brilhante exposição. Vamos passar a palavra para a Dra. Ana Luiza Ribeiro, Procuradora Geral da ANATEL.

Dra. Ana Luiza Ribeiro – Bom dia a todos, colegas da platéia, queria agradecer ao Dr. Badin pelo convite, à Dra. Fabiane pela acolhida, parabéns pela organização do evento que é realmente uma prática que eu particularmente reputo muito importante: troca de idéias e discussão para que possamos aperfeiçoar a prestação de serviço jurídico pra todos os órgãos da União. Fico bastante satisfeita com as palavras do Professor Calixto, porque a minha exposição vai exatamente na linha da dele. A primeira providência que tomei em relação ao tema foi exatamente alterar ligeiramente o título e colocar regulação concorrencial e atos normativos regulatórios, não *versus* atos normativos regulatórios porque, no meu entendimento, e especialmente no caso de telecomunicações, realmente os objetivos se coadunam. Particularmente na experiência ANATEL x CADE, a regra tem sido a convergência e não a divergência em matéria de decisões nos casos concretos. Inclusive na atuação normativa e nas discussões sobre as questões palpitantes do setor de telecomunicações que envolvem naturalmente concorrência e que tem sido feitas sempre em conjunto entre ANATEL e CADE. Só para citar um exemplo, o CADE acabou de realizar com muito sucesso, e com nosso apoio restrito, uma série de audiências públicas sobre Convergências Tecnológicas. A ANATEL esteve presente em todas elas, seja participando como palestrante, seja como ouvinte. A Procuradoria da ANATEL também, assim como outras agências reguladoras, para mencionar a ANCINE, e isso é exatamente no sentido da finalização da palestra do Professor Calixto, uma demonstração de que as agências reguladoras e o CADE têm essa percepção da necessidade de atuação coordenada e comum para que consigamos, inclusive nas agências, formular atos normativos que, quando venham a ser apreciados pelo CADE, já venham com os contornos corretos dos conceitos de concorrência, que, conforme o Professor Calixto também mencionou, requerem um acultramento, e nas agências reguladoras há de se convir que isso é natural, mas nem tanto, ou seja, as agências obviamente estão destinadas aos seus temas primordiais. No caso de telecomunicações, onde os engenheiros dominaram durante muitos anos dentro da Agência, que celebra na segunda-feira os seus 10 anos, os advogados ganham algum espaço, mas já os economistas estão em menor número, e nós temos buscado superar isso e trabalhar em conjunto. A questão é a seguinte: entre concorrência, entre definição de critérios *ex ante* e *ex post*, o exercício, o manejo dessas competências, para o CADE acho que é muito natural essa experiência própria e a formação dos Conselheiros desde logo ajudou nisso. Mas, na Agência, os objetivos da regulação setorial são mais amplos, eles buscam, conforme já foi mencionado pelo Professor Calixto também, universalização, desenvolvimento, seja o desenvolvimento industrial, seja o desenvolvimento do mercado, ou o desenvolvimento tecnológico, e há grandes diferenças. Acho, no nosso caso, que é preciso aperfeiçoar como a ANATEL especificamente e outras agências reguladoras trabalham com mecanismos de defesa da concorrência e manutenção da concorrência *ex ante*. De toda forma, concordo também com o Dr. Calixto que a intervenção nesses casos é a regra. Na ANATEL, usamos mecanismos de desconcentração *ex ante*, consideramos mecanismos de desconcentração societária, desconcentração jurídica, desconcentração contábil, para criar simetrias regulatórias que vão expostas em atos normativos e que normalmente são atos que restringem práticas de determinadas empresas. Por exemplo: um exemplo de desconcentração jurídica é impedir que a mesma empresa preste a mesma modalidade de serviço numa mesma área. Um exemplo de desconcentração societária é impedir que o mesmo grupo controle determinadas, várias cadeias do mesmo serviço, garantir que haja uma separação entre as empresas, impedir que um determinado grupo atue em vários setores, e esse problema hoje, com a convergência tecnológica, é gravíssimo. Na ANATEL, hoje, temos tido maiores dificuldades de lidar com coisas que antes eram mais simples. Vou dar um exemplo, que é a questão da anuência prévia societária. Muitos são processos, ou seja, primeiro você faz a análise societária, depois vem o ato de concentração, que no nosso caso é instruído pela ANATEL, e depois vem aqui para o CADE para decisão. E muitos dos agentes, principalmente os agentes que se opõem a determinadas operações, querem agora que a ANATEL faça análise concorrencial dentro do processo de anuência societária. Realmente, a fronteira entre essas duas coisas é muito tênue e a cooperação é o melhor caminho para que cheguemos a um consenso, porque de toda forma, seja *ex ante*, seja *ex post*, vai haver uma restrição para determinado comportamento de determinadas empresas que vai beneficiar umas e prejudicar outras, e a Agência tem sempre que ter em mente – isso está muito em voga hoje no Governo Luiz Inácio Lula da Silva, que tenhamos, principalmente no setor de telecomunicações, muito em mente também os interesses dos usuários, o que nem sempre é totalmente harmônico com os objetivos e os condicionantes de defesa da concorrência. De qualquer forma nós, lá na Agência, e em outras agências, trabalhamos sempre com esses mecanismos criando assimetrias regulatórias que – realmente é uma boa tradução a questão – para tentar criar condições de isonomia para prestação de serviços entre empresas que têm condições e formações diferentes de atuação no mercado. Também concordo com o Dr. Calixto no sentido de que é muito convergente o cenário, especialmente no caso de telecomunicações porque a legislação específica previu a total aplicabilidade de toda a defesa de concorrência para o setor de telecomunicações. Logo, há a necessidade de uma inter-relação, uma articulação CADE e ANATEL sempre nesse sentido, não só na parte da avaliação das condutas como na parte da própria conformação do marco regulatório, que vai determinar quais são as condições de concorrência em determinado setor. Na ANATEL, temos a visão de que a necessidade de articulação tem que levar em consideração dois regimes e traduzir necessariamente segurança jurídica, de um lado, e proteção dos interesses da coletividade, de outro. Lá na Procuradoria, onde apenas opinamos, acho particularmente difícil, especialmente em matéria de telefonia – talvez em assuntos tenham alcance mais restrito, dados, mesmo televisão por assinatura, essa dicotomia seja menos grave, mas em matéria de telefonia é bastante complicado. A verdade é que, no nosso caso, ao mesmo tempo em que a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) previu que temos que

observar a defesa da concorrência e a livre iniciativa, também previu a defesa do consumidor e esses outros objetivos que o Professor Calixto bem levantou, que as agências precisam ter em mente para além da questão da defesa da concorrência. O Professor Calixto também expôs de forma muito objetiva, muito clara, que as normas de defesa da concorrência são aplicáveis, exceto quando não conflitam com o disposto nessa lei, mas posso tranquilizar aqui os senhores, os conflitos são praticamente inexistentes, a lei veio só dispor condições específicas com relação a teorias específicas do setor de telecomunicações que são abarcadas pela teoria de defesa da concorrência e, pelos procedimentos, disciplinou esse regime dual substituindo a SDE pela ANATEL na parte de instrução, o que faz com que a relação da Agência de Telecomunicações com o CADE seja especialmente mais intensa do que em outras agências.

Nesse ponto particularmente tenho uma visão que é pessoal, de que há, ainda depois de 10 anos, a necessidade de aculturação. Novamente a palavra do Dr. Calixto em relação à defesa da concorrência dentro da ANATEL. Porque a vocação primeira da ANATEL não é essa matéria, digo isso especificamente do ponto de vista técnico, de como se proceder às análises. E, realmente nesse sentido, vejo que nos últimos anos há um esforço maior para que o CADE, inclusive, nos auxilie a formar competência, a formar expertise dentro da ANATEL, e hoje a Agência se prepara para passar por um processo de reestruturação que vai inclusive estruturalmente permitir que essa questão da concorrência seja melhor alocada, ou seja, hoje temos em cada uma das áreas – serviços telefônicos público, privado e comunicação de massa, serviço de comunicação social eletrônica – uma área de defesa da concorrência por si só. Isso leva a que a Agência tenha a possibilidade de ter três posições sobre uma questão, porque temos hoje grupos atuando nesses três mercados, e as áreas que atuam dentro da ANATEL para analisá-los já são bem diferentes, atuam com uma sinergia a cada dia mais intensa, mas há realmente a possibilidade de dentro da própria Agência haver esse posicionamento divergente. Assim, a questão do acultramento é primordial. Também a sinergia dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência totalmente saudável. Temos conversado muito com a SEAE, na parte de prospecção, dos estudos, para que consigamos ter a expertise necessária, e a racionalidade distinta de cada uma das premissas dos órgãos seja considerada na formulação de políticas de concorrência e *ex ante* ou *ex post*. Hoje há uma articulação, não vou me deter, em função do tempo, mas, tanto no controle de estruturas, quanto no controle de condutas, demonstro a minha preocupação pessoal com relação ao controle de estruturas. Nos casos de anuências prévias – ressaltando que, nesse caso, quando a ANATEL aprecia, seja uma fusão, seja uma aquisição, o processo se restringe a averiguar as questões essencialmente regulatórias – ela não entra na questão concorrencial. Logo em seguida vem o processo, onde o órgão de concentrações específico vai analisar essas questões. Em última análise, compete ao CADE julgar. A ANATEL pode na instrução sugerir algum tipo de medida, ou de restrição, ou simplesmente dizer que concorda e que o negócio deve ser aprovado sem nenhuma restrição.

Tenho visto que a convergência está prejudicando cada vez mais o limite dessas duas análises. Vamos aperfeiçoar junto com o CADE, fizemos isso agora, por exemplo, no caso da aquisição de parte do controle da Telecom Itália pela Telefônica, numa atuação bastante sinérgica no sentido de na própria anuência prévia tomar o cuidado de fazer a interação necessária com o regulador da concorrência para que a decisão do processo de anuência prévia já viesse com algum recheio e alguma prevenção em relação às questões de conduta. Na ANATEL temos uma série de disciplinamentos que mostram quais são as regras – regras de caráter técnico regulatório – que vêm desfalcadas do conceito de concorrência, e vislumbramos que, em grande parte dos casos concretos que se colocam, os problemas estão relacionados às teorias de *essencial facility*, de desagregação de rede, de compartilhamento de rede, ou de interconexão. Isso tem causado situações bastante interessantes principalmente agora quando a ANATEL, especialmente nos últimos dois anos, passou a olhar mais para o lado econômico e tentar colocar mais na sua regulamentação conceitos de ordem econômica. Foi o que aconteceu com o PMS. Aqui vamos chegar na discussão do caso específico, onde a nossa moderadora suscitou a recomendação do CADE para a ANATEL em relação aos descontos. Mas, em matéria de interconexão propriamente dita, já há uma, e vejo particularmente uma preocupação e acho que o Badin também deve estar preocupado com um mecanismo, um artifício das empresas de procurar os dois órgãos ao mesmo tempo e até a SEAE, e também o Judiciário. Estamos vivendo hoje uma situação exatamente nesse caso onde os quatro foram acionados ao mesmo tempo pela mesma empresa, para discutir o mesmo assunto. Nesse caso especialmente pode haver divergências, um conflito entre uma decisão e um ato normativo da ANATEL. As empresas muitas vezes coadunam para que isso aconteça, porque levam a questão e sobrepõem as instâncias exatamente buscando uma eficiência em termos de decisão a ser obtida. Para nós, fica cada vez mais complicado, e acho que neste ponto a interação da AGU que vem no caso deixa mais fácil, ao menos do nosso lado, chegar a alguma conclusão sobre esse assunto. De outro lado, vem essa famosa Resolução nº 101, que eu estava mencionando em relação ao limite do que é o controle de estrutura propriamente dito, feito pela ANATEL. No caso do controle societário, ela tem uma série de conceitos muito amplos, a 101 é uma resolução que é uma norma de interpretação basicamente, ela não é uma norma material, ela não estabelece restrições específicas para determinados serviços, e hoje ela tem suscitado muita divergência dentro da ANATEL especialmente. Os senhores que acompanharam os últimos casos importantes aprovados pela ANATEL, que são os casos Telecom x Itália e Abril x Telefônica, vão notar que sequer dentro do Conselho Diretor da ANATEL há um entendimento pacífico sobre os limites da aplicabilidade da Resolução nº 101, a sua própria função, se ela é norma material ou norma de interpretação – e qual o limite da interpretação da questão societária vinculada à questão concorrencial propriamente dita –, qual é o momento de colocar ou não restrições em função de eventuais efeitos para concorrência. Então, mais uma vez, reitero o meu entendimento e digo que já há, e quão bastante saudável o Presidente da ANATEL esteve aqui discutindo com vocês a questão da Telecom Itália, que nos preocupou muito, acho que temos tentado já de forma antecipada trazer essas questões para o CADE, para que as decisões em sede de questões de desconcentrações societárias já venham permeadas com essa visão. O conceito de PMS, esse é um que entendo que a ANATEL precisa discutir bastante com o CADE, porque é uma regularização nova para a Agência. A agência está começando a utilizar mecanismos de regulação com viés econômico mais forte, e, a partir daí, tentando conciliar esses interesses que foram muito bem mencionados pelo Calixto, ou seja, o foco no consumidor, o foco na questão da demanda, da oferta e o foco da concorrência entre agentes. Ela vai precisar fazer um controle fino disso, um aperfeiçoamento dessa resolução, tanto que continuamos trabalhando nesses conceitos todos e numa série de resoluções que tem um viés um pouco mais econômico, como a questão da apresentação de separação de alocação de contas, como a própria determinação de que vá para prestadoras com PMS, vá ter um modelo de custos totalmente alocados, o chamado FAC, a regulação da rede com modelos de custos implementais de longo prazo. E, finalmente, essas definições que nos casos específicos foram relacionadas à exploração industrial de linha dedicada, que é um serviço de Telecomunicações, que permite que um canal de uma empresa se ligue com outra, em determinado volume de (ininteligível), é uma conexão para tráfego de dados de grande volume entre empresas e usuários, onde houve esse, em tese, conflito. Prefiro ser mais positiva e entender que a recomendação do CADE veio a bom grado e que a Agência, posso adiantar isso, fui prudente em conversar com a área técnica que está avaliando a questão e eles têm se dedicado a estudar bastante a recomendação para tentar trazer ao CADE uma proposta de solução em relação especificamente a esse ponto, considerando quais foram os objetivos da ANATEL, considerando que esse foi um caso interessante, onde a regulamentação *ex ante*, na

verdade, foi *ex post*, ou seja, houve a decisão, depois veio uma regra, que em tese é geral e define os grupos de PMS para oferta de ELD e, dentre essas – inclui empresas que foram tidas como PMS – estava a Telesp, que é a parte desse caso específico. Acho que nesse caso foi muito mais uma questão de falta de sincronia do que de haver um conflito. Duvido muito de que a ANATEL firmará uma posição no sentido de gerar um conflito que levará ANATEL e CADE a discutir a questão em juízo. Acho que a tendência é que realmente a gente consiga assimilar o melhor conceito e chegar a uma solução que atenda os objetivos básicos da concorrência e também do consumidor garantindo que, no caso a Telesp, pratique preços que sejam isonômicos dentro daquela linha de que as restrições na ANATEL são colocadas, buscando isonomia entre empresas e isonomia nas tarifas de público, especialmente, nas tarifas que vão para o usuário final. No caso, os atos normativos regulatórios visam não apenas eliminar os efeitos negativos de mercado, mas uma série de outros objetivos que precisam ser coadunados com a defesa da concorrência. Isso exige experiência, exige manejo, exige articulação e exige expertises. E, da parte da ANATEL, posso afirmar a nossa total disposição de estar sempre trabalhando com o CADE, e aprendendo com o CADE, para que tenhamos a formulação de todos os objetivos bem incrementados, dos ventos da concorrência, para que o consumidor final tenha condições de ter a melhor possibilidade de escolha, com preços justos e razoáveis. Acho que nesse caso específico da convergência tecnológica, dos novos modelos de oferecimento de serviços por pacotes, o CADE foi muito bem. Gostaria de parabenizar o CADE – infelizmente o Conselheiro Prado não está presente, mas deixo meus parabéns pessoalmente a ele – para que a ANATEL, antes de colocar qualquer norma, tenha a oportunidade de discutir com o CADE, e que nós, da Advocacia Pública, tenhamos oportunidades como essa de participar desses momentos e ajudar, garantindo que as normas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor observem sempre os bons e velhos princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Era isso que eu tinha para dizer, muito obrigada. (palmas)

Ana Paula Martinez – Obrigada, Dra. Ana Luiza, pela clareza da exposição. Nós temos tempo para abrir para perguntas não só desse painel, mas dos dois painéis anteriores. Se alguém já tiver alguma, por favor.

Arthur Badin – Existe, sim, um conflito potencial entre CADE e ANATEL. Não digo “conflito” no sentido de “litigiosidade”, mas no de “potencial de contradição entre comandos administrativos”. O esforço do painel é tentar trazer, ainda que em esboço, soluções para essas situações. Por exemplo: o CADE decide que “pode se aplicar uma determinada política de desconto” e, posteriormente, a ANATEL baixa uma norma regulatória dizendo que “não se pode aplicar o desconto”. Qual das duas decisões prevalece, a do CADE, que autoriza o desconto, ou a da ANATEL, que proíbe o desconto? Vou aproveitar a palavra para endereçar uma pergunta ao Professor Celso Campilongo. O Senhor que diz que é possível devolver ao Judiciário a interpretação que o CADE fez a respeito dos fatos. A interpretação a respeito do direito, dos conceitos indeterminados, não. Mas se se puder fazer de novo no âmbito do Judiciário toda produção de provas que foi feita ou poderia ter sido feita no âmbito do CADE, estaria esvaziado o processo administrativo. Recentemente, uma Juíza determinou a produção de prova pericial num caso importante do Conselho, nomeando um perito contador para avaliar as questões econômicas que haviam sido debatidas no Conselho, e eu falei para ela: “Olha, o quê que a Senhora vai fazer com o laudo desse perito? A Senhora vai ler e tirar suas próprias conclusões a partir desse laudo. Ora, que laudo pericial a senhora pode melhor ter que o laudo produzido pelos 7 Conselheiros do CADE, que são especialistas na matéria, professores na matéria? A senhora pode, admito, pegar a decisão do Conselho e concluir que ela está errada. Concordo. Mas refazer tudo de novo?!” O que o Senhor acha disso?

Prof. Calixto Salomão Filho – Eu queria realmente agradecer ao Dr. Arthur porque isso ajuda a esclarecer coisas que talvez não tenham ficado claras. Não tenho esse dom da clareza quando falo, então, queria dizer o seguinte: o fato de eu acreditar que não há grande margem para conflito porque no fundo os conflitos não são por motivos econômicos porque eles se coadunam – e, portanto, estamos discutindo conceitos de concorrência – faz com que seja bom que haja certo conflito. Essa é a primeira resposta. Nesse caso que você está tratando, o CADE entendeu de uma maneira, a ANATEL no primeiro momento pode entender de outro. Ouvi da Dra. Luiza que agora a idéia é ouvir o CADE, ou seja, um início de conflito levou a uma cooperação. Aliás, posições individuais – não vou entrar muito em matéria econômica até por respeito à anfitriã – sei que as minhas contribuições aqui devem ser jurídicas, mas tem até teoria dos jogos sobre isso: que comportamentos individualistas, quando se mostram estratégicos demais, acabam levando à cooperação. Às vezes, a própria oposição inicial leva a uma cooperação. Primeira observação (não vamos exagerar essa questão do conflito, essa é minha primeira reação Badin): o fato de haver um momento inicial do conflito às vezes leva, num segundo momento, à cooperação. Segunda observação: se houver realmente conflito, nós temos uma série de filtros. Primeiro filtro: olha a natureza do ato, se o ato é um ato decisório vezes um ato normativo, não deve haver conflito entre um e outro. Se isto não ajuda, são dois atos normativos: vou olhar a Constituição, o que a Constituição diz, se está imune, se não está. Se estiver imune, já sei que é um ato regulatório e não concorrencial. Se a Constituição não diz nada, vou olhar a Lei. A Lei prevê alguma coisa sobre as competências? Diz que se aplica? Diz que não se aplica? Se a Lei não diz nada disso, a minha proposição final é: se nenhum desses filtros funcionarem, chega de economia, chega de direito, vamos pensar em alguma cooperação porque aí a questão vai ser tão fina, tão fina, que nós vamos acabar desembocando uma questão do Judiciário que pode não ser tão técnica. Logo, o problema não é tão grande porque, em primeiro lugar, não temos divergência tão no início. Na verdade, são diferentes interpretações do princípio concorrencial. Em segundo lugar, temos uma série de filtros para resolver esse conflito: natureza do ato, Constituição, Lei. Se tudo isso não funcionar, chega de direito, cooperação, porque então a solução não vai ser boa no interesse público, se nada disso funciona, essa é a reação.

Dra. Ana Paula Martinez – A Dra. Ana Luiza vai querer comentar?

Dra. Ana Luiza – O Badin menciona um caso específico (Telesp) quanto aos descontos de EILD. Mas primeiro queria dizer que foi o único, por isso acho que a ênfase no conflito não é a regra, mas a exceção foi a minha fala. Temos um TCC que foi homologado com uma empresa específica, que se comprometeu a fazer determinada coisa. A ANATEL fez o TCC e o CADE o homologou. Depois, veio uma regra geral da ANATEL, que inclui todas as empresas de telefonia em contradição com o TCC. Razoável imaginar que, pelo fato de ter havido um TCC envolvendo aquela empresa – e essa empresa se comprometeu a fazer determinada coisa –, o órgão regulador faz estudos e chega à conclusão de que precisa estabelecer determinadas regras gerais para todos que participam daquele mercado. Acho que realmente será necessária uma discussão no caso específico, em relação a que postura a Agência e o CADE vão adotar em relação à Telesp. Obviamente, não consigo imaginar – e aí acompanho mais o seu parecer, Badin – que a agência não possa editar essas normas. O que houve, em minha opinião, foi um desconcerto temporal, e a ANATEL, talvez, devesse ter procurado solucionar isso antes de vir com a norma específica sobre o assunto.

Dr. Arthur Badin – Perceba que são posições exatamente contrárias a sua e a do Professor Calixto. A do Professor Calixto é que vale o julgamento em razão do princípio da “coisa julgada”.

Dra. Ana Luiza – Sim, especificamente para Telesp.

Dr. Arthur Badin – Ou seja, a gente estaria criando uma imunidade pra Telesp em relação à norma da ANATEL.

Prof. Calixto Salomão Filho – Posso dizer uma coisa? Eu entendo que a discussão do caso concreto não nos tira da questão teórica, que é mais interessante. Na verdade, estou preso, nem queria falar de caso concreto aqui, estou preso à questão teórica e essa é importante. Pode ser discutida nesse caso, e em outros casos há convergência. Claro que ato de julgamento é diferente de ato normativo, sobre isso todo mundo está de acordo. Então me apego mais à questão teórica, só fiz minha observação – minha exposição foi teórica – que esse é um critério possível. Agora, fora isso, repito, é evidente que a cooperação é o melhor caminho. Isso é mais ou menos claro.

Ana Paula Martinez – Bom, outras questões, Dra. Elizabeth?

Dra. Elizabeth Farina – Queria voltar a esse caso, porque acho que esse caso pode ser paradigma para outros. De fato, houve uma questão histórica, de processo histórico, do que veio antes, do que veio depois: uma decisão, uma homologação do TCC, uma norma que veio depois, geral. As empresas reclamam sobre o que fazer, pois o TCC diz que se pode conceder desconto; porém, a ANATEL, posteriormente, impede a sua concessão. No fundo, a decisão do CADE, independente do parecer da Procuradoria, foi dizer que tem uma regra estabelecida, que deve ser cumprida. Mas reconhecemos uma coisa: o conflito não está no conceito – estávamos de acordo com o conceito porque inclusive o discutimos aqui – mas no momento em que foi feita a sua aplicação. Como é que obtenho os mesmos objetivos do ponto de vista regulatório que minimizem o seu impacto sobre a concorrência? Posso ter um conceito desse? Posso. Faz sentido eu ficar na área de concessão como um todo, porque tem uma justificativa: é muito mais fácil monitorar.

Dra. Ana Luiza – É verdade. O custo de monitoramento é melhor. Foi nisso que a agência pensou no primeiro momento.

Dra. Elizabeth Farina – Ótimo. Resolvo o problema de monitoramento e crio, há uma perda, no fundo, de possibilidade de concorrência e, portanto, uma perda de incentivo a reduzir o preço, a trazer inovação, a melhorar o serviço, etc., num pedaço da concessão que não é o total.

Arthur Badin – Só para tentar generalizar o caso CADE e Anatel, o que nos parece é o seguinte: a concorrência é um dos instrumentos a serviço da regulação para atingir as finalidades da regulação. Ela não é um fim em si mesmo. Por isso, aliás, que a concorrência pode ser afastada em função de outras finalidades regulatórias, como imperativos de universalização, qualidade do serviço ou continuidade do serviço. A norma regulatória tem que ser assumida pelo CADE como um marco que conforma a instituição “mercado”. Se o objetivo da norma regulatória é atingir um desses outros imperativos, o CADE não deve se intrometer. Agora, se a única motivação explicitada para o ato administrativo regulatório era “promover a concorrência”, como aconteceu no caso específico da Telesp, então aí última palavra é, sim, do CADE. Porque é o órgão encarregado de aplicar a política de defesa a concorrência, a Lei nº 8.884. Este foi o esforço que nós procuramos fazer no parecer. É claro, Professor Calixto, que colaboração é sempre bom. Não haveria conflitos se pudessem todos terem o bom senso de colaborar e tentar resolver. Mas, para essa situação de potencial conflito, a dogmática tem que oferecer uma solução. Qual decisão vale, essa ou aquela?

Dra. Ana Luiza – Eu gostaria, Badin, se me permite um aparte, de dizer o seguinte: mesmo nas normas cujo objetivo seja a política pública, o CADE pode mostrar, indicar, talvez não de maneira objetivo-formal. Dizer: “você pode conseguir fazer isso sem necessariamente disciplinar de uma forma que tenha um eventual prejuízo para a concorrência”. Uma recomendação. Não foi uma ordem que a Anatel recebeu pra alterar sua resolução. Acho que isso vale em todos os casos. Acho que é importante que se dê, inclusive, na via formal. No mercado, isso causa instabilidade: “O CADE falou para a Anatel fazer isso ou o CADE falou pra ANATEL fazer aquilo”. Mas, de qualquer forma, é necessário que tenhamos instrumentos de busca de eficiência.

Prof. Celso Campilongo – Estou devendo a resposta à pergunta do Professor Badin a respeito do reexame dos fatos pelo Poder Judiciário. Acho que poderíamos estabelecer uma divisão entre o tipo de prova técnica, ou uma espécie de prova pericial, eventualmente realizada no âmbito do CADE e seria, de fato, desnecessária a sua repetição no Judiciário. Nesse aspecto, estou de acordo com o Doutor Badin. Acontece o seguinte: como em toda área do Direito, a dimensão fática é extremamente importante para que eu dê o passo seguinte da aplicação norma ao caso concreto. Ainda que esteja lidando nos casos de ilícitos concorrenciais. Com a dimensão da probabilidade, da potencialidade, da prognose, mesmo para uma avaliação desta prognose, a correta colocação do fato é absolutamente essencial e eventualmente pode-se dar que a agência reguladora ou o próprio CADE não façam uma adequada reconstituição dos fatos e, conseqüentemente, prejudiquem o enquadramento na *fattispecie*, no tipo legal. Ainda que lidemos com tipos abertos, é possível que, em virtude do equívoco enquadramento ou reconstituição do fato, ocorra um equivocado enquadramento normativo, uma equivocada disfunção. E, por conta disso, tenho um problema que pode e deve ser reapreciado no Judiciário. Logo, cabe ao Judiciário, sim, - reexaminar se os fatos foram ou não adequadamente reconstituídos. Era nessa perspectiva que eu me referia.

Dra. Ana Paula Martinez – Bom, nós vamos fazer um breve intervalo para o almoço e a sessão reiniciará às 14h30. Obrigada. (*aplausos*)

(*intervalo para o almoço*)

Apresentador – Senhoras e senhores, boa tarde. Dando continuidade às atividades do 1º Encontro da Advocacia Pública Federal sobre Concorrência e Regulação, convidamos à mesa o Subprocurador-Geral Federal, Dr. Marcelo Freitas; o Dr. Pedro Dutra, advogado; e, na qualidade de presidente da mesa, o Consultor Jurídico do Ministério da Defesa, Dr. Cleso José da Fonseca Filho.

Cleso José da Fonseca Filho (Consultor Jurídico do Ministério da Defesa) – Boa tarde. Em primeiro lugar, quero parabenizar as instituições que organizaram esse evento e o honroso convite para participar deste painel, ao lado dos ilustres doutores Pedro Dutra e Marcelo Siqueira, nesse tema, que é sensível e atual, e que envolve de um modo singular a Advocacia Pública, porque a Advocacia-Geral da União se faz presente tanto na defesa da administração direta quanto da administração indireta. Bem, eu acredito que o pano de fundo conceitual que envolve essa discussão relativa à autonomia das agências acompanha a própria criação do estado moderno. Se nós formos ver em Max Weber, quando ele descreve o estado moderno e o direito racional que o acompanha, podemos perceber que ele fala justamente do papel do direito como um mecanismo de estabilização das expectativas, como um mecanismo de criação de instituições estáveis que profiram decisões previsíveis em um ambiente de segurança, ou seja, um contexto institucional adequado às necessidades do estado moderno e da sociedade de mercado que surge com ele. Essa perspectiva não se restringe às questões de fundo econômico.

Fenômeno semelhante aconteceu no direito tributário e no direito penal. No âmbito penal, especialmente a partir da doutrina de Beccaria, houve o processo de racionalização das penas e a criação de normas de organização e procedimento voltadas à legitimação do direito punitivo do Estado. Poderíamos apontar a origem desse pensamento já na Carta Magna de 1215, com a consagração dos princípios do devido processo legal e da legalidade. Pois bem, então, acredito que esse é o pano de fundo conceitual, que é central na compreensão do Estado Moderno, que nós ainda buscamos concretizar. Essa é a expectativa em relação à criação das agências. É a expectativa de que os negócios possam ser firmados sob essa perspectiva de segurança jurídica. Mas obviamente não podemos olvidar outros valores, como o princípio republicano, que se concretiza em nosso sistema constitucional com o cometimento de prerrogativas específicas ao Presidente da República na condução do Estado. Lembremos que o nosso sistema constitucional confere, tanto ao presidente quanto aos seus auxiliares imediatos, os Ministros de Estado, não apenas um poder, mas um dever de fixar as diretrizes políticas para o Estado. A compreensão do papel das agências, naturalmente, não pode se dar sem considerar essas prerrogativas constitucionais do Presidente, que exerce a direção superior da administração pública, e dos Ministros de Estado, que exercem a supervisão e a coordenação dos órgãos e entidades vinculados às pastas ministeriais. O que nós precisamos, agora, é conceber os mecanismos institucionais adequados para fazer essa mediação entre as políticas fixadas no âmbito da Presidência e dos Ministérios e o papel de regulação das agências. Há vários mecanismos para que isto ocorra. A AGU já tem exercido o seu papel. Um exemplo disso é o brilhante parecer elaborado pelo Doutor Marcelo, que representa, justamente, essa busca de conciliação de interesses, a partir de uma visão constitucional clara. Cabe também mencionar o trabalho realizado pela AGU a partir das Câmaras de Conciliação, tema tratado hoje de manhã pelo Ministro Toffoli. E há questões em aberto. Nós temos, por exemplo, as previsões do Decreto-Lei nº 200/1967, previsões antigas que envolvem inclusive a intervenção dos Ministros de Estado no âmbito das autarquias. Isso não foi concebido na realidade atual, mas pode certamente ensejar grandes discussões, uma vez que, a rigor, ainda estão vigentes. Feitas essas breves considerações, passo a palavra ao Doutor Pedro Dutra.

Pedro Dutra – Boa tarde a todos. Agradeço ao meu caro amigo, Dr. Badin, o convite que me fez de participar dessa iniciativa muito saudável de reunir a AGU em torno de temas tão interessantes como aqueles da agenda de hoje e os debater com eminentes professores, o próprio Doutor Badin e os advogados da AGU, que têm dado uma contribuição decisiva para uma melhor interpretação do Direito Público brasileiro.

O meu tema é o parecer da AGU, que versa a independência hierárquica e decisória das agências reguladoras em face do Poder Executivo, em especial dos Ministros de Estado e do Presidente da República.

Vejo dois planos a serem comentados. O primeiro, formal. Ao meu juízo, o parecer da AGU é o melhor trabalho que se escreveu, a partir da perspectiva do atual governo, sobre o tema ora discutido. Contudo, eu não o qualificaria como parecer, na minha pretensão de entender um pouco de literatura jurídica; é antes uma defesa bem elaborada da posição do Executivo. O segundo plano, substantivo. Discordo fundamentalmente das conclusões do parecer e passo a expor as minhas razões. Mas, inicialmente, chamo atenção à situação da questão tal como posta no parecer. O parecer trata a questão a partir do ângulo da revisão, por órgão ordinário da Administração Pública, no caso órgãos de governo, Ministro de Estado, por exemplo, de ato de natureza decisória expedido por uma agência reguladora e, eventualmente, da intervenção da AGU nesse processo. A conclusão do parecer é pela procedência dessa revisão, e há a sugestão, que não está na síntese bem elaborada pelo então chefe da consultoria, de que a AGU seria competente para dirimir questões que surjam entre uma agência reguladora e um órgão ordinário da Administração Pública, como é um Ministro de Estado, ou entre, como vimos hoje na palestra do Ministro Toffoli, outra agência reguladora.

Entendo que a questão deve ser situada a partir de outro ângulo. Devemos primeiro definir o que é regulação, a natureza de uma agência reguladora, a que ela se destina e, a partir dessa situação do problema, analisarmos se de suas decisões caberia esse tipo de revisão, defendida no parecer.

Regular é disciplinar por meios de regra – um conceito simples – mas a regulação de que hoje se fala é a que se acha disposta na regra clara do art. 174 da Constituição Federal: é a função do Estado de, por meio de lei especial, disciplinar a atividade econômica, mais precisamente, o Estado intervém na ordem econômica na qualidade de regulador de determinados mercados de bens e serviços. A regulação é uma questão que já está inscrita na doutrina e na jurisprudência – no Brasil – há, pelo menos, 80 anos. A regulação econômica de determinados mercados de bens e serviços resulta da necessidade, reconhecida, de que alguns mercados de bens e serviços, se deixada a sua atuação livre, sem a intervenção do Estado, neles irão formar-se monopólios – alguns deles já se apresentam sob a forma de monopólios naturais – e em oligopólios fechados, criando situações de abuso de poder econômico de mercado, em prejuízo do consumidor. Isto é, o suporte fático subjacente à regra jurídica constitucional, a dizer que o Estado deve intervir na economia para prevenir abusos de poder econômico em determinados mercados de bens e serviços – sobretudo naqueles mercados de serviços ditos públicos. Esse é o sentido da regra que estipula a intervenção do Estado na atividade econômica.

É princípio fundamental da Constituição a livre iniciativa, ou seja, o princípio da liberdade econômica; porém, a liberdade preceituada, não a liberdade desabrada, irrestrita. Ou seja, a liberdade econômica, a livre iniciativa é aquela preceituada, na forma da Lei, pois a livre iniciativa, em determinadas situações – se exercida em determinados mercados plenamente – leva inexoravelmente a situações de abuso de poder econômico, o que é contrário ao interesse público, e este, como dizia o Pontes Miranda muito bem, é a transindividualização do interesse, de cada indivíduo, para o plano público, de todos. Por ser o interesse de todos, público, tal interesse merece a proteção do Estado, assegurada pela intervenção do Estado em determinados mercados econômicos. Mas tal intervenção é feita nos termos da Constituição, nos termos da Lei. O Professor Miguel Reale enfatizava muito esse ponto em seus escritos sobre a Constituição de 88, sobre a aplicação da Constituição de 88: a intervenção do Estado, nos regimes verdadeiramente democráticos, é sempre feita na forma da Lei. Não pode haver intervenção do Estado na economia senão na forma da Lei. A intervenção na forma da Lei em mercados econômicos é, mostra a experiência, a intervenção feita por meio de órgãos especializados, órgãos eminentemente técnicos, criados em defesa do interesse do consumidor, exclusivamente.

O conceito de regulação, e da regulação por meio de órgãos técnicos, entrou no Direito brasileiro em 1929, quando o engenheiro-arquiteto Anhaia Mello propôs a criação de um órgão regulador, que batizou de agência, seguindo o modelo norte-americano, argumentando ser indispensável que uma agência de caráter eminentemente técnico regulasse os serviços públicos municipais de São Paulo. Alfredo Valadão, autor do Código de Águas, na segunda versão do projeto, incluiu a criação de uma agência reguladora com todas as prerrogativas que as agências hoje têm, de independência técnica, hierárquica, decisória, orçamentária e mandatos fixos de seus dirigentes. E dizia claramente porque tais garantias deveriam coerir as agências: “Para que fiquem elas a salvo da interferência política do governo”. Então, na década de 1930, esse

debate já estava posto e os maiores estudiosos da época, entre eles um dos mais brilhantes, Francisco Campos, já mostrava que havia necessidade de a Administração Pública prolongar-se por meio de órgãos descentralizados para cumprir a função de intervenção do Estado na economia. Quando veio a Carta de 1937, com golpe que instalou a Ditadura Vargas, Francisco Campos, o redator da Carta, mudou sua opinião, e, empossado no Ministério da Justiça, criou uma comissão para estudar a regulamentação da intervenção do Estado na economia. Essa Comissão chegou à conclusão que a ela foi determinada chegar, a saber, que a intervenção do Estado na economia deveria ser feita por órgãos ordinários da Administração Pública. E nem poderia ser diferente, porque, no Estado autoritário, a Administração Pública é absolutamente centralizada na pessoa do Presidente da República, do chefe do governo. Houve, é verdade, uma pronta reação por parte de advogados à conclusão da Comissão, porém logo vencida pela vontade do governo. A seguir, foram sendo criadas várias agências reguladoras, não com esse nome, mas sob a rubrica de departamento, de conselho, etc. A consequência direta desse regime de não-independência das agências reguladoras, da integral subordinação delas ao Executivo, fez descer no Direito nacional um silêncio muito grande sobre a regulação dos mercados econômicos, porque, objetivamente, as agências restaram impotentes para regular os respectivos mercados, o que passou a ser feito por órgãos diretos da Administração Pública, sob aberta consideração político-partidária.

Na década de 1960, a ditadura militar expediu o Decreto-Lei nº 200, que reorganizou a Administração Pública, e nele consagrou a fórmula da ditadura anterior, de Vargas, de centralização e subordinação absoluta da Administração Pública ao Executivo, na pessoa do Presidente da República. Nas últimas duas décadas, viu-se disseminar na Europa e Ásia o princípio da regulação econômica exercida a salvo da ingerência político-partidária do Poder Executivo – há mais de um século consagrado no Direito norte-americano – posição que na última década foi retomada por crescente parte da doutrina brasileira, estimulada pela re-privatização dos serviços públicos. Abra-se um parêntese: não se pode falar em privatização, senão em re-privatização; todo serviço público brasileiro foi implantado pela iniciativa privada; depois estatizado, e a seguir, a partir da década de 1990, reprivatizado. Então, quando veio a re-privatização, retomou-se a discussão sobre regulação econômica e agência reguladora. Logo, é importante não se incorrer no erro histórico de dizer que a regulação começou a ser discutida com a privatização. Não, com a re-privatização, e esta retomou a discussão da regulação, da intervenção do Estado na economia por meio de órgãos especialmente criados para esse fim.

A doutrina já àquela época revestia a criação desses órgãos de garantias de independência decisória, hierárquica, orçamentária e de mandatos fixos, a salvo da subordinação e, pois, da ingerência de Ministro de Estado e do Presidente da República. É importante registrar que, em 1910, Rui Barbosa já se insurgia contra o poder de determinados agentes públicos, em especial do Presidente da República, sobre a atuação da Administração Pública: “Não se conserve numa democracia o estado prussiano. O estado onde há um chefe supremo”. O estado de direito não convive com chefes supremos, porque o Presidente da República é – deve ser – o cumpridor por excelência da Lei: o seu juramento, ao ser empossado no cargo, é o de cumprir e fazer cumprir a Lei. Ora, se a intervenção do Estado só pode se dar na forma da Lei, a ação da Administração Pública e em especial do Presidente da República só se pode dar na forma da Lei.

Por que independência hierárquica e por que independência decisória? Em razão da regra da experiência, a mostrar que, por essa forma, o interesse público será melhor defendido. Nos regimes onde a democracia é exercida efetivamente, a regulação se dá por critério exclusivamente técnico, a salvo do interesse político-partidário. Portanto, entendo que, ao se estudar a questão da reversibilidade, por órgão da Administração Pública, de decisão de agência reguladora, não se pode descartar o contexto histórico, a experiência valorada de que Miguel Reale fala com tanta propriedade, lembrando que o Estado de Direito não pode existir ignorando-a. Ou seja, a estruturação normativa do Estado Democrático de Direito deve-se dar não pela repetição simples da experiência, mas atendendo a sua evolução, à experiência valorada, imantada de valores afirmados, tal o da democracia, cujo alcance social é crescente.

A Constituição Federal não ignorou essa experiência, fixando a intervenção do Estado na economia na forma da Lei, certamente atento o legislador ao fato de que o Brasil já dispõe, há muito, de uma cultura regulatória democrática, como visto, ao contrário do que diz o Professor Bandeira de Melo, que rotula a regulação independente do Poder Executivo de neoli-beral; há aí uma imprecisão histórica assustadora, porque na década de 1920, quando primeiro se discute a regulação técnica no Brasil, não se falava de neoliberalismo; falava-se, ao contrário, do esgotamento do modelo liberal e da ascensão do modelo autoritário, tanto de esquerda quanto de direita.

Ao se falar na revisão dos atos de agência reguladora pelo Presidente da República ou Ministro de Estado, temos de ter em mente que existe uma cultura e uma doutrina a defender a regulação técnica, independente e a ser exercida na forma da Lei, na tradição jurídica brasileira, que, majoritariamente, recolheu o que há de melhor na doutrina estrangeira. Não é senão em função dessa cultura jurídica que, ao se falar de agência reguladora, cogita-se da sua independência em face do Poder Executivo, ou para afirmá-la, ou para negá-la.

O parecer da AGU associa a prerrogativa do Presidente da República de regulamentar leis votadas pelo Congresso ao exercício da regulação econômica; mas essas são funções absolutamente distintas. O Presidente exerce seu poder regulamentar ao expedir decreto regulando norma legal. É regula mercado econômico quando cumpre e faz cumprir a lei especial que disciplinou a regulação de determinado mercado de bem ou serviço. A LGT prevê que o seu plano geral de outorgas seja consubstanciado em decreto do Presidente da República; aí ele regulamenta parte dessa lei e possibilita à ANATEL regular na forma da lei, ou seja, o Presidente faz cumprir – dá-lhe condições formais – a LGT, e possibilita à ANATEL cumpri-la integralmente. Prossegue o parecer, afirmando que o regime presidencialista brasileiro pressuporia, com o amparo no Decreto-Lei nº 200, a prerrogativa de o Presidente da República rever ato de agência reguladora. Esse decreto-lei era a estrela normativa do direito administrativo no regime militar. Aliás, é interessante notar que só as ditaduras, Vargas e a militar, fizeram corresponder à estrutura de poder que implantaram um novo estatuto da Administração Pública do Brasil, o que talvez explique essa revivescência, por via hermenêutica, do Decreto-Lei nº 200, o qual, como se sabe, reproduz o modelo Vargas. O parecer sustenta, corroborando a opinião conhecida do Professor Eros Grau, de que, em palavras diretas, o Presidente da República é o chefe supremo da Administração Pública. Eu quero ler aqui o que dizia Francisco Campos, como vimos, o autor da Carta de 1937: “A construção constitucional da máquina do governo propriamente dita é simples e prática. Toda ela é construída em torno de uma idéia central favorável à ação eficaz do governo. O governo gravita em torno de um chefe, que é o Presidente da República. A este cabe dar impulsão às iniciativas dos demais órgãos do governo. Cumpre, pois, que a máquina administrativa seja regulada segundo o mesmo método que presidiu a organização do governo”. Essa fundamentação contida na Carta de 1937 parece-me idêntica àquela que afirma ser o Presidente o chefe supremo da Administração. Ele não é o chefe supremo. Ele é órgão da Administração como vários outros; ele apenas está no topo dessa organização, mas obrigado ao cumprimento da Lei como qualquer outro agente administrativo. O que conferiria a ele tal qualidade especial? Não vejo como nós, no regime presidencialista da atual Carta, no Estado Democrático do Direito, termos

uma figura do Presidente da República prussiana ou regalista, como dizia Rui Barbosa.

Mais: seria ele ainda o formulador de políticas públicas. O parecer retoma esse ponto dizendo que a revisão dos atos poderá ser feita pelo Presidente da República ou Ministro de Estado para verificar se as políticas públicas estão sendo cumpridas. Mas o que é política pública? O que estrutura uma política pública? Normas legais. Política pública é, portanto, um conjunto de normas legais e infralegais, estas nos limites naquelas estabelecidos, destinadas à realização de um fim socialmente determinado, socialmente relevante. Então, está obrigado o Presidente da República a cumprir uma política pública assim como antes está obrigado a cumprir a Lei. Agora, a noção de política pública no Brasil distorceu-se, e estende-se, desde um plano de universalização da telefonia à distância devida guardar entre poltronas de avião, resumindo-se, muitas vezes, na vontade do Presidente da República.

Essa distorção deve ser resolvida pela aplicação estrita do princípio da legalidade na Administração Pública. O Presidente não está acima desse princípio, como órgão da Administração Pública que é. A meu ver, o Presidente da República não tem poder de verificar o cumprimento de política pública, muito menos de rever ato de agência reguladora, praticado na forma da Lei, para verificar-lhe o mérito com o fim de julgar se determinada política pública terá sido cumprida. Essa função é do Judiciário, não do Presidente da República. Este, é certo, tem a prerrogativa, muitas vezes o dever, de formular e propor políticas públicas, valendo-se da ação legislativa e política que lhe é assegurada também em Lei.

Quanto ao fato de as agências reguladoras terem a forma de autarquia e, portanto, serem subordinadas aos ministérios aos quais se vinculam – o que o parecer refere –, basta se estudar o que se escreveu quando se adotou no Brasil as autarquias como forma de órgão administrativo: então defendeu-se arduamente a independência decisória, hierárquica e orçamentária desses órgãos, não por outra razão ditos autárquicos, em contraposição aos demais órgãos, ordinários, da Administração Pública. A experiência mostrou a derrota dos defensores da criação de autarquias puras, isto é, verdadeiramente independentes, mas o conceito exato subsiste, e a referência às autarquias, por essa razão, deve ser feita com a ressalva devida; no caso, qual a autarquia de que se cogita: daquela que representou há sessenta anos um grande avanço conceitual na Administração Pública, ou daquela, distorcida pela experiência brasileira de hipertrofia do Executivo?

Os argumentos expendidos na defesa da subordinação, por qualquer forma, das agências reguladoras, a órgão ordinário da Administração Pública, inclusive Ministro de Estado e Presidente da República (e, mesmo, à AGU) não me parece hoje admissível, no Direito brasileiro. Eu peço desculpas aos senhores, uma vez que a situação do problema ficou maior do que a sua análise; por outro lado, talvez tenha ficado mais fácil identificar os equívocos da minha palestra. Muito obrigado. (*aplausos*)

Cleso José da Fonseca Filho (Consultor Jurídico do Ministério da Defesa) – Passo a palavra ao Doutor Marcelo.

Marcelo Siqueira (Subprocurador-Geral Federal) – Boa tarde a todos. Primeiramente, eu gostaria de agradecer ao Procurador-Geral do CADE, Dr. Arthur Badin, e ao Dr. Gilvandro Araujo, Coordenador da Procuradoria do CADE, que tão bem organizaram esse evento. Cumprimento o Dr. Cleso, presidente dessa mesa, companheiro das lutas da Advocacia-Geral da União. Quando eu me retirei da Consultoria-Geral da União para, ao lado do Dr. Aragonés, assumir a direção da Procuradoria-Geral Federal, o Dr. Cleso me sucedeu na condução do projeto de implantação das Câmaras de Conciliação e Arbitramento da AGU. Infelizmente para as Câmaras, mas felizmente para ele, o Dr. Cleso ficou pouco tempo nessa função e agora comanda a Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. Desejo também cumprimentar o Dr. Pedro Dutra, que fez a sua apresentação e me deixou em uma posição bastante desconfortável. Acho que ele também não estava em uma posição muito confortável. Confesso que é a primeira vez que eu debato em público o teor do Parecer AGU/AC 51, a que todos se referiram até agora. Até então, eu só havia tratado desse parecer academicamente, em aulas, pois não havia tido a oportunidade de debatê-lo abertamente ou de confrontar as idéias do parecer com as oposições que ele sofreu desde que foi editado. As contrariedades que o Dr. Pedro Dutra hoje levantou com maestria esclarecem ainda mais algumas outras que já haviam sido feitas no passado. Por fim, cumprimento os colegas Advogados da União, Procuradores Federais e Procuradores da Fazenda Nacional, que comparecem a esse evento. Vou, então, tentar-me desincumbir do papel de, sem muita paixão, defender o que escrevi no Parecer AGU/AC 51. O primeiro importante registro que deve ser feito é que, ao contrário do que teria havido com a comissão a que o Dr. Pedro Dutra se referiu, que parece ter chegado a uma solução encomendada pelo governo da época, as conclusões a que eu cheguei nesse parecer – preciso deixar isso bastante claro – não eram aquelas às quais eu deveria necessariamente chegar, porque não me foi encomendada nenhuma solução *a priori* em relação ao assunto. É óbvio, e ninguém aqui é ingênuo, que quando se escolhe alguém para assumir uma função na Consultoria-Geral da União e se repassa algum processo relevante para essa pessoa, existe um mínimo de pré-conceito ou de pré-conhecimento sobre o que a mesma pensa em relação a temas importantes do Direito. Assim, quando o processo me foi distribuído, já se podia imaginar a que conclusões eu chegaria, porque o então Advogado-Geral da União, Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, e o então Consultor-Geral da União, Doutor Manoel Lauro Wolkmer de Castilho, conheciam minhas posições desde outros debates relacionados a temas semelhantes. Porém, não recebi nenhuma encomenda em relação a qualquer conclusão a que deveria imperativamente chegar. Vou relatar aos colegas, que podem não co-nhecer esses detalhes, qual era o caso concreto que foi levado à apreciação da Advocacia-Geral da União. A ANTAQ, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – a próxima palestra vai discutir exatamente esse assunto, não sob o prisma do parecer, mas o próprio mérito do assunto regulado em si –, havia chegado a uma conclusão em um processo sobre o Porto de Salvador quanto à ilegalidade da cobrança de uma taxa. Essa taxa não somente seria ilegal, como também feriria a livre concorrência no setor, tendo a ANTAQ, por isso, encaminhado a questão à apreciação posterior do CADE. Foi apresentado um pedido de reconsideração, ao qual a ANTAQ não deu provimento, e na seqüência foi apresentado um recurso hierárquico impróprio. Esse recurso hierárquico foi interposto na própria ANTAQ, que negou seu seguimento e não o encaminhou ao Ministro de Estado dos Transportes, supervisor da Agência. Posteriormente, a mesma parte aviou o mesmo recurso hierárquico impróprio diretamente no Ministério dos Transportes. O Ministério dos Transportes conheceu e deu provimento a esse recurso hierárquico, revendo a decisão da Agência reguladora e chegando à conclusão de que aquela taxa não seria ilegal e não feriria o princípio da livre concorrência em relação ao transporte de cargas no Porto de Salvador. No entanto, a ANTAQ se recusou a cumprir a decisão do Ministério dos Transportes, e o Ministério dos Transportes encaminhou o caso à apreciação da Advocacia-Geral da União. Quando essa questão chegou à AGU, achou-se importante, naquele momento, não perder a oportunidade de tentar traçar, em linhas gerais, como deveria ser o relacionamento entre as Agências reguladoras e seus respectivos Ministérios supervisores, sendo esse o tema desse painel. Por conseqüência, também se definiria o padrão de relacionamento dessas entidades com o Presidente da República. Apreciando o tema, eu perdi, ou ganhei, várias semanas trabalhando neste parecer até alcançar minha convicção pessoal e depois conseguir defendê-la em um estudo coerente, que deveria, depois, passar ainda pelo crivo, como realmente passou, do Consultor-Geral e do Advogado-Geral da União, bem como de Sua Excelência, o Presidente da República, que, por fim, o aprovou. Traçamos, então, algumas diretrizes, tentando

apresentar normas gerais de forma a conferir alguma tranqüilidade e segurança pela existência de contornos pré-definidos para esse relacionamento que, à época, aparentava que chegaria a um nível razoável de confronto. A primeira pergunta que se teve de fazer, a qual o Advogado-Geral da União me fazia todas as vezes que eu ia discutir esse assunto com ele, era a seguinte: “Dr. Marcelo, o que é uma agência reguladora?”. Curiosamente, o Dr. Pedro Dutra também a fez aqui: o que é uma agência reguladora? Quando vamos buscar uma resposta na Constituição, a primeira constatação que se faz é que, de fato, a Constituição prevê, em três momentos diferentes, em três normas distintas, a existência de órgãos reguladores: uma geral, como o professor já adiantou, e outras duas específicas para as áreas de petróleo e telecomunicações. Somente isso. A Constituição é silente em relação aos eventuais poderes que esses órgãos deveriam ter. Então, da própria expressão “órgão regulador” é que se deve retirar qual a conotação desses órgãos que seriam criados com a função de regular. E foi interessante, nessa discussão com o Ministro -Álvaro, chegar à conclusão de que sequer o modelo autárquico estava previsto na Constituição. Assim, embora o legislador ordinário tenha escolhido o modelo das autarquias e tenha criado, então, autarquias em regime especial, assim como há outras, como o próprio CADE e algumas universidades federais, não havia nenhum compromisso em relação a essa definição a partir do texto da Constituição. Por certo, foi dado a essas entidades um regime especial de forma a criar, em favor delas, alguma diferença em relação às demais autarquias, ou não haveria sentido em chamá-las de autarquias especiais. Assim, por exemplo, diferentemente das autarquias de regime geral, apresentou-se não uma novidade, porque comum a algumas outras autarquias especiais, mas um diferencial significativo, que é a prerrogativa, conhecida por todos, quanto à impossibilidade de demissão de seus dirigentes *ad nutum*. Os dirigentes nomeados para as agências reguladoras, assim como ocorre com o CADE e outras autarquias em regime especial, não podem ser exonerados ao critério exclusivo do Presidente da República, até porque – o professor tem razão – o Presidente da República não é o chefe supremo da Administração. De fato, esse é um conceito que não cabe em períodos democráticos. Tanto é assim que há uma limitação expressa em lei, válida não somente para as agências, mas para outras autarquias especiais, em relação às possibilidades de se demitir os dirigentes dessas entidades. Surge, dessa realidade, uma pergunta bastante interessante: por que o Presidente da República não pode demitir, sempre que queira, alguns dirigentes que ele mesmo nomeia, ainda que a nomeação tenha sido precedida de uma manifestação positiva do Senado Federal, como é o caso das agências? Antes de responder a essa questão, vamos voltar ao “famige-rado” Decreto-Lei nº 200, que tratava, e ainda trata, sobre o conceito de supervisão ministerial. O Decreto-Lei nº 200 traz uma série de poderes que são expressão da supervisão ministerial. Um desses poderes é exatamente a possibilidade de substituição dos dirigentes de entidades supervisionadas aos respectivos Ministros de Estado quando não atendam às suas determinações. Esse específico poder de supervisão, como dito, foi excepcionado em relação às agências reguladoras, pois era preciso garantir que essas agências, quando tratando da sua área finalística e quando decidindo alguma questão específica relativa a essa sua área finalística – dentro, portanto, de suas competências –, tivessem a tranqüilidade, ou, melhor dizendo, que seus gestores tivessem a tranqüilidade de tomar a decisão que entendam a mais correta em relação ao assunto que lhes foi posto sob apreciação. Se for por esse motivo que eles não podem ser exonerados *ad nutum*, a primeira conclusão a que se tem que chegar é que há, sim, uma autonomia decisória nas agências reguladoras e que, de fato, não é dado ao Ministro supervisor, via de regra – o problema, obviamente, está nas exceções –, revisar as decisões das agências naqueles seus assuntos finalísticos, e o próprio parecer afirma isso categoricamente. Tanto é assim que, no caso concreto que foi levado à apreciação da Advocacia-Geral da União, chegou-se à conclusão de que o ato do Ministro dos Transportes que havia tornado sem efeito a decisão da ANTAQ era nulo, e, por isso, tendo sido o parecer da Advocacia-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, este tornou sem efeito a decisão do Ministério dos Transportes, como se dissesse: “Você não poderia ter-se imiscuído nesse assunto, porque esse era um assunto que estava sob a alçada da agência reguladora”. Quando se fala em alçada, lembramos de um termo que deve ser bastante analisado nesse momento, a competência, e o parecer da AGU tentou exatamente definir que cada um tem que ter respeitada a sua competência e tem que respeitar a competência dos demais órgãos e entidades com os quais se relacionam. Ao chegar a essa conclusão, a primeira exceção a essa regra geral que eu havia apresentado pode ser enunciada, e diz respeito exatamente aos casos em que a agência ou qualquer outra autarquia em regime especial atua, em uma situação concreta, fora de suas competências. Imaginemos – eu vou usar um exemplo absurdo, caricatural – que a ANTAQ tivesse tomado uma decisão em relação a uma rodovia federal que sequer passasse perto de algum porto. Bom, nesse caso, é certo que a ANTAQ estaria atingindo a competência de algum outro ente federal, como a ANTT ou o DNIT, dependendo da decisão que ela tivesse tomado, ou até mesmo do Ministério dos Transportes, a depender da situação. Obviamente, nesses casos, deve-se garantir que a própria Administração tenha como corrigir o ato e recolocar a decisão da agência dentro dos limites de sua competência. Ou seja, essa autonomia decisória que a legislação infraconstitucional garantiu às agências só existe dentro dos estritos limites de sua competência legal. Se ela sai da sua competência legal e entra na competência de algum outro órgão ou entidade, ela não tem mais a sua autonomia decisória garantida, porque a autonomia se resguarda apenas àquilo para o que ela foi criada. Então, havendo incompetência material, a Administração, no caso o Ministério supervisor, tem a possibilidade de tornar sem efeito uma decisão de uma agência reguladora. Isso não é novo na Administração Pública federal e já ocorreu no passado, envolvendo, inclusive, o CADE. Há um parecer normativo não tão antigo da Advocacia-Geral da União acerca de uma dúvida de competência entre duas autarquias de regime especial, o CADE e o Banco Central do Brasil. Nessa decisão a que chegou a Advocacia-Geral da União, que recebeu aprovação presidencial, tornou-se sem efeito uma decisão do CADE em um caso que envolvia um ato de concentração no sistema financeiro, tendo-se entendido que a competência para decidir sobre aquisições e fusões no sistema financeiro seria do Banco Central do Brasil, e não do CADE. Já havia, então, um exemplo nesse sentido e eu não inovei quando chegamos à mesma conclusão no parecer das agências. Além dessa, concluímos haver outra exceção que, com certeza, é a que cria mais polêmica, pois, de fato, há um conceito muito aberto em relação a ela, e o Professor Pedro Dutra tem razão ao apontar isso. Falo agora dos casos em que a agência começa a entrar naquela seara que não lhe compete, e sim ao Presidente da República, que, embora não seja o chefe supremo da Administração, detém, por determinação constitucional, a sua direção superior. Como esse poder está previsto expressamente na Constituição, a ele tem que se dar alguma concretude. E mais: esse conceito, que está colocado na Constituição, em seu art. 84, inciso II, não se confunde com o poder regulamentar do Presidente da República. Tentar esvaziar o que está escrito no art. 84, inciso II, da Carta ao assemelhá-lo somente ao poder regulamentar do Presidente da República de baixar decretos, onde a lei assim determina, é tornar a expressão constante da Constituição – “direção superior da administração federal” – sem qualquer sentido próprio, porque os outros incisos do art. 84 já lhe garantiriam esse poder estritamente regulamentar. A expressão “direção superior da administração”, então, tem de significar alguma outra coisa. Aproveito o ensejo para abrir agora um raciocínio paralelo: o Ministro Toffoli, obviamente sem termos combinado, hoje de manhã, abordou um pouco esse assunto, quando lembrou qual é o papel do advogado público. O Ministro Toffoli, então, adiantou, e eu concordo plenamente, que não é papel do advogado público desenvolver, nos seus trabalhos funcionais, doutrina, embora o parecer tenha recebido, aqui, elogios, como os imerecidamente feitos pelo Professor Pedro Dutra. É necessário que os advogados públicos, quando atuam em questões como essa, cheguem a uma conclusão que seja sustentável na seqüência. Quando trabalhamos em consultoria, devemos especialmente começar a entender o

porquê disso, tema que o Ministro Toffoli também tratou hoje de manhã: nós, Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, não somos eleitos. A nossa atuação somente é válida dentro dos estritos limites de nossas competências funcionais. Porque não somos eleitos, não temos legitimidade para formular políticas públicas. Quando o Ministro disse isso, ele acabou me facilitando a utilização de um argumento que está no parecer, ou me lembrando de um argumento que está no parecer, que é exatamente este: quem tem a legitimidade dada pelo voto, em uma democracia, para definir políticas públicas, não são os dirigentes escolhidos para administrar agências reguladoras, mas o Presidente da República, que é eleito, e os seus Ministros de Estado, pois a própria Constituição diz expressamente que “compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei, exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência”. Quando a Constituição fala do Presidente da República, por sua vez, diz que “compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”. E a Constituição assim disse porque esse é um corolário da democracia: ao Presidente, que é eleito, cabe esse poder legítimo de definir quais são as políticas públicas a serem implementadas. Por isso, houve, sim, no parecer, a preocupação de resguardar as políticas públicas definidas pela administração direta para os vários setores regulados, sendo interessante a crítica que o parecer tem sofrido em relação a isso. Muito se tem dito que o parecer acabou abrindo uma porta escancarada para a intervenção da administração direta nas decisões das agências reguladoras, porque, sob qualquer pretexto, o Presidente da República, ou um de seus Ministros, poderiam entender que qualquer decisão de uma agência reguladora feriria uma política pública qualquer, mesmo que, em verdade, fosse um caso de simples execução de algo que está previsto na lei em relação ao tema. Com relação a isso, é preciso fazer outro comentário: isso pode acontecer. Vou repetir algo que disse antes. Nenhum de nós é ingênuo a ponto de achar que a deturpação do conceito não pode ser utilizado em momento algum. Obviamente eu não posso falar, até por uma questão de hierarquia, do atual Presidente, mas, abstraindo a figura do atual Presidente, isso é possível. Porém, eu faço outra ponderação. Qualquer Presidente da República que quisesse interferir em qualquer agência reguladora por qualquer motivo, legítimo ou ilegítimo, não precisaria de um parecer da Advocacia-Geral da União para fazê-lo. Tentar vislumbrar no parecer da Advocacia-Geral da União a porta aberta para isso é desconhecer um pouco como as coisas funcionam na administração central, porque o Presidente da República, se resolver fazê-lo, obviamente não vai precisar dessa “muleta”. E o parecer só serviria, no máximo, como essa “muleta”, e nem assim tão forte a ponto de lhe dar essa legitimidade. Outra questão interessante quando se analisa o tema é a doutrina estrangeira em relação às agências reguladoras. O professor trouxe outro dado que é correto em relação à própria doutrina pátria. Isso não é novo no nosso Direito Administrativo. É uma recriação, como ele mesmo apontou. Mas a nossa Constituição, bem ou mal, possui um dispositivo que garante ao Presidente da República a direção superior da administração. Limitar essa direção superior por lei é possível? É. Porém, essa limitação não pode interferir na legitimidade que o Presidente tem, ao ser eleito, exatamente para definir políticas públicas. Eu concordo com o professor, que, infelizmente, os governos democráticos não têm feito uma discussão séria e profunda em relação à reforma administrativa. Mas não se pode, por uma eventual impossibilidade de composições políticas necessárias para se fazer uma verdadeira reforma administrativa, tentar apagar o que está escrito na Constituição e passar a interpretá-la de uma forma que esvazie qualquer um de seus conceitos. Ou se consegue essa composição necessária para, de fato, fazer na Constituição uma reforma administrativa para se levar às Agências alguma outra espécie de autonomia, que não essa expressa no parecer da Advocacia-Geral da União, ou nós estaremos usando um atalho, atalho esse que não se restringiria à reforma administrativa. No Brasil, infelizmente, tem sido muito comum a tentativa de não se enfrentar a necessidade de alterações da Constituição Federal, criando-se verdadeiros atalhos, ora através de legislação ordinária, ora até mesmo em atos regulamentares, ou mesmo com respaldo em qualquer outro tipo de decisão administrativa. Se fosse adicionada à Constituição a conformação de uma agência reguladora e qual seriam os seus poderes, poder-se-ia pensar em afastar em relação a elas a diretriz da Constituição quanto à direção superior da administração exercida pelo Presidente da República. Outro detalhe que também foi importante pontuar nesse parecer foi a necessidade de se garantir, de qualquer forma, que as agências reguladoras sofrem outro tipo de supervisão, aquela não muito querida supervisão do Decreto-Lei nº 200 e que diz respeito à área meio de cada agência reguladora. Uma agência reguladora toma inúmeras decisões que não dizem respeito à sua área finalística, ou seja, não se destinam a regular o mercado a ela subordinado, mas, isto sim, limitam-se à sua gestão interna, as quais podem vir a ferir preceitos legais do direito administrativo, seja em relação aos seus servidores, aos seus contratos, ou, ainda, à sua execução orçamentária. Nessa área meio, é certo que a Agência deve estar diretamente vinculada ao poder de supervisão do Ministro de Estado, porque não se pode admitir que uma entidade pública federal adote decisões administrativas que não são objeto do núcleo resguardado de suas competências destinadas a regular o mercado para, sob o pretexto da autonomia decisória, tomarem decisões meramente administrativas completamente absurdas e dissociadas dos princípios ordinários da administração federal. Outra coisa importante que o Parecer aponta é a total falta de sistematicidade que acompanhou a criação das dez Agências Reguladoras existentes no Brasil. Se não são dez, são nove ou onze. É impressionante analisar a legislação de cada uma delas, pois se chega à conclusão de que cada lei de cada uma das Agências segue um caminho completamente distinto em relação à configuração de suas autonomias decisórias. Há, então, que se perguntar: cada uma das Agências tem um modelo de autonomia diferente uma das outras? Se for positiva a resposta, não se pode, então, falar de um conceito geral de agência reguladora, devendo-se tratar cada uma delas caso a caso, o que não parece correto. Se negativa, deve-se tentar extrair as normas gerais referentes às mesmas e se tentar dar alguma sistematicidade a elas. É isso que o Parecer tenta fazer. Para terminar, pois o tempo está acabando, registro que o Parecer AC 51 não inovou em nada os entendimentos da antiga e extinta Consultoria-Geral da República e da moderna Advocacia-Geral da União, tanto que há menção a outros pareceres antigos dos professores e antigos Consultores-Gerais Rafael Mayer, Célio Borja e Saulo Ramos. Todos já haviam, em outros momentos, mas em situações similares, defendido as mesmas teses que estão presentes nesse Parecer. Então, de fato, se de algo podem efetivamente me acusar, é de não ter inovado em nada, somente tendo mantido aquilo que a tradição das decisões da Advocacia-Geral da União e do órgão que a antecedeu já disciplinavam em relação a essa matéria. Essa é uma crítica a qual eu aceito, porque verdadeira e, de fato, o Parecer não trouxe qualquer diferenciação em relação àquilo que a Advocacia-Geral da União já decidira. Mas isso não é ruim. Eu acho isso positivo, pois boa parte desses pareceres foi editada quando já vigente a atual Constituição de 1988, ou seja, sob as mesmas normas em relação aos poderes do Presidente da República e dos Ministros de Estado. Como não houve qualquer alteração constitucional desde então, entendo, modestamente, sujeitando-me às outras críticas recebidas, que o que se fez foi apenas manter a segurança daquela interpretação que desde sempre se fez desses conceitos que estão presentes na Constituição. Outra consideração que é importante fazer, não quanto ao que disse o Professor Pedro Dutra, refere-se ao fato de que muitos críticos do Parecer sequer se deram conta de que o caso concreto que ele acabou por decidir foi favorável à autonomia decisória das agências reguladoras. Alguns críticos sequer se deram ao trabalho de ler o Parecer até sua última página, para verificarem que o mesmo concluiu por resguardar a autonomia decisória da Agência Reguladora no caso, ou seja, a Advocacia-Geral da União em nenhum momento disse que não há autonomia decisória nas Agências Reguladoras. O que a AGU fez nesse Parecer foi

dizer qual é o campo dessa autonomia decisória, que é exatamente aquele das competências finalísticas de cada Agência Reguladora, conferindo, também, o resguardo das competências políticas que cabem, por determinação da própria Constituição, e não por uma criação outra qualquer, ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, que o auxiliam na condução dos assuntos da administração superior. Creio que essas eram as questões que eu deveria colocar em relação ao Parecer, que vai continuar recebendo muitas críticas da doutrina e da academia, as quais não me furtarei a responder. Por fim, quando conseguirmos fazer uma reforma administrativa que assegure uma autonomia decisória ainda maior que essa que o parecer já conferiu às Agências Reguladoras, mediante alteração em nossa Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União certamente vai adequar prontamente o seu entendimento em relação à matéria. Obrigado pela atenção. (*aplausos*)

Cleso José da Fonseca Filho (Consultor Jurídico do Ministério da Defesa) – Eu queria parabenizar os palestrantes, Doutor Marcelo e Doutor Pedro. Foram exposições minudentes e que expuseram grande parte das nuances que envolvem esse debate. Eu gostaria de chamar o intervalo, para sermos pontuais, e pedir que em dez minutos voltássemos aqui para o segundo módulo. Boa tarde a todos. (*aplausos*)

(Intervalo)

Apresentador – Senhoras e senhores, boa tarde. Por favor, vamos tomar nossos assentos e começar os nossos trabalhos no último período do dia de hoje. Para compor a próxima mesa, convidamos o Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo e da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor Carlos Ari Sunfeld. O Doutor Aristarte Gonçalves Leite Júnior, Procurador-Geral da ANTAQ, e, para presidir a mesa, o Doutor João Ernesto Aragonés Vianna, Procurador-Geral Federal.

João Ernesto Aragonés Vianna (Procurador-Geral Federal) — Boa tarde. Inicialmente eu gostaria de cumprimentar a Procuradoria-Geral do CADE pela realização desse evento. Agradeço o convite na pessoa do Procurador-Geral, Dr. Arthur Badin e, desde já, passo a dar início aos trabalhos desta mesa que vai tratar do tema: “Regulação concorrencial *versus* serviço público. Caso THC2”. Os palestrantes que compõem essa mesa são o Professor Carlos Ari Sunfeld, embora não o conhecesse pessoalmente, meu colega de vida acadêmica na PUC de São Paulo, e o meu colega, Procurador-Geral da ANTAQ, Dr. Aristarte Gonçalves Leite Júnior. Passo a palavra, então, ao primeiro palestrante, o Dr. Carlos Ari Sunfeld.

Carlos Ari Sunfeld – O tema desta palestra é a existência de um eventual conflito entre o CADE e os órgãos de regulação em questões de direito concorrencial. A atuação do CADE nos setores regulados tem sido importante e pode ser medida em números. Eu tenho um orientando, o Dr. Eduardo Caminati, advogado atuante no CADE, que fez um levantamento das decisões do conselho de 1998 a 2006. Durante esse período, sua pesquisa encontrou 53 casos envolvendo agentes de setores regulados, dos quais 34 eram casos de conduta e 19 eram atos de concentração. Neles, o CADE teve de se manifestar sobre sua própria competência para decidir. Em todos os casos, o CADE se declarou competente. Em um deles, inclusive, afirmou-se que, apesar de haver uma competência do CADE em relação aos setores regulados, as decisões tomadas pelos órgãos de regulação deveriam ser respeitadas em certas situações. Duas idéias podem ser identificadas por trás dessa afirmação: a de que a competência do CADE é *complementar* a dos órgãos reguladores e a de que essa competência é *residual* em relação à dos órgãos reguladores. Creio que essas duas idéias indicam a existência de direitos combinados. Lado a lado, estão o direito regulatório específico, o direito setorial e o direito antitruste. Isto significa que o fato de existir uma regulação setorial não cria uma isenção antitruste. Esse pressuposto não existe para o CADE. A decisão de submeter um setor à regulação não significa o afastamento do direito antitruste.

Mas essa afirmação não é tão óbvia quanto parece para o caso brasileiro, no qual se trabalha muito com a dicotomia entre serviço público e atividade econômica. A aplicação do princípio da liberdade econômica, consagrado na Constituição Federal (arts. 170, IV e 174), é indiscutível em relação às atividades econômicas. Mas o mesmo não ocorre com os serviços públicos, nos quais a existência ou não de liberdade econômica depende de uma decisão legislativa e administrativa do órgão competente sobre o setor. A decisão, por exemplo, sobre se o setor de telecomunicações será monopolizado é de lei federal, que também pode decidir o contrário com base na mesma competência da União para legislar sobre telecomunicações.

Então, se o princípio da liberdade econômica não se aplica automaticamente aos serviços públicos, haveria para eles a incidência do direito antitruste e da proteção da concorrência? A Constituição Federal não oferece uma resposta para essa indagação. Ao contrário, deixou para a lei ulterior a definição de quais serviços públicos devem se submeter ao direito antitruste e às regras de proteção da concorrência.

Não é a Constituição, portanto, que organiza todos os serviços públicos, mas a legislação. E é apenas nesse sentido que se pode dizer que o fato de ser serviço público exclui a liberdade econômica. Afinal, há uma outorga da Constituição para que a legislação defina a organização do setor, inclusive para fins de aplicação das regras do direito concorrencial.

É isso que o CADE vem afirmando. O fato de haver regulação não exclui, automaticamente, o direito antitruste. O direito antitruste apenas poderia ser afastado por uma decisão legislativa, ainda que implícita. É preciso, então, analisar as deliberações do legislador sobre a aplicação do direito antitruste em cada setor.

E como descobrir se a legislação afastou o direito concorrencial de determinado serviço público e em que medida o fez? As decisões do CADE apontam que, a princípio, não há esse afastamento apenas por se tratar de serviço público. Uma grande parte dos setores regulados envolvidos nesses 53 casos se encaixa na idéia de serviço público, como infra-estrutura, energia elétrica, telecomunicação e transporte aéreo. Outra parte envolve setores que não são considerados como de serviços públicos – mas que também são regulados –, como medicamentos e petróleo.

Aliás, a legislação do CADE parece ter sido elaborada justamente de modo a preservar a competência do órgão também em relação aos serviços públicos. Essa competência *complementar* não significa, porém, que o CADE ignore as decisões regulatórias. Ao contrário, o CADE tem demonstrado respeitar as deliberações dos órgãos reguladores. Essa postura pode ser notada em um ato de concentração envolvendo o serviço de gás, no qual a SDE afirmava a existência de um problema nas privatizações do setor, que teria levado a uma solução anticoncorrencial. Nesse caso, o CADE não examinou o assunto, afirmando que a intensidade da competição, dentro do setor, é uma deliberação que cabe exclusivamente ao regulador. Ainda que o modelo regulatório adotado pudesse privilegiar mais a competição, a deliberação do regulador foi tomada em outro sentido, dentro de suas competências funcionais e legais, que devem ser respeitadas pelo órgão da concorrência. Esse exemplo ilustra que o CADE exerce suas competências de modo a não interferir nas escolhas do órgão regulador que tenham impacto concorrencial.

Outro aspecto é a competência *residual* do CADE, que permite sua manifestação quando a regulação setorial é deficiente na manutenção da competição. Nesses casos, em que o agente regulador é omissivo em relação à concorrência,

cabe ao CADE atuar, aplicando o direito antitruste. Esse é o sentido da competência *residual* do CADE em relação à competência dos órgãos reguladores.

Nesse contexto, a tensão surge quando o CADE considera que o agente regulador agiu mal em questões de direito antitruste. E isso ocorre porque são raros os setores em que a regulação pode ser pensada do zero, como aconteceu em telecomunicações. Geralmente, o setor já está organizado, estruturado e com os agentes econômicos em atuação, quando se institui um órgão de regulação. O setor de transporte aéreo mostra isso. Criou-se uma agência, mas não se pensou no modelo de competição a ser seguido. Nesses casos, a idéia de competência residual do CADE acaba servindo para tentar suprir a falta de uma deliberação formal e organizada, inclusive do Poder Legislativo, a respeito da melhor configuração do setor.

E como ficam os casos em que o CADE não concorda com a decisão da agência reguladora? Será que o CADE pode tirar do agente regulado um direito que o regulador lhe deu?

Para responder, é preciso ter em mente a idéia de *delimitação administrativa de direitos*. Os órgãos reguladores, com frequência, fazem isso ao editar normas regulamentares, que estabelecem o conteúdo normal de direitos. Com isso, os agentes regulados passam a exercer seus direitos de acordo com essas delimitações do regulador.

Quando o agente regulador fixa o conteúdo de um direito, ele pode, indiretamente, gerar um efeito prejudicial à concorrência. Especialmente porque, ao decidir, o regulador nem sempre pensa no direito antitruste.

O CADE apreciou um caso que ilustra bem essa situação. Trata-se do caso da TURL, no qual agentes do setor de telecomunicações foram acusados de condutas anticoncorrenciais ao cobrarem certas tarifas. Apesar de entender que não havia violação à concorrência, o CADE registrou que a decisão do regulador teria feito uma *delimitação administrativa de direito*. Abstratamente, seria possível cobrar aquelas tarifas, desde que isto não provocasse efeitos anticoncorrenciais.

Embora o regulador, em princípio, admita que o agente regulado pratique determinadas condutas, o CADE pode interferir toda vez que houver ameaça à concorrência. Com isso, o CADE não se choca com a delimitação administrativa de direito feita pelo regulador. Nesses casos, o que o CADE faz é o que a doutrina costuma chamar de *limitação especial de direitos*, com efeitos concretos.

Ocorre que certos atos regulatórios têm por finalidade autorizar uma conduta específica que, eventualmente, é contestada como anticoncorrencial. Isso pode acontecer tanto em decisões tomadas pelo regulador para organizar a concorrência dentro do setor, como para permitir outras operações específicas dos agentes regulados. Nesses casos, se o CADE decidir examinar a questão e modificá-la, haverá um choque de competências, já que as decisões teriam sido tomadas com base em competências realmente diferentes: uma mais abstrata, outra mais concreta e com finalidades específicas.

Dois situações distintas podem levar o CADE a considerar que uma decisão tomada pelo regulador é anticoncorrencial. A primeira delas é a de que a decisão é legal. E o CADE já reconheceu que pode haver uma limitação da competitividade pelo regulador. A outra situação, mais problemática, ocorre quando a decisão do regulador é ilegal.

Nessa segunda hipótese, o CADE poderia invalidar a decisão? A meu ver, a resposta é negativa. A menos, é claro, que se esteja diante de uma decisão claramente ilegal, que contrarie frontalmente a doutrina e/ou a jurisprudência. Em tais situações, não haveria presunção de legitimidade da decisão do regulador, porque há uma incompetência manifesta.

Fora dessas situações excepcionais, um órgão deve respeitar a decisão do outro. Caso contrário, é preciso buscar uma solução externa no Poder Judiciário ou, talvez, na Advocacia-Geral da União, que procura se consolidar como um foro para conflitos dessa natureza. (*aplausos*)

João Ernesto Aragonés Vianna (Procurador-Geral Federal) — Agradeço a brilhante palestra do Professor Sundfeld e, de imediato, passo a palavra ao Doutor Aristarte Gonçalves Leite Júnior.

Aristarte Gonçalves Leite Júnior (Procurador-Geral da ANTAQ) – Prezado e digníssimo Procurador-Geral Federal, Doutor João Ernesto Aragonés Vianna, e do ilustre Professor Carlos Ari, prazer em conhecê-lo nesse momento. Ilustrado Doutor Marcelo de Siqueira, Procurador-Geral Federal Substituto. Meus colegas advogados da União e procuradores federais, a quem também quero cumprimentar em nome do Procurador-Geral do CADE, Arthur Badin, que nos recebe gentilmente nessa casa. Início essa pequena explanação com muita honra, mesmo porque a matéria que me foi indicada não se cinge a aspectos jurídicos, mas também envolve aspectos técnicos da área portuária. Essa matéria, como bem dito pelo Doutor Marcelo de Siqueira, foi objeto de questionamento nas várias esferas do âmbito administrativo. Quando eu me encontrava ainda no Ministério dos Transportes, tive a oportunidade de me manifestar sobre a polêmica que havia entre a autoridade portuária, a arrendatária e uma usuária do porto, que são os chamados portos secos. Como é de conhecimento notório, a Lei nº 8.630/1993, que é a chamada Lei de Modernização dos Portos, veio trespassar à iniciativa privada a operação portuária. Antes do advento dessa lei, essa operação era feita pela própria autoridade portuária ou pelas companhias docas. Então, a nova lei, além de trazer grandes inovações na área portuária, criou vários institutos jurídicos, bem como retirou, como dito anteriormente, a autoridade portuária da operação, fazendo com que as companhias docas passassem a fiscalizar as novas arrendatárias do serviço público. Inclusive, o instituto jurídico, que alguns juristas renomados entendem, confundem, no meu modo de ver, o arrendamento com concessão de serviço público. Bom, mas esse não é o tema que a mim foi indicado. A mim foi incumbido o tema da THC2, a THC. Perdoem-me aqueles que colocaram no nosso livreto a expressão THC2. Iniciamos a nossa explanação com o conceito de THC, que é o Terminal Handling Charge. Esse é o conceito internacional, que significa a tarifa cobrada pelo operador portuário ao armador em face do serviço prestado de embarque e desembarque de contêiner no terminal portuário público. Então, esse conceito de THC é utilizado no mundo inteiro e ocorre, tanto no embarque, que é a exportação, quanto no desembarque, que é a importação. No desembarque, que é o que vai nos interessar daqui pra frente, ocorre o transporte do costado do navio para a pilha de armazenagem, a retirada do contêiner, do semi-reboque e colocação na pilha de armazenagem e carregamento do semi-reboque do importador na retirada do contêiner. Essa é a operação normal e nós vamos cuidar daqui pra frente, da operação relativa ao desembarque, onde trataremos especificamente da situação da segregação do contêiner. Então, as operações antes demonstradas ocorrem 100% das vezes que o contêiner embarcar ou desembarcar do terminal portuário. Todas essas eventuais movimentações, como está dito ali no quadro, são movimentações acessórias. Então, como ocorre com a fiscalização da Anvisa, do Ministério da Agricultura e etc., tanto ocorre no processo de importação, como exportação de mercadoria. E não estão incluídas no THC do armador por não acontecerem 100% das vezes. Então, são operações esporádicas e representam aquelas exceções que são ditas ali. Operações que, normalmente, são feitas em benefício dos recintos alfandegários situados fora da porto analisado. Agora nós vamos tratar da diferença entre THC e THC2. Um dado contêiner, em seu processo de importação ou exportação, está sujeito a “n” THC’s, se nós

tratássemos assim a situação. Tire de exemplos a segregação constituindo a THC2, que o contêiner de importação destinado a uma eventual averiguação aduaneira solicitada pela alfândega será o THC3. A divisão para retirada de amostra será o THC4 e assim por diante. Então, isso aí são serviços adicionais, que não integram o THC. Agora passamos a expor o que é Segre-gação. É o movimento feito pelo operador portuário que retira o contêiner da pilha de contêiner que permanecerá armazenada no terminal portuário para, uma vez destacados, serem segregados, ou seja, novamente identificados e verificados quanto à valia, lacres e etc. e depositados numa outra área de armazenagem, destinados a outros recintos alfandegados. Então, até aí, diante disso tudo que foi dito anteriormente, nós temos uma operação normal, que seria a operação chamada THC. Nesse caso específico, essa operação ocorre dentro da área primária do porto, dentro do molhado, onde o arrendatário também armazena mercadoria. Agora, deparamo-nos com a chamada Segregação de Contêiner. Inicialmente, nós temos um passo, que é a retirada do contêiner ou do porão ou do cais. Depois o transporte do contêiner para o pátio. Isto é, colocação numa massa uniforme. Então, os contêineres ficam juntamente com aqueles que vão ficar armazenados na área primária e aqueles que vão ser destinados à área secundária ou porto seco. Depois, terceiro passo, onde vai se verificar que há serviço adicional da massa uniforme, os contêineres são destinados a outros recintos alfandegários e são segregados, ou seja, novamente identificados, verificados quanto a avarias, lacres etc., e sofrer novo transporte para as pilhas onde são depositados os contêineres destinados a outros recintos alfandegários. E, finalmente, o desempilhamento e a entrega do contêiner a recintos alfandegários. Parte da legislação que demanda a cobrança da segregação ou do chamado THC2 originou-se do Decreto nº 24.534. Se não me engano, o decreto tinha força de lei, que era da época do Presidente Getúlio Vargas. Então, ele atribuiu às administrações dos portos a cobrança de todos os serviços portuários, inclusive dos acessórios. A partir daí, surgiu a Resolução nº 136/1989, da Portobrás, que aprovou os direitos tarifários das companhias docas dos portos brasileiros. Após isso, teve o Ofício nº 167/1989 da Portobrás, que comunicou a aprovação das tarifas da Cobresp com vigência a partir de 89. Tanto é que, em vários tablôides, surgiu a Tabela M, que é o serviço de acessórios prestado pelo requisitante, estando a tabela N20, devida pelo serviço de segregação destinada aos Terminais Retroportuários Alfandegados. Aí que está a origem da THC2. A Portaria MT de nº 74/1990 determinou à Portobrás apoiar e estimular os Terminais Retroportuários Alfandegados, dizendo que as autoridades portuárias poderiam dar tratamento específico a esses terminais. Quer dizer, eles teriam que ter tratamento diferenciado daquela operação que se faz com relação ao THC. Depois, uma ordem de serviço da Secretaria da Receita Federal determinou que os operadores portuários que ficassem no porto molhado desenvolvessem mecanismo para entrega dos contêineres a serem armazenados em outros recintos no prazo de 48 horas. Então, o que acontece: o arrendatário não pode ficar 10 dias, 20 dias, 15 dias com aqueles contêineres. Eles, em 48 horas, têm que mandar esse contêiner para o porto seco e, por esse fato, ele tem que ter uma logística diferenciada de transporte na movimentação desses contêineres. Também nos deparamos, quando da análise da matéria, com a situação da previsão não contratual dessa cobrança. E no contrato da Codeba, Companhia Doca do Estado da Bahia, foi verificado, no inciso 17 da Cláusula 24ª, que as taxas dos demais serviços serão negociadas livremente entre arrendatários e usuário. Nós não tivemos a oportunidade de trazer aqui expressamente os contratos. São N contratos que ela tem em Santos, então, põe-se, de maneira geral, que em todos os contratos no Porto de Santos está prevista a situação da cobrança do serviço de segregação. Haverá ocasião que será cobrada a tarifa de segregação de contêiner. O mesmo ocorre ainda com a Codeba. A Codeba, inclusive, é uma ação que tramitou na Justiça do estado da Bahia, que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal e foi reconhecida legítima a cobrança da THC2, mas a discussão ainda existe na esfera judicial. No caso da Bahia está na 10ª, 13ª Vara Federal. A Permissão das Autoridades Portuárias. E também cito o ilustrado parecer do Doutor Marcelo Siqueira, onde decidiu que a competência para dirimir a matéria é da ANTAQ. E aí está um pequeno gráfico, onde se demonstra de que maneira é feita a movimentação dos contêineres. Até ali, aquela primeira seta se tem a movimentação de THC. A partir da direita pra cá é a segregação de contêiner. Então, são dois tipos de movimento, o THC e a cobrança do que seria a outra movimentação relativa à remoção dos contêineres para os portos secos. E a lei de movimentação nos portos, a Lei nº 8.630, como já foi dito anteriormente, deliberou alguns aspectos jurídicos sobre o assunto. Por exemplo, o art. 4º previa a delegação da exploração para a iniciativa privada no processo licitatório. O art. 5º estipulou os contatos para movimentação de cargas. Eles devem ser negociados livremente entre os particulares. Tanto é que deve ser regido pelo Direito Civil, Direito Privado. E o art. 30 trata da questão da celeridade que os arrendatários dos portos molhados devem ter quando do movimento do contêiner. Então, em resumo, essa seria a questão aqui em foco. Eu não vou me alongar mais, mesmo porque as questões no aspecto concorrencial, regulatório e que envolvem as agências reguladoras já foram bem abordadas anteriormente e só me resta, então, dizer muito obrigado, agradecer por esse convite e me colocar à disposição para, no futuro, novamente discutir o assunto, mesmo porque a ANTAQ ainda não definiu de maneira definitiva essa matéria. Muito obrigado. (*aplausos*)

João Ernesto Aragonés Vianna (Procurador-Geral Federal) — Agradecemos a palestra do nosso colega Aristarte Gonçalves Leite Júnior e abrimos, de imediato, a oportunidade para as perguntas, lembrando que, neste momento, podem ser feitas perguntas, tanto com relação a essa mesa, como em relação à mesa anterior. Eu pediria a cada participante que, ao fazer a pergunta, se identificasse. O Dr. Carlos Alessandro Filho tem razão em corrigir a falha da presidência da mesa no sentido de convidar os membros da mesa anterior, o Dr. Pedro Dutra e o Dr. Marcelo Siqueira, a integrarem a mesa.

Pedro Dutra – Queria fazer um comentário em relação ao que o Doutor Marcelo falou e depois ao Carlos Ari, que eu achei muito interessante a configuração que ele fez das competências. Eu discordo da interpretação do artigo da Constituição que dá poderes ao presidente para dirigir a Administração Pública e ditar políticas públicas, isso porque ele estaria legitimado pelo mandato. O poder de dirigir a Administração Pública não é o poder de dirigir a Administração Pública absolutamente. É de coordenar os trabalhos, supervisionar os trabalhos. Esse artigo tem que ser lido em conjunção com o art. 37, se não me engano, da Constituição, que impõe à Administração Pública estrita observância da lei. E é este, aliás, eu repito, o juramento que o presidente faz de cumprir a lei. Então, ele dirige a Administração Pública para que se cumpra a lei. Ele não dirige a Administração Pública para indicar à Administração Pública o que fazer, porque, se assim fosse, o que nós teríamos? Uma situação que iria remeter àquela doutrina anterior à doutrina do bem servir, enquanto bem servir, que foi debatida no Supremo Federal na década de 10. Quer dizer, o funcionário público seria o bom funcionário, seria aquele funcionário dirigido ou que aceitasse a direção do Presidente da República, enquanto bem servisse a orientação do Presidente da República. O grande avanço que nós temos é justamente no sentido de submeter o poder da presidência da República à lei. Todo drama da democracia brasileira tem sido esse. A legitimação que se dá pelo mandato popular é legitimação política. Não é legitimação do chefe da Administração Pública, é administração do chefe do Poder Executivo. Então, é essa tese que cresce, que um funcionário público não tem a mesma legitimação porque ele não é eleito, ele tem a legitimação da lei. E o fato de ter sido eleito não dá a ele uma sobre legitimação. Então, aí eu tenho uma discordância fundamental, ressaltando sempre a qualidade do trabalho do Doutor Marcelo. Quanto à questão da competência, eu achei muito interessante o que o Carlos Ari fez, desenhando o quadro das competências, seria residual, não seria residual, e tanto mais interessante, porque ele não aderiu imediatamente a nenhuma dessas posições que ele tão bem mapeou. O que me parece, talvez, importante nesse caso que

foi tratado, seria atender a duas ordens de consideração. A primeira é que o princípio, o motor da ordem econômica é livre iniciativa e a livre iniciativa tem o seu instrumento na livre concorrência. A função da livre concorrência é instrumental. Penso que ele entendeu isso muito bem na Constituição. Então, a fixação de preços é extraordinária. Ela não é ordinária. A fixação de preços por um órgão fixador de preços é uma situação extraordinária, naqueles mercados onde a concorrência, mesmo com as suas limitações, não é capaz de determinar o preço. Então, essa é a primeira regra. Já escrevi modestamente sobre isso, que não existe essa dicotomia entre serviço público e atividade econômica, porque se serviço público não é atividade econômica, é o quê? Essa foi uma distinção criada, com ajuda do Professor Bandeira de Melo, para dizer o que serviço público é. Serviço público é um serviço, sim, atividade econômica apenas preceituada de forma diferente pelo legislador, que chama o Estado e entrega à União a prestação desse serviço, mas não descaracteriza a natureza de atividade econômica. Então, por isso também, e isso o Professor Carlos Ari falou também com muita precisão, o regime de livre concorrência se aplica, inclusive aos monopólios, porque o monopolista pode estar abusando do preço. Então, a livre concorrência se aplica a todos os mercados. E, para haver hoje a competência do CADE, acho interessante fazer o seguinte exame. O CADE tem competência para duas coisas: prevenir e reprimir o abuso do poder econômico. Reprimir condutas abusivas e prevenir atos de integração do poder econômico, cujos efeitos possam ser nocivos à ordem concorrencial. Se não é isso, o CADE não tem competência. O CADE pode discordar, por exemplo, de uma norma de uma agência reguladora. Ele não pode alterá-la, se não se tratar de norma que afete conduta ou um ato de concentração, no meu entender. Ele pode até ir à justiça tentar derrubar aquele ato, mas ele não teria competência. Então, talvez, uma achega que eu faço é verificar qual é o fato de espécie ali, uma conduta ou uma integração do poder econômico. No caso da TURL citado, eu fui advogado nesse caso e é interessante notar que ali se tratava de conduta.

Prof. Carlos Ari Sundfeld – Deixa eu só dar um palpite aqui sobre um tema. Eu queria me colocar, Doutor Marcelo, sobre esse tema. É uma preocupação, primeiro, quanto à idéia. Eu vi o seu parecer. Realmente, está muito bom, mas há nele uma crítica quanto à falta de uniformidade no modelo das agências, que com a qual, absolutamente, eu não concordo. Eu creio que o legislador plasmou agências reguladoras diferentes, com algumas diferenças sutis em alguns casos, menos sutis noutras, considerando aquilo que tendia ser o projeto de cada setor, em cada agência e de cada momento. Isso fez com que, nalguns setores, ele dissesse o que significa fixar política pública. Então, no caso de telecomunicação, a meu ver, há bastante clareza na lei e esse é um ponto polêmico como um tudo em direito, não é? Mas há bastante clareza na lei de que o Poder Executivo fixa a política pública aprovando, como mencionou o Doutor Pedro, aprovando planos e metas de universalização e tomando mais algumas medidas. Aquilo é aplicar política pública. Então, a primeira preocupação, a meu ver, é que quando se tenta olhar as agências com uma uniformidade acaba-se levando de roldão essa especificidade que tem, por exemplo, a lei da Anatel, que diz: “Bem, fixar política pública é isso”. Não pode o Poder Executivo alterar atos da agência, dizendo: “Bem, o ato viola políticas públicas”. Isso é, outras idéias que eventualmente o Executivo tenha sobre o que é uma organização adequada do setor, porque, para isso, tem que violar a lei. Lei que deu à Agência competência regulatória, o que significa competência para tratar de tudo, salvo tomar aquelas decisões que a própria lei diz serem decisões de fixação de política. Então, a minha preocupação é de que, quando nós fazemos uma apreciação das agências como um todo, e dissermos que há um poder implícito do Presidente da República na Constituição, de fixar as políticas públicas e de controlá-las, inclusive, por revisão, nós deixarmos de lado as soluções legislativas, quer dizer, as definições que a própria lei tem sobre o que é fixar política pública. Então, eu queria ouvi-lo um pouco sobre essa preocupação que me parece importante. A segunda preocupação é a seguinte: claro e relevante que exista algum sistema de controle sobre as agências, sobre os atos que elas praticam, se são válidos ou não. Válido frente à condição, válido frente à lei, válido frente ao decreto que fixa política pública legitimamente. A questão é saber quem faz esse controle. Quer dizer, saber, assim como discutimos aqui no caso da concorrência e regulação, que deve haver algum controle de validade do ato da agência, bom, tudo bem. Outro problema é saber se o CADE é que é o competente, não é? Então, o que me parece é que, se nós afirmarmos que um ministro não é competente para anular um ato da agência por suposta violação da política pública, nós não estamos dizendo que não há controle. Estamos dizendo que o responsável pelo controle não é ele. Nós não impedimos, por exemplo, o Poder Executivo de ir à Justiça se entender que isso é necessário. Não excluimos também a possibilidade de punição funcional. Se há um reiterado descumprimento das políticas públicas, dê-se, então, punição disciplinar por meio da demissão que as próprias leis prevêem, não é? Essas são, são as duas questões que eu acho que estão ligadas com o que o Doutor Pedro falou.

Marcelo Siqueira – Se mais alguém tem perguntas, pode fazê-las.

Membro da audiência – Doutor, a minha é voltada não para autarquia especial, nem para agência. Eu queria saber sua opinião. Qual é a ingerência da Supervisão Ministerial e nas autarquias comuns e se prevalece o conselho constitucional da supervisão do artigo, se eu não me engano, 87, e também do já multifalado Decreto-Lei nº 200/1967?

Marcelo Siqueira – Eu não consigo ver uma dicotomia entre o princípio da legalidade, presente no art. 37, *caput*, da Constituição, e o que dispõe o seu art. 84 em relação à direção superior da administração pelo Presidente da República. Aliás, creio ser o contrário. É certo que a direção superior que ele deve exercer tem de se conter dentro dos limites da lei, tanto em relação às suas competências, quanto em relação ao próprio direito material. A questão é entender se há ou não, na legislação de regência da matéria, algo que garanta às Agências Reguladoras a capacidade de definir a sua atuação sem possibilidade de qualquer reapreciação de questões que interfiram nas políticas públicas definidas pela administração central. Nesse ponto, nós não concordaremos, porque o senhor não consegue ler no art. 84 – o que eu respeito – o poder do Presidente da República em relação à definição de políticas públicas, lembrando-se ainda de sua legitimação pelo voto. Então, aqui há uma discordância que nós não vamos conseguir resolver. Porém, repito: não vejo dicotomia necessária entre o princípio da legalidade e o que diz a Constituição em relação à direção superior da administração, de acordo com as conclusões a que o Parecer chegou nesse sentido. Quanto ao comentário que eu fiz em relação aos servidores titulares de cargos efetivos, que não são escolhidos pelo voto popular para estarem onde estão, e a ressalva que eu fiz em relação à legitimidade deles, fique claro que eu não discuto a legitimidade que esses funcionários têm para exercerem as competências, como eu mesmo disse, reservadas aos seus cargos efetivos. A ressalva quanto à legitimidade que eu fiz nesses casos é exatamente em relação à definição de políticas públicas. Nesse campo, reafirmo que creio que um servidor titular de cargo efetivo é legítimo para atuar dentro das competências do seu cargo, mas ele não tem legítimidade para definir políticas públicas, a não ser que, excepcionalmente, ao seu cargo, se reserve algum tipo de definição nesse sentido, o que, por ocorrer apenas em casos excepcionais, somente confirma a regra. Em relação ao que o Professor Carlos Ari Sundfeld disse quanto à legislação, à sua falta de sistematicidade, e, ainda, a um comentário que ele fez de que uma falta de sistematicidade, por si só, não seria um problema, porque poderia, na verdade, estar garantindo um tratamento diferenciado para cada um dos setores regulados, eu concordo que essa poderia ser a intenção do legislador. Porém, tanto não é esse o caso, que basta analisar um detalhe, que pode parecer bobagem, mas que em verdade demonstra essa falta de cuidado quando da elaboração dessa legislação, feita sem qualquer intenção de fazer diferenciações concretas onde elas deveriam haver. Todas

as legis-lações, ou pelo menos as leis de criação de 8 das 10 Agências, têm um problema em comum. Elas confundem conceitos básicos como, por exemplo, os de recurso e pedido de reconsideração. Elas não conseguem nem definir concretamente o que é um recurso e o que é um pedido de reconsideração. Várias chamam de recurso o pedido dirigido à reapreciação pelo próprio órgão que tomou a primeira decisão e outras chamam de pedido de reconsideração o pedido de reapreciação destinado ao órgão colegiado contra decisões singulares de seus respectivos dirigentes. Então, embora pudesse haver a intenção efetiva de definir concretamente diferenças em cada uma das leis para tratar de questões específicas de cada setor regulado, o fato é que a legislação é mesmo assistemática. A falta de tecnicidade é flagrante e esse é apenas um dos exemplos que podem ser encontrados na análise de todas as leis de cada uma das Agências Reguladoras, sem contar a quantidade de omissões que há nessas legislações em relação a temas que seriam relevantes. De qualquer forma, em relação ao poder do Presidente da República de ditar políticas públicas e de atuar nessas questões excepcionais, quando se levantou que esse poder seria implícito, eu me permito discordar, porque acho que esse poder, no caso, não é implícito, mas explícito. Refiro-me de novo ao que diz o art. 84, inciso II, da Constituição Federal. No entanto, em algo eu concordo integralmente com o que o professor disse: de fato, algumas das leis de algumas das Agências deixaram muito claro qual o espaço de definição de políticas públicas da administração direta. E fizeram muito bem. Aliás, o Parecer relata isso quando conclui que não se tentaria definir para cada uma das dez Agências reguladoras o que seria política pública e o que seria sua área específica de atuação autônoma, porque isso está expresso em suas leis. Assim, de fato, algumas dessas legislações – infelizmente não todas – traçam exatamente com muito detalhe o espaço de definição de política pública que ficou reservado à administração direta. Nesses casos é muito mais fácil tratar essa disputa que há entre a administração direta e as Agências Reguladoras, porque, quando a lei já diz o que ficou resguardado a cada um, se há atuação por qualquer parte diferente disso, a incompetência é patente. Porém, eu lamento que esse cuidado que algumas das leis tiveram de definir quais são as áreas que ficaram reservadas à definição de políticas públicas não tenha sido comum aos dez setores regulados. Esse seria um espaço interessante que algumas leis exploraram, mas outras, infelizmente, não o fizeram. Quanto a uma sugestão dada pelo Professor Sundfeld, ela me causa alguns arrepios, não por ser o autor do Parecer em discussão, mas por estar hoje, junto com o Dr. João Ernesto Aragonés Vianna, conduzindo a Procuradoria-Geral Federal. O Dr. Aragonés com certeza também se arrepiou. Tome-se uma divergência entre entidades da administração indireta. Se estivermos tratando, por exemplo, de uma divergência judicial entre o CADE e uma Agência Reguladora para definir se, em um caso concreto, o CADE poderia ou não ter decidido de forma divergente do que decidiu a Agência, teremos um problema grave. A representação judicial de qualquer autarquia e fundação federal está a cargo da Procuradoria-Geral Federal, que tem uma carreira única, a qual eu integro, de Procurador Federal. Haveria, então, uma situação bastante interessante: a PGF representando, em juízo, em pólos distintos, duas entidades da administração indireta. Exatamente diante dessa dificuldade operacional concreta do sistema jurídico da União é que surgiu a idéia da criação das Câmaras de Conciliação e Arbitramento da AGU, que servem como um espaço de discussão e solução de controvérsias nesses casos. Judicializar as demandas, nesses casos, beiraria o absurdo. Vou contar como se deu a experiência que levou o anterior Advogado-Geral da União, Ministro Álvaro, a demandar a criação de uma rotina de solução administrativa para essas divergências. O INEP – Instituto de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira iria realizar um concurso nacional e precisava de uma entidade promotora para o mesmo. Abriu, então, uma licitação para contratar essa entidade. A UnB possui o Cespe – Centro de Seleção e Promoção de Eventos, que é um dos mais conhecidos do País, junto com a Fuvest, a Cesgranrio e outros. Então, a UnB se candidatou nessa licitação para prestar esse serviço ao INEP. A UnB é uma fundação federal e, o INEP, uma autarquia federal. O INEP excluiu a UnB do certame na fase de habilitação da licitação. Por isso, a UnB impetrou um mandado de segurança contra a decisão da comissão de licitação do INEP, e o juiz deferiu a liminar parcialmente. Ambas agravaram. O Procurador que atuava no contencioso da UnB ligou para o TRF e pediu uma audiência para despachar seu agravo de instrumento com o relator. O Procurador do INEP, por coincidência, ligou no mesmo dia para o Tribunal, mas falou com outra assessora, pleiteando também uma audiência com o Desembargador. A assessora da tarde conversou com a da manhã sobre o pedido do INEP, mas esta avisou: “Um Procurador já tinha ligado de manhã. Eu já marquei a audiência, vai ser amanhã. Pode avisar, porque eu acho que ele esqueceu”. A da tarde ligou no INEP e disse: “Olha, a audiência está marcada. É amanhã”. Ambos chegaram para a audiência com o Desembargador. Os dois eram colegas de concurso. Um deles falou: “Não te via desde o curso de formação. Onde é que você está atuando?”. O outro respondeu: “Na UnB”. O primeiro falou: “Eu vim aqui, que coincidência, despachar um agravo em um processo contra a UnB e a favor do INEP”. O segundo: “Eu vim despachar esse processo também”. Ambos foram conversar com a assessora do Desembargador para esclarecer que queriam entrar separadamente para conversar com ele. Ela foi explicar isso para o Desembargador, que então botou a cara para fora da porta, virou-se para os dois Procuradores e fez a seguinte afirmação: “Os senhores conversem e, por favor, cheguem à conclusão de qual veio defender a legalidade, porque um dos senhores somente pode estar defendendo algo que é ilegal. Os senhores se entendam e depois somente um entre. Aquele que entrar terá o pedido atendido”. O Desembargador ainda telefonou para o Ministro Álvaro e disse: “Acabei de passar por uma situação muito constrangedora aqui. Não é o Judiciário que tem que resolver as divergências internas da administração federal”. Antes de se precisar buscar uma solução para um conflito dessa natureza em juízo, inclusive para privilegiar, como o Ministro Toffoli disse hoje de manhã, a tentativa de se criar a cultura do diálogo e da conciliação, há um caminho que a Advocacia-Geral da União está tentando trilhar, de tentar, na via administrativa, resolver essas controvérsias, para não passar por situações como essa, que nem sempre serão tão vexatórias, mas que demonstram claramente que a administração não está conseguindo se organizar. A administração tem que se organizar melhor. Há alguns problemas que a administração pode atuar para tentar resolver, por isso uma demanda em juízo entre duas entidades federais me causa alguns arrepios. Quanto aos dirigentes das Agências, de fato, no caso da ANAC, e eu não estou aqui come-tendo nenhuma inconfidência – porque isso foi divulgado na mídia –, o Ministro Nelson Jobim chegou a anunciar, bem como o Ministro Jorge Hage, que estavam estudando a possibilidade da abertura de um processo administrativo, como prevê a legislação das Agências, para buscar a condenação administrativa de alguns de seus gestores à perda do mandato, ou seja, do cargo que exerciam. Essa é uma das possibilidades, mas que está restrita a determinadas situações que nem sempre são aquelas que envolvem, volto a repetir, definições de políticas públicas. E em relação à pergunta do Dr. Aristarte acerca da supervisão ministerial das demais autarquias e fundações, que não possuem regime especial, não há como não aplicar a elas os ditames do art. 37 da Constituição e, naquilo que ainda vigente, o Decreto-Lei nº 200. Aliás, para essas autarquias, em boa parte vige ainda, a despeito de todo seu histórico negativo, o Decreto-Lei nº 200. O fato é que o mesmo existe e não houve ainda ninguém que tenha enfrentado a tarefa de editar outra norma tão abrangente quanto o Decreto-Lei nº 200, de forma a tentar delimitar, efetivamente, uma organização real da administração federal, e não somente aquela formal que cada Presidente edita quando assume.

Arthur Badin (Procurador-Geral do CADE) – Eu acredito que à pergunta do desembargador “qual dos dois está defendendo a legalidade?”, caberia aos dois responder: “Ambos defendemos”, porque ambos representam manifestações ou visões a respeito da legalidade dos seus respectivos clientes a quem devem defender. O fato do mesmo órgão – a PGF –

representar dois clientes ou dois interesses diferentes não deveria causar grandes surpresas. Existem grandes escritórios que conseguem lidar com situações como essa. Grandes escritórios mundiais em que, às vezes, equipes defendem posições diferentes. O que eu quero dizer é que o fato de só ter um escritório de advocacia, um órgão para a defesa judicial, não implica que não possa haver divergências de interpretação da lei entre órgãos independentes. Afinal de contas, não deve ser a advocacia pública quem vai dizer qual é o sentido da lei, sobretudo da norma de regulação de mercados. É o Judiciário quem vai fazer esse controle, quando há duas posições razoáveis, legítimas e possíveis dentro do âmbito do espectro da legalidade. O que me parece estranho é que não possa haver divergência entre esses órgãos independentes. Eu estou cogitando uma hipótese de um conflito entre duas agências reguladoras independentes que, apesar de todos os postulados e garantias de independência, ficariam desassistidas caso a AGU pudesse dizer qual está certa. Não me parece tão fora do padrão que possa haver duas agências que defendam cada uma seu ponto de vista. Não existe competência, se o órgão que vai decidir não puder delimitar o âmbito das suas próprias competências (é o princípio *Kompetenz-Kompetenz*). Essa sutileza em dizer, “olha, na verdade, a AGU vai estabelecer só quem é competente, mas não vai entrar no mérito da decisão”, esvazia, sim, a atribuição do órgão. Na verdade, se a norma que garante independência ao CADE, que confere mandato aos seus conselheiros e procuradores-gerais, é justamente um limite à atuação do poder central; como é que pode um órgão do poder executivo, como a AGU, subordinado ao Presidente da República, poder mudar ou liminar sua extensão? A Advocacia-Geral da União é, sim, um órgão do Poder Executivo; logo, não pode delimitar até onde uma dada agência possa ou não ir. Compactuar com essa idéia é fazer tábula rasa da garantia de independência que se quis atribuir às agências com a criação de duas regras: dar mandato aos membros e impedir a revisão no âmbito do Poder Executivo. Foi assim que decidi recentemente o TRF1³. A outra-pergunta, Dr. Marcelo Siqueira, é em relação a como seria a aplicação do seuparecer, quando diz que pode haver controle ministerial caso haja descumprimento de políticas públicas determinadas pelo Poder Executivo. No caso do CADE, que tem uma natureza diferente das outras agências, já que tem uma natureza judicante, o que seria um controle de políticas públicas?

Nota:

3 [NOTA DO ORGANIZADOR] Sobre a impossibilidade do Presidente da República vincular o CADE por meio da atribuição de “efeito vinculante” a pareceres da AGU, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu: “*Vejam os, inicialmente, a questão da vinculação do CADE ao Parecer Normativo AGU/LA-01/2001 aprovado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. O BACEN suscitou Conflito Positivo de Competência nº 0001.00.6908/2000-25 alegando deter exclusividade para regular o setor financeiro e o CADE argüiu que sua atividade seria complementar, ou seja, que as duas autarquias procederiam a exame dos fatos de perspectivas diversas. A AGU, com fundamento na Lei Complementar nº 73/1993 decidiu o conflito de atribuições e expedindo parecer normativo. O Parecer AGU/LA-01/2001 entendeu que as normas da Lei nº 4.595/1964 que dizem respeito a concorrência foram recepcionadas como lei complementar e considerou que a Lei nº 8.884/1994, da sua natureza de lei ordinária, não afastou a competência do BACEN. A tese defendida pelo BACEN advoga que o parecer normativo tem eficácia de lei para toda a Administração e que cumpriria ao CADE observá-lo. É deveras inegável que a autonomia dos entes autárquicos é relativa, porquanto são órgãos da Administração Pública. Na espécie, o CADE é vinculado ao Ministério da Justiça (Lei nº 8.884/1994, art. 3º). A Constituição em seu art. 131, caput, também prevê a vinculação de órgãos da Administração à AGU. Mas é relevante lembrar aqui o disposto no art. 50 da Lei nº 8.884/1994, segundo o qual ‘as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo’. A peculiaridade do CADE é que ele é o que se denomina na doutrina ‘um quase tribunal’ e um órgão que tenha por fim institucional emitir julgamentos não pode ter o conteúdo de suas decisões supervisionados pela Administração. O controle exercido pelo Poder Executivo sobre autarquias é controle administrativo, coisa distinta do parecer normativo em discussão que deliberou sobre aquilo que o CADE pode julgar. Admitir que o controle autárquico exercido pelo Poder Executivo sobre um quase tribunal possa dizer sobre sua competência, poderá também ser admitido que pareceres normativos digam como julgar. O chamado controle autárquico diz respeito à orientação e fiscalização que se exerce sobre os atos das autarquias e seus agentes. Trata-se, portanto, de um controle limitado a atos de administração, de gerenciamento. A atividade-fim do CADE não comporta revisão sobre o mérito de suas decisões nem sobre a afirmação de sua competência. Quando o art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993 dispõe que ‘o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração federal’, significa que, no caso do CADE, que a vinculação dos pareceres normativos da AGU se dá nas hipóteses do controle de atos administrativos da atividade meio. Na que tange ao controle autárquico é compreensível que se confira, mediante a edição de pareceres vinculantes, uma uniformidade sobre questões relativas à legislação de pessoal, licitação, contratos etc. Todavia, no que concerne a interpretação e aplicação das normas relativas do direito de concorrência cabe ao CADE dizer o que é da sua competência. Entendimento diverso implicaria em não se ter um órgão especializado independente, em contrariedade ao disposto no art. 50 da Lei antitruste. Daí que andou mal a r. sentença apelada ao reconhecer uma vinculação do CADE ao parecer da AGU, no tema da competência da agência, pois na esfera administrativa o CADE é o único juiz de sua competência” (AC 2002.34.00.033475-0/DF, Relatora Desembargadora Federal SELENE ALMEIDA, Relator para acórdão Desembargador Federal FAGUNDES DE*

DEUS, Quinta Turma, J. 30.08.2007, na parte transcrita, votação unânime).

Carlos Ari Sundfeld – Não deveria causar surpresa o fato de um mesmo órgão judicial representar dois clientes, ou melhor, dois interesses distintos. Isso existe há muito tempo na advocacia pública brasileira. A AGU, por exemplo, tem uma estrutura bastante semelhante à das procuradorias dos estados. Ao longo de minha carreira de procurador do Estado de São Paulo, notei que era absolutamente natural haver um órgão que litiga contra o próprio estado, como a Procuradoria de Assistência Judiciária – PAJ, e outro que defende o Estado. Talvez, para o primeiro juiz que tenha enfrentado uma situação como essa, a situação possa ter parecido absurda. Mas o que está por trás disso é o fato de que os advogados públicos representam *interesses diferentes* dentro da Administração Pública, considerada em sentido amplo. E é justamente porque há interesses diferentes que, em alguns casos, há autonomia para que eles sejam instrumentados de maneira distinta pelos órgãos que compõem a Advocacia Pública. Evidentemente, respeitando a uniformidade da carreira, de modo a atender a essa peculiaridade que a legislação criou.

Pedro Dutra – Para enriquecer a resposta que será, sem dúvida, muita boa do Marcelo. Esse é um problema brasileiro que é o furor centra-lista que vem desde o Império, não é? Administração centralizada. Esse é um problema da administração centralizada, centralizar tudo. A Constituição de 67, no art. 203, se eu não me engano, resolveu isso, dizendo o seguinte: “Todas as controvérsias se resolvem no âmbito da Administração Pública”. Ela é uma Constituição eminentemente centralizadora. Agora, a AGU atendeu a essa idéia de centralização, mas a centralização é formal. Ela não deve ser material no sentido de ter uma uniformização, ou seja, ela não pode defender interesses diferentes. Eu entendo que nos exemplos que você deu e que o Ministro Toffoli deu de manhã, tudo bem. A Universidade de Brasília numa imissão de posse contra uma autarquia. Isso, uma câmara de conciliação resolve. Agora, quando se tratar de órgãos de intervenção do Estado na ordem econômica, eu creio que não se pode conciliar no âmbito da AGU. Por quê? Porque o pressuposto da ordem econômica é o da livre iniciativa na forma da lei, preceituada com limitações, mas foram criados órgãos especiais para fiscalizar isso, para regular. Então, esses órgãos têm que decidir e, o que escapar a esses órgãos, leva-se ao Judiciário. Eu não vejo problema da AGU defender posições contraditórias. Então, em órgãos da Administração Pública voltados para intervenção do Estado na economia, creio que não caberia essa solução, porque senão seria uma ingerência insuportável. Seria, na prática, para nós, advogados militantes, acabar com a independência do órgão.

Marcelo Siqueira – Tem uma ressalva que deve ser feita em relação a isso. Quanto à citação da Constituição de 1967, o próprio Supremo Tribunal Federal disse que essa norma não era auto-aplicável. Houve a tentativa de interpretar esse dispositivo como auto-aplicável. A questão chegou até o Supremo, mas o STF, em uma decisão em um recurso extraordinário, chegou à conclusão de que esse dispositivo da Constituição de 1967 não era auto-aplicável. Depois que o Supremo decidiu isso, não houve a regulamentação desse dispositivo. Logo, a tentativa que houve em 1967 de se tratar dessa questão não chegou a ser testada na prática, porque o Supremo logo disse que essa não era uma norma auto-aplicável. Por isso, estamos lidando com algo realmente novo. Essa experiência que a AGU tem conduzido, das Câmaras de Conciliação e Arbitramento, começou em 2004. Agora, temos três anos de experiência em relação a esse assunto. Sendo muito franco com os senhores, todas as preocupações levantadas aqui, nós, em algum momento, tivemos também, porque sempre foi importante definir os limites de atuação da Advocacia-Geral da União no exame de controvérsias que envolvam entidades da administração indireta. Em vários momentos, a Advocacia-Geral da União chegou à conclusão de que não tinha competência para atuar. Então, a própria AGU, em algumas oportunidades, chegou à conclusão de que deveria liberar a discussão em juízo entre algumas entidades. Como todo processo de construção, como é o das Câmaras de Conciliação e Arbitramento, vamos nos deparar, em alguns momentos, com situações em que a AGU vai tomar decisões em relação a isso. É essencial que a AGU encontre para si mesma o limite em relação a isso, e que, em determinados casos, chegue mesmo à constatação de que a única saída possível é a judicialização do conflito, para não extinguir a independência que algumas entidades possuem, não somente as agências, mas também autarquias que não são de regime especial. Então, nem é necessário discutir isso apenas sob o prisma das autarquias de regime especial, mas o fato é que essa preocupação também é nossa, e a AGU vem aprendendo ao longo do tempo a lidar com isso. Mesmo assim, acho, e vou repetir, que a AGU tem que avançar até onde for possível nesse campo, tornando excepcionais as situações em que ela vai decidir por não atuar. Até hoje, é bom frisar, em quase todos os casos de Câmara de Conciliação e arbitramento houve, ao final, uma conciliação, ou seja, os órgãos espontaneamente harmonizaram os seus entendimentos em relação ao assunto em discussão. Poucos foram os casos que geraram arbitramento, que é feito através de um parecer normativo aprovado pelo Presidente da República, e em nenhum caso de arbitramento que ocorreu até agora houve, por parte de qualquer dos órgãos ou entidades, nenhuma reclamação. Nos casos em que a AGU se entendeu competente para arbitrar, não se chegou ao limite de se estar retirando a independência de uma entidade qualquer. Se tivesse ocorrido isso, com certeza, ou os dirigentes, ou alguém, seja na doutrina ou na mídia, teria reverberado essa insatisfação de alguma forma. Obviamente, não garanto que, no futuro, não possa até vir a acontecer isso. A preocupação que os senhores têm é relevante, e também nós a temos na Advocacia-Geral da União, tanto que, repito, em várias oportunidades já nos declaramos incompetentes e já autorizamos o ajuizamento de ações por entidades, umas contra as outras. Pode haver interesses conflitantes e interpretações distintas da lei, isso é evidente. Também não haveria uma absoluta incompatibilidade se o mesmo órgão tivesse que defender posições distintas, desde que se tome o cuidado simples de não ser o mesmo advogado que atuará nos dois pólos. Porém, a AGU está indo bem nesse caminho ao trabalhar esses conflitos administrativamente até onde é possível.

Paulo Vieira (da ANTAC) – Eu vou dirigir minha pergunta ao Doutor Marcelo Siqueira. Doutor Marcelo, volto ao parecer que tratou do caso da segregação de contêineres, a divergência entre a ANTAC e o CADE. A ANTAC recebeu representações de órgãos de classe do setor empresarial questionando que aquele parecer teria colocado ponto final na matéria, inclusive impedindo a ANTAC de voltar a apreciá-la. Eu queria que o senhor comentasse um pouco sobre o limite daquele entendimento.

Marcelo Siqueira – Não, você tem toda razão, o Parecer é claro. Ele não enfrentou o mérito da decisão da ANTAQ. Aliás, se eu não me engano, ao final do parecer há uma ressalva de que a própria ANTAQ, em outro caso, no Porto de Santos, ainda estava apreciando o pedido de reconsideração que havia sido interposto, e que a própria Agência poderia alterar a sua decisão livremente. Então, o senhor tem toda razão. O Parecer não definiu taxativamente o mérito. Ele somente disse que, no caso, o Ministério dos Transportes não tinha competência pra rever a decisão da ANTAQ.

Apresentador – *Encerra-se aqui o I Encontro da Advocacia Pública sobre Concorrência e Regulação, evento realizado pela Procuradoria-Geral do CADE, com apoio da Escola da AGU. Obrigado.*