



MARCOS

REGULATÓRIOS

NO BRASIL

JUDICIALIZAÇÃO E INDEPENDÊNCIA

Lucia Helena Salgado

organizadora

ipea

É missão do Ipea articular e disseminar ideias capazes de contribuir para o aprimoramento das políticas públicas no país. Em harmonia com essa proposta, um dos eixos temáticos definido recentemente para a condução dos trabalhos do Ipea corresponde ao fortalecimento do Estado, das instituições e da democracia.

As Jornadas de Regulação organizadas anualmente têm se consolidado como um fórum de discussão interdisciplinar em torno do tema da regulação no Brasil e, em particular, na discussão do desenho de instrumentos, ou de mecanismos, sempre tendo como objetivo o aperfeiçoamento desse desenho em benefício do interesse público.

Nesse sentido, a Sessão Especial das Jornadas de Estudos de Regulação representou o encontro desses objetivos, reunindo juristas, integrantes e ex-integrantes de agências reguladoras e a autoridade de defesa da concorrência em torno de tema polêmico: a representação desses entes de Estado junto ao Poder Judiciário pela Advocacia-Geral da União, órgão de assessoramento direto do chefe do Poder Executivo.

A realização da edição Especial das Jornadas teve como objetivo trazer para o debate uma questão crucial sobre um dos alicerces da boa governança regulatória, a autonomia decisória. Esta, por seu turno, não se resume somente ao processo de tomada de decisão: é também de extrema importância conduzi-la ao que pode ser considerada a sua segunda fase, para que se possa atingir o objetivo último da eficácia das decisões tomadas, que consiste na defesa dessas decisões em juízo.

Sob a perspectiva do desenvolvimento institucional, a contestação das decisões administrativas no Poder Judiciário é extremamente positiva, especialmente quando há a confirmação dessas decisões, cujo objetivo único é a defesa dos interesses coletivos. Levar as decisões para o Poder Judiciário possibilita o estabelecimento e a consolidação de uma jurisprudência em determinada matéria que envolve o direito e a economia.

Os participantes das duas mesas-redondas que compuseram a Sessão Especial das Jornadas de Regulação – “A representação judicial das agências e seus limites e o cotidiano judiciário” e “A representação das agências em um contexto de judicialização” – enfrentaram as dúvidas associadas ao dilema entre autonomia e eficácia do processo de tomada de decisões até sua execução.

MARCOS

REGULATÓRIOS

NO BRASIL

JUDICIALIZAÇÃO E INDEPENDÊNCIA



Governo Federal

Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República

Ministro Samuel Pinheiro Guimarães Neto



Fundação pública vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiro – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

Presidente

Marcio Pochmann

Diretor de Desenvolvimento Institucional

Fernando Ferreira

Diretor de Estudos, Cooperação Técnica e Políticas Internacionais

Mário Lisboa Theodoro

Diretor de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (em implantação)

José Celso Pereira Cardoso Júnior

Diretor de Estudos e Políticas Macroeconômicas

João Sicsú

Diretora de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais

Liana Maria da Frota Carleial

Diretor de Estudos e Políticas Setoriais, Inovação, Produção e Infraestrutura

Márcio Wohlers de Almeida

Diretor de Estudos e Políticas Sociais

Jorge Abrahão de Castro

Chefe de Gabinete

Persio Marco Antonio Davison

Assessor-Chefe de Comunicação

Daniel Castro

URL: <http://www.ipea.gov.br>

Ouvidoria: <http://www.ipea.gov.br/ouvidoria>

MARCOS REGULATÓRIOS

NO BRASIL

JUDICIALIZAÇÃO E INDEPENDÊNCIA

Lucia Helena Salgado

organizadora

Rio de Janeiro, 2009

ipea

Marcos Regulatórios no Brasil: judicialização e independência/Lúcia Helena Salgado, organizadora. – Rio de Janeiro: Ipea, 2009.

80 p.

1. Agências Reguladoras 2. Regulamentações 3. Aspectos Jurídicos 4. Brasil
I. Salgado, Lúcia Helena II. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

ISBN - 978-85-7811-037-6

CDD 352.80981

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou o da Secretaria de Assuntos Estratégicos.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Sumário

APRESENTAÇÃO 7

INTRODUÇÃO 9

Lucia Helena Salgado

PARTE 1

A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DAS AGÊNCIAS E SEUS LIMITES

MESA-REDONDA 1

A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DAS AGÊNCIAS E SEUS LIMITES 15

Alexandre Aragão, Arthur Badin, Celso Fernandes Campilongo,
Gustavo Binenbojm, Lucia Helena Salgado

PARTE 2

O COTIDIANO JUDICIÁRIO E A REPRESENTAÇÃO DAS AGÊNCIAS EM UM CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO

MESA-REDONDA 2

O COTIDIANO JUDICIÁRIO E A REPRESENTAÇÃO DAS AGÊNCIAS EM UM CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO 47

Farlei Martins Riccio, Mauro Grinberg, Neide Malard e Sérgio Varella Bruna

GLOSSÁRIO DE SIGLAS 77

APRESENTAÇÃO

A Sessão Especial das Jornadas de Regulação, realizada em 27 de julho de 2009, espelhou o compromisso do Ipea com o debate e a disseminação de ideias que venham a contribuir para o aperfeiçoamento das políticas públicas. O seminário, organizado em duas mesas-redondas, compostas por juristas, integrantes e ex-integrantes de agências reguladoras e a autoridade de defesa da concorrência, o Cade, foi também mais uma oportunidade de integração interdisciplinar entre a Economia e o Direito, com a intensa participação do público, composto por pesquisadores, estudantes e, em grande parte, por integrantes do corpo técnico das agências regulatórias e órgãos judicantes e quase-judicantes. Essa participação revela a presença de forte motivação dentro dos órgãos de Estado para refletir sobre seus respectivos papéis, as limitações de suas competências e suas responsabilidades diante da sociedade.

Recentemente, o Ipea definiu como um de seus eixos temáticos o fortalecimento do Estado, das instituições e da democracia. Não poderia, portanto, ser mais oportuna a realização do debate intitulado “Judicialização e Independência”, em que se procurou refletir sobre as interações envolvendo agências regulatórias e autoridades independentes, de um lado, e a AGU, de outro. Tratou-se ali do papel de coordenação da atuação jurídica do governo federal desempenhado pela AGU e da legitimidade da representação jurídica a ser exercida por esse órgão do Poder Executivo no que tange à representação e à defesa em juízo das decisões de agências reguladoras e autoridades administrativas independentes. O alto nível da discussão travada por ocasião desse seminário fortalece o empenho do Ipea em promover a disseminação de ideias que venham a contribuir para o aperfeiçoamento das políticas públicas brasileiras.

Estamos a cada dia em nosso país construindo instituições democráticas, fortalecendo o Estado de Direito e revendo seu papel frente ao mercado. O Ipea procura colaborar nesse processo com iniciativas como as Jornadas de Estudos de Regulação, cujos debates de sua Sessão Especial estão editados neste livro. É com satisfação que convido o leitor a tomar parte desse processo.

Marcio Pochmann
Presidente do Ipea

INTRODUÇÃO¹

Lucia Helena Salgado

Como é do conhecimento daqueles que têm acompanhado as Jornadas de Regulação organizadas anualmente pelo Ipea, este espaço já vem se consolidando como um fórum de discussão interdisciplinar em torno do tema da regulação no Brasil e, em particular, na discussão do desenho de instrumentos, ou de mecanismos, sempre tendo como objetivo o aperfeiçoamento desse desenho em direção à busca de se realizar o interesse público.

O que nos levou a organizar esta Sessão Especial das Jornadas de Regulação foi um fato recente que poderia passar despercebido da maioria do público: a divulgação de uma portaria da Advocacia-Geral da União,² que trouxemos ao debate. E por que trazer para a discussão um tema aparentemente tão técnico-jurídico, em um órgão como o Ipea, centrado em estudos de economia aplicada? Porque nos parece que esse tema exerce impacto crucial sobre um dos alicerces da boa governança regulatória, que vimos tentando construir nos últimos anos; e esses alicerces são, basicamente: autonomia – autonomia se confunde com independência –, excelência técnica, transparência e prestação de contas.

A questão da autonomia decisória é hoje um consenso. Da mesma maneira que, com anos de trabalho, conseguimos construir uma cultura de concorrência neste país, também conseguimos construir uma cultura regulatória e divulgar os parâmetros normativos da boa governança, que inclui a noção de autonomia decisória.

O ponto que buscamos assinalar com o debate desta Sessão Especial é que o problema da autonomia decisória não se extingue no momento do processo de tomada de decisão; existe uma segunda fase, tão importante quanto a primeira, para o objetivo final da eficácia das decisões, que é a defesa dessas decisões em juízo. Essa segunda fase, extremamente rica – que, no Brasil, permanece muito imatura, ainda está dando os seus primeiros passos –, corresponde ao processo de judicialização, quando as decisões, sejam das agências regulatórias, sejam do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, serão contestadas, no Poder Judiciário, por aqueles não

1. Esta introdução baseia-se em minha fala de abertura do evento, ocorrido em 27 de julho de 2009, no Ipea, Rio de Janeiro.

2. Portaria nº 164, de 20/02/2009, da Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à AGU.

conformados com os impactos de tais decisões sobre os seus interesses. Nesse segundo momento, o cumprimento dos parâmetros da boa governança – em particular a independência dos órgãos administrativos mencionados para defenderem e fazerem valer suas decisões – é tão importante quanto no momento da tomada de decisões. É determinante para garantir a eficácia dessas decisões.

Rememorar um pouco a história da evolução institucional brasileira ajuda a aclarar esse ponto. A despeito de o Brasil contar com uma legislação antitruste desde 1962,³ em sua primeira fase – de 1963 a 1990 – o Cade cuidou de 337 procedimentos, dos quais foram instaurados 117 processos e apenas 16 deles redundaram em condenações. Todas as condenações – que o Cade impingiu a empresas que abusaram do poder econômico – foram revistas pelo Poder Judiciário após recurso das partes inconformadas. E por que isso se deu? Por falta de defesa dessas decisões no Judiciário. Ocorria que, até a promulgação da Lei nº 8.884 em 1994, o Cade não contava com uma procuradoria própria para executar suas decisões e defendê-las em juízo. Não por outra razão, a criação de uma procuradoria para o Cade pode ser considerada um dos alicerces institucionais objetivados pela Lei nº 8.884/94, que veio a garantir a efetividade da política de concorrência no Brasil, pois só a partir da montagem da sua procuradoria, conduzida por procurador com mandato, como os demais integrantes do conselho, o órgão passou a ter capacidade para defender e fazer executar as suas decisões.

O papel de uma procuradoria própria, com integrantes de carreira e titular dotado de mandato – como, por exemplo, a lei estipulou no caso do Cade –, fundamenta sua importância no direito inarredável de petição e de contestação de decisões que desagradem interesses individuais e coletivos.⁴ Uma decisão administrativa – seja de um órgão julgante, como o Cade, seja de uma agência regulatória – que implique punição ou limitação de direito à livre iniciativa, tende a ser naturalmente levada à instância judicial. Uma vez lá, cabe à procuradoria de cada órgão defender a decisão contestada para que ela logre êxito.

Da perspectiva do desenvolvimento institucional, é tremendamente positivo que decisões administrativas sejam contestadas e levadas ao Poder Judiciário, mais ainda quando os interesses coletivos que essas decisões buscam defender sejam confirmados nessa esfera. Só então se pode falar em estabelecimento e consolidação de jurisprudência em determinada matéria envolvendo o direito e a economia.

3. Lei nº 4.137 de 26 de setembro de 1962.

4. Item “a” do inciso XXXIV do Art. 5º da Constituição Federal “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, em que é assegurado o direito de petição, e inciso XXXV, em que a “Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”.

Sem a confirmação, pelo Poder Judiciário, das decisões administrativas que eventualmente gerem disputas, não se pode falar em eficácia de políticas públicas tais como a defesa da concorrência e a regulação, que busca estimular investimentos, a concorrência, e o compartilhamento de benefícios com os consumidores. Decisões históricas, recentemente tomadas, como a punição sem precedentes por prejuízos causados a concorrentes, aplicada pelo Cade,⁵ e a iniciativa do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, de pedir em juízo vultosa punição para empresas que descumprem seus compromissos com os consumidores⁶ são exemplos da importância dessa confirmação pelo Judiciário. Em suma, sem uma defesa dessas decisões em juízo, suas boas intenções – da perspectiva do interesse público – são letra morta. É o que a história do Cade, em seus primórdios, já nos conta.

Com a portaria da AGU, que trazemos para o debate, a representação judicial de todas as autarquias e fundações federais fica transferida para a PGF, órgão diretamente subordinado ao ministro-chefe da AGU. Isso significa que a defesa desses entes, quando questionados em juízo, não será mais feita pelas respectivas procuradorias jurídicas, que ficarão responsáveis apenas e tão-somente pela atividade consultiva.

A par do ganho de eficiência que tal medida possa significar, no que tange à grande parte da administração federal, os efeitos sobre as autarquias, representadas pelas agências regulatórias e pelo Cade, são bastante preocupantes. Esses entes têm como característica principal do seu desenho de governança a independência com relação a pressões e a interesses, econômicos e políticos, enquanto a AGU é um órgão de assessoramento direto do chefe do Poder Executivo. Sua principal função – destacada no organograma do Poder Executivo⁷ – é a de consultoria e assessoramento jurídico do presidente da República. É difícil manter a coerência do desenho institucional que garanta a defesa independente de pressões – de qualquer tipo – das decisões de agências e do Cade, pois muitas delas, por sua natureza, contrariam importantes interesses, sendo tais decisões representadas por advogado submetido diretamente a um dos poderes constituídos.

A Sessão Especial das Jornadas de Regulação, intitulada Judicialização e Independência, foi organizada no tempo recorde de três semanas, e sua realização só foi possível por conta do extremo profissionalismo e da dedicação ao trabalho

5. Refiro-me à multa de R\$ 352,7 milhões aplicada pelo Cade à AmBev.

6. Refiro-me a duas ações coletivas que o DPDC, do Ministério da Justiça, ingressou contra a Claro e a Oi/BrT por descumprimento das regras para atendimento em *call centers*.

7. Disponível em: <www.planalto.gov.br>

que muitos dos funcionários da Casa sempre demonstram, como Andrea Bossle, nossa chefe do editorial no Rio de Janeiro, e todo o seu pessoal, responsável pela concepção e produção do material gráfico e digital do evento; Geová Parente, lá em Brasília, que se desdobrou para que pudéssemos receber dignamente os convidados com mais do que um simples cafezinho. Também quero agradecer ao Francisco Trambaioli e ao Paulo Martins, que nunca medem esforços para viabilizar nosso trabalho, ao pessoal de apoio administrativo, Maria de Fátima Queiroz, Leandro Camilo, Luis Paulo Borges (Lupa), para citar alguns – é óbvio que eu sempre cometo injustiças deixando de mencionar colaboradores –, ao Eduardo Bizzo de Pinho Borges e à Michelle Bastos Moretzsohn, bolsistas do PNPd, que participaram da organização e revisão técnica deste trabalho, e também ao diretor Marcio Wohlers, que sempre apoia com muito empenho nossas iniciativas e, mais uma vez, garantiu que conseguíssemos reunir um seleto time de intelectuais em torno do tema da judicialização e independência das decisões das agências regulatórias e do Cade e disponibilizar agora, para o público, o registro desse memorável debate.

Parte 1

A representação judicial das
agências e seus limites



MESA-REDONDA 1: A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DAS AGÊNCIAS E SEUS LIMITES

Debatedores

Alexandre Aragão

Arthur Badin

Celso Fernandes Campilongo

Gustavo Binenbojm

Lucia Helena Salgado

Arthur Badin – Bom dia a todos. Obrigado, Lucia, pelo convite. Agradeço ao Ipea pela organização do evento. As *Jornadas* revelam seu arguto senso de oportunidade na escolha dos temas a serem debatidos aqui, nesta instituição de pesquisa e de reflexão sobre os problemas do Brasil. Gostaria de trazer um pouco a minha experiência, hoje, como presidente do Cade, mas também como ex-procurador-geral do Cade nos últimos anos, de 2006 a 2008. Como Lucia bem introduziu, a judicialização é um fenômeno indiscutível. É uma pena que não tenha tido oportunidade de trazer aos senhores o gráfico, a curva exponencial de crescimento de processos e ações judiciais envolvendo o Cade, discutindo questões. Mas trago números que são bastante sintomáticos desse fenômeno.

Primeiro, 82% das multas do Cade aplicadas a empresas ou pessoas físicas por infração contra ordem econômica são judicializadas. A judicialização faz parte do Estado democrático de direito. Qualquer cidadão que se sinta injustiçado por uma decisão da administração pública pode levar essa decisão para o Judiciário. E sobretudo quando falamos de vultosos interesses econômicos – partes e administrados, que têm possibilidade de discutir em juízo, representados por bons advogados e durante muito tempo, por longas batalhas judiciais que, segundo o Conselho Nacional de Justiça, demoram, em média, 14 anos –, é inevitável que haja uma rediscussão das decisões do Cade no Judiciário.

Quanto às decisões do Cade em atos de concentração, ou seja, em casos de fusões e aquisições, 75% encontram-se suspensas por força de liminares concedidas pela justiça no início do processo. O Judiciário tem uma tendência a conceder liminares no começo do processo, para suspender a decisão do Cade, sem qualquer avaliação de verossimilhança das alegações que são deduzidas na ação. O Judiciário

para a decisão do Cade – que manda vender um ativo, vender uma empresa, manda alterar um contrato – para poder “analisar com calma depois”. Só que o “analisar com calma depois” do Judiciário são 14 anos. E uma decisão do Cade, que materializa a intervenção do Estado no domínio econômico, e como o mercado é uma realidade dinâmica, se houver uma demora de 14 anos para que se implemente o remédio, ou o remédio é insuficiente ou o paciente morreu. Posso citar alguns exemplos. A professora Neide Malard foi relatora de um processo importante, no qual o Cade condenou, em 1993, a Xerox do Brasil, e até hoje se discute no Tribunal Regional Federal – ou seja, a segunda instância da Justiça – aquela decisão.

E, na maioria das vezes, o Judiciário confirma as decisões do Cade, embora demore a fazê-lo. Das decisões do Cade, 87% são mantidas em juízo, depois que o juiz tem oportunidade de analisar com calma as alegações de parte a parte. Mas essa prodigalidade na concessão de liminares está aliada a um certo desconhecimento específico da matéria, um juiz federal hoje analisa diversas questões. Não existem, pelo menos em Brasília, varas especializadas, salvo em criminal e cível. Na área cível não há especializações por legislação de telecomunicações, concorrência etc.

Esses números mostram que a forma como a judicialização é feita é absolutamente determinante para se saber se, e como, as decisões do Cade e das agências reguladoras vão sair do papel. Uma defesa feita de forma não especializada tem um alto risco de não ser exitosa no Judiciário, sobretudo quando lida com uma justiça também não especializada.

Não é preciso mencionar as razões do desenho institucional que conforma o Cade e as agências reguladoras, os chamados órgãos independentes dentro da administração. Esse desenho institucional é firmado em dois pilares: *i*) a irreversibilidade das decisões desses órgãos no âmbito do Poder Executivo – ou seja, uma decisão do Cade não pode, por mais que contrarie algum interesse imediato do governo, ser revertida em recurso, quer seja pelo ministro da Justiça, quer pelo próprio presidente da República, podendo somente ser questionada no Judiciário –; e *ii*) o fato de que os membros dessas organizações – agências reguladoras, Cade, CVM – não podem ser demitidos antes do fim do prazo do mandato.

Esses órgãos executam políticas públicas que podem ser impopulares em curto prazo, embora benéficas e importantes para a sociedade no longo prazo e, se fossem confiadas ao governo, não poderiam ser tomadas. Portanto, a independência decisória em relação ao Poder Executivo é o âmago da razão de ser desses órgãos. Senão, não precisaria existir a agência reguladora, bastaria a repartição diretamente vinculada ao ministro da Justiça ou ao ministro da Fazenda. Como eu mencionei,

a forma como a judicialização é feita é absolutamente determinante para o sucesso, o insucesso ou para que as decisões desses órgãos saiam do papel, na medida em que a maior parte dessas decisões é judicializada.

A AGU vem implementando um importantíssimo e extremamente meritório processo de reestruturação – eu diria um processo de pôr ordem na Casa. Até pouco tempo, cada autarquia – hoje são mais de 180 órgãos com personalidade jurídica própria que, embora vinculados ao Estado, contam com alguma autonomia – organizava os seus concursos de procuradores. Os advogados eram contratados por concursos próprios, cada órgão decidia de um jeito, uma orientação jurídica diferente, em matérias como licitação, servidor etc. Era uma situação bastante caótica.

A partir da estruturação da AGU com a Constituição de 1988, e com o esforço que vem sendo adotado desde então, tem-se procurado pôr ordem na Casa. Os concursos foram unificados. Os procuradores e os advogados que trabalham nas agências e autarquias são advogados de uma carreira específica da AGU. E é nítida a melhora da qualidade dos profissionais que vêm sendo selecionados nesses concursos. E, recentemente, vem se implementando uma fase importante, de centralização da parte da representação judicial desses órgãos da administração indireta, ou seja, das fundações e autarquias. Para se ter uma ideia, até hoje o Estado brasileiro não sabe quanto tem para receber de créditos, multas, ou valores inscritos em dívida ativa por estes órgãos da administração indireta; não existe um sistema centralizado para compilar essas informações. É a AGU que vem fazendo isso.

O Cade não tem condições, por exemplo – como imagino que é a situação da maior parte das agências – de ter representações em escritórios de advocacia no Brasil inteiro. Mas a estrutura da AGU permite e oferece ao Cade a possibilidade de ter uma capilaridade, que talvez nenhum escritório de advocacia tenha no Brasil. Esse processo é bastante meritório, importante, e vem trazendo resultados muito positivos para a defesa das decisões desses órgãos.

Órgãos como o INSS, ou autarquias que não detêm as mesmas prerrogativas – independência decisória e impossibilidade de demissão dos seus membros por decisão do presidente da República – executam políticas de governo. Não melhores ou piores, ou mais ou menos importantes, que as implementadas pelas agências reguladoras. Mas existe uma compreensão de que não é necessário garantir alguma independência em relação ao Poder Executivo. Isso funciona em 180 das 188 autarquias e fundações. Ou seja, se determinado órgão toma uma decisão que contraria uma orientação do governo, o governo pode simplesmente revogar essa decisão ou demitir a diretoria e nomear uma nova. Se a Funai resolve se rebelar contra uma orientação do presidente da República, este demite o presidente da

Funai e põe outro, porque isso faz parte da organização do Estado na execução dessas políticas.

Mas dentro desses 180 órgãos da administração indireta existem, se não me engano, 12 casos que constituem diferença, entre eles os casos das agências reguladoras, do Cade e da CVM. E a diferença é justamente esse desenho institucional que protege, garante e confere independência e autonomia em relação ao Poder Executivo. Gostemos ou não desse modelo de organização de Estado, devemos reconhecer que o Congresso Nacional votou e aprovou leis que conferem a esses órgãos independência em relação ao Poder Executivo. Com relação àquelas outras 180 autarquias, em que o presidente pode demitir ou revogar as decisões, não vejo grandes problemas que o profissional responsável, por defender as decisões em juízo, seja o mesmo advogado do presidente da República e, portanto, esteja diretamente subordinado às suas orientações ou determinações; é o mesmo corpo de governo.

Mas isso já não faz sentido quando falamos de órgãos com alguma independência, porque essa independência é, sobretudo e principalmente, para proteger os agentes dessas organizações contra ingerências do próprio Poder Executivo. As garantias de irreversibilidade e independência não só protegem o agente público de decisões difíceis – que muitas vezes contrariam vultosos interesses econômicos, que se consubstanciam em vultosos interesses políticos – mas também, e principalmente, o próprio Poder Executivo e o próprio governo. E, nessa situação, me parece um paradoxo que o advogado do Cade, ou desses órgãos, esteja diretamente subordinado à orientação, até diria política, de um órgão diretamente subordinado ao presidente da República.

Não há verdadeira independência decisória se as agências, o Cade e a CVM tomarem uma decisão e, na hora que ela é judicializada – e, como vimos, isso ocorre em 82% dos casos, e eu diria que em 100% dos casos que realmente interessam e são importantes para a maior parte da população brasileira –, a condução da defesa não está mais sob o crivo da agência reguladora ou do Cade, mas sim de um órgão vinculado diretamente ao presidente da República. Isso não só ameaça a independência desses órgãos, mas também traz grandes ineficiências na sua defesa. Quero deixar bastante claro o papel absolutamente imprescindível e importante da advocacia pública na implementação dessas políticas reguladas, mas a forma com que isso é feito é que nós devemos prestar atenção.

Os procuradores do Cade, da Anatel, da Aneel ou da ANP são, dentro do corpo de advogados públicos, certamente os maiores especialistas nas suas respectivas áreas de atuação, e não porque sejam os mais inteligentes, mas porque estão no dia a dia tratando daquela matéria. Eles estão todos os dias acompanhando as teses que são

discutidas pelo seu respectivo órgão. A Procuradoria do Cade, por exemplo, acompanha as seções de julgamento do Cade, conhece as teses que são adotadas pelos conselheiros, e entende as dificuldades e problemas que o conselho enfrenta. Os advogados, portanto, são treinados ao nível da pós-graduação na área de especialização, de concorrência e regulação, e estão aptos a apresentar defesas judiciais com grande agilidade, muitas vezes em 24 horas. O que, às vezes, é absolutamente fundamental para evitar a concessão de liminares. Porque quem milita no foro sabe que, depois de concedida uma liminar, é muito difícil revogá-la. Um agravo de instrumento nunca é julgado pelo tribunal. Então, é muito importante, ou quase determinante, que, quando o juiz vai tomar aquela primeira decisão – a liminar é a primeira decisão que o juiz toma, pela qual ele pode inclusive suspender a decisão do Cade – que a tome bem informado. Para isso ele já deve ter não só as razões da empresa que levou o problema até ele, mas também as fundamentações do órgão. Para isso acontecer de forma rápida, é preciso um procurador que acompanhou o processo administrativo desde o início, que saiba das questões e já consiga antecipar quais serão as questões que as empresas vão levantar em juízo.

A centralização, sobretudo desses órgãos, imporá uma perda de qualidade, no meu modo de ver, nesta especialização; é um andar na contramão do que nós assistimos na advocacia privada, que é a especialização. Cada vez mais, os profissionais se especializam em determinadas áreas de atuação e cada vez menos os advogados conhecidos como “clínicos gerais” têm espaço nessas questões. Nenhum de nós, se tivesse um problema de gás e petróleo, contrataria um advogado generalista, que faz penal. A gente vai procurar um especialista. E a PGF, órgão vinculado à AGU, é aquele que tem os maiores especialistas na advocacia pública, nas respectivas áreas de atuação. Acredito que seja uma pena que se perca esta especialização, ao centralizar tudo em um órgão que vai fazer um pouco de tudo. Por mais que se procure conferir alguma especialidade, na área econômica ou social, certamente não é possível guardar a mesma especialização, e o mesmo conhecimento especializado que têm hoje os procuradores que atuam na Anatel, em relação a telecomunicações, no Cade, em relação à concorrência e na ANP, em relação à legislação de gás e petróleo.

Gostaria de citar um caso nesse binômio independência/eficiência e uma situação que me parece preocupante e revela um pouco a importância de um órgão ter sua independência na hora de defender as decisões em juízo. Em 2001, a AGU emitiu um parecer dizendo que o Cade não teria competência para atuar no âmbito do sistema financeiro nacional. Ou seja, os bancos não deveriam prestar contas ao Cade, mas apenas ao Banco Central do Brasil. A tese, na oportunidade em que foi adotada, é a mesma que sustentou que os bancos não deveriam cumprir o

Código de Defesa do Consumidor e que há dois, três anos, o Supremo Tribunal Federal rechaçou. Não vou abordar a especificidade da questão jurídica, mas o fato é que a mesma tese que sustentou a arguição de insubordinação com a Defesa do Consumidor foi usada para defender a insubordinação dos bancos ao Cade. A da Defesa do Consumidor já foi derrubada no STF.

Em 2002, se não me engano, numa decisão que eu diria histórica do Cade, os bravos conselheiros – cada voto era quase um artigo acadêmico – proclamaram não só a independência do órgão – no sentido de que o Cade não está subordinado, não está vinculado ou não deveria seguir aquela determinação do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, segundo a qual o Cade não devia se meter com bancos – mas também, e principalmente, que o Cade tinha, sim, competência para atuar no sistema financeiro. Essa decisão foi judicializada, e no final de 2007, o TRF da Primeira Região, que é o de Brasília, a confirmou, dizendo que “o Cade tem razão, não existe” – disseram os desembargadores – “efetiva independência, se o Cade tiver que subordinar os seus entendimentos de mérito às orientações do presidente da República, ainda que embasadas no parecer da AGU”. E dois: O Cade tem competência e deve atuar mais ainda no sistema financeiro, já que é uma constatação não haver uma atuação efetiva do Banco Central na promoção da concorrência no setor regulado. Essa questão foi para o STJ, e, às vésperas do julgamento, a AGU, na pessoa do senhor ministro, interveio solicitando o não julgamento do caso.

Nesse meio-tempo, Cade e BCB assinam um termo de entendimento, em que cada qual reconhece os limites de sua competência e, portanto, dirimem uma dúvida jurídica de sete anos pelo menos. Isso deveria ser bastante satisfatório para todos, porque a dúvida jurídica é ruim para o Cade, para os administrados e para toda a sociedade. Com base nisso, foi pedida a suspensão do julgamento, uma vez que havia a promessa de que em janeiro haveria a revisão desse parecer, tendo em vista não haver mais conflito entre as partes que, antes, supostamente brigavam pela competência. Passaram-se os meses, estamos em agosto e esse parecer não foi revisto. Não só o parecer não foi revisto, como baixou-se uma Portaria, que é objeto da discussão que se seguirá, que impede o procurador-geral do Cade de defender esse órgão, o Cade, no STJ, de pedir e defender a sua posição. Não a posição do procurador-geral do Cade, mas a posição de seu cliente, que é o plenário do Cade. Aliás, é uma decisão do plenário do Cade de 2002 contra uma decisão do presidente da República de três mandatos atrás. Então, isto mostra que não é teórico o risco de haver um certo conflito, ainda que potencial, latente, entre as decisões desses órgãos independentes e o governo. E é por isso que esses órgãos têm de ser independentes. Agora, não haverá efetiva independência se, no contexto de pro-

gressiva judicialização, as agências, e esses órgãos, não puderem ser defendidos por agentes razoavelmente independentes em relação à orientação do poder central e altamente especializados na área em que estão atuando. Com isso, concluo e estou aberto para perguntas e para o debate. Obrigado.

Lucia Helena Salgado – Agradeço o presidente Badin e de imediato passo a palavra ao professor Alexandre Aragão.

Alexandre Aragão – Boa tarde a todos. Agradeço à professora Lucia Helena, ao Ipea, pela oportunidade de estar aqui. Gostaria de saudar também amigos queridos, como o ex-diretor da ANAC, Ronaldo Seroa, professora Patrícia Sampaio, Sérgio Varela, Mauro Grinberg e vários outros amigos aqui presentes. E queria prestar as minhas sinceras homenagens ao Arthur Badin pelo espírito público, pela coragem que ele sempre demonstrou no exercício das suas funções públicas, sempre com serenidade, mas sempre cumprindo a sua obrigação que é, às vezes, defender a posição institucional em que ele atua. Porque em um país com tanto “compadrinho”, de tanto jeitinho, às vezes, cumprir a obrigação de defender a sua posição institucional, as suas competências, pode parecer alguma coisa extraordinária, e infelizmente é. Mas não deveria ser assim.

A grande questão que eu entendo haver nessa discussão toda é uma questão mais geral. As possibilidades e limites das competências da AGU sobre as entidades independentes da administração indireta. E, nisso, a gente deve quebrar um paradigma – cuja quebra é sempre defendida, mas ainda resta um pouco – que é de epistemologia científica, que é uma visão não só das ciências exatas. Esse paradigma começou com as ciências exatas. Em ciências exatas, há somente uma opção correta, não há possibilidade de se encontrar mais de uma solução. As decisões técnicas, científicas são imparciais. Qualquer pessoa, por mais diferente que seja a sua história de vida, sua ideologia, quando se trata de lidar com uma questão técnica, científica, terá uma única posição. O Einstein, por exemplo, com a Teoria da Relatividade, com toda a questão posterior à física quântica, da evolução da própria matemática, isso até nas ciências exatas, já se revelou impreciso ao longo da evolução da própria Teoria da Ciência. Basta vermos, por exemplo, a evolução da ciência que, às vezes, nega coisas que eram consideradas certas. Já dizia outra pessoa de que gosto muito, o Raul Seixas: “O que é que a ciência tem? Tem lápis para copiar e borracha para depois apagar”.

E a ciência do direito, tentando se aproximar, diminuir a insegurança jurídica, se arvorou também como ciência. E veio, no século XIX, a Escola da Exegese. O que era a Escola da Exegese? Olha, o direito é igual à ciência exata, ninguém cria nada; é só técnica. Isso, para os juízes, era um biombo excelente, porque o juiz

falava “não sou eu quem está decidindo; estou apenas aplicando o que a lei já diz”. E, sempre que os juízes querem isso, eles buscam esse argumento.

Recentemente, quando o então ministro Carlos Alberto Direito foi sabatinado no Senado, e perguntaram das posições – porque ele é de uma corrente muito conservadora da Igreja Católica – como que isto se refletiria nas decisões dele como ministro? Ele falou: “Eu posso ser católico, umbandista, Hare Krishna, isso não tem nada a ver; eu só vou aplicar a Constituição”. Como se fosse assim, não? Então, é lógico que essa posição, tanto em relação às ciências exatas, e muito mais em relação ao direito, se encontra ultrapassada. Acompanhando até o próprio Kelsey, já se tem como tranquilo que o direito contempla várias interpretações plausíveis, até quando o direito quer ser mais determinado – no Direito Tributário, no Direito Penal, as várias correntes – tem juiz que dá liberdade provisória, e outro que não dá, a gradação da pena varia. A coisa não é predeterminada.

A visão da AGU como o último intérprete, quer dizer, a Lei Orgânica da AGU dá competência para: *i*) estruturar todos os serviços jurídicos da administração direta e indireta, e é uma lei complementar, porque é a lei orgânica da AGU; *ii*) estabelecer a interpretação a ser observada das leis, por todas as entidades de órgãos da administração direta e indireta; *iii*) solucionar conflitos; e *iv*) sugerir ao presidente da República interpretações que, quando aprovadas pelo presidente da República, tomam um caráter normativo. E é discutido o parecer normativo do conflito Cade-BCB, já tem também o parecer normativo dizendo que cabe recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras, o que contraria o exposto pelo Badin, a característica fundamental das agências de serem a última instância administrativa. Quando falo agência, incluo a agência antitruste. E, portanto, são essas as competências da AGU.

E elas partem de que pressuposto? Isso aqui não é interferência política discricionária na decisão dos outros, estamos apenas dizendo o que o direito diz. É o velho biombo da Escola da Exegese do século XIX, e que é um ótimo argumento para a ampliação de poder; sempre foi. Nenhuma corte constitucional diz: “Estou aumentando as minhas competências porque nós entendemos – nos Estados Unidos por exemplo – que o racismo deve ser combatido. Não, nós estamos fazendo isso porque a Constituição diz que a gente tem que fazer isso”. É muito mais fácil defender a legitimidade de atitude intervencionista. Pode até ser boa, como foi nesse caso da Suprema Corte norte-americana em relação ao racismo, mas é sempre um biombo com este objetivo.

Em razão disso, ainda mais em matéria regulatória, em matéria de direito econômico, *lato sensu*, em que as leis usam leis-quadro, que usam conceitos bastante vagos – no caso do Cade, conceitos econômicos bastante indeterminados, como eficiência – a ideia de uma interpretação única é ridícula. E, dessa maneira, acho que, se tivesse que resumir numa frase tudo o que eu pretendo expor aqui, é que a autonomia de interpretação jurídica é pressuposto essencial à autonomia decisória. Vão ser raros os casos em que não vai haver alguma corrente que possa dizer que a agência, ou que a autarquia independente, não possa praticar aquele ato. Aí, vai haver o princípio da proporcionalidade, a ponderação de interesse etc., e, se quiser, você arranja alguma corrente para barrar ou para obrigar a fazer alguma coisa: omissão, direitos fundamentais em jogo, omissão inconstitucional ou ilegal da administração. Isso tudo vai estar sempre em jogo; depende de que lado você põe os valores. Então, sem autonomia de interpretação e aplicação do direito, que é uma atividade volitiva, da vontade, e não cognitiva, como se falava antes, de mero pré-conhecimento das coisas que já estão ali, preestabelecidas em tese, não se tem autonomia decisória. Então, do ponto de vista da independência, estabelecida pelo próprio legislador para essas entidades independentes da administração indireta, se deve preservar ao máximo a autonomia de aplicação jurídica por parte delas.

E aí, vamos ter um conflito, porque essa independência das agências não é uma independência condicional, não está na carta da ONU, no Tratado do Mercosul; está em Lei Ordinária. Se o legislador quiser, amanhã, chegar e dizer, “Estão extintas todas as agências”, ele pode. Eu acho que até para a Anatel e ANP, que alguns dizem que tem previsão constitucional – eu acho que não tem, porque a Constituição só fala em órgão regulador; não fala em órgão independente, não fala nem em entidade, fala em “órgão”; em tese, poderiam ser até órgãos despersonalizados, de administração direta. Então, o legislador tem ampla *discussionalidade* sobre isso.

Agora, o legislador não tratou disso; ele estabeleceu essa independência. No caso das agências, ele não trata, geralmente – salvo o caso da Anac, em que realmente subordina, de uma maneira mais clara, a AGU –, dessa parte do corpo jurídico das agências. E nós temos uma lei complementar, que não é superior hierarquicamente às ordinárias. A divisão das competências é que é diferente: tem matéria que é da competência da lei complementar; e tem matéria que é da competência da lei ordinária. Uma não é superior à outra. E tem a lei da AGU, que estabelece o que poderíamos chamar de um sistema jurídico único federal.

Temos, então, uma questão de hermenêutica, de conflitos de lei, muito interessante. E o que prevalece, porque também não tem regra expressa: o espírito

das leis específicas de cada agência ou as regras da lei da AGU, que tratam genericamente, por outro lado, dos órgãos e entidades da administração federal como um todo? Eu acho que, dentro da teoria, que hoje se fala, do diálogo das fontes, que não necessariamente uma regra, uma lei, deve excluir totalmente a outra, que elas devem, na medida do possível, se compatibilizar. E em razão da própria – e aí, no aspecto mais metajurídico – necessidade da entidade independente de contar também com a estrutura de um sistema jurídico único. Eu creio que a interpretação conjunta, dos dois grupos normativos, é de existir, sim, um sistema jurídico único federal, mas que, em relação às entidades independentes, tem as competências que são previstas genericamente e se limitam à identificação da interpretação jurídica a ser adotada em tese, e em cada caso concreto. Ou seja, posso, e devo, contar com o escritório da AGU lá em Quixeramobim, para acompanhar um processo meu, mas a direção daquela defesa, a linha de defesa ou ataque, é estabelecida pela entidade independente, e, conseqüentemente, pelo seu corpo jurídico. Essa é a única forma de nós conciliarmos as duas necessidades e as duas lógicas decisórias. O que não pode haver é a transferência da competência decisória das agências para a AGU. Isso, sem uma norma expressa, que realmente comprometa todo o arcabouço autônomo das entidades independentes, não pode acontecer, sob pena de violação dessas leis setoriais das agências reguladoras.

Então, esse é o grande desafio de hermenêutica, de conciliação de grupos normativos, que temos que pensar. Ou seja, até onde a ideia de sistema jurídico único pode ir, sem comprometer a independência das agências? E, para isso, temos de partir do pressuposto epistemológico de que interpretar o direito é atividade decisória. Seria algo muito parecido com o que acontece com grandes empresas que têm escritórios externos. Quem faz a defesa, quem corre atrás, quem vai despachar é o escritório externo, mas é o corpo jurídico interno que fica dando a diretriz, que revê, que estabelece se recorre ou não. Até porque, do contrário, há até um problema ontológico em relação aos advogados da União e aos procuradores federais. Há uma grande possibilidade de conflito de interesses. Celso Antônio Bandeira de Mello, já no seu clássico livro *Regime Jurídico das Autarquias*,¹ diz algo como: “Olha, se tem autonomia, se tem personalidade jurídica, é possível uma autarquia propor uma ação contra a União”. São pessoas jurídicas distintas. Uma sociedade controlada pode propor ação contra a controladora. A gente pode ver como uma má gestão administrativa, mas existe legitimidade ativa para a causa. Como é que vai ficar a AGU numa situação como essa? Já está vivendo isso agora. Eu acho que caberia até uma representação dirigida à OAB: “Espera aí, tem que

1. MELLO, C. A. B. de. Natureza e regime jurídico das autarquias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1968.

se dar por impedido. Ele tem que me defender porque eu sou parte no processo, mas sou parte contra a União, da qual eles são advogados”. Isso, na advocacia, é um clássico conflito de interesses, que tem de ser resolvido.

Já há várias experiências nesse sentido. Por exemplo, muitos Tribunais de Contas não possuem corpo jurídico próprio. É a Procuradoria do Estado que tem representação judicial no Tribunal de Contas. E olha que o Tribunal de Contas nem personalidade jurídica tem, mas tem autonomia constitucional, e a jurisprudência reconhece que ele pode propor ação contra o Poder Executivo. Aliás, há vários mandados de segurança do Poder Executivo contra o Tribunal de Contas e vice-versa. Isso é comum. Agora, o Tribunal de Contas vai fazer o quê? Vai ligar para o procurador-geral do Estado – que é nomeado e exonerado pelo governador – e dizer: “Olha, eu quero que você proponha um mandado de segurança e uma ação de improbidade administrativa contra o governador”. O que procurador-geral vai fazer? Ou ele vai dizer: “Olha, eu não tenho competência para isso, você se vire de outra forma porque agora eu estou com conflito de interesses”. Mas se ele não suscitar o conflito de interesses dele, ele vai dizer o quê? “Olha, eu interpretei aqui a lei de improbidade administrativa, a lei de mandado de segurança, e o governador tem toda a razão, essa tese jurídica não tem fundamento nenhum”. E o Tribunal de Contas vai fazer o quê?

Na verdade, ao se estabelecer um sistema jurídico único para órgãos autônomos como o TCU, para entidades independentes como as agências, o Cade, a esse nível, está retirando as competências legais e constitucionais dessas entidades. Qual foi a solução em relação ao TCU, e aos Tribunais de Contas dos estados? A Procuradoria defende os Tribunais de Contas, mas quando houver conflito de interesses, o procurador-geral tem de suscitar esse conflito de interesses e o Tribunal de Contas do estado em questão vai poder contratar externamente, ou usar o seu próprio corpo jurídico, para fazer a sua defesa.

Como que é no Estado do Rio de Janeiro, que também tem um sistema jurídico estadual único, essa relação com agências reguladoras? Isso foi muito discutido internamente, existem vários pareceres. E foi fixado que as agências integram o sistema jurídico único. Por exemplo, a pensão especial, vale ou não? Pode comprar passagens com ou sem licitação? Isto não tem problema. Agora, aplica ou não a multa regulatória? Para isso, a agência tem internamente o seu corpo jurídico, e a Procuradoria-Geral do Estado não se mete. E a representação judicial? Há um convênio, e nem precisaria ter, pelo sistema jurídico único, e a Procuradoria-Geral do Estado faz a defesa. Mas isso é uma faculdade da agência. Recentemente, no famoso caso das barcas, em que o Estado do Rio de Janeiro resolveu suspender a prestação noturna do serviço aquaviário da travessia Rio – Niterói, e a agência era

contra, o que sucedeu? Entraram com ação contra o estado e a agência. E a agência falou: “Olha, Procuradoria, eu não quero que você me defenda, eu tenho posição diversa da do estado”. E foi para a agência fazer a sua defesa.

Essa é outra solução institucional que se pode dar. Há, ainda, outra, que é fazer *chinese wall* dentro do órgão do sistema jurídico único. Por exemplo, a AGU, em tese, poderia até ter essas competências, mas com temporária ausência de vinculação hierárquica ao advogado-geral da União, teria um corpo de procuradores para defender a agência contra a União, propor ações contra a União, inclusive. Eu acho o modelo do Estado do Rio de Janeiro bastante razoável, ou seja, coloca a estrutura do modelo do sistema jurídico único a favor da entidade independente. Nas questões de meio – gestão de pessoal, aquisição de material – há uma direção única do estado, mas na atividade-fim, onde houver conflito de interesses, e esse conflito de interesses é suscitado unilateralmente pela entidade independente, isso fica dentro da própria agência.

Bom, aqui já vou encerrando, e queria agradecer a vocês e continuar debatendo.

Obrigado.

Lucia Helena Salgado – Agradeço o professor Aragão, que teve a enorme gentileza de alterar sua agenda de férias para estar aqui conosco, esta tarde. Passo de imediato a palavra ao professor Campilongo.

Celso Campilongo – Bom, boa tarde a todos. Gostaria, em primeiríssimo lugar, de agradecer à professora Lucia Helena Salgado e ao Ipea pelo convite, pela organização deste evento, deste seminário, que me parece muito oportuno, muito adequado. Até mesmo por tudo o que os dois oradores que me antecederam disseram, ficou claro o quanto essa questão institucional é importante.

Muito rapidamente, quero dividir a minha exposição em quatro pontos, todos eles construídos e pensados com o objetivo de ressaltar a importância da autonomia, da independência, do Cade e da representação judicial do Cade, a importância disso dentro do nosso modelo de organização do sistema de defesa da concorrência.

Quero tratar, em primeiro lugar, da diferença entre órgãos de Estado e órgãos de governo. Em segundo lugar, daquilo que vou chamar de circuitos do poder, onde o poder político e, eventualmente, o poder econômico são exercidos, e como, juridicamente, foram pensados os mecanismos de controle do circuito de concentração do poder político. Em terceiro lugar, gostaria de falar a respeito de um aspecto absolutamente central para que a gente compreenda corretamente esta questão, que é o fato de que essas entidades – o Cade, a CVM e as agências – são, na verdade,

entidades que rompem com um modelo jurídico que tem nos ministérios, ou, se quiserem, na Presidência da República, o vértice da administração. As agências e, particularmente, um órgão como o Cade, rompem com esse modelo tradicional. E, a partir dessa ruptura, é mais fácil visualizarmos a importância da representação judicial do Cade pelo seu procurador-geral. E, finalmente, gostaria de tratar da relação entre agências e democracia. Alguns dirão: “Bom, mas essas agências, e um órgão como o Cade, não têm representatividade democrática, legitimidade democrática. Portanto, não deveriam levantar essas bandeiras da autonomia, da independência, porque isso afrontaria a democracia”. Respeito essas interpretações, mas acho isso equivocada. E concluindo, destacando as vantagens de que o procurador-geral do Cade, e não a AGU, trate desta matéria.

Afinal de contas, qual é o nosso modelo institucional? O que está em jogo quando se fala na autonomia das agências, na autonomia e na importância da representação judicial do Cade pela sua Procuradoria? Evidentemente, aqui, se eu fosse da AGU – sei que alguns dos presentes são membros da AGU – talvez desconfiasse um pouco de uma arapuca, de uma armação. O seminário foi organizado pela professora Lucia Helena, ex-conselheira do Cade. Estão aqui no auditório, pelo menos a um primeiro e rápido olhar, a ex-conselheira do Cade, Neide Malard; o ex-conselheiro do Cade, Mauro Grinberg; e o ex-conselheiro do Cade, Thompson Andrade. Faz parte desta mesa um ex-procurador-geral do Cade, que é seu atual presidente, e quem fala neste momento é um ex-conselheiro do Cade. Quer dizer, é uma armação completa. E o plenário, em massa, defende a autonomia do Cade. Bom, não tenho procuração de ninguém aqui para falar em nome dos meus colegas, mas tenho absoluta certeza de que ninguém tem absolutamente nada contra a AGU; e todos reconhecem sua competência. Tenho a absoluta convicção de que a defesa do Cade, em juízo, pela AGU, seria uma defesa tecnicamente preparada e competente. Ninguém aqui é contrário à AGU e nem está dizendo que a AGU não possui o *status* de órgão de Estado, tanto quanto o possui o Cade. Então, isso está fora de dúvida.

Apesar disso, o papel institucional da AGU, mesmo com essa configuração de um órgão de Estado, envolve necessariamente uma proximidade com o Executivo, particularmente com a Presidência da República e com esse modelo de vínculo ministerial com o qual o nosso sistema de defesa de concorrência rompe as ligações. O presidente do Cade não deve satisfações ao ministro da Justiça, órgão ao qual está vinculado. O presidente do Cade não deve satisfações, no exercício das suas funções, ao presidente da República, sem nenhuma ofensa ao presidente da República. Essa autonomia significa um desligamento do papel institucional do Cade em relação a essas instituições políticas, não porque o Cade resolveu fazer assim, mas porque

assim está na legislação brasileira. O modelo adotado no Brasil poderia ser diferente deste, mas o modelo adotado entre nós, pelos Parlamentos, pelas instituições democráticas, é um modelo que confere ao Cade essa autonomia. E, na minha maneira de ver, acertou o legislador ao construir o modelo dessa maneira. Podemos discutir, não gostar, criticar, mas o modelo confere essa autonomia ao Cade.

O Cade é um órgão que desempenha uma função judicante. Se temos ou não uma jurisdição administrativa, é outra questão, mas o Cade é um órgão que desempenha uma jurisdição; que toma decisões com base na legislação, na ordem jurídica vigente, na Lei nº 8.884/1994. E o que se tutela, na verdade, é a independência, é a autonomia de um órgão judicante. É diferente a função do Cade, eu diria que, neste aspecto, ela é relativamente diversa da situação das agências. Ainda que, no que diz respeito a essa autonomia, as agências e as suas procuradorias também gozem de autonomia, mas a situação do Cade ainda é peculiar em relação a isso. O que está em jogo no Cade é a garantia de um direito, não é, necessariamente, a implementação de uma política pública. Pode eventualmente o Cade até estar contribuindo para a implementação de uma política pública, mas não cabe ao Cade nem formulá-la, nem revê-la e nem questioná-la. O Cade não é um órgão de produção de política pública; o Cade é um órgão de garantia de direitos difusos. E desempenha esse papel não sob o formato de um agente do Executivo, mas sob o formato de um órgão autônomo. Ou eu entendo isso, ou fica uma discussão sem sentido saber se a Procuradoria do Cade deve ou não representá-lo em juízo. Desde que eu compreenda este papel institucional, as outras questões são de mais fácil solução.

O Cade não é um órgão de direção política, não é um órgão de formulação de política alguma. O Cade não é aquilo que os italianos chamam: um órgão de *indirizzo* político. Não cabe a ele fazer isso, e é justamente porque ele não tem essa competência, que vem revestido de garantias que lhe protegem contra a intromissão do Executivo. Este é um primeiro ponto que me parece bastante importante. Diferentemente do Parlamento, ou do Executivo, que podem tomar decisões vinculantes – decisões que vinculam aos demais órgãos da administração –, o Cade é um órgão que toma decisões vinculadas, decisões de acordo com a Lei nº 8.884, e que podem ser, eventual e posteriormente, questionadas em juízo, mas não são decisões que o Cade invente a seu talante. São decisões com base num formato normativo. Por isso, é um órgão jurisdicional.

Rapidamente, vamos ao segundo ponto, a questão dos circuitos de poder. O direito, pelo menos desde o advento do Estado moderno, desenvolveu uma série de mecanismos para interromper, cortar o circuito do poder. O Estado moderno nasce com esse problema. Nunca uma instituição teve tanta concentração de po-

der, monopólio de produção do direito, monopólio de uso da violência, quanto o Estado moderno. Ora, é justamente no momento em que surge o Estado moderno que começam a surgir também mecanismos jurídicos que interrompem esse excesso de poderes na mão do Estado moderno, que dosam, controlam, o uso da violência, o uso da capacidade de produzir direito. Por exemplo, a tripartição dos poderes é uma ilustração de como a teoria política vai encontrando mecanismos que controlam esta concentração de poder. Numa segunda etapa de evolução do Estado moderno, nós poderíamos tranquilamente dizer que as técnicas de controle da constitucionalidade das leis, por exemplo, funcionam como um mecanismo de interrupção também desse circuito de exercício de poder, de controle, por exemplo, de uma atitude arbitrária do legislador.

Em relação ao Estado intervencionista, nós poderíamos dizer que grandes metas, grandes objetivos de política econômica, por exemplo, funcionam também como um dosador do circuito de poder exercido pelo Estado intervencionista. Mas nós estamos numa etapa desse jogo de descoberta, de invenção de artifícios jurídicos de controle do poder, etapa que introduz nesse jogo, com um papel muito relevante, as agências independentes, as autoridades independentes. Como exemplo, temos um órgão como o Cade, ou então as entidades que, juridicamente, embora não estejam revestidas das mesmas garantias do Cade, obtiveram na prática essa autonomia, como é o caso do BCB. São entidades que funcionam como uma espécie de poder neutro, infenso à pressão quer do poder político, quer do poder econômico. Se fazem ou não isso, se fazem isso bem ou mal, é uma outra questão. Mas o modelo institucional é este. Ou seja, às autoridades independentes e à agência cabem desempenhar um papel muitas vezes ingrato para a própria autoridade, quando esta precisa tomar, por exemplo, uma medida antipática à luz do poder econômico. Nesse caso ela pode encontrar, num órgão como o Cade, uma espécie de anteparo, de proteção, uma vez que permite ao Cade tomar uma atitude antipática ao poder econômico.

Poder econômico e poder político estão sempre numa relação promíscua. Essa é, portanto, uma maneira de se proteger o poder político das injunções do poder econômico. Além disso, poderíamos também dizer que esse modelo que inventa técnicas que interrompem o circuito de concentração de poder nas mãos do Estado, na verdade, destaca um órgão como o Cade do Executivo e, por exemplo, não impõe ao ministro da Justiça – órgão ao qual o Cade está vinculado – o dever de ir ao Parlamento prestar contas ao Congresso a respeito do que faz o Cade. Não é da conta do ministro da Justiça fazer isso. Em contrapartida, quem deve responder pelos atos do Cade, e eventualmente até perante o Parlamento, é o presidente do Cade, e não

o ministro da Justiça. O presidente do Cade pode ser convocado a prestar um depoimento, uma declaração, apresentar um relatório ao Parlamento, mas sem nenhuma relação de dever hierárquico ou de determinação de um órgão em relação ao outro: está claramente diferenciado, aqui, o vértice nesses dois modelos, isto é, o vértice do sistema brasileiro de defesa da concorrência é o Cade, não o Ministério da Justiça, apesar do vínculo formal do Cade com o Ministério da Justiça.

O quarto e último ponto diz respeito ao caráter democrático, ou não, das agências e das vantagens de que o procurador-geral do Cade seja o procurador previsto – o representante judicial do Cade seja o procurador-geral – da maneira como está previsto na Lei nº 8.884. Muito rapidamente, poderíamos dizer que houve época em que o direito imaginava a seguinte relação com as incertezas do mundo econômico ou do mundo político: pensava-se que o sistema jurídico fosse suficientemente claro, estável, preciso, completo para conferir estabilidade à política ou à economia, sempre que houvesse necessidade. Quando houvesse turbulência na política ou na economia, evocava-se o direito, e o direito restaurava a ordem.

Ao longo do século XX, este modelo mudou um pouco de configuração. Começou-se a imaginar o oposto: o direito é confuso, não oferece respostas precisas, respostas claras, há incerteza interior ao direito. Então, são os grandes objetivos políticos, as grandes metas econômicas, a postura do governo, das grandes diretrizes do governo, é que devem conferir orientação e certeza ao direito. Nós vivemos num momento em que se percebe claramente que nem a política, nem a economia têm condições de oferecer esta diretiva, esta estabilidade ao direito. E, da mesma maneira, o direito também não tem esta capacidade de conferir certezas e garantias à política e à economia. Nós vemos instabilidades dos dois lados. E é justamente por conta dessas instabilidades recíprocas que a ordem jurídica, que o direito procuram criar instituições independentes, instituições autônomas, das quais o Cade é apenas um exemplo, mas um exemplo gritante, notório, para enfrentar estas instabilidades que são próprias, quer do direito, quer da própria atividade econômica, da atividade política, com um tipo de arsenal jurídico diferente daquele do direito administrativo convencional.

Finalmente, a respeito das vantagens da Procuradoria-Geral do Cade, particularmente de um procurador-geral com mandato, em relação à AGU – sempre com todo o respeito à AGU. A Procuradoria do Cade é, na verdade, um desdobramento da atividade do sistema de defesa da concorrência, um braço do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Lei nº 8.884 diz que o plenário do Cade, um órgão colegiado, determinará à Procuradoria o que ela deve fazer em juízo. Há uma relação de complementaridade, ou de dependência da

Procuradoria do Cade em relação ao plenário. A Procuradoria do Cade não tem essa autonomia. O procurador-geral do Cade não tem essa autonomia apenas a título pessoal – ele a tem para dar continuidade e preservar uma autonomia que pertence ao Cade. Isso precisa ficar bem claro. A introdução da AGU, nesse esquema, romperia completamente a lógica que confere autonomia ao Cade.

Além disso, nós poderíamos dizer que o procurador-geral do Cade participa das sessões: não tem voto, mas tem voz nos debates; acompanha as audiências públicas, acompanha as reuniões que conduzem à decisão do Cade. Todo esse sistema forma um conjunto de informações que atribui ao procurador-geral do Cade uma vantagem, comparativamente à AGU, uma vantagem extraordinária para que ele, procurador-geral do Cade que participou da sessão que chegou à decisão, defenda o Cade em juízo.

Ainda, o procurador do Cade possui um mandato por prazo certo, que não é revogável. Ora, isto por si só já oferece a esse procurador grandes vantagens. Esperei o professor Alexandre Aragão sair para fazer este comentário. O senhor Alexandre falou: “Ah, eu poderia pensar eventualmente na AGU que tivesse um corpo que, durante um determinado período, viesse revestido de garantias para que pudesse atuar contra o Executivo”. Bom, ainda que isto pudesse ocorrer – de fato, ele tem toda a razão, isto poderia ocorrer – ninguém ficaria a vida inteira nesse cargo. Em um determinado momento voltaria para a carreira. Os vínculos, portanto, são os vínculos de fidelidade com a instituição, que o procurador-geral do Cade não possui com a AGU, mas possui, isto sim, com o Cade, e durante um período determinado. Depois, vai cuidar da sua vida em outro lugar, se transforma em presidente do Cade, no caso dos mais afortunados (*risos*).

Além disso, poderíamos dizer ainda, como foi lembrado pelo professor Alexandre Aragão, que o regime de incompatibilidades e de impedimentos, sem a menor dúvida, seria infinitamente mais agudo, tenso, complexo, problemático, se atribuíssemos estas responsabilidades à AGU, e não ao procurador-geral do Cade com mandato. Por todas estas razões, concluo com duas máximas, dois chavões: o Philip Heck, num importante livro de hermenêutica jurídica, chamado *Interpretação do Direito e Jurisprudência dos Interesses*,² diz o seguinte: “o sistema jurídico funciona como um balão. Agora, este balão precisa de direção, precisa de quem o conduza. E quem conduz o balão – sistema jurídico – é a interpretação jurídica, é a hermenêutica jurídica”. Eu diria o seguinte, com uma analogia ao que o Heck fala a respeito do direito: as autoridades independentes, as agências independentes funcionam como

2. HECK, P. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1947.

um balão. Mas o balão tem 82% do seu gás questionado em juízo. Conduzir a direção desse balão, manter a integridade desse balão significa, na verdade, conferir a possibilidade de que o intérprete e o aplicador da Lei de Defesa da Concorrência garantam a execução das decisões do Cade também em juízo. A direção desse balão, quando se trata de uma autoridade independente, termina sempre na condução judicial do caso, por isso esta procuradoria-geral com mandato é tão importante.

Finalmente, vou concluir com uma impropriedade. Vou me valer de um provérbio italiano, vou alterar um pouco a vulgaridade que ele tem no original. É conhecido de muitos de vocês, e diz o seguinte: *ognuno deve fare i cavoli suoi*. Não é exatamente o que eu falei, mas é parecido com isto: “cada um tem que cuidar da sua própria horta”. Os italianos dizem cuidar de outra coisa. A horta da defesa da concorrência é uma horta administrada pelo Cade. Por melhores que sejam eletricitistas, mecânicos, especialistas de outras áreas, o ideal seria que esses grandes especialistas cuidassem das outras hortas, e deixassem a horta do Cade nas mãos do próprio Cade. Muito obrigado.

Lucia Helena Salgado – Obrigado professor Campilongo. Gostaria de esclarecer que eu não organizei nenhum complô aqui. Embora seja um imenso prazer tê-los comigo, todos os amigos do Cade aqui presentes. O professor Aragão também é procurador do Estado, e vamos ter na segunda mesa um membro da AGU. Passo de imediato a palavra ao professor Binenbojm.

Gustavo Binenbojm – Bom, vou começar como todos, agradecendo à Lucia por este convite, cumprimentando pela iniciativa dessa Edição Especial das *Jornadas de Estudos de Regulação* do Ipea. Cumprimentar o presidente Badin, o professor Celso Campilongo. E gostaria de dizer que é sempre difícil suceder a expositores com a verve e a eloquência dos colegas que me antecederam: o Aragão, o presidente Badin, o professor Campilongo, que é um mestre de todos nós. E para demonstrar que a Lucia não engendrou nenhum complô contra a AGU, eu acredito que, menos do que enfatizar as coincidências de pensamento, que são inúmeras, com os três painelistas que me antecederam, me parece adequado expor algumas reflexões que vou apresentar sob a forma de proposições, para fomentar o debate.

Vou dividir a minha exposição também em quatro breves etapas. A primeira delas é uma reflexão sobre o papel institucional da advocacia pública e as suas diferenças em relação à advocacia privada. A segunda etapa será uma tentativa de conciliação da conciliação possível, como vértices de contenção do poder, na linha do que disse o professor Celso Campilongo, da *expertise* técnica conferida a autoridades administrativas independentes – agências, CVM e Cade – e a *expertise* jurídica como – e se, também – uma técnica de contenção de poder; e da advocacia

pública não como uma mera instrumentalização das decisões do poder, mas *per se*, compreendida também como uma possibilidade de sua contenção. A terceira etapa será uma análise descritiva do quadro normativo da AGU e das agências. E a quarta etapa, uma especulação normativa *de lege ferenda* sobre aquilo que me parece ser algo a ser modificado, que pode ser pensado, seja como interpretação jurídica, seja como modificação efetivamente legislativa, no aprimoramento do desenho institucional brasileiro.

Muito bem, o papel institucional da advocacia pública: parece que esse é um ponto de divergência. Aragão, presidente Badin e o professor Campilongo parecem colocar a advocacia pública numa posição muito próxima, e eu diria quase que idêntica, à da advocacia privada, como uma mera tradutora judicial das decisões políticas dos órgãos de governo ou das decisões técnicas de órgãos de Estado, seja a agência antitruste, sejam as agências reguladoras ou a CVM. Evidentemente que na discussão do papel institucional da advocacia pública, a representação judicial como instrumento de viabilização de políticas públicas, seja por força do compromisso democrático da advocacia pública de defesa dessas políticas em juízo, seja no compromisso de fidelidade técnica da representação judicial de agências em juízo, é algo muito importante. Mas essa é uma dimensão da advocacia pública que não deve ser confundida com a sua contraface, eu diria, que é a de controle interno de judicidade dos atos do poder.

A consultoria jurídica não é, na advocacia pública, uma atividade idêntica à de consultoria jurídica na advocacia privada. E, nesse ponto, acredito que haja uma divergência entre mim e o meu querido amigo Alexandre Aragão quanto à própria concepção kelseyniana de direito. Quer dizer, o Kelsey não diz que todo ato de interpretação é um ato decisório. Ele não era um realista jurídico à moda norte-americana. O que o Kelsey diz, e isto está brilhantemente exposto pelo nosso mestre Tercio Sampaio Ferraz, é que o ato de interpretação é, ao mesmo tempo, um ato de cognição e um ato volitivo. E que há uma moldura cognitiva estabelecida pelo intérprete, seja ele o advogado público ou o juiz. E, evidentemente, dentro dessa moldura há um conjunto de argumentos que podem constituir uma retórica da decisão que esconda, na verdade, um ato de vontade.

Mas há, evidentemente, limites para isso. Então, a contraface da representação judicial é a consultoria jurídica e, na consultoria jurídica se estabelecem os parâmetros jurídicos de atuação legítima, tanto dos órgãos de governo como de agências reguladoras e do Cade. Da mesma forma que não é simpática a defesa apaixonada da autonomia das agências perante os advogados da União, não é muito simpático um advogado estabelecer limites a ex-conselheiros do Cade, e que, com muita razão, vêm lutando – esse é até um papel histórico de alguns aqui presentes – pela autonomia

dessas entidades. A autonomia é um passo institucional importante de consolidação em direção ao desenvolvimento do país, como instrumento de contenção do poder. Mas a advocacia pública exerce um papel intestino a essa autonomia. E aí, nesse sentido, acho que há uma confusão entre a advocacia pública e a advocacia privada. Estabelecer esses parâmetros jurídicos de atuação das agências é condição de segurança jurídica dos agentes regulados e dos cidadãos em geral. E isso, a meu ver, não tem tido a compreensão necessária na convivência da advocacia pública, AGU, com agências federais e das procuradorias dos estados com as agências estaduais. O fato de o Poder Judiciário, no Brasil, poder controlar a atuação dessas entidades, essa excessiva judicialização da atividade regulatória e das decisões do Cade, deve ser um elemento que sirva de reflexão sobre formas de robustecer a legitimidade da atuação dessas entidades também do ponto de vista jurídico.

Segunda etapa da reflexão. Existe um conflito imanente entre *expertise* técnica e *expertise* jurídica. Acho eu que a questão aqui não é a binária, de sim ou não, mas uma questão de grau. E essa questão se coloca na relação das agências com o Poder Judiciário. Quer dizer, o Poder Judiciário tem a última palavra sobre a interpretação do direito, por uma decisão política fundamental, que está na Constituição brasileira, e que segue um modelo anglo-saxônico de *judicial review*. Mas isto não significa que o Poder Judiciário possa, e deva tomar, os lugares dos reguladores, revendo todas as suas decisões. Então, há modelos de autocontenção judicial que devem servir de parâmetro para a atuação dos advogados públicos na análise jurídica no âmbito da consultoria, da atuação dos reguladores.

No Estado de Direito não há nenhum poder totalmente soberano e, se isso não se aplica aos mandatários máximos da nação, não vejo razão para se aplicar aos reguladores, seja qual for a *expertise* técnica, seja a *expertise* de um Prêmio Nobel ou de alguém que esteja lá por indicação política. A atuação técnica deve ser compatibilizada. E aqui, repito, a questão é mais de grau do que uma questão binária, de sim ou não, na busca dessa compatibilização. Um exemplo que se pode dar em relação a isso é o desenvolvimento da jurisprudência norte-americana no *judicial review* da atividade das agências, como o caso Chevron. É apenas um exemplo, mas fundamentalmente consiste num conjunto de *standards* de atuação de controle judicial que compatibilizem a garantia de parâmetros jurídicos mínimos, com a necessária liberdade de fundamentação técnica das decisões, tanto de agências como da autoridade da concorrência.

Terceira etapa, a análise descritiva de *lege lata* [da lei criada], que me parece ser o ordenamento jurídico em vigor no Brasil. Com todo o respeito que tenho pelo meu querido amigo Aragão, a Lei Orgânica da AGU é muito clara. Pode-se

gostar ou não dela, mas argumentar contra a letra expressa da lei é uma atividade temerária. A AGU tem competências que estão previstas no seu Artigo 4º e no seu Artigo 40, que incluem, por exemplo, o controle interno da legalidade dos atos administrativos e a fixação da interpretação da constituição das leis tratadas e dos demais atos normativos, competências estas que devem ser uniformemente seguidas pelos órgãos e entidades da administração federal sem nenhuma ressalva, unificação da jurisprudência administrativa com a solução de controvérsias entre órgãos jurídicos da administração federal e edição de enunciados de súmula administrativa. E, no Artigo 40, mais adiante, os famosos pareceres vinculantes, que podem inclusive ter caráter normativo de quando é atribuído ao presidente da República. Isso é uma decisão do legislador. Boa ou má, a engenharia institucional foi essa.

E o que isso significa? Significa que a AGU deve ser uma instituição comprometida com um controle de juridicidade mínimo na uniformização da sua jurisprudência administrativa, mas convivendo numa possível harmonia – essa tensão é até natural e saudável –, com a autonomia técnica das agências. Do contrário, essas competências da AGU seriam absolutamente inócuas. Ao mesmo tempo, reduzir a atuação das procuradorias federais e das agências a uma mera instrumentalização das decisões dos seus conselhos diretores é fazer letra-morta da atuação de consultoria jurídica; é reduzi-la a uma mera exposição de um quadro de possibilidades, sem nunca dizer não. Então, acho que, do ponto de vista da análise descritiva da lei, a AGU tem essa competência.

Agora, o artigo brilhante do professor Campilongo com o meu querido amigo Ronaldo Porto Macedo, publicado no *Estadão*,³ sábado passado, diz isso muito claramente, quer dizer, a competência primária da atribuição conferida pela lei, a análise de atos de concentração, apuração e sancionamento de condutas anticoncorrenciais é do Cade. Da mesma forma, a Constituição dá competência ao Poder Judiciário para controlar a legalidade dessas decisões. A legislação não disse tudo. Como é que isto se resolve na prática? Com *standards* de atuação desses órgãos. E eu também não tenho procuração do advogado-geral da União para defender a Portaria, nem, muito menos, estaria a favor de qualquer utilização da discussão teórico-institucional, que é muito séria, para solucionar um problema pontual, relativo à questão da competência para a análise de atos de concentração em relação ao sistema financeiro. Acho, aqui, que o Badin está certíssimo em defender institucionalmente o Cade, está no papel dele. Acho até que, como matéria de mérito, o Cade tem razão e não agiu em relação a essa competência que havia sido

3. O autor refere-se ao artigo *Instituições Emergentes ou Decadentes?*, de Celso Fernandes Campilongo e Ronaldo Porto Macedo Júnior, publicado em 25 de julho de 2009 no *Estadão*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090725/not_imp408128,0.php>.

assinalada ao BCB. Mas a questão que me interessa é definir o âmbito de atuação da advocacia pública em relação às agências e ao Cade, nessa terceira etapa do ponto de vista descritivo.

Do ponto de vista normativo, há questões que foram faladas aqui, hoje, pelos meus colegas, as quais realmente são muito complexas. Em qualquer país do mundo, que tenha mais experiência que o Brasil – e aqui posso me referir à realidade americana, que é o país onde estudei e que conheço um pouco mais –, o problema da coordenação entre os entes reguladores é um problema muito sério. Talvez isso não se coloque tanto em relação ao Cade, mas a coordenação entre as agências, quer dizer, a pergunta teórica que tem de ser feita de desenho institucional é: o quão policêntrico deve ser o sistema pelas vantagens das diferentes sedes decisórias autônomas, em relação às perdas e aos problemas gerados em termos de gerenciamento por este policentrismo? Isto é, é necessária alguma etapa decisória de uniformização e no âmbito jurídico interno da administração pública? Parece-me possível e necessário haver algum grau de uniformização jurídica da atuação das agências.

Acho que, para o grosso dos casos, a atuação da Procuradoria Federal da AGU, nos últimos anos, tem sido muito boa. Acho que não existe algo que se possa dizer, algo como “a AGU não tem tido um desempenho técnico satisfatório”. Acho que existem circunstâncias realmente relevantes em que vai haver uma incompatibilidade da atuação da AGU em defesa do Cade ou de uma agência perante o governo. E aí, nesses casos, o STF já disse isso de maneira muito clara em relação à representação judicial dos entes políticos, e acho que se aplica aqui também, o STF disse: “Não há um monopólio da representação judicial”. Em situações onde, por exemplo, há um conflito corporativo entre o ente político e a sua advocacia pública, o ente político tem que ter o poder de designar um advogado, evidentemente que a advocacia pública está toda impedida naquele caso.

E acho que há situações de fato – talvez esse seja um exemplo de uma questão importante, talvez o Cade, tomando uma decisão que contrarie uma política pública de governo – em que é necessário ter um advogado especialmente designado, e acho que deve haver espaço institucional para sua instituição no país, se não por uma interpretação da lei, alguma construção para uma alteração legislativa. Eu acho que existem várias outras questões importantes.

Gostaria apenas de concluir, dizendo que é preciso compreender, nesse quadro da história, pouco mais de dez anos de instituição das agências, 15 de Cade nesse modelo da Lei nº 8.884, que é um momento em que o discurso da autonomia deve ser matizado, no sentido de ser compreendido como meio, como instrumento, e não como um fim em si mesmo, para que ele não soe como uma defesa corporativa

das próprias decisões. E, nesse sentido, me parece possível e desejável que se busque um meio caminho, um virtuoso meio-termo entre a autonomia das agências, com fundamento na sua *expertise* técnica e como instrumento de contenção de poder, e a autonomia da advocacia pública, que existe, talvez menos na AGU, e mais nas procuradorias dos estados, como instrumento jurídico de contenção do poder e de contenção da atuação dos próprios entes reguladores. É assim que eu colocaria a questão. Muito obrigado.

Lucia Helena Salgado – Muito obrigada Gustavo. Eu quero agradecer a todos não só pelas brilhantes exposições, mas também pela compreensão com o meu chatíssimo papel de controlar o tempo de vocês. Eu gostaria de ouvi-los aqui, até quando fosse possível, mas acho que uma das funções principais desse nosso encontro é o debate. Imagino que haja perguntas, questões, colocações da audiência. O primeiro é o diretor da ANAC, doutor Ronaldo Seroa; em seguida, doutor Mauro Grinberg, presidente do IBRAC.

Ronaldo Seroa da Motta – Meu nome é Ronaldo Seroa da Motta, diretor da ANAC e do Ipea, não diretor, mas funcionário. Bom, primeiro, parabênizo a Lucia Helena e o Eduardo Fiuza pela organização desta jornada relâmpago, extraordinária, com a mesma dinâmica e qualidade das outras. E o assunto foi bastante bem exposto. Eu parabênizo os membros da mesa. Inclusive, quando a Lucia Helena perguntou se eu, por ser da ANAC, gostaria de participar, como estou no fim do meu mandato nessa instituição, achei que não era hora de fazer novos inimigos, e teria somente a AGU para me defender aqui.

E só para fazer um relato, aqui: a AGU até me representou contra a Procuradoria Federal, então a gente tem boas experiências, e eu mesmo só tive boas experiências com a AGU. Agora, isso não impede que haja o que foi colocado aqui na mesa. Então, e gostaria de resumir e de trazer um pouquinho de economês. Bom me parece que o Badin colocou um ponto – sei que estão falando muito de conflito normativo, conflito jurídico, até constitucional – que me preocupa mais, na minha experiência de agência, que é realmente a severidade no processo. Ele coloca quase toda a totalidade das decisões que foram contestadas no Judiciário, e a boa notícia é que a maioria delas foi favorável, só que durou muito tempo. Ele colocou isso muito bem e, do ponto de vista de regulação econômica, é simplesmente anular, tornar nulas as decisões. A questão do conflito de interesses, que os outros três expositores exploraram, eu acho que também tem um fundamento. Nós que trabalhamos em agência sabemos disso. Governos interpretam um marco regulatório na tentativa de alterar objetivos, para fazer política. A natureza deles

é de *policy makers*. Então, eles estão redefinindo os objetivos, enquanto a agência procura garantir os objetivos pré-definidos nos marcos regulatórios. Então, eu acho que pode haver isso, mas todos colocaram que são casos específicos, e, em alguns momentos, teremos de criar instâncias, saber definir onde há conflito de interesses e criar medidas adequadas para isolar este conflito.

Para mim, toda esta discussão não é conflito jurídico, nem normativo, é risco regulatório, quer dizer, o dano se dá na incerteza da decisão. A autonomia não vem por uma decisão de uma interpretação, exegese, alguma coisa. Autonomia vem no sentido de reduzir risco regulatório. E defender a autonomia é defender a mitigação do risco regulatório. Acho que, em síntese, estamos falando sobre como evitar esse risco regulatório que esse conflito normativo pode vir a gerar. Acho que a Lucia, também na sua introdução, colocou isso de uma certa forma, ao dizer: “Olha, nós estamos aqui há um tempão, anos, tentando garantir esta governança”, que também é uma forma de mitigar o risco regulatório. E não é o momento oportuno para criar espaços outros para aumentar o risco regulatório. Sei que os economistas são muito reducionistas, mas é importante colocar em algum momento da publicação ou da discussão, que nós estamos preocupados é com o risco regulatório.

Mauro Grinberg – Bom, eu quero só fazer uma observação, talvez na mesma esteira. Meu nome é Mauro Grinberg, e estou presidente do IBRAC até o final do ano. Quero só fazer uma observação sobre o que o Arthur Badin falou: a prodigalidade do Poder Judiciário na concessão de limares. E disse mais: que o juiz dá a liminar, e depois o processo fica 14 anos, ou vários anos, para receber a sentença. Quanto à demora do Poder Judiciário, não é novidade e não há o que discordar. Só que não é por isso que nós vamos diminuir a prodigalidade do Judiciário na concessão de liminares. Nós diminuiremos esta prodigalidade na medida em que tivermos decisões do Cade que não sejam objeto de ataque, ou que não possam ser objeto de ataque no Judiciário. Esta é uma garantia. Se o Judiciário demora, não é por isso que vamos deixar o Judiciário de lado. É só isto que eu tenho a observar, porque, volta e meia, deparamo-nos com queixas contra a demora do Judiciário. Mas o que temos de fazer é remediar a demora do Judiciário, e não eliminar o Judiciário. A única eliminação do Judiciário possível, que eu vejo, é naquelas grandes questões que vão para a arbitragem. Mas este é outro problema, que não tem nada a ver com o que estamos resolvendo aqui. Obrigado.

Vinicius Medeiros – Meu nome é Vinicius Medeiros, sou da ANP. Queria fazer uma pergunta direcionada, principalmente, ao professor Gustavo Binенbojm, mas que também pode ficar aberta aos outros membros que tenham

formação jurídica. Minha pergunta é: quem pode defender as agências reguladoras de uma série de riscos?

Usando a linha do que ele disse, riscos regulatórios, a gente poderia falar dos riscos políticos e dos riscos jurídicos. O que quero dizer com riscos políticos e riscos jurídicos? Os riscos políticos são as nomeações, para cargos de direção das agências, que, em determinadas agências estratégicas, são claramente políticas. Vemos a escolha de ex-deputados, políticos de carreira ocupando a direção das agências. Então, esse é o chamado risco político, porque tem uma intervenção, seja ela do Legislativo, pela aprovação, seja do Executivo, pela indicação, nomeação, que causam verdadeiros estragos na autonomia técnica. Este é o primeiro ponto.

O segundo ponto é o risco jurídico, quando temos a centralização jurídica nas mãos da AGU que, de alguma forma, também tem uma orientação centralizada ligada a diretrizes ministeriais, e diretrizes do presidente da República que são, muitas vezes, contrárias ao espírito técnico, e autonomia técnica mínima, que a agência precisa para desempenhar o papel dela, e que é um papel de implementação de política pública. Uma política pública que foi definida numa lei, por exemplo, no caso da ANP, pela Lei do Petróleo, de 12 anos atrás, e essa política, agora, por uma questão de governo, está sendo totalmente revista para um novo dimensionamento, e é completamente contrária àquela opção legislativa anterior, mas a opção legislativa existe e está aí. Até que ela seja modificada por lei, não pode ser ignorada por outros canais de pressão, sejam políticos ou jurídicos.

Então, minha pergunta é: quem pode defender as agências nesse ponto, a autonomia técnica das agências, se não há quem defenda? Porque tanto pelo risco político, quanto pelo risco jurídico, as posições são divergentes, são opostas. Eu queria saber se tem alguma solução para isso. Obrigado.

Adriana Perez – Meu nome é Adriana Perez, sou pesquisadora do Ipea. Eu tenho apenas uma consideração a fazer. Eu sou economista, então, como é que temos olhado, nós que estamos na academia, estudando defesa da concorrência. Do ponto de vista do desenho institucional, parece claro que não existe um desenho institucional que seja único, ótimo, independente das características do país, econômicas ou históricas, digamos de origem legal. Então, dentro desta ótica de defesa da concorrência, todo o sistema de defesa da concorrência no Brasil, no meu entender, é um sistema de certa forma importado. E a própria autonomia, a existência das agências regulatórias – não estou dizendo que o importado é ruim, vou chegar ao meu ponto – mas na Constituição está prevista a independência das agências regulatórias. Isto é um reflexo que a sociedade – nem o direito em

si – percebe, ela não tem incorporado na sua percepção, no seu sistema de crenças, que a independência seja algo desejável.

Então, o que eu quero dizer é que, quando a gente pensa em defesa da concorrência e desenho institucional, e de como a gente tem de controlar o processo decisório e os trâmites, as instruções do processo, que seja, o que eu quero dizer é que falta um esforço maior por parte do pessoal que trabalha com defesa da concorrência nas agências regulatórias, em disseminar um pouco a cultura da concorrência. Porque, no meu entender, ainda é algo estranho à sociedade brasileira. Então, o que eu quero dizer é que é preciso fazer um esforço maior nesse sentido. As *Jornadas* são interessantes, mas é necessário um esforço muito maior. Obrigada.

Arthur Badin – Bom, vou responder bem rapidamente. Se a regulação vem como um antídoto às falhas de mercado, este desenho institucional das agências reguladoras vem como um antídoto, uma resposta às chamadas falhas do governo – e aí, casa um pouco a sua pergunta com a colocação do Seroa – em que medida este desenho institucional, ou este antídoto, não está tendo o seu efeito mitigado, anulado, quando há uma possibilidade de o poder central subverter esse sistema.

Com relação à prodigalidade na concessão de liminares – veja, não sou contra a judicialização, de forma alguma, pelo contrário, como cidadão posso contar com a possibilidade de questionar qualquer decisão do Poder Executivo, do governo ou qualquer outro ator administrativo no Poder Judiciário – o problema é que, muitas vezes, vou citar um caso importante, que o Cade decidiu, em 2005, de interesse da Companhia Vale do Rio Doce, que comprou as cinco maiores mineradoras do país e, com isso, passou a deter praticamente um monopólio sobre toda a capacidade produtiva de minério de ferro do país. Ela entra com uma ação e o juiz, em 24 horas, dá uma liminar suspendendo a decisão do Cade. E depois, no mérito, quando ele sentencia, ouve as duas partes, produz prova, decide definitivamente e nega a ação, ou seja, confirma a decisão do Cade. A decisão vai para o Supremo Tribunal Regional, que concede a segunda liminar. Mas depois, os três desembargadores, no mérito, falam que o Cade tem razão. E vai para o presidente do Tribunal, que dá a terceira liminar e depois, no mérito, nega e segmenta o recurso. Vai para o STJ, quarta liminar. Mas depois, no mérito, os ministros decidem que o Cade tinha razão. Vai para o STF, o STF dá a liminar. Depois, os ministros concedem no mérito. Ou seja, as liminares são sempre concedidas contra o interesse público, na percepção de que o interesse privado não pode ser ameaçado, mas o interesse público pode esperar. Tomar decisões que materializam proteções de direitos difusos, quer seja do Cade, como tribunal julgante, quer seja uma agência reguladora, é algo que precisa ser rapidamente implementado. E, na dúvida, o interesse

público deve, ou pelo menos a direção que pretende proteger o interesse público, ser privilegiada, prestigiada.

Mas na verdade, isto tudo foi só para citar como é importante a judicialização e a forma com que é feita. Essa guerra de liminares, a que o leigo assiste atônito, não entendendo mais se a decisão está valendo ou não – porque um tribunal revogou, o outro depois deu; mas depois o outro revogou, e é difícil até explicar para a sociedade em geral – é fundamental que seja bem feita, que seja feita por advogados independentes e especialistas, que saibam e que possam explicar, e dominem a matéria.

Celso Campilongo – Bom, muito rapidamente também, foram quatro comentários. Doutor Mauro muito mais um comentário do que uma pergunta, propriamente dita. Então, deixo de lado o do Mauro por conta disso. Em relação ao que falou o professor Seroa, a respeito do risco regulatório. Primeiro, um comentário geral a respeito de qual o papel do direito em relação a situações de risco, o que o direito pode fazer em relação ao risco? Existe alguma capacidade do direito de eliminar o risco? Impossível. O que o direito pode fazer, se tanto, é encontrar mecanismos de convivência com o risco. O direito se especializa nisso, essa técnica ele controla. Técnica para eliminar o risco; evitar o risco, escapa ao alcance do direito. Direito é uma técnica de convivência com riscos, não de eliminação de riscos. Um importante sociólogo, Niklas Luhmann, no seu livro *Sociologia do Risco*, diz o seguinte: “Seria muito arriscado pretender não correr nenhum tipo de risco”. Concordo com a afirmação.

Agora, o risco regulatório, que, na minha maneira de ver, o modelo institucional brasileiro procura mitigar, conferindo autonomia às agências, ao Cade, é justamente o desrespeito às lógicas próprias desses setores. Digamos, romper com as lógicas próprias desses setores, não tanto em nome de uma especialidade técnica, mas em relação à lógica, que é própria do antitruste, a lógica que é própria da regulação do setor de aviação civil, do setor de telecomunicações. Na minha maneira de ver, é isso o que se procura mitigar, que estas lógicas sejam pervertidas. E uma peça fundamental nesta tentativa é justamente a autonomia conferida às agências.

Bom, em relação à segunda pergunta do doutor Vinícius, a respeito de como evitar o risco, não tanto jurídico, não tanto regulatório, mas o risco político de que estas agências sejam loteadas com uma interferência política. É claro que isso dependeria, em larga escala, de quem nomeia, de quem é nomeado e de quem é sabatinado ou de quem faz a sabatina.

Bom, eu vou contar para vocês, muito rapidamente, uma experiência minha. Fui convidado para ir ao Cade e sabia que precisava passar por uma sabatina do Senado.

Então, me preparei como se fosse defender uma tese de doutorado, como se fosse sustentar um trabalho acadêmico. Estudei o histórico dos senadores que compõem a Comissão de Assuntos Econômicos, estudei as últimas decisões do Cade, à época. Tudo o que a professora Lucia Helena Salgado tinha feito no caso Colgate, tudo o que o Cade tinha feito no caso Nestlé-Garoto, as decisões mais recentes do Cade, da época em que eu fui conselheiro. Um dia antes da sabatina, um assessor do Ministério da Justiça me acompanhou até o Senado para a visita a alguns senadores, que iriam me sabatar no dia seguinte. E um deles, para o constrangimento geral, alguns aqui são testemunhas desse constrangimento pelo qual nós passamos, me perguntou: “Escuta, faz uma coisa, e escreve aqui neste papel (e deu-me uma folha de papel) uma perguntinha qualquer, para eu te fazer amanhã”. Com este nível de sabatina, enfim, não há autonomia, não há independência, não há mandato que resista.

Bom, por fim, o último comentário a respeito da cultura da concorrência: eu diria que concordo totalmente com o diagnóstico. Só diria o seguinte: as agências foram introduzidas no nosso modelo, em muitos dos casos, muito mais como um mecanismo de adaptação da estrutura estatal ao processo de privatizações, do que propriamente com a preocupação de servir ao amadurecimento de uma cultura da concorrência e a uma cultura de defesa do consumidor. Eu diria que, por enquanto, se existe um grande passo a ser dado pelas agências reguladoras, ele diz respeito, de um lado, à própria autonomia das agências, mas eu diria que, tanto a cultura da concorrência quanto a cultura de defesa do consumidor ainda não entraram da maneira como deveriam nas agências reguladoras. A ordem jurídica do mercado é uma ordem assentada em dois pilares, do ponto de vista jurídico: defesa do consumidor e defesa da concorrência. Esses pilares não são sólidos nas nossas agências reguladoras.

Gustavo Binenbojm – Bom, primeiro quero registrar que eu gostei da locução inicial do Ronaldo, que “não é boa hora de fazer novos inimigos”. Lembra a história do Voltaire, que era ateu e estava à morte, e creio que o papa mandou que ele negasse o diabo três vezes. E como bom ateu, Voltaire disse: “Não é boa hora de fazer novos inimigos”.

Risco regulatório. Assim é se lhe parece. Existe, evidentemente, toda uma literatura muito fundamentada em relação à autonomização de autoridades regulatórias e de autoridades concorrenciais, no sentido da redução do risco regulatório. Eu acho que, felizmente, o Brasil já passou dessa fase da discussão dessa base, mas há uma falha de governo intrínseca a modelos policêntricos, por exemplo, por falha de coordenação.

As disputas entre a ANP e reguladoras estaduais no setor, por exemplo, de gás natural e as disputas entre Cade e BCB em relação a atos de concentração no setor financeiro são exemplos de risco regulatório incrementado por um modelo policêntrico, em que cada ente autônomo se arroga a competência e ao final há que se dar uma decisão. E, francamente, não acho que o Poder Judiciário seja o mais preparado e técnico para proferir essa decisão. Acho que um órgão intergovernamental, com um certo distanciamento do governo, teria melhor qualidade para definir isso. Em outras palavras, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região deu razão ao Cade em relação à competência para um ato de concentração. Acho que, no mérito, a decisão é boa, mas havia boas razões para se sustentar que a competência era do BCB. Meu ponto é: havia uma falha no sistema, porque essa insegurança jurídica gera, eleva o risco regulatório. Então, acho que isso também pode militar em favor de um nível de uniformização.

Eu dou outro exemplo. A discussão sobre a deslegalização e o grau da competência das agências para revogar leis anteriores: algumas agências achavam que sim, outras achavam que não; isso eleva o risco regulatório. Evidentemente os agentes econômicos estavam sob ameaça disso. E isto precisava ser dirimido de alguma forma. E aí a gente diz: “Vá ao Judiciário”. Bom, o Poder Judiciário é o grande regulador, tem toda *expertise* técnica, muito preparado, conhece todas as matérias. O juiz da Fazenda Pública conhece petróleo, gás natural, telecomunicações, energia elétrica, defesa da concorrência. É o mesmo quanto ao juiz lá de Brasília, o da Primeira Instância. Então, nesse modelo institucional, é preciso pensar fórmulas de abreviar esses conflitos. E aqui, acho que a porta aberta do Judiciário é necessária, mas o modelo funciona tão melhor, e os economistas vão concordar comigo, quanto menos usada ela for. Não é isto?

Em segundo lugar, em relação ao risco político, jurídico das agências, o professor Campilongo deu ao Vinícius a resposta que eu daria. No risco político, o Senado não faz bem o seu papel, quer dizer, faz bem quando aprova gente boa. Mas aprova sem saber. No geral, é assim que acontece. E aí, aprova gente boa e gente que não é tão boa. É um problema: a visibilidade das agências e do Cade é brincadeira. Tenho muitos amigos que passaram por esta sabatina, e até nessa composição atual do Cade estavam discutindo a questão política do dia, a crise do dia, e não arguindo seriamente os indicados. Talvez esta seja uma importação que precisa ser repensada. Algo que, de alguma forma, minimize esse problema na indicação. Tenho uma posição um pouco mais radical em relação a isso. Acho que a experiência dos quadros jurídicos da administração pública nos leva a crer mais num modelo, se não puro, de concurso público, ao menos num modelo em que as indicações majoritárias saiam de quadros técnicos de reguladores formados por concurso público nas agências. E aí, você tem a possibilidade de um presidente, e de alguns outros, serem do mercado. Tem problemas.

Parte 2

O cotidiano judiciário e a
representação das agências em
um contexto de judicialização



MESA-REDONDA 2: O COTIDIANO JUDICIÁRIO E A REPRESENTAÇÃO DAS AGÊNCIAS EM UM CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO

Debatedores

Farlei Martins Riccio

Mauro Grinberg

Neide Malard

Sérgio Varella Bruna

Eduardo Fiuza – O tema desta Mesa é “o cotidiano judiciário e a representação das agências em um contexto de judicialização”.

Vamos dar a palavra segundo a ordem que consta do programa; são 15 minutos para cada um dos palestrantes, e depois abriremos para o debate. Vamos começar pelo doutor Farlei Martins Riccio de Oliveira membro da AGU e professor da Universidade Candido Mendes. Ele vai fazer a sua exposição de 15 minutos. Obrigado.

Farlei Martins Riccio – Boa tarde a todos. Primeiramente, gostaria de agradecer o convite da professora Lucia Helena e do próprio Ipea para este evento tão importante e oportuno.

Gostaria de aproveitar a brincadeira do professor Celso Campilongo para dizer que, realmente, me encontro num evento que pode ser visto como uma espécie de batalha bíblica: eu sou o Davi e temos um auditório e uma Mesa de Golias, tendo em vista que o conflito que se formou em relação, especificamente, ao ato da Procuradoria-Geral Federal se deu em função da assunção ou da vocação de determinadas competências ou representações judiciais entre órgãos de agências reguladoras independentes, como por exemplo, no caso concreto: o Cade e a AGU.

Então, dito isto, outra observação importante a ser feita é que, embora o conflito tenha se estabelecido entre a PGF, que é apenas uma das carreiras da AGU, eu não sou procurador federal, sou advogado da União. Estou na advocacia da União há dez anos, ingressei em 1998, no contencioso da advocacia da União, como advogado da União. Atualmente, estou em exercício na procuradoria regional da União no Estado do Rio de Janeiro. Então, acho que estou no pior dos mundos, tanto

em relação ao Cade e a outras instituições, agências reguladoras independentes, quanto aos procuradores federais, numa situação um pouco tormentosa.

De todo modo, o advento da Portaria 164, que é essa portaria da PGF, que atribuiu ao contencioso da PGF a representação judicial de várias autarquias e fundações, entre elas as agências independentes, Cade, CVM, bem como o debate iniciado pelo presidente do Cade, doutor Arthur Badin, propiciam-nos uma oportunidade única de discutir um importante aspecto do modelo de regulação econômica no Brasil, que é propriamente a relação entre as agências independentes e o governo. Lamento apenas o fato de que esta discussão surja sempre em momentos de crise institucional ou de crise política: apagão elétrico em 2001, apagão aéreo em 2007, compra da Brasil Telecom pela Oi, caso VarigLog. Ou seja, esse debate, que deveria ser institucionalizado, num cenário acadêmico e próprio das instituições, se torna um debate pontual e ocorre de vez em quando.

O certo é que no Brasil existem profundas incertezas dogmáticas e jurisprudenciais sobre os mecanismos e os limites de controle político das agências reguladoras independentes. Em momentos de crise e de deficiência no resguardo dos interesses dos usuários, dos serviços ou dos consumidores, a responsabilidade política do chefe do Executivo acaba tendo novamente de ser exercida, trazendo de volta aquela competência ou aquela função que foi descentralizada para a agência reguladora.

Nesse sentido, eu gostaria de contribuir para este debate, ainda que de modo muito superficial, levando a discussão propiciada pela Portaria PGF 164 não apenas para o campo da representação judicial, mas também – um pouco na linha do que foi dito pelo professor Celso Campilongo – para o campo da teoria política, de modo a verificar se, no sistema de separação de poderes e na relação da administração que caracteriza o sistema administrativo brasileiro, estamos efetivamente diante de uma interferência política, com restrição da independência funcional das agências, do Cade ou da CVM que possa comprometer as suas performances institucionais. Esse enfoque que pretendo dar ao tema tem a ver com o trabalho de pesquisa que tenho realizado no programa de doutorado em direito da PUC-Rio, desde o ano de 2007, e que tem por objetivo estabelecer, ou procurar estabelecer, mecanismos institucionais e teóricos que aceitem a necessidade de agências independentes no âmbito da administração pública brasileira, com capacidade normativa e independência técnica, sem que se perca de vista a necessidade do estabelecimento de controles políticos, sociais e de legitimidade democrática.

Sabemos que as transformações pelas quais passou o Estado nos últimos dois séculos – transformações políticas, jurídicas e econômicas e até mesmo a

reforma da administração pública burocrática – levaram ao reconhecimento de que o Estado regulador é um Estado importante no cenário atual, despontando, então, as agências independentes como importantes peças daquilo que o Diogo de Figueiredo¹ chama de administração pública reordenada por setores orgânicos. Embora o atual Estado regulador de direito tenha aperfeiçoado e introduzido novos institutos e mecanismos democráticos, a criação das agências fez diminuir o espaço dos tradicionais controles políticos até então existentes, como aqueles decorrentes do processo eleitoral e do sistema de freios e contrapesos.

A problemática que a atuação da ação regulatória suscita no plano da teoria política se dá em dois momentos, em duas ocasiões. Primeiro, na desigualdade de condições de acesso dos cidadãos aos canais de circulação do poder, principalmente nas democracias representativas. E o segundo problema, relacionado à teoria política, são as deficiências do controle político de instituições pelo sistema de freios e contrapesos, que no direito norte-americano se chama *accountability* vertical e horizontal.

Obviamente que, dados os limites do tempo, seria impossível empreender aqui com os senhores uma reconstrução dos debates teóricos tendentes a estabelecer os mecanismos de responsividade, que limitam, de certo modo, a independência política e normativa das agências independentes. O certo é que entre as décadas de 1960 e 1970, ampliaram-se nos Estados Unidos – sabemos que foi dos Estados Unidos o modelo adotado e recepcionado pelo direito brasileiro de agências independentes – mecanismos de controle político do presidente do Congresso e do Judiciário; bem como ocorreu o incremento dos instrumentos de participação dos agentes econômicos e das entidades de defesa dos consumidores e do meio ambiente nos processos regulatórios.

Para ficarmos apenas no controle político do Executivo, Binenbojm adiantou o aspecto relacionado ao controle do Judiciário, no direito norte-americano, das agências reguladoras. Ele citou aí, inclusive, o caso Chevron. No controle político das agências pelo Executivo, pelo presidente, a partir do governo Reagan, foram estabelecidos mecanismos de supervisão e submissão das agências ou das políticas regulatórias a órgãos integrantes do gabinete presidencial, mais especificamente ao Office of Management and Budget e ao Office of Information and Regulation Affairs .

Essas medidas tiveram por objetivo aperfeiçoar o processo regulatório antes que ele fosse implementado. Na administração Clinton, essas medidas foram in-

1. Diogo de Figueiredo é professor titular da Universidade Candido Mendes.

crementadas, no sentido de propiciar uma certa unicidade orgânica entre as várias agências reguladoras. A administração Bush fez algumas emendas a esses decretos executivos. E, atualmente, na administração Obama, o primeiro ato do presidente Barack Obama foi o de revogar o decreto executivo da administração Clinton, que submetia as agências a esse controle, a essa supervisão, a essa segunda visada, a essa segunda opinião do processo regulatório. Revogou o Decreto Executivo, mas expediu uma recomendação aos dirigentes das entidades e das agências para que elaborassem, no prazo de 100 dias, uma série de recomendações para a edição de um novo decreto executivo. E essa recomendação presidencial foi encaminhada a esses órgãos com as seguintes sugestões:

- orientação sobre divulgação e transparência do processo regulatório;
- mecanismo de relacionamento entre os órgãos, entre os vários órgãos integrantes do sistema;
- incentivo para a participação;
- custo/benefício da medida regulatória;
- equidade e o interesse das gerações futuras na medida regulatória;
- métodos para que a proposta não produza uma demora indevida e que identifique as melhores ferramentas para atender às finalidades públicas.

Então, dessa breve nota ou consideração sobre o processo de aperfeiçoamento e controle político das agências reguladoras norte-americanas, podemos enunciar uma primeira conclusão: a de que há uma tendência cada vez maior nos Estados Unidos – isto é um processo que vem sendo maturado ao longo dos anos, sabemos que a primeira agência independente nos Estados Unidos é criada no final do século XIX e são criadas depois várias outras, a partir da década de 1930, 1940 –, há um constante processo de aperfeiçoamento no direito norte-americano, de modo a alinhar as agências com a política governamental do Estado, conforme diretrizes fixadas pelo presidente.

Nesses termos cabe ao presidente da República, nos Estados Unidos, direcionar a política das agências, supervisionar e rever as normas por elas emanadas. E os senhores poderiam indagar: por que é que menciono o direito norte-americano no contexto de uma agência reguladora independente brasileira? Por que menciono esta informação e este dado? Porque, no Brasil, infelizmente, o discurso em vigor ainda é o da defesa da independência ou autonomia das agências independentes, procurando insular suas decisões de influências políticas governamentais. Esse tipo de discurso não se justifica mais no Brasil, pelo fato de o modelo americano,

que inspirou o modelo brasileiro, já vir passando por profundas transformações há algumas décadas.

O professor Gustavo Binenbojm tem um artigo seminal sobre esse tema, em que ele nos adverte que não devemos mais nos preocupar com a preservação da independência ou autonomia da agência reguladora. Temos que nos preocupar com as questões que têm preocupado os norte-americanos e que vêm sendo negligenciadas no Brasil. Penso que o debate sobre o papel do governo e das agências é relevante e importantíssimo para o processo de aperfeiçoamento da regulação econômica setorial no nosso país.

Porém, a atual discussão, propiciada pelo advento da Portaria 164, parece-me que é colocada num contexto totalmente equivocado. Primeiro, por tratar agência reguladora independente, Estado e governo como se fossem partes distintas e complementares, separadas uma da outra. E notem que não estamos tratando, nesse caso concreto da Portaria PGF 167, de políticas públicas. Estamos tratando de medidas administrativas tendentes à racionalização do trabalho da defesa judicial das agências reguladoras perante os tribunais superiores, não é nem perante o poder Judiciário de primeira instância ou de segunda instância; é perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A portaria se limita a fazer com que a representação judicial das agências independentes, Cade e CVM, no âmbito do STF e do STJ, seja realizada pela PGF, órgão integrante da AGU. Segundo, porque essa malsinada Portaria PGF 167, longe de apontar um cenário de interferência política e esvaziamento da eficácia das agências reguladoras – e aqui falando concretamente do Cade –, converge para a busca de caminhos que levem ao aprimoramento do processo regulatório.

Essa convergência é percebida nitidamente quando se analisa o contexto social e político que propiciou o advento da AGU, bem como a natureza e os fins institucionais que lhe foram confiados pela Constituição de 1988. Os senhores se recordam que na Assembleia Nacional Constituinte muito se debateu a respeito desse tema, isto é, sobre a conveniência de se manter a representação judicial da União a cargo do Ministério Público, de se manter a cargo do Ministério Público Federal essa atribuição de representar judicialmente a União.

O principal problema dessa dupla de representação ou atribuição estava relacionado a eventuais conflitos que surgiram no processo, ou eventuais processos judiciais, em que o membro do MP atuava como representante da União e atuava como fiscal da lei. E então a Assembleia Constituinte chegou à conclusão de que o melhor seria atribuir a representação judicial, ou extrajudicial, da União, bem como a consultoria e assessoramento do Poder Executivo, a uma única instituição:

a AGU. Por meio de uma simples análise topográfica, se abirmos a Constituição de 1988, vamos perceber que o legislador inovou nesse aspecto em dois temas. Primeiro, ele reservou um capítulo específico para as denominadas funções essenciais à justiça. Essas funções são inconfundíveis com qualquer outra atividade desempenhada por órgãos ou entidades do poder do Estado, conferindo, então, um caráter de independência funcional para o desenvolvimento de suas atividades. E função essencial à justiça também não se confunde com atividade do Poder Judiciário. É uma atividade muito mais ampla, que abrange equidade, legitimidade das condutas e dos atos praticados pelo chefe do Executivo. E a segunda inovação do legislador constituinte, quando criou a AGU, foi a de desmembrar a advocacia pública, historicamente una, em três ramos distintos: MP – advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade; Advocacia de Estado – advocacia dos interesses públicos, condicionalmente cometidos à administração do Poder Executivo; e a Defensoria Pública – advocacia pública dos interesses dos hipossuficientes.

No capítulo referente à advocacia da União, se os senhores perceberem, a Constituição dispõe no Artigo 131 que cabe à AGU diretamente, ou através de órgão vinculado, representar a União judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe nos termos da lei complementar, que dispuser sobre a sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Temos, então, dois níveis em um único órgão de representação. O nível contencioso, que se faz por meio de representação judicial e extrajudicial, e o nível consultivo, que se faz por meio de consultoria e assessoramento jurídico. Quanto à advocacia contenciosa, nós podemos perceber, pela redação do Artigo 131, que a representação da AGU não se restringe ao Poder Executivo. A representação da AGU se dá em relação a todos os poderes do Estado. A AGU representa não apenas o chefe do Executivo, como também representa judicial e extrajudicialmente qualquer entidade, órgão ou agente do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. E ela não se restringe ao âmbito interno. Somente quando relacionada à advocacia consultiva é que o legislador constituinte restringiu a competência da AGU apenas ao Executivo.

Está evidenciado, portanto, que a AGU surge da necessidade de organizar em uma única instituição a representação judicial e extrajudicial da União. Partiu-se de uma premissa fundamental de que os advogados e procuradores não devem atuar com base apenas nos interesses estratégicos de determinadas demandas isoladas, mas sim em ter em mente a efetivação da justiça, o controle da juridicidade dos atos, como bem salientou Gustavo Binenbojm.

Cabe recordar que esse modelo de representação judiciária única da União em um órgão centralizado teve por inspiração o alto grau de eficiência e pioneirismo da *Avvocatura dello Stato*, do direito italiano. A *Avvocatura dello Stato* surge no direito italiano na época da reunificação dos estados, no final do século XIX. E, durante todo este tempo, a *Avvocatura dello Stato*, que possuía competências e atribuições idênticas às da nossa AGU, ganhou um enorme prestígio perante os outros sistemas jurídicos e judiciais.

Diante dessas considerações, poderíamos enunciar uma segunda conclusão: não se deve confundir órgão de defesa do Estado com governo. Sob esse aspecto, a fala do professor Celso Campilongo foi muito bem explicada, uma vez que órgãos de governo, representação de governo, são transitórios e traçam diretrizes políticas que nem sempre se coadunam com o interesse do Estado.

Dessa forma, tanto as agências reguladoras independentes, que possuem uma *expertise* técnica, são órgãos de Estado, como também a AGU, por força dos princípios institucionais, também possui uma *expertise* jurídica e é, portanto, órgão de Estado; não é órgão de governo. O advogado do Estado, não obstante o exercício de tarefas específicas, deve buscar o resguardo do interesse público. Ele tem que ter a sensibilidade de não se envolver na defesa dos interesses do governo, principalmente quando estes não estiverem em consonância com o interesse da sociedade.

Desse modo, penso que o receio de uma eventual interferência política do governo na defesa judicial dos atos regulatórios, via contencioso do PGF, não se concretizaria. Primeiro, em função da natureza institucional, como já dito, da AGU, que se caracteriza como órgão de Estado. Segundo, sob o ponto de vista político institucional, ato normativo oriundo da PGF, que visa aperfeiçoar o sistema de representação judicial das entidades da administração indireta, fazendo com que as teses jurídicas sejam uniformizadas. E uniformizadas no nível de terceiro grau de jurisdição e não no nível de primeiro. E terceiro, sob o aspecto da legalidade em si.

E então, eu retorno aqui à fala da Mesa anterior e entendo que a Portaria 164 é perfeitamente válida. Vejam os senhores, o Artigo 4º da Lei Complementar nº 73/1993 atribui ao advogado-geral da União a competência de exercer a orientação normativa e a supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o capítulo 9 do título segundo da mesma lei. E quais são os órgãos a que alude este capítulo? São os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações, genericamente consideradas, sem especificar o regime jurídico de qualquer uma delas.

Por outro lado, a Lei nº 10.480/2002, que cria a PGF, incumbe à AGU a supervisão da PGF. E o Artigo 11 da mesma lei estabelece que compete ao procurador geral federal exercer a representação das autarquias e fundações perante o STF e os

Tribunais Superiores, ou seja, STJ. Portanto, essa atribuição de supervisão, a meu ver, que está prevista em Lei Complementar e em Lei Ordinária, afasta a tese de inconstitucionalidade formal, que já foi levantada e debatida por alguns especialistas, inclusive até pelo próprio deputado federal Arnaldo Jardim, que apresentou à Mesa da Câmara, recentemente, no dia 8 de julho último, um projeto de decreto legislativo com a intenção de sustar os efeitos da mencionada portaria.

Outrossim, só para concluir, o argumento de que os procuradores lotados no contencioso da PGF não teriam o conhecimento técnico necessário para a realização da representação judicial das agências independentes perante os Tribunais Superiores me parece um pouco absurdo. Isso, no mínimo, é corporativo. Ainda que eventualmente pudesse existir o desconhecimento de uma questão técnica a ser suscitada no tribunal, no STF ou no STJ, por procuradores do contencioso da PGF, esta deficiência pode ser suprida facilmente por meio de uma articulação prévia que ocorre, na prática, entre aqueles procuradores, advogados da União e procuradores da Fazenda que se encontram no contencioso e aqueles que se encontram no consultivo ou na procuradoria especializada desses vários órgãos. Então, esse problema é facilmente superado.

Outro dado importante é que a AGU cria e vem incentivando ao longo dos anos a criação de câmaras de conciliação para conflitos de atribuição entre órgãos. Então, uma dúvida que eventualmente pudesse surgir em relação à PGF do Cade e à PGF da União poderia ser solucionada previamente por meio dessas câmaras de conciliação.

Da mesma forma, o argumento de que bastaria uma simples orientação da AGU para que fosse negligenciada a defesa das decisões das agências nos tribunais não se sustenta. Ora, se isso efetivamente ocorresse estaríamos diante do crime de prevaricação do procurador federal. E, sinceramente, não consigo compartilhar dessa tese de que um procurador federal se daria a intenção de prevaricar. E gostaria de concluir afirmando que a Portaria PGF 164 nada mais é que uma medida que visa implementar, pelo governo federal, a convergência, a busca de caminhos que levem ao aprimoramento do processo regulatório no Brasil.

Além dessa medida, várias outras já foram tomadas pelo governo federal. O próprio Projeto de Lei nº 3.337/2004, que se encontra em vias de ir à aprovação na Câmara dos Deputados, substitutivo do relator Leonardo Picciani, parece que avançou num acordo entre as forças políticas do Congresso e a principal divergência era o contrato de gestão, que já foi superado.

O próprio PRÓ-REG, que foi criado pelo Decreto nº 6.062/2007 em convênio com o BID, o avanço na estruturação dos quadros de pessoal e a melhoria

remuneratória dos servidores das agências reguladoras, recentemente, com a edição da Medida Regulatória nº 441, que concedeu aumentos expressivos a esses servidores. Enfim, todas essas medidas evidenciam que no momento atual o governo federal, longe de apontar para o cenário de interferência política das agências reguladoras, procura estabelecer mecanismos para torná-las mais eficientes, mais profissionais, mais sólidas como instituições estatais, sem desfigurar, porém, o papel do governo como formulador de políticas setoriais e indutor do desenvolvimento econômico. Muito obrigado.

Eduardo Fiuza – Muito obrigado, doutor Farlei. Vamos passar agora a palavra ao doutor Mauro Grinberg, presidente do IBRAC.

Mauro Grinberg – Boa tarde. Antes de mais nada, quero, como fizeram todos, agradecer ao Ipea e à Lucia Helena, nossa amiga de tantos anos, e dizer que fico muito contente em estar aqui, pois o Ipea sempre foi tradicionalmente um celeiro de cérebros para a administração pública. Isso me deixa muito contente e, talvez, até um pouco diminuído. Parafraseando o que disse o Farlei, que falou muito rápido, para manter a sua exposição dentro do tempo, quero lembrar uma história contada por um amigo, vocês o conhecem, o Horácio Bernardes. Uma história muito interessante. Ele conta que um advogado muito famoso, dono de um ego monstruoso, foi chamado a participar de um painel, e quando disseram que teria 15 minutos, ele falou: “Mas como é que eu vou passar todo o meu conhecimento, toda a minha cultura, todo o meu saber acumulado durante tantos anos, em apenas quinze minutos?”. Ao que a organizadora respondeu: “Ah, você pode sim, fale bem devagar” (risos). Eu vou falar devagar. Quero dizer o seguinte: estou presidente do IBRAC. Vou até aproveitar a história do Voltaire, uma vez que já estou quase no final do meu mandato, e dizer que não é hora de fazer novos inimigos. Quero lembrar que o IBRAC tem um *site*,² para quem reclamou de cultura da concorrência. Quero falar sobre três aspectos: primeiro, uma questão jurídica; segundo, uma questão institucional; e terceiro, uma questão de conveniência. Notem que não vou fazer citações. Já fui professor há muitos anos, deixei de sê-lo, sinto-me até meio diminuído em Mesas que estão cheias de professores. Sou hoje um advogado e contento-me com isto, gosto disto.

A questão jurídica. Além da AGU, compete aos órgãos jurídicos das autarquias, sua representação judicial e extrajudicial. Representação judicial, no meu entender, deve ser completa.

2. www.ibrac.org.br

A questão institucional. Vamos começar esclarecendo uma coisa. Não sei quem inventou essa história de o Cade ser agência reguladora. Cade é órgão julgante, embora administrativo. Mas é órgão julgante. O Cade decide, o Cade não regula, o Cade toma decisões que lhe são levadas, seja sempre pela via da Secretaria de Direito Econômico, mas qualquer pessoa pode reclamar ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Se alguém cogitou a questão ao Cade, qualquer autoridade pode reclamar. Enfim, o Cade é um órgão que toma decisões. Tanto é que o professor Grandino,³ quando foi presidente do Cade, dizia, “o Tribunal decidiu isso ou aquilo...”. Ele nunca dizia o conselho ou o Cade. Era sempre o Tribunal, ou seja, o Tribunal Administrativo.

Aliás, no desenho do projeto de lei que está em debate no Senado, o que é hoje o Cade vai ser chamado de Tribunal do Cade. Ou seja, o Cade é um órgão julgante, é um conselho que decide; não regula. A não ser sob o ponto de vista de regulação de rever as decisões, as jurisprudências, sob o ponto de vista anglo-saxão, e então, vira fonte do Direito, mas não é esse o caso, não quero entrar nesta discussão. O Cade também não é agente estatal.

Agora, a procuradoria do Cade representa o plenário do Cade e não a União. O plenário tem uma competência fixada por lei, ninguém pode avocar esta competência, que é do plenário do Cade. Quer dizer, se o Cade aprova uma fusão ou se condena os participantes de um cartel, é porque esta é sua função. A União não decidirá pelo Cade. E aí, o que nós vimos é que o Cade defende a concorrência, e seu procurador também o faz.

Já a AGU defende a União. A revisão pela AGU, ou seja, chegar num Tribunal Superior e a AGU assumir a posição, implica a revisão ou a eliminação para o poder legal do Cade. Este age por direito próprio, não por delegação, é direito próprio outorgado por lei. A competência é só dele. Mais ainda, o procurador geral é sabatinado pelo Senado, só pode assumir depois que o Senado vier a aprovar o seu nome. Ora, se outrem assumir essa defesa do Cade em qualquer lugar que seja, em qualquer tribunal, jurisdição que seja, estará sendo usurpada uma competência do Senado Federal.

Falou-se aqui nas hipóteses de conflito entre poderes. Vou dar alguns exemplos absolutamente práticos, alguns reais e outros eu invento. Por exemplo, algum tempo atrás, já na última gestão, na última composição do Cade – foram relatores os conselheiros Rigato e Prado⁴ –, decidiu-se uma grande questão de uma fusão da

3. João Grandino Rodas é diretor e professor titular da Universidade de São Paulo.

4. Luís Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Delome Prado, ex-conselheiros do Cade.

petroquímica. Estou dando uma grande reorganização no setor petroquímico nacional. Uma das empresas envolvidas nessa reorganização era a Petroquisa, subsidiária da Petrobras, empresa estatal, na qual o governo tem obviamente o seu interesse. Vamos imaginar que a decisão não tivesse sido aquela que a Petroquisa queria. A Petroquisa poderia ter ido a juízo contra a decisão do Cade? Obviamente, poderia. Como é que isto seria defendido nos tribunais: quem tem interesse de controlador ou quem tem interesse de defender a concorrência? Outro caso, um pouquinho menos recente, de empresas que vendem gás liquefeito de petróleo. Houve uma condenação de um possível cartel – prefiro sempre falar “suposto cartel”, porque, ainda que o Cade tenha condenado, o caso deve ir a juízo – e houve embargo de declaração etc. e este negócio ficou algum tempo até terminar. Mas, entre as empresas condenadas por esse suposto cartel, que ocorreu ali no Triângulo Mineiro, está a Liquigás, que nada mais é do que uma empresa do grupo Petrobras. Ela irá a juízo? Deverá ir porque, afinal, é empresa gerida por métodos empresariais. Mas é uma empresa, ainda que indiretamente, controlada. Como é que vai ficar essa defesa no dia em que esse processo chegar ao STJ ou ao STF? E notem que estamos falando só em STJ e STF.

Então, essa primeira violação da competência da procuradoria do Cade já é sintomática. Ou seja, o Cade vai se opor a uma ação – estou supondo que eles vão fazer isso – movida pela Liquigás, que é empresa do grupo Petrobras, que é controlada pelo governo. Tenho outro exemplo. Vamos imaginar também – e isto eu já vi numa acusação, que depois não prosperou, mas existiu – que em determinada região do país tenha havido uma acusação de que determinadas distribuidoras de combustível estavam fazendo cartel. Ora, uma acusação de cartel. Depois, acabou não havendo processo, enfim, não sei bem o que aconteceu depois, mas houve essa acusação. E entre essas distribuidoras de combustível estava a BR, que é do grupo Petrobras. Ou seja, como é que nós resolvemos essa situação? Nós já vimos o caso das Indústrias Nucleares Brasileiras no Cade etc. Então, tudo isso é um possível gerador de conflitos. Bom, esta questão institucional está cumprida.

A questão de conveniência. Não vou me estender muito nisso, porque o Arthur Badin já falou a respeito, e falou muito bem: é a especialização, é o conhecimento sobre o que se fala. Eu, pessoalmente, tenho uma experiência dupla nessa questão de especialização, porque eu, como advogado, vou muitas vezes a juízo contra o Cade. E digo a vocês que era muito simples na época, porque ninguém entendia nada disso lá. Eu explicava, e o juiz concedia a liminar. A partir do momento em que um certo procurador geral começou a atuar – não vou dizer o nome dele, só as iniciais: Arthur Badin – passou a dar uma trabalhadeira para os advogados. A gente distribui um processo lá e está o sujeito no balcão, olhando. E já sabemos quem é

esse sujeito que está ali no balcão, até porque está esperando entrar aquele processo. Então, ele já foi na distribuição, já viu, já subiu e é o primeiro a chegar. Antes do advogado, já está o procurador. Enfim, não importa, ele está fazendo o papel dele, e está fazendo bem feito. Podemos discutir quem tem razão, quem não tem, mas não é mais tão simples como antigamente. Ou seja, o que é que a especialização nos dá? Dá-nos essa combatividade e essa boa defesa que se faz do Cade.

A outra experiência que eu tenho é que sou também membro da AGU de modo indireto, uma vez que sou procurador da Fazenda Nacional aposentado e a minha procuradoria faz parte da AGU. Aposentei-me no final de 1997 e já era membro da AGU. Então, de certa maneira, tenho essa vinculação com a AGU. Mas antes da Constituição de 1988, a Fazenda era defendida pelo MPF, que tinha outras funções. Só depois que a defesa da Fazenda em juízo passou a ser feita pela Procuradoria da Fazenda Nacional é que as teses da Fazenda começaram a ser efetivamente ouvidas e consideradas em juízo. Esta é a experiência pessoal pela qual passei. Então, quanto a essa questão de especialização, tenho mais conhecimento do que muita gente. Enfim, só quero deixar uma lembrança aqui sobre o que eu disse no início. O Farlei se comparou a um Davi enfrentando um Golias. Vamos lembrar quem ganhou.

Farlei Riccio – Eu imaginei isso. Ia até falar isso. Como espero que eu saia daqui vitorioso, como o Davi. Não estou, ainda, me sentindo vitorioso.

Mauro Grinberg – Muito obrigado ao Ipea. Muito obrigado à Lucia Helena. E muito obrigado a vocês pela paciência.

Eduardo Fiuza – Muito obrigado, doutor Grinberg. Principalmente por ter obedecido ao nosso comando de tempo. Em seguida, passamos a palavra à doutora Neide Malard, professora do Mestrado em Direito do UniCEUB.

Neide Malard – Boa noite a todos. Quero parabenizar o Ipea, sobretudo a Lucia Helena pela *Jornada*. Para mim é uma honra desmesurada estar aqui. É a primeira vez que sou convidada a participar de alguma coisa nesta instituição, uma das de maior respeitabilidade no país. Realmente é o *think tank* do Brasil. Estou muito honrada em estar aqui. A minha análise para esta seleta plateia será um pouco diferente daquelas que fizeram os convidados que me antecederam. Vou examinar as agências e o Cade, e atribuo àquelas uma gradação diferente da que atribuo a este, sob a perspectiva da sociedade e dos consumidores. Nós sabemos o que é judicialização, e sabemos por que ela está ocorrendo.

Na verdade, a Constituição de 1988 abriu inúmeras possibilidades à sociedade civil organizada, aos cidadãos, para reclamar seus direitos. E passamos então a ter uma consciência maior de cidadania. Houve uma modificação posterior à

Constituição de 1988 no tocante aos serviços públicos. E o Artigo, então, 175 da Constituição previu que os serviços públicos poderiam ser prestados diretamente pelo Estado ou delegados à iniciativa privada. As agências reguladoras têm a sua matriz neste Artigo 175 da Constituição. É a partir da delegação que surgem as agências reguladoras. Então, é preciso a gente entender o que é serviço público, a quem ele é prestado, a razão por que as agências foram criadas e qual o verdadeiro papel que elas devem exercer.

Então, na verdade, a prestação do serviço público pela iniciativa privada é uma decisão de governo, não é nem uma decisão de Estado. Um governo pode privatizar e o outro entrar e estatizar. Então, é uma decisão de governo, é uma decisão política. Como será prestado um serviço público é uma decisão política. É claro que, por mais política que seja, tem fundamentação técnica, mas é política. Então, se um governo for eleito e disser: “A sociedade não está satisfeita com o serviço de telefonia. Em vez de ficarmos aplicando aí às operadoras multas de R\$ 300 milhões, vamos nacionalizar tudo”. Essa decisão pode ser legítima, porque é uma decisão política. E se ela vier a ser tomada, isso será feito com o respaldo da sociedade. Então virá uma reforma constitucional, mudará este quadro, tirará do Artigo 175 a possibilidade de delegação, o Estado prestará diretamente os serviços e as agências reguladoras, provavelmente, desaparecerão.

Eu quero mostrar para os senhores o que é uma agência reguladora, e que ela não é uma coisa imprescindível no Estado democrático de direito. É importante que se diga isso, para desmistificar a técnica, a competência, o zelo pelo interesse público. As coisas não são bem assim. Então, hoje, qual é a realidade que temos? Temos agências que executam políticas públicas. Políticas estas determinadas pelo Congresso Nacional, as quais podem mudar. Porque o direito é flexível, é dinâmico e as coisas mudam de acordo com a evolução da sociedade. Agora, e o Cade, o que faz o Cade nesse contexto? Isso é o que nós precisamos entender: as duas instituições e o papel das duas instituições, e a competência de cada uma delas.

A Constituição elegeu a defesa da concorrência como um princípio da atividade econômica. Ou seja, acho que foi o professor Campilongo que disse aqui que a economia de mercado é sustentada por dois pilares: defesa do consumidor e defesa da concorrência. Isso é que é atividade econômica. E o que a Constituição diz? Que a defesa do consumidor e a defesa da concorrência são princípios da ordem econômica, da atividade econômica, previstos na Constituição. E vai mais além: ela estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados. Então, temos dois comandos institucionais, que foram concretizados pela Lei nº 8.884/1994, que deu ao Cade competência para cuidar

da concorrência, que não é serviço público – é direito difuso, interesse de todos nós. Interesse de todos aqueles que habitam e coabitam um país que adota a economia de mercado. Então, quando a Constituição diz que é necessário reprimir o abuso do poder econômico, nós temos de fazer uma pequena conexão entre poder econômico e poder político. Essa é a grande dicotomia do Estado moderno desde a sua criação.

Sabemos muito bem que, por ocasião da Revolução Francesa, a primeira coisa que a burguesia quis assumir foi o poder político. Esta é a raiz do estado democrático de direito, não é verdade? Então, se o poder político disputa espaço com o poder econômico, estes dois poderes têm de estar separados; não podem ficar juntos. Porque quando estão juntos, a democracia não progride, não avança. A corrupção se instala, e a sociedade sai prejudicada.

Esta é a missão do Cade. Por isso ele não pode ser subvencionado em esfera alguma do Poder Executivo. Diferentemente das agências, ele tem de ser autônomo. Suas decisões só podem ser questionadas perante o Poder Judiciário. E tenho certeza de que, à medida que os juízes forem se assenhoreando das questões, forem dominando as questões, darão, sim, boas decisões. Eles dão boas decisões também nos Estados Unidos, por que não dariam aqui? Não dariam porque ainda não têm cultura. O juiz não precisa entender de tudo que ele julga porque a lei lhe faculta a nomeação de peritos. Então, ele pode muito bem se basear em provas periciais e desempenhar muito bem esta função. Eles desempenham funções extremamente complexas. É claro que algumas decisões podem ser equivocadas. Mas, lembrem-se, as decisões equivocadas são submetidas a várias outras instâncias. E, além do mais, ainda há outras possibilidades.

Então, na verdade, vejo o Cade de uma forma completamente diferente das agências reguladoras. As agências reguladoras são Poder Executivo, e têm de estar submetidas a controle político. Já foi dito aqui na Mesa anterior, que não existe autoridade que não preste contas. Aliás, acho que até o próprio Cade deveria ter uma corregedoria, sempre defendi isso. Porque, quando conselheira, no século passado, nós tivemos um problema horrível. Fui chamada pelo ministro e ele me disse: “Vamos criar uma comissão para apurar uma irregularidade que está sendo apontada contra um membro do Cade, e a senhora foi designada para compor a comissão”. Eu falei: “Não, não vou compor esta comissão. Não sou corregedora, não vou fazer isso. Isto não está previsto em lei”. E, realmente, é um problema. Então, é necessário existir uma corregedoria para essas questões.

Agora, é claro que o Cade tem de estar consciente deste papel importante que representa para a sociedade brasileira. O Cade não pode ser uma repartição pública e não pode proceder como tal, tem de assumir o papel de um tribunal. Seus conselheiros têm de estar abertos à sociedade, têm de receber os advogados, como os juízes recebem os advogados. Como defensor de interesses difusos, o Cade também tem um grande aliado, o que é diferente no caso, por exemplo, das agências. Por isso, acho legítima a Portaria 164. Porque sempre que a AGU interveio nas questões das agências, foi para defender a política das agências. Ela nunca interveio em processos judiciais para se aliar aos consumidores. É o caso, por exemplo, da ANAC, no aeroporto Santos Dumont. Todo mundo sabia que havia uma celeuma muito grande para admitir o pouso de aeronaves, recentemente. Havia aqui uma contestação muito grande por parte do governador do Rio de Janeiro, por parte dos moradores de toda esta área e, no entanto, a ANAC resolveu não dar ouvidos a essas pessoas e atentar pelo que era interessante para as empresas aéreas.

No caso da Aneel, por exemplo, referente à tarifa do apagão, que também foi para o Supremo, a AGU ficou do lado de quem? Ficou exatamente do lado da Aneel e nós todos tivemos uma conta de R\$ 40 bilhões para pagar, quer via Tesouro Nacional quer via conta de luz. A AGU jamais interferirá em qualquer processo para defender os interesses dos consumidores e da sociedade. AGU é advogada de governo, está muito claro na lei da AGU. Ela defende os interesses do governo, do presidente da República, do Senado, enfim, ela não é advogada da sociedade. Quem advoga para a sociedade, pela Constituição, chama-se Ministério Público.

É o MP que defende os interesses da sociedade. Por isso, não consigo entender por que o Cade não se insurgiu contra a retirada do MP no projeto que está em trâmite no Senado. Porque era aliado. Eu não posso, inclusive, conceber a atuação do Cade sem o MP. O MP tem condições, até pelas competências delegadas pela lei complementar de inviabilizar a atuação do Cade. Basta questionar meia dúzia de decisões do Cade, começar a entrar com ações civis públicas paralelas, para esvaziar a atuação do Cade. Então, o MP é um aliado. Por quê? Porque o MP defende os interesses da sociedade. E são esses os interesses da sociedade que o Cade tem de defender.

Falou-se aqui nos riscos: o risco regulatório por conta do poder político. Mas é muito fácil de ser resolvido. Há um artigo na lei. É como no caso do Cade também. O cargo é público, previsto na Constituição. Todo cargo público é de livre acesso a qualquer cidadão. Os cidadãos entram nos cargos públicos através de concurso. Mas, nesse caso, você não vai precisar de concurso porque não é uma carreira, é um mandato que a pessoa vai cumprir. Mas deveria ter um critério que todo cidadão que se sentisse habilitado, colocasse lá as suas pretensões, apresentasse

o seu currículo e o ministro lá da pasta da agência nomearia uma banca *ad hoc* para examinar aqueles currículos. E as pessoas qualificadas, a sociedade, saberiam que seriam submetidas à sabatina do Senado, que é aquilo mesmo que o professor Campilongo falou. Eu passei pelo mesmo constrangimento duas vezes, também porque fui reconduzida. Então, na verdade, é aquilo mesmo. Todo mundo que já passou por lá sabe muito bem como funciona. Então, ali, aprovam todo mundo, a não ser que haja uma divergência política qualquer.

Essas pessoas já têm de sair do Poder Executivo com esta qualificação. Um engenheiro de telecomunicações, por exemplo, que tem um currículo brilhante mas que não é servidor público, é um acadêmico ou já prestou serviços para uma empresa privada qualquer. Ele se acha digno do cargo? Que se habilite. E a sociedade vai ficar sabendo. E que a banca *ad hoc* nomeie o melhor. Porque o que acontece hoje em dia? Essas pessoas realmente qualificadas têm muito medo de se habilitarem a esses cargos porque precisam fazer os contatos políticos. E não são todas as pessoas, sobretudo os acadêmicos, que estão dispostas a isso. Então, isso seria facilmente resolvido.

Agora, por que não é resolvido? Primeiro, porque a sociedade não pressiona. E segundo, porque interessa aos políticos: é um cargo a mais, um apadrinhado a mais que vai ser bem remunerado e com estabilidade. Esta questão do risco, eu entendo que seja perfeitamente resolvida com uma lei que determinasse um sistema público de escolha dessas pessoas.

Para concluir, entendo que a AGU deve prosseguir mesmo com esta Portaria 164 para as agências, porque como advogada e defensora de empresas e de consumidores, eu acho, sim, que deve haver uma uniformização. Porque, hoje em dia, quando você vai advogar nestas agências, os entendimentos são os mais variados possíveis acerca de tudo. Quando chega em nível de tribunal, é uma dificuldade danada para a gente conseguir identificar a jurisprudência que se aplica à área de telecomunicações, à área de energia elétrica, à área de medicamentos, sobre temas que permeiam toda a administração. Então, isto não faz sentido em termos de administração. Que a AGU continue lá com a portaria dela em relação às agências, que deixe o Cade em paz. Para que este possa continuar a seguir os seus objetivos, que é de defesa da sociedade, não é de política pública, não é de governo, é de Estado. É política de Estado e que não pode mudar quando mudam os governos. Porque, se a cada governo tivermos uma lei de defesa da concorrência, nós vamos conseguir uma façanha incrível, que é desestruturar o sistema capitalista. É isso que vamos conseguir se todo governo mudar a lei de defesa da concorrência. É

uma lei cujos dispositivos são mais ou menos os mesmos em todas as jurisdições, portanto, não há o que mudar.

O que há de mudar é o modelo institucional. E que os conselheiros do Cade também, o procurador... Eu até defendo que a AGU deva indicar entre os seus membros o procurador geral do Cade. Eu sempre defendi isso, coloquei esse dispositivo lá no Projeto de Lei nº 8.884, que foi retirado no Congresso Nacional. Sempre defendi que a procuradoria do Cade deva ser chefiada por um membro da AGU. E por quê? Doutor Mauro já falou aqui. Porque ele simplesmente cumpre decisões do plenário. Ele não tem autonomia de chegar lá e ficar ajuizando ações em nome próprio, em modo próprio: ele vai cumprir as decisões do plenário do Cade. Então, não tem problema o procurador geral do Cade ser um membro da AGU, porque ele não vai cumprir as decisões da AGU, vai cumprir as decisões do plenário do Cade. É até bom que seja.

E não acho também que Direito da Concorrência seja essa dificuldade que ninguém consegue aprender. Isso é bobagem. Todo mundo que vai lá para o Cade aprende isso logo nos primeiros seis meses. Há 10, 15 anos atrás, tínhamos o monopólio do conhecimento porque era algo novo no Brasil. Mas depois, não. Foram vários escritórios, que foram aparecendo, as faculdades começaram a ensinar Direito da Concorrência, então, não tem monopólio nenhum. A minha visão é essa.

Lamento muito não poder chegar à mesma conclusão de enaltecer as agências, mas acho que elas não são estas coisas fantásticas, que começam a dizer, sobretudo sob a perspectiva dos consumidores que não entenderam até hoje por que elas existem. E ao contrário dos grupos regulados, que pretendem que esta autonomia continue porque elas têm sido apontadas como bons exemplos de captura. Eu agradeço muito a participação. E parabênico mais uma vez a professora Lucia Helena pelo evento.

Eduardo Fiuza – Muito obrigado, doutora Neide. Vamos para o último palestrante da noite, doutor Sérgio Bruna, presidente do Conselho Deliberativo e ex-presidente do IBRAC.

Sérgio Varella Bruna – Obrigado, doutor Fiuza. Obrigado, doutora Lucia Helena, pelo convite. Queria agradecer também em nome do IBRAC. Hoje teremos aqui três representantes. É um prestígio muito grande para nós, dada a importância do Ipea no cenário nacional. Infelizmente, um dos nossos representantes não pôde vir. Então, vou tentar aqui fazer uma breve exposição.

Vou me ater um pouco mais ao tema, pelo menos na minha percepção, da prática judicial das agências. Acho que, pelo menos a teoria que está aqui, diz respeito mais às agências reguladoras propriamente ditas do que ao Cade. Embora o Cade

tenha um exemplo muito rico de como melhorar o relacionamento com o Judiciário. Como um órgão público pode melhorar o relacionamento com o Judiciário. Mas acho que este arcabouço teórico tem mais a ver com regulação propriamente dita e não com adjudicação, ou com o papel de um tribunal administrativo.

Quando a gente fala do relacionamento das agências com o Judiciário é necessário partir da seguinte constatação: que as agências, o Poder Público em geral, são vistos com desconfiança pelo Judiciário. E daí vem grande parte das resistências que se fazem sentir na prática judiciária. Quer dizer, existem duas questões. Uma é a questão, talvez, do ranço ou da má imagem que o Poder Público possa ter na história da prática administrativa recente, ou talvez não tão recente, no país. E a segunda questão é um sentimento de onipotência judiciária, de que o juiz acha que tudo sabe e tudo pode com relação à aplicação de normas jurídicas. Então, essas duas coisas juntas provocam um ativismo judicial com relação à atuação das autoridades administrativas em geral, não somente com relação a agências reguladoras.

Mas, enfim, para colocar essa questão de uma forma talvez mais positiva, a gente tem esses dois valores contraditórios. Em primeiro lugar, não conheço nenhum estudo que diga que um sistema de controle judicial ativo ou uma atividade intensa de revisão judicial dos atos das agências reguladoras, ou dos atos de regulação em geral melhora a qualidade da regulação. Não conheço, não sei se existe. Mas, ao mesmo tempo, a teoria do Estado coloca como princípio, ou como regra de boa conduta, e o doutor Campilongo já disse isso aqui hoje, que o bom governo não é apenas um governo eficiente, mas um governo que possa ser controlado.

A ideia toda de separação de poderes tem como fundamento o espírito de controlar o poder. Montesquieu dizia que todo poder que é livre de pesos degenera em pura arbitrariedade, puro arbítrio. Essas duas coisas estão uma contra a outra. Porque quando você imagina que talvez a intervenção judicial muito ativa possa piorar o resultado da regulação, talvez conflite um pouco com esta ideia de que nós temos de ter um controle para que o poder possa ser exercido de uma maneira adequada.

Desse modo, rapidamente, eu gostaria de citar um paradigma. Como é o relacionamento das agências com o Judiciário nos Estados Unidos? E por que eu menciono os Estados Unidos? Porque, enfim, é a grande fonte de inspiração do modelo institucional que nós temos. Não é, exatamente, a fonte única; a gente combina fontes mais, vamos dizer assim, continentais do que apenas de *common law*, mas a grande fonte de inspiração é, sem dúvida nenhuma, a do direito americano, como também são do ambiente americano os exemplos na doutrina econômica que, enfim, servem também de paradigma para esse tema. Então, essa ideia de

que a agência surgiu com uma carga de desconfiança não é privilégio nosso. Nos Estados Unidos isso também aconteceu, inclusive muito mais remotamente. No final do século XIX houve uma série de embargos judiciais, em que o Judiciário acabou interferindo em decisões de regulação, de interferência do Estado na atividade econômica. E, fundamentalmente, fez isso cunhando uma doutrina que ficou conhecida como doutrina Lockner, que era baseada na evocação de princípios constitucionais implícitos, que estavam muito ligados à ideia de razoabilidade, à ideia de justiça, que impediam que naquele sistema constitucional houvesse uma intervenção tão direta do Estado numa atividade que era privada, portanto, o exercício de uma liberdade dos particulares contra o Estado. E essa desconfiança permaneceu por décadas, até que, mais ou menos no meio da Segunda Guerra, concluiu-se que não tinha jeito mesmo, tinha de ter agência. E já que tinha de ter agência, vamos lidar com esse problema.

O modo que os americanos encontraram para lidar com esse problema foi editar uma lei, que é a lei de processo administrativo nos Estados Unidos, que define as regras – inclusive de revisão judicial – de atuação do Estado como regulador, entre muitas outras coisas. E como é que se procurou controlar a atuação das agências nos Estados Unidos, especificamente nessa lei? Ela é centrada na utilização de procedimentos de consulta e participação popular como modo de controle da atividade reguladora. Existe toda uma discussão filosófica, que não dá tempo de aqui abranger, mas uma das possibilidades de controle que existe filosoficamente é tentar reproduzir, no âmbito da regulação, aquilo que a gente tem no mercado. Se tem uma oferta de regulação, uma procura de regulação, se houver liberdade dos agentes econômicos colocarem as suas demandas regulatórias para o poder e este processo for transparente, pelo menos eu consigo emular o processo de mercado e tentar alcançar um equilíbrio neste jogo de poder.

Nesse sentido, basicamente, o modelo que os americanos encontram é a criação de procedimentos de participação e consulta pública nos atos que geram decisões regulatórias. E no campo judicial, é uma questão que avança e retrocede na intensidade de intervenção, mas a regra que se cristaliza é uma regra de deferência judicial. Ou seja, o Judiciário resiste à hipótese de interferir nas decisões das agências, por uma série de motivos, inclusive de ordem constitucional, que são específicos do cenário norte-americano. Quando é que o Judiciário se dá o direito de entrar na decisão tomada pela agência, na decisão regulatória tomada pela agência? E faz uma verificação de consistência entre as finalidades que cabe à agência buscar e os interesses que foram postos em disputa.

E, basicamente, esta análise é feita à luz da fundamentação, que a autoridade usa para evitar os seus atos regulatórios. A autoridade é obrigada a fundamentar as suas resoluções, por assim dizer. E se faz também, mais modernamente, uma análise para verificar se a agência dedicou a atenção devida. Em inglês é *took a hard look*, “olhar com cuidado”, para os temas que são postos em disputa. Se a agência deu esta atenção devida e adotou uma decisão por força de dar peso a uma alternativa em detrimento de outra, o Judiciário exerce uma posição de deferência à decisão tomada pela agência, ainda que para o Judiciário aquela decisão não fosse a melhor entre as possíveis.

Como o professor Campilongo falou, há no Direito, no mais das vezes, uma série de possibilidades de decisão que são coexistentes, uma não invalida a outra. Então, se escolhemos uma e o Judiciário acha que deveria escolher a outra, ele adota uma posição de deferência à agência. Acho útil ilustrar: o caso Chevron diz respeito a uma lei de proteção ambiental que determinou à agência de proteção ambiental americana uma política que tinha como base a imposição de limites para emissão de poluentes. E esses limites eram dados por unidades produtivas. E a agência de proteção ambiental, depois de muita discussão e processo administrativo para determinar a regra concreta que iria prevalecer, criou o conceito de bolha. Então, passou a não olhar mais para as unidades produtivas individualmente consideradas, mas para o conjunto de equipamentos emissores de um determinado complexo industrial, fingindo que sobre ali havia uma bolha, de sorte que equipamentos que emitiam mais do que o limite podiam ter esse excesso compensado por equipamentos do mesmo complexo que emitissem menos.

Isso foi questionado pelos ambientalistas, dizendo que extrapolava a norma de competência, a norma que tinha atribuído esta política. E se desenvolveu essa doutrina Chevron, que não tem muito a ver com a questão ambiental que está por trás disso, mas tem a ver com esta ideia de separação ou divisão de poderes entre o Judiciário e a agência. Eles desenvolveram lá esta regra de dois estágios. E o que esta regra de dois estágios propugna é o seguinte, você faz duas perguntas: a primeira pergunta é se a norma de competência detém um sentido claro – se o legislador disse exatamente aquilo que a agência deve fazer; e, caso tenha dito, se a agência não o fizer, o Judiciário revê.

Agora, se a regra de competência é ambígua, se é compatível com mais de uma decisão, igualmente compatível com esta norma, aí a revisão é limitada a excesso de desvio de poder. Você vai verificar se a agência escolheu uma das decisões possíveis, e não uma outra decisão que extrapola os limites daquela norma. Qualquer das decisões possíveis é válida. E aí, a regra é de deferência judicial. O Judiciário se

nega a rever o mérito dessa decisão, e essas coisas têm explicações. Elas não existem por si próprias, mas são decorrentes do sistema constitucional americano, que é bastante diferente do nosso, nesse particular.

Em primeiro lugar, a diferença mais importante é esse princípio da imunidade do soberano, que deriva daquela ideia que os americanos herdaram dos britânicos, de que o rei não pode cometer erros, não é? *The king can do no wrong*. O soberano não pode ser processado nos Estados Unidos, nem fora, porque ele é uma autoridade soberana. Só pode ser processado na medida em que ele consinta. O fato é que há leis que dão esse consentimento em profusão. E a lei de processo administrativo americano contém essas concessões, mas contém também limites. Ela autoriza que os particulares processem o Poder Público, mas dá limites. E aqui no Brasil vigora justamente o contrário, que é o princípio da indeclinabilidade. Quer dizer, a lei não pode afastar nenhuma questão da prestação judicial. Isso é uma dificuldade para nós ao convivermos com a prática, ou a judicialização das questões regulatórias. A segunda diferença fundamental é que nessas exceções que a lei de processo administrativo americano estabelece, não está a verificação de questões de fato. As questões de fato, em regra, são estabelecidas pela agência em caráter terminativo. Ela disse, “o fato é esse” e o Judiciário não pode, senão em caso muito extremo, questionar que o fato do fato é aquele ou deixa de ser aquele.

E no Brasil se dá justamente o contrário. Vigora aqui a teoria dos motivos determinantes. Isso significa que, se o motivo do ato, ou seja, o fato que fundamenta a sua edição, inexistente, o ato é nulo. Então, isso também modifica a prática judicial. O nosso problema qual é? Nós temos, vamos dizer assim, um modelo institucional ainda um pouco verde, pouco testado, que gera, inspira esta questão de confiança, por exemplo, a escolha dos ocupantes dos cargos de direção superior das agências é reflexo dessa imaturidade institucional. A participação em procedimentos normativos está prevista em muitas leis, em outras, embora não prevista na lei, está criada em atos infralegais, e é prática hoje fazer procedimentos de consulta, mas a participação é limitada. Muitas vezes, os órgãos de defesa do consumidor não participam e deveriam participar com mais intensidade.

Existem exemplos de interferência judicial, talvez excessiva, no dia a dia das agências, que criam entraves ao desenvolvimento de políticas setoriais e projetos de infraestrutura. Nós temos exemplos de profusão disso no campo ambiental, talvez um dos mais eloquentes. Especialmente para mim, a mais absurda é a discussão sobre se é competência estadual, municipal ou federal dar o licenciamento. Enquanto se discute isso, as licenças não são concedidas e os projetos param. Os juízes não possuem conhecimentos específicos na matéria regulada. E existiu, na

verdade, uma multiplicação de competências judiciais. Para mim, o maior exemplo é a privatização da Vale e o número de liminares que havia pelo Brasil afora. Quer dizer, era virtualmente impossível cassar todas as liminares. No fim, se inventou no STJ uma cautelar que, no meu modo de ver, nem cabimento teria, mas que foi a solução prática que se deu para aquele caso que ia inviabilizar a política que se pretendia implantar. Então, minha proposta é: acho necessário vender aos juízes, aos promotores, a ideia de que eles não são autoridades capazes de regular mercados. Parece trivial, mas eu e o Mauro conhecemos um procurador do Rio Grande do Sul que escreveu até um livro dizendo que ele acha que o grande papel do MP é regular o mercado, interferir na regulação.

Muito se fala no estabelecimento de foro especial. Estabelecimento de foro especial talvez fosse algo útil para concentrar um pouco a discussão, mas isto requereria uma emenda constitucional. É complicado de fazer. Acho que está ao alcance das agências utilizar mais intensamente os procedimentos de consulta para gerar um registro que suporte as suas decisões e, à luz desse registro, dessa documentação, tentar sustentá-las em juízo. E ao Judiciário cabe, enfim, ter um pouco de autocontenção e desenvolver uma atitude de deferência. Nós não precisamos mudar a Constituição para isso. Existe um princípio muito falado, muito estudado que é o princípio da legitimidade dos atos administrativos. Não é preciso fazer nenhuma revolução para usar o que a gente já tem de ferramental para tentar preservar um pouco os atos regulatórios.

Enfim, tratar o tema da regulação diante do que o professor Eros Grau chama de um prudente positivismo. Ou seja, vamos olhar para a questão, não vamos nos recusar a examiná-la. Mas, dado que a lei diz algo e dá competência a alguém, desde que haja uma proposição razoável dentro dos limites da lei, vamos evitar interferir, porque isso realmente é algo que pode atrapalhar o cumprimento das políticas que são confiadas às agências. Basicamente, é isso. Eu queria agradecer.

Eduardo Fiuza – Vamos pedir aos membros do plenário que dirigirem perguntas ou comentários, que o façam de maneira breve, concisa, dado o estendido da hora. Quero agradecer a todos os palestrantes pela docilidade ao comando aqui do tempo. Depois que o Sérgio falou sobre os juízes que se arvoram em agentes capazes de regular, me lembrei de uma piada que vocês devem conhecer: os advogados acham que são deuses, e o juiz tem certeza de que é. Então, dito isso, Danilo, Lucia Helena, mais alguém?

Danilo Coelho – Meu nome é Danilo Coelho, sou pesquisador do Ipea, sou da coordenação de regulação. Mas, apesar de ser doutor em economia, estou apenas engatinhando no assunto de regulação. Então, meus comentários serão mais de uma

pessoa que aprendeu hoje com os senhores. Primeiro, gostaria de parabenizá-los, foi excelente o debate. Eu aprendi muito com isso. Eu queria levantar um ponto, que acho que não foi abordado aqui, sobre a questão de se os procuradores do Cade devem responder à AGU ou ao presidente do Cade. Realmente, acho que o Cade perde independência pelo fato de estar subordinado à AGU. Agora tem talvez, uma pequena vantagem de ele pertencer à AGU, e que acho que não foi levantada ainda aqui hoje, no plenário. Hoje em dia, por exemplo, os gestores do Executivo têm um concurso único para o cargo de gestor. E os gestores são alocados nos diferentes ministérios. Uma vantagem disso diante da metodologia anterior, é que: o que o ministério fazia? Ele realizava um concurso e contratava os seus próprios gestores. E hoje não, hoje é um concurso unificado. Por exemplo, se um gestor cai num ministério e o ministro ou o secretário acha que ele não é tão competente, ele pode sugerir ao gestor: “você não se encaixou bem aqui; que tal ir para outro ministério?”. Agora, imagina que o Cade faça concurso para procurador, que é uma atividade de extrema importância, e estratégica, para o Cade. Imagine que ele não seja tão competente? Imagine o Cade com procuradores que não sejam tão competentes? Atualmente, se ele for advogado da AGU, ele vai passar um tempo e depois vai ser substituído, tem sempre um rodízio. Agora, se o Cade resolver fazer concurso para procurador, o que vai acontecer é o seguinte: se ele não se adaptar bem àquela função dentro do Cade, o Cade vai ter de conviver com ele até se aposentar. E se isso é complicado, imagina um posto estratégico. Isso é uma vantagem que acho que ainda não foi analisada nesse ponto.

Outra questão é sobre decisões do Cade. Aqui se falou muito na questão técnica, mas vou falar algo um pouco óbvio. As decisões do Cade têm a questão política também. Por exemplo, uma determinada fusão pode afetar os consumidores de maneiras diferentes. Tem um impacto distributivo. E para você avaliar se aquela decisão é boa ou não para a sociedade, isso vai depender do que você acha que é bom, qual a sua função social. E isso é decisão política ideológica sua. Uma outra questão também, a questão do Cade e comparar o Cade com tribunal, por exemplo, o ministro do Supremo. O mandato do conselheiro do Cade é temporário; o do Supremo não, até os 70 anos ele pode ficar lá. E isso também torna relativa a questão da independência. E outro ponto que achei interessante foi aquele a respeito da decisão do Banco Central do Brasil e do Cade sobre quem deveria olhar a questão do sistema financeiro. O presidente do BCB não tem autonomia, não tem independência; e o do Cade tem independência.

Arthur Badin – Só para esclarecer, os procuradores do Cade fazem parte da mesma carreira da AGU, assim como, para todos, o concurso é o mesmo. É como mencionei, eu acho uma inovação importante a partir de 1988 que é essa unificação,

que vem garantindo uma certa homogeneidade na qualidade dos profissionais que são selecionados. Antigamente, cada órgão fazia o seu concurso da maneira que entendia adequada, e era um balaio de gatos.

Danilo Coelho – Mas ele não pode mudar depois.

Arthur Badin – Ele pode mudar e eles circulam. Há uma alta rotatividade através de concurso, de remoção etc. A questão é: a procuradoria jurídica do Cade é chefiada por um procurador geral, que goza das mesmas prerrogativas de independência dos conselheiros. Ele também é sabatinado pelas pessoas do Senado, e também tem mandato. No exercício das funções de representação, um advogado privado pode advogar para interesses diferentes. Numa hora, como a própria professora Neide falou, às vezes advoga para empresas, às vezes advoga para consumidores, mas obviamente, que nunca no mesmo caso. E você tinha mencionado também...

Neide Malard – A questão política.

Arthur Badin – A questão política. Exatamente, existe uma oscilação, uma opção que oscila na interpretação, por exemplo, da questão “eficiência”. O que é eficiência, eficiência com distribuição equânime para os consumidores, eficiência no sentido de bem-estar agregado de toda a sociedade. É claro que esta interpretação muda, e é por isso que alguém tem de dar esta interpretação, já que a lei não consegue de antemão. É uma fantasia achar que a lei e a dogmática jurídica vão conseguir antecipar e determinar todas as decisões futuras.

Mauro Grinberg – Por isso, o Cade é uma ordem judicante.

Arthur Badin – O fato é que alguém tem que decidir. E a lei atribuiu esta decisão, esta escolha entre as diversas possíveis, ao Cade. O Cade não pode tomar decisão fora da curva.

Danilo Coelho – Meu ponto é sobre como nomear os conselheiros do Cade. A discussão era se deveria ter um concurso ou não, se deveria passar no Senado, e eu falei: “cuidado que as decisões dos conselheiros são políticas”. Então, não basta apenas um concurso para escolher o conselho, tem que haver uma decisão política. Por isso que eu acho que cabe ao Senado e ao Poder Executivo.

Neide Malard – Se você falasse que as decisões são ideológicas, eu até concordaria com você, porque são. Agora, políticas não são, não. Todo ser humano é ideológico, até o ministro do STF. E é por isso que você tem num tribunal a objetividade do subjetivo. Por que você tem um tribunal? Porque você tem várias cabeças pensantes diferentes, para você tirar a maioria e dar o voto da maioria. As decisões

mais polêmicas do Cade não foram tomadas por unanimidade; foram tomadas por maioria.

Eduardo Fiuza – Vamos deixar a Lucia Helena perguntar, para a gente fechar o circuito. O Arthur também se inscreveu, o Alexandre Veronese também. E aí a gente encerra com a Mesa respondendo tudo. Tem mais alguém?

Lucia Helena Salgado – Deixa eu fazer um comentário. Gostei muito de todas as exposições. São todas de extrema qualidade, mas alguns pontos na fala do professor Farlei me chamaram a atenção. Talvez eu não tenha entendido direito. Vou colocar como entendi e alguns reparos que me ocorreram. E você me corrija, caso tenha sido uma incompreensão minha. Você disse em algum momento que a questão de autonomia e independência estaria superada do ponto de vista de uma discussão, atualmente, na medida em que a sua origem, de onde ela surgiu, esta discussão já não se coloca mais. É uma questão superada historicamente e deu como exemplo uns decretos presidenciais, os decretos executivos, agora do Obama, e revendo o decreto do Clinton, com orientações para as agências. Não por acaso, na *5ª Jornada Internacional de Regulação*, que vai acontecer agora em novembro, um dia de debates vai ser inteiramente dedicado à discussão de qualidade regulatória, na verdade, análise de impacto regulatório. Esse é um tema que estamos começando a estudar aqui no Ipea. E isto muito em compasso, num trabalho articulado com algumas agências que nos têm procurado, pedindo ajuda. E também com o pessoal da Casa Civil, através do PRÓ-REG. E, na verdade, também o que estamos procurando fazer é absorver um pouco desta experiência, deste aprendizado de como se construir talvez uma supervisão do trabalho das agências regulatórias, na linha de buscar aperfeiçoar a qualidade regulatória. Agora, quando você fala que isso é uma questão superada, eu realmente tenho dúvidas porque, a rigor, você fala desses dois decretos. Até onde sei, quer dizer, a história dos decretos executivos determinando regras ou sugerindo regras regulatórias é até mais antiga. Quer dizer, a mais conhecida é o decreto no governo Reagan, que define de maneira mais explícita, que qualquer regra nova regulatória tem de passar por uma análise de custo-benefício, mas mesmo antes no governo Ford, no governo Carter, esta preocupação já estava manifestada. Agora, então, o Obama, logo que assumiu, também colocou à frente do órgão supervisor das agências alguém que tem uma preocupação bastante cara com a discussão da competência regulatória, da redução de custos regulatórios. É um tema que nos é caro também. Agora, acho que nada supera a questão da autonomia regulatória. Isso por quê? Porque quando se fala em agência nos Estados Unidos, fala-se de órgãos de naturezas muito diferentes, todas misturadas, embora embaixo do mesmo titulozinho e da mesma legenda *agency*. Quer dizer, a gente importou este termo *agency*, que é um nome fantasia,

na verdade, o que a gente tem aqui são autarquias especiais. A gente chama de agência porque é bonito e tal, estava na moda, como nos Estados Unidos chama-se de *agency* qualquer coisa. Desde órgãos como o Federal Trade Commission, que é uma *agency*. *Agency* é um órgão do Legislativo.

Neide Malard – A *agency* seria traduzida para nós como órgão.

Lucia Helena Salgado – Isso, órgão. Até onde eu sei – por isto eu quero que você me corrija, porque esse é o seu tema de estudo – um decreto como esse do Obama para as *agencies*, ou seja, para os órgãos do executivo, é determinativo. Claro, porque é para um órgão dentro dos departamentos, nos ministérios. Agora, uma *agency* que é vinculada ao Legislativo, como o FTC, é no máximo uma sugestão, uma recomendação, se tanto. Então, a gente mistura embaixo desse negócio de *agency* um monte de coisas diferentes, e aqui no Brasil a gente também faz muita confusão. Então, eu acho que esta discussão não está superada e insisto no fato de se discutir regras gerais, porque estamos começando a trabalhar isso no Ipea. Discutir regras de aperfeiçoamento regulatório, em nada colide com a autonomia das agências. Se a gente vier, em algum momento a definir, digamos assim, um manual de boas práticas regulatórias, isso não vai ser uma imposição para as agências. Cada agência, caso a caso, vai definir dentro da sua rotina como vai atuar. Ponto parágrafo, não vou mais tocar nesse assunto. Vou tocar numa outra questão. Outra questão, quando você fala também na questão da autonomia estar superada e mostra o exemplo das agências norte-americanas, só queria chamar a atenção que, a rigor, toda a doutrina da boa governança regulatória é muito recente. E ela é construída justamente em cima da análise crítica da má experiência norte-americana do processo regulatório que deu origem ao conceito de captura, para só ficar nisso, e a gente não se estender muito. Quando se fala em independência, em excelência técnica, em transparência, prestação de contas, a gente está falando de um conjunto doutrinário de boa governança, que foi construído não tem duas décadas. Então, isto tudo é uma construção na linha do que a gente chama de engenharia institucional, que eu acho que é, de certa forma, amparada na experiência norte-americana, mas justamente amparada a partir da má experiência do que foi a má regulação.

Alexandre Veronese – Eu queria fazer um comentário rápido, desculpe, muito rápido.

Professora Neide, meu nome é Alexandre Veronese, sou da Universidade Federal Fluminense, mas durante muitos anos fui servidor do Ministério da Ciência e Tecnologia. Gostei muito da sua exposição e, na verdade, a preocupação desse modo de entrada de dirigentes em órgãos. A minha dissertação de mestrado foi

sobre a reforma administrativa de 1995, aplicada ao MCT. E uma das mudanças que ocorreu no âmbito do MCT foi a instituição de um mecanismo, que está na legislação e funciona até hoje, e que se chama comitê de busca. Quer dizer, quando um diretor de uma unidade de pesquisa ou alguém de um órgão no MCT sai e você precisa de um outro dirigente, abre-se um painel no MCT, abre-se um comitê de busca normalmente por grandes pesquisadores da área específica – por exemplo, no caso do Impa, matemática – eles recebem currículos e encaminham listas. Quer dizer, isto na época era um mecanismo alternativo ao que existe de um modo geral na vida universitária, que é a eleição. Então, para não ter eleição e criar um outro mecanismo, ele foi criado, é talvez uma experiência. Muitas vezes, a gente pensa nessas hipóteses como nas soluções abstratas. Então, é para pegar uma experiência que existe, e que empiricamente não foi analisada, de como funcionou. Num primeiro momento foi um tormento porque as pessoas disseram: “Mas neste instituto aqui vai poder vir um físico, por exemplo, que é de São Paulo e vai vir para dirigir os cariocas”. Na época foi um tormento, mas depois deu certo. O pessoal se acostumou e até o último diretor deste instituto era um paulista e o pessoal gostou, “ele é paulista, mas é gente boa”. Quer dizer, é um mecanismo institucional, ele existe e vale a pena ser analisado como uma experiência, não necessariamente para o Cade, mas vale nessa lógica para qualquer *agency*. Obrigado.

Eduardo Fiuza – Vamos passar para as respostas.

Farlei Riccio – Eu, infelizmente, mais uma vez estou oprimido pelo tempo. Não só na minha fala, para poder respeitar o tempo dos colegas da Mesa, mas também pelo adiantado da hora. Mas, esclarecendo o que você comentou, Lucia, efetivamente, quando eu digo que a questão da independência e a da autonomia das agências está superada, está superada no sentido da discussão dogmática acerca desta independência. Ou seja, hoje reconhecemos no nosso direito, de forma quase unânime, que as agências possuem independência técnica na área em que atuam, naquele setor da economia em que irão regular as atividades dos agentes econômicos. Então, o que nós devemos como pesquisadores, como profissionais de Direito e participantes destes fóruns acadêmicos e jurídicos é dar o passo seguinte. Ou seja, temos que construir mecanismos e procurar estabelecer mecanismos ou metodologias que superem a questão da independência técnica das agências. Isto está reconhecido. Vamos superar, então, e dar mais um passo à frente. Como então efetivar um controle, ou um mecanismo de controle político, de órgãos administrativos independentes dentro de um sistema administrativo como o brasileiro baseado num sistema romano-germânico, fortemente influenciado pelo Direito Administrativo francês? Então, é isto quando eu digo que a discussão da autonomia técnica, ou a independência das agências, está superada, é no sentido

de que isso é quase que reconhecido de forma unânime na nossa doutrina, na nossa jurisprudência. Poderíamos citar dois autores: Bandeira de Mello, Di Pietro, alguns outros autores que dizem que não há essa autonomia técnica, mas é no sentido de avançar na discussão, procurar estabelecer mecanismos que possam no nosso sistema normativo, que nós estamos fazendo uma recepção de um modelo jurídico de tradição totalmente distinta, incorporando ao nosso sistema, assim como fez a França. E a França teve os seus problemas, superou essas questões de autonomia, de independência técnica, o Conselho Constitucional francês deu a sua solução. Nós temos que dar a nossa também. Então, é nesse sentido, como profissionais acadêmicos, pesquisadores, juristas, que devemos procurar estabelecer esses mecanismos e deixar não afastar de todo a questão da independência; é importante reforçar, defender essas posições técnicas, essas independências técnicas de determinados órgãos. Mas também temos que caminhar, dar um passo mais à frente e continuar na pesquisa, buscando essas novas formas de injeção política entre esses vários órgãos.

Eduardo Fiuza – Mais alguém quer comentar? Doutor Thompson.

Thompson Andrade – Muito rápido. Estou preocupado com uma partezinha dos comentários da Neide com relação à existência das agências reguladoras. Quer dizer, ela me deixou a impressão de não gostar deste sistema de agências reguladoras. Não sei se eu estou equivocado com relação a isso. Porque, na verdade, essas agências reguladoras existem porque as leis as criaram, então, elas poderiam deixar de existir e não fariam falta. Ou seja, estou um pouco preocupado com isso porque, na verdade, a gente vê as agências reguladoras, mesmo com eventuais defeitos, essas dificuldades que você mencionou, as diferentes normas que presidem o funcionamento delas – diferenças que são explicáveis pelo fato de que essas agências foram criadas em contextos históricos diferentes, embora razoavelmente próximos – mas eu não tenho absolutamente nenhuma saudade do momento anterior, antes da existência das agências reguladoras. Então, fazer com que essas diferenças possam, eventualmente, ser eliminadas para benefício. E não posso concordar que poderia ser a mesma coisa se as agências não existissem. Porque vamos recordar o que havia antes da existência das atuais agências reguladoras. Existia regulação, já existia regulação. Só que em vez dessas agências, geralmente, eram departamentos ministeriais. Um exemplo é o Dinai, do Ministério de Minas e Energia. Um departamento subordinado diretamente ao ministro, então, suas decisões eram inteiramente influenciáveis pelo ministro. Ou influenciáveis por outras autoridades que tinham um poder político muitas vezes até maior que o do próprio ministro. Então, imagine, por exemplo, o Dinai querendo regular o funcionamento das empresas hidrelétricas, quando vários dos presidentes das hidrelétricas eram muito mais importantes, po-

liticamente, do que o próprio presidente do Dinai. Imaginem o órgão regulador, que era um departamento, querer enquadrar uma estatal como a Petrobras, onde o presidente da República nomeava o presidente da Petrobras. Sem falar o fato de que, por exemplo, mesmo no próprio Dinai, grande número dos funcionários eram funcionários empregados das empresas que tinham de ser reguladas. Quer dizer, vários dos funcionários da Dinai eram empregados da CEMIG, CESP, e assim por diante. Ou seja, acho que não tenho absolutamente nenhuma saudade da situação anterior. Eu acho que o sentimento geral, se eu estou interpretando corretamente, é de que as agências reguladoras, tais como elas vieram, foram um avanço. É claro que há a possibilidade, e deve haver uma melhoria. Deve-se procurar melhorar essas agências. Agora, não tenho muita certeza de que vá se encontrar essa melhora da forma como foi tão discutida e está sendo proposta e discutida aqui. Talvez o projeto em discussão no Congresso, de certa maneira, possa melhorar.

Neide Malard – Só para esclarecer. Não é que eu seja contra as agências reguladoras. Eu acho que elas não têm de ser sublimadas como são: de gozarem de independência absoluta; serem eminentemente técnicas; verdadeiros deuses, como elas são citadas. Elas são constituídas de funcionários públicos que têm os mesmos problemas dos funcionários públicos da administração direta, que ganham mais ou menos os mesmos salários, que têm os mesmos direitos. E o problema nas agências reguladoras é que ninguém tem acesso a elas. Elas fazem alguma coisa errada, você vai reclamar para quem? O governo lava as mãos, fala “não, elas têm autonomia, eu não posso fazer nada”. Quer dizer, o custo para a sociedade é ir ao Judiciário. Agora, se elas são tão boas, é só olhar o rol de ações no MP contra elas, que você vai ficar perplexo. Elas podem ser muito boas para os entes regulados, mas não para os consumidores. É impressionante, todas as medidas em prol dos consumidores tomadas pelas agências foram por meio de TACs celebradas com o MP, através de ações ajuizadas pelo MP. Então, elas são uns problemas, sim, para os consumidores. E é interessante no Brasil com tanta agência, você não tem uma agência para a defesa dos consumidores. Quer dizer, demorou quantos anos? 20 anos. O Código do Consumidor está há quase 20 anos em vigor, para se adotar uma multa, como se adotou ontem. Demorou 20 anos para que fosse feito. Eu acho que no Brasil, a gente precisa exercer um controle sobre essas agências, saber quem vai ser colocado lá, e a sociedade tem de exercer um controle sobre elas. Porque não existe na democracia nenhum órgão sobre o qual não se tenha controle. Não existem pessoas perfeitas e muito menos instituições perfeitas. Agora, elas existem em função da privatização dos serviços, porque quando o Estado está prestando o próprio serviço, essas agências são absolutamente desnecessárias. Agora, a gente não pode esquecer que o que foi privatizado foi construído pelo Estado. Não foi

construído pela iniciativa privada. O Estado construiu e explorou, e regulou. O modelo faz sentido a partir de o Estado passar a conceder os serviços para a iniciativa privada. Eu não sou contra as agências. Eu sou contra essa sublimação dessa independência e achar que o poder político é uma coisa ruim. A sociedade é política. A sociedade não vota em técnicos, ela vota em políticos. E ela quer soluções para os seus problemas. Agora, o que se pergunta é o seguinte: um órgão técnico tem capacidade de resolver os problemas da sociedade? Pode resolver lá das empresas hidrelétricas, das empresas de telefonia, mas para a sociedade, com certeza, elas não foram criadas para isso. É essa a minha posição: é refletir sobre essa sublimação das agências. Só isso.

Eduardo Fiuza – Ok. Muito obrigado a todos que resistiram até agora. Quero agradecer a toda a equipe de apoio. E aproveitar para fazer a propaganda. Essa questão de governança de estatais em relação com as agências é também um dos painéis previstos para a nossa *Jornada de Regulação*. Então, esperamos todos vocês em novembro.

GLOSSÁRIO DE SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União

AmBev – Companhia de Bebidas das Américas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações

Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo

BCB – Banco Central do Brasil

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CEMIG – Companhia Energética de Minas Gerais

CESP – Companhia Energética de São Paulo

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

CVRD – Companhia Vale do Rio Doce

DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

FTC – Federal Trade Commission

Funai – Fundação Nacional do Índio

IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Impa – Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada

INB – Indústrias Nucleares Brasileiras

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Mare – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

MCT – Ministério da Ciência e Tecnologia

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OIRA– Office of Information and Regulation Affairs

OMB – Office of Management and Budget

ONU – Organização das Nações Unidas

Petroquisa – Petrobras Química S. A.

PGF – Procuradoria-Geral Federal

PNPD – Programa de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional

PRÓ-REG – Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão em Regulação

PUC-Rio – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

SDE – Secretaria de Direito Econômico

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TAC – Termos de Ajustamento de Condutas

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF – Tribunal Regional Federal

UFF – Universidade Federal Fluminense

UniCEUB – Centro Universitário de Brasília

Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Editorial

Coordenação

Iranilde Rego

Supervisora

Andrea Bossle de Abreu

Revisão

Lucia Duarte Moreira

Eliezer Moreira

Elisabete de Carvalho Soares

Fabiana da Silva Matos

Miriam Nunes da Fonseca

Roberta da Costa de Sousa

Editoração

Roberto das Chagas Campos

Aeromilson Mesquita

Aline Cristine Torres da Silva Martins (estagiária)

Camila Guimarães Simas

Carlos Henrique Santos Vianna

Brasília

SBS – Quadra 1 – Bloco J – Ed. BNDES,

Térreo – 70076-900 – Brasília – DF

Fone: (61) 3315-5336

Correio eletrônico: livraria@ipea.gov.br

ERRATA

Nesta edição especial de *Marcos Regulatórios no Brasil – Judicialização e Independência*, organizada por Lucia Helena Salgado, não consta a lista dos autores participantes.

Segue a relação de autores com seus cargos institucionais.

AUTORES

Alexandre Aragão

Professor Adjunto da UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Arthur Badin

Presidente do Cade

Celso Fernandes Campilongo

Professor das Faculdades de Direito da USP e da PUC-SP

Farlei Martins Riccio

Membro da AGU e professor da UCAM

Gustavo Binenbojm

Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Lucia Helena Salgado

Coordenadora de Estudos de Mercado e Regulação na DISET/Ipea

Mauro Grinberg

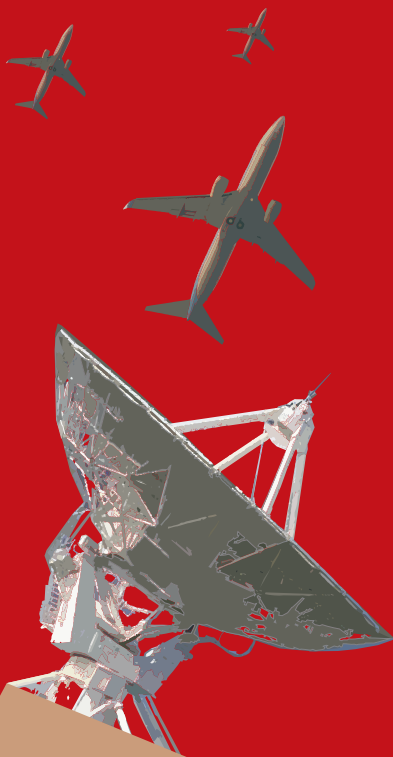
Presidente do IBRAC

Neide Malard

professora de Direito Econômico do UNICEUB

Sérgio Varella Bruna

Presidente do Conselho Deliberativo do IBRAC



"[...] me parece possível e desejável que se busque [...] um virtuoso meio-termo entre a autonomia das agências, com fundamento na sua *expertise* técnica e como instrumento de contenção de poder, e a autonomia da advocacia pública, que existe, talvez menos na AGU, e mais nas procuradorias dos estados, como instrumento jurídico de contenção do poder e de contenção da atuação dos próprios entes reguladores."

Gustavo Binenbojm

"[...] não haverá efetiva independência se, no contexto de progressiva judicialização, as agências, e esses órgãos [Cade e CVM], não puderem ser defendidos por agentes razoavelmente independentes em relação à orientação do poder central e altamente especializados na área em que estão atuando."

Arthur Badin



ISBN 978-85-7811-037-6



9 788578 110376

Ipea – Instituto de Pesquisa
Econômica Aplicada

Secretaria de Assuntos Estratégicos da
Presidência da República

