

Uma análise jurídico-institucional do processo decisório do CADE: superando a racionalidade regulatória econômica

*A Legal and Institutional Analysis of CADE's Decision Making Process:
Overcoming the Regulatory Economic Rationality*

Submetido(submitted): 15/12/2014

Parecer(revised): 13/01/2015

Aceito(accepted): 23/08/2015

Eduardo H. Kruel Rodrigues *

Resumo

Propósito – O presente artigo tem por objetivo evidenciar a necessidade de abertura conceitual do direito da concorrência para valores outros que não estritamente econômicos e, ao mesmo tempo, analisar se, do ponto de vista institucional, o CADE apresenta mecanismos adequados para a efetiva consideração de tais valores.

Metodologia/abordagem/design – Por meio da teoria processual administrativa, o estudo avalia o ambiente institucional do processo decisório do CADE a partir de diversos institutos previstos em sua lei de regência (Lei nº 12.529/2011).

Resultados – Observou-se que, ao menos do ponto de vista normativo, o CADE já apresenta, em tese, amplo espaço para manifestação de qualquer interessado em seus processos, além de já contar com um aparato institucional que lhe confere substancial autonomia. Todavia, observou-se que os mecanismos de participação e de intervenção de terceiros são ainda timidamente utilizados.

Implicações práticas – Primeiramente, o estudo destaca a abertura de valores que devem ser considerados no processo decisório do CADE. Em segundo lugar, o estudo busca apontar algumas perspectivas para que se incentive a participação de terceiros, contribuindo para um processo decisório mais sofisticado.

Palavras-chave: defesa da concorrência, CADE, processo decisório, legitimidade da regulação, teoria processual administrativa.

Abstract

Purpose – This article highlights the need for the conceptual opening of competition law to values other than strictly economic ones, while, at the same time, analyzes, from an institutional point of view, whether CADE has adequate mechanisms for the effective consideration of such values.

Methodology/approach/design – Based on the administrative process theory of regulation, the study assesses the institutional environment of CADE's decision making process from various institutes predicted in the Law no. 12,529/2011.

Findings – It was observed that, at least from a legal point of view, CADE has already, in theory, ample space for any interested party to express themselves in its procedures, in addition to the fact that it has already an institutional apparatus that gives it substantial autonomy. However, that the mechanisms of participation and for third party intervention are still shyly used.

* Assessor no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). E-mail: eduardohkruel@gmail.com.

Practical implications – First, the study highlights the variability of values that should be considered in CADE's decision making process. Secondly, the study seeks to identify some perspectives for encouraging the participation of third parties, contributing to a more sophisticated decision-making process.

Keywords: Competition law, CADE, decision making process, regulation legitimacy, administrative process theory

1. Introdução

É cada vez mais comum no processo decisório de órgãos antitruste – seja em controle de condutas ou de estruturas – que razões distintas da tradicional eficiência econômica sejam colocadas sob ponderação. Pode-se citar a manutenção de empregos, o desenvolvimento de políticas industriais ou mesmo questões remuneratórias de profissionais liberais. Com a atual concepção de Estado, em que se exige dele um papel proativo para a consecução de diversos fins sociais, a redução de valores a serem considerados na análise antitruste – algo que pode ser atribuído à Escola de Chicago (PITOFSKY, 1979) – pode se mostrar indevida.

A doutrina nacional vem buscando ampliar os horizontes de significado do fenômeno da defesa da concorrência para além de razões estritamente econômicas. Todavia, essas elaborações esbarram na dificuldade de lidar com a vagueza de conceitos – como o de interesse público –, o que torna o processo decisório uma atividade altamente complexa. Trata-se de dificuldade já há algum tempo tratada no âmbito do direito regulatório, razão pela qual se entende pertinente a aplicação de algumas teorias regulatórias, em especial a teoria processual administrativa, ao CADE. Essa transposição teórica permite analisar se, independentemente da vagueza de seus objetivos, a autoridade antitruste apresenta um ambiente institucional propício à elaboração de decisões em favor do interesse público.

Nesse sentido, inicia-se pela análise de algumas teorias regulatórias, com especial enfoque para a teoria processual administrativa, que buscam apresentar as condições que legitimam as atividades dos órgãos reguladores.

Em seguida, procurar-se-á demonstrar a necessidade de uma interpretação constitucional da política de defesa da concorrência, de forma a se identificarem os verdadeiros interesses a serem por ela tutelados.

Por fim, será feita uma análise do processo decisório do CADE nos processos de sua competência – destacando-se os atos de concentração e os processos administrativos em decorrência de infração à ordem econômica – à luz da teoria processual administrativa, de forma a verificar a abertura de tal processo a influxos de diversos setores da sociedade, o que daria maior legitimidade a suas decisões.

Tem-se por hipótese que, institucionalmente, o CADE apresenta diversos campos que permitem a abertura do órgão aos diferentes processos, além de contar com um ambiente institucional – sobretudo após a entrada em vigor da nova lei de defesa da concorrência, Lei nº 12.529/2011 – que favorece sua autonomia o que, conseqüentemente, propicia um processo decisório mais sofisticado para se alcançar o interesse público.

2. Em busca da legitimação da atividade reguladora

A relação entre Estado e economia é bastante dinâmica, variando no tempo e no espaço. A justificativa para – e em que medida – intervir no mercado depende, essencialmente, de um consenso sobre a posição do Estado frente ao indivíduo, o que depende da resposta sobre qual a finalidade do Estado.¹ Dito isso, pode-se observar duas formas de abordagem sobre o fenômeno da regulação: uma orientada a interesses privados e fundada em valores de mercado – *i.e.*, na busca pela eficiência econômica – e outra, de orientação pública, estruturada em torno de valores sociais e políticos mais amplos (FEINTUCK, 2010).

Atualmente, no ciclo de redução da atuação do Estado na economia, seria majoritária a teoria neoliberal,

“segundo a qual a intervenção estatal somente se justificaria nas hipóteses em que o mercado por si só não gera uma situação de bem-estar ótima, o que veio a ser conhecido como falhas de mercado.” (RAGAZZO, 2011)

Assim, quando mercados falham em produzir resultados eficientes, haveria uma razão legitimadora da intervenção do Estado.² Entre essas falhas de mercado, pode-se chamar a atenção para o problema das externalidades, a falta de competição e problemas informacionais (STIGLITZ, 2009).

Todavia, essa justificação da atuação estatal é muito limitada, se mostrando fechada para os influxos advindos de um Estado democrático, que é, ao mesmo tempo a razão de ser e a justificativa da atuação do Estado. Eis porque a atividade reguladora deve incorporar e dar ênfase a valores além

¹Feintuck (2010) relaciona o problema com a necessidade de equacionar a propriedade privada com objetivos sociais, ou de interesse público.

²“Moreover, it has been argued that regulation can ideally be accomplished by the application of economic reasoning designed to achieve the single goal of maximizing economic efficiency, mainly allocative efficiency. This provides the legitimacy of the regulator through his or her economic expertise; what should be avoided, it is argued, is sullyng this with social goals which are for elected governments, not unelected regulators.” (PROSSER, 1999)

daqueles econômicos, incorporando valores sociais e políticos, frutos de deliberação democrática (FEINTUCK, 2010).³

Apenas reconhecer que a regulação deve incorporar outros valores é muito pouco. Que valores devem ser efetivamente tomados em consideração? Como eles devem ser organizados, hierarquizados e balanceados? (PROSSER, 1999)

A ausência de objetivos regulatórios suficientemente claros pode se mostrar um problema fundamental para a legitimação da atuação estatal. Afinal, na falta de tais objetivos, inviável a avaliação de se a atuação do Estado em concreto efetivamente atende ao interesse público⁴.

A identificação concreta dos valores que devem ser incorporados na atividade regulatória é algo controvertido, dado o desacordo moral e o pluralismo de valores existente na sociedade moderna. É justamente nessa falta de definição que teorias focadas na eficiência econômica ganham espaço, uma vez que oferecem um aparato teórico mais preciso (FEINTUCK, 2010).

Todavia, essa postura fatalista, de reduzir o espectro de interesses relevantes, não é necessária. Outras opções se mostram presentes; opções essas fundadas no próprio jogo democrático.

A existência de uma diversidade de objetivos para os quais a regulação deve se atentar requer uma abordagem pluralista. Nenhuma lógica, econômica ou não, por si só, é capaz de formar a base do processo decisório do regulador.

Essa pluralidade de objetivos pode suscitar questões quanto à legitimidade democrática do regulador (PROSSER, 1999). É nesse ponto que se insere a importância da participação social no processo regulatório, como forma de se instituir um esforço deliberativo para promover o bem comum. As instituições regulatórias ganham, assim, papel crucial para garantir os valores constitucionais mais amplos, inerentes a um Estado de Direito para promover a deliberação cívica racional (FEINTUCK, 2010).

Aqui ganha corpo a teoria processual administrativa da regulação, que atribui à estrutura regulatória uma garantia institucional da preservação do interesse público. A teoria processual administrativa revelaria a dimensão jurídico-processual da regulação como uma regulação de interesse público, enfocando um aspecto pouco aprofundado pela teoria econômica: o processo

³“Ultrapassadas as falhas de mercado, vale dizer que a intervenção estatal não se limita a corrigi-las. O Estado tutela outros interesses e, à custa ou não de maior eficiência nos mercados, pode intervir para garantir maior equidade. Medidas distributivas podem se sobrepor a ações que visam melhorar a eficiência, estando entre as funções abrangidas pela intervenção do Estado na economia.” (RAGAZZO, 2011)

⁴Essa dificuldade pode ser relacionada à falta de precisão teórica que permeia a noção de interesse público. (FEINTUCK, 2010)

jurídico-institucional de preservação da dicção funcional do direito (ARANHA, 2014).

Essa teoria afasta os pressupostos da já consagrada teoria da *public choice*, que entende que o comportamento do regulador pode ser previsto a partir da análise dos interesses dos regulados, resultando no entendimento de que a regulação será inevitavelmente feita para proteger a indústria (PROSSER, 1999).⁵

A teoria processual, entendendo que o resultado da regulação depende do processo administrativo aplicado pelas agências (CROLEY, 2008), “afasta os pressupostos da teoria da *public choice* de que haveria inafastáveis incentivos à cooptação dos reguladores rumo a uma regulação de grupos de interesse” (ARANHA, 2014). Os procedimentos para tomada de decisões das agências dariam a elas suficiente autonomia para a busca pelo interesse público (CROLEY, 2008).

Nesse sentido,

“[a teoria processual administrativa] se preocupa com a dimensão processual do fenômeno regulatório em sua justificativa funcional de autonomia do processo de tomada de decisões regulatórias. Exatamente ao defender a consequência jurídica de autonomia decisória das estruturas regulatórias via disciplina jurídica do processo administrativo pertinente, a teoria processual administrativa da regulação nega o fundamento básico da teoria da *public choice*, qual seja, a dependência da tríade congressistas – grupos de interesse – regulador.” (ARANHA, 2014)

A base de tal teoria é erguida sobre três pilares: a) o procedimento administrativo; b) a neutralidade do processo administrativo e; c) o ambiente jurídico-institucional administrativo. Tais pilares importam a exteriorização do procedimento administrativo, sua transparência, visibilidade e participação social, bem como uma série de elementos relacionados ao ambiente institucional regulatório, tais como estabilidade profissional do regulador, contatos perenes com comitês acadêmicos científicos, incentivos à defesa do interesse público por parte do regulador e mecanismos de preservação de competência por parte das autoridades reguladoras (ARANHA, 2014).

⁵Vide a respeito Aranha (2014): “A teoria econômica da *public choice* afirma, em síntese apertada, que o processo decisório da regulação é um produto necessário da troca de vantagens políticas entre representantes eleitos, grupos de interesse e agências reguladoras. Para tanto, ela parte de estudos econômicos sobre a democracia e decisão política, concluindo pela ínsita inadequação da regulação ou intervenção estatal sobre a economia como meio de alcance do interesse público.”

3. A abertura semântica da defesa da concorrência

A defesa da concorrência é um campo fértil para se observar algumas das dificuldades teóricas elencadas acima acerca da explicação do fenômeno regulatório. A política de defesa da concorrência pode ser atrelada a diversos objetivos⁶: bem-estar econômico, bem-estar do consumidor, proteção das pequenas empresas, promoção da integração econômica – como é o caso da política de defesa da concorrência da União Europeia –, ou até o combate à inflação (MOTTA, 2009).

Como visto, a falta de um objetivo claro para a regulação pode se tornar um problema para a legitimação da atividade reguladora (FEINTUCK, 2010). Sobretudo diante de uma pluralidade de pautas a serem consideradas, o processo decisório ganha especial grau de complexidade, uma vez que se torna necessário não apenas identificar quais interesses devem ser ponderados, como também priorizar um interesse em relação a outro.

Sob essa perspectiva, se torna compreensível a missão de alguns autores ligados à escola de Chicago, como Richard Posner e Robert Bork, de encontrar um “objetivo único do antitruste”,⁷ e a consequente importância e peso dessa Escola para o direito antitruste na segunda metade do século XX.

“A tradição econômica neoclássica, desenvolvida nesse campo sobretudo na Universidade de Chicago (...), responde a essa pergunta com uma expressão que para os seus seguidores (e para as Cortes americanas, que desde o começo dos anos 80 adotaram inteiramente, a teoria neoclássica), já se tornou sinônimo de sistema antitruste: ‘eficiência’⁸. Para os teóricos neoclássicos, esse valor se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência. Os teóricos neoclássicos de Chicago não hesitam em admitir a existência de monopólios ou de restrições à concorrência, caso esses sejam instrumentais

⁶“*The battle over antitrust begins with its goals. As the Chicago School recognized, defining the goals of antitrust is paramount: ‘Everything else follows from the answer we give.’ Defining antitrust’s objectives serves several important purposes.*” (STUCKE, 2012)

⁷“*According to these scholars, antitrust’s whole task was ‘the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare.’*” (STUCKE, 2012)

⁸Ainda que a escola de Chicago relacione a noção de eficiência com o bem-estar do consumidor, essa relação é vista em um sentido muito específico. Ademais, é construída sob alguns pressupostos altamente contestados, como o de que “a distribuição equitativa dos benefícios com o consumidor é presumida, derivando, necessariamente, da racionalidade monopolista. (...) esta última afirmação é o ponto mais contestável dessa teoria, já que não é de modo algum certo que o monopolista queira ‘dividir seus lucros’ com o consumidor, baixando os preços na mesma proporção do ganho de eficiência ocorrido.” (SALOMÃO FILHO, 2007)

relativamente ao objetivo definido: a maximização da eficiência.” (SALOMÃO FILHO, 2007)

Tendo uma teoria *simples*, bem estruturada, e com um objetivo claro, a escola de Chicago traz um conforto para o processo decisório da autoridade de defesa da concorrência. Todavia, essa *pureza* é feita à custa da absoluta desconsideração de uma série de interesses que a própria coletividade reconhece como relevantes.

Nesse ponto, há de se reconhecer a mudança político-jurídica pela qual passou o Estado desde o surgimento do direito da concorrência⁹, quando era exemplo típico da regulação no Estado Liberal (ARAGÃO, 2009), em que sua atividade não tinha

“qualquer escopo maior, era desprovida de qualquer ideia de justiça distributiva, de planejamento de políticas públicas, de direção e/ou coordenação do conjunto das forças estatais e sociais na senda de determinados objetivos, sejam eles educacionais, sociais, ecológicos, econômicos, trabalhistas etc.” (ARAGÃO, 2009)

Essa concepção da defesa da concorrência, entretanto, não se coaduna mais com a atual posição que o Estado ocupa em sua dinâmica com o mercado, em que se exige dele um papel proativo para a consecução de diversos fins sociais. Trata-se de nova perspectiva que permeia toda a função reguladora do Estado Democrático, legitimada na concretização de direitos. Eis que se tem a finalidade da regulação

“como o alcance de um equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais em conformidade com um objetivo de interesse geral e não o de mera potencialização de um mercado regulado pretensamente indiferente ao contexto dos direitos políticos e sociais circundantes.” (ARANHA, 2014)

Especificamente no campo da concorrência, essas transformações do Estado justificam a concepção do direito da concorrência como instrumento de política pública.¹⁰

Essa concepção de concorrência, nomeada “concorrência-instrumento”, em contraposição à “concorrência-condição”, rejeita a noção de que a concorrência deve ser tomada pelo Estado como um fim em si mesmo,

⁹A regulamentação da concorrência surge, inicialmente, com o objetivo de corrigir as falhas ou excessos do sistema liberal; é dizer, não buscou substituir o sistema produtivo vigente por um novo, mas sim de proteger o que lhe era essencial: o livre mercado. (FORGIONI, 2010)

¹⁰“A análise contemporânea das normas antitruste não pode prescindir de sua consideração como uma técnica, como um instrumento de que lança mão o Estado para dar concreção à determinada política pública.” (FORGIONI, 2010)

sustentando que ela é tão somente um meio, *eventualmente privilegiado*, para se obter o equilíbrio na atividade econômica. Disso decorre que é possível sacrificar a concorrência em homenagem a outros valores. Essa instrumentalidade da concorrência seria percebida quando esta converte-se em meio utilizado pelo Estado para influir nos processos de organização do mercado e, simultaneamente, para obter a consecução de determinados objetivos de política social – *i.e.* instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas. (FORGIONI, 2010)

Não se pode esquecer que o mercado não é um fim em si mesmo, mas uma construção jurídica voltada para promover interesses sociais¹¹. Por essa razão, deve-se ampliar as lentes do órgão regulador (no caso do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE), de forma a captar esses diversos interesses.

Seguindo Prosser (1999), retorna-se à Constituição para buscar o fundamento da regulação da concorrência. Tal permite um melhor delineamento dos princípios substantivos que devem orientar a função regulatória, seja por meio daqueles relacionados à eficiência econômica, seja por meio daqueles mais atrelados a objetivos distributivos.

Curiosamente, o desenvolvimento do direito da concorrência no Brasil, devido à sua evolução histórica, se manteve alijado de uma contextualização constitucional. Diante da tardia incorporação efetiva de uma pauta concorrencial na ordem econômica brasileira, restou aos operadores do direito se socorrerem à literatura internacional, que, obviamente, não tratava de problemas próprios da economia brasileira e muito menos dos fins específicos que o ordenamento brasileiro exigia. Por tais razões, a concorrência, na ausência de sua politização na prática nacional, foi impermeabilizada em relação a certos tipos de influxos, das quais se cita o objetivo de desenvolvimento econômico.

Destarte, o ponto de partida é verificar que o princípio da livre-concorrência, alçado a princípio constitucional de nossa ordem econômica (Constituição Federal, artigo 170, caput), deve ser lido em conjunto com os demais princípios e fins previstos em nossa carta política, que é o que permite compreendê-la como um instrumento capaz de promover a transformação social.¹²

¹¹“(…) markets should be understood as a legal construct, to be evaluated on the basis of whether they promote human interests, rather than as a part of nature and the natural order, or as a simple way of promoting voluntary interactions.” (SUNSTEIN, 1997)

¹²“Embora seja assim, forçoso é reconhecermos, de uma parte, que a livre concorrência é elevada à condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social. De outra, que força transformadora também nela está contida, força que poderá ser desencadeada na ruptura do regime político. Note-se que a Constituição de Portugal (texto da primeira revisão, de

Nossa Constituição persegue objetivos mais amplos e maiores do que apenas o livre mercado, pelo que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência devem ser vistos como instrumentais para a promoção da dignidade humana (FORGIONI, 2010). Isso porque todos os princípios da ordem econômica elencados no *caput* do art. 170 da Constituição têm “por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Ademais, retornando ao fundamentos da República, estabelecidos no art. 1º da Constituição, observa-se a enunciação, novamente, da dignidade da pessoa humana (inciso III) e o valor social da livre iniciativa (inciso IV).

“Evidentemente a Constituição não persegue modelo de mercado apartado da livre iniciativa e da livre concorrência – muito ao contrário. Os princípios veiculados em seu art. 170 e todas as regras que a partir deles se desdobram estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição e, portanto, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação.” (FORGIONI, 2010)

O legislador infraconstitucional parece ter sido influenciado por essa concepção de concorrência, conforme se pode vislumbrar no art. 88, § 6º da Lei nº 12.529/2011:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

(...)

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

1982) no seu art. 61 assevera: ‘A iniciativa econômica privada pode exercer-se livremente enquanto instrumento do progresso colectivo, nos quadros definidos pela Constituição e pela lei.’ (GRAU, 2010)

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Aparece nítida a permeabilidade da legislação antitruste a objetivos de interesse nacional, como o desenvolvimento econômico. A nova lei antitruste permite que, mesmo em face de restrição substancial à concorrência (§ 5º do artigo supracitado), é possível a aprovação de tais atos. Trata-se de uma novidade recente, não estando prevista no diploma anterior (Lei nº 8.884/1994), e que demonstra a necessidade de um novo olhar sobre a defesa da concorrência, especialmente na sua prática.

Esse dispositivo demonstra que a defesa da concorrência no Brasil não é orientada apenas por questões de maximização de eficiência (sobretudo alocativa¹³). Outros valores de interesse público devem ser considerados.

Todavia, apenas enunciar que preocupações referentes à *dignidade da pessoa humana*, à *justiça social* ou ao *desenvolvimento econômico*, é muito pouco, dada a vagueza de tais conceitos. Afinal, o que deve ser entendido por eles?

Independentemente de ser possível chegar a um consenso sobre seu significado, dado que, por sua natureza, são questões controvertidas (FEINTUCK, 2010), ainda assim é possível se promover o interesse público na prática da autoridade de defesa da concorrência. É nesse ponto que a teoria processual administrativa entra em cena.

¹³“A eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade (...) Para os neoclássicos, verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam.” (SALOMÃO FILHO, 2007). “*The result will be that output is lower than would be attained under perfect competition and that therefore consumers will be deprived of goods and services that they would have been prepared to pay for at the competitive Market price. There is therefore allocative inefficiency in this situation: society’s resources are not distributed in the most efficient way possible.*” (WISH e BAILEY, 2011)

4. Análise jurídico-institucional do processo decisório do CADE

Até o momento, buscou-se demonstrar que o ordenamento brasileiro, no que diz respeito à defesa da concorrência, não se limita apenas à promoção da eficiência econômica, sendo aberto a outros valores. Tais valores, ainda que possam ser relativamente identificados, não possuem concretude suficiente para orientar, por si só, a tomada de decisão da autoridade.

Todavia, conforme preconizado pela teoria processual administrativa, essa falta de precisão não impede a produção de uma atuação da agência em prol do interesse público, o que pode ser alcançado a partir de mecanismos procedimentais (CROLEY, 2008).

Primeiramente, cumpre destacar que o CADE não é propriamente uma agência reguladora, mas uma agência independente. Isso porque ele não desempenha qualquer atividade regulatória: “o que faz é a adjudicação no campo da concorrência – algo muito diferente da regulação” (ARAGÃO, 2009). Não obstante, dada a sua atuação no mercado – ainda que não de forma setorial, mas transversal –, pode-se aproveitar as lições da teoria processual administrativa para avaliar a possibilidade do ambiente jurídico-institucional do CADE promover um processo decisório em favor do interesse público.

Ainda que não seja um órgão que efetivamente produza regulação, o processo decisório do Conselho em casos de sua competência – especialmente atos de concentração e processos administrativos em decorrência de infrações à ordem econômica – também deve considerar uma série de interesses, motivo pelo qual sua abertura para a sociedade, de forma a fomentar o diálogo entre esses diversos interesses, é uma questão de grande importância.¹⁴

A análise que será empreendida aqui focará no desenho institucional criado pela Lei nº 12.529/2011 e terá por foco dois aspectos distintos: o ambiente jurídico-institucional administrativo do CADE e a abertura de seus procedimentos administrativos para a apresentação de diversos interesses.

4.1 A estrutura institucional do CADE

Esse primeiro ponto, conforme aponta ARANHA (2014), busca analisar se o ambiente institucional do órgão abre espaço para propostas regulatórias via estabilidade profissional do regulador, via contatos perenes com comitês

¹⁴ Apenas para citar um exemplo, na análise de um ato de concentração, deve o CADE se preocupar com questões referentes à demissão de funcionários de uma das partes envolvidas? Nesse sentido, ressalta-se a aprovação, pelo CADE, da fusão entre Gol e Webjet, que acarretou a demissão de centenas de funcionários e, conseqüentemente, levantou essa questão.

acadêmico-científicos, via incentivos à defesa do interesse público por parte do regulador, via apoio de outras estruturas de poder à preservação da competência das agências reguladoras ou via controle externo e interno da atividade reguladora.

Já aí se deve destacar que o CADE se apresenta como uma agência independente, caracterizada pela sua autonomia orgânica e funcional (ARAGÃO, 2009). Nesse sentido, destaca-se que seus conselheiros – assim como seu Superintendente-Geral – são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal,¹⁵ para mandato fixo,¹⁶ o qual só pode ser perdido em virtude de decisão do Senado ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso ou em razão de processo disciplinar.¹⁷ Importante destacar no tocante a esse ponto que a Lei 12.529/2011 inovou em relação ao diploma anterior (Lei 8.884/1994) ao vedar a recondução dos conselheiros. Na sistemática anterior, os mandatos eram de dois anos, sendo possível uma recondução. Nesse ponto, entende-se que a alteração implementada contribuiu para a manutenção da autonomia da autarquia.

Curiosamente, em relação a essa extensão dos mandatos e à vedação da recondução, o mesmo não foi estabelecido para o cargo de Superintendente-Geral, em que a lei fixou um mandato de dois anos, sendo possível uma única recondução (Lei 12.529/2011, art. 12, § 2º). Considerando as competências de tal cargo, sobretudo no que diz respeito à instauração de investigações e de processos administrativos,¹⁸ e a celebração de acordos de leniência,¹⁹ a fixação

¹⁵“Art. 6º O Tribunal Administrativo, órgão judicante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.”

¹⁶“Art. 6º, § 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução.”

¹⁷“Art. 7º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º desta Lei.”

¹⁸“Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: (...) III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;”

de um mandato com termo mais curto, e a necessidade de recondução, podem repercutir na autonomia da função, especialmente ao se considerar a abertura, entre 2013 e 2014, de processos que apresentam grandes repercussões políticas em relação a possíveis atos de corrupção de agentes públicos. De qualquer forma, o fato de contar com um sistema de nomeação semelhante ao de Conselheiros já constituiu uma importante mudança em relação ao sistema anterior, em que o Secretário de Direito Econômico (que exercia funções semelhantes ao do atual Superintendente-Geral) era nomeado pelo Presidente da República a partir de indicação do Ministro de Estado de Justiça.

Em relação à autonomia funcional, a Lei 12.529/2011 trouxe inovação importante. Ao reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), concentrou as atividades antes espalhadas em três órgãos (Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, Secretaria de Direito Econômico – SDE e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica), sendo dois deles integrantes de estruturas hierárquicas ministeriais (Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda), num único órgão, sendo este uma autarquia independente.²⁰ Ademais, destaca-se que o Cade configura a última instância administrativa em relação a suas decisões, o que permite a autonomia funcional do órgão.²¹

4.2 Os procedimentos administrativos do CADE

Visualizada a estrutura organizacional do Conselho, analisa-se, agora, os seus procedimentos administrativos, de forma a verificar a sua transparência, visibilidade, apoio social, melhoria de regulamentações propostas, antecipações de críticas dos atores setoriais e oportunidades de ajuste da proposta.

Como visto, o CADE não é propriamente uma agência reguladora por lhe faltar competência normativa. A única competência nesse sentido refere-se à competência normativa interna/organizacional de elaboração de seu regimento interno e de demais normativos referentes à organização de seus procedimentos

¹⁹“Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (...)”

²⁰Ainda que a Secretaria de Acompanhamento Econômico continue a existir, ela teve suas competências no que diz respeito aos processos de competência do CADE esvaziada.

²¹“Art. 9º, § 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

internos.²² Trata-se de matéria de reduzida expressão valorativa, ainda que possam ter relevantes consequências para o funcionamento do órgão. Não obstante, cumpre destacar que, nos termos do art. 230 da Lei 12.529/2011,²³ a elaboração de diversos atos normativos do CADE são sujeitos a procedimentos de consulta pública. Todavia, dada a pouca expressividade das matérias normativamente tratadas pela autarquia, é difícil se visualizar a efetiva participação de distintos segmentos da sociedade civil, sendo mais factível se verificar a participação tão somente dos agentes “regulados”.

Em relação a seus procedimentos administrativos, pode-se destacar a elevada publicidade de todos os procedimentos em trâmite no órgão; não só das decisões, mas do processo como um todo. Essa transparência parece que ganhará ainda maior expressão em 2015, a partir da implementação do Sistema Eletrônico de Informações (SEI), conforme Resolução nº 11/2014, recentemente aprovada pelo Conselho.²⁴ Ademais, destaca-se a existência de procedimentos próprios em seus processos de forma a dar visibilidade e atrair interessados a seus processos. É caso dos editais publicados pela Superintendência-Geral do CADE nos processos administrativos de controle de atos de concentração, que visa justamente dar visibilidade de seus casos, incentivando a manifestação de qualquer interessado.²⁵

Nesse ponto, cumpre destacar que a Lei 12.529/2011 prevê enorme espaço para a participação de terceiros em todos os seus procedimentos:

²²“Art. 9º Ao Plenário do Tribunal compete: [...] XV - elaborar e aprovar Regimento Interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos;”

²³Art. 230. A iniciativa de proposta de Emenda Regimental cabe a qualquer Conselheiro, ao Presidente e ao Superintendente-Geral. § 1º Recebida a proposta pelo Presidente, esta será numerada e submetida à Consulta Pública. §2º Com ou sem o oferecimento de comentários à Consulta Pública, a proposta será encaminhada à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, para parecer. §3º A proposta, com os comentários à Consulta Pública e o parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, será submetida à apreciação dos Conselheiros e discutida e votada em Plenário do Tribunal.

²⁴“Art. 5º Qualquer pessoa poderá ter acesso aos processos e aos documentos no SEI, bem como acompanhar o trâmite dos processos, independentemente de credenciamento prévio, ressalvadas as hipóteses legais de restrição de acesso. Parágrafo único. O acesso a processos públicos será disponibilizado exclusivamente na página eletrônica do Cade na internet, não se fazendo necessário, para tal finalidade, qualquer credenciamento ou formulação de pedido.”

²⁵“Art. 53. O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva. § 1º Ao verificar que a petição não preenche os requisitos exigidos no caput deste artigo ou apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, a Superintendência-Geral determinará, uma única vez, que os requerentes a emendem, sob pena de arquivamento.”

Art. 50. A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de:

I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou

II - legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Ainda que, na prática, essa intervenção tenha se resumido basicamente à participação de concorrentes ou agentes econômicos verticalmente relacionados aos envolvidos no processo, observa-se que a lei abre amplas possibilidades de intervenção, permitindo que a autoridade tenha maiores informações para tomar suas decisões e buscar assimilar e sopesar os diversos valores em jogo. Destaca-se que a lei confere aos próprios órgãos reguladores setoriais algumas possibilidades de intervenção no processo, como a apresentação de recursos.²⁶

5. Conclusão

Conforme foi tratado ao longo deste estudo, a defesa da concorrência não pode ser – até por questões de ordem constitucional, como visto – fundada unicamente em critérios econômicos. Uma série de outros interesses e relações jurídicas devem ser levadas em consideração. Ainda que já exista alguma indicação de quais interesses são esses no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na Constituição Federal, a mera identificação desses interesses não é suficiente para garantir um adequado e legítimo processo decisório por parte da autoridade de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Na realidade, a constatação de uma pluralidade de interesses apenas torna a atividade decisória do órgão ainda mais complexa.

Para contribuir para a superação dessa dificuldade é que se trouxe a lume a teoria processual administrativa, que enxerga no ambiente institucional e nas normas procedimentais das agências reguladoras a forma de conferir legitimidade a seu decisório, garantindo – ou ao menos criando um ambiente favorável para – a busca do interesse público.

Sob essas considerações que se buscou analisar, a partir do arcabouço jurídico que delinea o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, se o CADE apresenta uma estrutura e procedimentos favoráveis a esse propósito. Pelo que foi constatado, entende-se que a nova lei de defesa da concorrência, a Lei 12.529/2011, trouxe relevantes inovações no ambiente institucional da autarquia, sobretudo em comparação à lei anterior – Lei 8.884/1994. Nesse

26“Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora; (...).”

sentido, observou-se o fortalecimento da autonomia do órgão bem como a maior abertura de seus processos ao público, seja do ponto de vista da transparência, seja do ponto de vista da intervenção de terceiros interessados.

Ainda que haja, juridicamente, esse espaço favorável à participação de diversos segmentos da sociedade, tem-se que eles ainda são pouco explorados, sendo normalmente utilizados por categorias muito específicas de interesse. Tal não quer dizer que o processo decisório da autarquia seja capturado. Essa limitação prática da participação de terceiros pode, talvez, ser explicada a partir da ainda fraca consolidação teórica dos interesses tutelados pelo CADE, o que pode levar não só o órgão, mas também os diversos setores sociais, a posições mais conservadoras na hora de considerar quem seria um interessado legitimado a contribuir para o processo decisório.

Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, A. S. D. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ARANHA, M. I. **Manual de direito regulatório**. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.
- CROLEY, S. P. **Regulation and Public Interest**. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- FEINTUCK, M. Regulatory Rationales Beyond the Economic: In search of the Public Interest. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 39-63.
- FORGIONI, P. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOTTA, M. **Competition Policy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.
- PROSSER, T. Theorising utility Regulation. **Modern Law Review**, p. 196-217, 1999.
- RAGAZZO, C. E. J. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STIGLITZ, J. E. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation. In: BALLEISEN, E.; MOSS, D. **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.
- SUNSTEIN, C. R. **Free Markets and Social Justice**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.
- WISH, R.; BAILEY, D. **Competition Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.