

Coordenadores

Celso Fernandes Campilongo
Jean Paul Cabral Veiga da Rocha
Paulo Todescan Lessa Mattos

CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO

Calixto Salomão Filho / Carlos Ari Sundfeld
Cassio Scarpinella Bueno / Darwin Lourenço Corrêa
Fernando Herren Aguilhar / Fernando J. Cardim de Carvalho
Floriano de Azevedo Marques Neto / Gesner Oliveira
Isabel Vaz / João Bosco Leopoldino da Fonseca
Lucia Helena Salgado / Paulo Corrêa / Odete Medauar
Rachel Sztajn / Roberto Luis Troster
Ruy Santacruz / Tiago Cortez

Max
Limoad

REGULAÇÃO SETORIAL E AUTORIDADE ANTITRUSTE
A IMPORTÂNCIA DA INDEPENDÊNCIA DO REGULADOR

Floriano de Azevedo Marques

I. Introdução

I.1. Ficou sobremodo difícil arrazoar sobre os temas a que me propus enfrentar, após análise mais detida dos votos proferidos pelo Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, especialmente os de autoria dos Conselheiros Celso Fernandes Campilongo, Roberto Castellanos Pfeiffer e Ronaldo Porto Macedo Júnior, na análise do Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09.¹ Dois sentimentos me acometem: uma efusiva satisfação pela qualidade dos arrazoados e a sensação de que não há muito mais a ser dito sobre o tema.

I.2. Da leitura dos votos resta uma forte impressão de que, naquela oportunidade, o CADE não apenas afirmou – com fortes razões – sua competência para apreciar atos de concentração envolvendo instituições financeiras, objeto principal do debate que ali se travou. Subjacente a este debate, há na decisão fortes e robustos elementos que qualificam o CADE como um Tribunal Administrativo na mais plena acepção do termo. Raras vezes se encontrará, mesmo no Judiciário, um aresto tão farto de conhecimento jurídico e tão preñhe de posições acerca do perfil jurídico e institucional do Estado.

I.3. Dá a dificuldade de agregar algo aos votos proferidos naquela oportunidade. Na impossibilidade de fazê-lo, optei no presente trabalho por destacar, sob o ponto de vista doutrinário, algumas das questões centrais do Direito Administrativo Econômico e que encontram naquela decisão um autêntico *leading case*.

1. Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09 Requerentes Banco Finasa de Investimentos S/A, Brasmetal Indústria e Zurich Participação de Representações.

II. Pressupostos da regulação da atividade econômica

II.1. A Constituição federal prevê, no seu artigo 174, que caberá ao Estado o papel de agente normativo e regulador da ordem econômica.² Muito se controveerte na doutrina acerca do conceito e da amplitude da atividade regulatória estatal na economia.³ Há quem sustente, como faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁴ que a atividade regulatória se confunde com a atividade de regulamentação.⁵ Há, no outro pólo, quem afirme que a regulação compreende toda a atividade estatal no domínio da economia.⁶

II.1.1. De minha parte, entendo que por regulação⁷ deve-se compreender toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo).⁸ E dizer, toda a atividade do poder público no campo da economia que não implique nem na assunção da titularidade da exploração de atividade econômica – quer como serviço público (art. 175 da CF), quer como monopólio de atividade econômica em sentido estrito (art. 177 da CF) –, e nem envolva a exploração destas atividades, em regime de mercado, por meio de empresas estatais (art. 173 da CF). No âmbito da regulação estatal estariam compreendidas atividades como a de coordenar, fiscalizar, dirigir, coibir ou desincentivar condutas, incentivar, fomentar, planejar, organizar, que sejam necessárias para atingimento de objetivos de ordem pública consensuais com os objetivos da ordem econômica constitucional (art. 170 da CF).

2. E o texto constitucional: "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."
3. Para uma incursão sobre as diferentes acepções de regulação, ver o profundo estudo de Vital Moreira, "Auto-regulação profissional e administração pública", Coimbra, Almedina, 1997.
4. Cf. "Direito Administrativo", São Paulo, Atlas, 13ª edição, p. 397.
5. Quanto a essa concepção, já pude manifestar minha discordância não só por razões conceituais, como também porque ela tornaria sem sentido a digção constitucional que difere a função de regulação da função normativa. Ver meu "A Republicação do Estado e os Interesses Públicos", tese de doutoramento, São Paulo, Departamento de Direito do Estado da USP, mimeo, pp. 174 e ss.
6. Ver neste sentido, a súmula de posições sobre o tema que é apresentada por Marcos Junior Vilhela Souto, in "Agências Reguladoras", Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 8, n. 33, julho a agosto de 2000, pp. 156 e ss.
7. Estarei utilizando-me, neste texto, do termo regulação como sinônimo de regulação estatal e como antônimo dos diferentes mecanismos de auto-regulação, mesmo nas suas conformações corporativas. Assim, mesmo que desacompanhado do adjetivo estatal, o termo regulação está servindo para designar a atividade regulatória estatal.
8. Vale aqui o conceito operacional de regulação apresentado por Vital MOREIRA segundo o qual entenderíamos por atividade regulatória "o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado de acordo com determinados objetivos públicos" (Cf. Vital Moreira, "Auto-regulamentação Profissional e Administração Pública", cit., p. 34).

Sirvo-me, pois, de uma concepção de atividade regulatória estatal que compreende duas das modalidades de intervenção cunhadas por Eros Grau: a intervenção por direção e a intervenção por indução,⁹ duas espécies de intervenção não direta do Estado na economia.

II.1.2. Parece-me que apenas esta concepção se coaduna com o texto constitucional. Afinal, ela exclui as hipóteses previstas na Constituição para a intervenção direta no domínio econômico, mas abarca toda uma gama de atividades de intervenção indireta referidas no capítulo da ordem econômica, especialmente no art. 174.¹⁰ Como ensina Carlos Ari Sundfeld, "na regulação já não basta o exercício do poder de polícia de mera fiscalização das atividades dos particulares, mas também o poder de instituir normas que se impondam sobre tais atividades".¹¹

II.2. Embora tendo plena consciência de que minha posição admite questionamentos e que sua defesa não cabe nas lindes estritas do presente trabalho, tenho que dentro da atividade regulatória estatal estão compreendidas todas as atividades de ordenação e de controle sobre a atividade econômica privada que sejam necessárias e suficientes para perseguir objetivos de natureza coletiva, predados no rol de princípios constitucionais da ordem econômica. Nela estarão compreendidas as diversas manifestações de regulação setorial (sobre serviços públicos, bens escassos, setores sensíveis da economia, utilidades públicas, setores considerados monopólios naturais, setores em que a competição ainda não se encontra estabelecida, entre outros), assim como a regulação mais ampla que não tem por escopo segmentos específicos da economia, mas sim a tutela de interesses gerais aos quais a constituição atribuiu especial relevância.¹²

9. Cf. Eros Roberto Grau, "O Direito Positivo e o Direito Pressuposto", Malheiros, São Paulo, 2ª edição, 1998, pp. 171 e 172. Do mesmo autor ver "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
10. No caput do art. 174 vemos referência às atividades de fiscalização, incentivo e planejamento para além da atividade meramente normativa.
11. Cf. "Agências Reguladoras: uma visão comparada", Working Papers, School of Global Law, São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000.
12. Com essa linha de entendimento parece divergir Calixto Salomão Filho. O autor, com a autoridade de ser um dos precursores na doutrina a abordar o direito regulatório e a exportar fundamentos do direito econômico, expõe as diferenças entre o que denomina regulação e antitruste. Diz ele que "a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando a formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativa costuma chamar de atos de controle e de fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restrinja ao controle, mas prevaleça com a verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência." (Cf. "Regulação da Atividade Econômica – princípios e fundamentos jurídicos", São Paulo, Malheiros, 2001, p. 31). O traço diferenciador, porém, não me parece suficiente para impedir que regulação setorial e antitruste sejam tratados como espécies do

II.2.1. De fato, A regulação estatal sobre a economia pode se voltar para uma atividade econômica (em sentido amplo) cuja fruição seja considerada essencial para a coletividade a ponto dela ser titulizada pelo Estado como um serviço público, justificando sua prestação em regime de direito público (como ocorre com algumas atividades do setor de telecomunicações, energia elétrica e transportes). Pode se voltar a atividades, também relevantes, mas que não justificam a sua sujeição ao regime de regulamentação das regras de mercado, apesar de sujeitá-la a normas e padrões regulatórios (o que acontece no setor de saúde e medicamentos, ou mesmo no setor financeiro). Pode decorrer do fato de que a atividade regulada envolva a utilização de um bem escasso, essencial à vida coletiva (como acontece com o setor de petróleo e gás e, mais recentemente, com os recursos hídricos). Pode, ainda, se voltar para setores da economia caracterizados como *monopólios naturais* e que, por isso, justificam uma maior intervenção estatal para combater os efeitos deletérios da atividade monopolizada. Em suma, vários e diversos podem ser os motivos a justificar uma maior incidência da atividade regulatória estatal sobre a economia. Assim como os motivos são distintos, os instrumentos, parâmetros e conceitos a serem utilizados na regulação setorial deverão diferir.

II.2.2. Diversamente ocorre em outra linha de manifestação com a regulação estatal. Ao contrário do que ocorre com a regulação setorial, há a macro regulação cujo foco não é um setor da economia, mas a tutela de interesses gerais consagrados como centrais para a ordem econômica. Neste quadrante estamos diante da regulação estatal que se justifica na defesa de objetivos gerais da ordem econômica, particularmente a defesa dos interesses do consumidor e da competição.¹³ De uma maneira até certo ponto

gênero regulação estatal. Os elementos indicados por Calixto Salomão para diferenciá-las são na verdade diferenças de instrumentos e de modo de regular, mas não diferenças essenciais. De mais a mais, em alguns casos, a regulação antitruste pode ser de tal forma ativa, forte e incisiva que se revista do caráter criador da competição que é próprio da regulação setorial. E o que ocorre quando, ao cobrir um ato de concentração, obriga comportamentos que se prestam a reintroduzir, naquele respectivo segmento, a concorrência que fora aniquilada pelo ato apreçado (v.g., obrigando a venda de marcas, a alienação de fábricas, a suspensão temporária de produtos, a disponibilização da rede de distribuição ao concorrente, etc). De todo modo, entendendo que tanto a regulação setorial (predominantemente proativa) quanto a antitruste (mormente reativa, passiva) são manifestações distintas da atividade regulatória estatal, de lastro constitucional. Daí por que me permito utilizar o termo *regulação geral* para designar a regulação antitruste, não me importando muito com a adstrigência ou não do conceito ao direito norte americano onde nascem tais formulações.

13. Poderia arrolar dentre os objetivos gerais justificadores de atividade regulatória estatal o próximo momento, sem deixar de ponderar, contudo, que as restrições de natureza ambiental deixarei esse plano justificador da intervenção indireta sobre a atividade econômica para um dentro da Constituição (dentro do Título da Ordem Social e não da Ordem Econômica), Constituição. Porém, como o controle ambiental recebeu tratamento específico e destacado geral também a defesa do meio ambiente, expressamente consagrado no art. 170, VI, da

simpliciter, o principal bem jurídico tutelado numa e noutra forma de regulação geral (consumidor e antitruste) acaba sendo o indivíduo, pois, se o benefício imediato da regulação antitruste, são os competidores de um dado segmento, de forma mediatamente a tutela da competição também tenderia a proteger o consumidor, principal prejudicado das práticas anticompetitivas.

II.3. Pois bem. Considerando que tanto a regulação setorial (do setor financeiro, do setor de petróleo, das telecomunicações, da água, do gás, da geração e distribuição de energia, dos transportes e outros), quanto a regulação geral (defesa do consumidor e da concorrência) são, ambas, manifestações da atividade regulatória estatal, poderíamos assumir duas concepções sobre a relação destes planos de atividade.

II.3.1. Na primeira, que singelamente designarei de *unidimensional*, teríamos que o plano de regulação estatal seria ocupado preferencialmente pelos aparatos de regulação setorial, cabendo à regulação geral ocupar os demais espaços da ordem econômica, aqueles não sujeitos à regulação setorial específica. Ou seja, uma vez incidente a regulação setorial, não haveria espaço para a regulação geral, vez que os objetivos desta última seriam assumidos no âmbito da regulação específica para o setor. A competição e a defesa do consumidor seriam sujeitas a um arcabouço regulatório específico e a uma autoridade reguladora setorial, imunes portanto à autoridade reguladora geral.

Nesta linha de concepção, a regulação setorial elidiria a regulação geral de proteção do consumidor e da competição, haja vista que tais pautas seriam já estariam compreendidas no arcabouço normativo e regulatório aplicável ao setor. Exemplo. Ao se construir uma estrutura de regulação setorial, pressupor-se-ia, os interesses do consumidor e a calibração da competição (possível ou alvitável) no setor já estariam ou delegadas ao regulador setorial. Tais pautas seriam descodificadas (sopesadas e traduzidas) para as realidades e peculiaridades do setor sujeito à regulação setorial. Tal segmento da economia seria, portanto, imune à aplicação dos pressupostos gerais da macro regulação de defesa do consumidor e da concorrência.

Haveria um só plano de regulação, aplicável sobre toda a ordem econômica, e que poderia ou não ser ocupado por estruturas regulatórias setoriais. Existindo estas, restaria derrogada a aplicação das pautas, instrumentos e organismos de regulação geral quer por serem eles desnecessários (tendo em vista que os instrumentos de regulação geral seriam mais efetivos, adequados e desenvolvidos) ou inconvenientes (pois não considerariam as peculiaridades e objetivos da regulação estatal para o setor). Nesta acepção unidimensional restaria à regulação macro, geral, uma função residual. Ela

impostas pelo poder público à exploração de atividades econômicas não deixa de ser uma forma de regulação.

seria aplicável apenas aqueles setores da economia que não estivessem, direta ou indiretamente, submetidos a qualquer regulação setorial, fosse ela forte ou tênue.

II.3.2. Outra forma de ver a questão, designamo-la de *bidimensional*.

enxerga a regulação setorial e a regulação geral (consumidor e concorrência) como dois planos distintos que se entrecruzam. Baseia-se esta linha no fato de que, se existem pressupostos específicos a justificar a regulação setorial (interesses sociais na atividade, interesses nacionais em regar o uso de bem escasso, interesses de políticas públicas em calibrar a competição, num dado setor, etc), há interesses gerais, consagrados constitucionalmente, a justificar a permanência da regulação voltada a proteger o consumidor e a preservação da competição enquanto pressuposto da própria ordem econômica. Estes dois planos se cruzariam no âmbito de cada segmento da regulação geral – tanto na proteção do consumidor, quanto na proteção da concorrência – perpassaria todos os segmentos da ordem econômica, sujeitos a regulação específica, setorializada.

Prosseguindo na imagem espacial, teríamos que os diversos segmentos da economia, cada qual no seu plano horizontal, podem estar ou não submetidos a alguma regulação setorial. Estes segmentos, por seu turno, estarão submetidos a regulação geral, tanto consumetista quanto antitruste, esta com incidência vertical, perpassando todos os planos setoriais (elos da cadeia econômica). Nesta concepção, regulação setorial e geral não se excluem, muito menos se excluem. Interpenetram-se e calibram-se, submetendo uma mesma atividade a duas incidências regulatórias, coordenadas e calibradas.

Pouco importa que o arcabouço regulatório setorial tem também como objetivo proteger o consumidor de bens e serviços daquele setor ou ensinar a competição viável ou recomendável naquele instante para aquele segmento econômico. Tais fatores não serviriam para afastar a incidência da regulação geral. Prestam-se apenas – e isto com vigor e relevância – para nortear e calibrar a aplicação, pelo regulador geral, das pautas e instrumentos regulatórios de que dispõe. Voltarei a isso logo mais.

Para completar a apresentação dessa segunda visão da relação entre regulação geral e regulação setorial, vale dizer que a concepção bidimensional explica melhor a atividade regulatória geral sobre cadeias econômicas que envolvem vários segmentos sujeitos a distintas instâncias de regulação setorial. Caso mais exemplificativo disso – e que já foi objeto de manifestações do CADE¹⁴ – é a produção de energia nas usinas termoeletricas. A cadeia de produção envolve a produção e o transporte de gás (a primeira sujeita à regulação da ANP, o segundo sujeito àquela agência federal e, em

14. Ver Ato de Concentração n. 080012.004550/99-11.

alguns casos, aos órgãos reguladores estaduais, pois a estes entes compete a distribuição de gás), a geração, transmissão e comercialização de energia elétrica (sujeita à regulação da ANEEL) e, no mais das vezes, envolverá a utilização de recursos hídricos (sujeitos à competência regulatória da ANA) para resfriamento das usinas. Apesar da fragmentação de competências regulatórias, pode-se identificar, perpassando todo o processo produtivo, interesses afetos aos direitos do consumidor e da competição (pela coibição de atos de concentração vertical na cadeia produtiva) que justificam a incidência da regulação geral. Em suma, nesta segunda maneira de ver a relação entre regulação setorial e regulação geral não haveria que se falar em conflito de competências, em isenção à regulação geral ou mesmo em sobreposição de reguladores. Haveria, *a priori*, interpenetração harmônica entre planos distintos de regulação incidentes sobre um mesmo ramo de atividade econômica, mas por prismas diversos.

II.4. É sabido por todos que a regra constitucional para a ordem econômica é a liberdade de mercado e de iniciativa.¹⁵ Embora mitigada por várias hipóteses em que a Carta autoriza derrogações totais ou parciais da regra de liberdade, o pressuposto de liberdade de atuação dos particulares predica que a exceção – intervenção estatal direta ou indireta (regulação, no sentido que aqui lhe dou) – devera estar justificada como necessária para atingimento dos objetivos listados pela Constituição. A intervenção regulatória estatal imotivada, excessiva ou desnecessária põe-se inconstitucional. É esse preceito que obriga que, para ser considerada como serviço público, uma atividade econômica (sentido amplo) tenha um substrato material que lhe predique relevância ou imprescindibilidade para a coletividade. E também à sua luz que deverão ser interpretadas as condições autorizadoras da exploração de atividade econômica (sentido estrito) pelo Estado, nos termos do art. 173 da CF.¹⁶

II.4.1. Os pressupostos para a incidência de regulação (constritora ou limitante da liberdade de iniciativa) sobre uma dada atividade econômica deverão estar explícitos na norma legal que estabelecer os parâmetros regulatórios. Isso é regra para a regulação setorial. Será somente por meio da lei que se sujeitará a exploração de uma dada atividade à incidência regulatória

15. Vemos isto tanto no *caput* do art. 170 (como lastro da ordem econômica constitucional), como no próprio art. 1º, IV, (ai como fundamento da própria República). Os princípios da valorização do trabalho humano e dos valores sociais do trabalho, a meu ver, não elidem ou reduzem o caráter liberal da ordem econômica pois não são opostos, mas complementares à liberdade de iniciativa. Ao revés, o planejamento econômico pleno – este sim antípoda ao liberalismo econômico, vem mitigado no texto da Carta, como se vê no art. 174, *caput*, *in fine*. Para um aprofundamento do tema, ainda que com notas um tanto discordantes com o entendimento por mim esposado, a referência indeclinável é Eros Grau, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, cit., pp. 216 e ss.

16. Se permitida quando necessária “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

específica. E, aliás, o que a Constituição expressamente refere no caso de regulação forte (regulação mediante restrição de acesso) no art. 170, Parágrafo único, mas que se aplica a todo tipo de sujeição à regulação por força do disposto no art. 5º, II, da Carta.

II.4.2. Contudo, no plano da regulação geral, os pressupostos da incidência regulatória (ao menos nos macro campos da defesa do consumidor e da concorrência) já vieram predcados na própria Constituição. De fato, a própria Carta estabelece, como princípios fundantes da ordem econômica a *livre concorrência* (art. 170, IV) e a *defesa do consumidor* (art. 170, V). Mais do que isso, previu que a lei deveria reprimir o abuso do poder econômico, a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º). E, no caso da defesa do consumidor, elevou a sua proteção à condição de direitos individuais ao impor como dever do Estado a promoção da defesa do consumidor na forma da lei (art. 5º, XXXII).

II.4.3. Vale dizer: o constituinte já predicava que a proteção do consumidor e a preservação da competição (entendida como decorência da coibição das condutas que a ponham em risco e favoreçam o abuso do poder econômico) constituem pressupostos da atividade regulatória estatal (ao menos na sua vertente reativa, coibitiva), base para a construção de todo o arcabouço regulatório que se venha a editar.

II.5. Vários podem ser os pressupostos justificadores de uma maior intervenção regulatória estatal. Sempre, porém, haverá que se prever na lei os fundamentos para a sujeição do particular explorador daquela atividade econômica aos quadranes da regulação setorial. Em alguns casos, a incidência da regulação setorial já decorre da própria constituição como, por exemplo, no caso do setor de telecomunicações (cf. art. 21, XI, com redação dada pela EC n. 8), no setor de petróleo (cf. art. 177, § 2º, III, com redação dada pela EC n. 9) ou no setor financeiro (art. 192).

II.5.1. No entanto, no caso da regulação setorial os pressupostos que autorizam a incidência regulatória são relacionados apenas indiretamente com pressupostos fundantes da ordem econômica. Já no tocante à regulação geral, nas duas vertentes aqui tocadas, os pressupostos de sua incidência são, eles mesmos, identificados como princípios da ordem econômica na Carta (cf. art. 170, incisos IV e V).

II.5.2. Deste modo, a regulação setorial não substitui a regulação geral, na vertente da defesa da concorrência e do consumidor. Pode sim – e ao meu ver deve – incorporar como pautas de regulação setorial a defesa do consumidor e a promoção ou tutela da competição mas nunca derogando as competências previstas em lei para a tutela da livre concorrência e da promoção da defesa dos direitos do consumidor.

II.6. Daí por que tenho comigo uma certa aversão às teses que elevam a regulação setorial a uma condição de prevalência sobre a regulação

geral ou que atribuem àquela um efeito derogador ou de imunizador à aplicação desta. Isso independente de se utilizarem tais teses de argumentos fundados, de conteúdo (baseando seu raciocínio nas razões sistêmicas de cada regulação setorial) ou de langarem mão de argumentos formais, como no tocante ao setor financeiro, enredando-se na paupérrima polémica em torno da posição hierárquica da Lei Complementar no ordenamento jurídico.

II.7. A essa altura deve estar clara minha inclinação pela concepção que chamei de bidimensional na relação entre regulação geral e regulação setorial. A tutela da livre concorrência (exercida pelos órgãos federais de regulação antitruste) e de defesa do consumidor (exercida pelas três esferas da federação, mediante os órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) não se esvaem quando incide sobre uma dado setor da economia uma regulação específica, setorial. Esta não faz aquele setor imune, blindado à incidência da regulação geral. Opera, isto sim, uma necessária adaptação, uma calibragem na aplicação dos instrumentos de regulação geral.

II.7.1. É certo que a apreciação de estruturas e mesmo de comportamentos anticompetitivos em setores em fase de transição de um monopólio estatal para um regime de competição deverão ser analisados de forma diferente àquela que pautaria a análise em um mercado competitivo que passa por um processo de concentração.¹⁷ Doutro lado, é certo que numa atividade considerada serviço público, a necessidade de se preservar o serviço universal deverá ser levada em conta tanto para se pelear pela livre concorrência (por exemplo, analisando monopólios transitórios de redes), como para se apreciar direitos de consumidores (como no caso das tarifas que financiam a universalização).¹⁸

17. Aliás, essa pauta de ponderação, essa regra de prudência, já encontra previsão – ainda que não especificamente nestes termos – na Lei n. 8.884/94, que rege a atuação da autoridade antitruste, quando vemos no art. 54, § 1º, o rol de hipóteses que, no caso concreto, poderão ensejar a aprovação, pelo CADI, de atos de concentração.

18. A esse respeito ver meu “Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural”, in *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo* - IBRAC, volume 8, número 4, 2001. Lá consignei que “Para atingir estes objetivos, a regulação estatal sobre o setor antes monopolizado, no mais das vezes, não vai corresponder apenas à permanência residual de alguma regulação a corrigir imperfeições da concorrência em face do “monopólio natural”. Na verdade, diante de atividades econômicas revestidas de caráter de essencialidade (movimente em se tratando de serviços públicos), a introdução da competição enseja um forte aumento da regulação. Haverá situações em que esse aumento de regulação não visará o aumento de competição e sim a preservação de um pouco mínimo de condições apto a assegurar que o agente antes monopolista tenha condições de implantar metas de ampliação de redes, de universalização do serviço ou mesmo possa fazer investimentos que, em situações de ampla e franca competição, não se mostrariam viáveis (não só à luz de critérios lastreados em custo de oportunidade, mas também por moderadas taxas de retorno). É que quando tratamos de utilidades públicas, a regulação econômica não pode se pautar apenas pelo prisma da competição. Os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nessa atividade não são

II.7.2. Este sopesamento, essa adaptação da aplicação do ferramental regulatório antitruste ou consumerista não significam, de modo algum, o afastamento da incidência dos instrumentos e das autoridades de regulação geral sobre os setores sujeitos à regulação setorial. Indicam apenas um vetor de coordenação entre eles e de obrigatoriedade de que, na incidência da regulação geral, sejam levadas em conta as circunstâncias e condicionantes específicas daquele setor específico da economia. Características estas não apenas de natureza econômica – o que só ocorrer na aplicação da regulação antitruste e mesmo do consumidor sobre qualquer setor da economia – mas também jurídicas e políticas atinentes aos pressupostos da regulação setorial incl-

II.8. A articulação entre a atividade de controle antitruste e de regulação setorial é complexa. No direito americano, como ensina Calixto Salomão Filho, desenvolvem-se duas linhas doutrinárias que são aplicadas para se aferir a prevalência ou ao da regulação setorial como óbice para o exercício da autoridade antitruste.²⁰

II.8.1. A primeira, batizada de teoria da ação política ("State action doctrine") aplica-se para a situação, frequente no sistema americano e rara no nosso caso, em que convergem competências regulatórias setoriais perante estados federados e a competência de controle antitruste, atribuída à União. Por essa concepção, há que se observar dois critérios para saber se prevalece ou não a regulação setorial: i) a regulação setorial deverá decorrer de uma clara, nítida e objetiva política editada pelo ente federado no sentido de privilegiar pressupostos de regulação setorial em detrimento da competição; ii) as metas e obrigações setoriais, que interrogariam as pautas

exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários. Há toda uma gama de inversões de universalização e de per-nidade na prestação destes serviços (portanto se considere ser relevante para a coletividade que, como meta, todos os indivíduos possam se servir dessa utilidade) que justificam a pre-terição, ao menos transitória, de um regime de competição plena o qual tende a beneficiar sempre a parcela dos consumidores efetivos, em detrimento dos consumidores potenciais do serviço" (Cf. pp. 100 e 101).

19. Ver neste sentido a feliz assertiva do Conselheiro Celso Fernandes Campiongo na análise do Ato de Concentração n. 080012.004550/99-11, quando afirma, analisando a reestruturação do setor de gás canalizado no Estado de São Paulo, que mesmo na reestruturação de serviços públicos, em que pese a imunidade das opções políticas tomadas pelo poder público titular do serviço, "é preciso que a passagem de um modelo estatista e centralizado para um modelo competitivo e descentralizado não seja obstada por mecanismos que promovam uma mudança 'gulliopardesco', como ressaltava literatura italiana" tudo deve mudar, a fim de que tudo continue igual".

20. As linhas seguintes baseiam-se em Calixto Salomão Filho, "Regulação da Atividade Econômica", cit., pp. 138 e ss.

pro competição, devem ser objeto de ativa e permanentes supervisão por parte do regulador setorial.²¹

II.8.2. A segunda doutrina, denominada "Teoria do Poder Amplo" (*pervasive power*) se presta mais à articulação entre a regulação setorial e a autoridade antitruste situadas no mesmo âmbito de competências federativas (no modelo americano, em sede da União). Trata-se, em verdade, de uma aplicação da Teoria da Ação Política, adaptada para fora do conlito federativo. Por essa doutrina, a competência da autoridade antitruste só seria afetada pela competência do órgão de regulação setorial em uma de duas hipóteses: i) se o poder do órgão regulador for extenso o suficiente para elidir qualquer outra competência regulatória, inclusive a concorrencial; ii) se, apesar de não ser suficientemente extenso, ele se mostrar suficientemente profundo, detalhado e exaustivo para permitir pressupor que a não previsão de competências em matéria concorrencial cuidou de opção de quem teria competência para tanto, mas que houve por bem não fazer incidir esta espécie de regulação. Diferentemente das hipóteses que envolvem entes distintos da federação, no caso da teoria do *pervasive power* não se exige tanto o manejo efetivo das competências de tutela da concorrência pelo regulador antitruste, justamente por não se ter a preocupação quanto ao exercício das agências federais independentes.

II.9. As doutrinas cunhadas no direito americano, especialmente a partir da casuística submetida às Cortes daquele país, não tem muita utilidade entre nós. A meu ver, no sistema brasileiro, a articulação entre os órgãos de regulação geral e setorial deve ser buscada na lei. Quatro são os modos de articulação entre estas esferas de regulação.

II.9.1. O primeiro modo é a articulação complementar, pela qual as duas esferas de regulação se articulam com linhas nítidas de separação entre uma e outra competência regulatória. Tal linha de separação pode ser procedimental (um órgão atua numa determinada etapa da atuação antitruste e o outro na fase subsequente) ou pode ser operacional (o órgão de regulação setorial opera no âmbito preventivo e modelador enquanto a autoridade antitruste atua na perspectiva reativa, sancionando ou obrigando comportamentos).

II.9.2. A segunda maneira de articulação é supletiva. Por ela, temos que caberá o exercício da competência antitruste quando o órgão de regulação setorial não estiver atuando no sentido da defesa da concorrência. Trata-se de uma aproximação da teoria da ação política do direito americano e que, entre nós, é aplicável na seara ambiental. Por ela, quando as competências antitruste ou de defesa do consumidor não estiverem sendo eficazmente

21. Esta primeira doutrina foi cunhada para servir de parâmetro para dirimir conflitos na articulação das duas esferas de regulação, especialmente quando envolvidas atribuições pertencentes a distintas esferas federativas, no âmbito do regime federativo americano.

exercidas pelo regulador setorial, isto autorizará o órgão de regulação geral a atuar. Neste caso, haverá sempre uma subsidiariedade nas pautas regulatórias aplicáveis à tutela da competição e do consumidor, cabendo ao regulador algum poder de censura, mas reduzida capacidade de revisão dos parâmetros normativos e planejadores editados pelo regulador setorial para calibrar a competição no setor e para proteger os direitos dos consumidores. II.9.3. A terceira forma de articulação é a concorrente. Nela há sobreposição das competências regulatórias. Tanto o regulador setorial, quanto os órgãos de regulação geral exercem concomitante e descoordenadamente suas competências no campo antitruste e do consumidor. É mais frequente tal sobreposição no âmbito da tutela dos direitos dos consumidores. II.9.4. Por fim, pode haver uma articulação por coordenação quando há reservas de competências regulatórias para um dos reguladores, mas com a obrigação deste de consultar, ouvir e envolver a outra esfera regulatória no processo de exercício de suas competências. No direito estrangeiro, esse é o caso da *Monopolies and Merger Commission* – MMC – da Grã-Breanha. Este órgão é dotado de função consultiva em matéria concorrencial, devendo opinar quando os órgãos reguladores setoriais estiverem exercendo suas competências no tocante à matéria concorrencial.

II.10. Nem sempre os textos legais que instituíram os órgãos de regulação setorial se preocuparam em prescrever a forma de articulação destes com os órgãos de regulação geral. Como asseverei acima, contudo, o silêncio da legislação não pode significar a simples derrogação das competências dos órgãos de defesa da concorrência e do consumidor, pois que estes órgãos exercem competência regulatória que tem como pressuposto a consagração de princípios fundantes da ordem econômica na Constituição. Certo é que a competência dos órgãos de regulação geral não os autoriza a invalidar ou censurar as pautas políticas que sejam estabelecidas pelo poder público para calibrar a competição em setores em fase de transição do monopólio público para o regime de mercado, ou para avaliar ou rejeitar uma determinada política tarifária em face do direito do consumidor.²² Porém, a existência de um arcabouço regulatório setorial não impede, de per si, que os órgãos de defesa do consumidor ou da concorrência avaliem e analisem os atos e comportamentos havidos no setor, eventualmente aplicando suas competências para coibi-los à luz mesmo das normas vigentes para o setor.²³

22. Feliz, neste sentido, parece-me a consideração constante do voto do Cons. Thompson Andrade: "Da mesma forma que o CAdB não contesta normas regulamentares estabelecidas pelas demais agências reguladoras, as suas relações com estas agências se fazem de forma cooperativa, o mesmo podendo ocorrer com o Banco Central".
23. Vale então colacionar o preciso ensinamento de Sabino Cassese: "Riprendo quoto, così, il principio base da cui è partito, quello della prevalenza del diritto comune della concorrenza, sui diritti amministrativi di settore, nella salvaguardia delle limitare 'missioni specifiche'

II.11. Em suma, conforme pretendi expor neste tópico, não há que se falar em reservas de regulação, em setores imunes à regulação geral anti-truste e consumerista. A regulação setorial não caracteriza um feudo, uma área livre, isenta da incidência dos parâmetros de regulação geral. Os pressupostos que justificam a existência de uma regulação setorial, em qualquer de suas diversas aplicações, não podem excluir os pressupostos ensejadores da regulação geral. Mesmo porque estes foram considerados pela Constituição como princípios mesmo da ordem econômica, não sobrepujáveis, pois, por qual-quer outro valor social por mais relevante que seja. Certo é que a aplicação das regras e instrumentos de regulação geral há de ser sopesada e calibrada à luz das condicionantes econômicas, jurídicas e políticas aplicáveis a cada setor objeto de regulação setorial.²⁴ Não haverá que ser, porém, mitigada ou elidida pelo fato de estar tal segmento submetido a outros agentes e pressupostos regulatórios, sob pena de se estar invertendo a ordem de densidade dos princípios constitucionais.

III. A importância da independência como pressuposto a regulação

III.1. O surgimento de autoridades administrativas independentes ou de órgãos reguladores independentes é manifestação recente de um fenômeno não propriamente novo. O próprio surgimento das autarquias,²⁵ entre nós, já atendia aos reclamos de alguma descentralização administrativa tendo a dotar alguns órgãos públicos de alguma autonomia em face do poder político central. III.2. Esse processo, não de todo novo, vai ganhar força nos últimos tempos com a proliferação de autarquias de regime especial, mormente batizadas de agências reguladoras. A razão do surgimento destes entes foi por

definiti della legge. Si esce, così, dalla contraddizione della liberalizzazione economica che produce regolazione amministrativa. Si riconosce, così, preminenza all'Autorità della concorrenza. Ma tutto ciò, a condizione che quest'ultima non ascolti anch'essa le sirene della regolazione e si trasformi, come è accaduto di recente, in giudice della 'perdita di benessere per la collettività' e del 'rilevantissimo introito per le imprese', in concorrenza con altre autorità nell'occupazione di spazi regolatori". (Cf. "Regolazione e Concorrenza", Giuseppe Tesaurò e Marco D'Alberti, org., Bolonha, Il Mulino, 2000, p. 25).
24. A esse respeito, ver o instigante trabalho de Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva "Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos", Monografia apresentada na PUC-SP, São Paulo, mineo, novembro de 2001.
25. Isso fica bastante claro na conceitualização clássica que Creteia Júnior empresta de Santi Romano segundo quem "autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público ou, mais concretamente, a capacidade de governar por si os próprios interesses, embora estes também se refiram ao Estado" (Cf. "Administração Indireta Brasileira", Rio de Janeiro, 4ª edição, 2000, p. 143).

mim bastante analisada em trabalhos anteriores.²⁶ Em recente trabalho, com sinais a importância dos três vetores de independência dos órgãos reguladores: em face dos agentes regulados, do poder político e mesmo dos interesses tutelados (que justificam e motivam a regulação). Resumo, na sequência, os lineamentos que naquela oportunidade desenvolvi.²⁷

III.2.1. A independência das agências reguladoras chega a ser um elemento de sua definição porquanto é um traço central destes novos órgãos reguladores. A razão para tanto decorre diretamente do novo perfil da regulação estatal, marcada por alguma subsidiariedade e pelo intervencionismo

reguladores. A razão para tanto decorre diretamente do novo perfil da regulação estatal, marcada por alguma subsidiariedade e pelo intervencionismo cas, mas de semelhante modo nas demais manifestações da atividade regulatória estatal, sempre haverá três ordens de interesses enredadas: i) o interesse dos regulados; ii) o interesse do poder político, traduzidos das mais diferentes formas e iii) os interesses tutelados (usuários, consumidores, beneficiários da livre concorrência, etc). Daí então que, para que tenhamos o pleno exercício da regulação sobre esta atividade, será necessário que o ente dela encarregado mantenha uma certa autonomia em relação a estes três blocos de interesses.

III.2.2. Obviamente, o órgão regulador deve ter total independência

perante os agentes sujeitos à regulação. Perder tal independência significaria negar a própria razão de ser da regulação. Isso não significa que a atividade regulatória deva ser exercida contra o regulado. No novo contexto da regulação estatal que aqui tratamos (onde o traço da competição e da pluralidade de prestadores constitui eixo vetorial), os operadores da atividade regulada são parte fundamental. Porém, em que pese manter com eles uma permanente e transparente interlocução, o órgão regulador deve poder divisar os interesses gerais que tutela dos interesses específicos (embora legítimos) dos regulados. Um dos principais elementos para a efetivação desta independência são os mecanismos de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros dirigentes do órgão regulador (a chamada *quarentena*).²⁸ Com efeito, a possibilidade do agente regulador passar, de inopino, a ocupar posição de relevo no regulado coloca seriamente em risco a independência do órgão.

III.2.3. Do mesmo modo, embora deva ter um compromisso forte com os consumidores (cuja vulnerabilidade compete-lhe à primacialmente

26. Para uma análise mais profunda das razões da multiplicação das agências como órgãos reguladores autônomos, ver meu "A Republicação do Estado e os Interesses Públicos", cit., pp. 273 e ss.
27. "A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes", In Carlos Ari Sundfeld, org., "Direito Administrativo Econômico", São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 85 a 87.
28. A esse respeito, Fernando Herrero Aguilhar alude a uma "desvinculação do administrador das atividades objeto da regulação" (Cf. "Control Social de Servicios Públicos", São Paulo, Max Limonad, pp. 240 e 241).

compensar), o órgão regulador não pode se transformar num simples e incondicional interesse do consumidor, desconhecendo as outras dimensões da atividade regulatória. Tal atividade não pode se traduzir num populismo regulatório. Do mesmo modo, o atriamento exclusivo ao interesse do usuário pode levar, em situações limite, ao aniquilamento de parcela dos exporadores da atividade regulada, acarretando, a longo prazo, a oligopolização ou monopolição do mercado específico. Por fim, a exorbitância na tutela dos interesses dos usuários pode acarretar prejuízos para o poder público (é dizer, para a coletividade), como ocorre, por exemplo, quando o agente regulador cede a pressões de grupos específicos de consumidores, criando pleitos indenizatórios dos prestadores dos serviços que, via equilíbrio econômico financeiro, acarretarão gastos públicos.

III.2.4. Por fim, e aqui talvez esteja o principal elo de independência, temos a articulação com o poder político. Parece-nos absolutamente relevante que a atividade do órgão regulador se desenvolva com independência frente às vicissitudes do poder político. Bem é verdade que será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: ou seja, tanto as leis que ancliam os instrumentos regulatórios como mesmo as macro-políticas para o setor. Porém, definidos estes marcos, devem as agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em meras *longa manus* do núcleo estratégico estatal. A atividade regulatória deve ser protegida contra a interferência política. A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política pública num determinado setor. Não pode, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular. A independência aqui deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental e não um instrumento de política de um governo.

III.3. Essa neutralidade, verdadeira isenção em face dos interesses governamentais, sociais e econômicos é destacada como necessária pela doutrina administrativa mais recente. Para José Manuel Sala Arquer, trata-se de um fenômeno "dos mais interessantes do Direito Público no momento atual" o surgimento de uma série de instituições que "fazem da independência frente a diretrizes político-governamentais nota essencial de seu regime jurídico". No entender do publicista espanhol, "a independência e a garantia da neutralidade".²⁹ Por seu turno, Vital Moreira, "o traço essencial de tais organismos é naturalmente a sua autonomia e independência dos respectivos membros. Não estão organicamente integrados na administração ordinária do Estado, nem estão sujeitos a orientações ou controlo

29. Ver José Manuel Sala Arquer, "El Estado Neutral. Contribución al Estudio de las Administraciones Independientes", in Revista Española de Derecho Administrativo, volume 42, 1984, pp. 401 e ss. Tradução livre.

governamental quanto à condução da sua actividade. Por isso se lhes chama por vezes "administração neutral ou independente".³⁰

III.3.1. A independência ou autonomia³¹ dos órgãos reguladores não é pacífica entre nós.³² Aliás, nem mesmo nos Estados Unidos, onde surgiu e se afirmou, pode-se tê-la como consenso doutrinário ou judicial.³³ A sua multiplicação, tanto entre nós como no direito europeu demonstra tratar-se de fenómeno amplo e forte, ditado por razões que transcendem o simples modismo institucional. Correto se põe o entendimento de Alexandre Santos de Aragão para quem "as estruturas político-administrativas tradicionais, morosas e embebidas de critérios políticos, revelaram-se, contudo, inadequadas para os novos desígnios regulatórios do Estado".³⁴

III.4. A independência e a autonomia se manifestam de várias maneiras e a partir de alguns requisitos.³⁵ Em termos bastante sintéticos, pode-se afirmar que "a independência da entidade é condicionada à conjugação

30. In "Auto-regulação profissional e Administração Pública", cit., p. 51. Criação no original. 31. Carlos Ari Sundfeld, com toda sua autoridade, entende o termo independência como exagerado, preferindo autonomia (CF, "Direito Administrativo Econômico", cit., p. 24). De minha parte, entendo que os termos não se confundem. A independência afirma o aspecto de imunidade da agência no locante ao processo decisório. A autonomia diz mais respeito à sua liberdade de gestão. Tanto uma como outra, ademais, não são isentas dos mecanismos de controlo incidentes sobre tais órgãos, ainda que não aptos a caracterizar sujeição a controlo hierárquico. Ainda conforme o próprio Carlos Ari Sundfeld "A agência reguladora é necessariamente submetida aos controlos parlamentares e judiciais." Op. cit., p. 26.

32. Para uma crítica mais radical e conservadora, ver Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", São Paulo, Malheiros, 13ª edição, pp. 132 e ss Para uma visão do fenómeno de surgimento dos entes reguladores no direito comparado, ver Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, "A Independência da Função Reguladora e os Entes Reguladores Independentes", in RDA, volume 219, pp. 253 a 270. 33. Neste sentido ver Vital Moreira, "Auto-regulação profissional e Administração Pública", cit., p. 47. Assevera o autor português: "Não faltaram ao longo dos anos propostas para eliminar as comissões reguladoras ou para as submeter ao Presidente (...) Mas recentemente, desde o mandato presidencial de R. Reagan, foram intensificados os esforços para reduzir a independência das comissões perante o Presidente, ao mesmo tempo que aumentaram as reservas sobre sua própria legitimidade constitucional."

34. "As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes – Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais", in Revista dos Tribunais, Ano 90, volume 786, abril de 2001, p. 35. 35. Arnolde Wald e Luiza Rangel de Moraes (in "Agências Reguladoras", Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, 1999, n. 141, p. 146, apontam quatro planos de independência a saber i) independência decisória; ii) independência de objectivos; iii) independência de instrumentos e iv) independência financeira. Embora bastante didática e bem estruturada, não adoto tal conceitualização por algumas razões. As principais: a) independência decisória de divíde em dois campos de fundamental relevância: a estabilidade dos dirigentes e a ausência de controlo hierárquico; a independência de objectivos, da forma como conceito a atividade regulatória, é relativa porquanto os objectivos deverão, no mais das vezes, estar lastreados na lei ou nas políticas públicas definidas pelo poder político central; por fim, a independência financeira é uma das dimensões da autonomia do ente regulador. A discussão, porém, valeria um trabalho específico.

de elementos fundamenteis quais sejam: o mandato fixo e a estabilidade dos dirigentes; a independência administrativa, a ausência de subordinação dos dirigentes; a autonomia financeira e a independência normativa".³⁶ Dentre estes, dois aspectos caberia aqui destacar: a importância da isenção dos dirigentes (mandato e estabilidade) e a ausência de subordinação hierárquica. **III.5.** O processo de indicação dos dirigentes e a sua estabilidade são pressupostos essenciais para a afirmação da independência do regulador. Não é por outro motivo que a figura das agências independentes, nos Estados Unidos, começou a ser afirmada justamente num caso em que se discutia a possibilidade do Presidente da República daquele país demitir um chefe de órgão regulador autónomo.³⁷

III.5.1. É pela possibilidade do dirigente do órgão regulador não estar sujeito a um processo de nomeação livre pelo Chefe do Executivo,³⁸ bem como por não ser demissível *ad nutum*, que o exercício da atividade regulatória pode se dar com isenção em face do detentor do poder político. É o que se chama de independência política que, segundo Diogo Figueiredo Moreira Neto "decorre da nomeação de agentes administrativos para o exercício de mandatos a termo, o que lhes garante a estabilidade nos cargos necessários para que executem, sem ingerência política do Executivo, a política estabelecida pelo Legislativo para o setor".³⁹

III.5.2. Entre nós, embora ainda não se possa falar de uma jurisprudência consolidada, o Supremo Tribunal Federal deu sinais de que – distanciando-se da posição assentada na sua Súmula n. 25 – passa a admitir que a indicação de membros de órgãos reguladores possa estar submetida à prévia aprovação pelo Parlamento e que não estejam tais dirigentes sujeitos à exoneração como qualquer ocupante de cargo de livre provimento.⁴⁰ Válida,

36. Carlos Ari Sundfeld, "Agências Reguladoras: Uma visão comparada", cit., p. 17.

37. A esse respeito, ver Peter Strauss, "The Place of Agencies in Government: separation of powers and the fourth branch", Columbia Law Review, April, 1984, pp. 609 a 617.

38. Sobre este ponto, em trabalho anterior, consignei: "Ademais, pelo tanto que acima expusimos, o próprio provimento dos postos chave de um órgão deste perfil deve se pautar por critérios técnicos e a indicação destes agentes, ao nosso ver, não pode ser ato exclusivo do chefe do executivo, mas deve envolver inclusive o legislativo, mediante sabatina e aprovação dos nomes pela instância parlamentar" (CF, A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes", cit., p. 87).

39. Leila Cuelhar assevera: "A regra, portanto, em relação aos integrantes de cargos em comissão, é a de que podem ser exonerados ad nutum (livremente), ex officio, por parte da autoridade competente. Em relação às agências reguladoras, todavia, não se admite a demissão ad nutum dos membros responsáveis pela direção, para que se preserve a independência dos entes." (CF, "As Agências Reguladoras e o Poder Normativo", São Paulo, Dialética, 2001, p. 97).

40. Ver Diogo Figueiredo Moreira Neto, "A Independência das Agências Reguladoras", in Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Editora NDJ, volume 6, 2000, p. 417. 41. É uma interpretação possível do que decidiu a Suprema Corte em sede de apreciação de liminar na Adin n. 1.949 – RS. Desafortunadamente, o STF não tem logrado decidir no mérito importantes ações diretas que discutam a inconstitucionalidade de profundas altera-

atos decisórios do ente regulador estivessem permanentemente sujeitos ao controle hierárquico, se fossem sempre passíveis de revisão pelo Chefe do Executivo ou seus delegados.

Executivo ou seus delegados.

III.6.1. É certo que, ao dotar o regime autárquico especial a que se submetem as agências reguladoras de ausência de subordinação ao controle hierárquico interno ao Executivo, as leis de criação destes reguladores tangenciam a regra inserida no art. 84. II, da Constituição federal, segundo a qual compete privativamente ao Presidente da República “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a livreza superior da administração federal.” Este preceito, porém, não pode ser visto como interditante a que o Congresso Nacional, mediante lei, aloque competências regulatórias em órgãos específicos, dotados de personalidade autárquica especial e não submetidos ao controle decisório do Chefe do Executivo. Cuida-se de prerrogativa, aliás, assegurada pela competência expressa do Congresso para, mediante lei, dispor sobre “a criação, estruturação e atribuições dos Ministros e órgãos da administração pública” (art. 48. XI, da CF), o que, obviamente, envolve competência para determinar e condicionar a descentralização administrativa.

III.6.2. Alocação de competências regulatórias em entes dotados de independência, constituídos como autarquias especiais, através de lei que predique inexistência de subordinação hierárquica parece-me, pois, constitucional. A única ressalva que faço é para a inafastabilidade de apreciação dos atos destes entes autárquicos especiais, as agências reguladoras, em sede do direito de petição assegurado pelo art. 5º, inciso XXXIV, Letra a, da Constituição. Dessarte, embora não caracterize necessariamente controle hierárquico, parece-me que mesmo em sede atos praticados por órgão regulador dotado de independência e autonomia e submetido a regime autárquico especial, sempre assistirá ao cidadão o direito de petição para os escalões superiores da Administração “em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”;

III.6.3. Fique claro aqui que ao me referir a ausência de controle hierárquico estou me referindo a este não apenas no seu sentido estrito, mas também como sinônimo de tutela administrativa dos atos praticados pelos órgãos reguladores.⁴⁴ E digo isto para consignar que a ausência de subordinação hierárquica dos entes reguladores pode também se traduzir em redução da margem de tutela administrativa, desde que a lei que confere a estes

44. Sirvo-me aqui da distinção celebrada por Odete Medauar que diferencia o poder hierárquico do poder de tutela. Segundo a autora, "Não há, portanto, relação de hierarquia entre órgão central e autarquia, nem identidade entre tutela e hierarquia. Controle hierárquico e tutela são institutos distintos: o primeiro é incompatível com a descentralização e a tutela pressupõe a existência de mera descentralização" (CC, "Controle Administrativo das Autarquias", São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, p. 77).

precisa e objetiva é, ainda hoje, a consideração feita pelo inigualável Min. Victor Nunes Leal em sede do histórico julgado da Suprema Corte, do qual advem a Súmula 25. Embora em posição minoritária, o Min. Victor Nunes asseverava, com notável atualidade e robustez de fundamentos, que "Cuidando-se, em especial, da investidura de servidor público por prazo certo, eis uma providência que se integra, com toda naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura a prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais atividades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo. (...) No sistema político vigente em nosso país é, realmente, ao Poder Legislativo que cabe trazer a orientação geral da política econômica e administrativa do país, pois dele depende a votação do orçamento, a concessão de créditos especiais, a aprovação de tratados com nações estrangeiras e o poder de votar leis em toda a extensão da área de competências legislativas da União".⁴²

São exatamente estes os fundamentos, as razões e os pressupostos da independência política dos entes reguladores, manifestada pela fixidez dos mandatos e pelo envolvimento do parlamento no processo de indicação

III.6. Doutro lado, a ausência de subordinação hierárquica configura importante traço da independência dos novos órgãos reguladores.⁴³ Tal qual a forma de indicação dos dirigentes e a fixidez de mandatos, a ausência de subordinação hierárquica é uma característica própria ao regime autárquico próprio aos entes reguladores autônomos. De nada valeria dotar o dirigente do órgão regulador de mandato fixo e de estabilidade, submetendo a um sistema de indicação que envolva sabatina pelo Parlamento, precisar suas competências na lei e ainda conferir-lhe autonomia financeira e de gestão se os

ções no cenário jurídico – institucional do país. Com essa dificuldade, ficamos órfãos de uma construção jurisprudencial do direito constitucional pátrio e fadados a colher interpretações sobre as manifestações da Corte em sede de juízo limitiar. Para uma análise, breve porém profícua, da posição do Supremo sobre alguns níveis de independência dos órgãos reguladores, ver o estudo de Marcos Juruena Villela Souza, "Agências Reguladoras", in Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 8, n. 33, pp. 168 e ss.

42. Cf. Acórdão ao MS n. 8.693 – DF, julgado em 17.11.1962, RTJ, volume 025-01, pp. 55 e 56. Excerto extraído do Ement, STF, volume 512, pp. 116 e 117, versão eletrônica.

43. Comentando os contornos das agências no direito americano Egon Bockmann Moreira registra: "Tais agências administrativas reguladoras caracterizam-se por independência em relação do Poder Executivo e não estar submetidas a controle hierárquico. De forma autônoma, emanam normas que regulamentam a matéria de sua competência e decidem litígios, exercitando os denominados poderes quase-judicial e quase-legislativo. Na ampla maioria delas, há dirigentes possivelmente mandatos fixos, há supervisão das comissões do Congresso, possibilidade de controle judicial e relações políticas com o Poder Executivo" (CF, "Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários", in Revista Trimestral de Direito Público, volume 25, p. 187).

entes regime autárquico especial assim consignar. Como ensina Odete Medauar, desbravadora no tema, "o poder de tutela é condicionado; a independência do ente autárquico é a regra; o controle, exceção; portanto, o controle não se presume; ele somente se exerce nos casos e sob as formas previstas em lei".⁴⁵

III.6.4. Será, pois, nos termos da lei que institui o órgão regulador, dando-lhe natureza autárquica e contornos especiais, que se deve verificar o nível de controle (hierárquico ou de tutela) a que se submete este regulador. Consoante a doutrina tradicional "o que posiciona a autarquia como regime especial são as regras que a lei criadora lhe confere, para o pleno desempenho de suas finalidades específicas".⁴⁶

III.6.5. Deste modo, tenho claro que um dos principais requisitos da independência dos órgãos reguladores é o fato de que, embora inseridos dentro da estrutura da Administração pública, podem ter conferido por lei um regime especial segundo o qual não se submeterão a controle hierárquico, nem tampouco a um regime de estrita tutela administrativa. Próprio do seu regime autárquico especial, poderá a lei que lhes cria e dá os contornos jurídicos estabelecer sua não subordinação aos controles típicos das entidades integrantes da administração indireta. Isso tudo como mecanismo para assegurar que o exercício da autoridade regulatória esteja livre tanto das ingerências do poder político, quanto do poder econômico e social.⁴⁷

III.7. Pois bem. A independência dos entes reguladores, dizia eu há pouco, tem razões objetivas de ser. Como assevera Vital Moreira, "as autoridades administrativas independentes são particularmente adequadas para superintender naquelas atividades que, pela sua natureza ou melindrer, devem estar acima da luta partidária e da maioria governamental de cada momento. (...) As suas atividades são sempre específicas, limitadas a uma determinada área (v.g. defesa da concorrência) ou determinado sector de actividade (v.g. as telecomunicações, os mercados financeiros)".⁴⁸ A independência dos órgãos reguladores serve tanto para aqueles que exercem regulação setorial, como para aqueles voltados à regulação geral, antitruste ou de defesa do consumidor.

III.8. Sua existência se justifica exatamente para permitir que o regulador exerça as competências que foram fixadas na lei de forma plena e ampla, sem os temores de que os poderes sejam-lhe ceifados quer via exone-

45. Odete Medauar, op. cit., p. 76.
46. Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo, Malheiros, 23ª edição, 1990, p.305.
47. "E, para alcançar a tão almejada independência, o legislador criou expedientes próprios, com o objetivo de possibilitar o funcionamento harmonioso e independente da agência reguladora frente ao Ministério fiscalizador da sua atuação gerencial." (CF. Mauro Roberto Gomes de Mattos, "Agências Reguladoras e as suas Características", in RDA, vol 218, p. 79).
48. Op. cit, p. 51. Gráfica do original.

ração, quer via tutela ou revisão dos atos decisórios. Isso se põe recomendável tanto para cumprimento das pautas regulatórias aplicáveis para um setor específico, como para consagração das premissas da livre concorrência ou da defesa do consumidor. Muita vez uma meta legítima de política industrial pode colidir com os pressupostos da legislação antitruste. Noutras uma determinada meta de política monetária poderá implicar na supressão da competição no setor financeiro. Embora num e noutro caso seja de rigor que o órgão competente para defesa da ordem econômica deva considerar as condicionantes de cada política setorial, não poderá transformar sua competência regulatória em mera função caudatária das políticas governamentais. Daí por que se assegurar níveis razoáveis de autonomia e independência para o regulador.

IV. Independência, vinculação e imunidade regulatória: algumas notas sobre controle na antitruste no setor financeiro

IV.1. Fixadas estas notas doutrinárias acerca dos pressupostos da regulação e da importância da independência do órgão regulador, cabe apenas tecer alguns comentários acerca das questões que foram discutidas no âmbito do Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09. A três pontos pretendo-me ater i) a diferença de estatuto jurídico do CADe e do Bacen enquanto órgãos reguladores; ii) a absoluta não vinculação do CADe ao parecer da AGU; e iii) a articulação de competências regulatórias no tocante aos atos de concentração no setor financeiro.

IV.2. É patente a diferença de autonomia e independência conferidos pela lei ao CADe e ao Banco Central. Ambos estes órgãos foram constituídos como autarquias sem previsão de regime especial.⁴⁹ Embora o Banco Central tenha sido talvez o primeiro órgão regulador setorial do Brasil, é bastante reduzido seu grau de autonomia e nula sua independência.⁵⁰ Primeiro, porquanto o Bacen é subordinado pela lei de sua criação ao Conselho Monetário Nacional, a quem compete, dentre outras atribuições, decidir sobre a estrutura técnica e administrativa do Bacen, inclusive fixando seu quadro de pessoal (art. 4º, XXV, da Lei n. 4.595/64); aprovar seus regimentos internos (art. 4º, XXVII), além de caber-lhe conhecer dos recursos tirados contra decisões do Bacen (art. 4º, XXVI). De resto, apesar das indicações para os cargos de direção do Banco Central serem submetidos ao Senado, não há qualquer regra que assegure a estabilidade no cargo

49. Ver art. 3º da Lei n. 8.884/94 (CADE) e art. 8º da Lei n. 4.595/64 (Bacen).
50. Para uma análise comparativa da questão da autonomia do Banco Central no caos português ver o interessante artigo de José Simões Patricio, "Autonomia do Banco Central", in RTDP, volume 19, pp. 53 a 80.

ou a fixidez de mandatos para os seus dirigentes.⁵¹ Temos, portanto, que, em que pese exercer importantes competências de órgão regulador setorial, o Bacen é dotado de baixíssima autonomia e nenhuma independência em face do poder executivo e do órgão formulador das políticas para o setor (o Conselho Monetário Nacional), este absolutamente sujeito ao controle político do executivo.⁵²

IV.2.1. Já o CADÉ é dotado de significativa independência e autonomia. Os seus dirigentes (Conselheiros e Presidente) têm mandato de dois anos, permitida uma recondução (art. 4, § 1º, Lei n. 8.884/94), só podendo perder tal mandato em virtude de decisão do Senado Federal, no caso de condenação penal irreversível (art. 5º da Lei n. 8.884/94) ou de reiteradas ausências às reuniões ordinárias do Conselho (art. 5º, Parágrafo único). A aprovação pelo Senado Federal (art. 4º). E-lhe conferida competência para determinar sua estrutura interna, inclusive quanto ao seu quadro de pessoal (art. 7º, XX). De resto, prevê a Lei n. 8.884/94 que as decisões do CADÉ são irreversíveis no âmbito administrativo (art. 50).

IV.2.2. Vê-se, portanto, que há um déficit de independência e autonomia no exercício das suas competências regulatórias em desfavor do Bacen. Já no tocante ao CADÉ, percebe-se um nível bastante razoável de autonomia e independência, adequando-se ao perfil próprio ao exercício de atividade regulatória.

IV.2.3. Daí por que me parece um tanto desarrazada a aprovação, pelo Presidente da República, do Parecer da AGU definindo a imunidade do setor financeiro à competência do CADÉ. É notável o papel que o governo da República tem exercido no sentido de dotar a Administração Pública de mecanismos efetivos para exercício da moderna regulação. Destarte, não me parece crível que diante de uma dificuldade de articulação entre competências regulatórias geral (antitruste) e setorial venha o Chefe do Executivo arbitrar tal suposto conflito em favor justamente do órgão menos capacitado (porquanto desprovido de independência) para o pleno exercício regulatório. **IV.3.** Outro aspecto, já exaustivamente abordado na maioria dos votos, trata da absoluta não vinculação do CADÉ aos pareceres normativos da AGU, mesmo quando aprovado pelo Presidente da República. Aqui a matéria não valeria sequer o gasto de tinta, tão patente que é, ao menos para mim, a ausência de vinculação. Razões abundam.

51. Isso em que pese a previsão original de mandato de sete anos para os membros do Conselho Monetário Nacional dentre os quais deviam ser escolhidos os membros do Bacen (CF, art. 6º, IV, da Lei n. 4.595/64, posteriormente revogada pelo art. 8º da Lei n. 9.069/95).
52. Afinal, nos termos da Lei n. 9.069/95 o CMN passou a ser integrado por dois ministros (da Fazenda e do Planejamento e Gestão), demissíveis a qualquer tempo pelo Presidente da República e mais o presidente do Banco Central.

IV.3.1. A primeira, decorrente da própria Lei n. 8.884/94 que, como dito, no seu art. 50 determina que as decisões do CADÉ não podem ser objeto de recurso no âmbito do Poder Executivo. Ora, se a Lei estabeleceu que mesmo em sede recursal as decisões do Conselho não podem ser objeto de revisão pelo Chefe do Executivo, menos ainda poder-se-ia admitir que, *a priori*, se viesse a adstringir, a manter a atividade daquele órgão regulador pela via transversa do parecer vinculante. Deste modo, somente uma interpretação se pode admitir para o art. 40, § 1º da Lei Complementar n. 73/93. E aquela que indica que estarão vinculados aos pareceres da AGU aprovados pelo Presidente da República apenas aqueles órgãos da Administração Federal que estiverem sujeitos ao controle hierárquico. Os órgãos reguladores independentes, como o próprio nome indica, são independentes e portanto não poderão estar vinculados a entendimentos normativos de quem quer que seja.

IV.3.2. Numa segunda ordem de razões está o fato de que, no meu entender, o art. 7º, I, da Lei n. 8.884/93 (que atribui ao CADÉ a competência para selar pela observância da lei de proteção da ordem econômica) combinado com o art. 173, § 4º, da Constituição interdita à AGU a possibilidade de arvorar-se como interpretadora da legislação em matéria antitruste. Fosse isso aceito, amanhã ou depois poderíamos ter a AGU emitindo pareceres vinculantes acerca da interpretação e aplicação da legislação monetária e, portanto, aquele órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo poderia também se arvorar à condigação de autoridade monetária, invadindo a esfera própria do Bacen.

IV.3.3. No quadro constitucional de competências na matéria antitruste, competirá ao CADÉ, e apenas ao CADÉ, a aplicação e interpretação da legislação concorrencial. Também sob pena de se estar fragmentando e inviabilizando a sua atribuição regulatória específica e atribuindo à AGU competências que só poderiam ser-lhe atribuídas pela Constituição.⁵³ **IV.4.** Por fim, a derradeira questão. Não há, deveras, conflito de competências em matéria antitruste a opor CADÉ e Bacen. Tal conflito somente pode existir se conhecermos tais competências, necessariamente, como excludentes. Ou dito de outro modo, somente caberá falar em conflito se descartarmos da necessária articulação entre regulação setorial e regulação antitruste a que me referi no início deste trabalho.⁵⁴

53. Notar que o art. 131 da Carta apenas atribui à AGU as funções de consultoria e assessoramento jurídico do poder executivo, não dando-lhe competências para se soerguer como órgão superior a todos os órgãos e entes estatais no tocante à aplicação da lei. Daí porque o caráter vinculante de suas interpretações devem ser vistos com cautela e sopesamento, somente a elas ficando adstritos os agentes públicos que estejam submetidos diretamente à vontade política do Presidente da República.
54. Correto parece, pois, ser o entendimento esposado pelo Conselheiro Celso Campionigo: "Não se cogita, por isso, de nenhum conflito de competências, mas sim de identificação de

IV.4.1. Tanto para pressupor o conflito de competências como para supostamente dirimi-lo em favor do Banco Central (a partir, repito, do paupérismo argumento de superioridade hierárquica da Lei Complementar sobre a Lei Ordinária) os pareceres da Procuradoria do Banco Central, quanto a manifestação da AGU adotam aquela posição unidimensional apresentada acima nos itens II.3 e seguintes. Essa posição traz um risco de se enxergar a distribuição de competências na Administração como uma constelação fragmentária, um conjunto de feudos impenetráveis onde cada segmento se constrói autonomamente, fragmentando o sistema jurídico.

IV.4.2. O risco sistêmico é uma dimensão relevantíssima quando se analisa a concentração no setor financeiro. Da mesma forma como a preservação do serviço universal é significativa ao se apreciar a competição num segmento da prestação de utilidades públicas. Nem um nem outro fator poderá ser suficiente para impedir que tais atividades, inobstante também sujeitas à regulação setorial, sejam analisadas ao lume das pautas da regulação geral (ainda mais quando esta for lastreada por imperativos constitucionais como acima demonstrei).

IV.5. O sistema financeiro é parte da ordem econômica, como, se não fosse por óbvio, seria pela própria alocação do seu capítulo específico na estrutura da Constituição de 1988. Apesar de suas peculiaridades, sua regulação não poderá se dar às margens dos princípios constantes do art. 170. Não será com argumentos apartalhados como o estatuto hierárquico da vetustíssima norma que rege o setor, ou sob argumentos *ad terrorem* (risco sistêmico, etc) que se poderá construir uma regulação setorial forte o suficiente para elidir a competência de outros órgãos reguladores, mormente aqueles que têm por escopo a regulação geral (antitruste e consumidor). Reservas e imunidades regulatórias, especialmente aquelas decorrentes não do efetivo exercício da regulação geral pelo regulador setorial (o que, em tese, poderia fazer prescindível a competência da autoridade anti-truste sobre o setor específico, como predica os americanos com a sua *pervasive power doctrine*), mas por argumentos formais, tipo hierarquia da Lei Complementar, somente servirão para deslegitimar e esvaecer a função regulatória estatal que, não sem duros combates, se está afirmando entre nós. Será uma pena.

precisos e distintos âmbitos de validade normativa e de construção técnico-dogmática e de diferentes planos de operacionalização jurídica da ordem econômica. Dai não identificar nenhum eventual conflito de competências entre o BACEM e o CADE".