



Universidade de Brasília
Instituto de Ciência Política
Programa de Pós-Graduação em Ciência Política

JULIANO PIMENTEL DUARTE

Dissertação de Mestrado

**Autonomia no “papel” e na prática no Sistema
Brasileiro de Defesa da Concorrência**

Autor: Juliano Pimentel Duarte

Orientador: Paulo Carlos Du Pin Calmon

Brasília
2018

JULIANO PIMENTEL DUARTE

Autonomia no “papel” e na prática no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Dissertação apresentada ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (IPOL/UnB) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Carlos Du Pin Calmon

Brasília/DF
2018

JULIANO PIMENTEL DUARTE

Autonomia no “papel” e na prática do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de Mestre em Ciência Política, e aprovada pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de Brasília.

Brasília, 31 de julho de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Carlos Du Pin Calmon
Orientador
Universidade de Brasília

Profa. Dra. Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo
Membro Titular
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Luiz Guilherme de Oliveira
Membro Externo
Universidade de Brasília

DEDICATÓRIA

À Lívia e ao Pedro, nosso pequeno milagre.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus por todas as oportunidades.

Aos meus pais, pelo valor da educação.

À Lívia, minha companheira de todas as aventuras. Obrigado por todo o amor, amizade, carinho, paciência e compreensão.

Ao Professor Paulo Calmon, sempre presente e disponível, pela sabedoria e preciosa orientação. Sem você este trabalho não seria possível.

Aos amigos do Cade, em especial à Fernanda Machado, à Renata Souza e ao Lucas Freire, pela amizade, aprendizado e pelo apoio para a conclusão deste trabalho.

Ao Estado Brasileiro, pela educação gratuita e de qualidade que usufruí, do ensino médio à pós-graduação. Espero servir à altura para fazer valer este investimento.

Aos colegas do Ipol e do Grupo de Instituições e Políticas Públicas – GIPP do Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública – CEAG, com quem puder compartilhar e discutir as ideias iniciais deste trabalho e de muitos outros.

Aos membros da banca de defesa, pelo debate, críticas e sugestões, que possibilitaram o aprimoramento deste trabalho. Os problemas remanescentes são de minha exclusiva responsabilidade.

Aos professores do Ipol, especialmente Paulo Calmon, Rebecca Abers, Marisa Von Bülow, Denilson Coêlho e Suely Araújo, com quem muito aprendi.

DUARTE, JULIANO P. Autonomia no papel e na prática: o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. 121 pgs. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

RESUMO

Esta dissertação analisa a autonomia formal e real do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade a partir de um estudo de caso descritivo, comparativo e exploratório. Partindo da reforma no arranjo institucional do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica – SBDC, a análise está centrada na relação entre instituições formais e o seu funcionamento na prática, investigando os efeitos da nova lei de defesa da concorrência sobre a autonomia formal e sobre a autonomia real do Cade. Para a análise dos efeitos das mudanças na autonomia formal foram operacionalizados dois índices, revelando que o Cade se transformou em uma de defesa da concorrência mais autônomas do mundo e uma das agências reguladoras mais autônomas do Brasil. A análise comparativa da autonomia de fato centrou-se em indicadores de controle governamental, como a política de indicações, a vacância nos cargos, alterações legislativas, controle sobre o orçamentário e sobre os recursos humanos. Verificou-se que o Executivo dispõe de um conjunto de instrumentos para influenciar a atuação do Cade, contudo não se confirmou uma mudança na relação com o Executivo após a reforma. Não foi possível identificar uma relação direta entre a mudança na autonomia formal e autonomia real do Cade. Novas abordagens metodológicas e possibilidades de pesquisa podem ser desenvolvidas para analisar a autonomia real. Novas hipóteses que podem orientar pesquisas futuras, a principal delas no sentido de que certo nível de “autonomia inserida” da agência é importante para se alcançar a autonomia formal.

Palavras-Chave: Agências Reguladoras. Defesa da Concorrência. Cade. Autonomia Formal. Autonomia Real.

DUARTE, Juliano. P. Regulation independence on paper and in practice: a case study of Administrative Council of Economic Defense – Cade. 129 pgs. Dissertation. Political Science Institute at University of Brasília, 2018.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the formal and real autonomy of the Administrative Council of Economic Defense - Cade from a descriptive, comparative and exploratory case study. The analysis focuses on the relationship between formal institutions and their operation in practice, investigating the effects of the new antitrust law on formal autonomy and on the real autonomy of Cade. In order to analyze the effects of changes in formal autonomy, two indexes were implemented, revealing that Cade has become one of the most independent competition authorities in the world and one of the most independent regulatory agencies in Brazil. The comparative analysis of de facto independence focused on indicators of government control, such as nomination policy, vacancy in office, legislative changes, control over budget and human resources. It was verified that the Executive branch has a set of instruments to influence Cade's performance, but a change in the relationship with the government after the reform was not confirmed. It was not possible to identify a direct relation between the change in the formal and real independence of Cade. New methodological approaches and research possibilities can be developed to analyze real autonomy. New hypotheses that may guide future research, the main one in the sense that a certain level of "embedded autonomy" of the agency is important to achieve formal independence.

Keywords: Independent Regulatory Agencies. Competition Policy. Cade. Formal Independence. De facto Independence.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Cronologia dos Mandatos de Presidente e Conselheiros do Cade.....	88
--	----

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1- Índice de autonomia formal das agências de defesa da concorrência na Europa e no Brasil.....	64
Gráfico 2 - Índice de autonomia formal das agências reguladoras no Brasil, 2018.....	68
Gráfico 3- Autonomia formal das agências reguladoras no Brasil.....	73
Gráfico 4 - Proporção de dirigentes de agências reguladoras que são servidores concursados	79
Gráfico 5 - Perfil dos Conselheiros Indicados para o Cade, antes e depois da Lei 12.529/11	79
Gráfico 6 - Perfil dos Conselheiros do Cade - 1995-2018	80
Gráfico 7 – Número e proporção de especialistas no Cade - 1995-2018	82
Gráfico 8 - Despesas autorizadas, executadas e contingenciamento de recursos do Cade e da Secretaria de Direito Econômico – 2001 a 2017 em reais de julho/2018.....	96
Gráfico 9 – Número de servidores do Cade e da SDE, por ano – 2000 a 2017	98

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Síntese dos trabalhos sobre autonomia real.....	18
Quadro 2 - Determinantes da autonomia formal e real das agências reguladoras.....	20
Quadro 3 - Procedimentos metodológicos para operacionalização do índice de autonomia formal proposto por Gilardi (2002, 2005, 2009)	37
Quadro 4 - Procedimentos metodológicos utilizados para do indicador de autonomia formal proposto por Silva (2012)	40
Quadro 5 - Síntese das alterações na autonomia formal do Cade	56
Quadro 6 - Síntese da análise dos indicadores de controle governamental sobre o Cade.	100

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Índice de autonomia formal (Gilardi, 2002, 2009) e autonomia do Cade, antes de depois da Lei 12.529/2011	59
Tabela 2 - Índice de autonomia formal das agências de defesa da concorrência na Europa e no Brasil.....	63
Tabela 3 - Índice de autonomia formal das agências reguladoras no Brasil, 2018.	66
Tabela 4 - Indicador de autonomia formal do Cade (Silva, 2010, 2012)	70
Tabela 5 - Autonomia formal das agências reguladoras no Brasil	74
Tabela 6 - Perfil dos conselheiros indicados para o Cade, antes e após a Lei 12.529/2011	77
Tabela 7 - Perfil dos Conselheiros indicados por Governo – 1994-2018.....	82
Tabela 8 - Meses em que houve vacância no Cade - 1995 a 2018	87
Tabela 9 - Períodos de vacância no Cade - 1995 a 2018.....	90
Tabela 10 - Vacâncias no Cade por Governo, 1995-2018.....	91

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia Geral da União

Ana – Agência Nacional de Águas

Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações

Anac – Agência Nacional de Aviação Civil

Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANCC – Agência Nacional do Consumo e da Concorrência

Ancine – Agência Nacional do Cinema

ANM – Agência Nacional de Mineração

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

Antaq – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Bacen – Banco Central do Brasil

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

FHC – Fernando Henrique Cardoso

ICN - International Competition Network

IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo

LOA – Lei Orçamentária Anual

MDIC – Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços

MF – Ministério da Fazenda

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

MRE – Ministério das Relações Exteriores

SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

SG-Cade – Superintendência Geral do Cade

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OGU – Orçamento Geral da União

ONS - Operador Nacional do Sistema Elétrico

PINCADE - Programa de Intercâmbio do Cade

SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1. REFERENCIAL TEÓRICO.....	4
1.1 A autonomia formal e as razões da delegação.....	6
1.1.1 A inconsistência intertemporal das decisões de política pública e o problema da credibilidade	8
1.1.2 O problema da incerteza política.....	10
1.1.3 O contexto institucional importa para a autonomia formal	10
1.1.4 Razões não funcionais para a delegação: a difusão das agências reguladoras autônomas.....	11
1.2 Autonomia real das agências reguladoras	14
1.3 O <i>framework</i> do agente principal na análise da autonomia das agências.....	21
1.4 A autonomia na defesa da concorrência.....	26
CAPÍTULO 2. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	34
2.1 Procedimentos metodológicos para caracterização da autonomia formal.....	35
2.2 Procedimentos metodológicos para caracterização da autonomia real	42
2.2.1 Controle pela política de indicação de dirigentes.....	44
2.2.2 Controle pelo descumprimento dos mandatos legais	46
2.2.3 Controle pela vacância de cargos e coincidência dos mandatos	46
2.2.4 Controle por propostas de alterações legislativas.....	47
2.2.5 Controle orçamentário	48
2.2.6 Controle organizacional.....	49
CAPÍTULO 3. A AUTONOMIA FORMAL DO CADE E A LEI 12.529/2011	50
4.1 Análise Comparativa da Autonomia Formal do Cade.....	58
CAPÍTULO 4. AUTONOMIA DO CADE NA PRÁTICA	76
5.1 Controle pela política de indicação de dirigentes	76
5.2 Controle pelo descumprimento dos mandatos legais	84
5.3 Vacância nos cargos de presidente e conselheiros	85
5.4 Controle por propostas de alterações legislativas.....	93
5.5 Controle orçamentário	95
5.6 Controle organizacional.....	97
CAPÍTULO 5. AUTONOMIA INSERIDA: UMA NARRATIVA PARA O CADE.....	102
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114
APÊNDICE I – PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – 1994 A JUNHO DE 2018	119

INTRODUÇÃO¹

A delegação da atividade regulatória para agências autônomas tem sido adotada em diversas áreas e em diversos países, inclusive na América Latina e no Brasil. Esse fenômeno constitui a principal manifestação institucional do que se convencionou chamar “estado regulador” (Majone, 1997) ou “capitalismo regulatório” (Levi-Faur, 2005).

Essa delegação de autoridade para agências reguladoras autônomas tem como base a crença de que esse modelo de governança produz melhores resultados de política, uma vez que assegura credibilidade e consistência das políticas ao longo do tempo, confere maior expertise à atividade regulatória e permite ao governo se concentrar em outros problemas de política pública. Para tanto, há de se admitir uma cadeia de causalidade pela qual agências legalmente autônomas serão autônomas na prática e, com isso, mais capazes de melhor conduzir a ação regulatória, produzindo os resultados desejados (Hanretty e Koop, 2013).

A literatura sobre governança regulatória e autonomia formal das agências reguladoras se desenvolveu a partir dos estudos sobre delegação e sobre a autonomia dos bancos centrais e encontra-se relativamente bem consolidada, com avanços significativos em termos de mensuração da autonomia e identificação de seus determinantes (Gilardi, 2005, 2009; Maggetti, 2007). Entretanto, nem sempre uma agência autônoma em seu estatuto se revela autônoma na prática regulatória. Dessa forma, as atenções se voltam também para a independência das agências reguladoras após a delegação.

A relação entre autonomia formal e real ainda é um problema empírico em aberto. Ainda há muito o que se compreender acerca o exercício da autonomia de fato, aqui entendida como o exercício da capacidade da agência de tomar decisões cotidianas sem interferência política ou sem considerar as preferências dos políticos (Hanretty e Koop, 2013).

É de se esperar que uma maior autonomia formal influencie positivamente a autonomia real das agências reguladoras. Entretanto outras variáveis também são relevantes para entender a autonomia na prática, como o contexto institucional e a existência de *veto players*; a variedade de capitalismo predominante; a importância política

¹ O autor deste trabalho é servidor da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. Este é um trabalho de caráter exclusivamente acadêmico e as ideias aqui apresentadas são exclusivas do autor e de nenhum modo representam a posição do Cade.

da política pública; a intensidade das preferências dos atores; os custos de credibilidade envolvidos; a idade da agência; e a sua participação em redes de políticas públicas (Maggetti, 2007 e 2012; Eckert, 2010; Jordana e Ramió, 2010; Silva, 2012; Ingold et al, 2013).

O Cade pode ser considerado a primeira agência autônoma instituída no Brasil, ainda no início da década de 90. Em 2011, quase vinte anos após a sua criação, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passou por uma reestruturação, unificando no Cade competências regulatórias de defesa da concorrência antes distribuídas por três órgãos. Além disso, o órgão passou a ser dotado de novos e mais eficazes instrumentos de *enforcement* e teve a sua estrutura de governança transformada.

Dentre outras mudanças, a reforma no arranjo institucional trazida pela Lei 12.529/2011 retirou do controle hierárquico direto dos Ministérios da Justiça e da Fazenda a participação nos processos decisórios do Cade. Além disso, a lei aumentou o tempo de mandato do Presidente e dos conselheiros do Cade, tornou os mandatos não coincidentes e retirou a possibilidade de recondução.

O tempo maior de mandato, sem coincidência e sem possibilidade de recondução são características institucionais que condizem com maior autonomia formal (Gilardi, 2005; Gheventer, 2005), entendida como a habilidade legal da agência tomar decisões sem interferências políticas (Hanretty e Koop, 2009).

A pergunta que irá nortear este trabalho é: quais os efeitos das mudanças advindas da Lei 12.529/2011 em termos de autonomia formal e de autonomia real para o Cade?

Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo avaliar os efeitos da reforma da Lei 12.529/2011 sobre a autonomia formal e sobre a autonomia real do Cade.

Para a consecução deste objetivo, esta pesquisa se propõe a realizar os seguintes objetivos específicos:

- a) Comparar os arranjos institucionais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, antes e depois da reforma empreendida pela Lei 12.529/2011, com ênfase nos seus mecanismos de autonomia e controle, buscando caracterizar a autonomia formal do Cade à luz da literatura sobre delegação para agências reguladoras; e
- b) Caracterizar a autonomia real do Cade, antes e depois da Lei 12.529/2011, a partir de indicadores previstos na literatura sobre autonomia real e controle das agências reguladoras, avaliando os impactos da mudança na autonomia formal sobre eventuais variações na autonomia real.

Para tanto, este trabalho desenvolve um estudo de caso de natureza comparativa, descritiva e exploratória, apresentando as mudanças nos arranjos institucionais e discutindo as implicações dessas alterações na forma como a autonomia em relação ao governo se manifesta na prática.

A realização deste trabalho se justifica pela oportunidade trazida pela mudança institucional, que alterou as regras de autonomia do Cade, ao passo em que se mantiveram inalteradas outras variáveis que potencialmente afetam a autonomia real do Cade, como o contexto institucional, as características da política pública, os custos de credibilidade e as preferências políticas.

Com isso, as alterações ocorridas na autonomia formal do Cade oferecem uma oportunidade para o desenvolvimento de um estudo de caso que auxilie na compreensão dos efeitos das mudanças institucionais formais sobre a autonomia e o controle político de fato sobre agências autônomas no Brasil. Espera-se assim poder contribuir para enfrentar os desafios metodológicos enfrentados pelos estudos sobre autonomia real.

Além disso, a regulação econômica horizontal, em especial a de defesa da concorrência, tem sido negligenciada nos estudos sobre autonomia das agências reguladoras no Brasil. Este trabalho se propõe, assim, tentar reduzir esta lacuna.

Esta dissertação está organizada em cinco capítulos, além desta introdução e da conclusão. O primeiro capítulo apresenta o referencial teórico sobre o processo de delegação das atividades regulatórias para agências autônomas, sobre a autonomia real das agências, bem como introduz a temática da política e da regulação da concorrência. O segundo capítulo detalha os procedimentos metodológicos utilizados na pesquisa. O terceiro apresenta uma análise comparada da autonomia formal do Cade, antes e depois da reforma da Lei de Defesa da Concorrência. A quarta seção analisa as mudanças na autonomia real do Cade a partir de indicadores do controle governamental. Por fim, o último capítulo revisita os principais achados do trabalho, discute as suas principais limitações, e traça possíveis caminhos para investigações futuras.

CAPÍTULO 1. REFERENCIAL TEÓRICO

A literatura sobre regulação econômica tem evoluído nas últimas décadas para além das teorias que discutem as razões da regulação, como a necessidade corrigir de falhas de mercado e atender o interesse público (Posner, 1974; Christensen, 2011) ou a atuação de grupos de interesse organizados que atuam para influenciar a regulação em detrimento do interesse da população em geral (Stigler, 1971; Peltzman, 1976; Becker, 1983).

É crescente o interesse no papel das instituições para entender o processo de governança e delegação da atividade regulatória, por considerarem na análise aspectos como a racionalidade limitada, a assimetria de informações e a existência de custos de transação na relação entre atores, notadamente o presidente, o legislativo, a agência reguladora e os agentes regulados.

Assim, ganha relevo o estudo da delegação da ação regulatória para agentes autônomos, cuja literatura pode ser enquadrada em três grandes categorias: (i) a que busca explicar as razões da autonomia, ou seja, a decisão de delegar autoridade regulatória para agências autônomas² e o *design* institucional da delegação, (ii) a que analisa as consequências da regulação, seja em termos de resultado para as políticas públicas, seja quanto aos seus impactos para os processos regulatórios e para a formulação de políticas; e (iii) a que analisa a legitimidade democrática das agências autônomas (Thatcher e Sweet, 2002; Gilardi, 2009).

Este trabalho possui um enquadramento híbrido entre a primeira e a segunda categoria, pois analisa tanto a delegação e a mudança no seu desenho institucional quanto à autonomia, bem como a forma como essa autonomia ocorre na prática do Cade e os possíveis efeitos da mudança na autonomia formal sobre a autonomia real. A pergunta a que este trabalho se propõe a responder é: quais os efeitos das mudanças advindas da nova Lei de Defesa da Concorrência em termos de autonomia formal e de autonomia real para o Cade?

² Thatcher e Sweet (2002, p.2) tratam da delegação para “instituições não majoritárias”, entendidas como entidades governamentais que possuem e exercem algum tipo de autoridade pública específica, separada de outras instituições e cujos dirigentes não são, nem diretamente eleitos pela população, nem diretamente subordinados a autoridades eleitas. As agências reguladoras são um tipo de instituição não majoritária, assim como os bancos centrais. Para os fins deste trabalho, serão consideradas apenas as agências reguladoras, dentre as quais se enquadra o Cade.

O devido endereçamento desta pergunta de pesquisa implica delinear os contornos da variável autonomia. Inicialmente cumpre esclarecer que este trabalho está voltado para a autonomia política em relação ao governo e não em relação aos agentes regulados. Ainda, a literatura sobre autonomia das agências reguladoras diferencia a autonomia formal da autonomia real.

Entende-se como autonomia formal a habilidade legal da agência tomar decisões sem interferências políticas. Trata-se, portanto, de um conjunto de regras previstas na lei de delegação que devem garantir a independência decisória da agência em relação aos políticos eleitos (Hanretty e Koop, 2009; Maggetti, 2007). Nesse sentido, o controle³ político pode ser entendido como a forma negativa da autonomia.

Já a autonomia real se refere a como efetivamente se dá a interação entre a agência e governo, definida como a capacidade de traduzir preferências em ações, sem interferência ou constrangimentos externos (Maggetti, 2007). Uma agência é mais autônoma na prática à medida em que efetivamente toma decisões cotidianas sem a interferência ou a influência de políticos e de suas preferências (Hanretty e Koop, 2013)⁴. Enquanto a autonomia formal trata das características do desenho institucional, a autonomia real diz respeito ao comportamento na interação entre a agência (*agent*) e o seu *principal*, o governo.

Os trabalhos sobre a autonomia formal compõem a primeira categoria dos trabalhos sobre a delegação para agências independentes, uma vez que estão interessados no design institucional da agência e na sua autonomia, que refletem os motivos que levaram à delegação. Por outro lado, os trabalhos sobre a autonomia real das agências reguladoras compõem a segunda categoria, uma vez que não tratam do desenho institucional ou da delegação em si, mas da autonomia na prática e do exercício do controle pelo principal.

Esta seção se propõe a apresentar os referenciais teóricos que orientarão o estudo de caso sobre o Cade e está organizada em três partes. As duas primeiras distinguem os elementos teóricos que buscam explicar tanto a autonomia formal quanto a real das agências reguladoras, mas que dialogam entre si com auxílio do quadro de referência da

³ Entende-se por controle a capacidade de um ator fazer com que um outro atenda as demandas daquele, pela imposição de restrições, penalidades e incentivos (Dahl e Lindblom, 1971 *apud* Pó e Abrucio, 2006). Nesse sentido, mecanismos de controle são a forma negativa dos mecanismos de autonomia.

⁴ O conceito de autonomia adotado é semelhante ao conceito de independência utilizado pela literatura internacional (Hanretty e Koop, 2013). Entretanto, assim como Gheventer (2005), adotaremos o termo autonomia, utilizado pela legislação e literatura nacional, para diferenciar da independência constitucionalmente definida entre os Poderes da República no Brasil.

relação agente-principal. A terceira parte introduz a temática da autonomia no âmbito da defesa da concorrência.

São duas as questões centrais que vão orientar esta revisão da literatura. No que tange à autonomia formal, o principal objeto de interesse dos estudos é o motivo pelo qual políticos delegam poderes regulatórios a autoridades que eles não podem controlar. Assim, busca-se entender quais as razões da delegação da atividade regulatória para agências autônomas.

Quanto à autonomia real, a literatura possui dois grandes desafios. O primeiro deles é operacionalizar o conceito de autonomia real e o controle exercido pelos políticos sobre as agências. O segundo é explicar o que torna uma agência autônoma na prática.

1.1 A autonomia formal e as razões da delegação

A literatura aponta a existência de um conjunto de motivações para a delegação de autoridade a agências reguladoras autônomas, como (i) a busca por maior expertise e eficiência na execução de atividades tecnicamente complexas, permitindo ao governo destinar energia a questões de formulação de política (Thatcher e Sweet, 2002); (ii) a necessidade de consistência da política pública ao longo do tempo para a criação um ambiente seguro para investidores, mediante o estabelecimento um compromisso crível de que investimentos não serão expropriados (Levy e Spiller, 1994; Gilardi, 2009); (iii) a incerteza política e a busca por dificultar a mudança na política pública, fazendo prevalecer por mais tempo as preferências políticas da coalizão no poder (Gilardi, 2009); e (iv) o deslocamento da responsabilidade pela tomada de decisões impopulares para as agências (*blame shift*) (McCubbins et al. 1987).

Além dessas motivações funcionais, existem também explicações de origem sociológica que apontam a constituição de agências reguladoras autônomas como resultado de um processo de difusão, entre países, entre setores, e entre setores e países. Esse isomorfismo institucional decorreria especialmente por uma lógica de apropriação, uma vez que as agências autônomas se tornaram um modelo de governança socialmente compreendido como adequado para solucionar problemas de política pública (Gilardi, 2009; Levi-Faur e Jordana, 2006; Thatcher e Sweet, 2002).

O arranjo institucional e a sua autonomia formal, por sua vez, são influenciados pela (a) intenção do Executivo e do Legislativo quando decidem pela delegação de determinada atividade regulatória à agência; pelas (b) características institucionais mais

amplas do país; bem como pelas (c) especificidades da área da política, como seus aspectos técnicos e sua trajetória histórica (Thatcher e Sweet, 2002).

O design institucional é utilizado para conferir maior ou menor grau de autonomia às agências reguladoras (Gheventer, 2005; Gilardi e Maggeti, 2011; Gilardi, 2007). Por exemplo, sob a perspectiva formal, é considerada mais autônoma a agência com processos decisórios coletivos; cujas decisões não demandam autorização prévia e que também não podem ser revistas pelo Executivo; com dirigentes indicados a partir de requisitos de expertise por mandatos com prazos fixos e mais longos; e que possuem autonomia organizacional e orçamentária (Gilardi, 2009).

A autonomia não é um conceito binário. Não existem agências totalmente autônomas ou controladas. Ao contrário, a autonomia é relativa, de modo que existem agências mais ou menos autônomas ou controladas (Gilardi, 2009). A decisão quanto ao grau de autonomia formal decorre do equilíbrio resultante da solução do problema da incerteza política, da necessidade de credibilidade e do contexto institucional mais amplo (Gilardi, 2005; Mattos et al, 2006).

A abordagem agente-principal, embora constitua um *framework* útil para entender a dinâmica da delegação, especialmente quanto à autonomia real e ao exercício do controle político sobre as agências, não é suficiente para explicar as razões que levam à delegação da autoridade regulatória para uma agência reguladora independente (Gilardi, 2009). Desse modo, para analisar o desenho institucional da autonomia formal, é importante entender também as razões teóricas que levam à delegação da autoridade regulatória para agências autônomas.

Inicialmente, cumpre destacar que a busca por maior eficiência, especialização e expertise também não constituem razão suficiente para a delegação para agências autônomas. O objetivo da eficiência justificaria a criação de um agente especializado, porém sob estrito controle político. Assim, a autonomia das agências deve ser explicada por outros fatores, sejam funcionais, como o problema da credibilidade e da incerteza política, sejam sociológicos, como a adoção de um modelo de governança socialmente admitido como o mais adequado.

1.1.1 A inconsistência intertemporal das decisões de política pública e o problema da credibilidade

A inconsistência intertemporal ocorre porque é comum que políticas públicas formuladas para um período futuro de tempo não sejam mais consideradas adequadas no momento de sua implementação (Cukierman, 1992; Gilardi, 2009).

Essa inconsistência pode acontecer por três razões principais. A primeira delas é que contingências não previstas inicialmente podem levar o formulador a revisar sua decisão original. Neste caso, uma mudança nas preferências segue uma mudança nos fatores que deram base à decisão original (Gilardi, 2009). No contexto das políticas públicas, esses fatores podem estar relacionados com o contexto econômico. Um exemplo é a mudança na política monetária. No momento inicial t , o formulador da política pretende conduzir uma política monetária restritiva, mas posteriormente, no momento $t+1$, incentivos eleitorais ou novas condições macroeconômicas o levam a criar inflação para aumentar o nível de emprego e de crescimento por meio da redução dos salários reais (Cukierman, 1992).

A segunda razão decorre da interação estratégica entre o governo e o público-alvo da política pública, o qual antecipa a incapacidade dos políticos de manter sua decisão inicial e age estrategicamente visando a alteração do curso da política em seu favor⁵. Por fim, a terceira razão para a inconsistência temporal consiste no peso maior conferido pelos tomadores de decisão a retornos imediatos. No estudo econômico das decisões intertemporais, atores dão mais peso a benefícios imediatos, um pressuposto conhecido como desconto no tempo ou preferência no tempo. Assim, formuladores podem preferir uma política A à B no momento t , mas no momento $t+1$, a política B passa a ser preferida,

⁵ Um exemplo mencionado por Gilardi (2009) é a política de subsídios do poder público para uma empresa em dificuldades financeiras (*subsidy game*). Um subsídio é concedido com o objetivo de evitar a falência e preservar empregos, mas com a condição de que a empresa implemente medidas para recuperar suas finanças. Nestes casos, o governo se compromete a não mais apoiar a empresa caso permaneça em dificuldades. A empresa pode escolher dentre dois cursos de ação: (i) seguir um caminho conservador, reduzindo custos e recuperando suas finanças, considerando que poderá fechar as portas se o governo mantiver o seu compromisso; ou (ii) adotar uma estratégia arriscada, sem cortar custos, considerando que o governo não será capaz de manter a sua palavra e irá novamente socorrer a empresa. Trata-se de um jogo em que as expectativas importam. Se a empresa acreditar na força política do governo e na capacidade de manter seu compromisso de cortar o subsídio, o curso de ação adotado será o primeiro. Ao contrário, elegerá o segundo caminho se acreditar que o governo está enfraquecido e não será capaz de manter a ameaça de não mais subsidiá-la. Se o governo for realmente fraco, ele será forçado a ser inconsistente e alterar o compromisso original, comprometendo o resultado da política de subsídios. Uma solução para o governo neste caso seria instituir regras rígidas que impeçam a renovação do subsídio. Este caso revela o dano que a falta de credibilidade pode trazer para a política e o valor potencial de uma medida que ate as mãos do governo.

a depender do desconto que o tempo impõe sobre a sua utilidade. Assim, ainda que não haja qualquer mudança no contexto da política ou reação do público-alvo, pode ser mais vantajoso aos políticos alterar a política pública no futuro (Gilardi, 2009).

A principal consequência da inconsistência intertemporal das decisões de política pública é a falta de credibilidade. O problema ocorre em vários domínios em que as políticas precisam de credibilidade para obter os resultados desejados, em especial nas áreas econômica e de infraestrutura (Levy e Spiller, 1994). Por exemplo, credibilidade é condição necessária para o sucesso da política monetária, uma vez que, na ausência de credibilidade, os agentes econômicos ajustam suas expectativas e se antecipam às mudanças na política, tornando-a inócua. Assim, o problema da credibilidade é apontado como uma das razões para a adoção de bancos centrais independentes (Cukierman, 1992).

Além disso, credibilidade é um ativo político importante para alcançar o crescimento econômico. A capacidade do governo de estabelecer compromissos críveis é crucial para atrair investimentos. Se o investidor não acreditar que o governo será capaz de respeitar direitos de propriedade e de manter um nível razoável de estabilidade regulatória, o resultado de equilíbrio será o baixo investimento (Gilardi, 2009).

O problema do compromisso crível é potencializado quando setores de infraestrutura são liberalizados e seus operadores são privatizados. Em infraestrutura, os ativos são específicos (ex. uma hidrelétrica ou uma ferrovia), não passíveis de serem aplicados em outras atividades, o que implica em investimentos com fortes custos afundados (*sunk costs*). Essas ativos irreversíveis são altamente sensíveis ao valor futuro do projeto, de modo que qualquer mudança econômica que afete a expectativa de fluxo de caixa pode ter grande impacto no investimento presente (Levy e Spiller, 1994).

Na ausência de credibilidade, os resultados serão sub-ótimos e todos os atores estarão em pior situação. Assim, é de se esperar que os atores estabeleçam mecanismos para construir compromissos críveis de políticas (Gilardi, 2009).

A delegação para agências reguladoras autônomas é um desses mecanismos institucionais para aumentar a credibilidade, uma vez que reduz a liberdade de ação do governo para mudar o curso da política pública no futuro. Nesse sentido, espera-se que quanto maior o impacto da credibilidade para o sucesso de uma política pública, maiores as chances de que haja uma agência autônoma para conduzi-la e maior deve ser o nível de autonomia formal concedido.

1.1.2 O problema da incerteza política

O problema da incerteza política existe em decorrência da alternância entre governantes que é própria dos regimes democráticos. A ideia central é a de que o grupo político no poder tenta fazer prevalecer suas preferências para além do período do mandato e busca impedir que um futuro governo altere suas políticas públicas (Gilardi, 2009).

Se o grupo no poder espera que outra coalizão com preferências distintas venha assumir o governo, uma das alternativas para manter uma política pública de sua preferência é restringir a discricionariedade para implementar mudanças, por exemplo, delegando sua implementação para uma agência autônoma (Gilardi, 2009). Quanto mais distantes forem as preferências de política entre os grupos políticos, maior a incerteza política e maiores as chances de delegação para um agente autônomo. Quanto maior a incerteza política, maiores as restrições à liberdade de ação do governo e, portanto, maior autonomia tende a ser conferida a essas autoridades (Gilardi, 2009).

Por outro lado, a delegação também tem custos. Restringir o controle político da oposição implica também restringir a sua própria liberdade quando voltar ao poder. Nesse sentido, grupos políticos mais fracos eleitoralmente, com baixa expectativa de retomar o poder, tem mais chances de delegar a política para autoridades independentes. O problema da incerteza política pode explicar, por exemplo, os incentivos que governos conservadores tem para estabelecer regras fiscais rígidas e limitar a capacidade de gasto de governos futuros de esquerda (Gilardi, 2009).

A incerteza política não se confunde com a necessidade de compromisso crível. A necessidade de compromisso crível existe mesmo em regimes autoritários, em que a incerteza política é relativamente baixa (Gilardi, 2009).

1.1.3 O contexto institucional importa para a autonomia formal

Já o contexto institucional e político tem um importante papel de mediação dos efeitos dos problemas da credibilidade e da incerteza política para a decisão de se delegar autoridade regulatória para uma agência independente.

A quantidade de *veto players* afeta a estabilidade das políticas. Quanto maior o seu número, mais difícil a mudança no status quo e maior a estabilidade. Existem dois

tipos principais de *veto players*⁶, os institucionais, definidos constitucionalmente e cuja concordância é necessária para a mudança na política (ex. legislativo bicameral e unidades da federação); e os partidários, que consistem nos membros da coalizão governamental, cujo número e proximidade ideológica são determinados pelo sistema político partidário (Tsebelis, 2002 *apud* Gilardi, 2009).

Países com instituições políticas menos estáveis ou com conjunto menor de *veto players* estão sujeitas a mudanças de política pública mais radicais. Nestes casos, os ganhos advindos de maior autonomia formal dos órgãos reguladores tendem a ser potencializados, sejam eles decorrentes do ganho credibilidade, seja da maior certeza política. Em sentido contrário, em um contexto institucional com maior número de *veto players*, a mudança de política é mais difícil, favorecendo a estabilidade e um padrão incremental de mudanças. Nestes casos, políticas regulatórias tendem a ser dotadas de maior credibilidade e os efeitos da incerteza política tendem a ser menores (Maggetti, 2007; Gilardi e Maggetti, 2011), de modo que não haveria necessidade de conferir grande autonomia a autoridades reguladoras.

Nesse sentido, a existência de *veto players* e a autonomia formal das instituições regulatórias podem ser consideradas substitutos funcionais (Maggetti, 2007 e 2012; Gilardi e Maggetti, 2011). Isso explica, por exemplo, a adoção de agências regulatórias dotadas de grande autonomia formal em regiões com menor estabilidade política como a América Latina, relativamente a países com instituições mais estáveis (Gheventer, 2005; Gilardi e Maggetti, 2011; Mueller e Pereira, 2002).

1.1.4 Razões não funcionais para a delegação: a difusão das agências reguladoras autônomas

Uma explanação alternativa para a adoção de agências reguladoras autônomas é a difusão de políticas públicas entre setores e jurisdições com base na sua legitimidade e em aspectos simbólicos, sem necessariamente estar relacionada à busca por eficiência, credibilidade ou pela manutenção de preferências políticas ao longo do tempo.

De forma mais ampla, Rogers (2003) define a difusão como o processo pelo qual uma inovação é comunicada por certos canais ao longo do tempo entre os membros de um sistema social. Por inovação, pode-se entender uma política, ideia ou prática percebida

⁶ De acordo com Tsebelis (*apud* Gilardi 2009, p. 50) *veto players* são atores cuja concordância é necessária para mudar o status quo.

como inovadora por quem a adota. Nesse caso, a inovação é a adoção de agências reguladoras autônomas, em especial autoridades de defesa da concorrência.

A *policy diffusion* pode ser entendida a partir da ideia de interdependência horizontal pela qual a escolha de um governo é influenciada por escolhas anteriores de outros governos (Shipan e Volden, 2012; Gilardi, 2009). Diz respeito, portanto, à interdependência entre as decisões de governos em adotar uma política.

São três os principais mecanismos de difusão horizontal de políticas: a aprendizagem, a competição e a emulação (Gilardi, 2009; Miola, 2014). A aprendizagem é o processo pelo qual a experiência alheia pode ser usada para estimar as consequências da adoção de políticas. Se algum outro país já resolveu um problema e adotou uma política, sua experiência pode ser considerada pelo formulador.

Os modelos de análise da aprendizagem consideram que essa avaliação das decisões anteriores pode ocorrer de forma completamente racional ou com base na noção de racionalidade limitada. Na versão racional da aprendizagem, a análise completa das informações ocorre sem vieses e os resultados das políticas importam, de modo que uma experiência externa é considerada somente se for consistente.

O modelo de aprendizagem baseado na racionalidade limitada incorpora vieses e heurísticas que são utilizados na análise da experiência dos demais países, conferindo maior valor às políticas oriundas de países que gozam de maior status, mais próximos ou que compartilham condições econômicas, políticas e sociais similares (Gilardi, 2009).

A difusão por meio do mecanismo de competição ocorre quando países se adaptam às políticas um dos outros na busca pela atração de ativos. Trata-se de uma interdependência estratégica em que as escolhas de um governo dependem em parte da escolha dos demais (Gilardi, 2009). Um exemplo é política tributária de estados que competem por investimentos privados e levam em consideração a política dos demais para definir a sua, podendo resultar em guerra fiscal.

Já o mecanismo de emulação ocorre quando os aspectos simbólicos da política pública superam suas consequências reais, ou seja, quando uma política se torna uma norma social e a sua adoção passa a ser considerada pelos atores como o comportamento mais apropriado. Essas normas surgem de processos de socialização e redes de interação em que os atores passam a compreender a realidade e os problemas de forma semelhante, conduzindo-os a desenvolver soluções similares de política (Levi-Faur e Jordana, 2006; Gilardi, 2009).

Organizações internacionais tem papel relevante nos processos de emulação, como difusores de normas e como fóruns onde formuladores se encontram e desenvolvem compreensões compartilhadas dos problemas. Nesse sentido, muitas políticas passam a ser consideradas como certas, *taken-for-granted*, tão amplamente aceitas como apropriadas que ofuscam possíveis alternativas. Com isso, políticas públicas não são necessariamente adotadas para resolver problemas, mas como forma de ganhar legitimidade e evitar críticas (Gilardi, 2009).

O mecanismo de emulação é umas das principais explicações para a rápida adoção de agências reguladoras por diversos países na Europa (Gilardi, 2009) e na América Latina (Levi-Faur e Jordana, 2006). Nesses processos, a legitimidade e as propriedades simbólicas desse modelo de governança regulatória foram mais importantes do que suas próprias funções e consequências para as políticas. Por essa lógica, as agências reguladoras autônomas foram rápida e amplamente adotadas, inclusive em domínios de política social, porque representam um modelo de governança socialmente legítimo, hegemônico e pouco questionado.

O argumento da emulação na adoção de agências reguladoras se baseia na ideia de que a difusão opera por redes de profissionais em que o conhecimento é produzido e difundido por meio de boas práticas. Algumas redes atuam dentro dos países, outras são baseadas em setores, podendo resultar em padrões e canais diversos de difusão. Essas redes podem ser transnacionais em um mesmo domínio de política, em que as agências reguladoras são adotadas em um mesmo setor em diversos países. Podem também ser nacionais, dando origem a agências em diversos setores em um mesmo país. Além disso, redes nacionais podem influenciar redes de outros países e redes setoriais afetar outros setores (Levi-Faur e Jordana, 2006; Gilardi, 2009).

Levi-Faur e Jordana (2006) analisam o crescimento explosivo de agências reguladoras na América Latina com base em dados de 49 países em 12 setores entre 1920 e 2002, concluindo pela existência de diversos canais de difusão. Inicialmente foram predominantes os padrões setoriais de difusão, com a concentração de agências em poucos setores. Com o tempo, características nacionais ganharam mais ênfase legitimando a adoção de agências reguladoras em diversos setores de políticas. Segundo os autores, as agências reguladoras autônomas evoluíram de uma “boa prática” para uma instituição hegemônica baseada em uma nova convenção de governança econômica.

Gilardi (2009) exemplifica como as agências reguladoras se tornaram um modelo institucional *taken-for-granted* a partir da defesa e promoção das agências reguladoras

autônomas pela OCDE. De acordo com a OCDE, as agências seriam o modelo adequado de governança regulatória, mesmo reconhecendo a falta de clareza na relação de causalidade entre as agências e bons resultados de políticas.

Além desses mecanismos de difusão horizontal, Gilardi (2009) encontra evidências de que mecanismos verticais de difusão também tiveram seu papel na adoção do modelo de agências reguladoras independentes. Em um processo de “europeinização”, o autor mostra que as diretivas setoriais da União Europeia influenciaram positivamente a criação de agências reguladoras, especialmente no setor de telecomunicações.

No caso da política de defesa da concorrência, organizações internacionais como a OCDE, o Banco Mundial, a *International Competition Network* – ICN e a Organização Internacional do Comércio, tem um papel relevante na construção de redes e na consolidação de uma *competition community*.

Se o padrão identificado por Levi-Faur e Jordana (2006) para a América Latina se aplicar ao Cade, esse canal setorial da comunidade internacional de defesa da concorrência que pode ter sido importante para sua constituição nos moldes de uma agência autônoma ainda antes da instituição das demais agências reguladoras no Brasil. Anos depois, a experiência das demais agências reguladoras no Brasil pode ter influenciado a reforma do SBDC.

1.2 Autonomia real das agências reguladoras

A decisão pela delegação e a definição do arranjo estatutário de autonomia e controle representam apenas um ponto de partida da relação entre agência e governo. Uma delegação com maior autonomia formal nem sempre significa que a agência irá operar de forma autônoma da política na prática regulatória (Maggetti, 2007; Hanretty e Koop, 2013).

A autonomia real da agência também é apontada como condição para credibilidade e, portanto, para bons resultados regulatórios. Sem autonomia na prática, não haveria razões suficientes para se defender a autonomia formal (Hanretty e Koop, 2013).

O problema da credibilidade também se aplica à própria autonomia formal. Ao constituir agências reguladoras autônomas como forma de estabelecer confiança na consistência intertemporal das políticas, o governo não resolve totalmente o problema do compromisso crível, mas o transforma em um compromisso de que não irá comprometer a independência do regulador (Montoya e Trillas, 2009). A credibilidade somente será

alcançada na medida em que o governo puder estabelecer um compromisso crível de que a agência usufruirá de um grau adequado de autonomia real. Nesse sentido, é possível esperar que o governo respeite a autonomia legal dos órgãos reguladores por motivos semelhantes aos da delegação.

Os políticos também podem respeitar a autonomia formal das agências se acreditam que esta forma de governança produz melhores resultados, a partir da maior especialização e da conquista de maior credibilidade (Maggetti, 2007). Além disso, no contexto em que a autonomia é o padrão de governança socialmente adequado, a influência ou intervenção política na agência será acompanhada por custos de credibilidade.

Nesse sentido, em alguma medida, as características institucionais específicas da agência, como o desenho de sua autonomia formal, podem ser importantes para entender a autonomia real (Eckert, 2010; Hanretty e Koop, 2013; Silva, 2012; Maggetti 2007, 2012; Voigt 2009; Verhoest et al. 2010). Por este raciocínio, é de se esperar que uma maior autonomia formal seja acompanhada de maior autonomia de fato. Do mesmo modo, uma mudança legal para aumentar a autonomia formal, tenderia a ser seguida por uma mudança positiva na autonomia de fato.

Por outro lado, a relação entre autonomia formal e real pode não ser tão simples e direta. A aplicação da lei pode se distanciar de seu texto original, tornando as provisões legais indicadores pouco confiáveis⁷. Atores com interesses distintos podem ter diferentes concepções sobre o que diz o texto legal. Ainda, estatutos legais são incompletos. Nenhum desenho institucional é capaz de prever todas as eventualidades, de modo que haverá sempre alguma margem de discricionariedade na sua aplicação (Eckert, 2010; Hanretty e Koop, 2013). Com isso, a interpretação e a aplicação do estatuto legal pode ser mais ou menos favorável à autonomia da agência.

Adicionalmente, existem determinantes não estatutários da independência real, de modo que é possível que instituições com baixa autonomia formal sejam muito autônomas na prática⁸. Assim, o contexto político-institucional mais amplo também é relevante para explicar a autonomia de fato, como o respeito ao estado de direito (Hanretty e Koop, 2013)

⁷ Nesse sentido, o estudo de Montoya e Trillas (2009) sobre o setor de telecomunicações aponta a conclusão dos mandatos legais dos reguladores é raro na América Latina e Caribe. Dos 23 países analisados, 17 possuíam mandatos fixos para dirigentes máximos das agências. Contudo, em apenas 4 destes 17 os mandatos foram respeitados.

⁸ Um exemplo mencionado por Gilardi (2009) é o Bundeskartellamt's, agência de defesa da concorrência alemã, que possui excelente reputação por sua independência de fato, apesar do seu baixo nível de autonomia formal.

e o número de *veto players*. Quanto menor a quantidade de *veto players* em uma arena, maior a probabilidade de uma política ser revista e menor a autonomia real da agência.

Dessa forma, um ambiente político e institucional com poucos *veto players* está mais sujeito à revisão da própria autonomia formal da agência. Por outro lado, com maior número de *veto players*, maior a quantidade de *principals* na relação com a agência, dificultando o exercício do controle sobre ela (Hanretty e Koop, 2013; Jordana e Ramió, 2010; Maggetti 2007, 2012).

A influência do contexto institucional também ocorre pela variedade de capitalismo predominante, se uma economia de mercado liberal ou se uma economia de mercado coordenada. Uma economia de mercado coordenada tem nas relações entre os atores estatais e privados um instrumento fundamental de governança da economia, de modo que as agências tendem a ser menos autônomas (Eckert, 2010; Hanretty e Koop, 2013; Maggetti 2007, 2012).

Aspectos específicos do setor regulado ou do domínio de atuação da agência também são relevantes para explicar a autonomia na prática das agências reguladoras. Setores de infraestrutura tendem a ter maior autonomia de fato como resposta aos altos custos de credibilidade que impõem maior necessidade de coerência intertemporal das políticas para viabilizar investimentos (Jordana e Ramió, 2010; Silva, 2012). Por outro lado, quanto maior a relevância política do setor (*policy salience*), mais intensas as preferências da coalizão no poder e maiores as chances de intervenção na agência, reduzindo sua autonomia real (Hanretty e Koop, 2013).

A participação da agência em redes de reguladores é um fator que tende a aumentar a sua autonomia real. A existência de redes e o pertencimento a uma comunidade de especialistas consolida uma imagem de *policy* a ser seguida pela organização, intensificando as preferências da agência e minimizando os efeitos de preferências políticas divergentes sobre a utilidade dos reguladores (Maggetti 2007, 2012).

No mesmo sentido, a cultura organizacional da agência também pode ajudar a explicar a autonomia na prática. Uma agência mais antiga (Maggetti 2007, 2012), com grande número de funcionários e uma burocracia estável tende a ter uma cultura organizacional mais forte (Verhoest et al. 2010), com preferências organizacionais mais intensas, menos permeável a pressões políticas externas.

Na mesma linha, Maggetti (2007, 2012) mostra que quanto maior a idade da agência, maior a sua autonomia real. Com o tempo, a agência também tende a consolidar

uma cultura organizacional interna que auxilia o processo de insulamento burocrático e a torna menos vulnerável à influência externa.

Estudos empíricos não são conclusivos sobre a relação entre independência formal e independência real. Enquanto alguns trabalhos não identificam uma associação entre o estatuto formal e a prática real da autonomia (Eckert, 2010; Silva, 2012; Jordana e Ramió, 2010; Correa et al, 2006; Maggetti, 2007 e 2012; Yesilkagit e van Thiel, 2008), outros trabalhos evidenciam que a independência formal afeta a independência de fato das agências reguladoras (Lægneid et al, 2008; Voigt 2009; Hanretty e Koop, 2013; Verhoest et al. 2010).

A literatura sobre autonomia formal está relativamente consolidada, com trabalhos exitosos em mensurar, explicar e identificar os seus efeitos. Por exemplo, os índices de Gilardi (2005) e Montoya e Trillas (2009) permitem operacionalizar de forma relativamente simples e objetiva a variável autonomia, alavancando estudos estatísticos de *large n*, envolvendo agências de diferentes setores e países.

Por outro lado, em relação à autonomia real, não há consenso na literatura sobre a melhor metodologia de operacionalização e mensuração. A autonomia real é um fenômeno latente, de modo que o mais comum na literatura é a tentativa mensuração indireta. Inspirada na literatura sobre autonomia dos bancos centrais (Cukierman, 1992), muitos trabalhos se valem de *proxies* que indicam o descumprimento das regras estatutárias de duração dos mandatos, com medidas de *turn over* das autoridades, especialmente após as mudanças de governo. Estas *proxies* são utilizadas especialmente em trabalhos quantitativos, por permitirem uma mensuração objetiva e comparável entre diversas jurisdições (Hanretty e Koop, 2013; Jordana e Ramió, 2010; Silva, 2012; Montoya e Trillas, 2009).

Contudo, esta abordagem apresenta um viés importante decorrente da equivalência observacional, que subestima a intervenção dos governos nas agências reguladoras. A ausência de interferência política visível pode refletir tanto um comportamento autônomo da agência, quanto uma antecipação racional pelas agências do comportamento do governo (Calvert et al., 1989; Pollack, 2002). Nesse sentido, medidas de *turn over* são ambíguas em relação à autonomia formal. Podem significar que a agência ajusta suas decisões conforme as preferências dos políticos e, portanto, não haveria necessidade de interromper o mandato de seus dirigentes.

Outros trabalhos voltam-se para a opinião dos atores em relação à autonomia percebida, a qual não se confunde com a autonomia real, mas pode se revelar uma faceta importante desta, uma vez que orienta o comportamento desses atores (Verhoest, 2010).

A percepção quanto às relações e à influência entre os atores também é utilizada por meio da análise de redes sociais, a partir da perspectiva de que a agência atua em uma rede de atores na política pública. Quanto maior a influência percebida dos atores dessa rede sobre a agência, menor a autonomia da agência (Ingold et al, 2013).

O maior desafio envolvendo a análise a partir da percepção dos atores decorre de a autonomia real lidar com comportamentos e regras muitas vezes informais, cuja informação é quase sempre escassa e os atores muitas vezes não estão dispostos a revelá-la (Silva, 2012).

Por fim, a abordagem utilizada por Maggetti (2007 e 2012) e Gilardi e Maggetti, (2011) envolve a criação de um índice de autonomia real, baseado em indicadores organizados em duas dimensões: a alto determinação das preferências da agência e a autonomia da atividade regulatória. Os indicadores de alto determinação das preferências da agência incluem indicadores de *turn over* das autoridades; influência partidária nas indicações; influência externa na gestão organizacional e orçamentária; frequência de *revolving doors* em relação ao governo e frequência de contatos com o governo.

O quadro abaixo sistematiza as abordagens dos principais trabalhos que adotam a autonomia real como variável dependente ou independente, bem como a forma de operacionalização adotada.

Quadro 1 - Síntese dos trabalhos sobre autonomia real

Referências	Variáveis dependentes	Operacionalização da variável autonomia real (de fato ou na prática)	Variáveis independentes	Método de análise e número de casos
Maggetti 2007 e 2012	Independência de fato, entendida como a capacidade de traduzir suas preferências em ações sem constrangimentos externos. Considera autonomia em relação aos políticos e em relação aos regulados.	Índice composto com indicadores organizados em duas dimensões: 1. Autodeterminação das preferências: - Proporção de <i>revolving doors</i> - Frequência de contatos <i>ad hoc</i> ; - Influência sobre orçamento - Influência sobre a organização interna - Peso dos partidos na composição do <i>board</i> - Vulnerabilidade política (cumprimento dos mandatos legais) 2. Autonomia da atividade regulatória: - Influência externa nas	1. Independência formal 2. Idade da agência 3. Ambiente institucional: quantidade de veto players 4. Variedade de Capitalismo: <i>Liberal Market Economy</i> (LME) ou <i>Coordinated Market Economy</i> (CME) 5. Participação em redes internacionais de agências reguladoras.	Análise qualitativa comparada - fuzzy set QCA, aplicada a 16 agências na Europa nos setores bancário, defesa da concorrência e telecomunicações.

Referências	Variáveis dependentes	Operacionalização da variável autonomia real (de fato ou na prática)	Variáveis independentes	Método de análise e número de casos
		regulações emitidas pela agência.		
Voigt, 2009	Produtividade total dos fatores de produção, enquanto <i>proxy</i> para o desenvolvimento	Ver variável independente. Indicador composto que considera as seguintes variáveis: 1. Duração efetiva dos mandatos vis-à-vis o tempo do mandato legal. 2. Remuneração dos dirigentes da agência (não redução); 3. Orçamento da agência (não redução); 4. Ocorrência de instruções de membros do executivo para a agência; 5. Ocorrência de revisão das decisões da agência pelo Executivo; 6. Ocorrência de revisão das decisões da agência pelo judiciário com fundamento em outras políticas públicas.	Quatro indicadores compostos utilizados para mensurar as seguintes variáveis: 1. Base constitucional e legal da política de defesa da concorrência; 2. Grau de utilização de uma abordagem econômica na implementação da política; 3. Independência <i>de jure</i> (formal) 4. Independência real	Regressão estatística com dados de agências de defesa da concorrência para 90 países.
Montoya e Trillas, 2009	Desenvolvimento do setor de telecomunicações: número de linhas telefônicas por 100 habitantes	Combinação de dois índices: 1. Índice de vulnerabilidade política: número de meses transcorridos entre uma mudança no Executivo e a mudança no diretor da agência; $V(i) = n$ de reguladores que permanecem na sua posição por i meses após a transição política/número de transições políticas. - Índice de independência prática: razão pela qual o diretor deixa a sua posição. Busca a razão pública para a substituição do chefe da agência, atribuindo valores diferentes se o regulador é demitido, se deixa o cargo por qualquer outro motivo ou se cumpre todo o mandato legal.	1. Independência formal 2. Independência real	Regressão estatística com dados para agências de telecomunicações para 23 países da América Latina.
Eckert, 2010	1 - <i>Timing</i> da delegação 2 - Escopo da delegação (competências) e independência formal 3 - Independência de fato	Independência de fato é discutida qualitativamente, baseando-se em informações de estudos setoriais, literatura secundária e cobertura da imprensa.	Variedades de capitalismo: a) <i>Liberal Market Economies (LME)</i> b) <i>Coordinated Market Economies (CME)</i> c) <i>State-Led Market Economies (SME)</i>	Estudo de casos comparados, considerando a regulação do setor postal no Reino Unido (LME), Alemanha (CME) e França (SME).
Jordana e Ramió, 2010	Delegação política (autonomia) de fato	<i>Proxy</i> para delegação política de fato: respeito ao tempo de mandato fixo.	1. Intensidade dos poderes legislativos do presidente; 2. Transições políticas; 3. Necessidade de consistência no tempo das políticas (características do setor/existência de custos afundados)	Estudos de casos comparados, com análise descritiva dos indicadores, envolvendo 36 agências em 18 países da América Latina nos setores financeiros e de telecomunicações.
Silva, 2012	Grau de interferência política nas agências reguladoras.	Índice composto criado a partir de análise fatorial considerando três indicadores baseados no: 1. <i>turnover</i> dos diretores, 2. contingenciamento	1. Preferências políticas do Presidente (FHC x Lula) 2. Necessidade de credibilidade (setor	Modelo MQG – mínimos quadrados generalizados - para dados em painel com efeitos aleatórios

Referências	Variáveis dependentes	Operacionalização da variável autonomia real (de fato ou na prática)	Variáveis independentes	Método de análise e número de casos
Ingold et al., 2013	Independência de fato da agência em relação a todos os atores, entendida como sua independência em relação a outros atores e a sua influência sobre outros atores.	orçamentário; e 3. vacância das diretorias.	privatizado x não privatizado) 3. Autonomia formal	aplicado para 10 agências reguladoras federais brasileiras.
		Identifica relações de influência (centralidade na rede = relações observadas/total de relações) e poderes reputacionais (avaliação de influência nas relações) de cada um dos atores que afetam a agência reguladora e que são afetados por ela. A independência de fato é o resultado líquido entre o peso dos laços que chegam à agência (constrangimentos ou influência recebida) e daqueles que saem da agência (influência da agência).	Não se aplica. Estudo tem por objetivo apenas demonstrar que a análise de redes sociais pode ser aplicada para mensurar a autonomia de fato.	Análise de redes sociais a partir do estudo de caso sobre a Comissão Federal de Comunicação da Suíça, com alto grau de autonomia formal.

Fonte: elaboração própria.

O quadro abaixo sistematiza os efeitos das variáveis mencionadas na literatura sobre decisão de delegação para agências reguladoras autônomas (autonomia formal) e a autonomia na prática da relação entre as agências e o governo real apresentados na literatura.

Quadro 2 - Determinantes da autonomia formal e real das agências reguladoras

	Variáveis	Autonomia Formal	Autonomia Real
Explicações funcionais	Busca por eficiência	-	-
	Compromissos críveis – liberalização e privatização	Positivo	Positivo
	Incerteza política	Positivo	-
Contexto institucional	Maior número de veto players	Negativo	Positivo
	Variedade de capitalismo – economia de mercado coordenada	-	Negativo
	Autonomia formal	-	Indeterminado
Difusão	Horizontal: adoção de agências independentes em outros setores e países	Positivo	-
	Difusão vertical: participação em organizações internacionais	Positivo	-
Preferências da agência	Cultura organizacional (idade da agência)	-	Positivo
	Participação em rede de reguladores	-	Positivo
Preferências do Executivo	<i>Policy salience</i> -importância política do setor	Positivo	Negativo

Fonte: elaboração própria

Como se pode verificar, a relação entre autonomia formal e real ainda é um problema empírico em aberto, cuja solução também enfrenta dificuldades de ordem metodológica. Dessa forma, as alterações ocorridas na autonomia formal do Cade oferecem uma oportunidade para o desenvolvimento de um estudo de caso que auxilie na compreensão dos efeitos das mudanças institucionais formais sobre a autonomia e o controle político de fato das agências autônomas.

1.3 O *framework* do agente principal na análise da autonomia das agências

O quadro de referência da relação entre agente e principal pode não ser o mais adequado para analisar a decisão pela delegação (Gilardi, 2009), mas revela-se de grande utilidade para entender a dinâmica da relação entre governo e as agências reguladoras independentes. Trata-se de uma ferramenta analítica que permite entender conjuntamente os efeitos das preferências do governo e da agência, bem como dos incentivos e constrangimentos a que estão submetidos e que determinam o seu padrão de atuação (ver Quadro 2). Assim, é possível orientar a análise sobre se, como e em que medida o governo atua para influenciar as decisões da agência, assim como a resposta da agência em face do controle do governo.

Uma relação entre agente e principal ocorre quando uma parte, o agente, é designada para agir no interesse de outra parte mandatária, o principal. Essa relação ocorre sempre que há delegação de funções, por exemplo, quando um principal deseja delegar uma tarefa a um agente por falta de expertise ou de tempo, agente este que desempenha a tarefa em troca de alguma vantagem ou remuneração. Na esfera política, os políticos delegam atividades à burocracia, como a redação de relatórios, projetos de lei, a própria aplicação da lei ou a implementação de uma política.

O dilema da agência surge do fato de que tanto o principal quanto o agente possuem preferências próprias e o principal não detém informações completas ao selecionar o agente e ao acompanhar a sua atuação pós delegação. Nesses casos, o principal deve resolver dois problemas, um que ocorre antes da delegação – a seleção adversa – e outro após – o risco moral. Quanto à seleção, o principal deve eleger apropriadamente o agente com capacidade técnica adequada e preferências próximas às suas – o princípio do aliado. Uma vez definido o agente, o principal deve garantir que o agente se comporte de forma adequada e não persiga seus próprios interesses em

detrimento do mandatário, por exemplo, por procedimentos e mecanismos que obriguem o agente a revelar informações sobre seu desempenho ou o incentive a agir conforme os interesses do principal. Na relação entre políticos e burocracia, o termo desvio burocrático - *bureaucratic-drift* - descreve a diferença entre o ponto ideal do principal e ponto de implementação da burocracia (Gilardi, 2009).

Especificamente em relação ao objeto deste trabalho, o principal são o governo ou os políticos eleitos que se valem de sua autoridade para criar agências reguladoras por meio de um ato público de delegação, uma Lei. Agentes são aqueles que exercem os poderes delegados, no caso, a agência reguladora – o Cade⁹.

Existe um debate acerca de quem seria o principal na relação com as agências reguladoras. Nos Estados Unidos, o Poder Legislativo e a sua organização por comissões fortes exercem relevante influência sobre os resultados das políticas regulatórias (Shepsle & Weingast, 1987), fenômeno este intitulado “dominância do Legislativo”. Entretanto, estudos mostram que, ao se comparar o controle do Legislativo e do Executivo, ambos os poderes são capazes de influenciar a tomada de decisão regulatória (Carrigan & Coglianese, 2011). Por exemplo, os diretores das agências reguladoras são indicados pelo Executivo, mas quando suas preferências divergem das do Legislativo, é de se esperar que o Congresso imponha constrangimentos legais, substantivos e procedimentais, às agências.

No Brasil, o Executivo exerce maior influência sobre a política regulatória do que o Congresso, em razão das fortes prerrogativas ao Presidente no processo legislativo (Mueller e Pereira, 2002), na alocação orçamentária e na indicação dos dirigentes das agências (Gheventer, 2005; Prado, 2016). Mesmo considerando a “dominância do Executivo”, é possível entender que temos no Brasil uma relação de múltiplos *principals*, em que as preferências e prerrogativas do presidente predominam na relação com a agência, ao passo que o Legislativo atua como *veto player*.

O principal tem a prerrogativa de decidir por delegar ou não, bem como de definir os termos dessa delegação - “um contrato” - na forma de arranjo institucional. Se as preferências do executivo forem intensas o suficiente para suplantar os custos de credibilidade, pode decidir executar a atividade regulatória diretamente, por meio da Administração Direta, sem criar novos órgãos autônomos. Pela perspectiva da escolha racional, quando políticos decidem pela delegação, entende-se que os benefícios de se criar

⁹ Para uma revisão completa dos modelos de jogos que utilizam o *framework* de agente principal para analisar a delegação, ver Bendor, Glazer e Hammond, 2001.

uma agência superam os custos esperados – recursos para criação, manutenção e monitoramento da nova organização.

Os benefícios pretendidos com a delegação (e.g. maior eficiência e credibilidade) podem se concretizar simplesmente pelo compartilhamento de autoridade e poder com a agência. Contudo, a agência pode se valer dessa autoridade delegada para perseguir seus próprios interesses, que podem divergir do principal. A motivação dos reguladores pode envolver preferências de *policy* diferentes, a maximização de ganhos individuais dos dirigentes, a minimização de esforços, a maximização de domínios de controle, a manutenção de cargos, bem como o apoio à missão de suas organizações (Carrigan e Coglianese, 2011).

Além disso, há substantiva assimetria de informação em favor das agências. Elas conhecem melhor o seu domínio de atuação, que envolve alto grau de especialidade técnica, assim como o governo muitas vezes não conhece as suas preferências, nem é capaz de monitorar suas ações de perto.

Como resultado, ao decidir pela delegação, os políticos procuram reduzir o “problema de agência” e minimizar os potenciais desvios da agência – *agency losses* – de forma que a delegação é acompanhada por mecanismos formais de controle, que são características do desenho institucional que permitem aos políticos manter na prática algum grau influência sobre a política regulatória (Thatcher e Sweet, 2002).

Nesse sentido, o desenho do arranjo institucional pode ser entendido como um exercício de escolha dos mecanismos de controle. Espera-se que os políticos deleguem tão somente o montante de autoridade necessário à realização dos benefícios esperados, com o menor custo e risco de desvio em relação as suas preferências (Thatcher e Sweet, 2002).

O desenho dos mecanismos de controle tem início com o desenho da estrutura da agência, a atribuição de poderes e responsabilidades, exclusivas ou compartilhadas. Estruturas organizacionais e processos decisórios influenciam as decisões de uma organização, afetando os incentivos e a capacidade de resposta da agência aos políticos, aos grupos de interesse e à sociedade em geral (Gilardi, 2005).

Considerando as dificuldades para acompanhar as decisões da agência após a delegação, os políticos se valem do design institucional para influenciar *ex ante* essas decisões. Para tanto, a legislação prevê procedimentos administrativos que permitem a participação e representação de grupos de interesse, confere posições de vantagem àqueles que apoiam a legislação, especificando como implementá-la, e estruturando a agência de forma a favorecer determinados interesses. Essas decisões favorecem determinados

comportamentos da agência e conferem vantagens à coalizão que promoveu a delegação (Thatcher e Sweet, 2002; McCubbins et al. 1987).

Em termos de estrutura, escolhas quanto à missão legal e à política pública a ser implementada pela agência, à estrutura organizacional interna, à atribuição de poderes, competências e responsabilidades e quanto ao Ministério a que se estará vinculado, tendem a ter efeitos sobre as preferências daqueles que atuarão na agência.

Quanto ao conteúdo da política pública, o presidente define os objetivos da política antitruste e os mecanismos de atuação, como a definição das infrações e as sanções aplicáveis. Este é um indicador do que se espera da atuação da agência, o compromisso cuja autonomia da agência pretende tornar crível.

Quanto aos aspectos procedimentais, o arranjo institucional define os procedimentos de tomada de decisão, tanto para assegurar transparência, abertura, direito ao contraditório e o devido processo legal, quanto para permitir ao governo reduzir a assimetria de informações e barganhar com a agência ao longo do processo. Esses elementos processuais complementam a custosa supervisão direta e ativa do principal sobre as agências¹⁰ e aumenta os custos de transação do processo decisório da agência, ao mudar a distribuição de interesses aos quais a agência deve responder (McCubbins et al. 1987, 1989).

Esses procedimentos permitem aos políticos reduzir custos de supervisão da agência por meio de “alarmes de incêndio”, que confia em grupos de interesse, cidadãos e na imprensa para alertar sobre problemas nas políticas de regulação (McCubbins e Schwartz, 1984; McCubbins et al. 1987, 1989). Por exemplo, a instituição de regras e procedimentos administrativos, mecanismos de *accountability* e transparência, consultas públicas, a necessidade de motivação dos atos administrativos ou da análise de custo-benefício das decisões oferecem meios para reduzir a assimetria de informação entre os reguladores e seus principais, o Congresso e o Executivo¹¹.

Além dos procedimentos administrativos, a abordagem agente-principal prevê que na prática da delegação o principal irá eleger agentes cujas preferências são mais próximas

¹⁰ A supervisão direta e ativa envolve esforços de monitoramento para descobrir informações sobre decisões das agências que são contrárias às preferências do principal (McCubbins e Schwartz, 1984; McCubbins et al. 1987, 1989). No caso da supervisão pelo legislativo, por exemplo, pode envolver a realização de audiências, a instalação de comissões de inquérito, pesquisas avaliativas, dentre outras.

¹¹ Um exemplo de como os procedimentos podem afetar as decisões regulatórias é o *National Environmental Policy Act (NEPA)*, que exigiu que as agências levassem em consideração o impacto ambiental das suas decisões. Esta regra procedimental fortaleceu a atuação de grupos ambientalistas em todas as atividades regulatórias, afetando o resultado das políticas (McCubbins et al. 1987, 1989).

às suas. Assim, o “princípio do aliado” implica na indicação pelo Presidente de dirigentes das agências reguladoras alinhados às políticas do governo, de modo a minimizar os desvios da agência. Dessa forma, política de indicações dos dirigentes é importante instrumento de controle das agências reguladoras.

Contudo, a definição e a utilização desses mecanismos de controle como a indicação dos dirigentes da agência, não é isenta de constrangimentos e custos. Esta decisão envolve um *trade-off*, em que os ganhos do controle – menor assimetria de informação e menor risco de desvio - devem ser ponderados com custos de credibilidade. Sob a perspectiva racional, a decisão quanto ao grau de interferência política na agência decorre do equilíbrio resultante da solução do problema da incerteza política e da credibilidade, das preferências do governo e da agência, assim como do contexto institucional mais amplo (Gilardi, 2007; Mattos et al, 2006).

Assim, nem sempre o principal delega autoridade para aliados com preferências próximas às suas e ao invés de supervisionar e influenciar a atividade do agente, o principal poder optar por manter a autoridade autônoma em relação ao controle político (Gheventer, 2005; Mueller e Pereira, 2002; Gilardi, 2009).

Uma mudança na intensidade das preferências do governo acerca da política e das decisões da agência, tudo o mais constante, terá por consequência um maior controle do presidente sobre a agência. Contudo, quanto mais intensas as preferências da agência, menor será a sua submissão às preferências do governo e menor o nível de controle imposto. Também, se as preferências da agência forem intensas, suficientemente distantes e haja fortes custos de reputação, ela pode tomar decisões que se afastem das preferências do governo. Nesse sentido, uma agência mais antiga, com uma cultura institucional mais fortemente estabelecida, tende a gozar de uma maior autonomia real (Maggetti 2007 e 2012).

Também existem outras formas de utilizar a política de indicações para influenciar as decisões das agências, como a vacância dos cargos de dirigentes (Prado, 2016; FGV, 2017). Se o colegiado de dirigentes da agência é composto por profissionais cujas preferências são alinhadas às de um governo que espera deixar o poder, é possível que se opte por deixar algum posto vago e indicar o novo dirigente apenas ao final do mandato. Com isso, o governo pode manter dirigentes com preferências próximas à sua por mais tempo no colegiado.

Além das indicações dos dirigentes das agências, o governo detém outras ferramentas de que o permitem influenciar, ou ao menos tentar, as decisões da agência. Por

exemplo, o controle orçamentário e sobre os recursos humanos podem ser utilizados para reduzir a capacidade de atuação da agência caso ela atue persistentemente de forma contrária às preferências do Executivo.

Além disso, o governo possui fortes poderes legislativos que podem dissuadir a agência de agir continuamente em oposição às suas preferências, sob pena de revisão das prerrogativas legais da agência (Gheventer, 2005; Mueller e Pereira, 2002; Prado, 2016). Esta, por exemplo, é a posição de Mattos e Mueller (2006) sobre o projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras enviado pelo Governo Lula ao Congresso em 2003 e que previa maior controle do Executivo sobre as agências. Apesar de não ter sido aprovado até então, o projeto em tramitação representaria à época uma ameaça permanente à atuação das agências, pois os esforços para sua aprovação poderiam aumentar se as agências tomassem decisões que contrariassem o governo.

No caso do Cade, Gheventer (2005) prevê que, em situação de equilíbrio do jogo regulatório, a agência irá sempre atuar em um intervalo de preferências próximo às do Executivo. Uma atuação sistemática da agência fora desse espaço poderia levar a alterações legais e estruturais, por exemplo, com a supressão de competências ou criação setores imunes à ação antitruste¹².

Esses mecanismos de autonomia e controle, apesar de apresentarem grande pertinência teórica e terem sido submetidos a uma análise empírica pela literatura internacional, ainda carecem de análise mais aprofundada para a política antitruste brasileira. Após mais de vinte anos da criação do Cade como órgão autônomo para a implementação da política de defesa da concorrência, os trabalhos de Salgado (1997), Gheventer (2005) e Silva (2011) ainda são os únicos na Ciência Política brasileira a estudar o desenho institucional do SBDC¹³.

1.4 A autonomia na defesa da concorrência

Antes de adentrar às especificidades do arranjo institucional do SBDC e do Cade, cumpre desenvolver uma breve introdução à regulação antitruste, seus objetivos e destacar

¹² Exemplo nesse sentido é a disputa de competências entre Cade e Banco Central para deliberar sobre atos de concentração no setor financeiro. Parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República, portanto, vinculante à administração pública federal entende que cabe ao Bacen analisar as fusões e aquisições no setor bancário. A disputa tem sido objeto de disputa judicial entre as autarquias e recentemente houve um acordo entre as agências, cujo resultado deve ser objeto de alteração legislativa (ver PLP 449/2019, apêndice I).

¹³ Essa lacuna na literatura pode ser explicada em parte pelo fato do Cade não ser enquadrado formalmente sob o título de “agência” reguladora.

suas semelhanças e diferenças em relação à regulação econômica setorial, assim como discutir a importância da autonomia para as autoridades de defesa da concorrência.

A política de defesa da concorrência pode ser definida como “um conjunto de políticas e leis que buscam assegurar que a competição em um mercado não seja restringida de modo a prejudicar a sociedade” (Motta 2003, p.28)¹⁴. Essa definição admite que nem toda restrição à concorrência é ruim para a sociedade, ou seja, a concorrência não é um fim em si, mas um meio. O conceito demanda também uma definição política do que seja interesse público ou do que seria prejudicial à sociedade.

Conforme preconiza a teoria econômica, a política de defesa da concorrência, ou política antitruste¹⁵, deve assegurar que a concorrência nos mercados não seja reduzida de modo a diminuir o bem-estar econômico (Motta, 2003; Farina, 1994). A teoria antitruste está fortemente associada à teoria econômica¹⁶, pela qual a concorrência promove a eficiência nos mercados, com preços menores, maior inovação, bem como maior quantidade e qualidade de produtos e serviços.

A defesa da concorrência é também influenciada por razões históricas e sociais, podendo ser utilizada para o alcance de objetivos diversos (Motta, 2003). Por exemplo, a política antitruste de alguns países, como os Estados Unidos e o Brasil, privilegia o bem-estar do consumidor em detrimento do bem-estar total da economia. A defesa de pequenos negócios foi um dos objetivos que deu origem a leis antitruste em diversos países. Ainda a política de defesa da concorrência também pode ser utilizada para a “promoção da

¹⁴ A política de defesa da concorrência inclui um conjunto de ferramentas que perpassam a aplicação da legislação de defesa da concorrência, o desenvolvimento de ações educativas, ações de conscientização e de *advocacy* da concorrência, bem como a realização de pesquisas e estudos de mercado (Kovacic, 2001). A análise empreendida neste trabalho se restringe à aplicação da legislação de defesa da concorrência pelo Cade ou *law enforcement*. Deste modo, toda referência à política de defesa da concorrência neste trabalho será tratada como sinônimo da atuação do Cade ou do SBDC na aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, salvo quando explicitamente houver referência de forma diversa.

¹⁵ Nos Estados Unidos, a política de defesa da concorrência é denominada *antitrust*, em decorrência dos trustes do final do século XIX, grandes conglomerados de empresas que concentravam grande poder econômico. O combate ao comportamento anticompetitivo dos trustes está relacionado à origem da legislação americana de defesa da concorrência. Na Europa e na América Latina, o termo utilizado é *competition policy* ou defesa da concorrência. Gheventer (2005), contudo, defende que o termo defesa da concorrência é inadequado, por não ser a concorrência a finalidade da política. Neste trabalho, ambos os termos, defesa da concorrência e antitruste, serão adotados como sinônimos.

¹⁶ A noção de bem-estar, ou *welfare*, é um conceito oriundo da microeconomia, relativo ao bem-estar de todos os agentes econômicos, sejam produtores ou consumidores. O bem-estar total em um setor corresponde a soma do excedente dos produtores e dos consumidores. O excedente de um consumidor é a diferença entre ao valor conferido pelo indivíduo a determinado bem ou serviço e o valor que é efetivamente pago. O excedente do produtor é a soma dos excedentes de todos os consumidores. De forma análoga, o excedente do produtor corresponde à soma dos lucros auferidos por todos os produtores no mercado. Quanto maior o bem-estar total, mais eficiente é a economia ou o setor. De acordo com a teoria microeconômica, o bem-estar total é tão maior quanto mais próximo o mercado atuar num sistema de concorrência perfeita e seria tão menor quanto mais próximo atuar do que seria um regime de monopólio. Como coloca Motta (2003, p.17) o conceito de bem-estar econômico não considera aspectos distributivos entre consumidores e produtores.

integração dos mercados”, como na União Europeia; para o combate à inflação; para fins de política industrial e de comércio exterior; bem como para objetivos não econômicos como a busca da liberdade, justiça e equidade (Motta, 2003).

A definição dos objetivos da política não se encerra com a aprovação dos estatutos legais. O texto legal é muitas vezes amplo e o real objetivo da política pode ser definido ao longo da implementação, pela jurisprudência construída ao longo das decisões. Cabe à autoridade de defesa da concorrência operacionalizar, no caso concreto, conceitos abstratos e abertos como “prejuízo à concorrência”, “domínio de mercado”, “abuso de posição dominante” e “aumento arbitrário de lucros”. A avaliação das condutas das empresas deve ser realizada à luz de sua racionalidade econômica. Como mercados são dinâmicos, sujeitos a constantes mudanças tecnológicas é, portanto, inerente à atividade antitruste um substantivo grau de liberdade e discricionariedade na aplicação da legislação.

A defesa da concorrência é uma poderosa ferramenta dos Estados para moldar a estrutura e a operação dos mercados. Ainda que persiga estritamente o bem-estar econômico, a política de defesa da concorrência tem natureza política, na medida em que implica o uso do poder político para constranger ou redistribuir o poder econômico. Ela autoriza e regula a intervenção governamental contra o comportamento anticompetitivo decorrente do poder de mercado, podendo impor multas, aprovar, restringir ou impedir a associação entre empresas, determinar que a empresa se desfaça de ativos ou adote comportamentos como forma de aumentar a concorrência (Bütte, 2014).

Embora semelhante em alguma medida, a defesa da concorrência se distingue da regulação econômica setorial (Silva, 2011; Farina, 1994). A regulação econômica direta e setorial se fundamenta a partir da existência de falhas de mercado que decorrem da existência de externalidades, da assimetria de informação e da existência de monopólios naturais. Nestes casos, o objetivo da regulação é criar condições para que os agentes de mercado atuem da forma mais próxima possível da situação de concorrência perfeita, buscando a maximização da eficiência e do “bem-estar”¹⁷.

¹⁷ A regulação de setores como ferrovias, telecomunicações e energia foi instituída com fundamento na existência de monopólios naturais, nos quais o exercício privado da atividade econômica demanda grandes investimentos em ativos específicos, com grandes custos fixos e economias de escalas, que implicam em custos afundados (*sunk costs*) e em custos marginais de produção baixos. Nestes casos, o monopólio pode ser a estrutura de mercado mais eficiente, embora mudanças tecnológicas possam fazer com que determinadas atividades deixem de ser monopólios naturais. A regulação econômica setorial, nesses casos, deve criar restrições e incentivos ao produtor monopolista para que se reproduzam, em certa medida, características de mercados competitivos com a finalidade de gerar eficiência produtiva e de partilhar o excedente com os consumidores (Silva, 2012).

Já a política de defesa da concorrência é horizontal, atuando em setores diversos em que a situação de equilíbrio não é necessariamente o monopólio natural e que (supostamente) deveriam funcionar de forma eficiente e competitiva. A falha de mercado a ser regulada é o poder de mercado das empresas, prevenindo e reprimindo o seu exercício abusivo. O Estado intervém controlando a estrutura dos mercados, mediante a autorização, restrição ou reprovação de fusões, aquisições e outras formas de associação entre empresas, bem como reprimindo condutas consideradas anticompetitivas.

O controle de estruturas, pela análise e deliberação quanto à possibilidade de concentração econômica, tem caráter preventivo. Nestes casos, parte-se da premissa de que a concentração econômica aumenta o poder de mercado das empresas, propiciando a adoção de condutas abusivas e não competitivas, levando a um desempenho não eficiente do mercado com a conseqüente redução do bem-estar. Assim, busca-se identificar se a concentração decorrente da operação pode gerar riscos ou prejuízos à concorrência. Essa análise ocorre *ex-ante* e busca avaliar se os ganhos de eficiência decorrentes da operação superam as perdas de bem-estar decorrentes da maior concentração econômica.

Já a atuação repressiva consiste na investigação e punição de condutas anticompetitivas. Essas condutas podem ser coordenadas como o cartel,¹⁸ a principal e mais grave conduta anticompetitiva, ou unilaterais, decorrentes do abuso de posição dominante como a fixação de preços de revenda e contratos de exclusividade¹⁹. Nestes casos, a análise da autoridade antitruste ocorre *ex post* e visa identificar a existência das condutas e seus efeitos prejudiciais à concorrência e aplicar eventuais sanções.

Diferentemente da regulação econômica setorial, a regulação antitruste é indireta e não incide sobre preços e quantidades. Nesse sentido, os resultados da ação antitruste são incertos, considerando que as decisões partem, muitas vezes, de uma avaliação prospectiva, *ex-ante*, que não necessariamente se confirma (Gheventer, 2005).

Além disso, atividade regulatória setorial envolve o estabelecimento e a aplicação de regras (Shotts e Wiseman, 2010). A defesa da concorrência não envolve a criação de regras em seu sentido estrito, mas tão somente o *enforcement* da legislação. Ainda, na atividade regulatória setorial, há delegação da normatização da atividade econômica às agências reguladoras, por exemplo, pelo estabelecimento de padrões de quantidade, preços e qualidade. Embora a defesa da concorrência não envolva a normatização de mercados, é

¹⁸ O cartel consiste no acordo entre concorrentes para estabelecimento de preços, quantidades ou divisão de mercado.

¹⁹ Para um rol exemplificativo de condutas anticompetitivas, ver o art. 36 da Lei 12.529/2011.

importante ressaltar que a atividade judicante envolve o estabelecimento de jurisprudência e precedentes, que sinalizam a forma de aplicação da lei aos agentes econômicos para casos e setores específicos, podendo na prática ter efeitos normativos, ainda que menos rígidos.

Existem, portanto, diferenças entre a atividade regulatória setorial e a antitruste. Entretanto, ambas são atividades de regulação econômica em sentido amplo, enquanto atividade de restrição à atuação econômica privada com vistas a mitigar falhas de mercado.

Assim, a autonomia também é apontada como uma questão central no arranjo institucional nas autoridades de defesa da concorrência, considerada uma característica institucional essencial para a consecução dos objetivos da política de defesa da concorrência, possibilitando que as decisões sejam tomadas com base em considerações legais e econômicas, sem influência externa, política ou de grupos de interesses (OCDE, 2016).

As razões para se preconizar a autonomia das autoridades de defesa da concorrência são semelhantes às aquelas apresentadas para as agências reguladoras setoriais. Em primeiro lugar, a implementação da política antitruste envolve uma complexa análise legal e econômica que requer expertise e flexibilidade para compreender as características do caso concreto.

Segundo, dado o impacto potencial sobre as empresas e os mercados, a defesa da concorrência requer um compromisso crível de que as decisões serão tomadas de forma objetiva, coerente, previsível e imparcial. As decisões dos agentes econômicos são baseadas nas condições de mercado e no *framework* regulatório, que inclui as regras antitruste. A autonomia é um sinal para as empresas de que o governo está comprometido com a liberdade e a concorrência nos mercados. A autonomia é importante para um bom ambiente de negócios, pois confere confiança quanto à estabilidade na aplicação da política de defesa da concorrência, reduzindo o risco de capital e viabilizando investimentos (OCDE, 2016).

Entretanto, pode-se dizer que o impacto da autonomia na defesa da concorrência sobre a credibilidade dos investidores é difuso, atuando sobre o ambiente de negócios como um todo, pois se trata de uma regulação horizontal, que incide sobre um conjunto grande de agentes e setores econômicos. Ao contrário, na regulação setorial de infraestrutura, o impacto da autonomia é concentrado e imediato, com efeitos potenciais mais fortes sobre a decisão de se investir. A ideia de autonomia como forma de assegurar um compromisso crível é mais forte em relação à regulação econômica de infraestrutura do

que na regulação antitruste. Nesse sentido, é de se esperar que a autonomia formal do Cade seja menor do que a das agências reguladoras setoriais de infraestrutura, mas superior do que a autonomia as agências de regulação social (Gilardi, 2007).

Outro argumento favorável à autonomia na regulação antitruste, é que a defesa da concorrência é uma atividade judicante, cujas decisões podem ter fortes impactos sobre mercados e empresas, de modo que a autonomia em relação às forças políticas é vista como essencial para o exercício de um julgamento justo e imparcial (OCDE, 2016). A imparcialidade é ainda mais relevante ao se considerar que as empresas públicas também estão sujeitas às regras de defesa da concorrência e devem se submeter ao mesmo tratamento conferido às demais empresas.

Apesar de não existir um modelo institucional para as autoridades de defesa da concorrência adequado a todos os contextos legais, administrativos, econômicos e culturais, existem algumas características institucionais comumente associadas à maior autonomia. Essas características do desenho institucional tratam dos (i) objetivos a serem perseguidos pela autoridade de defesa da concorrência; (ii) da relação entre a agência e o Poder Executivo; dos (iii) requisitos e procedimentos de indicação e demissão das autoridades; da (iv) existência e duração de mandatos para os dirigentes e conselheiros; de (v) procedimentos de tomada de decisão; da (v) autonomia organizacional e orçamentária; (vi) da política de pessoal; e (vii) (Gilardi, 2005; Cukierman, 1992; Montoya e Trillas, 2009; OCDE, 2016; ICN, 2005).

Quanto aos (i) objetivos da política de defesa da concorrência, a previsão legal de objetivos não diretamente relacionados à eficiência econômica abrem uma brecha institucional para a interferência política, uma vez que as decisões passam a considerar prioridades de política pública definidas de forma exógena à defesa da concorrência. Nestes casos, em termos de autonomia formal, é recomendável que objetivos de política pública, sejam implementados por órgãos setoriais e não pela autoridade antitruste (OCDE, 2016).

No que tange à (ii) relação entre agência e os poderes Executivo e Legislativo, uma maior autonomia formal é assegurada quando prevista legalmente e as decisões da agência são a final no âmbito administrativo, passíveis de revisão apenas pelo Judiciário, sem possibilidade de recurso a órgãos do Executivo ou Legislativo. Além disso, espera-se que não existam obrigações da agência perante os demais poderes que venham a constranger suas decisões (ICN, 2005).

Em relação aos (iii) requisitos para e procedimentos para indicação e demissão dos dirigentes da agência e dos membros dos conselhos e (iv) à existência de mandatos, contribuem para a maior autonomia: a existência de requisitos de expertise profissional para a indicação de dirigentes; a necessidade de aprovação da indicação pelo Legislativo; o exercício do mandato com dedicação exclusiva; a existência de mandatos com prazos legais fixos, preferencialmente mais longos, não coincidentes e sem a possibilidade de recondução; assim como a impossibilidade de demissão, senão pelo cometimento de infrações.

Quanto mais experientes e tecnicamente preparados os dirigentes da agência, maiores as chances de que as decisões sejam tomadas a partir de critérios legais e econômicos sem influência de variáveis políticas. A possibilidade de veto das indicações pelo Legislativo constrange a discricionariedade do Executivo e torna o processo de indicação e escrutínio do candidato mais transparente. A existência de mandatos legais e a impossibilidade de destituição confere segurança ao dirigente, permitindo-o atuar sem receio de perda da posição. O mandato mais longo, perpassando mais de um ciclo eleitoral, representa mais estabilidade e torna o dirigente mais responsivo aos efeitos de médio e longo prazo de suas decisões. Também, mandatos não coincidentes previnem que mudanças eleitorais ocasionem mudança brusca em todos os dirigentes em curto espaço de tempo, evitando rupturas e possibilitando maior estabilidade na implementação da política. Já a possibilidade de recondução incentiva que decisões sejam tomadas estrategicamente visando à obtenção de novo mandato, privilegiando preferências políticas em detrimento de fundamentos legais e econômicos.

No que tange aos (v) procedimentos de tomada de decisão, há maior autonomia quando as decisões são tomadas de forma colegiada. É potencialmente mais fácil influenciar politicamente decisões tomadas monocraticamente do que decisões que exigem maioria. Ainda, sessões de julgamento abertas, com publicidade das decisões e de seus fundamentos inibem deliberações que negligenciem ditames legais e a racionalidade econômica. Nesse sentido, maior transparência contribui para a maior autonomia formal (ICN, 2005).

No que diz respeito à (vi) autonomia organizacional e orçamentária, é importante assegurar recursos à autoridade para que não opere mediante ameaças de corte de recursos ou na busca por recompensas. Nesse sentido, a existência de múltiplas fontes de recursos, dentre eles recursos arrecadados pela própria agência, a definição orçamentária em bases plurianuais e o estabelecimento de garantias de que seus recursos não serão reduzidos

abaixo de certo limite, contribuem para uma maior autonomia formal da agência. Além disso, é desejável que a organização possa definir sua organização interna, sem interferência política.

Em relação à (vii) política de pessoal, recursos humanos são críticos para o bom funcionamento das autoridades de defesa da concorrência e a ausência de profissionais qualificados em número suficiente impacta a capacidade da agência de operar profissionalmente, podendo comprometer sua autonomia. Nesse sentido, para uma maior autonomia é recomendável que uma agência possa definir sua política de pessoal, especialmente em seus critérios de recrutamento e promoção. Processos de seleção competitivos, transparentes e baseados no mérito são importantes para a constituição de um quadro de pessoal qualificado e a construção de uma cultura institucional de profissionalismo e independência (OCDE, 2016).

CAPÍTULO 2. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Este trabalho consiste em um estudo de caso de natureza comparativa, descritiva e exploratória. De acordo com Gerring (2004, p. 342), o estudo de caso pode ser entendido como um “estudo intensivo de uma unidade (um fenômeno relativamente delimitado) com o objetivo de elucidar características de um conjunto maior de fenômenos similares”.

Valendo-se de uma referência à Gilardi (2009, p.8), cujo trabalho busca se afastar das árvores para olhar a floresta, esta dissertação analisa a situação de uma árvore em especial para entender um pouco mais sobre a floresta, árvore esta até então pouco considerada na discussão sobre autonomia das agências reguladoras no Brasil.

A unidade de análise aqui investigada é o Cade e as variáveis de interesse na análise são a sua autonomia formal e a sua autonomia real. A análise comparativa ocorre fundamentalmente entre dois casos, o Cade em dois momentos no tempo, antes (1994-2012) e depois (2012 em diante) da reforma do SBDC.

O trabalho visa lançar luz sobre a relação entre mudança institucional, notadamente sobre a autonomia formal, e a autonomia real das agências reguladoras. Como apresentado, não há consenso na literatura quanto à efetividade da força das regras formais de autonomia sobre a autonomia na prática das agências reguladoras. Este estudo de caso de natureza exploratória não tem a pretensão de confirmar esta relação causal, mas de aprofundar o entendimento e propor hipóteses acerca da autonomia real de uma agência reguladora a partir da variação nas suas regras formais.

A análise comparativa em uma mesma unidade de análise se mostra uma estratégia adequada, pois o Cade pode ser considerado a agência reguladora brasileira que passou pela mais profunda transformação no atributo autonomia, desde a sua implantação²⁰.

O Cade também é pouco explorado ou quase que negligenciado nos estudos sobre agências reguladoras no Brasil. Apesar de formalmente não ser denominado “agência”, exerce atividade de regulação econômica, e sua organização institucional lhe confere atributos de autonomia semelhante aos das demais agências reguladoras no Brasil. Além

²⁰ A análise de Silva (2012) identificou que apenas duas agências sofreram alterações formais em atributos de autonomia, a Anatel e a Aneel, mudanças estas que reduziram a autonomia formal. Desde então, ao longo da análise empreendida para operacionalização dos índices de autonomia formal (capítulos 3 e 4) identificou uma redução da autonomia da Antaq em 2013 e a instituição da Agência Nacional de Mineração. Não foram identificadas mudanças significativas para ampliar a autonomia das agências. O único evento encontrado foi em relação à Aneel, com a supressão da possibilidade de perda do mandato por decisão discricionária nos primeiros quatro meses.

disso, o Cade pode ser considerado a primeira agência autônoma brasileira, instituída entre 1991 e 1994, ainda no governo Itamar, no início do processo de liberalização da economia e no contexto de combate à inflação.

Para fins descritivos e de mensuração da variável autonomia formal, a análise dos casos também irá valer-se de estratégias comparativas com outras agências no Brasil, em outros domínios de regulação, e no exterior, entre agências de defesa da concorrência. Contudo, a estratégia comparativa fundamental está centrada na unidade Cade em dois momentos distintos.

2.1 Procedimentos metodológicos para caracterização da autonomia formal

No que tange à caracterização da autonomia formal do Cade, foram adotados dois tipos de procedimentos metodológicos. O primeiro deles é a descrição das alterações legislativas no desenho institucional do SBDC e do Cade. A descrição está centrada nos elementos do desenho institucional anteriormente apresentados e que estão associados à autonomia das agências reguladoras: requisitos e procedimentos de indicação de dirigentes; existência, duração, renovação e forma de destituição dos mandatos dos dirigentes; formas de deliberação e revisão das decisões; autonomia organizacional, financeira e de recursos humanos. A fonte das informações são os textos da Lei 8.884/1994 e da Lei 12.529/2011, dispõem sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômicas, acessados pelo portal da legislação da Presidência da República em junho de 2018.

O segundo procedimento de caracterização da autonomia formal envolve a operacionalização de dois índices para o Cade. O primeiro índice elaborado por Gilardi (2002, 2005, 2009), o mais utilizado na literatura internacional sobre autonomia das agências reguladoras²¹. Trata-se de um indicador que busca mensurar a independência a partir de um índice composto por 21 indicadores organizados em cinco dimensões: status do dirigente máximo da agência; status dos demais membros da direção colegiada; relacionamento com o governo e com o parlamento; autonomia financeira e organizacional; e competências regulatórias.

O índice de Gilardi (2005) atribui pesos idênticos para cada uma das cinco dimensões e indicadores dentro de cada dimensão, com valores que variam entre 0 e 1. A

²¹ A ferramenta Google Scholar aponta que estes três trabalhos de Gilardi (2002, 2005 e 2009) acumulavam 1.299 citações em julho de 2018.

operacionalização do índice de autonomia formal de Gilardi passa por duas etapas agregação dos indicadores. A primeira etapa envolve a agregação dos indicadores no nível das dimensões, que corresponde à média dos valores entre 0 e 1 atribuídos a cada indicador que compõe a dimensão. Em seguida, a média dos índices das cinco dimensões define o índice final de independência formal. Diante da dificuldade de se definir quais indicadores e dimensões são mais relevantes, a solução proposta por Gilardi foi atribuir pesos iguais a cada uma das dimensões e aos indicadores dentro dessas dimensões.

Além de possibilitar uma mensuração quantitativa da variação na autonomia formal do Cade, a operacionalização do índice nos permite uma análise comparativa com outras autoridades de defesa da concorrência, notadamente na Europa, cujos dados estão disponíveis nos trabalhos de Gilardi (2002, 2005, 2009), bem como com as demais agências reguladoras brasileiras.

O outro índice utilizado é o proposto por Mariana Batista Silva (2012), que se baseia nos índices de Gilardi e de Gheventer (2005). Este indicador reúne 10 variáveis, sendo atribuído o valor 0 quando a variável indica menos autonomia e 1 quando indica maior autonomia. Em duas variáveis, pode ser atribuído também o valor intermediário de 0,5. O valor final do indicador de autonomia formal é obtido pela soma dos valores atribuídos a cada variável. Quanto maior o valor, maior a autonomia.

A vantagem de se utilizar este outro índice advém de sua maior simplicidade e adequação à realidade das agências reguladoras no Brasil (Silva, 2012). Este índice também permite uma mensuração da variação da autonomia formal do Cade, mas possibilita ainda uma comparação do Cade com as demais agências reguladoras brasileiras. Neste caso, os dados apresentados por Silva foram atualizados e utilizados como referência.

A fonte dos dados utilizados para operacionalizar ambos os índices foram os textos das leis e decretos vigentes em junho de 2018²² que, respectivamente, instituem e estabelecem a estrutura regimental das agências reguladoras. A consulta à legislação também ocorreu em junho de 2018 no portal de legislação da Presidência da República.

Os índices são de operacionalização relativamente objetiva e simples, mas em atenção ao princípio da transparência e à replicabilidade do trabalho, cumpre detalhar os critérios utilizados na sua aplicação.

²² Com exceção da mensuração da autonomia formal do Cade antes da Lei 12.529/2011 para o qual foi utilizada a Lei 8.888/94.

Em relação ao índice de autonomia formal de Gilardi (2002, 2009), o quadro 3 apresenta os principais parâmetros utilizados para as agências reguladoras brasileiras.

Quadro 3 - Procedimentos metodológicos para operacionalização do índice de autonomia formal proposto por Gilardi (2002, 2005, 2009)

Dimensões e Indicadores	Operacionalização
A e B. Status dos dirigentes da agência (item A para Presidentes e item B para demais membros do colegiado)	Categorização objetiva, conforme a duração dos mandatos das agências. Quando a agência conta mandatos com tempos diferentes, foram considerados os mandatos dos Conselheiros ou Diretores. No caso da estrutura atual do Cade, há 9 autoridades com mandato, sendo 7 Conselheiros com mandato de quatro anos, o Superintendente-Geral e o Procurador-Chefe, ambos com mandato de 2 anos. Neste caso, foi considerado o mandato dos Conselheiros. Na estrutura anterior do Cade, os mandatos dos Conselheiros eram de dois anos.
A e B.1 Tempo de mandato	
Mais de 8 anos	
Entre 6 e 8 anos	
5 anos	
4 anos	
Mandato fixo menor do que 4 anos ou com	
duração discricionária a critério de quem indica	
Sem mandato fixo	
A e B.2 Quem indica o dirigente máximo?	Em todas as agências reguladoras brasileiras, os dirigentes são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, por uma comissão e depois em plenário.
Membros do conselho de administração	
Um conjunto de membros do parlamento e do governo	
Parlamento	
Decisão colegiada do governo	
Um ou dois ministros	
A e B.3 Demissão	A perda do mandato dos dirigentes das agências reguladoras no Brasil ocorre em regra apenas pela infringência de vedações legais, após condenação penal ou administrativa. Em alguns casos, é possível o afastamento temporário ao longo do processo administrativo, instaurado pelo Ministro e julgado pelo Presidente da República. No caso do Cade, a perda do mandato pode ocorrer por decisão do Senado Federal provocada pelo Presidente. Em quase todos os casos, o melhor enquadramento é o segundo item. As exceções são as agências que possibilitam a livre exoneração em um período inicial de quatro meses (ANS e ANVISA).
Impossível	
Possível, mas somente por razões que não dizem respeito à política	
Não há regras específicas para demissão	
Possível, conforme discricionabilidade de quem indicou	
A e B.4 Acumulação de cargos no governo	Os cargos de dirigentes das agências são de dedicação exclusiva, sendo vedada acumulação, salvo as admitidas pela Constituição.
Não é possível	
Possível, mediante autorização do governo	
É possível ou não há regras específicas	
A e B.5 Mandato é renovável?	Categorização objetiva. Na hipótese em que houver autoridades com regras distintas de recondução, serão consideradas as regras aplicáveis aos Diretores ou
Não	

Dimensões e Indicadores	Operacionalização
Sim, uma única vez	Conselheiros. No caso do Cade, a lei 12.529/2011 veda a recondução dos mandatos de Conselheiro, mas permite uma recondução dos mandatos do
Sim, mais de uma vez	Superintendente-Geral e do Procurador-Chefe. Neste caso, foi considerada a regra atribuída aos Conselheiros.
A e B.6 Independência é um requisito formal para indicação?	
Sim	Em regra, os estatutos das agências reguladoras preveem apenas requisitos de expertise e/ou reputação ilibada para a indicação. As vedações a outras
Não	atividades que possam influir na independência do dirigente aplicam-se apenas ao curso do mandato e não são requisitos para indicação. A exceção é a recém-criada Agência Nacional de Mineração, que prevê um conjunto de restrições para a indicação dos dirigentes.
C. Relação com o governo e a agência	
C.1 Independência da agência está prevista formalmente?	
Sim	Foi considerada como previsão formal de independência a menção expressa no texto da Lei de que a autarquia é independente ou autônoma. Além do
Não	Cade, apenas a ANP e a Ancine não contam com esta previsão legal.
C.2 Quais são as obrigações formais da agência para com o governo?	
Não existem obrigações	Cada agência está vinculada administrativamente vinculado a um Ministério. Todas devem apresentar
Apenas apresentação de um relatório anual	relatórios de gestão. Algumas agências celebram contratos de gestão com os Ministérios. Nos casos em
Relatório anual precisa ser aprovado	que há contrato de gestão, a agência foi enquadrada no terceiro item. Em todos os demais a agência foi
A agência é totalmente <i>accountable</i> ao governo	enquadrada no segundo item.
C.3 Quais são as obrigações formais da agência para com o legislativo?	
Não existem obrigações	Todas as agências devem apresentar relatório de gestão ao Tribunal de Contas da União, órgão do
Apenas apresentação de um relatório anual	Poder Legislativo. O TCU elege quais contas serão apreciadas e aprovadas. Nesse sentido, todas as
Relatório anual precisa ser aprovado	agências foram enquadradas no segundo item.
A agência é totalmente <i>accountable</i> ao legislativo	
C.4 Que órgão, além do judiciário, pode rever as decisões da agência?	
Nenhum	A grande parte das agências reguladoras possui previsão legal expressa de que cabe a elas a decisão
Um órgão especializado	final em matéria administrativa (Cade, Anatel, Aneel, Anatel, Anvisa, ANS), outras explicitamente estabelecem a ausência de relação hierárquica (Anac, CVM) e em nenhuma delas há previsão de revisão de suas decisões. Contudo, o estatuto da Ancine

Dimensões e Indicadores	Operacionalização
O governo, com qualificações	estabelece relação de supervisão com o Ministério, o que caracteriza sua relação de hierarquia. Também o decreto que regulamenta a AMN prevê a possibilidade de recurso ao MME. Apenas a AMN e a Ancine foram enquadradas no terceiro item. Todas as demais agências foram classificadas no primeiro.
O governo, sem condições	
D. Autonomia financeira e organizacional	
D.1 Qual a fonte do orçamento da agência?	
Multas aplicadas à indústria regulada	Todas as agências preveem como fonte de recursos dotação orçamentárias do governo. Apenas a Anac e o Cade não preveem que as multas aplicadas serão revertidas na forma de receitas.
Multas aplicadas à indústria regulada e orçamento do governo	
Orçamento do governo	
D.2 Como o orçamento é controlado?	
Pela agência	Os orçamentos de todas as agências compõem o orçamento geral da união, de modo que a elaboração e execução orçamentária e financeira está subordinada aos limites impostos pelos Ministérios do Planejamento e da Fazenda. Assim, todas as agências foram igualmente enquadradas no terceiro item.
Pelo tribunal de contas ou pelo judiciário	
Pela agência e pelo governo	
Pelo governo apenas	
D.3 Que órgão decide pela organização interna da agência	
A agência	A estrutura regimental de cada agências é definida por Decreto Presidencial, de modo que todas as agências foram enquadradas no segundo item.
A agência e o governo	
O governo	
D.4 Que órgão está a cargo da política de pessoal da agência?	
A agência	A contratação de novos servidores e a política remuneratória depende do Ministério do Planejamento. Contudo, todos os demais processos da política de recursos humanos ficam a cargo das agências. À exceção do Cade todas as agências possuem suas carreiras próprias. Assim, todas as agências foram classificadas no segundo item.
A agência e o governo	
O governo	
E. Competências regulatórias	
E.1 Que órgão é competente para a regulação no seu domínio?	
A agência apenas	A análise e enquadramento foi realizada para cada agência conforme as competências legais previstas nas respectivas leis. Em regra, as agências possuem competência exclusiva para implementar a regulação em seu domínio, resguardada a competência de formulação da política pelos Ministérios. São exceções: (a) Ana: lei prevê atuação em articulação com órgãos e entidades públicas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, bem como articulação com o ONS para definição das condições de operação de reservatórios de aproveitamentos hidrelétricos; (b) ANM: decreto prevê compartilhamento de competências com o Ministério de Minas e Energia; (c) Anvisa: lei prevê que o registro de medicamentos poderá ser objeto de regulamentação conjunta com o Ministério da Saúde (d) Cade: a estrutura anterior previa a instrução dos processos pelo Ministério da Justiça e da Fazenda.
Agência e outra autoridade independente	
A agência e o parlamento	
A agência e o governo	
A agência possui apenas competências de consultoria	

Fonte: elaboração própria

Quanto ao índice de autonomia formal proposto por Silva (2012), o quadro a seguir apresenta os principais parâmetros utilizados na sua operacionalização para as agências reguladoras brasileiras.

Quadro 4 - Procedimentos metodológicos utilizados para do indicador de autonomia formal proposto por Silva (2012)

Variável	Descrição	Operacionalização
Mandato	O mandato dos diretores é superior ou igual a quatro anos? 1 (sim); 0,5 (< quatro anos); 0 (sem mandato fixo)	Categorização objetiva, conforme a duração dos mandatos das agências. Quando a agência conta com mandatos com prazos distintos, foram considerados os mandatos dos Conselheiros ou Diretores.
Indicação	A indicação dos diretores é compartilhada? 1 (sim); 0 (não)	Em todas as agências reguladoras brasileiras, os dirigentes são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, por uma comissão e depois em plenário.
Demissão	A demissão é apenas possível com sentença? 1 (sim); 0,5 (início do mandato); 0 (sem mandato)	A perda do mandato dos dirigentes das agências reguladoras no Brasil ocorre em regra apenas pela infringência de vedações legais, após condenação penal ou administrativa. Em alguns casos, é possível o afastamento temporário ao longo do processo administrativo, instaurado pelo Ministro e julgado pelo Presidente da República. No caso do Cade, a perda do mandato pode ocorrer por decisão do Senado Federal provocada pelo presidente. Em quase todos os casos, o melhor enquadramento é o item sim. As exceções são as agências que possibilitam a livre exoneração em um período inicial de quatro meses (Ana, ANS e Anvisa).
Recondução	A recondução é proibida? 1 (sim); 0 (não)	Categorização objetiva. Na hipótese em que houver regras distintas de recondução na agência, foram consideradas as regras aplicáveis aos Diretores ou Conselheiros.
Expertise	É necessário que os diretores possuam conhecimento específico na área de regulação? 1 (sim); 0 (não)	Lei 9.986/2000, que disciplina a gestão de recursos humanos das agências prevê a necessidade de conhecimentos técnicos na área de atuação da agência. As agências não abarcadas por esta Lei (Cade e CVM) possuem requisitos de expertise específicos em seus estatutos. Todas as agências foram enquadradas no item sim.
Autorização	A agência toma decisões sem a necessidade de autorização do governo?	Foram consideradas agências que dependem de autorização do governo para decidir aquelas cuja Lei ou Decreto preveem expressamente o atendimento a diretrizes do Executivo. Neste caso, a Anac deve ter o modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária aprovada pelo Presidente; a Aneel deve observar o plano de outorgas e as diretrizes do Executivo para a concessão e permissão para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; a Antaq também deve observar as diretrizes do governo para realizar a licitação e seleção

Variável	Descrição	Operacionalização
		para concessão, arrendamento ou autorização da exploração de portos organizados ou instalações portuárias; a ANTT deve submeter os planos de outorgas à aprovação do Ministério dos Transportes; a ANM deve ouvir previamente o Ministério de Minas e Energia sobre assuntos referentes às atividades de mineração ou que criem restrições ao desenvolvimento dessas atividades; a Ana depende da deliberação do Conselho Nacional de Recursos Hídricos para implementar atividades regulatórias como a cobrança pelo uso de recursos hídricos e o estabelecimento de incentivos à conservação de recursos hídricos; por fim, a Ancine que além de estar sob a supervisão do Ministério da Cultura, deve observar as diretrizes do Conselho Superior do Cinema.
Revisão	As decisões da agência são passíveis de revisão apenas no Judiciário? 1 (sim); 0 (não)	A grande parte das agências reguladoras possui previsão legal expressa de que cabe a elas a decisão final em matéria administrativa (Cade, Anatel, Aneel, Anatel, Anvisa, ANS), outras explicitamente estabelecem a ausência de relação hierárquica (Anac, CVM) e em nenhuma delas há previsão de revisão de suas decisões, com exceção do decreto que regulamenta a AMN que prevê a possibilidade de recurso ao MME. Também o estatuto da Ancine estabelece uma relação de supervisão com o Ministério, o que caracteriza sua relação de hierarquia. Apenas a AMN e a Ancine foram enquadradas como não.
Recursos	O orçamento é definido pela própria agência? 1 (sim); 0 (não)	Os orçamentos de todas as agências compõem o OGU, de modo que a elaboração e execução orçamentária e financeira está subordinada aos limites impostos pelos Ministérios do Planejamento e da Fazenda. Assim, todas as agências foram enquadradas no item não.
Pessoal	A agência tem o comando da sua política de pessoal? 1 (sim); 0 (não)	A contratação de novos servidores e a política remuneratória depende do Ministério do Planejamento. Contudo, todos os demais processos da política de recursos humanos ficam a cargo das agências. À exceção do Cade, todas as agências possuem carreiras próprias. Assim, como forma de diferenciar as agências com carreira própria daquelas que não tem foi atribuído sim para aquelas e não para o Cade.
Procedimentos	Os procedimentos da agência só podem ser modificados com anuência do Legislativo? 1 (sim); 0 (não)	Em todas as agências há procedimentos definidos em Lei, Decreto e no Regimento Interno próprios de cada uma, de modo que é possível alterar os seus procedimentos por ato do Presidente ou interno à agência. Todas as agências foram classificadas como não.

Fonte: elaboração própria

2.2 Procedimentos metodológicos para caracterização da autonomia real

Ao passo que a operacionalização da variável autonomia formal está relativamente consolidada na literatura, o mesmo não ocorre com a autonomia real. A autonomia real trata do comportamento da agência e do governo, enquanto capacidade da agência de traduzir preferências ou objetivos legais em ações, sem interferência ou constrangimentos externos (Maggetti, 2007).

A operacionalização mais adequada da variável autonomia real envolve desafios nem sempre transponíveis. Para tanto, seria necessário (a) identificar as preferências da agência e do governo em cada decisão, ou pelo menos as preferências do governo; (b) analisar a variação no comportamento da agência em face de uma mudança nas preferências ou no comportamento do governo; (c) identificar os mecanismos de influência do governo sobre a agência, assim como (d) as formas pelas quais a agência se permite ou não ser influenciada.

No domínio da política de defesa da concorrência, identificar as preferências do governo não é tarefa simples. A regulação antitruste é horizontal e implica na atuação sobre muitos e diversos setores. Além disso, boa parte dos casos tem baixo impacto político, relegando a defesa da concorrência a uma posição secundária na agenda política (Miola, 2014). Contribui para isso o fato da defesa da concorrência atuar, na maior parte das vezes, indiretamente, sem interferir na estrutura de preços, no nível de lucro e sem definir quais consumidores são beneficiados (Gheventer, 2005).

Por outro lado, se a agência possui ampla discricionariedade e capacidade punitiva, é razoável supor que estará sujeita a pressões de políticos e de grupos de interesses, especialmente em casos polêmicos, que podem ter grande impacto e envolvem grande volume de recursos. Dessa forma, como a regulação antitruste é indireta e pontual, a pressão externa ocorre não de forma contínua, mas em intervalos discretos (Gheventer, 2005).

O desafio, que se mostrou intransponível no âmbito deste trabalho, envolve identificar quais seriam esses intervalos discretos de influência política ou o conjunto as decisões em que há interesse político do governo. É possível identificar alguns casos em que houve interesse político ou em que há intercessão com uma política pública, mas não é possível definir com precisão a integralidade dessas situações.

Nesse sentido, a literatura se vale de meios indiretos de operacionalização do conceito (ver Quadro 2), por meio dos instrumentos de que dispõe o governo para influenciar a atuação da agência. Assim, a autonomia real passa a ser mensurada pela sua face negativa, não pela liberdade de atuação da agência, mas pelos meios de constrangimento ou controle que incidem sobre a liberdade da agência.

Assim como o foco da maior parte dos trabalhos sobre autonomia formal, pretende-se caracterizar e comparar a autonomia do Cade antes e após a reforma por indicadores que refletem as formas de manifestação do controle governamental. A interferência do governo pode ocorrer por diversos mecanismos e se manifestar (a) pelo descumprimento das regras formais; (b) pela mudança ou tentativa de mudança nas regras formais; ou (c) pelo cumprimento das regras formais, valendo-se dos mecanismos de controle existentes na legislação.

O descumprimento das regras formais que asseguram a autonomia das agências é a forma mais visível do controle ou da falta de autonomia formal. Os mandatos são respeitados? Os dirigentes indicados atendem aos requisitos de expertise previstos nos estatutos? As decisões das agências são revistas pelo governo?

Já a mudança nas regras pode envolver a redução ou aumento da autonomia, a retirada ou aumento de competências. Ameaças ou ações concretas como envio de uma medida provisória podem afetar o comportamento da agência no sentido de induzir o seu alinhamento às preferências do governo para evitar mudanças prejudiciais ou viabilizar a aprovação de medidas que beneficiem a agência. No limite, uma agência muito autônoma que atue constantemente contra os interesses do governo pode ter sua existência ameaçada.

Quanto à utilização dos mecanismos formais de controle, o governo pode indicar “aliados” para dirigir a agência; pode optar por não reconduzir um dirigente que tenha atuado contrariamente aos seus interesses; pode apresentar representações para que a agência atue em determinado sentido; pode reduzir ou não aumentar o orçamento da agência; pode não aprovar a contratação de novos servidores; o Congresso pode convocar os dirigentes para prestar esclarecimentos sobre decisões da agência; dentre outras possibilidades.

Nesse sentido, o exercício de comparação entre o Cade antes e depois ocorrerá por meio dos mecanismos de controle político e respectivos indicadores apresentados a seguir.

2.2.1 Controle pela política de indicação de dirigentes

Rodrigo Silva (2011) analisa as nomeações de conselheiros do Cade entre 1996 e 2010. Segundo o autor, premido entre a busca de controle e a necessidade de assegurar a credibilidade do órgão antitruste, a estratégia ótima para o governo é indicar ao mesmo tempo especialistas e atores estatais. Atores estatais são “os burocratas concursados, magistrados, membros do Ministério Público, além de indivíduos que, apesar de não serem concursados, fazem sua carreira profissional no interior do Estado, principalmente a partir da nomeação para diversos cargos públicos” (Silva, 2011, p. 2). Segundo o autor, pela baixa estruturação das carreiras no serviço público, os atores estatais seriam mais permeáveis aos interesses do Executivo em busca de futuros retornos em suas carreiras no Estado. Ao mesmo tempo, os atores estatais possuem atributos de expertise que evitariam a perda de credibilidade pelo governo decorrente da indicação de aliados²³.

Para a análise do perfil dos conselheiros indicados para compor o Cade, foi utilizada a metodologia de classificação de conselheiros do Cade proposta por Silva (2011), estendendo a análise até a composição do plenário de janeiro de 2018. Considerando o foco na caracterização da autonomia real, três são os indicadores utilizados para traçar o dos conselheiros indicados:

- Proporção de políticos indicados
- Proporção de atores estatais indicados
- Proporção de especialistas indicados

Silva (2011) classifica os conselheiros em cinco tipos: ator estatal, profissional de mercado, especialista, acadêmico e político.

Dois são os critérios utilizados para que um conselheiro seja classificado como “ator estatal”: (i) ter ingressado no serviço público por meio de concurso, incluindo aqueles que se encontravam aposentados quando nomeados para o Cade, mas que continuavam a atuar no serviço público; (ii) ter atuado no serviço público federal por pelo menos 10 anos²⁴, mesmo que não fosse um servidor concursado.

²³ Esta premissa será melhor discutida no capítulo 5.

²⁴ O critério estabelecido por Silva (2011) corresponde à mediana dos anos de trabalho no setor público federal de todos os indivíduos que possuíam pelo menos um ano de experiência no setor público federal. O valor da mediana em Silva (2011) foi de 13 anos. Este valor atualizado para este trabalho foi de 10 anos. Em função da classificação “acadêmico”, não foram considerados os anos de atuação em experiências acadêmicas em universidades federais.

Foi considerado “profissional de mercado” o conselheiro que atuava no setor privado antes de ser indicado para o Cade. Também pode ser enquadrado como profissional de mercado o profissional que não atuava no setor privado ao ser indicado, mas que atuou na iniciativa privada em algum momento nos três anos antes da indicação.

Quanto aos acadêmicos, foram enquadrados nesta categoria os conselheiros que estavam associados a alguma instituição de ensino superior quando da indicação ou estavam afastados, por no máximo três anos, mas possuíam trabalhos publicados²⁵. Atores estatais e profissionais de mercado podem ser também acadêmicos. Contudo, para simplificar a análise, será considerado acadêmico o conselheiro que atue exclusivamente na academia.

Já o tipo “especialista” pode ser subdividido em “especialista em direito ou economia” ou “especialista em defesa da concorrência”. Ambas as Leis 8.884/94 e 12.529/11 preveem que os indicados tenham notável saber jurídico ou econômico, não necessariamente relacionado com a defesa da concorrência. Assim, são enquadrados como especialista em direito ou economia os conselheiros que detinham, ao tempo da indicação, os títulos de mestre ou doutor em direito ou economia. Os especialistas em defesa da concorrência são aqueles que atendem a pelo menos um de três requisitos: tenha atuado previamente no Cade, na Secretaria de Direito Econômico ou na SEAE; tenha atuado na iniciativa privada em atividades relacionadas à defesa da concorrência; ou tenha publicações acadêmicas sobre defesa da concorrência.

Por fim, a categoria “político” busca identificar os conselheiros cuja indicação se alinhe a um padrão de patronagem, pautando-se por recompensas a aliados políticos em detrimento da expertise ou da responsividade da burocracia. Nesse sentido, foi considerado político o indicado que não fora enquadrado como “especialista” e que possuía vínculo com partidos políticos. Esses vínculos podem ser eleitorais, como ter se candidatado ou exercido cargo eletivo, assim como profissionais, como emprego ou prestação de serviços. O conselheiro considerado “político” não foi enquadrado em nenhuma outra categoria.

As informações para elaboração do perfil dos conselheiros foram obtidas junto aos currículos encaminhados pela Presidência da República junto às Mensagens ao Senado Federal com a indicação dos conselheiros²⁶; junto às publicações “Conversando com

²⁵ Para análise das publicações, foi adotado o mesmo critério de Silva (2001), considerando-se todas as publicações que constam dos currículos dos conselheiros, excluindo-se os artigos de jornal e em revista de grande circulação.

²⁶ Disponíveis no site do Senado Federal. Acessados em junho de 2018.

Cade” (Dutra, 2009) e “Conversando com o Cade e a SDE” (Ibrac, 2017), que reúnem entrevistas com ex conselheiros do Cade e outras autoridades que compuseram o SBDC; e junto aos trabalhos de Silva (2011) e (Miola, 2014).

2.2.2 Controle pelo descumprimento dos mandatos legais

A existência de mandatos fixos e de critérios rígidos para demissão dos dirigentes são características centrais da autonomia formal das agências reguladoras. Um dos indicadores mais utilizados para mensurar a autonomia real diz respeito justamente ao funcionamento prático desta regra de autonomia por meio de medidas de *turn over* (Maggetti, 2007 e 2012; Jordana e Ramió, 2012; Silva, 2012; Voigt, 2009; Montoya e Trillas, 2009). Assim, este trabalho analisará o indicador proporção de conselheiros que deixaram o posto antes do término do mandato.

Assim como em praticamente todos os trabalhos sobre autonomia real, serão considerados todos os casos em que o mandato não foi concluído, com exceção das hipóteses de falecimento. Mesmo situações em que o conselheiro tenha pedido desligamento do cargo por razões pessoais podem refletir uma pressão do governo ou incompatibilidade com as políticas do governo.

Como forma de aprofundar a análise, será realizada uma busca pela cobertura na imprensa para checar as motivações que levaram à interrupção do mandato. Além disso, será analisado o momento da interrupção do mandato. A interrupção do mandato próxima da troca de governo é um indicador de vulnerabilidade política (Montoya e Trillas (2009).

Assim, serão levantados os dados de duração dos mandatos e datas de nomeação e exoneração. As fontes de informação serão os relatórios de gestão do Cade e levantamento realizado pela Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal²⁷ sobre as indicações e nomeações de conselheiros do Cade.

2.2.3 Controle pela vacância de cargos e coincidência dos mandatos

O terceiro mecanismo de influência do executivo em detrimento da autonomia real da agência é a vacância dos cargos de dirigentes. A vacância pode enfraquecer e dificultar o funcionamento das agências, cuja deliberação ocorre de forma colegiada. No limite, a depender do número de cargos vagos, a vacância pode levar à paralisia decisória

²⁷ Disponível em <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/30022/CADE>. Acessado em junho de 2018.

na agência. Nesse sentido, a vacância pode ser uma estratégia do governo para enfraquecer a agência cujas decisões se afastem das suas preferências (FGV, 2017; Silva, 2012; TCU, 2009, 2013).

Além disso, o controle estratégico do momento de efetivar as indicações dos dirigentes pode ser uma forma do governo manter sua influência na agência por mais tempo. Assim, um governo que não espera se manter no poder tende a concentrar as indicações para o final de seu mandato, mantendo dirigentes com preferências próximas às suas por mais tempo ao longo do mandato sucessor.

Em relação ao escalonamento dos mandatos, em regra, os estatutos legais das agências reguladoras no Brasil preveem a não coincidência dos mandatos, ou seja, os mandatos têm início e fim escalonados, para evitar que de uma só vez o governo possa alterar grande parte da composição colegiada, modulando no tempo o impacto do controle de um único governo sobre a indicação dos dirigentes. Contudo, o governo pode optar por aguardar a vacância de mais de um cargo para realizar indicações em bloco, acabando na prática com a não coincidência dos mandatos.

Nesse sentido, a análise comparativa do Cade antes e depois da reforma irá considerar dois indicadores relacionados ao controle do executivo por meio vacância dos cargos de conselheiro: (i) Número de meses em que o plenário do Tribunal não funcionou com sua composição completa; (ii) a indicação de conselheiros em bloco.

Os indicadores de vacância foram operacionalizados a partir da reconstrução dos períodos de mandato desde 1995, com base em informações disponíveis nos relatórios de gestão do Cade e nas entrevistas constantes de Dutra (2009) e Ibrac (2017).

A fonte das informações para a análise das indicações de conselheiros foram as Mensagens Presidenciais ao Senado Federal disponíveis no site do Senado Federal.

2.2.4 Controle por propostas de alterações legislativas

O governo pode também alterar as regras que regem as agências, reduzindo sua autonomia formal, suprimindo competências regulatórias ou estabelecendo procedimentos e requisitos que dificultam a tomada de decisão. Um exemplo constantemente mencionado na literatura (Mattos e Mueller, 2006; Silva, 2010; Prado, 2016) é o envio ao Congresso pelo governo Lula de proposta para a criação da “Lei Geral das Agências Reguladoras”, que teria o intuito de reduzir a autonomia. Esse episódio ocorreu juntamente com a rediscussão proposta pelo governo das regras de reajuste tarifário nos setores de energia e

telecomunicações. A proposta legislativa, neste caso, poderia ter influenciado o comportamento das agências, que se poderiam tomar ou deixar de tomar decisões conforme as preferências do governo.

Nesse sentido, este trabalho analisará as propostas de alterações na legislação que rege o Cade. O objetivo é analisar as propostas, seus objetivos e autores, de modo a poder inferir se elas poderiam de algum modo influenciar as decisões desse órgão.

As informações sobre as propostas legislativas foram obtidas por meio da ferramenta de consulta avançada disponibilizada pelo Senado Federal e pelo Câmara dos Deputados. Foram pesquisadas proposições que contivessem os termos “Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade” entre 1995 e 2018. Complementarmente, foram analisadas as alterações nas Leis 8.884/94 e 12.529/11, buscando propostas que não constaram na pesquisa legislativa.

2.2.5 Controle orçamentário

Em relação ao controle orçamentário, a autonomia formal das agências reguladoras no Brasil é baixa. Há amplo espaço de discricionariedade do governo para aumentar ou contingenciar os recursos orçamentários do Cade. Uma medida, ainda que imperfeita, de autonomia orçamentária real é a proporção dos recursos orçamentários da agência que são contingenciados (TCU, 2009, 2013; Silva, 2012; FGV, 2017). Assim, espera-se que um Cade mais autônomo na prática orçamentária consiga executar uma maior parte do orçamento que lhe está destinado na Lei Orçamentária Anual.

Os dados para a análise foram obtidos junto ao Portal do Orçamento Federal – Siga Brasil, disponibilizado pelo Senado Federal. As consultas foram realizadas em julho de 2018 por meio do “painel especialista” para os anos de 2001²⁸ a 2017, com valores de junho de 2018 atualizados pelo IPCA. Para assegurar a comparabilidade dos dados antes e após a vigência da Lei 12.529/2011, a execução orçamentária entre 2001 e 2012 consolidou os dados da SDE e do Cade.

Os dados da SDE incorporam também recursos orçamentários destinados ao Programa de Defesa do Consumidor, outra competência da Secretaria que não está diretamente relacionada com a defesa da concorrência. Uma dificuldade encontrada foi o fato dos créditos autorizados para o Programa de Defesa Econômica e da Concorrência

²⁸ O Siga Brasil disponibiliza dados do orçamento federal a partir de 2001.

estarem alocados no Programa de Defesa do Consumidor, impossibilitando o cálculo do percentual de contingenciamento²⁹. Nesse sentido, optou-se por incluir na análise todo o orçamento da SDE de modo que os valores de recursos autorizados do período entre 2001 e 2011 estão superestimados. Entretanto, como se poderá perceber, essa inclusão não afetou as conclusões da análise.

2.2.6 Controle organizacional

A atividade regulatória é intensiva em mão de obra. A capacidade de atuação do Cade está diretamente relacionada com a quantidade e qualidade dos servidores de que dispõe. O Cade não possui carreira própria, de modo que depende do Executivo para a constituição e manutenção do seu quadro de pessoal. Nesse sentido, o governo pode favorecer ou dificultar a disponibilização de servidores, controlando diretamente a capacidade do órgão. Este trabalho analisa a variação do número de servidores do Cade como indicador do controle organizacional exercido pelo governo sobre o Cade.

Os dados utilizados foram obtidos junto aos relatórios de gestão do Cade e da SDE para os anos de 2000 a 2017.

Este capítulo buscou apresentar os procedimentos metodológicos adotados para caracterizar a autonomia formal e autonomia real, de modo a assegurar a transparência e a replicabilidade dos resultados encontrados. Os capítulos seguintes irão apresentar e discutir os resultados encontrados em termos de autonomia formal e real do Cade, antes e depois da mudança na Lei de Defesa da Concorrência. O próximo capítulo apresenta o desenho formal do Cade e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com foco nas características do seu arranjo institucional que tratam da autonomia formal e as mudanças advindas da Lei 12.529/2011.

²⁹ Por razões semelhantes, o orçamento da SEAE não foi incorporado na análise. Além disso, o orçamento da SEAE com atividades de defesa da concorrência era residual, de modo que a sua exclusão não trouxe prejuízos para as conclusões.

CAPÍTULO 3. A AUTONOMIA FORMAL DO CADE E A LEI 12.529/2011

A origem da política de defesa da concorrência no Brasil remonta ao Estado Novo e à previsão na Constituição de 1946 da repressão ao abuso do poder econômico³⁰. A primeira lei antitruste brasileira³¹, entretanto, somente foi promulgada em 1962, quando foi constituído o Cade. Contudo, a eficácia desta Lei foi praticamente nula (Salgado, 1997)³².

A política de defesa da concorrência, instrumento de organização de uma economia de livre mercado, não era compatível com a política de controle de preços adotada no Brasil. O controle de preços contribuiu para organizar uma estrutura de mercado oligopolista, em que os agentes se organizavam por associações para negociação de acordos setoriais. O Estado brasileiro funcionava como um coordenador de cartéis, por meio do controle de preços, do direcionamento de investimentos e das políticas industrial e comercial (Salgado, 2009; Considera e Araújo, 2002).

Já sob uma nova ordem constitucional³³, a política de defesa da concorrência ganhou espaço no Governo Collor, em contexto de reformas liberalizantes, abertura de mercados e de busca pelo controle inflacionário. Na ausência do controle direto de preços, a defesa da concorrência era entendida como instrumento adequado para controle do exercício abusivo do poder de mercado. O biênio 1990/91 foi um período de forte experimentação, marcado pela edição de medidas provisórias, convertidas posteriormente na Lei nº 8.158/1991, que instituiu a função preventiva pelo controle de atos de concentração econômica e criou a Secretaria Nacional e Direito Econômico, mudanças estas consolidadas e implementadas somente com a Lei 8.884/94 (Miola, 2014).

A partir de 1994 o Brasil passa a contar com um marco regulatório moderno de defesa da concorrência (OCDE, 2010). Elaborada a partir de um anteprojeto de autoria do Executivo, a Lei transformou o Cade em autarquia³⁴, conferiu mandato a seus membros e criou instrumentos para uma eficaz implementação de uma política de defesa da concorrência.

³⁰ Para uma história detalhada da política antitruste brasileira, ver Considera e Araújo (2002); Forgioni (2005); Miola (2014); e Todorov e Filho (2012).

³¹ Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do Poder Econômico.

³² Entre 1962 e 1991, foram instaurados pelo Cade 117 processos contra práticas anticompetitivas, dos quais 16 resultaram em condenações. Todas essas condenações, contudo, foram suspensas por decisões judiciais.

³³ A Constituição de 1988, em seu art. 173, § 4º, trouxe o fundamento para a instituição de uma política de defesa da concorrência: “(a) lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

³⁴ Até então o Cade era uma estrutura orgânica do Ministério da Justiça.

O Cade tornou-se autoridade administrativa judicante vinculada ao Ministério da Justiça, com personalidade jurídica própria e autonomia formal. A decisão do Cade passou a ser final na esfera administrativa. Foi criada também uma Procuradoria junto ao Cade, com a função de representar o Conselho perante o Judiciário, único capaz de rever as decisões do Conselho.

O Plenário do Cade é então composto pelo Presidente e seis Conselheiros “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notável saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, indicados pelo Presidente da República e nomeados após aprovação pelo Senado Federal³⁵.” O Presidente e os conselheiros passam a ter mandatos de dois anos, sendo permitida uma recondução. A perda de mandato só pode ocorrer por decisão do Senado Federal provocada pelo Presidente da República, ou por condenação em razão de infrações penais ou administrativas. Além disso, os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas³⁶.

A Lei previa um sistema com atuação de três autoridades independentes entre si, além do Cade, a Secretaria de Direito Econômico - SDE do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda. Estes três órgãos compunham o SBDC.

Os cargos de Secretário da SDE e da SEAE eram de livre nomeação e exoneração do Presidente da República, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. À SDE cabia a abertura e a instrução de processos relativos a infrações à ordem econômica (função repressiva) e a apresentação de pareceres e recomendações aos casos submetidos à decisão do Cade. A SEAE também tinha poderes de investigação em casos de condutas abertas pela SDE. E ambas as secretarias analisavam e submetiam pareceres técnicos ao Cade em atos de concentração. Por fim, o Cade era o responsável por complementar a instrução dos processos realizada pela SDE e pela SEAE e proferir a decisão final na esfera administrativa³⁷.

Este Sistema composto por três autoridades foi considerado ineficiente. As investigações eram consideradas lentas, concentravam recursos na análise de atos de concentração, sendo que grande parte não representava ameaça à concorrência e pouca

³⁵ Art. 4º da Lei 8.884/1994.

³⁶ O Procurador-Geral do Cade também possui mandato, com as mesmas condições do Presidente e dos Conselheiros em relação a indicação e nomeação, duração, recondução e perda do mandato.

³⁷ A partir de 2003, parte do problema de sobreposição de responsabilidades entre a SDE e a SEAE começou a ser resolvido com a divisão de trabalho entre as autoridades. Enquanto a SDE passou a se especializar em casos de carteis e outras condutas, a SEAE concentrou esforços na análise de atos de concentração.

atenção era dedicada à repressão a cartéis (OCDE, 2005 e 2010). Além disso, o mecanismo de controle *a posteriori* de atos de concentração era considerado ineficaz, uma vez que as partes poderiam consumir a operação antes ou durante a análise do ato pelo SBDC, tornando muito difícil a reversão. Nesse sentido, as decisões do Cade não estavam sujeitas a prazos rígidos e não havia incentivos às partes para celeridade dos processos. Com isso, em muitos casos a análise do Cade tomava muito tempo, aumentando a insegurança e dificultando a adoção de remédios para reduzir eventuais danos concorrenciais. A capacidade do Cade de proibir as operações ficava comprometida, por implicar em desfazer um ato já consumado na prática³⁸.

Não obstante as limitações institucionais, a atuação do sistema foi sendo aprimorada ao longo do tempo, a partir de um processo de aprendizagem e evolução institucional (OCDE, 2010). A Lei 8.884/94 passou por três alterações em 1999, 2000 e em 2007, com a criação de novos instrumentos de *enforcement*, como a instituição do programa de Leniência e Acordos e da possibilidade de realização de buscas e apreensões nas sedes das empresas investigadas (OCDE, 2010).

Entretanto, o arranjo institucional do SBDC permaneceu inalterado até a promulgação da Lei 12.529 em novembro de 2011³⁹, resultado de longa tramitação de um projeto de lei enviado pelo Executivo em 2005⁴⁰. O novo arranjo reuniu os três órgãos do Sistema em uma única autoridade, o Cade, unificando as funções de instrução e julgamento em um único órgão⁴¹, mas buscando manter a independência do Tribunal enquanto órgão julgante.

Foi criada a Superintendência-Geral do Cade – SG/Cade, órgão “promotor da concorrência”, que passou a ser responsável pelas atividades de instrução atos de concentração e de investigações relativas a condutas anticoncorrenciais, antes

³⁸ Um exemplo dessa dificuldade é o caso Nestlé-Garoto, rejeitado pelo Cade em 2004, mas que ainda aguarda um desfecho em 2018. A decisão foi judicializada e a operação foi reapreciada 2016.

³⁹ Promulgada em novembro de 2011, a Lei 12.529/2011 entrou em vigor apenas após decorridos 180 dias de sua publicação.

⁴⁰ De acordo com a Exposição de Motivos do Projeto de Lei, a proposta resultou de trabalho iniciado com o Decreto datado de 11 de agosto de 2000, que instituiu Grupo de Trabalho Interministerial para estudar e elaborar proposta para a reestruturação da defesa da concorrência no Brasil. O Grupo de Trabalho foi composto por representantes da Casa Civil da Presidência da República; da SEAE; do Ministério da Justiça (SDE e CADE); do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Em 2007, a aprovação do Projeto de Lei foi inserida no PAC – Programa de Aceleração do Crescimento - como medida institucional de melhoria do ambiente de negócios, o que reforça a motivação de credibilidade por trás da reforma do SBDC.

⁴¹ O Cade incorporou o Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça e o atual CADE e assumiu as funções de instrução processual da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

desempenhadas pela SDE e pela SEAE⁴². Não há hierarquia entre o Superintendente-Geral e o Presidente do Cade. O cargo de Superintendente-Geral possui mandato de dois anos, permitida uma recondução. A nomeação do Superintendente, assim como dos conselheiros e do Procurador-chefe, ocorre pelo Presidente da República após aprovação da indicação pelo Senado.

Foi mantida a composição do Plenário com o Presidente e seis conselheiros, mas a duração dos mandatos do Presidente e dos conselheiros foi alterada de dois para quatro anos, agora sem a possibilidade de recondução. O mandato de dois anos era considerado curto e, combinado com a possibilidade de recondução, era considerado uma das características institucionais que reduziam a autonomia do Cade em relação ao Executivo (Gheventer, 2005; Silva, 2011).

Persiste a exigência de notório saber jurídico ou econômico para a indicação de Conselheiro, Presidente e do Superintendente-Geral do Cade. Esse requisito, previsto desde a Lei 8.884/94, restringe a discricionariedade do Presidente na indicação dos membros do Cade.

A Lei 12.529/11 também limitou o exercício do poder político sobre o Cade ao prever que os mandatos do Presidente e dos conselheiros não serão coincidentes, dificultando que um Presidente indique todos os membros e promova alterações bruscas de preferências do Conselho. Esta exigência não estava prevista na legislação anterior.

No que tange à estrutura administrativa do Cade, a Lei 8.884/94 previa a criação de uma carreira específica para o quadro de pessoal, o que não chegou a ser concretizado no período de vigência da lei. Já a Lei 12.529/11 criou 200 cargos da carreira de Especialista em Políticas Públicas, que não foram ainda providos. Além disso, esta Lei prevê o poder de requisição de servidores de outros órgãos pelo Cade, mas incumbe ao Ministério do Planejamento a definição do quantitativo de servidores do órgão. Deste modo, a Lei 12.529/11 ora traz avanços em termos de autonomia de recursos humanos do Cade, ora traz mecanismos de controle, por exemplo, ao retirar a previsão de carreira

⁴² A SEAE, permaneceu como órgão integrante do SBDC como órgão de promoção da concorrência, passando a ser responsável por atividades, não exclusivas, de advocacia da concorrência relativas à intersecção entre regulação e defesa da concorrência, concentrando-se nas discussões de marcos regulatórios *ex ante* e podendo se manifestar em qualquer caso de concentração econômica ou conduta anticompetitiva. A SEAE opina sobre as normas enviadas pelas agências reguladoras para consulta pública, elabora estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica, e pode propor a revisão de normativos que afetem a livre concorrência, mantendo a competência de formular representação ao CADE. Para o cumprimento de suas atribuições, pode requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas.

específica. Em síntese, o Cade permanece com baixa autonomia para definir sua força de trabalho.

Em termos orçamentários, a Lei 12.529/11 especifica as fontes de receita do Cade, destinando, entre outras, o produto da arrecadação de taxas administrativas do órgão. Entretanto, a proposta orçamentária do Cade está sujeita à aprovação do Ministério da Justiça, do Planejamento e, em última instância, do Congresso Nacional, de modo que o Cade permanece com baixa autonomia orçamentária.

Além disso, outras medidas foram implementadas na Lei de Defesa da Concorrência com o objetivo de fortalecer a capacidade de *enforcement* da legislação. O diagnóstico era o de que

“as principais dificuldades enfrentadas pelo SBDC seriam referentes à reduzida eficiência administrativa e ao elevado custo para o administrado decorrentes da existência de três órgãos distintos, à carência do Sistema no que se refere a recursos materiais e humanos, à ênfase excessiva conferida a atos de concentração, ao controle de concentrações realizado a posteriori e mediante critérios de notificação excessivamente amplos e à dedicação do órgão julgante a todos os casos que dão entrada no Sistema⁴³.”

Nesse sentido, foi instituída a notificação prévia dos atos de concentração, com critérios mais objetivos de notificação e vedação de consumação da operação antes da apreciação pelo Cade, a qual deve acontecer dentro de prazos legais rígidos. Pela regra anterior, as empresas tinham incentivos a atrasar ao máximo a análise do ato de concentração, dificultando a adoção de soluções para eventuais problemas concorrenciais.

A maior parte dos atos de concentração também passou a ser aprovada monocraticamente pelo Superintendente-Geral. Com o novo regramento, o Plenário do Cade apenas aprecia os atos de concentração com parecer da SG/Cade pela rejeição, por iniciativa dos conselheiros ou de uma terceira parte interessada que requeira a revisão de uma decisão da SG/Cade pela aprovação da operação. Dessa forma, apenas os casos de maior complexidade e maior potencial de efeitos concorrenciais negativos, cerca de 5% do total, são analisados de forma colegiada pelo Plenário. Já operações que não trazem grandes preocupações concorrenciais passam a ser analisadas de forma mais célere e autorizadas diretamente pela SG/Cade⁴⁴.

⁴³ Exposição de Motivos [n° 00107-A](#) - MJ/MF/MP.

⁴⁴ Um indicador de que a nova sistemática de revisão dos atos de concentração pelo SBDC tornou-se mais eficaz é o número de atos reprovados pelo Cade. Durante os quase 18 anos de vigência da Lei 8.884/94, apenas um ato de concentração foi rejeitado pelo Cade. Já ao longo mais de cinco anos de aplicação da Lei 12.529/11, nove atos de concentração foram rejeitados pelo órgão antitruste brasileiro.

O diagnóstico era que o sistema conferia “ênfase excessiva” à análise de atos de concentração, prejudicando a repressão a condutas anticompetitivas. Esperava-se que, com a simplificação da atividade preventiva, o Cade poderia dedicar mais esforços e recursos para a sua atuação em casos mais complexos e na repressão a infrações concorrenciais com maior potencial ofensivo à concorrência.

Quanto às alterações relativas à atuação repressiva do Cade, não houve alteração substantiva na tipificação das condutas (Forgioni, 2016). Contudo, a nova Lei reduziu a base de cálculo e das alíquotas das multas aplicadas em decorrência da prática de infrações à ordem econômica, bem como promoveu o aperfeiçoamento das regras sobre Acordos de Leniência e outros acordos, conferindo maior previsibilidade e segurança jurídica para soluções negociadas entre as empresas e o órgão antitruste. A deliberação sobre condutas anticompetitivas permanece com o plenário do Tribunal, cabendo à SG/Cade a instrução processual.

Ambas as Leis, a 8.884/94 e a 12.529/11 trazem as regras sobre o processo administrativo aplicável às decisões do órgão colegiado, como as regras de maioria e quórum mínimo e o voto de qualidade do Presidente do Cade. Nesse sentido, o regramento anterior previa a presença mínima de cinco dos sete conselheiros para deliberação, bem como a decisão por maioria absoluta. A nova Lei prevê a presença mínima de quatro conselheiros, com pelo menos três votantes, além da exigência apenas de maioria simples para deliberação. O voto de qualidade do Presidente previsto na legislação anterior foi mantido.

As mudanças nas regras de decisão parecem estar relacionadas com a existência de prazos fatais para análise dos atos de concentração. Decorrido o prazo máximo (de 240+90 dias) sem deliberação, as operações de aquisição e fusão são consideradas aprovadas tacitamente. Essa alteração minimiza o risco de uma operação ter o prazo de deliberação expirado por falta de quórum, por exemplo, pelo término do mandato sem a indicação de novo conselheiro.

As leis detalham também os processos e procedimentos administrativos, os prazos, as possibilidades de intervenção das partes e do Ministério Público Federal. Prevê também que as representações de comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal junto ao Cade, devem ser obrigatoriamente analisadas, mediante a instauração de inquérito administrativo ou processo administrativo.

De forma resumida, a Lei 12.529/11 promoveu um redesenho institucional, consolidando as competências de três autoridades em uma, com destaque para a criação da Superintendência-Geral no Cade; conferiu maior autonomia formal ao Conselho; e criou procedimentos e mecanismos para aumentar a capacidade *enforcement* do órgão antitruste legislação. O quadro abaixo sintetiza essas mudanças no arranjo institucional do SBDC.

Quadro 5 - Síntese das alterações na autonomia formal do Cade

Arranjo institucional	Lei 8.884/94	Lei 12.529/2011
Previsão de objetivos exclusivamente relacionados com a política de defesa da concorrência	Possibilidade de se considerar legítimos atos de concentração por “motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”.	Não
Regime administrativo	Autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça	Autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça
Previsão explícita de autonomia	Não	Não
Competências para aprovar administrativamente atos de concentração e punir condutas anticompetitivas	Compartilhadas entre Cade, SDE e SEAE	Exclusivas do Cade
Possibilidade de revisão administrativa das decisões	Não	Não
Decisões Colegiadas	Colegiadas pelo Plenário, composto pelo Presidente e 6 Conselheiros, tomadas por maioria, sendo o quórum mínimo de cinco membros.	Colegiadas pelo Presidente e 6 Conselheiros, tomadas por maioria, sendo o quórum mínimo de três membros. Decisões monocráticas do Superintendente, no caso de autorizações de atos de concentração, as quais podem ser embargadas pelo Plenário.
Autoridades com mandato	Presidente Conselheiros Procurador-chefe	Presidente Conselheiros Procurador-chefe Superintendente-Geral
Coincidência dos mandatos	Possibilidade de coincidência	Não coincidentes
Duração dos mandatos	2 anos	4 anos para Presidente e Conselheiros 2 anos para Superintendente-Geral
Possibilidade de recondução	Sim, uma recondução.	Não para Presidente e Conselheiros Sim, uma recondução, para Superintendente-Geral e Procurador-Chefe
Indicação	Presidente da República	Presidente da República

Arranjo institucional	Lei 8.884/94	Lei 12.529/2011
Necessidade de aprovação	Senado Federal	Senado Federal
	Mais de 30 anos	Mais de 30 anos
Requisitos para indicação	Notório saber jurídico ou econômico	Notório saber jurídico ou econômico
	Reputação ilibada	Reputação ilibada
Perda de mandato	Por decisão do Senado Federal, provocada pelo Presidente da República; Por condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade; Pela prática de condutas vedadas pelo art. 6º.	Por decisão do Senado Federal, provocada pelo Presidente da República; Por condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade; Pela prática de condutas vedadas pelo art. 8º. Baixa autonomia. O Cade submete sua proposta orçamentária ao Ministério da Justiça, que encaminha ao Ministério do Planejamento. Proposta orçamentária do Cade contém planejamento plurianual das receitas e despesas para cinco anos. (Art. 29)
Autonomia orçamentária	Baixa autonomia. Proposta orçamentária aprovada pelo Plenário. (art. 7º)	Baixa autonomia Possibilidade de requisitar servidores de outros órgãos do poder público federal. Cria 200 cargos de especialista em políticas públicas. Ato do Ministro do Planejamento fixa o quantitativo ideal de cargos efetivos a serem mantidos no Cade. (art. 121 a 123)
Política de recursos humanos	Baixa autonomia Previsão de projeto de lei disporo sobre quadro de pessoal próprio Possibilidade de requisitar servidores de outros órgãos do poder público federal. (art. 81)	
Estrutura organizacional	Definida em Decreto presidencial.	Definida em Decreto presidencial.
Atividade exclusiva do dirigente	Sim (art. 6º)	Sim (art. 6º)
Análise dos atos de concentração	Posterior	Prévia
Cálculo da multa por infração à ordem econômica	1% a 30% do faturamento no último exercício, excluídos os impostos, e nunca inferior à vantagem auferida, quando quantificável. (Art. 23)	0,1% a 20% do faturamento bruto no exercício anterior à instauração do processo administrativo no ramo de atividade em que ocorreu a infração, e nunca inferior à vantagem auferida, quando possível sua estimação. (art. 37, I)

Fonte: Lei 8.884/94 e Lei 12.529/2011. Elaboração própria

A trajetória de evolução do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e os esforços para aprovação e implementação da Lei 12.529/2011 têm sido reconhecidos nacional e internacionalmente (López-Galdos e Kovacic, 2016). Nesse sentido, o Cade foi considerado por quatro vezes (2010, 2014, 2016 e 2017) pela revista britânica *Global Competition Review* como a melhor agência antitruste das américas, classificada como uma autoridade “quatro estrelas” de um máximo de cinco, no ranking da publicação. Em 2001,

o Cade foi considerado a última agência dentre as analisadas no ranking, com apenas “uma estrela”.

4.1 Análise Comparativa da Autonomia Formal do Cade

Apresentadas as características principais e mudanças do desenho institucional do Cade e sua evolução recente, especialmente em relação a sua autonomia formal em relação ao governo, é pertinente analisar a autonomia formal do Cade tomando-se por referência outras agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência de outras jurisdições. Em termos estatutários, o Cade se tornou mais autônomo em relação ao governo, mas quão autônomo? Um exercício de comparação permite obter uma dimensão mais apropriada da mudança na autonomia formal do Cade.

Como apresentado, a principal forma de mensurar a autonomia das agências ocorre pela construção de índices e indicadores, que possibilitam a comparação entre um grande número de agências, de diversos setores e países.

A análise comparada da autonomia formal do Cade adota como parâmetro os trabalhos de Gilardi (2005) para uma comparação internacional e nacional que possui o índice de mensuração da autonomia formal mais citado e replicado na literatura sobre autonomia de agências reguladoras (Eckert, 2010; Hanretty e Koop, 2009; Jordana e Ramió, 2010; Gilardi e Maggetti, 2011; Silva, 2012)⁴⁵. Além disso, foi utilizado o indicador proposto por Silva (2012) para aprofundar a análise comparada do Cade, antes de depois da reforma, com as agências reguladoras no Brasil.

Inspirado na literatura que mensura a independência dos bancos centrais, Gilardi (2005) propõe um índice composto por 21 indicadores organizados em cinco dimensões: (a) status do dirigente máximo da agência; (b) status dos demais membros da direção colegiada; (c) relacionamento com o governo e com o parlamento; (d) autonomia financeira e organizacional; (e) competências regulatórias.

Em relação ao status do presidente da agência e dos demais diretores, os indicadores referem-se às regras quanto ao tempo de mandato, à possibilidade de recondução, à forma de indicação e à possibilidade de demissão. Por exemplo, uma agência é mais independente quanto maior for o seu mandato de seus dirigentes, se não

⁴⁵ Mesmo trabalhos que analisam a autonomia formal especificamente de agências de defesa da concorrência (Voigt, 2009; Ma, 2010) consideram características estatutárias previstas no índice de Gilardi.

houver possibilidade de recondução, se a nomeação do dirigente deve ocorrer após indicação do executivo e aprovação pelo legislativo e se não puder ser dispensado antes do final do mandato. Por outro lado, uma agência é menos independente se os dirigentes tiverem mandatos curtos, se puderem ser reconduzidos ao cargo por seguidas vezes, se a nomeação ocorrer por apenas um ministro e se puderem ser demitidos a qualquer momento sem maiores constrangimentos.

A dimensão relacionamento com o governo e com o parlamento congrega indicadores que mensuram se a independência está prevista formalmente no ato de criação da agência, as obrigações da agência perante o governo e o parlamento, assim como a possibilidade de revisão de suas decisões.

Quanto à autonomia financeira e organizacional, os indicadores buscam mensurar a capacidade da agência de se auto organizar, de gerir a sua política de recursos humanos e de financiar suas atividades, sem interferência do governo.

Por fim, a dimensão competência regulatória é composta por um único indicador que identifica se a agência possui autoridade exclusiva sobre o seu domínio de atuação ou se a compartilha com outro órgão ou autoridade.

Tabela 1 - Índice de autonomia formal (Gilardi, 2002, 2009) e autonomia do Cade, antes de depois da Lei 12.529/2011

Dimensões e Indicadores	Codificação	Cade 1994-2012	Cade 2012 -
A. Status do dirigente máximo da agência	Peso 0,2	0,52	0,64
A.1 Tempo de mandato			
Mais de 8 anos	1,00		
Entre 6 e 8 anos	0,80		
5 anos	0,60		
4 anos	0,40		0,40
Mandato fixo menor do que 4 anos ou com duração discricionária a critério de quem indica	0,20	0,20	
Sem mandato fixo	0,00		
A.2 Quem indica o dirigente máximo?			
Membros do conselho de administração	1,00		
Um conjunto de membros do parlamento e do governo	0,75	0,75	0,75
Parlamento	0,50		
Decisão colegiada do governo	0,25		
Um ou dois ministros	0,00		

Dimensões e Indicadores	Codificação	Cade 1994-2012	Cade 2012 -
A.3 Demissão			
Impossível	1,00		
Possível, mas somente por razões que não dizem respeito à política	0,67	0,67	0,67
Não há regras específicas para demissão	0,33		
Possível, conforme discricionariedade de quem indicou	0,00		
A.4 Acumulação de cargos no governo			
Não é possível	1,00	1,00	1,00
Possível, mediante autorização do governo	0,50		
é possível ou não há regras específicas	0,00		
A.5 Mandato é renovável?			
Não	1,00		1,00
Sim, uma única vez	0,50	0,50	
Sim, mais de uma vez	0,00		
A.6 Independência é um requisito formal para indicação?			
Sim	1,00		
Não	0,00	0,00	0,00
<hr/>			
B. Status dos membros do conselho	0,20	0,52	0,64
B.1 Tempo de mandato			
Mais de 8 anos	1,00		
Entre 6 e 8 anos	0,80		
5 anos	0,60		
4 anos	0,40		0,40
mandato fixo menor do que 4 anos ou com duração discricionária a critério de quem indica	0,20	0,20	
sem mandato fixo	0,00		
B.2 Quem indica os membros do conselho			
Membros do conselho de administração	1,00		
Um conjunto de membros do parlamento e do governo	0,75	0,75	0,75
Parlamento	0,50		
Decisão colegiada do governo	0,25		
Um ou dois ministros	0,00		
B.3 Demissão			
Impossível	1,00		
Possível, mas somente por razões que não dizem respeito à política	0,67	0,67	0,67
Não há regras específicas para demissão	0,33		
Possível, conforme discricionariedade de quem indicou	0,00		
B.4 Acumulação de cargos no governo			

Dimensões e Indicadores	Codificação	Cade 1994-2012	Cade 2012 -
Não é possível	1,00	1,00	1,00
Possível, mediante autorização do governo	0,50		
é possível ou não há regras específicas	0,00		
B.5 Mandato é renovável?	1,00		
Não			1,00
Sim, uma única vez	0,50	0,50	
Sim, mais de uma vez	0,00		
B.6 Independência é um requisito formal para indicação?			
Sim	1,00		
Não	0,00	0,00	0,00
C. Relação com o governo e a agência	0,20	0,59	0,59
C.1 Independência da agência está prevista formalmente?			
Sim	1,00		
Não	0,00	0,00	0,00
C.2 Quais são as obrigações formais da agência para com o governo?			
Não existem obrigações	1,00		
Apenas apresentação de um relatório anual	0,67	0,67	0,67
Relatório anual precisa ser aprovado	0,33		
A agência é totalmente <i>accountable</i> ao governo	0,00		
C.3 Quais são as obrigações formais da agência para com o legislativo?			
Não existem obrigações	1,00		
Apenas apresentação de um relatório anual	0,67	0,67	0,67
Relatório anual precisa ser aprovado	0,33		
A agência é totalmente <i>accountable</i> ao legislativo	0,00		
C.4 Que órgão, além do judiciário, pode rever as decisões da agência?			
Nenhum	1,00	1,00	1,00
Um órgão especializado	0,67		
O governo, com qualificações	0,33		
O governo, sem condições	0,00		
D. Autonomia financeira e organizacional		0,33	0,33
D.1 Qual a fonte do orçamento da agência?			
Multas aplicadas à indústria regulada	1,00		
Multas aplicadas à indústria regulada e orçamento do governo	0,50		
Orçamento do governo	0,00	0,00	0,00

Dimensões e Indicadores	Codificação	Cade 1994-2012	Cade 2012 -
D.2 Como o orçamento é controlado?			
Pela agência	1,00		
Pelo tribunal de contas ou pelo judiciário	0,67		
Pela agência e pelo governo	0,33	0,33	0,33
Pelo governo apenas	0,00		
D.3 Que órgão decide pela organização interna da agência			
A agência	1,00		
A agência e o governo	0,50	0,50	0,50
O governo	0,00		
D.4 Que órgão está a cargo da política de pessoal da agência?			
A agência	1,00		
A agência e o governo	0,50	0,50	0,50
O governo	0,00		
E. Competências regulatórias	0,20	0,25	1,00
E.1 Que órgão é competente para a regulação no seu domínio?			
A agência apenas	1,00		1,00
Agência e outra autoridade independente	0,75		
A agência e o parlamento	0,50		
A agência e o governo	0,25	0,25	
A agência possui apenas competências de consultoria	0,00		
Total		0,44	0,64

Fonte: Gilardi, 2007 e Brasil, 1994 e 2011. Elaboração Própria

Como se pode verificar, as alterações na estrutura do Cade resultaram em um aumento relevante em sua autonomia formal de 0,44 para 0,64. O aumento da autonomia ocorreu em três das cinco dimensões, o status do Presidente e dos Conselheiros, assim como nas competências regulatórias, decorrente do aumento do tempo de mandato do Presidente e dos demais conselheiros de dois para quatro anos, do fim da recondução e da unificação dos órgãos de instrução e julgamento, tornando exclusiva a competência antitruste do Cade.

Não houve alterações nas dimensões que tratam da relação com o governo e da autonomia financeira e organizacional. A autonomia do Cade em relação ao Executivo não está prevista formalmente, da mesma forma como ocorria na legislação anterior. A relação formal da agência com o governo continua semelhante, apesar de agora o Conselho unificar competências antes compartilhadas com outros dois órgãos do Executivo. O Cade,

apesar de contar com receitas próprias, continua com a organização orçamentária vinculada ao OGU, não possui uma carreira própria de servidores e sua estrutura administrativa é definida por Decreto presidencial.

Como apresentado, as leis 8.884/94 e 12.529/11 não preveem explicitamente que o Cade é um órgão autônomo e que os indicados para compor o Tribunal sejam independentes do ponto de vista partidário. Contudo, os estatutos impedem o exercício de outras atividades⁴⁶ ao longo do mandato, inclusive as político-partidárias.

Como o índice proposto por Gilardi (2005) é de simples operacionalização e trata apenas dos aspectos formais da independência, é possível traçar uma comparação entre o Cade e as demais autoridades europeias de defesa da concorrência, conforme a tabela 2 e gráfico 1.

Tabela 2 - Índice de autonomia formal das agências de defesa da concorrência na Europa e no Brasil⁴⁷

País/ Dimensão	A. Status do dirigente máximo da agência	B. Status dos membros do conselho	C. Relação com o governo e a agência	D. Autonomia financeira e organizacional	E. Competências regulatórias	Total
Bélgica	0,48	0,31	0,67	0,50	0,25	0,44
Dinamarca	0,18	0,06	0,50	0,75	0,50	0,40
Finlândia	0,29	0,42	0,75	0,63	0,25	0,47
França	0,51	0,34	0,92	0,63	0,25	0,53
Alemanha	0,26	0,26	0,67	0,00	0,75	0,39
Irlanda	0,38	0,55	0,67	0,25	0,25	0,42
Holanda	0,35	0,18	0,25	0,50	1,00	0,46
Noruega	0,43	-	0,25	0,63	0,25	0,39
Portugal	0,20	0,20	0,33	0,38	0,25	0,27
Espanha	0,50	0,50	0,83	0,63	0,25	0,54
Suécia	0,34	0,32	0,75	0,63	0,00	0,41
Suíça	0,50	0,33	0,67	0,50	0,25	0,45
Brasil 94-2012	0,52	0,52	0,59	0,33	0,25	0,44
Brasil 2012-	0,64	0,64	0,59	0,33	1,00	0,64
Média Países Europeus	0,36	0,31	0,60	0,50	0,36	0,43

Fonte: Gilardi, 2007 e Leis 8.884/94 e 12.529/11. Elaboração Própria.

Como se pode verificar, o Cade apresenta altos níveis de autonomia na comparação com os seus pares na Europa, mesmo se considerada a sua configuração institucional anterior. O Cade (94-2012) possuía autonomia formal superior à média (0,43)

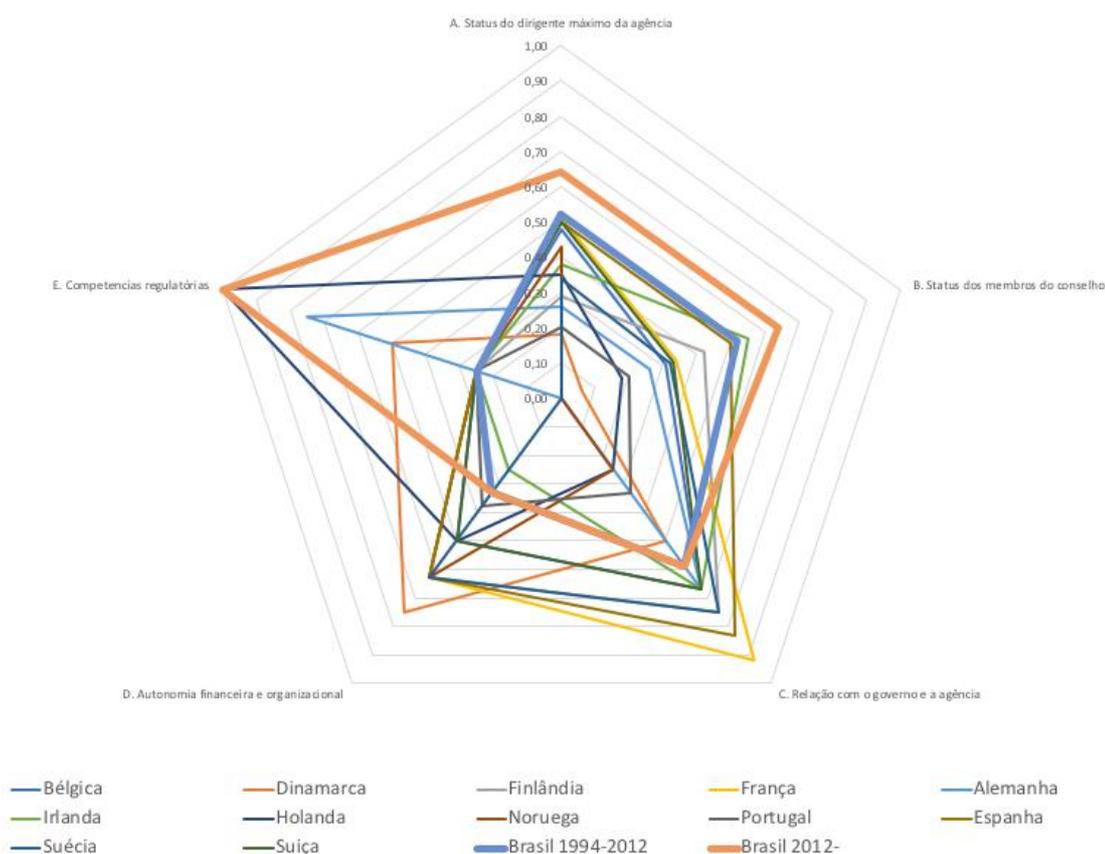
⁴⁶ Salvo as acumulações previstas constitucionalmente, como o exercício do magistério.

⁴⁷ Gilardi (2002, 2005 e 2009) não apresenta dados de autonomia formal para Áustria, Grécia, Itália, Luxemburgo e Reino Unido por estas jurisdições não contarem à época da análise com agências independentes de defesa da concorrência.

das demais autoridades de defesa da concorrência europeias. Já o Cade em sua organização mais recente apresenta níveis de autonomia formal (0,64) substantivamente superiores aos das agências Europeias.

Em ambas as configurações, o Cade apresenta níveis de autonomia financeira e organizacional (0,33) inferiores aos de quase todas as demais agências europeias, sendo superior apenas à agência alemã e irlandesa. Assim, a forte autonomia formal do Cade pode ser explicada especialmente pelo status de seus dirigentes, pela relação formal com os poderes executivo e legislativo, bem como pela impossibilidade de revisão administrativa de suas decisões.

Gráfico 1- Índice de autonomia formal das agências de defesa da concorrência na Europa e no Brasil



Fonte: Gilardi, 2007 e Leis 8.884/94 e 12.529/11. Elaboração Própria.

A reforma institucional manteve inalterados os elementos de menor autonomia formal do Cade, que são as dimensões que tratam da relação do governo com a agência e da autonomia financeira e organizacional.

É imperativo destacar, contudo, que parte da diferença nos níveis de autonomia identificados possa decorrer da forma de coleta dos dados e enquadramento dos

indicadores. O índice de Gilardi, embora concebido para ser operacionalizado a partir de uma análise documental, por razões de conveniência e diversidade linguística, fora operacionalizado por meio de *surveys* respondidos por autoridades das próprias agências. Adicionalmente, como o índice apresenta níveis diferentes de autonomia em muitos indicadores, o enquadramento do estatuto da agência em cada um dos itens pode não ser incontroverso.

Ainda assim, mesmo considerando um possível viés decorrente da operacionalização dos indicadores, parece razoável entender que o grau de autonomia formal de que dispõe o Cade a partir de 2012 é substantivamente alto se comparado ao das autoridades europeias de defesa da concorrência.

Para confirmar esse entendimento de que a autonomia formal do Cade aumentou de forma considerável, é válido também proceder a uma comparação entre o Cade e as demais agências reguladoras no Brasil. Novamente, o índice de Gilardi se mostra útil para comparar o Cade com outras agências em diferentes setores e domínios de atuação. Os dados são apresentados na tabela 3 e gráfico 2.

A partir dos dados do indicador de autonomia formal (Gilardi, 2002, 2009) operacionalizado para as agências reguladoras brasileiras, verifica-se que a configuração institucional atual do Cade é semelhante à média da autonomia formal das agências reguladoras que atuam em setores de infraestrutura (0,64). A agência formalmente mais autônoma é a Comissão de Valores Mobiliários, CVM, cujo índice é de 0,73 e a agência com a menor autonomia estatutária é a Ancine (0,41), cujo índice é igual ao Cade em seu desenho institucional anterior.

Dessa forma, percebe-se que a autonomia das agências no Brasil é superior à das agências antitruste na Europa, cujo índice médio 0,43 é inferior ao da agência menos formal no Brasil. Este resultado está em linha com os achados de Machado et. al. (2008), segundo os quais as agências reguladoras brasileiras estão entre as mais autônomas do mundo.

Verifica-se também que o nível geral de autonomia formal das agências brasileiras que atuam na regulação econômica é superior ao das agências de regulação social, o que condiz com a previsão de que a autonomia é importante para assegurar credibilidade regulatória, elemento importante em determinados domínios de políticas, especialmente o econômico e de infraestrutura.

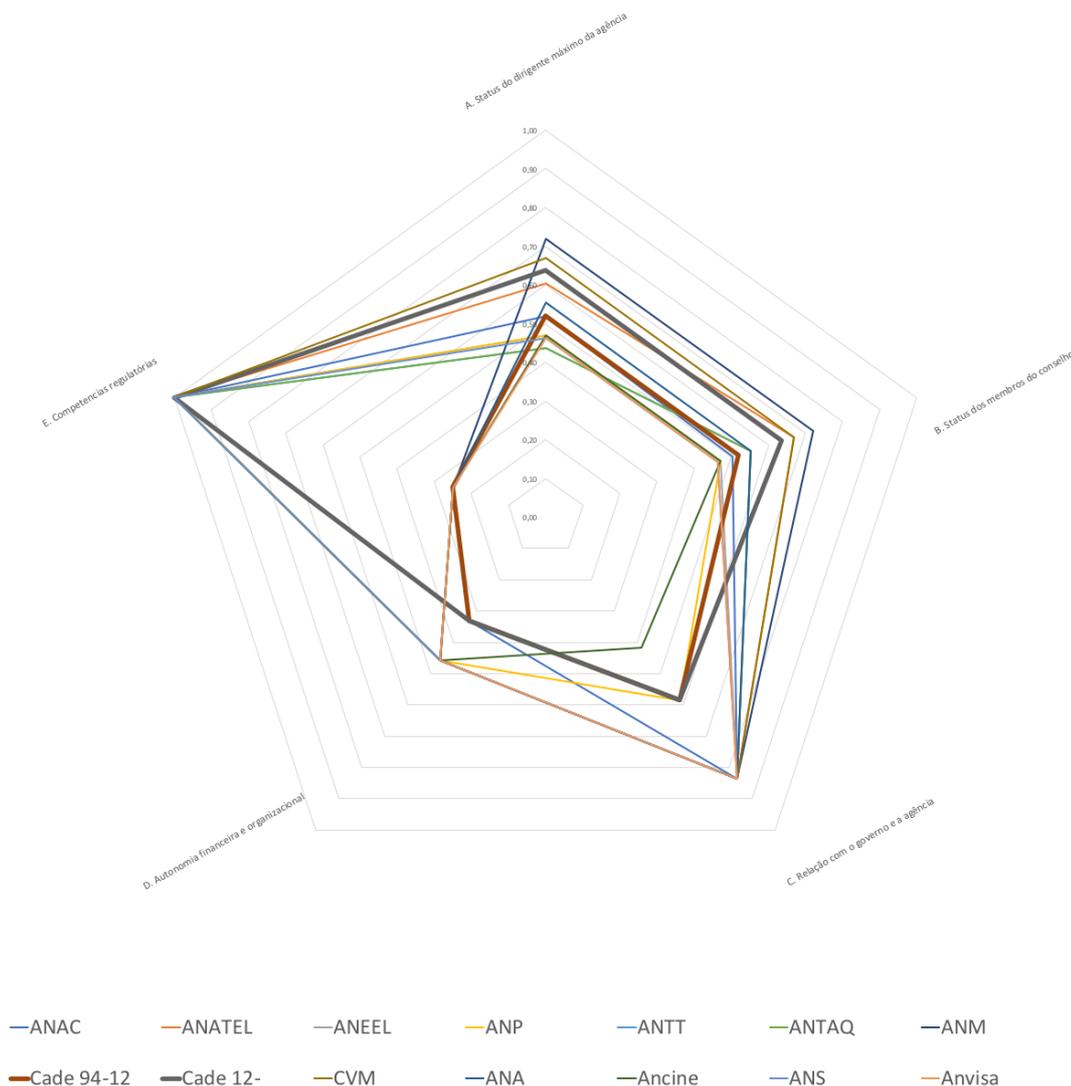
Tabela 3 - Índice de autonomia formal das agências reguladoras no Brasil, 2018.

	Regulação Econômica – Infraestrutura (média 0,64)							Regulação Econômica (média 0,68)			Regulação Social (média 0,53)			
	Anac	Anatel	Aneel	ANP	ANTT	Antaq	ANM	Cade 94-12	Cade 12-	CVM	Ana	Ancine	ANS	Anvisa
Índice de autonomia formal (Gilardi, 2009)	0,64	0,71	0,65	0,60	0,66	0,66	0,60	0,44	0,64	0,73	0,53	0,41	0,64	0,49
A. Status do dirigente máximo da agência.	0,52	0,60	0,47	0,47	0,44	0,44	0,72	0,69	0,80	0,67	0,55	0,47	0,63	0,63
A.1 Tempo de mandato	0,20	0,20	0,40	0,40	0,20	0,20	0,40	0,20	0,40	0,60	0,40	0,40	0,2	0,2
A.2 Quem indica o dirigente máximo?	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75
A.3 Demissão	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,33	0,33
A.4 Acumulação de cargos no governo	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00
A.5 Mandato é renovável?	0,50	1,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,50	0,50	1,00	1,00	0,50	0,00	0,5	0,5
A.6 Independência é um requisito formal para indicação?	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	1,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
B. Status dos membros do Conselho.	0,50	0,67	0,47	0,47	0,55	0,55	0,72	0,69	0,80	0,67	0,55	0,47	0,63	0,46
B.1 Tempo de mandato	0,60	0,60	0,40	0,40	0,40	0,40	0,40	0,20	0,40	0,60	0,40	0,40	0,2	0,2
B.2 Quem indica os membros do conselho	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75
B.3 Demissão	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,33	0,33
B.4 Acumulação de cargos no governo	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00
B.5 Mandato é renovável?	0,00	1,00	0,00	0,00	0,50	0,50	0,50	0,50	1,00	1,00	0,50	0,00	0,50	0,50
B.6 Independência é um requisito formal para indicação?	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	1,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
C. Relação com o governo e a agência.	0,84	0,84	0,59	0,84	0,84	0,84	0,84	0,59	0,59	0,84	0,84	0,42	0,84	0,84
C.1 Independência da agência está prevista formalmente?	1,00	1,00	1,00	0,00	1,00	1,00	1,00	0,00	0,00	1,00	1,00	0,00	1,00	1,00

	Regulação Econômica – Infraestrutura (média 0,64)							Regulação Econômica (média 0,68)			Regulação Social (média 0,53)			
	Anac	Anatel	Aneel	ANP	ANTT	Antaq	ANM	Cade 94-12	Cade 12-	CVM	Ana	Ancine	ANS	Anvisa
C.2 Quais são as obrigações formais da agência para com o governo?	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67
C.3 Quais são as obrigações formais da agência para com o legislativo?	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67	0,67
C.4 Que órgão, além do judiciário, pode rever as decisões da agência?	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	0,33	1,00	1,00
D. Autonomia financeira e organizacional	0,33	0,46	0,46	0,46	0,46	0,46	0,46	0,33	0,33	0,46	0,46	0,46	0,46	0,46
D.1 Qual a fonte do orçamento da agência?	0,00	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,00	0,00	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50
D.2 Como o orçamento é controlado?	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33	0,33
D.3 Que órgão decide pela organização interna da agência	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50
D.4 Que órgão está a cargo da política de pessoal da agência?	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50
E. Competências regulatórias	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	0,25	0,25	1,00	1,00	0,25	0,25	1,00	0,25
E.1 Que órgão é competente para a regulação no seu domínio?	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	0,25	0,25	1,00	1,00	0,25	0,25	1,00	0,25

Fonte: Gilardi, 2007; Leis 6.385/1976, 8.884/1994, 9.427/1996, 9.472/1997, 9.478/1997, 9.782/1999; 9.961/2000, 9.984/2000, 9.986/2000, MP 2.228-1/2001, 10.233/2001, 11.182/2005, 12.529/2011, 13.575/2017; e Decretos nº 2.445/98, 2.338/97, 3.327/2000, 3.692/2000, 8.283/2014, 9.406/2018. Elaboração própria.

Gráfico 2 - Índice de autonomia formal das agências reguladoras no Brasil, 2018



Fonte: Gilardi, 2007; Leis 6.385/1976, 8.884/1994, 9.427/1996, 9.472/1997, 9.478/1997, 9.782/1999; 9.961/2000, 9.984/2000, 9.986/2000, MP 2.228-1/2001, 10.233/2001, 11.182/2005, 12.529/2011, 13.575/2017; e Decretos nº 2.445/98, 2.338/97, 3.327/2000, 3.692/2000, 8.283/2014, 9.406/2018. Elaboração própria.

A necessidade de autonomia para assegurar compromissos críveis prevê também que a necessidade de autonomia em setores de infraestrutura seja superior ao de outros domínios da regulação econômica que não envolvem grandes investimentos em ativos específicos (Gilardi, 2009). Nesse sentido, era esperado que o grau de autonomia formal fosse superior nas agências que atuam em setores de infraestrutura do que nas demais agências de regulação econômica (Cade e CVM). Entretanto, o que se verifica é que o grau de autonomia formal atual do Cade é semelhante ao das agências de infraestrutura e a CVM desponta como a agência que possui o maior grau de autonomia.

Este resultado, entretanto, não nos permite afastar a validade da necessidade de credibilidade como explicação para o grau das agências reguladoras no Brasil, especialmente, por ser uma exceção baseada especialmente em um único caso.

É possível verificar também que não há variação significativa em grande parte dos indicadores e dimensões do índice de autonomia formal de Gilardi para as agências reguladoras no Brasil. No caso da comparação entre as agências europeias, o resultado encontrado por Gilardi (2007) foi de grande heterogeneidade na autonomia entre setores e entre países. Nesse sentido, é possível questionar se o indicador proposto por Gilardi seria o mais adequado para comparar a autonomia formal entre as agências reguladoras no Brasil.

Como o regime administrativo de praticamente todas as agências é semelhante – autarquia em regime especial – os indicadores sobre a relação da agência com o governo e sobre autonomia financeira e organizacional tendem a apresentar resultados homogêneos para os órgãos brasileiros.

Além disso, as regras sobre o status dos dirigentes e do Presidente das agências é praticamente o mesmo para grande parte das agências no Brasil, de modo que o índice de Gilardi acaba por conferir um duplo peso a esses indicadores. Além disso, ao atribuir valores a cada um dos indicadores e também às dimensões, ainda que valores com pesos semelhantes, a agregação de todos os indicadores em uma única variável pode conter distorções, por exemplo, decorrente do número de indicadores em uma dimensão.

O índice de Gilardi é criticado por Hanretty e Koop (2012) em função da inclusão de uma dimensão que envolve as competências regulatórias, aspecto da governança regulatória extrapola o conceito estrito de autonomia. Ainda, ao operacionalizar o indicador para as agências brasileiras, observou-se a mesma dificuldade apontada por Silva (2012) segundo a qual os itens-resposta do indicador não são de claro enquadramento. Apesar disso, o indicador de mensuração da autonomia formal de Gilardi é o mais difundido na literatura.

Com o intuito de aprimorar a mensuração da autonomia formal das agências no Brasil, Mariana Silva (2012) propôs um indicador mais simples e específico para mensurar a autonomia formal das agências reguladoras brasileiras. O objetivo da autora é reduzir a quantidade de erro e arbitrariedade na análise da autonomia dentro de agências em um único país, o Brasil. A redução da complexidade do indicador não resulta em prejuízo na qualidade das informações, uma vez que as agências brasileiras foram constituídas de forma relativamente homogêneas.

Assim como outros trabalhos que investigam a autonomia das agências no Brasil, Silva (2012) não inclui o Cade nem a CVM entre os órgãos que são objeto de análise⁴⁸. Assim, a utilização do índice proposto por Silva (2012) confere uma oportunidade para aperfeiçoar a análise da autonomia formal do Cade em face das outras agências.

O indicador proposto por Silva (2012) é composto por 10 variáveis, sendo atribuído o valor 0 quando a variável indica menos autonomia e 1 quando indica maior autonomia. Em duas variáveis, pode ser atribuído também o valor intermediário de 0,5. O valor final do indicador de autonomia formal é obtido pela soma dos valores atribuídos a cada variável, conforme apresentado na tabela 4.

Tabela 4 - Indicador de autonomia formal do Cade (Silva, 2010, 2012)

Variável	Descrição	Codificação	Cade 1994-2012	Cade 2012-
Mandato	O mandato dos diretores é superior ou igual a quatro anos?	1 (sim); 0,5 (< quatro anos); 0 (sem mandato fixo)	0,5	1,0
Indicação	A indicação dos diretores é compartilhada?	1 (sim); 0 (não)	1,0	1,0
Demissão	A demissão é apenas possível com sentença?	1 (sim); 0,5 (início do mandato); 0 (sem mandato)	1,0	1,0
Recondução	A recondução é proibida?	1 (sim); 0 (não)	0,0	1,0
Expertise	É necessário que os diretores possuam conhecimento específico na área de regulação?	1 (sim); 0 (não)	1,0	1,0
Autorização	A agência toma decisões sem a necessidade de autorização do governo?	1 (sim); 0 (não)	1,0	1,0
Revisão	As decisões da agência são passíveis de revisão apenas no Judiciário?	1 (sim); 0 (não)	1,0	1,0
Recursos	O orçamento é definido pela própria agência?	1 (sim); 0 (não)	0,0	0,0
Pessoal	A agência tem o comando da sua política de pessoal?	1 (sim); 0 (não)	0,0	0,0
Procedimentos	Os procedimentos da agência só podem ser modificados com anuência do Legislativo?	1 (sim); 0 (não)	0,0	0,0
Total			5,5	7,0

Fonte: Silva, 2012; Lei 8.884/1994 e Lei 12.529/2011. Elaboração própria.

As cinco primeiras variáveis do indicador proposto por Silva (2012) dizem respeito aos dirigentes da agência, que correspondem às duas primeiras dimensões do

⁴⁸ A ANM, criada em 2018, também não constava da análise.

indicador de Gilardi (2007). Quanto maior o mandato dos dirigentes, maior a independência da agência. O parâmetro de quatro anos é estabelecido tendo em vista a duração do mandato presidencial.

O processo de indicação dos dirigentes também é relevante. A agência é mais independente quando a nomeação do dirigente pelo Presidente depende de aprovação pelo Legislativo. No desenho institucional das agências no Brasil, todas elas atendem a este requisito, sendo a nomeação dos dirigentes apreciadas pelo Senado Federal.

Outra variável considerada é a “possibilidade de demissão”. Se a dispensa do dirigente da agência puder ocorrer a critério do Presidente, a agência será pouco autônoma. Por outro lado, a agência será mais autônoma se a demissão antes do término do mandato não for discricionária e puder ocorrer apenas por sentença judicial transitada em julgado. Uma posição intermediária se dá quando há possibilidade de demissão discricionária em um período de testes após a nomeação (até quatro meses), previsto no desenho de algumas agências.

Também a agência é formalmente mais autônoma quando o mandato não é renovável, uma vez que a perspectiva de renovação pode induzir a atuação do dirigente na intenção de se manter no cargo. Nesse sentido, algumas agências proíbem a recondução, outras permitem uma única recondução e há também aquelas permitem sucessivas reconduções. O indicador diferencia apenas se há ou não a possibilidade de recondução.

A variável “expertise”⁴⁹ corresponde ao requisito de qualificação técnica no campo de atuação da agência para indicação do dirigente. Como coloca Silva (2012), a indicação de um dirigente de uma agência reguladora sempre tem um caráter político, mas a falta de expertise e experiência na área indicam que a escolha do dirigente fora pautada principalmente por elementos de fidelidade e ligação política com quem o indicou, reduzindo a autonomia da agência. No caso brasileiro, a legislação que disciplina a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e prevê a necessidade de expertise para as indicações⁵⁰. As agências que não estão abarcadas por esta lei (Cade e CVM) possuem

⁴⁹ O termo utilizado originalmente por Silva (2012) é experiência, mas como a descrição do indicador e o critério utilizado pela autora não tratam especificamente de experiência, mas de conhecimentos técnicos na área, optou-se por proceder um ajuste no nome do indicador.

⁵⁰ Lei 9.986/2000, art. 5º *O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, **formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados**, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal (grifo do autor).*

requisitos específicos de conhecimentos técnicos, de modo que todas as agências brasileiras atendem a esta variável de independência formal.

A variável “autorização” busca capturar se a agência necessita da autorização do executivo para expedir seus regulamentos. A necessidade de anuência do executivo é indicador de baixa autonomia formal da agência. Já a variável “revisão” se refere à possibilidade de revisão das decisões da agência. A agência tem maior autonomia formal se tem a palavra final em matéria administrativa e suas decisões são passíveis de revisão apenas pelo poder judiciário. De outra forma, se as decisões da agência puderem ser revistas pelo Executivo, ela possui menor autonomia formal.

As variáveis “recursos” e “pessoal”, tratam da capacidade da agência de definir e implementar autonomamente seu orçamento e sua política de recursos humanos. No quesito orçamento, todas as agências no Brasil apresentam baixa autonomia. Tanto a definição do orçamento quanto os seus limites de execução estão submetidos aos órgãos centrais de administração orçamentária e financeira e não raro as agências são submetidas a contingenciamentos orçamentários (Prado, 2016; Silva, 2012).

Já em relação à política de pessoal, todas as agências possuem carreira própria à exceção do Cade. O quantitativo de cargos das agências é definido em lei, mas a Lei 9.986/2000 franqueia a elas o poder de alterar os quantitativos de cargos comissionados, desde que não acarrete aumento de despesas. Esta Lei não se aplica ao Cade, sendo menos autônomo do que as demais agências neste indicador, tanto antes quanto depois da Lei 12.529/2011.

Por fim, o último indicador trata da possibilidade de alteração dos procedimentos da agência. Se os procedimentos forem definidos em lei, a agência é mais autônoma. Neste aspecto, todas as agências brasileiras possuem, ao menos em parte, procedimentos definidos por decreto presidencial ou em regimentos definidos internamente.

A tabela 5 foi elaborada a partir do trabalho de Silva (2012), revisitando-se as leis e decretos vigentes em junho de 2018. A mensuração original de Silva (2012) não contemplava o Cade, a CVM e a Agência Nacional de Mineração - AMN.

Os dados da tabela 5 e do gráfico 3 também permitem verificar que a autonomia do Cade aumentou substantivamente com a reforma empreendida pela Lei 12.529/2011. O Cade passou de uma das agências menos autônomas (5,5) para uma das mais autônomas (7,0), ficando atrás apenas da CVM (8,0) e ao lado da Anatel (7,0) e da ANP (7,0).

O Cade se diferencia das demais agências no Brasil por ser a única que não está constituída formalmente sob a forma de autarquia em regime especial. Contudo, o Cade é

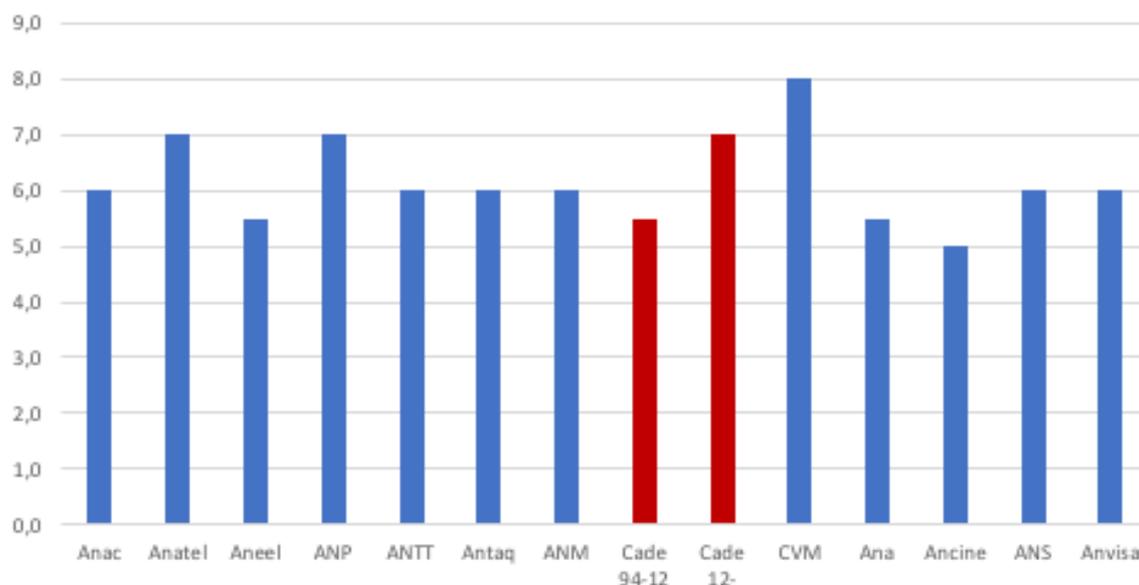
uma autarquia possui todos os demais atribuídos conferidos às autarquias em regime especial como a existência de mandato para seus dirigentes e ausência de vinculação hierárquica.

Mesmo após a Lei 12.529/2011, o Cade continua sem uma carreira própria, sendo previsto que o seu quadro seja composto por servidores da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, do Ministério do Planejamento.

Nesse sentido, as mudanças ocorridas no Cade capturadas pelo indicador de Silva (2012) e que aumentaram a autonomia formal referem-se ao aumento do tempo de mandato e ao fim da possibilidade de recondução. O Cade, a CVM e a ANM são as únicas agências em que não há possibilidade de recondução.

O índice de Silva (2012) também confirma que as agências de regulação são formalmente mais autônomas do que as agências de regulação social. Entretanto, também neste índice a CVM, agência que regula o mercado de capitais e não um setor de infraestrutura, é a que apresentou maior autonomia. A autonomia formal do Cade se revelou semelhante à das mais agências mais autônomas de infraestrutura. Assim, verifica-se que credibilidade foi um elemento importante no desenho das agências no Brasil, porém que elementos específicos da regulação horizontal também podem ter influenciado a maior autonomia dessas agências em relação às de infraestrutura.

Gráfico 3- Autonomia formal das agências reguladoras no Brasil



Fonte: Silva, 2012. Leis 6.385/1976, 8.884/1994, 9.427/1996, 9.472/1997, 9.478/1997, 9.782/1999; 9.961/2000, 9.984/2000, 9.986/2000, MP 2.228-1/2001, 10.233/2001, 11.182/2005, 12.529/2011, 13.575/2017; Decretos nº 2.445/98, 2.338/97, 3.327/2000, 3.692/2000, 8.283/2014, 9.406/2018. Elaboração própria.

Tabela 5 - Autonomia formal das agências reguladoras no Brasil

Variável	Descrição	Infraestrutura (média 6,3)							Econômico (média 7,5)			Social (média 5,6)			
		Anac	Anatel	Aneel	ANP	ANTT	Antaq	ANM	Cade 94-12	Cade 12-	CVM	Ana	Ancine	ANS	Anvisa
	Total	6,0	7,0	6,0	7,0	6,0	6,0	6,0	5,5	7,0	8,0	5,5	5,0	6,0	6,0
1. Mandato	O mandato dos diretores é superior ou igual a quatro anos?	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	0,5	1,0	1,0	1,0	1,0	0,5	0,5
2. Indicação	A indicação dos diretores é compartilhada?	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0
3. Demissão	A demissão é apenas possível com sentença?	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	0,5	1,0	0,5	0,5
4. Recondição	A recondição é proibida?	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1,0	0,0	1,0	1,0	0,0	0,0	0,0	0,0
5. Experiência	É necessário que os diretores possuam conhecimento específico na área de regulação?	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0
6. Autorização	A agência toma decisões sem a necessidade de autorização do governo?	0,0	1,0	0,0	1,0	0,0	0,0	0,0	1,0	1,0	1,0	0,0	0,0	1,0	1,0
7. Revisão	As decisões da agência são passíveis de revisão apenas no Judiciário?	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	0,0	1,0	1,0	1,0	1,0	0,0	1,0	1,0
8. Recursos	O orçamento é definido pela própria agência?	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
9. Pessoal	A agência tem o comando da sua política de pessoal?	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	0,0	0,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0
10. Procedimentos	Os procedimentos da agência só podem ser modificados com anuência do Legislativo?	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0

Fonte: Silva, 2012. Leis 6.385/1976, 8.884/1994, 9.427/1996, 9.472/1997, 9.478/1997, 9.782/1999; 9.961/2000, 9.984/2000, 9.986/2000, MP 2.228-1/2001, 10.233/2001, 11.182/2005, 12.529/2011, 13.575/2017; Decretos nº 2.445/98, 2.338/97, 3.327/2000, 3.692/2000, 8.283/2014, 9.406/2018. Elaboração própria.

Outro aspecto interessante é a homogeneidade das agências reguladoras no Brasil no que tange à autonomia e pode ser visualizada com clareza no gráfico 3. A distância entre as agências mais e menos autônomas é de apenas 3,0 pontos e 9 dentre 13 agências apresentaram valores entre 6,0 e 7,0. Em quatro indicadores (indicação, experiência, recursos e procedimentos) os valores atribuídos a todas as agências é idêntico. Nesse aspecto, tanto o índice de Gilardi (2007) quanto o de Silva (2012) confirmam que há pouca variação do desenho da autonomia formal das agências no Brasil, mesmo após transcorridas duas décadas de sua criação.

A homogeneidade nos desenhos das agências reguladoras pode indicar que a instituição das agências no Brasil não ocorreu de forma isolada em cada domínio de atuação, mas podem ter ocorrido de forma interdependente, por um processo horizontal de difusão (Gilardi, 2007). Também nesse sentido, não se confirmaram as expectativas de Mueller e Pereira (2002) de que as pressões setoriais iriam conduzir a reformas das agências que as diferenciariam ao longo do tempo.

A partir da utilização de indicadores quantitativos de autonomia formal, pode-se verificar que a autonomia do Cade aumentou de forma importante com a Lei 12.529/2011, colocando o Cade entre as agências mais formalmente autônomas se comparado com seus pares na Europa, assim como se comparado com as demais agências reguladoras brasileiras.

Nesse sentido, o próximo passo é analisar a autonomia real, buscando entender como se ocorre a prática da relação entre o Cade e o governo e, especialmente, se é possível observar mudanças nessa relação a partir do novo desenho institucional do SBDC

CAPÍTULO 4. AUTONOMIA DO CADE NA PRÁTICA

Este capítulo analisa a autonomia real do Cade a partir do seu lado negativo, o controle governamental. Como apresentado, o governo possui um conjunto de instrumentos que lhe permitem influenciar o comportamento da agência. O governo pode influenciar o Cade por meio da indicação “aliados” para os cargos de Presidente e Conselheiro; pode deixar os cargos vagos por algum tempo; pode pressionar para que os dirigentes que atuem contra seus interesses deixem os cargos; assim como pode reduzir ou aumentar o seu orçamento e recursos humanos. Ou então, o governo pode simplesmente ameaçar fazer tudo isso. No limite, o governo pode valer-se de seus poderes legislativos e reduzir ou aumentar a autonomia formal da agência, retirar ou aumentar suas competências e prerrogativas.

Este capítulo não pretende esgotar todas as possibilidades de influência do governo sobre o Cade, mas analisar o comportamento de alguns dos indicadores mais utilizados na literatura para caracterizar o controle governamental sobre as agências autônomas. Nesse sentido, será apresentado a seguir um exercício de comparação entre o Cade antes e depois da Lei 12.529/2011 por meio dos principais mecanismos de controle político.

5.1 Controle pela política de indicação de dirigentes

Considerando o novo desenho institucional do Cade, dotado de maior autonomia formal e capacidade de *enforcement* na aplicação da legislação de defesa da concorrência, é de se esperar que o governo se preocupe mais com as indicações para os cargos de presidente e conselheiro. Os mandatos de 2 anos e a possibilidade de possibilidade de recondução reduziam o risco de que os dirigentes se desviassem das preferências do governo (risco moral) após as indicações. Com a extensão dos mandatos para 4 anos e o fim da possibilidade de renovação, é de se esperar que as indicações sejam mais cuidadosas para evitar o problema da seleção adversa. É mais provável que o governo indique mais aliados ou indivíduos cujo comportamento seja melhor conhecido. Espera-se, assim, que haja uma mudança no perfil dos conselheiros indicados após a Lei 12.529/11.

Rodrigo Silva (2011) analisou o perfil dos conselheiros indicados para o Cade na égide da Lei 8.8884/94. Segundo o autor, o Executivo, premido entre a necessidade de controle do Cade e os custos de credibilidade, adota como estratégia a indicação de “atores públicos” especialistas. A explicação para tanto seria que os atores públicos especialistas são dotados de credibilidade e que as carreiras públicas são pouco estruturadas, de modo que os servidores tendem a se alinhar às preferências do governo, pois dependem de novos cargos na estrutura estatal após o mandato. A indicação de atores estatais para o Tribunal do Cade seria, portanto, a escolha ótima para assegurar credibilidade ao órgão sem perder o controle sobre suas decisões. Considerando que a recondução é um indicador de aprovação da atuação do conselheiro, o autor mostra que os atores estatais foram o grupo de conselheiros que mais foram reconduzidos aos cargos no Cade. Entende-se, assim, que as mudanças institucionais no Cade poderiam intensificar essa estratégia de indicação de atores estatais.

Foram analisadas um total de 79 indicações ocorridas entre 1993⁵¹ e janeiro de 2018, perfazendo um conjunto de 59 indivíduos⁵² indicados para os cargos de conselheiro e Presidente do Cade, sendo que dessas, 65 indicações ocorreram sob a vigência da Lei 8.8884/94 e 14 na Lei 12.529/2011. A tabela abaixo reflete o perfil de profissionais indicados para o Cade, antes de depois da Lei 12.529/11.

Tabela 6 - Perfil dos conselheiros indicados para o Cade, antes e após a Lei 12.529/2011⁵³

Lei	Atores Estatais	Profissionais de mercado	Acadêmicos (exclusivos)	Políticos	Total	
8.8884/94	Nº de Nomeações	24	14	9	3	47
	% do total	51%	30%	18%	6%	100%
	Nº de Especialistas	18	12	9	1	40
	% de Especialistas	78%	86%	100%	33%	80%
12.529/11	Nº de Nomeações	7	3	3	0	13
	% do total	54%	23%	23%	0%	100%
	Nº de Especialistas	5	3	3	0	11
	% de Especialistas	71%	100%	100%	-	85%

⁵¹ Foram incluídos na análise os conselheiros indicados anteriormente, mas que se encontravam no cargo quando entrou em vigor a Lei 8.8884/94.

⁵² A diferença entre o número de indicações e de indivíduos deve-se a 18 reconduções e também a 2 nomeações de conselheiros nomeados para o cargo de Presidente.

⁵³ O total de conselheiros apresentados na tabela é 60, ao passo que são 59 indivíduos ao todo. A diferença se deve ao fato de um dos dirigentes ter sido indicado em ambas as leis. Optou-se neste caso e incluí-lo em ambas as situações, com os dados apresentados nos respectivos currículos submetidos à apreciação do Senado Federal.

Fonte: Silva (2011); currículos dos indicados, Senado Federal. Elaboração própria.

Nota-se que não houve mudança substantiva no perfil dos indicados para o Cade. Os atores estatais permanecem como principal grupo de profissionais indicados. A cada duas indicações para o Cade, uma é de servidor. Essa proporção manteve-se praticamente inalterada após a vigência da Lei 12.529/11, aumentando ligeiramente de 51% para 54%.

Este percentual está em linha com o das demais agências reguladoras na área de infraestrutura. Levantamento da FGV (2017) mostra que 60% dos dirigentes das agências reguladoras de setores de infraestrutura⁵⁴ são servidores públicos concursados e que 94% dos nomeados para dirigir essas agências ocupavam cargos no setor público no momento da indicação, sendo que a maior parte era proveniente da própria agência.

No caso do Cade, dentre os considerados servidores ou atores estatais⁵⁵ estão contemplados servidores concursados e não concursados com dez ou mais anos no serviço público e estão excluídos os professores de universidades públicas, considerados acadêmicos. Ajustando-se a metodologia para fins de comparação com os dados da FGV, considerando-se apenas os servidores concursados e incluindo-se os oriundos das universidades públicas, a proporção de servidores concursados indicados para o Cade foi de 47% no arranjo institucional anterior e 77% no atual. Essa diferença importante se deve ao fato da maior indicação de acadêmicos exclusivos na nova Lei, todos eles oriundos de universidades públicas⁵⁶.

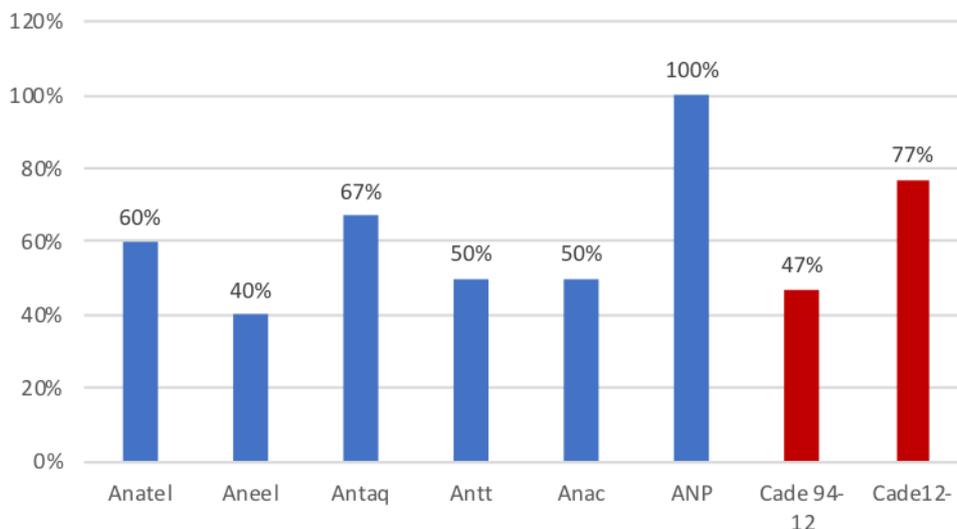
Houve também um aumento na proporção indivíduos exclusivamente acadêmicos indicados para o Cade (de 18% para 23%), igualando-os à proporção de profissionais de mercado. Entretanto, ocorreu uma redução no total de acadêmicos indicados, devido à diminuição na proporção de servidores e de profissionais de mercado que também são acadêmicos, conforme apresentado no gráfico 2.

⁵⁴ As agências reguladoras analisadas pela pesquisa da FGV são Anac, ANTT, Antaq, Aneel, ANP e Anatel.

⁵⁵ Atores estatais, conforme a metodologia de Silva (2011).

⁵⁶ De acordo com a FGV (2017), a proporção de professores dentre os servidores dirigentes das agências de infraestrutura é de 10%. Neste caso, se suprimíssemos os professores universitários, a proporção de servidores do Cade após a Lei 12.529/11 estaria em linha com os das demais agências.

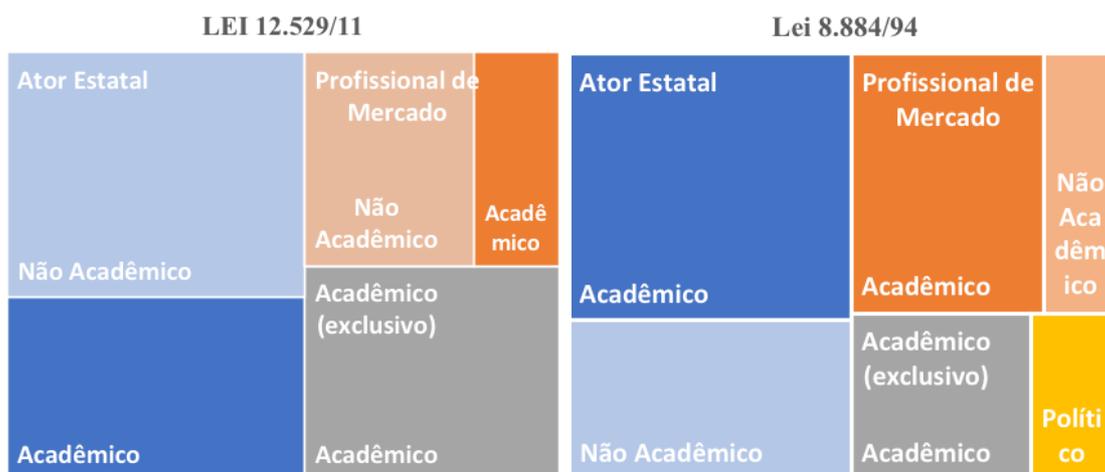
Gráfico 4 - Proporção de dirigentes de agências reguladoras que são servidores concursados



Fonte: currículos dos indicados, Senado Federal; FGV, 2017

Antes, na vigência da Lei 8.884/94, o total de acadêmicos, incluindo atores estatais e profissionais acadêmicos, era de 64%. Agora, esta proporção é de 46%. Antes, 60% dos servidores indicados eram também acadêmicos, que agora representam 43%. Da mesma forma, antes 78% dos profissionais de mercado indicados também eram acadêmicos, agora esta proporção é de um terço.

Gráfico 5 - Perfil dos Conselheiros Indicados para o Cade, antes e depois da Lei 12.529/11



Fonte: currículos dos indicados, Senado Federal. Elaboração própria

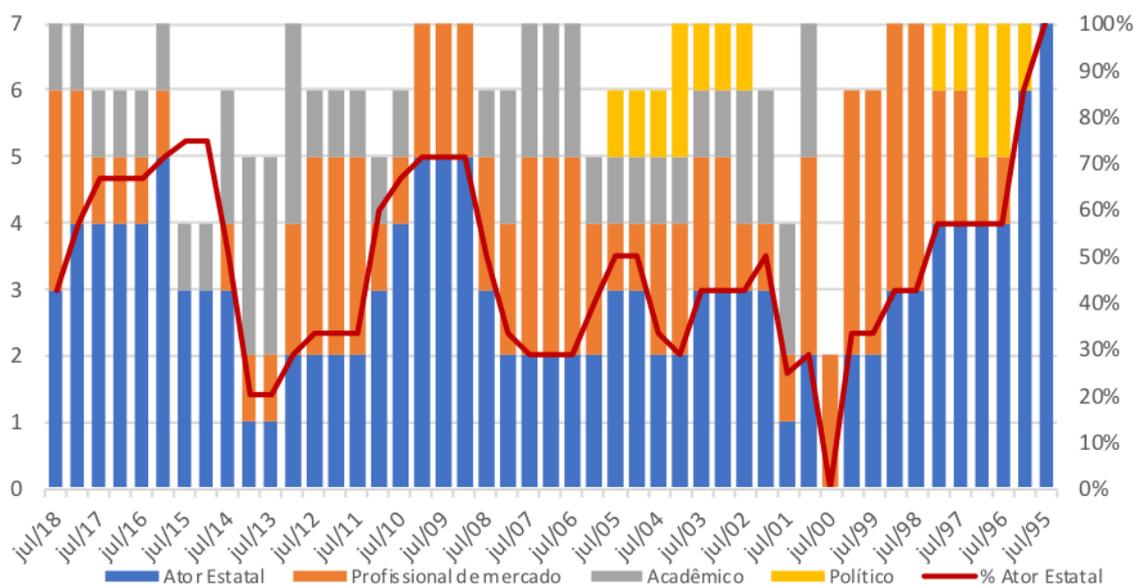
Entretanto, apesar da redução da proporção total de acadêmicos, verifica-se a manutenção da preocupação em se indicar especialistas para o Cade. Desse modo, o

requisito legal de indicação de indivíduos com “de notório saber jurídico ou econômico” tem sido atendido em cerca de 80% das indicações, antes e após a Lei 12.529/2011. Nessa linha, em ambos os períodos, mais de 80% dos profissionais indicados possuem mestrado ou doutorado.

Outra característica dos indicados para o Cade é a quase ausência de indivíduos de indicações pautadas exclusivamente por relações de patronagem. Em alguma medida, toda indicação para o Cade é política. Contudo, a indicação estritamente política, de conselheiros políticos com forte vinculação partidária, como ex-dirigentes ou candidatos, ocorreu apenas 3 vezes desde 1994⁵⁷. A última delas ocorreu no início do governo Lula, de modo que a ausência de indicações políticas é um padrão verificado desde 2006 e não pode ser atribuída à mudança no arranjo institucional do Cade.

O perfil dos dirigentes do Cade pode também ser analisado ao longo do tempo. O gráfico 3 apresenta a composição do tribunal do Cade no primeiro e no último dia de cada semestre entre 1994 a 2018⁵⁸, totalizando um conjunto de 47 medições.

Gráfico 6 - Perfil dos Conselheiros do Cade - 1995-2018



Fonte: currículos dos indicados, Senado Federal. Elaboração própria

⁵⁷ Foram considerados políticos os conselheiros Leônidas Rangel Xausa (PMDB-RS), ex-senador e suplente do Senador Pedro Simon; Miguel Tebar Barrionuevo (coordenador de campanha do PSDB ao governo de São Paulo em 98); e Luiz Alberto Esteves Scaloppe (candidato ao governo do Mato Grosso pelo PT em 90). Diferentemente, a análise de Silva (2011) identificou quatro políticos.

⁵⁸ Os dias 1º de janeiro e 1º de julho foram definidos arbitrariamente para representar a composição do tribunal no primeiro e no segundo trimestre do ano.

A composição inicial do Cade era exclusiva de atores estatais, padrão este que foi sendo alterado progressivamente no governo FHC, no qual houve relativo equilíbrio entre atores estatais e profissionais de mercado, com predomínio destes entre 1998 e 2001. Além desse período, os profissionais de mercado predominaram na composição do Conselho apenas entre janeiro de 2006 e julho de 2007 e entre julho de 2011 e julho 2012.

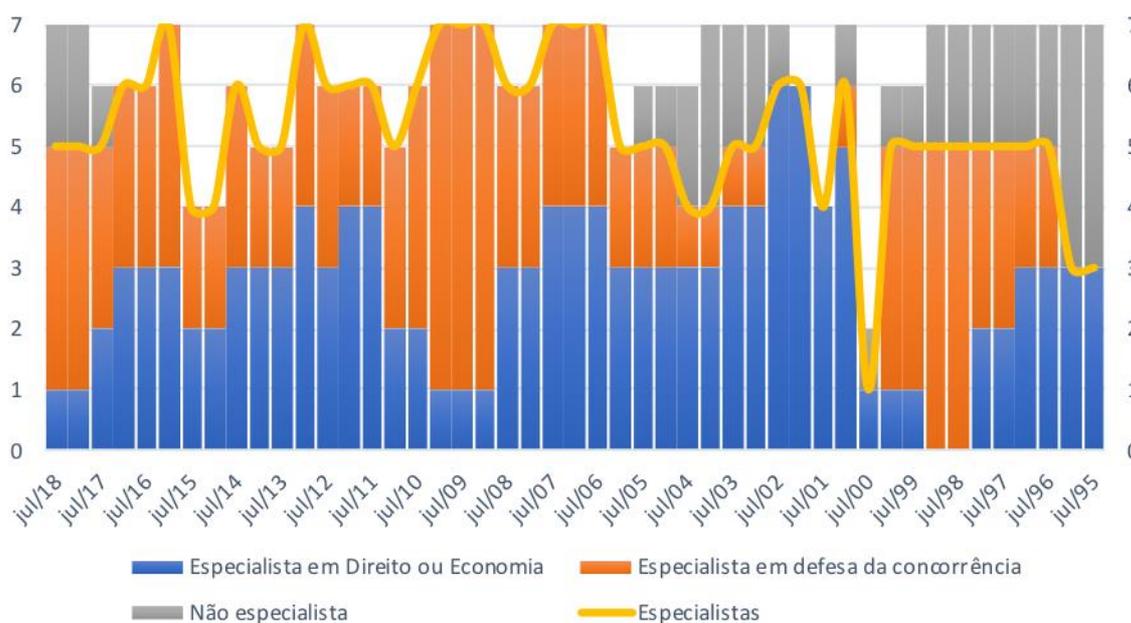
A indicação de indivíduos exclusivamente acadêmicos para o Cade teve início apenas em 2001. Os exclusivamente acadêmicos são o grupo menos frequente na composição do Conselho e predominaram apenas pelo curto período de janeiro de 2013 a janeiro de 2014.

Por fim, os atores estatais foram a categoria que mais predominou na composição do Cade. Em 29 das 47 medições, o número de atores estatais conselheiros foi igual ou superior a 3, que representa o número mínimo de votos necessários para se aprovar uma deliberação. Foram raros os momentos em que o Cade foi composto por menos de 2 atores estatais (4 de 47 medições).

Interessante notar que os atores estatais predominaram na composição do Conselho durante quase toda a vigência da Lei 12.529/2011, prevalecendo em 9 (69%) das 13 medições, com exceção do breve período em que os acadêmicos foram maioria. Já ao longo da Lei 8.884/94, os atores estatais também predominaram em 20 (59%) das 34 medições.

Uma medida da preocupação com a credibilidade das indicações é a proporção de especialistas indicados (gráfico 4). À exceção da composição inicial do Conselho em 1995, o Cade sempre teve sua maioria de conselheiros especialistas em “defesa da concorrência” ou “em direito ou economia”. Observa-se ainda que por um longo período de janeiro de 2006 a janeiro de 2017, todos os membros do Cade eram especialistas. Nesse sentido, verifica-se que há uma preocupação com a qualidade das indicações e a credibilidade do Cade, que se mostrou maior em grande parte do governo Lula e em todo o governo Dilma.

Gráfico 7 – Número e proporção de especialistas no Cade - 1995-2018



Fonte: currículos dos indicados, Senado Federal. Elaboração própria

A análise das indicações por Presidente pode dar uma dimensão da intensidade das preferências de cada governo e a importância dada aos custos de credibilidade.

Tabela 7 - Perfil dos Conselheiros indicados por Governo – 1994-2018

Governo	Ator Estatal	Profissional de Mercado	Acadêmico	Político	Total	Especialistas
Itamar	6 (100%)	0	1 (14%)	0	7	2 (28%)
FHC	10 (45%)	8 (36%)	2 (9%)	2 (9%)	22	17 (77%)
Lula	7 (44%)	4 (25%)	4 (25%)	1 (6%)	16	15 (94%)
Dilma	6 (50%)	3 (25%)	3 (25%)	0	12	12 (100%)
Temer	2 (50%)	2 (50%)	0	0	4	2 (50%)

Fonte: currículos dos indicados, Senado Federal. Elaboração própria

Como se pode verificar, o governo Itamar, na composição inicial do Cade, foi o que proporcionalmente mais indicou atores estatais, mas também o que menos indicou especialistas. Isso pode ser um indicativo de alto controle político aliado à baixa preocupação com custos de credibilidade. Todos os governos seguintes mantiveram uma proporção próxima a 50% na indicação de atores estatais. Interessante notar que não houve mudança substantiva entre a proporção de atores estatais, demonstrando ser este um comportamento padrão entre governos e que se manteve mesmo após a mudança no arranjo institucional.

Contudo, há diferenças entre governos em relação à proporção de profissionais e de acadêmicos. Nesse sentido, os governos Lula e Dilma mantiveram um padrão de equivalência entre profissionais e acadêmicos, ao passo que os governos FHC e Temer deram mais ênfase no apontamento de profissionais de mercado em detrimento do perfil acadêmico, tornando o Conselho mais sensível às preferências de mercado.

No mesmo sentido, praticamente a integralidade dos conselheiros indicados pelos governos Lula e Dilma era especialista, ao passo que eram especialistas 77% dos indicados no governo FHC e no 50% governo Temer, sinalizando que o efeito dos custos de credibilidade destes governos possa ter sido menor.

Nesse sentido, é possível concluir que houve um ligeiro aumento na proporção de atores estatais no Cade, mas a indicação de um nível de atores estatais próximo a 50% é um padrão que se manteve ao longo do tempo, mesmo após a Lei 12.529/2011. Considerando-se que 4 do total de 7 votos era suficiente para aprovar qualquer matéria na Lei 8.884/98 e atualmente com a Lei 12.529/11 é possível obter maioria em uma decisão com até dois votos, a manutenção de atores estatais em 50% pode ser suficiente para se ter um razoável controle sobre o órgão. Ainda, devido às mudanças nas regras de deliberação, o efeito de 50% da bancada de atores estatais pode ser maior na atual estrutura do Cade do que na anterior.

Além disso, a proporção de servidores indicados está em níveis próximos ao de outras agências reguladoras da área de infraestrutura. Portanto, pela ótica da demanda, a indicação de atores estatais pode ser sim uma estratégia de controle. Os atores estatais são profissionais que atuam ou atuaram no Estado, de modo que o governo tem informações relativamente claras sobre suas preferências e seu comportamento. Assim, o problema de seleção adversa é menor com os atores estatais, permitindo ao governo indicar aliados, ou seja, indivíduos cujas preferências são mais próximas ou que não se afastam muito das preferências do governo.

Dessa maneira, é possível entender que as razões pelas quais os atores estatais são o perfil predominante nas indicações são diferentes da mencionadas por Silva (2011). Diferentemente do que argumenta Silva (2011), as carreiras no serviço público não são mais desestruturadas e o padrão remuneratório supera, em muitos casos, o do setor privado.

Outro elemento que permite afastar a ideia de que os atores estatais indicados atuam conforme as preferências do governo em busca de melhores cargos é o fato de que

pelo menos 11 dos 25 atores estatais que concluíram seus mandatos (e o período de quarentena) deixaram o serviço público após o Cade.

Corroborando com a ideia de que a indicação de atores estatais oferece um equilíbrio entre controle e credibilidade o fato dos principais cargos do Cade, Presidente e Superintendente-Geral, serem ocupados majoritariamente por essa categoria. No caso do cargo de Presidente, os dois únicos que não foram classificados como atores estatais, possuíam vínculos com o serviço público: Gesner Oliveira (profissional de mercado e acadêmico) trabalhou na SEAE por três anos antes da indicação, e Elizabeth Farina (profissional de mercado e acadêmica), é professora concursada na USP. Quanto ao cargo de Superintendente-Geral, criado pela nova Lei e responsável pela instrução dos processos, todos os seus ocupantes foram atores estatais⁵⁹.

Já em relação à indicação de acadêmicos e profissionais de mercado, há uma maior variação. O gráfico 7 parece sugerir que as preferências do governo importam mais do que a mudança legislativa. Uma vez assegurado um conjunto mínimo de atores estatais, as preferências de cada governo se manifestam na indicação de acadêmicos ou profissionais de mercado.

Assim, não é possível confirmar que houve uma mudança na política de indicados para o Cade após a vigência da Lei 12.529/2011. A indicação de atores estatais em uma proporção próxima a 50% permanece como a estratégia adequada para assegurar certo nível de controle, sem incorrer em grandes custos de credibilidade. A opção pelos atores sociais se dá pela proximidade com o governo, que em muitos casos tem a oportunidade de observar o comportamento prévio do servidor, reduzindo a assimetria de informação na seleção do aliado.

Uma questão para investigação futura é se as mudanças institucionais alteraram o comportamento dos atores estatais após a indicação.

5.2 Controle pelo descumprimento dos mandatos legais

Após a análise da cronologia dos mandatos, é possível afirmar que os mandatos legais são cumpridos no Cade, antes e após a Lei 12.529/2011. Das 71 trocas de mandatos entre 1995 e 2018, apenas em 7 ocasiões, menos de 10%, os mandatos foram

⁵⁹ Em relação ao cargo de Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, extinto com a Lei 12.529/2011, cujo provimento não se dava por mandato, a sua ocupação se deu ora por atores estatais (1996-2002), ora por profissionais de mercado (2003-2010).

interrompidos. Destes 7 casos, 5 ocorreram por mudanças de cargo no Executivo Federal, sendo 3 dentro do próprio SBDC. Nesse sentido, Vinícius Carvalho deixou o posto de Conselheiro para se tornar Secretário da SDE e os Conselheiros Carlos Ragazzo e Alexandre Macedo se tornaram Superintendente-Geral do Cade. Os outros dois casos foram Arthur Barrionuevo que assumiu o cargo de Secretário de Desenvolvimento Tecnológico do Ministério da Ciência e Tecnologia e Paulo Dyrceu Pinheiro, diplomata, que assumiu o posto de Embaixador em Singapura.

Nos outros dois casos, um conselheiro deixou o Cade em seu segundo mandato para assumir um cargo junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento e outro optou por renunciar em decorrência de decisão judicial que o impossibilitava de manter o posto no Cade e ao mesmo tempo ser membro do Ministério Público.

Nesse sentido, as razões que levaram à renúncia do cargo de Conselheiro foram sempre profissionais. Não foram identificados relatos ou informações de que as mudanças nos cargos tenham ocorrido para alterar a composição do Conselho, mas é possível entender que esta pode ser uma estratégia do governo.

Em comparação com as demais agências reguladoras federais de infraestrutura, levantamento da FGV (2017) mostra que houve saída antecipada do cargo em 20% dos mandatos, o dobro da proporção do Cade. Essa diferença não pode ser explicada em pela menor duração dos mandatos do Cade até 2012, uma vez que a proporção de interrupções não se alterou muito desde então. Outra diferença em relação às demais agências de infraestrutura é que 70% das exonerações ocorreram por motivos diversos como constrangimentos, atrito com outros dirigentes, trocas de governo ou por investigações criminais (FGV, 2017), ao passo que no Cade predomina as motivações profissionais.

Apesar da possibilidade de perda do mandato de um conselheiro por processo administrativo ou mediante aprovação pelo Senado Federal, não há registros de que o governo tenha iniciado ou ameaçado qualquer iniciativa nesse sentido. Assim, é possível concluir que não há controle político do Cade por descumprimento dos mandatos legais.

5.3 Vacância nos cargos de presidente e conselheiros

Em termos formais, não há regras de substituição dos conselheiros do Cade em casos de impedimento ou de vacância dos cargos. No caso do cargo de Presidente, a substituição se dá interinamente pelo conselheiro mais antigo. No limite, a vacância pode levar à paralisia decisória, por insuficiência de quórum.

Pelas regras de quórum, o potencial de paralisia decorrente de vacâncias era maior sob a Lei 8.884/94, segundo a qual as deliberações eram tomadas por maioria absoluta (4) votos, devendo estar presentes ao menos 5 conselheiros. Atualmente, a Lei 12.529/2011 disciplina que as decisões são tomadas por maioria, com a presença mínima de 4, e quórum de deliberação de 3 membros. Logo, é possível que a deliberação ocorra com até dois votos. Antes, o Tribunal estaria paralisado⁶⁰ a partir de 3 vacâncias, agora isso pode ocorrer apenas com 4 cargos vagos⁶¹.

Os efeitos da paralisação também são distintos para fins da apreciação dos atos de concentração. Antes o Cade aprovava a fusão ou aquisição entre empresas após a consumação do negócio e os prazos não eram rígidos. Com a nova estrutura, o Cade analisa os atos de concentração previamente e os prazos são rígidos, de modo que se a operação não for analisada no prazo legal de até 240 dias (prorrogáveis por mais 90), a aprovação é automática. Além disso, apenas os atos mais complexos do ponto vista concorrencial são submetidos ao plenário. Nesse sentido, com as novas regras os danos potenciais da falta de quórum para os administrados são minorados para a maior parte das operações, mas naquelas mais complexas há o risco de atraso ou aprovação por decurso do prazo. Assim, potenciais efeitos da interferência do governo por meio da vacância de cargos tornaram-se menores.

Analisando-se as vacâncias nos cargos de Presidente e conselheiros no Cade desde 1994, verifica-se que foram 8 as situações (assinaladas em vermelho na figura 1) em que o Cade não teve quórum para aprovar suas matérias, todas elas na vigência da Lei 8.884/94. Esses períodos, entretanto, foram curtos e não chegaram a durar 60 dias. Normalmente, a falta de quórum afetou o Cade por no máximo 30 dias, totalizando 3% dos meses analisados.

Ao todo, nesses 24 anos, ou 288 meses analisados, em 45% dos meses houve pelo menos uma vacância. Ou seja, em quase metade dos meses analisados a composição do Tribunal não estava completa.

⁶⁰ De acordo com a legislação, os prazos processuais são suspensos quando a composição do Tribunal estiver reduzida ao quórum mínimo.

⁶¹ Em alguns casos, um ou mais conselheiros podem se declarar impedidos de participar em algum processo, de modo que pode haver falta de quórum para deliberar mesmo com duas vacâncias.

Tabela 8 - Meses⁶² em que houve vacância no Cade - 1995 a 2018

Vacância	Meses	%
Meses analisados	288	100%
Meses em que houve uma vacância	132	46%
Meses em que houve 2 vacâncias	59	20%
Meses em que houve 3 vacâncias	19	7%
Meses em que houve falta de quórum	10	3%

Fonte: relatórios de gestão do Cade, 1995-2017. Elaboração própria.

O problema das vacâncias é recorrente nas agências reguladoras brasileiras (FGV, 2017; TCU, 2009 e 2013). Contudo, a situação do Cade é distinta por dois motivos. O primeiro deles é que o colegiado do Cade é composto por 7 membros, ao passo que as demais agências no Brasil possuem no máximo 5 componentes. Nesse sentido, a quantidade de vacâncias é potencialmente maior, contudo o efeito de uma vacância no Cade é menor.

O segundo é que o Cade não possui mecanismos substituição ou interinidade para os cargos de conselheiro, apenas para o Presidente. A designação de dirigentes interinos pelo governo é uma prática que, se prolongada, pode representar uma burla ao mecanismo de mandato e aprovação pelo Senado Federal (FGV, 2017). Além disso, o dirigente interino pode agir conforme as preferências do governo, na expectativa de ser indicado para se efetivar no cargo.

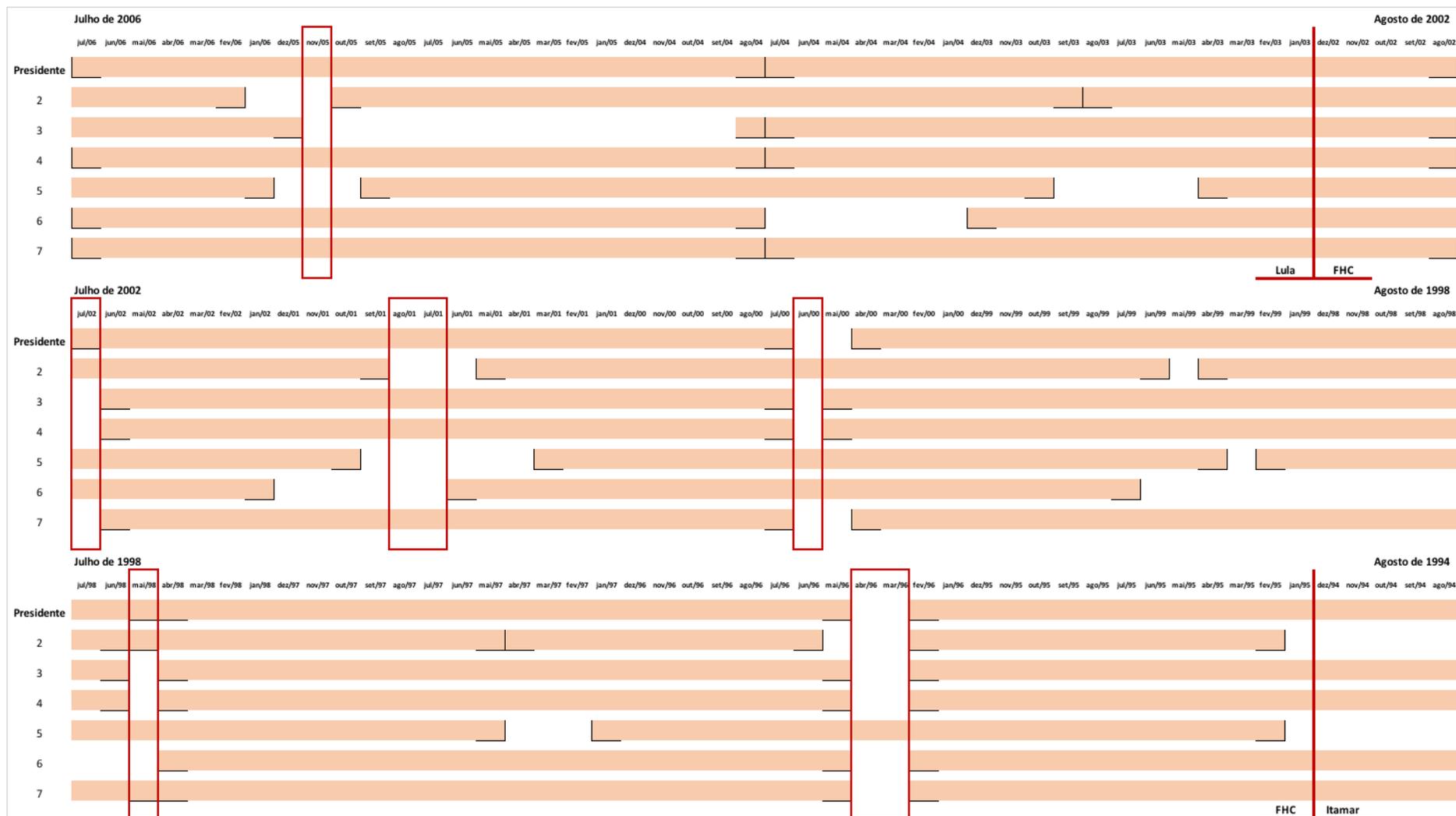
Das 71 trocas de mandato, em 36 houve vacância superior a 30 dias. O período médio de vacância é de 163 dias, praticamente 5 meses. O máximo de tempo em que um cargo esteve vago foi de 511 dias e a mediana de 100 dias. Assim, comparando-se com o levantamento da FGV (2017) para as demais agências de infraestrutura, verifica-se que a vacância no Cade é substantivamente menor do que a das demais agências de infraestrutura, cuja vacância média é de 353 dias e a mediana 264. Dentre as agências de infraestrutura, apenas a Aneel possui períodos de vacância menor do que o Cade.

⁶² Em caso de fração, foi considerado um mês completo quando o número de dias de vacância superou 15.

Figura 1 - Cronologia dos Mandatos de Presidente e Conselheiros do Cade



Figura 1 - Cronologia dos Mandatos de Presidente e Conselheiros do Cade (cont.)



Fonte: Relatórios de Gestão do Cade, 1995-2017. Elaboração própria.

Comparando-se o Cade antes e depois da vigência da Lei 12.529/2011, observa-se que as vacâncias aumentaram substantivamente com a nova estrutura. Das 14 trocas de mandato, houve vacância superior a 30 dias em 11 delas. Além da maior quantidade de vacância, a duração delas também tem sido maior, com média de 227 dias.

Tabela 9 - Períodos de vacância no Cade - 1995 a 2018

Períodos de vacância	Cade			Média das agências de infraestrutura
	Geral	Lei 8.8884/94	Lei 12.529/2011	
Trocas de mandato	71	57	14	-
Vacâncias superiores a 30 dias	37	26	11	-
Média das vacâncias (dias)	163	131	231	353
Mediana das vacâncias (dias)	103	76	259	264
Maior vacância (dias)	511	503	511	-

Fonte: FGV, 2017 e relatórios de gestão do Cade, 1995-2017.

Observando-se a figura 1, nota-se que as vacâncias após a reestruturação do Cade acabaram por prejudicar o funcionamento de um dos mecanismos formais previstos na legislação, a não coincidência dos mandatos. Para assegurar que os mandatos não coincidam e um único governo não possa alterar de uma só vez uma grande parte da composição do Conselho, a Lei 12.529/2011 previu um regime de transição dos mandatos, em que os dois primeiros mandatos seriam de 2 anos e os 2 seguintes teriam duração de 3 anos. Apenas a partir do quinto mandato é que a duração passaria a ser de 5 anos.

Ainda no governo Dilma, a demora em indicar 3 conselheiros terminou por fazer coincidir os mandatos de 4 membros do Conselho além do Superintendente-Geral, tornando possível que a alteração da maioria dos membros do Tribunal de uma só vez. Essa possibilidade de mudança repentina reduz a autonomia do Cade e pode trazer instabilidade para as decisões do Conselho. Outro fator que pode prejudicar a autonomia é que o fim dos mandatos coincidiu com o início do mandato presidencial, de modo que a troca de governo poderá ser seguida de uma forte mudança no perfil do Cade.

Importante notar que a coincidência prática de mandatos já era uma realidade na vigência da Lei 8.8884/94. Em decorrência da nomeação conjunta da primeira composição do Conselho ainda no governo Collor, ainda sob a vigência da Lei 8.158/91, os mandatos não eram escalonados. Isso permitiu ao governo FHC trocar 6 dos 7 membros do Cade de uma só vez no início de 1996. Assim, este padrão se perpetuou, sendo comum a indicação conjunta de 3 ou 4 membros do conselho. A indicação em bloco é a regra, sendo exceção os casos em que há uma única indicação por vez. Eventuais

atrasos nessas indicações em bloco foram responsáveis pelas situações em que houve falta de quórum no Conselho.

Espera-se que as vacâncias sejam menores nas transições entre governos que se opõem, uma vez que o governo anterior tenderia a preencher todos os cargos, mantendo influência sobre o órgão mesmo após o fim de seu mandato. De modo semelhante, o novo governo tende a preencher logo os cargos com o fim dos mandatos para poder aumentar a sua influência sobre a agência. A tabela abaixo sistematiza as vacâncias por governo.

Tabela 10 - Vacâncias no Cade por Governo, 1995-2018

Períodos de vacância	Dilma			Lula			FHC		
	18 meses iniciais	restante do mandato	Total	18 meses iniciais	restante do mandato	Total	18 meses iniciais	restante do mandato	Total
Trocas de mandato	6	9	15	3	22	25	6	21	27
Vacâncias superiores a 30 dias	4	6	11	2	5	6	6	10	16
Média das vacâncias (dias)	116	288	210	182	229	215	71	111	96

Fonte: Relatórios de Gestão do Cade, vários anos. Elaboração própria.

Como esperado, a duração média das vacâncias nos primeiros 18 meses⁶³ de mandato é menor do que no restante do mandato. Contudo, a frequência das vacâncias varia de governo para governo. Cada presidente também apresenta um padrão distinto de vacâncias. Nesse sentido, o governo Dilma é o que apresenta a maior frequência total de vacâncias, atingindo mais de 2/3 das trocas de mandato, e também as maiores vacâncias ao lado do governo Lula, com duração média de 210 dias. Apesar da longa duração das vacâncias, o governo Lula é o que tem menor a frequência, atingido apenas 6 das 25 trocas. Já o governo FHC é o que teve a menor duração de vacâncias, com duração média de 96 dias.

Contudo, um aspecto não esperado é o fato do Governo Dilma ter mantido três cargos vagos em 2014, sob o risco de perder a possibilidade de indicar 3 conselheiros em caso de derrota eleitoral. Nesse sentido, é possível levantar hipóteses sobre o atraso nas indicações pelo governo Dilma. Estaria o governo voltado para a corrida eleitoral, ficando o Cade em segundo plano na agenda política? Ou o governo estava convicto de que seria reeleito e que seria melhor aguardar a nova composição de forças no Congresso para indicar os novos membros? Ao contrário, estaria o governo fraco politicamente para obter

⁶³ Muitos trabalhos que realizam comparações internacionais utilizam o intervalo de 6 meses. Entretanto, como a interrupção dos mandatos é rara, optou por aumentar este intervalo para um período em que os mandatos dos conselheiros acabem e ainda possa ser considerado início do governo.

a aprovação dos seus nomes no segundo semestre de 2014? A resposta a essas perguntas vai além do que este trabalho se propõe, entretanto, verifica-se é que o governo Dilma não utilizou das vacâncias para prolongar a permanência de seus aliados no Cade.

Na transição entre os governos FHC e Lula, a situação se inverte. No final do seu mandato FHC indicou quatro membros do Conselho em julho de 2002, assegurando-lhes o posto e a maioria de votos por um ano e meio no novo governo. Um dos conselheiros, contudo, renunciou em abril de 2003⁶⁴. A nomeação do sucessor somente ocorreu em setembro, quando terminaria o mandato do antecessor, para evitar que o novo conselheiro ficasse apenas com o restante do mandato anterior, mas sim com um novo mandato de 2 anos. Nos demais cargos, o governo Lula praticamente não permitiu que houvesse vacância no Tribunal com o fim do mandato dos indicados por seu antecessor. Interessante notar também que dois dos sete conselheiros indicados por FHC são reconduzidos por Lula⁶⁵, o que revela alguma continuidade na política de indicações.

Já na transição do governo Lula para Dilma, houve duas vacâncias. Considerando tratem-se de governos de um mesmo partido, é razoável admitir que a vacância tenha se dado justamente para dar maior liberdade ao próximo governo.

Na mudança para o governo Temer, houve também um razoável período de vacância para a indicação de dois membros dentre eles o cargo de presidente (389 dias), o que também não era esperado. Nesse sentido, não se pode afirmar que há um padrão no comportamento das vacâncias nas transições entre governos.

Espera-se também que a vacância no cargo de presidente seja menor, por se tratar do cargo de maior importância. Entretanto, o que se verifica é que houve vacância superior a 30 dias em 5 das 9 mudanças de mandato. Se considerarmos que 3 dessas 9 mudanças foram reconduções, houve vacância em praticamente todas as transições entre presidentes. A média dessas vacâncias também é alta, de 150 dias, mas influenciada pela demora de mais de um ano do governo Temer para indicar o Presidente. Hipóteses possíveis para as vacâncias maiores e mais frequentes nos cargos de Presidente talvez sejam as disputas entre candidatos ao cargo ou a busca mais cuidadosa do governo na seleção do aliado.

⁶⁴ Por força de decisão judicial, o conselheiro teve que optar por concluir o mandato ou deixar a carreira no Ministério Público.

⁶⁵ Um destes conselheiros, entretanto, não teve sua indicação apreciada pelo Senado Federal. Decorridos 6 meses da indicação, ele desistiu do posto.

5.4 Controle por propostas de alterações legislativas

Desde a promulgação da Lei 8.8884/94, foram identificadas 27 propostas de alteração legislativa sobre defesa da concorrência (Apêndice 1). Destas propostas, 12 foram originadas do Poder Executivo, sendo 10 medidas provisórias. Das 15 propostas originadas no Congresso Nacional, 5 foram propostas no Senado e as demais na Câmara dos Deputados.

Todas as propostas de alteração legislativa do Executivo foram aprovadas, com exceção da proposta de criação das carreiras de servidores para o Cade, que foi vetada pelo próprio Executivo. Duas medidas provisórias tinham finalidade arrecadatória, com a criação e reajuste da taxa processual cobrada pelo Cade e outra aumentou os instrumentos de investigação e *enforcement* do Cade, instituindo o Acordo de Leniência e a possibilidade e realização de diligências de busca e apreensão nas investigações a infrações à ordem econômica.

Dentre as propostas de iniciativa no Congresso Nacional, apenas uma delas foi convertida em Lei. Trata-se do projeto de lei que deu origem à Lei 12.529/2011, ao qual foi pensado o projeto de lei de 2005 enviado pelo Poder Executivo. Ou seja, na prática a agenda legislativa de defesa da concorrência é dominada pelo Executivo.

As propostas apresentadas na década de 90 foram arquivadas ou vetadas, mesmo aquelas que propunham maior autonomia formal ao Cade.

Ainda existem 8 projetos de lei em tramitação. Duas propostas regulam as competências entre o Cade e o Banco Central no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, matéria que foi objeto de conflito entre as duas autoridades e recentemente pacificado por acordo entre elas. Outros 5 projetos buscam aumentar a capacidade de *enforcement*, 4 deles alterando a forma de cálculo das multas impostas pelo Cade e outro permitindo o acesso pelo Cade às bases de dados da Receita Federal⁶⁶.

Pela análise da tramitação das propostas, verifica-se que a tramitação por 7 anos do projeto de lei que deu origem à Lei 12.529/2011 monopolizou a agenda legislativa de defesa da concorrência. O projeto, mesmo incluído na agenda legislativa do Programa de Aceleração do Crescimento PAC em 2007 ainda levou 4 anos para ser aprovado. Ou seja, o Executivo tem o poder de agenda sobre as propostas aprovadas, mas o Legislativo tem a prerrogativa de vetar ou de retardar as discussões.

⁶⁶ Outras duas iniciativas de 2008, ainda formalmente em tramitação, tratam de prazos para apresentação a posteriori de documentação relativas a atos de concentração.

Nesse período, é possível levantar a hipótese que o SBDC esteve em “teste” pelo sistema político. Eventuais decisões do Cade que afetassem interesses com forte representação no Congresso poderiam, em alguma medida, impedir ou retardar a aprovação da nova Lei.

É ilustrativo, nesse sentido, a entrevista do ex conselheiro Alessandro Octaviani (Ibrac, 2017) ao se referir ao ato de concentração Perdigão-Sadia, que deu origem à BRF:

*“O referido ‘Caso BRF’ foi a julgamento em período próximo à tramitação final do projeto de lei que veio a tornar-se a atual Lei de Defesa da Concorrência. **Eventual decisão que fosse passível de críticas exacerbadas poderia impactar na aprovação da nova lei.** Parte da imprensa fazia um papel muito chinfrim, condenando de antemão a decisão do Cade, explicitamente tentando macular o Conselheiro Carlos Ragazzo, que fazia um trabalho exemplar, e o Procurador Gilvandro, que considerou adequadas em seu Parecer as ponderações do Conselheiro Relator. Nesse contexto, havia uma questão, às vezes ventilada, no seguinte tom: **‘Se o Cade for duro e as empresas reclamarem, a nova Lei pode ser engavetada’.** Ao final do caso, o julgamento foi tecnicamente muito bem conduzido (...). Não houve qualquer impacto do julgamento na aprovação da Lei, como em tantas vezes, a cortina de fumaça revelou-se somente isso: um pequeno argumento ad terrorem, sem qualquer eficácia ou consequência. ” (Ibrac, 2017, p.26, grifo nosso)*

Apenas uma investigação mais aprofundada da tramitação do projeto de lei e da atuação do Cade nesse período, a qual vai além do escopo deste trabalho, poderia esclarecer os impactos do comportamento do Cade sobre o projeto de lei e os impactos da tramitação do projeto de lei no comportamento do Cade.

Entretanto, é razoável entender que atualmente, com a agenda legislativa de defesa da concorrência relativamente esvaziada, que o escrutínio político-legislativo sobre o Cade é menor do que ao longo da tramitação da reforma do SBDC.

O que se tem observado, contudo, é que após um longo processo de tramitação legislativa, a principal alteração legislativa levada a cabo foi a reestruturação administrativa do Cade, com maior capacidade de *enforcement* da legislação e autonomia, indicando que as decisões do órgão devem estar dentro do escopo de preferências do governo.

Por outro lado, apesar do projeto de lei ter sido enviado ao Congresso Nacional em 2005, a sua aprovação se deu apenas em 2011. É possível inferir, portanto, que não houve um acordo entre o Executivo e o Legislativo neste intervalo, ainda que a proposta tenha sido incluída no rol de medidas legislativas prioritárias do PAC. Uma das principais

razões para tanto eram as fortes desconfianças sobre a capacidade administrativa do Cade para implementar uma análise prévia dos atos de concentração.

É possível propor a hipótese de que, no início do Governo Dilma, uma reforma em prol de maior eficiência e autonomia do Cade estivesse mais alinhada às preferências no novo Executivo e que o custo de credibilidade no início do governo tenha se intensificado em relação ao governo Lula. Como a então Presidente Dilma era a coordenadora do PAC, a proposta legislativa de reforma do SBDC estava alinhada às suas preferências.

Por outro lado, é de se pressupor que o Cade tenha atuado conforme as preferências do Executivo entre 2005 e 2011, caso contrário, haveria resistência do Executivo para aprovar uma medida que aumenta a autonomia e capacidade de *enforcement* do SBDC. Inclusive, é razoável a hipótese que o apoio político pela aprovação do projeto de lei que reestruturou o SBDC foi um dos possíveis mecanismos de controle utilizados para alinhar as preferências do Cade ao governo e ao legislativo.

Uma hipótese alternativa seria a de que o Executivo e o Legislativo podem ter avaliado que, mesmo com mais autonomia, ainda dispunham de mecanismos de controle sobre o Cade.

5.5 Controle orçamentário

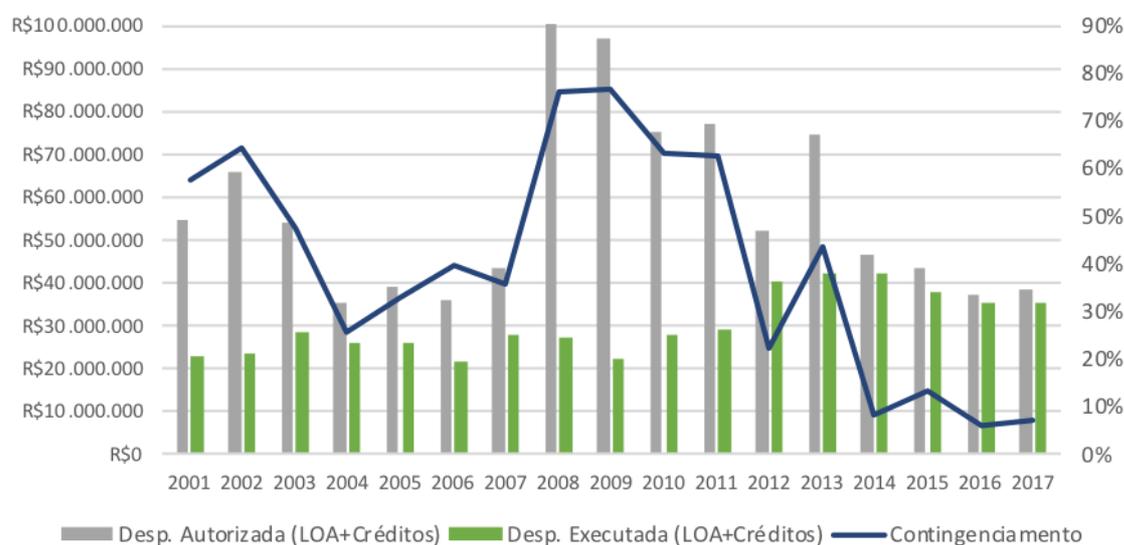
O Cade, assim como outras autarquias e agências reguladoras no Brasil, detém baixa autonomia orçamentária. Na prática, não é conferido às agências reguladoras tratamento orçamentário distinto em relação às demais entidades da Administração Pública, verificando-se forte contingenciamento de recursos, inclusive daqueles oriundos de arrecadação própria (TCU, 2009 e 2013).

Na elaboração da Lei orçamentária, a proposta de orçamento do Cade é submetida ao Ministério da Justiça e ao Ministério do Planejamento e não depende apenas da sua arrecadação. Já ao longo da execução orçamentária, os recursos destinados ao Cade também estão sujeitos a contingenciamento.

Uma das formas de se mensurar a interferência do governo na autonomia financeira da agência se dá pelo percentual de recursos contingenciados (Silva, 2012), que corresponde à proporção dos créditos autorizados que não são executados. Quanto maior o contingenciamento, maior a influência do governo na gestão da agência.

O gráfico abaixo apresenta o total de créditos aprovados, executados e o percentual de contingenciamento. Os dados entre 2001 e 2011 correspondem à soma dos valores da SDE e do Cade.

Gráfico 8 - Despesas autorizadas, executadas e contingenciamento de recursos do Cade e da Secretaria de Direito Econômico – 2001 a 2017 em reais de julho/2018



Fonte: Portal do Orçamento Federal – Siga Brasil. Elaboração própria.

A partir de 2012, quando entrou em vigor a Lei 12.529/2011, houve considerável mudança no comportamento orçamentário do Cade. Houve uma redução dos créditos autorizados a partir de 2012 em relação ao observado entre 2008 a 2011. Entretanto, os valores executados pelo Cade foram maiores.

Em valores atualizados pelo IPCA para julho de 2018, verifica-se uma relativa estabilidade na execução orçamentária entre 2001 e 2011, com despesas entre R\$ 21 e 28 milhões, com média de R\$ 25 milhões. Entretanto, os valores autorizados foram muito instáveis, oscilando entre R\$ 35 e R\$ 113 milhões. Assim, o contingenciamento médio foi de 53% nesse período, indicando forte influência sobre a execução orçamentária do Cade. Essa realidade até 2011 é semelhante à apresentada por Silva (2012), que demonstra que a o contingenciamento é uma prática frequente nas agências reguladoras.

Entretanto, a partir de 2012, houve aumento no total de recursos executados pelo Cade e redução do contingenciamento. A média anual de execução saltou para cerca de R\$ 39 milhões⁶⁷ e o contingenciamento médio ficou em 17%. Por esta ótica, houve maior volume e estabilidade de recursos para o Cade a partir da Lei 12.529/2011, ainda

⁶⁷ A diferença entre os valores até 2011 e a partir de 2012 está subestimada, pois até 2011 estão computadas também as despesas da SDE com o Programa de Defesa do Consumidor.

que não tenha havido qualquer alteração na legislação ou prática orçamentária que assim determinasse.

Nesse sentido, a execução orçamentária do Cade indica que pode ter havido maior autonomia financeira real do Cade a partir da reforma. Entretanto, esta conclusão deve ser tomada com cautela. O indicador de contingenciamento está sujeito ao problema da equivalência observacional. Ou seja, é possível se questionar: o Cade se tornou mais autônomo por ter mais recursos ou o Cade obteve mais recursos como recompensa por ter se comportado conforme as preferências do governo? Trata-se de uma pergunta muito difícil de responder.

5.6 Controle organizacional

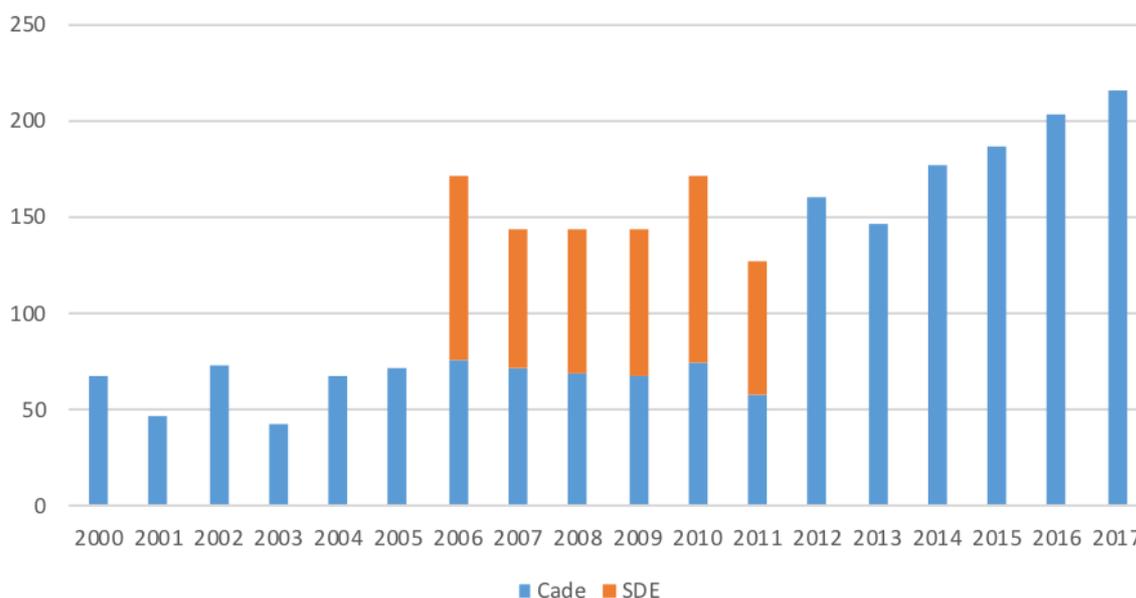
Uma característica que distingue o Cade das demais agências reguladoras é a ausência de carreira própria. Os servidores do Cade, antes e após a Lei 12.529/2011, assim como da extinta Secretaria de Direito Econômico são majoritariamente cedidos e requisitados de outros órgãos da Administração Direta ou Indireta ou ocupantes de cargos sem vínculo com a Administração.

A insuficiência e alta rotatividade dos servidores do Cade é um problema apontado nos relatórios de gestão desde 2000, assim como na publicação anual *Global Competition Review Enforcement Rating*.

O gráfico abaixo sintetiza as informações disponíveis sobre os servidores lotados no Cade e na SDE a partir de 2003⁶⁸. Verifica-se que tanto a SDE como o Cade eram órgãos pequenos e com relativa estabilidade no quantitativo de servidores. A partir de 2012, a parcela de servidores da SDE dedicada à defesa da concorrência foi incorporada ao Cade.

⁶⁸ Optou-se por não incluir os dados de servidores da SEAE, por ser uma Secretaria com um número relativamente grande de servidores, mas que apenas uma pequena parcela estava voltada para atividades do SBDC. Não foram identificados nos relatórios de gestão dados específicos sobre este quantitativo.

Gráfico 9 – Número de servidores do Cade e da SDE, por ano – 2000 a 2017



Fonte: Relatórios de Gestão do Cade e da SDE, 2000-2017. Elaboração própria.

Desde 2012, tem se verificado um aumento gradual, mas constante, de servidores junto ao Cade, atingindo 200 servidores em 2016.

A Lei 8.884/1994 previa a criação de uma carreira específica, medida nunca adotada. A Lei 12.529/2011 criou 200 cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental para atuarem no Cade. O provimento desses cargos, contudo, tem sido aquém deste quantitativo, em torno de 70 servidores (Cade, 2017).

Em 2014 o Cade realizou concurso público para provimento de 26 cargos do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo para atender as necessidades administrativas do órgão.

Em dezembro de 2015, ainda no governo Dilma, foi enviada ao Congresso proposta de criação das carreiras de Analista em Defesa Econômica e Analista Administrativo para o Cade, totalizando 200 cargos com remuneração semelhante à das demais agências reguladoras. Contudo, a proposta aprovada no Congresso foi objeto de veto presidencial no início do governo Temer, sob o argumento de que não havia previsão de concurso público e que as demais carreiras do Executivo supririam a necessidade do órgão. O veto ocorreu nos primeiros meses do governo Temer, em um contexto de ajuste fiscal e forte pressão contrária a medidas de aumento de gastos. Assim, o veto à criação de inúmeros cargos abrangeu também a carreira Cade, cujas despesas seriam compensadas pela extinção de cargos de Especialista em Políticas Públicas.

Nesse sentido, as justificativas fiscais, ainda que sem respaldo fático, se impuseram sobre a maior autonomia organizacional do Cade. É possível levantar a questão sobre a ausência de interlocução política do Cade com o governo. Tratava-se de um governo recém empossado e o mandato do Presidente do Cade também tinha expirado há um mês⁶⁹. É possível que a existência de um Presidente do Cade no curso de seu mandato, com maior legitimidade e interlocução política, pudesse negociar, apresentar argumentos e convencer o governo a manter a criação destes cargos. Afinal, o Cade permanece como a única autarquia do governo federal sem carreira própria.

Além da quantidade de servidores, outro problema da força de trabalho que afetava os três órgãos do SBDC e agora também o Cade é a alta rotatividade e, por consequência, o pouco tempo médio de atuação do servidor no órgão (OCDE, 2010; *Global Competition Review*, 2000-2017).

A média de idade dos servidores do Cade e da SDE entre 2006 e 2010 foi de 30 a 32 anos e o tempo médio no órgão variou entre 2 e 4 anos. De acordo com a publicação anual do ranking da *Global Competition Review*, os órgãos antitruste brasileiros foram por vários anos os mais jovens e com a menor experiência dentre os países analisados. Essa instabilidade de pessoal dificulta a gestão do conhecimento, bem como a construção de uma memória e cultura institucional.

Em 2016, a média de idade dos servidores foi de 35 anos e o tempo médio de atuação no Cade de 5 anos (GCR, 2017), o que representa um avanço em termos de consolidação de um quadro de servidores estável. Contudo, cerca de 20% dos servidores são substituídos anualmente no órgão, o que exige esforços contínuos para atrair e treinar novos funcionários.

Outro elemento que restringe a autonomia do Cade em relação ao governo são os procedimentos de nomeação de servidores para cargos em comissão e autorizações para afastamentos do país. Diferentemente das agências reguladoras abarcadas pela Lei 9.986/2000⁷⁰ em que cabe ao órgão colegiado a aprovação de nomeações e de viagens, em relação ao Cade, a competência é do Ministro da Justiça.

Especialmente em relação à nomeação de servidores em cargos de direção e assessoramento superior – DAS até nível quatro, a competência é delegada ao Presidente do Cade. Ou seja, o Cade detém a autonomia real para escolha de seus dirigentes de baixo e médio escalão que representam quase 90% de seus cargos em comissão. Contudo, entre

⁶⁹ O conselheiro mais antigo exercia provisoriamente a função de Presidente do Cade.

⁷⁰ Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências.

junho de 2016 e junho de 2017⁷¹, o Ministério da Justiça suspendeu a delegação, demonstrando que pode interferir na gestão organizacional do Cade.

Nesse sentido, é possível entender que autonomia do Cade apresenta melhoras discretas desde vigência da Lei 12.529/2011, especialmente em decorrência do aumento gradual do número de servidores. Entretanto, a autonomia em termos de recursos humanos ainda é baixa e o governo dispõe de instrumentos para interferir na gestão do Cade.

Por fim, o quadro abaixo busca sintetizar os principais achados em relação aos indicadores de controle governamental sobre o Cade.

Quadro 6 - Síntese da análise dos indicadores de controle governamental sobre o Cade

Indicador de controle governamental	Principais Resultados
Indicação de Dirigentes	<ul style="list-style-type: none"> - Aumento discreto de 51 para 54% na indicação de agentes estatais. - Na maior parte do tempo, o Cade possui pelo menos 3 atores estatais em sua composição, indicando ser esta uma estratégia adequada assegurar o controle, sem perda de credibilidade. - Os indicados para presidente e superintendente-geral são, quase sempre, atores estatais. - Manutenção do cumprimento dos requisitos de expertise com indicação de especialistas em 81% das indicações, mas com variação entre governos. - As variações entre governos parecem ser mais fortes do que as variações decorrentes da mudança legislativa. Variação entre governos dá uma dimensão das preferências e dos custos de credibilidade de cada um. - Todos os governos indicam mais atores estatais. As variações ocorrem na proporção de especialistas, de profissionais e acadêmicos. - Governos Lula (94%) e Dilma (100%) foram os que mais indicaram especialistas. Governos Itamar (28%) e Temer (50%) foram os que menos indicaram. - Governos Lula e Dilma foram os que mais indicaram acadêmicos, ao passo que os governos FHC e Temer priorizaram profissionais de mercado. <p>Conclusão sobre mudança na autonomia real: indefinido. Houve ligeira intensificação da estratégia de indicação de atores estatais, mas a política de indicações parece responder mais às preferências e custos de credibilidade de cada governo do que às regras formais. Requisitos formais de qualificação técnica são atendidos.</p>
Cumprimento dos mandatos legais	<ul style="list-style-type: none"> - Os mandatos legais do Cade são cumpridos. As interrupções (em 10% dos casos) ocorreram sempre por razões profissionais. <p>Conclusão sobre mudança na autonomia real: não houve mudança. Neste quesito, o Cade dá sinais de ser mais autônomo na prática do que outras agências de infraestrutura.</p>
Vacância dos cargos e coincidência dos mandatos	<ul style="list-style-type: none"> - As vacâncias afetaram a capacidade de deliberar do Cade em 8 momentos de curta duração, todos eles sob a vigência da Lei 8.884/94. - Contudo, as vacâncias têm sido mais frequentes e mais longas sob a nova estrutura apesar dos efeitos serem menores. - O mecanismo de escalonamento dos mandatos não funciona na prática. É possível alterar a maior parte da composição do Tribunal de uma só vez. Com as vacâncias recentes, essa alteração pode ocorrer no início do mandato

⁷¹ Pela portaria nº 611, de 10 de junho de 2016 do Ministro de Estado da Justiça e Cidadania.

Indicador de controle governamental	Principais Resultados
	<p>do Presidente.</p> <p>Conclusão sobre mudança na autonomia real: ambíguo. Por um lado, as vacâncias têm aumentado, mas seus efeitos são menores em função das novas regras de deliberação. Por outro lado, o mecanismo de escalonamento dos mandatos tem sido desvirtuado, apesar da sua previsão formal. O Presidente pode alterar a maioria da composição de uma só vez.</p>
Alterações legislativas	<p>- Há dominância do Executivo na agenda legislativa da defesa da concorrência.</p> <p>- As alterações têm ocorrido para aumentar a autonomia e a capacidade de <i>enforcement</i> do Cade.</p> <p>- A tramitação da Lei 12.529/2011 monopolizou a agenda legislativa e pode ter sido um fator de influência sobre o Cade.</p> <p>Conclusão sobre mudança na autonomia real: indefinido.</p>
Controle orçamentário	<p>- O orçamento efetivamente executado pelo Cade tem sido maior e crescente após a Lei 12.529/2011.</p> <p>- O contingenciamento orçamentário do Cade tem sido menor sob a nova estrutura.</p> <p>Conclusão sobre mudança na autonomia real: aumentou a autonomia orçamentária do Cade, mas esta conclusão não é definitiva.</p>
Controle organizacional (recursos humanos)	<p>- Historicamente o Cade sofre com a baixa quantidade e a alta rotatividade dos seus funcionários. Os funcionários são jovens e com pouca experiência no órgão.</p> <p>- Após a Lei 12.529/2011, a quantidade de funcionários tem aumentado, assim como idade média e a experiência.</p> <p>- Entretanto, após a Lei 12.529/2011 o Cade não conseguiu evitar o veto do governo à criação de sua carreira própria e sofreu períodos em que não pode nomear seus cargos de direção.</p> <p>Conclusão sobre mudança na autonomia real: ambíguo.</p>

Fonte: elaboração própria.

CAPÍTULO 5. AUTONOMIA INSERIDA: UMA NARRATIVA PARA O CADE

A reforma do SBDC aumentou a autonomia formal do Cade de modo a transformá-lo em uma das agências antitruste mais autônomas do mundo e em uma das agências reguladoras mais autônomas do Brasil.

Entretanto, diferentemente das regras formais, que tem data certa para entrar em vigor, a autonomia real não muda da noite para o dia. A autonomia na interação entre o Cade e governo é algo que se constrói e se transforma ao longo do tempo.

A análise dos indicadores de controle governamental mostra que o governo dispõe de mecanismos para influenciar a atuação do Cade. Entretanto, não foi possível identificar o maior ou menor uso destes instrumentos após a reforma.

Em geral, as regras de autonomia formal são cumpridas, com exceção do escalonamento dos mandatos. Contudo, é interessante notar que alguns avanços em termos de recursos orçamentários e humanos, que contribuem para autonomia real do Cade, foram obtidos justamente em aspectos que permaneceram inalterados e sob muito baixa autonomia formal com a Lei 12.529/2011.

Como em trabalhos anteriores (Eckert, 2010; Silva, 2012; Jordana e Ramió, 2010; Correa et al, 2006; Maggetti, 2007 e 2012; Yesilkagit e van Thiel, 2008), não foi possível identificar uma relação entre o aumento na autonomia formal e mudança autonomia real.

Não se verificou uma mudança significativa nos indicadores de autonomia real antes e após a reforma. É possível que a autonomia real do Cade não tenha se alterado após a Lei 12.529/2011. É necessário admitir também a possibilidade de que os indicadores de mensuração da autonomia real citados na literatura e aqui utilizados, focados em mecanismos de controle governamental, não foram adequados. Neste caso, uma mudança na autonomia real pode não ter sido captada. Em face dessa indeterminação, a análise pode ser complementada por entrevistas com atores-chave⁷², a despeito das limitações inerentes à percepção de autonomia.

Por outro lado, a análise de indicadores de autonomia real do Cade permitiu verificar que governos preferem indicar atores estatais para os cargos de direção, independentemente do tempo de mandato e da possibilidade de recondução. Uma possível

⁷² Esta foi uma lacuna do trabalho apontada pela banca de avaliação do trabalho. O autor optou pela não realização de entrevistas por ser servidor em exercício no Cade, o que poderia trazer vieses para a análise, mas encoraja iniciativas futuras neste sentido.

explicação reside na proximidade e facilidade de se observar o comportamento desses atores estatais previamente à indicação. Governos também indicam especialistas para o Cade e se preocupam com os requisitos de expertise. Ainda, a indicação estritamente política é residual. Por outro lado, existem padrões de preferências que variam entre governos, como a indicação de profissionais de mercado e acadêmicos.

O Executivo também maneja estrategicamente as indicações no tempo. A indicação de mais de um dirigente ao mesmo tempo é a regra. Essa estratégia pode facilitar a negociação dos profissionais a serem indicados. Até hoje, nenhuma indicação foi rejeitada pelo Senado. Contudo, o Senado já deixou de apreciar uma recondução por pressão de parlamentares do Espírito Santo em decorrência da atuação do Conselheiro na rejeição do ato de concentração Nestlé-Garoto (Miola, 2014). Em 2017, por pressão de partidos aliados, o Executivo substituiu uma indicação para Superintendente-Geral⁷³, o que demonstra a existência de controle político sobre as indicações.

Ainda, a agenda legislativa da política de defesa da concorrência é fortemente dominada pelo Executivo, o que confirma a ideia de que o Executivo é o principal na relação com o Cade. Contudo, a ação do Congresso no controle do Cade não é inócua e pode ser melhor aprofundada tanto nas indicações como nas decisões do Tribunal. Ao longo da pesquisa foram identificadas centenas de proposições com representações e convites para que membros do Cade compareçam a reuniões de comissões na Câmara e no Senado. Uma melhor análise dessas representações, da forma como são tratadas pelo Cade, assim como das audiências no Congresso e dos casos subjacentes pode oferecer uma nova visão sobre o controle político do órgão.

Uma possibilidade seria aprofundar a investigação dos perfis profissionais. Dados de filiação partidária para o passado não estão disponíveis, mas seria possível, a partir de uma análise relacional da origem das indicações, do tipo de formação, do conteúdo das publicações científicas, obter uma melhor dimensão do alinhamento político e ideológico com o governo.

Também, uma análise comparativa do Cade com agências que passaram por um processo de redução na autonomia formal, como a Anatel ou a Antaq, pode oferecer uma melhor perspectiva da relação entre autonomia formal e real. Nesse mesmo sentido,

⁷³ Ver O Estado de São Paulo, 12/09/2017: [Pressionado, Temer muda indicação para superintendência do Cade.](#)

poderá ser interessante analisar o impacto das eventuais mudanças na autonomia formal a serem implementadas com a futura lei geral das agências reguladoras⁷⁴.

Pelo caso do Cade, é possível levantar a hipótese de que autonomia formal e real são fluxos que obedecem a lógicas distintas, mas que se interconectam. Nesta seção, será desenvolvida uma narrativa de caráter exploratório, que busca levantar possíveis explicações para o caso do Cade na relação entre sua autonomia formal e real.

O Cade foi a primeira agência formalmente autônoma no Brasil. Desde 1991 seus dirigentes contam com mandato. Dado o espaço secundário da defesa da concorrência na agenda política, a criação do Cade enquanto autarquia não partiu da atuação de grandes lideranças políticas em torno de uma agenda reformista, mas da iniciativa de agentes de nível intermediário da administração, assim como de um grupo de profissionais e especialistas que tinham contato com experiências e práticas internacionais em defesa da concorrência (Miola, 2014)⁷⁵.

Desde o final da década de 80, as iniciativas e propostas de se criar uma moderna legislação em defesa da concorrência ocorriam por iniciativa de comissões de especialistas que buscavam inspiração e legitimidade em conceitos e experiências internacionais. Ou seja, a própria formulação da política era delegada a esse pequeno grupo profissionais, ligados ao próprio Cade em sua estrutura anterior e que tinham contato com a tecnologia jurídica e econômica da matéria. Nesse sentido, formou-se uma pequena comunidade de especialistas, cujas tarefas que lhes foram delegadas conferiram uma certa autonomia, mas também uma inserção política ao Cade desde o seu nascedouro, da criação do projeto de lei, à sua discussão e aprovação no Congresso e implementação.

Assim, essa “autonomia inserida”⁷⁶, viabilizada pela delegação e existência de conexões e canais de relacionamento entre o Cade e a comunidade de defesa da concorrência com o governo permitiram ao órgão atuar de forma relativamente autônoma de pressões clientelistas, ao mesmo tempo em que viabilizou a inserção necessária para a

⁷⁴ Em julho de 2016, o Projeto de Lei nº 6.621/2016 encontrava-se em fase final de tramitação da Câmara dos Deputados e continha disposições lineares no sentido de aumentar a autonomia formal das agências reguladoras.

⁷⁵ Para uma revisão detalhada das origens da Lei 8.888/94, ver Miola (2014, p. 164-238).

⁷⁶ A expressão “autonomia inserida” tem sido adotada com frequência em estudos sobre o papel da relação estado-sociedade no desenvolvimento e tem origem nos trabalhos de Peter Evans (1993; 2012). A ideia central da expressão em sua acepção original é que a autonomia weberiana do aparelho do estado em relação às estruturas sociais nem sempre é capaz de produzir os melhores resultados. A inserção na forma de conexões e canais de relacionamento entre a burocracia e atores privados pode aumentar a capacidade e a efetividade da ação estatal em contextos de transformação para o desenvolvimento. O propósito aqui não é rever e nem analisar esse conceito, mas a ideia por traz da hipótese aqui proposta é análoga para a relação entre agência e governo e por isso a expressão foi tomada de empréstimo.

promoção de reformas estruturantes no seu arranjo institucional. A proximidade e trânsito político desse grupo de profissionais da burocracia de médio escalão do governo (atores estatais) e do mercado, com laços na academia e na comunidade internacional da área, pode ser sido importante para conquistas de autonomia formal.

O perfil de profissional que hoje é indicado pelo Cade já estava lá em seu início e ajudaram a ancorar o perfil considerado adequado e que se espera para os cargos de direção do Cade. Sob uma outra lente teórica, valendo-se da terminologia do *advocacy coalition framework* – ACF (Sabatier e Weible, 2007)⁷⁷, é possível levantar a hipótese de que este grupo de profissionais constitui uma coalizão de defesa que detém desde então um relativo monopólio neste subsistema de política de defesa da concorrência e que foi importante para a construção de uma imagem de Cade eficiente, técnico e autônomo, que pautou a reforma do SBDC quase vinte anos depois.

Embora não se tenha registros de pressões internacionais na criação do Cade, relatos desses profissionais⁷⁸ indicam que o contato com seus pares em outros países viabilizou a importação de muitos instrumentos de política de defesa da concorrência. Nesse sentido, mecanismos de aprendizagem e emulação dentro deste domínio de política da concorrência foram importantes para a experiência brasileira. Com isso, o Cade foi instituído enquanto agência autônoma anos antes do movimento de reforma do estado que viria marcar a criação das demais agências reguladoras.

A imagem que se formava era a de que a autonomia decisória formal do Cade era parte de sua organização como tribunal e órgão judicante. Como o governo sempre atuou na esfera empresarial, era importante que o Cade fosse imparcial em seus julgamentos e evitar que suas decisões fossem revistas pelo Judiciário. Excelência técnica e autonomia também são apontados como pré-requisitos para sustentar e fazer valer as decisões do Cade, frequentemente questionadas no judiciário (Miola, 2014).

⁷⁷ O ACF é um quadro de referência que auxilia a compreender a formulação e os padrões de mudanças nas políticas públicas. São três as bases do ACF: i) uma premissa macro de que a maior parte da formulação de políticas públicas ocorre entre especialistas de um subsistema de políticas públicas, cujo comportamento é afetado por fatores mais amplos dos sistemas políticos e sócio-econômicos; ii) um modelo de indivíduo, no nível micro, que se baseia fortemente na psicologia social; iii) uma convicção de nível intermediário pela qual a melhor maneira de agregar diferentes atores num subsistema de políticas é agregando-os em “advocacy coalitions” ou coalizões de defesa. Esses fundamentos afetam as crenças e a mudança de políticas por meio do aprendizado orientado para a política e de perturbações externas (Araújo e Calmon, 2012). Para uma revisão e aplicação do modelo à política ambiental no Brasil, ver Araújo (2013).

⁷⁸ Ver Miola, 2014 e Dutra, 2009.

Assim, a busca de legitimidade perante a comunidade de defesa da concorrência, nacional e internacional, bem como frente ao Judiciário, confere ao Cade balizas para resistir à influência governamental indevida.

Entretanto, não se pode dizer que a trajetória de autonomia Cade foi sem percalços. O primeiro grande choque entre autonomia e controle do Cade ficou conhecido como o “caso Gerdau” (Gheventer, 2005; Bello, 2005). Em 1995, o Cade vetou a compra da siderúrgica Pains pelo grupo Gerdau e determinou que a operação fosse desfeita. Embora a Lei previsse a decisão administrativa final pelo Cade, o Ministro da Justiça acatou um recurso administrativo e suspendeu a decisão. O governo criou à época um grupo interministerial para estudar mudanças na legislação e reduzir os poderes do Cade para decidir sobre atos de concentração. O conflito apenas foi resolvido com o fim dos mandatos do Presidente e de 5 conselheiros. Com a mudança de composição, o Cade apresentou remédios alternativos à venda da siderúrgica e a operação foi aprovada. Por fim, ficaram preservados os poderes e a autonomia formal do Cade. Este caso revela, por exemplo, como o governo é capaz de usar as indicações em bloco e o seu poder legislativo, ainda que na forma de ameaça, para influenciar as decisões do órgão. Independentemente do mérito da decisão, o insulamento do Cade quase lhe causou um forte revés institucional.

A trajetória do Cade até a Lei 12.529/2011 foi permeada por casos em que envolviam interesses do governo e de grupos empresariais, que atraíram a atenção pública e geraram controvérsias como as privatizações, os casos Ambev, Nestlé-Garoto, Sadia-Perdigão, Oi-Brasil Telecom, dentre outros. Contudo, não há relatos de que tenha havido tamanha interferência ou conflito entre governo e o Cade nestes casos. Este seria um indicador de que a atuação do Cade não esteve distante das preferências do Executivo.

Por muitos anos, o Cade foi considerado um “leão sem dentes”⁷⁹. A falta de recursos orçamentários, humanos e de infraestrutura básica de funcionamento, além de entraves legais, como a análise posterior de atos de concentração e a atuação simultânea de três autoridades eram considerados os principais gargalos para a efetivação da política de defesa da concorrência.

As discussões para reforma do SBDC foram iniciadas ainda na década de 90. Em 2000 foi colocada em consulta pública uma proposta de criação da Agência Nacional de Defesa da Concorrência e do Consumidor – ANC, cujos dirigentes teriam mandato de

⁷⁹ Analogia utilizada no discurso de posse do ex-presidente do Cade Arthur Badin, [em novembro de 2008](#).

cinco anos, sem recondução. A independência era claramente mencionada como característica institucional importante.

Os resultados dessa consulta pública não são conhecidos. Entretanto, já no governo Lula, a proposta deste grupo foi mencionada na mensagem do projeto de lei do executivo que deu origem à Lei 12.529/2011. A mensagem, entretanto, não deu qualquer ênfase à autonomia do Cade, apesar de propor alterações que a aumentassem substantivamente. Toda a ênfase foi dada à unificação dos órgãos de instrução e julgamento e à análise prévia dos atos de concentração⁸⁰.

É provável que a motivação para a mudança na estrutura de delegação da política de concorrência não tenha sido a busca por compromissos críveis ou a incerteza política. O discurso presente nos documentos oficiais aponta para a necessidade de maior eficácia na política e a adaptação da agência a padrões internacionalmente considerados adequados. Ou seja, muito provavelmente a reforma ocorreu em um contexto de difusão por aprendizagem e emulação.

Autonomia e poderes regulatórios não se confundem, mas estão intimamente relacionados. Pouca relevância tem do ponto de vista do controle governamental um órgão autônomo, mas sem poderes. Pelo quadro de referência da relação agente-principal, um incremento expressivo nos poderes do Cade deveria ter sido acompanhado de maior controle e menos autonomia. Contudo, o Cade parece ter evoluído conjuntamente em termos de poderes, capacidade de *enforcement* e autonomia.

Enquanto o projeto de lei do “Super Cade” era gestado e discutido, eram experimentados e desenvolvidos novos instrumentos de *enforcement*. A implantação do acordo de leniência, a realização de operações de busca e apreensão e aplicação com a execução de multas cada vez mais altas mostravam que “o leão já tinha dentes de leite”.

Além disso, a força da comunidade de defesa da concorrência se revelava na continuidade da política de defesa da concorrência mesmo com a troca dos governos FHC e Lula. Lula indicou Elizabeth Farina para o cargo de Presidente do Cade, reconhecida por sua capacidade acadêmica e neutralidade (Miola, 2014), além promover recondução de dois conselheiros indicados por FHC. Nessa linha, a credibilidade da política da

⁸⁰ Nos projetos de lei dos Deputados Carlos Cadoca e Fernando Gabeira (ver Apêndice D), a justificativa para aumento dos mandatos e o fim da recondução não fazia qualquer referência à autonomia, mas à maior estabilidade da jurisprudência e melhor aproveitamento do conhecimento acumulado pelos conselheiros com os julgamentos anteriores.

concorrência parece ter sido importante para os governos Lula e Dilma, considerando a grande proporção de especialistas que foram indicados.

Nesse sentido, o Cade desenvolveu ao mesmo tempo um certo grau de autonomia real e de poderes regulatórios. Com a aprovação da Lei 12.529/2011, no início do governo Dilma, o Cade consolidou seus poderes regulatórios e uma organização institucional mais eficiente, com maior capacidade de *enforcement* e maior autonomia formal.

Assim, é possível propor a hipótese de que autonomia formal e real são fluxos que obedecem a lógicas distintas, mas que se interconectam. A maior autonomia formal do Cade e a expansão de sua capacidade regulatória podem ser resultado da autonomia que o órgão conquistou ao longo do tempo para definir a imagem da política. A relação entre autonomia formal e real pode ser uma via de mão dupla, ou seja, autonomia real pode levar à autonomia formal.

Por outro lado, é difícil imaginar que esse processo tenha ocorrido sem o fortalecimento e sem inserção política da comunidade epistêmica da defesa da concorrência. A comunidade de defesa da concorrência se expandiu e criou laços mais fortes, inclusive com organismos internacionais. Assim, o Cade iniciou na década de 90 um processo de fortalecimento da cooperação internacional. O Cade, seus membros e especialistas em defesa da concorrência passaram a participar ativamente de organizações e redes de defesa da concorrência⁸¹. Nesse contexto, o Cade passou por dois processos de revisão por pares conduzidos pela OCDE em 2005 e 2010, cujas conclusões e recomendações auxiliaram o debate político e deram legitimaram técnica às mudanças que viriam a ser implementadas pela Lei 12.529/11.

Além disso, a defesa da concorrência ganhou a academia e passou a se sofisticar tecnicamente. Publicações científicas especializadas como a Revista do Cade e mecanismos de formação como o Programa de Intercâmbio do Cade – Pincade, do qual participaram muitos ex conselheiros do Cade, também auxiliaram no fortalecimento e expansão dessa comunidade de especialistas. Também, grandes escritórios de advocacia se consolidaram e ganharam alcance e reconhecimento internacional.

⁸¹ São diversas as esferas de cooperação internacional do Cade. As principais mencionadas nos relatórios de gestão são a *International Competition Network* – ICN; o Comitê de Concorrência e o Global Competition Forum da OCDE; a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD; as conferências dos Brics; o Banco Mundial, dentre outras.

Por outro lado, é razoável supor que a existência de laços políticos foi importante para essa transformação do Cade⁸². A formação de uma burocracia de médio escalão com alta qualidade técnica e trânsito político, os atores estatais, permitiu ao governo aliar credibilidade com certo grau de controle nas indicações, mas também permitiu ao Cade consolidar sua imagem de política pública junto a diferentes governos e alcançar o seu aperfeiçoamento institucional. A autonomia não é apenas concedida por um ato de delegação, mas pode também ser conquistada. Uma agência deve buscar alianças políticas para alcançar e sustentar suas conquistas institucionais.

Nesse sentido, pode ter faltado ao Cade a inserção política necessária para demover o Executivo da decisão de vetar a criação de sua carreira própria. Contribuiu para tanto naquele momento a troca de governo e a vacância do cargo de Presidente do Cade.

Portanto, sob a perspectiva do Cade, um completo insulamento em relação aos processos políticos, além de impossível, não seria desejável. A autonomia técnica decisória é essencial. O governo não deve interferir na decisão sobre quem será investigado e como disputas serão resolvidas. Garantias institucionais de autonomia formal devem evitar que isso aconteça. Entretanto, é legítimo que se discuta politicamente as diretrizes da política de defesa da concorrência e os contornos da atuação do Cade (Kovacic, 2011).

Por outro lado, a inserção do Cade nos processos políticos o permite influenciar decisões de políticas públicas, que podem ter tanto ou mais impacto sobre a concorrência do que a atividade judicante do órgão. Essa atividade de *advocacy* pode impedir que outras políticas imponham restrições à competição em diversos mercados⁸³. Por outro lado, um órgão insulado pode ficar à revelia de decisões de outros órgãos que restringem a concorrência, estabelecem barreiras à entrada, fixam preços ou criam setores imunes ao controle antitruste.

Cabe ressaltar, por fim, que a discussão sobre autonomia do Cade ou de qualquer agência reguladora pressupõe um equilíbrio entre mecanismos de autonomia e *accountability*, sob pena de um déficit de legitimidade democrática. Minimamente, as decisões devem ser públicas e adequadamente motivadas, realizadas em sessões abertas ao

⁸² Dois ex-presidentes do Cade possam ser considerados ilustrativos nesse sentido, Gesner de Oliveira e Vinícius de Carvalho. Ambos tinham experiência e liderança no âmbito da comunidade de defesa da concorrência, mas também fortes laços políticos com o governo. O primeiro ajudou a consolidar o Cade no início da Lei 8.884/94 e o segundo trabalhou pela aprovação da Lei 12.529/2011 (ainda na SDE) e conduziu o processo de transição.

⁸³ Nesse sentido, ver a atuação do Cade na [modelagem de concessões em infraestrutura](#), na [regulação do transporte individual de passageiros](#), do [mercado de combustíveis](#) e na [política de tabelamento de fretes](#).

público, previamente agendada e pauta pública, os procedimentos decisórios devem ser claros, as informações seus parâmetros de decisão devem estar disponíveis em guias e as discussões sobre regulamentos devem ser abertas à participação externa. Assim, qualquer tipo de controle deve ser transparente, aberto e ser discutido junto à sociedade.

CONCLUSÃO

A instituição de agências reguladoras autônomas é um elemento central da governança regulatória que se tornou hegemônico e se difundiu por diversos setores e países. Um dos pontos de partida deste trabalho foi a ideia de que um aumento na autonomia formal do Cade levaria à maior autonomia na prática. As visões teóricas funcionais da autonomia preveem, com isso, melhores resultados de política regulatória.

Com a nova Lei de Defesa da Concorrência, o Cade se transformou em uma das agências reguladoras mais autônomas do Brasil e talvez do mundo, se comparado com seus pares europeus. A ampliação das garantias formais de autonomia decisória do Cade decorreu especialmente da unificação das competências regulatórias em um único órgão, da extensão dos prazos dos mandatos e do fim da possibilidade de recondução. Entretanto, o Cade ainda tem muito pouca autonomia em termos organizacionais, orçamentários e de recursos humanos.

A análise aqui desenvolvida a partir de indicadores de autonomia real, com foco nos instrumentos de controle do governo, mostrou que o governo dispõe de um conjunto de instrumentos que lhe permitem influenciar a atuação do Cade. Entretanto, mesmo após cinco anos da mudança institucional, não foi possível verificar uma mudança no padrão de relacionamento com o Executivo em termos de autonomia real.

No caso do Cade, a política adotada por diferentes governos para a indicação de conselheiros envolve o predomínio de atores estatais, profissionais cuja carreira está vinculada à ocupação de cargos públicos. Os atores estatais representam mais de metade das indicações, antes e depois da mudança na Lei, e a sua indicação é a estratégia mais adequada para conciliar a necessidade de credibilidade, expertise e controle. Ainda, os cargos de Presidente e Superintendente-Geral, os mais importantes na estrutura do Cade, são quase sempre ocupados por atores estatais. Atores estatais estão próximos do governo, de modo que é possível observar o comportamento desses profissionais, reduzindo a assimetria de informação na escolha dos aliados a serem indicados.

Embora se reconheça que todas as indicações para o Cade são políticas em certa medida, a indicação de caráter estritamente político, pautada exclusivamente por padrões de patronagem, é residual no Cade. Além disso, requisitos de expertise para indicação de dirigentes do Cade são quase sempre atendidos. A grande maioria dos membros do Cade são especialistas em direito, economia ou defesa da concorrência. Mas variações

encontradas na proporção de especialistas, de profissionais de mercado e exclusivamente acadêmicos indicam preferências distintas entre governos.

Os mandatos legais do Cade são cumpridos na grande maioria dos casos, mesmo após a alteração legislativa. As interrupções ocorreram em apenas 10% dos casos e sempre por motivos profissionais. Por outro lado, verificou-se um aumento nas vacâncias dos cargos do conselho, que se tornaram maiores e mais frequentes após a Lei 12.529/2011. Todavia, a flexibilização das regras de quórum para deliberação na nova legislação reduziu o impacto das vacâncias. O principal efeito das vacâncias sobre a autonomia real do Cade foi a desfiguração do mecanismo formal de escalonamento dos mandatos. Com isso, no início do mandato presidencial o governo poderá indicar a maior parte dos conselheiros em um único momento, o que aumenta a influência do Executivo, permite uma mudança brusca de política e amplia instabilidade decisória do Cade.

O governo também dispõe de forte controle sobre os principais recursos do Cade, orçamento e recursos humanos. Embora a reforma do Cade tenha mantido muito baixa a autonomia orçamentária formal, observou-se um aumento dos recursos disponíveis e menor contingenciamento no orçamento do Cade desde 2012. Em termos de recursos humanos, o Cade quase alcançou a criação de uma carreira própria em 2016, mas não conseguiu evitar o veto à proposta, permanecendo como a única autarquia federal sem carreira própria. A grande rotatividade de seus funcionários compromete a sua autonomia. Apesar disso, a quantidade de servidores tem aumentado pouco a pouco desde 2012, assim como a idade e a experiência dos profissionais.

No que tange à possibilidade de alteração legal, o Executivo domina a agenda legislativa de defesa da concorrência. Praticamente todas as propostas do Executivo são aprovadas, e apenas elas. Simples ameaças nas mudanças nas regras podem ser instrumentos eficazes de influência sobre as agências. A tramitação por 6 anos do projeto de lei de reestruturação do Cade pode ter sido um mecanismo de influência sobre as decisões do Cade. Não foi possível, contudo, confirmar esta hipótese.

Dessa forma, não foi possível identificar uma relação direta entre uma mudança na autonomia no papel e na prática do Cade, o que traz à tona a discussão sobre a validade das teorias funcionais da autonomia. Uma agência autônoma na lei não necessariamente se revela autônoma na prática, o que revela a complexidade envolvida apenas neste elemento da governança regulatória.

Novas abordagens metodológicas e possibilidades de pesquisa podem ser desenvolvidas para analisar a autonomia real. É possível também levantar hipóteses que

podem orientar pesquisas futuras nesse sentido, a principal delas no sentido de que um certo nível de “autonomia inserida” é necessário para se alcançar avanços institucionais, inclusive a sua autonomia formal.

Uma agência de defesa da concorrência com fortes poderes regulatórios e grande autonomia, mas que atua sem inserção nos processos políticos, pode sofrer um déficit de legitimidade e está sujeita a decisões legislativas e de outros órgãos que podem reduzir a eficácia da sua atuação, como o tabelamento de preços, a criação de barreiras à entrada ou a previsão de setores imunes à regulação antitruste.

Por outro lado, a maior autonomia formal do Cade e a expansão de sua capacidade regulatória podem ser resultado da sua inserção política aliada à autonomia real que o órgão conquistou ao longo do tempo para definir, no âmbito de uma comunidade de especialistas, a imagem da política de defesa da concorrência.

A partir dessa nova visão, novos estudos podem partir de uma lógica inversa, baseada na hipótese de que a autonomia real pode levar à conquista de uma maior autonomia formal. Com isso, a incorporação de teorias sobre mudança institucional pode ser útil para entender a conformação dos arranjos de governança regulatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Política ambiental no Brasil no período 1992-2012: um estudo comparado das agendas verde e marrom. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília, 2013.
- AYDIN, Umut. The International Diffusion of Competition Laws. 2010.
- BENDOR, Jonathan; GLAZER, Amihai; HAMMOND, Thomas. Theories of delegation. Annual review of political science, v. 4, n. 1, p. 235-269, 2001.
- BÜTHER, Tim. The Politics of Market Competition: Trade and Antitrust in a Global Economy. 2014.
- CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatórios de Gestão. Brasília, 1995 a 2017.
- CALVERT, Randall L.; MCCUBBINS, Mathew D.; WEINGAST, Barry R. A theory of political control and agency discretion. American journal of political science, p. 588-611, 1989.
- CARRIGAN, Christopher; COGLIANESE, Cary. The politics of regulation: From new institutionalism to new governance. Annual Review of Political Science, v. 14, 2011.
- CARVALHO, V.M. Organizador. A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015.
- CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegård. Competing theories of regulatory governance: reconsidering public interest theory of regulation. Handbook on the politics of regulation, p. 96-110, 2011.
- COLLIER, David. Understanding process tracing. PS: Political Science & Politics, v. 44, n. 4, p. 823-830, 2011.
- CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy. In: ANNUAL PROCEEDINGS-FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE. Kluwer Academic Publishers, 2001. p. 533-568.
- CUKIERMAN, Alex. Central bank strategy, credibility, and independence: Theory and evidence. MIT press, 1992.
- ECKERT, Sandra. Between commitment and control: varieties of delegation in the European postal sector. Journal of European Public Policy, v. 17, n. 8, p. 1231-1252, 2010.
- EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. Lua Nova. São Paulo: CEDEC, nº 28-29, 1993.
- EVANS, Peter B. Embedded autonomy: States and industrial transformation. Princeton University Press, 2012.

FARINA, E. M. M. Q. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política*, v. 14, n. 3, p. 55, 1994.

FGV – Fundação Getúlio Vargas. Dinâmica de Nomeações das Agências Reguladoras. Relatório de Pesquisa. Grupo das Relações entre Estado e Empresa Privada – GRP. São Paulo, 2016.

FIANI, Ronaldo et al. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Revista Economia e Sociedade*, v. 23, 2004.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GAMA, MARINA M.. Teoria e práxis da defesa da concorrência no Brasil. 2005.

GHEVENTER, Alexandre. Autonomia versus controle: origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia. Editora UFMG, 2005.

GILARDI, Fabrizio; MAGGETTI, Martino. 14 The independence of regulatory authorities. *Handbook on the Politics of Regulation*, v. 201, 2011.

GILARDI, Fabrizio. The formal independence of regulators: a comparison of 17 countries and 7 sectors. *Swiss Political Science Review*, v. 11, n. 4, p. 139-167, 2005.

GILARDI, Fabrizio. The same, but different: Central banks, regulatory agencies, and the politics of delegation to independent authorities. *Comparative European Politics*, v. 5, n. 3, p. 303-327, 2007.

GILARDI, Fabrizio. Delegation in the regulatory state: independent regulatory agencies in Western Europe. Edward Elgar Publishing, 2009.

GLOBAL COMPETITION REVIEW. Enforcement Rating. Vários anos 2000-2017.

HANRETTY, Chris; KOOP, Christel. Shall the law set them free? The formal and actual independence of regulatory agencies. *Regulation & Governance*, v. 7, n. 2, p. 195-214, 2013.

HANRETTY, Chris; KOOP, Christel. Measuring the formal independence of regulatory agencies. *Journal of European Public Policy*, v. 19, n. 2, p. 198-216, 2012.

INGOLD, Karin; VARONE, Frédéric; STOKMAN, Frans. A social network-based approach to assess de facto independence of regulatory agencies. *Journal of European public policy*, v. 20, n. 10, p. 1464-1481, 2013.

JORDANA, Jacint; RAMIÓ, Carles. Delegation, presidential regimes, and Latin American regulatory agencies. *Journal of Politics in Latin America*, v. 2, n. 1, p. 3-30, 2010.

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. Designing social inquiry: Scientific inference in qualitative research. Princeton university press, 1994.

KOVACIC, William E. Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 77, p. 265, 2001.

KOVACIC, William E. 16. Competition agencies, independence, and the political process. *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*, p. 291, 2011.

LEVI-FAUR, David. The global diffusion of regulatory capitalism. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 598, n. 1, p. 12-32, 2005.

LEVI-FAUR, David. Regulation and regulatory governance. *Handbook on the Politics of Regulation*, v. 1, n. 1, p. 1-25, 2011.

LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. Toward a Latin American regulatory state? The diffusion of autonomous regulatory agencies across countries and sectors. *Intl Journal of Public Administration*, v. 29, n. 4-6, p. 335-366, 2006.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T. The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 10, n. 2, p. 201-246, 1994.

LÓPEZ-GALDOS, Marianela; KOVACIC, William E. *Lifecycles of Competition Systems: Explaining Variation in the Implementation of New Regimes*. 2016.

MA, Tay-Cheng. Competition authority independence, antitrust effectiveness, and institutions. *International Review of Law and Economics*, v. 30, n. 3, p. 226-235, 2010.

MAGGETTI, Martino. De facto independence after delegation: A fuzzy-set analysis. *Regulation & Governance*, v. 1, n. 4, p. 271-294, 2007.

MAGGETTI, Martino. *Regulation in practice: The de facto independence of regulatory agencies*. ECPR press, 2012.

MAJONE, Giandomenico. From the positive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of public policy*, v. 17, n. 2, p. 139-167, 1997.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 10, n. 2, p. 51-73, 2006.

MATTOS, César; MUELLER, Bernardo. Regulando o regulador: a proposta do governo e a Anatel. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 10, n. 3, p. 517-546, 2006.

MCCUBBINS, Mathew D.; SCHWARTZ, Thomas. Congressional oversight overlooked: Police patrols versus fire alarms. *American Journal of Political Science*, p. 165-179, 1984.

MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism: the Politics of Competition Regulation in Brazil*. 2014.

MIOLA, Iagê Zendron. Direito da concorrência e neoliberalismo: a regulação da concentração econômica no Brasil/Competition law and neoliberalism: the regulation of economic concentration in Brazil. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 4, p. 643-689, 2016.

MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004.

MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 22, n. 3, p. 65-88, 2002.

OCDE. *Diretrizes Para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência*, Editora Singular, 2002.

OCDE. *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*, 2005. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/brazil-competition.htm>.

OCDE. *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*, 2010. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/brazil-competition.htm>.

OCDE. *Independence of Competition Authorities - from designs to practices*. Background paper by Secretariat, 2016. Disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)5/en/pdf)

MACHADO, Eduardo; OLIVEIRA, Gesner. *Efeitos do Desenho Regulatório sobre a Competitividade de Setores de Infra-Estrutura. Indústria, Trabalho e Tecnologia: Subsídios à Política Pública*. Rio de Janeiro: EITT/PUCSP, 1, 261-296, 2005.

OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva*. São Paulo, Edusp, 1999.

PACHECO, Regina Silvia. *Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle*. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 523-544, 2006.

PELTZMAN, Sam. *Toward a more general theory of regulation*. *The Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, p. 211-240, 1976.

PRADO, Mariana Mota. *Uma perspectiva comparada da teoria do domínio presidencial: a relação entre o Poder Executivo e as agências reguladoras no Brasil*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, n. 2, 2016.

PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. *Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças*. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 679-698, 2006.

POLLACK, Mark. *Learning from the Americanists (again): Theory and method in the study of delegation*. *West European Politics*, v. 25, n. 1, p. 200-219, 2002.

SABATIER, Paul A.; WEIBLE, Christopher M. *The advocacy coalition framework. Theories of the policy process*, v. 2, p. 189-220, 2007.

SALGADO, Lucia Helena. *A economia política da ação antitruste*. Singular, 1997.

SALGADO, Lucia H. Defesa da concorrência no Brasil: Aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma, Texto para Discussão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Nº. 1386. 2009.

SILVA, Mariana B. Independência após a delegação? Uma análise exploratória da interferência política nas agências regulatórias brasileiras. 100 pgs. Dissertação. CFCH. Ciência Política. 2010.

SILVA, Mariana Batista da. independence after Delegation? Presidential Calculus and Political interference in Brazilian regulatory Agencies. *Brazilian Political Science Review*, v. 5, n. 2, 2012.

SILVA, Rodrigo Brandão de Andrade. Órgãos reguladores autônomos e políticas de nomeações - O caso do conselho administrativo de defesa econômica. 2011. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo.

SOUZA, Marcelo L. As Instituições da Política de Defesa da Concorrência no Brasil: Uma Visão Comparada. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2001.

SELIN, Jennifer L. What makes an agency independent?. *American Journal of Political Science*, v. 59, n. 4, p. 971-987, 2015.

SHUGHART, William F.; MCCHESENEY, Fred S. Public choice theory and antitrust policy. *Public Choice*, v. 142, n. 3-4, p. 385-406, 2010.

SHOTTS, Kenneth W.; WISEMAN, Alan E. The politics of investigations and regulatory enforcement by independent agents and cabinet appointees. *The Journal of Politics*, v. 72, n. 1, p. 209-226, 2010.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *The Bell journal of economics and management science*, p. 3-21, 1971.

COÊLHO, Denilson Bandeira; CAVALCANTE, Pedro; TURGEON, Mathieu. Mecanismos de difusão de políticas sociais no Brasil: uma análise do Programa Saúde da Família. *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, n. 58, p. 145-165, 2016.

THATCHER, Mark; SWEET, Alec Stone. Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions. *West European Politics*, v. 25, n. 1, p. 1-22, 2002.

TODOROV, Francisco Ribeiro; FILHO, Marcelo Maciel Torres. History of Competition Policy in Brazil: 1930–2010. *The Antitrust Bulletin*, v. 57, n. 2, p. 207-257, 2012.

VERHOEST, Koen et al. *Autonomy and control of state agencies: Comparing states and agencies*. Springer, 2010.

VOIGT, Stefan. The effects of competition policy on development—cross-country evidence using four new indicators. *Journal of Development Studies*, v. 45, n. 8, p. 1225-1248, 2009.

APÊNDICE I – PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – 1994 A JUNHO DE 2018

Proposições	Ementa	Explicação da Ementa	Autor	Apresentação	Situação em julho de 2018
PLP 523/2018	Altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.	Permite ao Cade o acesso aos bancos de dados da Receita Federal.	Hugo Leal	19/06/2018	Aguardando Designação de Relator
PLP 499/2018	Dispõe sobre a defesa da concorrência no âmbito de atuação das instituições financeiras e demais instituições sujeitas à supervisão ou à vigilância do Banco Central do Brasil e sobre a cooperação e a partilha de competências entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em matéria concorrencial e revoga o § 2º do art. 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de ...	Regula as competências do Cade no âmbito do Sistema Financeiro.	Senado Federal - Antonio Anastasia	25/04/2018	Tramita em Conjunto com o PLP 265/2007
PL 9238/2017	Dispõe sobre a vantagem auferida como critério para imposição de multas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).	Regula a forma de cálculo das multas pelo Cade.	Hugo Leal	29/11/2017	Em tramitação
PL 7238/2017	Dispõe sobre a aplicação de multas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).	Regula a forma de cálculo das multas pelo Cade.	Carlos Bezerra	29/03/2017	Aguardando Designação de Relator
PLS 283/2016	Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica (...).	Regula a forma de cálculo das multas pelo Cade e altera regras de prescrição.	Senador Aécio Neves	06/07/2016	Em tramitação

Proposições	Ementa	Explicação da Ementa	Autor	Apresentação	Situação em julho de 2018
PL 4252/2015	Altera a remuneração de servidores públicos, dispõe sobre gratificações de qualificação e de desempenho, estabelece regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões, dispõe sobre a criação das carreiras do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, sobre a remuneração dos cargos das carreiras das Agências Reguladoras, de que tratam a Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, e a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, e dá outras	Cria as carreiras de Analista de Defesa Econômica e Analista Administrativo do Cade	Poder Executivo	31/12/2015	Vetado parcialmente
MPV 687/2015	Submete a apreciação do Congresso Nacional o texto da Medida Provisória nº 687/2015, que "Altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, para dispor sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional - Condecine, e a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para dispor sobre as taxas processuais sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, e autoriza o Poder Executivo federal a atualizar monetariamente ...	Reajusta o valor das taxas cobradas pelo Cade.	Poder Executivo	22/10/2015	Convertida em Lei
PL 3311/2008	Dá nova redação ao § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências".	Estabelece a contagem do prazo para o encaminhamento da documentação relativa aos atos de concentração econômica ao Cade.	Carlos Bezerra	23/04/2008	Tramita em Conjunto com o PL 2731/2008
PL 2731/2008	Altera a redação dos §§ 5º, 7º e 8º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências".	Define um valor mínimo e um máximo para a cobrança de multa pela inobservância do prazo notificação de ato de concentração.	Senado Federal - Pedro Simon	18/01/2008	Aguardando Designação de Relator

Proposições	Ementa	Explicação da Ementa	Autor	Apresentação	Situação em julho de 2018
PLP 265/2007	Altera a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, para definir, como competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, a defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional, e dá outras providências.	Regula as competências do Cade no âmbito do Sistema Financeiro.	Senado Federal - Antônio Carlos Magalhães	26/12/2007	Pronta para Pauta
Mpv 340/2006	Não tratava originalmente matéria relacionada à política de defesa da concorrência. Alteração da Lei 8.884/94 inserida por emenda durante o processo legislativo.	Altera as regras dos acordos celebrados pelo Cade.	Poder Executivo	29/12/2006	Convertida na Lei 11.482/07
PL5.877/2005	Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.	Reestrutura o SBDC. Apensado ao PL 3937/2004. Texto que deu origem à Lei 12.529/2011	Poder Executivo	01/09/2005	Convertido na Lei 12.529/11

Proposições	Ementa	Explicação da Ementa	Autor	Apresentação	Situação em julho de 2018
PL 3937/2004	Altera a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências".	Inclui várias práticas comerciais como infração à ordem econômica; altera critérios para notificação sobre ato de concentração e para a instrução e apreciação do processo por parte da SEAE, SDE e CADE. órãos do SBDC. Aumenta para 4 anos o mandato dos Conselheiros, proíbe a recondução;	Carlos Eduardo Cadoca	07/07/2004	Convertido na Lei 12.52/2011
PL 3045/2004	Altera a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências".	institui a análise prévia de atos de concentração que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, evitando-se a desconstituição de operações já consumadas. Autorizando o CADE a contratar por prazo determinado pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competências	Fernando Gabeira	03/03/2004	Arquivado
MPV 136/2003	Acrescenta artigo à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.		Poder Executivo	18/11/2003	Transformado em Norma Jurídica
MPV 136/2003	Submete Medida Provisória que "Acrescenta artigo à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica".	Prevê a possibilidade de contratação de pessoal técnico temporário, por até 24 meses.	Poder Executivo	17/11/2003	Convertida na Lei 10.843/00

Proposições	Ementa	Explicação da Ementa	Autor	Apresentação	Situação em julho de 2018
PL 6955/2002	Altera a redação dos §§ 7º e 8º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.	Prevê o fim da aprovação dos atos de concentração por decurso do prazo e a possibilidade de renovação dos prazos por uma única vez.	Senado Federal - Pedro Simon	11/06/2002	Vetado totalmente
MPV 2055/2000	Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências.	Cria o Acordo de Leniência e a possibilidade de realização de operações de busca e apreensão na investigação de infrações à ordem econômica.	Poder Executivo	14/08/2000	Convertida na Lei 10.149/00
MPV 1.708/98	Estabelece prazo para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências.	Suspende a prescrição durante os acordos celebrados pelo Cade.	Poder Executivo	20/08/1998	Convertida na lei 9.873/99.
PL 834/1999	Altera dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia.	Prevê que os mandatos dos conselheiros, do secretário da SDE e do procurador-geral serão de 6 anos, sem recondução, com nomeações de dois conselheiros a cada ano.	Corauci Sobrinho	05/05/1999	Arquivado

Proposições	Ementa	Explicação da Ementa	Autor	Apresentação	Situação em julho de 2018
MPV 1793/1998	Institui a taxa processual sobre os processos de competência do Cade, e da outras providencias.	Institui taxa sobre os processos de competência do Cade.	Poder Executivo	30/12/1998	Convertido em Lei.
PL 4286/1998	Altera dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia.	Prevê que os mandatos dos conselheiros, do secretário da SDE e do procurador-geral serão de 6 anos, sem recondução, com nomeações de dois	Marcos Vinícius de Campos	18/03/1998	Arquivado
MPv 1465-16/97	Acrescenta § 5º ao art. 4º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.	Prevê a suspensão dos prazos processuais em caso de vacância com insuficiência de quórum.	Poder Executivo	10/07/97	Convertida em Lei 9.470/97
PL 2130/1996	Acrescenta inciso ao art. 21 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.	Altera a caracterização do ilícito de infração à ordem econômica.	Augusto Nardes	03/07/1996	Apensada ao PL 3937/2004.
PL 1832/1996	Altera o artigo quarto da lei Nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que 'transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão as infrações contra a ordem econômica, e da outras providencias'.	Prevê que os mandatos dos conselheiros serão mantidos até que sejam nomeados os sucessores.	Jose Machado	25/04/1996	Arquivado
MPV 542/94	Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do Real e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências.	Define a presunção de posição dominante e os critérios para notificação de atos de concentração.	Poder Executivo	30/06/1994	Convertida em Lei 9.069/95

Proposições	Ementa	Explicação da Ementa	Autor	Apresentação	Situação em julho de 2018
MPV 530	Dispõe sobre a implementação da Autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.	Estabelece as regras de transição e continuidade entre os regimes das Leis 8.158/91 e 8.884/94.	Poder Executivo	11/06/1994	Convertida em Lei 9.021/95

Fonte: Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidência da República, consulta em julho de 2018. Elaboração própria.