

Paulo André Espirito Santo

**A COOPERAÇÃO
ENTRE A AUTORIDADE
ANTITRUSTE E
AS AGÊNCIAS
REGULADORAS NOS
MERCADOS SETORIAIS**

Critérios e formas

2025

A DIALETICIDADE E A PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS ENVOLVIDOS NA CO-CONSTRUÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

O capítulo 1.3 chamou a atenção para a necessária participação de agentes econômicos na construção de uma possível decisão do CADE e da agência que os regula. O presente capítulo busca construir a ideia de que a dialeticidade também é essencial entre essas duas autarquias.

Não há decisão coordenada sem diálogo franco e aberto entre CADE e agência reguladora. Não há procedimento cooperado se uma entidade desconhece o comportamento institucional da outra.

A legitimidade do procedimento cooperado entre as duas autoridades estatais passa obrigatoriamente pelo diálogo entre os órgãos administrativos que cooperam.

Diversos são os artigos da Constituição de 1988 que preveem a participação como elemento de legitimidade¹. Apesar de falarem da participação

1. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 131, nota 73.

popular, esses artigos podem fundamentar a participação de uma entidade estatal na construção da decisão da outra².

Ao longo do trabalho, buscou-se trazer o problema do déficit de informações de que padecem os órgãos administrativos em relação aos agentes econômicos e às atividades por eles desenvolvidas, notadamente as atividades disruptivas (cap.1, Parte II).

Também se apontou a necessidade de fortalecer as capacidades institucionais de cada órgão administrativo (capítulo 2, Parte II), permitindo que se potencialize em cada entidade aquilo que pode desempenhar melhor.

Ao CADE é dado envidar esforços para que determinado setor econômico, mesmo sob regulação específica, seja o mais concorrencial possível, coibindo qualquer concentração de mercado. Para isso, deve conhecer como funciona a regulação daquele setor: como atua a agência, que medidas tomou em prol da concorrência, se a ideia de mercado pulverizado interessa à agência etc. Só assim o CADE poderá decidir com transparência e com a maior objetividade possível.

À agência é dado o poder de planejar o seu mercado setorial, garantindo maior eficiência e universalidade aos serviços prestados ou atividades econômicas realizadas, inclusive com a maior concorrência possível. Em razão disso, deve lhe ser conferido todo poder legal e normativo para intervir em tal mercado.

Em determinado caso concreto surgido no setor que regula, a agência pode entender que as concentrações daquele mercado devem ser controladas (decididas) pelo CADE, com base nos artigos 25 a 28 da Lei nº 13.848/2019. Nessa hipótese, opta por fazer apenas instrução do processo administrativo. Ou então colher informações técnicas para proferir um parecer.

Em outras hipóteses, a agência pode entender que o melhor na ocasião seja ela e o CADE cooperarem no sentido de uma futura decisão coordenada, nos termos da Lei nº 14.210/2021.

Em qualquer caminho tomado (decisão do CADE, com instrução da agência; decisão coordenada entre CADE e agência), é essencial (i) aproveitar ao máximo as potencialidades funcionais das entidades cooperantes e (ii) insistir na necessidade de dialogarem ativamente (capítulos 2 e 3 da Parte II).

2. TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. Decisão coordenada: eficiência, integração administrativa e segurança jurídica. *CONJUR*, São Paulo, 20 out. 2021, p. 4. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-20/opinio-decisao-coordenada-eficiencia-integracao-seguranca>. Acesso em: 23 out. 2021.

O diálogo entre as duas instituições deve ser efetivo, não meramente formal, seja na modalidade (i) “decisão coordenada de agência e CADE”, seja na forma (ii) “agência, órgão de instrução processual/CADE, órgão de decisão”.

Ambas as entidades devem dialogar efetivamente, independentemente da forma de cooperação adotada. Isso significa (i) troca de informações relevantes de seus campos de atuação (concorrência e regulação) e (ii) possibilidade de um órgão influenciar a decisão do outro, principalmente se o caminho adotado for o da decisão coordenada.

E tudo aquilo que se mencionou no capítulo 1.3 desta Parte III em relação à participação efetiva de agentes econômicos para o desenvolvimento do procedimento cooperado, aplica-se para o diálogo efetivo entre essas duas instituições.

Na modalidade “decisão coordenada de agência e CADE”, ambas devem dialogar de maneira aberta e objetiva para que os seus respectivos argumentos sejam levados em consideração, **com o mesmo peso**.

Na vertente “agência, órgão de instrução processual/CADE, órgão de decisão”, a decisão da autoridade antitruste deve levar em conta os argumentos da agência, vinculando-se a eles na decisão, enfrentando-os objetiva e diretamente, ainda que para rejeitá-los de maneira fundamentada.

A “dialeiticidade efetiva” entre CADE e agência significa:

- i. os argumentos de uma entidade influenciarem a decisão da outra em prol de uma decisão coordenada; e
- ii. os argumentos da agência vincularem o CADE no sentido desse considerá-los expressamente, ainda que para refutá-los.

Para isso, o CADE precisará desenvolver uma fundamentação completa, clara, com comunicação efetiva, abordando todos os argumentos levantados pela agência.

É o que veremos melhor nos capítulos 2.1 e 2.2 abaixo.

2.1. A VINCULAÇÃO DA AUTORIDADE ANTITRUSTE AOS ARGUMENTOS DEFENDIDOS PELAS AGÊNCIAS

O conhecimento é algo fragmentado e raramente completo³. Em qualquer área da vida profissional, dificilmente os experts ou controladores terão TODOS os conhecimentos de que necessitam para a solução de um problema.

A fragmentação e a construção do conhecimento são fenômenos que se apresentam ainda mais evidentes na seara econômica.

Com a evolução da vida e das atividades econômicas, o funcionamento dessas últimas traz uma complexidade difícil de ser entendida. Basta ver a situação das atividades disruptivas, que surgem antes de qualquer expertise ou regulação do Estado (capítulo 1, Parte II). As entidades públicas raramente possuem todos os conhecimentos mínimos para a solução de um problema econômico. Se o problema se funda na necessidade de concorrência em um setor regulado, mais desafiadora é a formação do conhecimento básico para solucionar tal problema.

Nenhum agente possui todas as informações necessárias para a solução de conflitos que surgem na área concorrencial – se o setor econômico deve ser concorrencial e se (quanto) está concentrado.

O agente público não possui todas as informações para solucionar os problemas dos mercados, regulados ou não. Vide o exemplo da esfera judicial, em que o juiz muitas vezes precisa socorrer-se de uma perícia ou uma colaboração (estudo, parecer, *amicus curiae*) para proferir a sentença. O agente regulador e a autoridade antitruste também se deparam, em certas ocasiões, com atividades econômicas complexas, sobre as quais não possuem todas as informações necessárias.

Nesse contexto, é maior a necessidade da cooperação de outros agentes para solucionar o problema.

O CADE deve valer-se do conhecimento da agência para entender como funciona o seu setor regulado, quais suas peculiaridades. A agência, por sua vez, precisa do CADE para conhecer quais as técnicas de aferição de uma concentração de mercado, qual econométrica a utilizar para medir o nível

3. KAHAN, Dan. On the sources of ordinary science knowledge and extraordinary science ignorance. In: JAMIESON, Kathleen Hall; KAHAN, Dan; SCHEUFELE, Dietram A. (eds.). *The Oxford Handbook of the Science of Science Communication* (June 13, 2016). New York: Oxford Press, p. 35–49. Yale Law & Economics Research Paper n. 548. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2794799>. Acesso em: 15 set. 2023.

de concorrência naquele setor que regula, quantos agentes econômicos são necessários minimamente para se considerar competitivo aquele mercado. Autoridade antitruste e agência precisam, uma da outra, de informações muitas vezes exclusivas, que só uma possui.

A informação nunca é obtida de uma só fonte; ela é socialmente construída. Nem Estado nem agentes têm todas as informações necessárias⁴.

Seja qual for o modelo tomado na cooperação entre a autoridade antitruste e a agência – decisão coordenada entre as duas ou decisão da autoridade antitruste com base em estudo/parecer/instrução processual da agência –, ambas devem utilizar os argumentos e conhecimentos uma da outra para tomar a sua decisão.

Para isso, a fundamentação da decisão, coordenada ou não, é de suma importância.

É ela que vai permitir saber se o órgão decisor levou em consideração efetivamente as informações técnicas e argumentos trazidos durante o processo administrativo em que ocorreu a cooperação interinstitucional.

2.2. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS E A ACCOUNTABILITY

O ser humano da era contemporânea obrigatoriamente lida com saberes que não estão ao seu alcance ou no seu conhecimento médio. A busca por novas informações acaba transformando os indivíduos em incessantes pesquisadores de ciências alheias aos seus conhecimentos-padrão.

Um comportamento tem chamado a atenção nesse embate entre a realidade social e a ciência: antes de buscarem conhecimentos especializados nas inúmeras formas de ciência, os cidadãos tornaram-se especialistas em reconhecer o que a ciência sabe⁵.

Esse fenômeno também influencia o comportamento do Estado, da Administração Pública, dos governos e suas respectivas decisões. Impacta o funcionamento das autoridades antitruste e das agências reguladoras nos

4. BLACK, Julia. *Decentring regulation*. Understanding the role of regulation and self-regulation in a 'post-regulatory' world. 2001, p. 103-147. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8274189/mod_resource/content/1/Black%2C%20Decentring%20regulation.pdf. Acesso em: 13 out. 2023.

5. KAHAN, Dan. On the sources of ordinary science knowledge and extraordinary science ignorance. In: JAMIESON, Kathleen Hall; KAHAN, Dan; SCHEUFELE, Dietram A. (eds.). *The Oxford Handbook of the Science of Science Communication* (June 13, 2016). New York: Oxford Press, p. 35-49. Yale Law & Economics Research Paper n. 548. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2794799>. Acesso em: 15 set. 2023.

seus respectivos múnus de defesa da concorrência e regulação econômica, respectivamente.

As controvérsias sobre uma conclusão técnica ou científica que pode influenciar uma decisão administrativa muitas vezes decorrem de defeitos na compreensão sobre a própria técnica ou ciência.

Tais controvérsias, não raras vezes, são o resultado da incapacidade dos cientistas de comunicarem o porquê daquela conclusão científica⁶.

Em resumo: há um misto de (i) incompreensão dos cidadãos comuns sobre as conclusões da ciência e de (ii) falta de comunicação dos cientistas, que não sabem explicar como chegaram àquela conclusão técnica.

Nas decisões administrativas, agentes públicos das entidades de defesa da concorrência e reguladoras (seres humanos como os administrados) também lidam com saberes incomuns às suas formações profissionais. Igualmente, tornam-se especialistas não naqueles (outros) conhecimentos extraordinários, mas “especialistas naquilo que a ciência sabe”⁷.

Agentes públicos decidem muitas vezes não com base no que sabem, mas no que acreditam que a ciência diz.

Há um fracasso em como esses conhecimentos científicos procuram convencer opositores das suas conclusões técnicas. É o que Dan Kahan⁸ chama de “*social communication problem*” para explicar o fracasso da comunidade científica em “acalmar” as disputas na sociedade.

A verdade é que, de um modo geral, os cientistas ou produtores de conhecimentos científicos não se preocupam em estudar como a comunicação desses saberes pode afetar a vida das pessoas. Como as verdades científicas interferem ou não nas atividades das pessoas.

Há um problema de “comunicação científica” quando técnicos não conseguem passar de forma simples aquele conhecimento ou quando não conseguem convencer os destinatários daquele saber (a sociedade) que se está diante de um “problema”.

As formas de comunicação científica são muitas vezes ineficazes e contraproducentes⁹.

6. KAHAN, Dan, Op. cit., p. 35.

7. Op. cit., p. 35-36.

8. Op. cit., p. 36.

9. Op. cit., p. 35-36.

De fato, de nada adianta construir uma fundamentação robusta para justificar uma conclusão científica se essa última não consegue ser explicada com clareza aos cidadãos leigos.

Interessante destacar que o Decreto nº 9.203/2017, no objetivo de *“articular instituições e coordenar processos para melhorar a integração entre os diferentes níveis e esferas do setor público”* (art. 4º, IV), busca *“manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade”* (art. 4º, VIII).

Em resumo, ao (i) articular instituições administrativas com eficiência, (ii) coordenar processos e (iii) proferir decisões pautadas em evidência e participação de interessados, o Estado deve (iv) *“promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, de maneira a fortalecer o acesso público à informação”* (art. 4º, IX, Decreto nº 9.203/2017).

Quando a transmissão desse conhecimento econômico ou justificativa pelos especialistas é falha ou desprovida de clareza, a resistência do público tende a aumentar.

Afinal, é justamente a explicação dos motivos de uma conclusão científica que pode fazer o cidadão recrudescer um pouco a sua resistência contra a ciência. Reside aí a importância de a explicação ser clara o suficiente para o indivíduo se convencer daquele assunto que não domina.

Nessa ideia de aproximar (i) a ciência do cidadão comum e (ii) a decisão administrativa dos agentes econômicos atingidos, a motivação surge como um essencial instrumento procedimental. Não apenas como meio de garantir maior transparência ou segurança jurídica, mas como estratégia de aproximar as autoridades antitruste e regulatórias às empresas realizadoras de atividade econômica.

É a motivação clara, capaz de transmitir de maneira simples os conhecimentos técnicos ou científicos utilizados, que vai conseguir convencer as empresas realizadoras de atividades econômicas (agentes econômicos) de que a decisão administrativa é a mais correta e eficiente na seara da concorrência e da regulação.

Essa mesma “conclusão clara” é capaz de convencer uma entidade a aderir à decisão da outra. Se agência e autoridade são claras e simples nos seus argumentos e conclusões, maior a chance de concertarem uma única decisão.

Quando essa decisão é coordenada (autoridade antitruste e agência reguladora), intensifica-se a necessidade de uma motivação clara o suficiente

para transmitir o seu acerto aos agentes econômicos atingidos. E o porquê da decisão coordenada.

O art. 3º da Lei italiana nº 241/1990 prevê a motivação como essencial a justificar a decisão administrativa (*Conferenza*), notadamente quando envolver aspectos técnicos: “Art. 3º. 1. *Todas as disposições administrativas [...] devem ser motivadas [...]. A motivação deve indicar as condições de fato e as razões de direito que determinaram a decisão da administração, em relação às conclusões da investigação.*” [tradução nossa]

Essa regra é reforçada pelo art. 14-*bis*, §§3º e 7º, e pelo art. 14-*ter*, §§1º e 2º, ambos da Lei nº 241/1990, notadamente quanto à explicação do conteúdo científico da decisão.

As decisões administrativas coordenadas devem ser ainda mais convincentes, nos seus fundamentos, aos agentes econômicos atingidos. Não que esses últimos serão efetivamente convencidos do acerto da decisão – afinal, quem recebe uma decisão desfavorável dificilmente se convence da sua justeza. Esses agentes, contudo, devem receber uma decisão fundamentada com as evidências fáticas, técnicas e eventualmente científicas que a embasaram.

Essas empresas devem saber por que autoridade antitruste e agência resolveram prolatar uma decisão coordenada (qual a razão dessa modalidade cooperativa).

Uma decisão coordenada de CADE e agência devidamente fundamentada em fatos/técnica/ciência, com (i) potencial de convencimento dos agentes econômicos atingidos e (ii) dificuldade de superação argumentativa, evitará, em tese, a sua judicialização e sua reforma no âmbito do Poder Judiciário.

Como veremos no capítulo 9 à frente, uma das vantagens da decisão coordenada é justamente a maior dificuldade de sua superação (retificação/anulação/cassação) no âmbito judicial.

Afinal, se o processo administrativo cooperado seguir os critérios mínimos até aqui expostos (transparência, flexibilidade, dialeticidade, participação, celeridade etc.) dificilmente haverá espaço para o juiz anular aquela decisão coordenada ao final proferida.

Existe uma desconfiança da população em geral quanto às conclusões científicas tomadas pela Administração, por não terem domínio sobre aquele assunto técnico (como vimos no capítulo 2.1 acima). Tal desconfiança aumenta quando os destinatários da decisão coordenada do CADE

e agência são agentes econômicos (empresas e pessoas físicas que realizam atividade econômica).

Ao contrário da população leiga em geral, os agentes econômicos entendem dos aspectos técnicos e científicos tratados em uma decisão coordenada de CADE e agência. Nesse caso, a fundamentação deve ser ainda mais completa e com capacidade de convencimento, pois o destinatário (agente econômico) presumidamente entende do assunto ali tratado.

Não havendo uma fundamentação contundente, baseada nos fatos econômicos (concorrência e regulação), a decisão coordenada será tratada como uma “deliberação sem neutralidade”, com viés político, tudo o que não se deseja em termos econômicos.

E se há um problema no mundo das decisões administrativas científicas ou técnicas é a acusação da sua falta de neutralidade.

É recorrente a discussão, no âmbito das relações entre a Administração Pública e os cidadãos, sobre as conclusões técnico-científicas e se são providas de neutralidade.

Empresas atingidas por decisões de órgãos reguladores (ou de defesa da concorrência) procuram investigar se a decisão, como qualquer comportamento humano, é dotada ou não de algum viés político, ideológico ou meramente opinativo.

Até que ponto um parecer de um técnico da agência, adotado numa decisão do CADE, é isento de opiniões e visões pessoais de quem o proleta?

Vamos pegar o exemplo da AIR (Análise de Impacto Regulatório).

Alguns autores¹⁰ costumam investigar se a AIR é um típico “estudo técnico” desprovido de neutralidade.

Até que ponto uma AIR e as decisões dela decorrentes têm seus conteúdos realmente “neutros” quando explicitados por uma agência estatal? Será que sofrem alguma influência da “Política” (“Poder público central”)?^{11 e 12}

10. HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. *Forest Policy and Economics*, v. 11, n. 5-6, p. 413-421, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>. Acesso em: 16 dez. 2023.

11. Idem à nota anterior.

12. Caio Mario Pereira Neto e outros autores afirmam que, na União Europeia, autoridades antitruste costumam participar de elaborações de projetos de lei durante as AIRs, fazendo a advocacia da concorrência em setores regulados a partir da técnica “competition screening”, traduzida como “blindagem concorrencial”. PEREIRA NETO, Caio Mario et al. *Advocacia da concorrência: propostas com base nas experiências brasileira e internacional*. São Paulo: IBRAC/Singular, 2016. Conferir também: EMBERGER, Geraldine. How to strengthen competition advocacy through competition screening. *Competition Policy Newsletter*,

Como se sabe, em cada passo de um processo administrativo, há normalmente uma deliberação/decisão. Por trás de cada etapa do procedimento, há um agente humano tomando decisões. E por mais amplitude de alcance que se queira dar à decisão, ela esbarra nas limitações neurológicas do ser humano. Há vários seres humanos, com vieses distintos, compondo essa mesma decisão.

As conclusões de eventual decisão coordenada de CADE e agência podem sofrer esse déficit de entendimento pelo cidadão comum. Cientistas, técnicos, burocratas e agentes públicos não costumam ser bem-sucedidos na missão de explicar o porquê de uma conclusão científica que baseia uma decisão administrativa, colocando em xeque a legitimidade dessa última.

A falta de comunicação efetiva é um óbice a ser superado para a legitimação das decisões do Estado.

Cientistas, técnicos e agentes públicos precisam ser bem-sucedidos na missão de explicar suas conclusões ao cidadão comum, leigo naquele assunto técnico. Sobretudo às empresas atingidas pela decisão coordenada, presumidamente conhecedoras do assunto econômico ali tratado. Do contrário, as entidades estatais darão margem ao negacionismo e à própria desacreditação do conhecimento técnico ou científico por alguns membros da sociedade.

O conhecimento técnico ou científico produzido pela decisão coordenada do CADE e da agência (ou decisão tomada em procedimento cooperado) deve evitar também a acusação de falta de neutralidade. Por mais técnico, complexo e específico que seja, o conhecimento científico, é produzido por seres humanos (agentes públicos do CADE e do órgão regulador específico), que possuem suas escolhas, ideologias, vieses e vontades. Somente uma decisão com fundamentação completa, baseada em fatos econômicos e nos próprios aspectos técnicos levantados por CADE e agência ao longo do procedimento cooperado, é capaz de superar aquela ideia de que as conclusões científico-econômicas são sempre fruto de uma escolha subjetiva de momento.

Portanto, para superar essas críticas e eventuais problemas causados pela falta de acreditação na decisão administrativa, é preciso (i) melhorar a chamada comunicação científica, ou seja, a forma de se transmitir à sociedade aquela conclusão tomada pela ciência. Nesse caminho, tanto cientistas,

European Union, n. 1, p. 28-29, 2006. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-10/competition_policy_newsletter_2006_1.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

quanto agentes públicos devem envidar esforços para utilizar termos simples e explicar de forma mais clara como a ciência chegou àquela conclusão.

Agentes públicos e cientistas devem também (ii) focar naquilo que foi relevante para se chegar à conclusão técnico-científica, não perdendo tempo com questões laterais e que não foram determinantes àquela conclusão.

De outro lado, a sociedade (iii) deve ter maior confiança nos estudos científicos, sem o que as decisões administrativas serão contestadas como uma guerra de versões ou narrativas pessoais.

Deve-se garantir ao cidadão (iv) amplo acesso a todos os estudos e instrumentos que permitiram chegar-se a uma conclusão técnica ou científica (CADE e agência devem dar todas as oportunidades de participação às empresas atingidas por uma decisão coordenada ou decisão tomada em procedimento cooperado).

Aumentar a participação dos cidadãos nos processos de decisão administrativa baseados em questões técnico-científicas é passo essencial para aproximar conhecimento científico e decisão administrativa.

Por fim, outra providência é (v) a Administração Pública utilizar os mecanismos de cooperação interinstitucional para aproximar os estudos e os pareceres dos diversos órgãos envolvidos numa mesma decisão administrativa.

A cooperação entre CADE e agência em questão concorrencial do mercado regulado específico evita o choque de versões e consequentemente a resistência a eventual decisão baseada em conclusão de apenas uma das entidades.

Se já existe resistência quando há uma só decisão com base em critério científico, basta imaginar a hipótese de duas decisões conflitantes, com uma delas indo de encontro à ciência.

Nesse aspecto, a decisão coordenada, sistematizada pela Lei nº 14.210/2021, desempenha o importante papel de reduzir esses custos de insubordinação e insatisfação contra as decisões tomadas pela Administração Pública na seara da regulação e da defesa da concorrência.

Direito e ciência, portanto, têm esse importante papel de transmitir ideias verdadeiras aos cidadãos de um Estado, devendo utilizar comunicação efetiva e clara para levar aos indivíduos conhecimentos de fácil compreensão e aceitação.

Nesse contexto, a fundamentação baseada em fatos econômicos na decisão coordenada entre CADE e agência (ou na decisão isolada do primeiro) são importantes ferramentas para tornar essa atuação conjunta mais aceitável e sem negação à ciência ou à técnica.

A decisão administrativa coordenada precisa ainda mais da técnica/ciência para se justificar legitimamente.

E a dupla “técnica/ciência” precisa da decisão administrativa para transmitir à população conclusões muitas vezes fora do conhecimento comum dos cidadãos e empresas. Uma coopera com a outra.

FACULTATIVIDADE DA ATUAÇÃO COOPERADA E DA DECISÃO COORDENADA?

O art. 25 da lei-quadro das agências (Lei nº 13.848/2019) enuncia que, “*com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados*”, as agências reguladoras e o CADE “***devem** atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências*”. [grifos nossos]

Como dito no Capítulo 7.2 da Parte II desta obra, o Decreto-lei nº 200 já falava, em 1967 (art. 8º), em “*permanente coordenação*” nas atividades dos órgãos estatais, sendo exercida “*em todos os níveis da administração*” e com “*realização sistemática de reuniões*”. Já naquele tempo havia um evidente incentivo normativo a uma atuação conjunta entre as entidades da Administração, evitando-se decisões desconexas ou com conteúdos diversos¹.

Mas esse **dever** de atuação cooperada significa “dever de decisão administrativa coordenada” (decisão conjunta)? Obviamente que não.

1. Interessante notar que, no dia 11 de abril de 2024, foi editada a Portaria Normativa nº 129 pela Advocacia-Geral da União (AGU), instituindo comissão de especialistas com o objetivo de apresentação de estudo de revisão do DL nº 200/1967. Conferir em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-129-de-11-de-abril-de-2024-553845783> e <https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/noticias/2024/maio/gestao-e-agu-instalam-comissao-de-especialistas-para-atualizar-legislacao-que-organiza-a-administracao-publica>. Acesso em: 14 maio de 2024. Quem sabe a futura comissão não disciplina melhor como será essa cooperação entre os órgãos da Administração Pública Federal e em que parâmetros será exercida? Fica a sugestão, nesta tese, para a comissão adotar alguns dos critérios aqui defendidos.

E a mera atuação cooperada também é um dever? Ou é uma faculdade entre a autoridade antitruste e a agência reguladora?

A atuação cooperada entre CADE e agência deve existir como garantia de segurança jurídica às empresas investigadas. Essas devem saber de antemão que “problemas concorrenciais em mercado setorial” **serão apreciados pela autoridade antitruste e pela agência do referido setor**. As empresas devem saber que CADE e agência vão atuar em cooperação. As duas entidades indicarão, no início do procedimento, se a cooperação será na modalidade “decisão coordenada” ou outra forma.

Ainda que a agência entenda que a competência para julgamento é exclusiva do CADE, ao menos deve vir ao processo (desenvolvido pela autoridade antitruste) para assim dizer expressamente.

E se a agência disser que não tem muito a contribuir com aquele processo desenvolvido pelo CADE, ao menos terá de fundamentar esse comportamento institucional. Mas ela tem o dever de fornecer documentação pertinente ou outras informações técnicas requisitadas pela autoridade antitruste (art. 9º, §3º, da Lei nº 12.529/2011), como veremos melhor no capítulo 5.1.

Para dizer que nada tem a ver com o assunto concorrencial ali tratado, no mínimo a agência terá de justificar esse comportamento passivo no processo de cooperação. Não poderá dizer simplesmente que a competência é exclusiva da autoridade antitruste e não apresentar as devidas justificativas para tanto. O comportamento institucional da agência deve ser sempre fundamentado, mesmo que ingresse no processo para justificar a competência exclusiva do CADE e que nada tem a contribuir com aquele procedimento. Inaceitável é alijar-se do processo de cooperação apenas fundamentando que a competência para apreciar a questão concorrencial pertence ao CADE.

O fato de a cooperação entre CADE e agência ser institucionalizada em lei não significa dizer que a decisão coordenada entre elas deva ser imposta a qualquer custo.

A decisão coordenada (conjunta) deve ser naturalmente encarada como facultativa.

A atuação cooperada entre CADE e agência pode ser de várias formas: troca de experiências mútuas para decisões individualizadas, parecer da agência/decisão do CADE, sugestão do CADE às agências com base no art. 9º, VIII, da Lei 12.529/2011 etc.

Já a decisão coordenada (decisão conjunta, única, entre CADE e agências) não pode ser obrigatória, principalmente quando não houver consenso entre as duas entidades administrativas envolvidas.

A coordenação decisória só ocorre quando o órgão vê perdas e ganhos individuais. Nesse caso, José Vicente Santos de Mendonça² propõe 3 fatores que contribuiriam para estimular a decisão coordenada:

- i. existência de um prêmio para as entidades que assim cooperarem;
- ii. maior estabilidade aos agentes dos órgãos públicos; e
- iii. diminuição do número de órgãos.

Isso tudo incentivaria a decisão coordenada.

A legislação deveria incentivar mais a coordenação decisória, não significando isso uma imposição ou o único caminho de cooperação interinstitucional entre CADE e agência.

Para que haja cooperação, deve-se (i) superar a máxima da competência exclusiva de uma entidade administrativa para determinados assuntos, ou a máxima da hierarquia³, e (ii) incentivar mais o diálogo entre os órgãos da Administração.

Não se pode, por exemplo, adotar literalmente o art. 26, §1º, da Lei nº 13.848/2019 para se dizer que “[o]s órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados [...]”. Essa só pode ser interpretada no sentido de que a responsabilidade do CADE pela aplicação da lei de defesa da concorrência pressupõe a cooperação de outros órgãos da Administração, como as agências reguladoras. O fato de o indigitado dispositivo legal atribuir ao CADE o poder para a aplicação da legislação de concorrência, mesmo em setores regulados, não significa que tal competência seja excludente da participação da agência respectiva.

A decisão do CADE pode até ser exclusiva. Isso não significa, contudo, que ele possa renunciar (i) à colaboração das empresas investigadas em determinado processo administrativo e (ii) à **cooperação** da agência reguladora daquele setor investigado. Afinal, vivemos atualmente uma eco-

2. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Decisão administrativa coordenada* (palestra). Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). 2 dez. 2021. Palestra ao vivo pelo Zoom. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=QY_RMO_b-Kg. Acesso em: 22 jan. 2022.

3. AHDIEH, Robert B. Dialectical regulation. *Connecticut Law Review*, v. 38, n. 5, p. 916, July 2006.

nomia coordenada⁴, em que as relações e negócios são complexos e precisam necessária e consequentemente da cooperação de vários órgãos estatais de controle (regulação e defesa da concorrência) para uma decisão eficiente.

Todavia, o fato de haver cooperação mútua entre as entidades envolvidas numa questão concorrencial de mercado setorial não significa dizer que a decisão coordenada deva ser forçada.

É o mesmo raciocínio da consensualidade na Administração (capítulo 5, Parte I): o acordo deve ser buscado sempre que possível, jamais forçado. Até porque forçar o acordo significa afastar as partes de um consenso. Estimular, incentivar o acordo entre a Administração e agentes econômicos deve ser um objetivo buscado, como vimos na Parte I, assim amplamente autorizado em diversas leis brasileiras⁵.

Como vimos no Capítulo 2.2 da Parte II sobre as capacidades institucionais de CADE e agências, a própria Lei nº 12.529/2011, logo no art. 1º, fala expressamente que a legislação antitruste se propõe à **prevenção** das infrações contra a ordem econômica, não tratando apenas da sua repressão.

Se o acordo não pode ser forçado – deve-se incentivar a “Administração Pública consensual” –, devemos adotar a mesma lógica em relação à decisão coordenada entre CADE e agências.

Desde que não haja a consensualidade abusiva⁶, o acordo deve ser sempre buscado. O que não significa “forçado”.

Obrigar essas entidades a prolatarem uma decisão conjunta é encaminhá-las ao dissenso e, portanto, à ruptura, ao conflito, às decisões isoladas muitas vezes contraditórias, à insegurança jurídica, tudo o que se quer combater no presente trabalho.

A atuação cooperada pode se materializar até mesmo de modo informal: troca de informações entre órgãos via aplicativo de mensagens (exemplo: *WhatsApp*) ou e-mail, congressos temáticos, decisões separadas, porém uniformes etc. Portanto, exigir um “deverá coordenar” ou “deverá proferir

-
4. AHDIEH, Robert B. The visible hand: coordination functions of regulatory state. *Minnesota Law Review*, v. 95, n. 2, p. 678, 2010.
 5. Art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – ACP) e art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), só para citar dois exemplos.
 6. CYRINO, André; SALATHÉ, Felipe. A consensualidade abusiva no Direito Administrativo: notas iniciais de teorização. *Revista Estudos Institucionais*, v. 10, n. 2, p. 634-660, maio/ago. 2024. Doi: 10.21783/rei.v10i2.808. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/808>. Acesso em: 18 set. 2024.