

Universidade de São Paulo - USP

RELATÓRIO FINAL DA PESQUISA

**AS INTER-RELAÇÕES ENTRE O PROCESSO
ADMINISTRATIVO E O JUDICIAL, SOB A
PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA
DO PLANO DA CONCORRÊNCIA
ECONÔMICA E DA EFICÁCIA DA
REGULAÇÃO PÚBLICA**

Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Junior
Prof. Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão
Prof. Dr. Paulo Furquim de Azevedo

Apresentação.....	6
Capítulo 1 - Apresentação: o Poder Judiciário brasileiro	8
1.1 Introdução.....	8
1.2 Avaliação Macroscópica: o diagnóstico geral do judiciário	9
1.2.1. O problema da morosidade	10
1.2.2. Deficiência de recursos materiais e humanos	12
1.2.3. Má qualidade do direito processual e alguns princípios do direito brasileiro..	164
1.2.4. A relação entre os poderes executivo, legislativo e judiciário	19
1.3 Avaliação Microscópica: fatores pouco discutidos, mas que podem impactar o funcionamento do judiciário brasileiro.....	20
1.3.1. O excesso de demanda judicial por parte do Estado	21
1.3.2. Os magistrados “cavalheiros”	22
1.3.3. Problemas na gestão administrativa.....	24
Capítulo 2 - Experiência internacional: Arranjos institucionais para revisão judicial de atos de autoridade reguladoras e concorrenciais	26
2.1. Introdução.....	26
2.2. Controle judicial de agências reguladoras	28
2.2.1. Controle judicial das políticas regulatórias.....	28
2.2.1.1. Qual o papel do Poder Judiciário em relação às políticas regulatórias?	28
2.2.1.2. Em quais países há esse controle?	30
2.2.1.3. Quais as vantagens e desvantagens do controle judicial das políticas regulatórias?.....	331
2.2.2. Controle judicial das atividades de adjudicação pelas agências.....	38
2.2.2.1. Opções para apelação contra decisões desfavoráveis	39
2.3. Revisão judicial de decisões da autoridade de defesa da concorrência	41
2.3.1. Prevalência da revisão judicial das decisões da autoridade antitruste.....	41
2.3.2. Arranjos institucionais para revisão judicial.....	43
2.3.2.1. Identificação dos diferentes arranjos institucionais	43
2.3.2.2. Avaliação dos arranjos institucionais de revisão judicial	50
2.3.2.3. Justiça Federal e Justiça Local	54
2.3.3. Conteúdo sujeito à revisão	56
2.3.4. Eficácia da revisão judicial	60
2.3.5. Motivações para a revisão	69
2.3.6. Uso de perícia técnica pelos tribunais	708
2.3.7. Revisão judicial formal <i>versus</i> substantiva	74
Capítulo 3 - Sistema de representação do CADE e das agências reguladoras no Judiciário.....	819
3.1. O arranjo institucional para a revisão judicial de decisões das agências e do CADE	819
3.2. A estrutura de representação judicial	897
3.3. A percepção dos representantes legais	920

Capítulo 4 - Análise quantitativa de dados primários.....	953
4.1. Metodologia	953
4.1.1. Delimitação do objeto.....	964
4.1.2. Metodologia e procedimentos de amostragem.....	1052
4.1.3. Base de dados e conteúdo das variáveis	1208
4.2. Indicadores de custo de revisão judicial e de incerteza jurídica Erro! Indicador não definido.	7
4.2.1. Indicadores de custos da revisão judicial.....	129
4.2.2. Indicadores de incerteza jurídica.....	149
4.2.3. Distribuição dos processos no tempo	151
4.3. Determinantes da probabilidade de judicialização Erro! Indicador não definido.	53
4.4. Síntese das implicações dos resultados..... Erro! Indicador não definido.	
Capítulo 5 - Análise qualitativa de casos selecionados	16967
5.1. Introdução.....	16967
5.2. Análise dos casos	17573
5.2.1. Inação da Administração como fator de insegurança jurídica e recurso ao judiciário.....	175
5.2.1.1 Caso Nestlé/Garoto.....	17573
5.2.1.2 <i>Caso Way TV</i>	185
5.2.1.3 <i>Caso das licenças para funcionamento de rádios comunitárias.</i>	189
5.2.2. Suspensão da atividade da agência como fator de ineficácia da decisão administrativa e estímulo a recursos judiciais.....	1986
5.2.2.1 <i>Caso do Cartel dos Peróxidos.</i>	1986
5.2.3. Suspensão liminar da eficácia de decisões e atos normativos das agências.....	204
5.2.3.1 <i>Caso do Cartel dos Genéricos</i>	204
5.2.3.2 <i>Caso da intervenção na operadora de plano de saúde Hospital São Marcos.</i>	2174
5.2.3.3 <i>Caso da publicidade de medicamentos</i>	2252
5.2.4. Uso do sistema processual como forma de mitigar e protelar efeitos de atos pelas agências	2330
5.2.4.1 <i>Casos de Unimeds</i>	2330
5.2.4.2 <i>Caso da Resolução 233/03 da ANTT</i>	243
5.2.5. Qualidade das decisões judiciais.....	2463
5.2.5.1 <i>Caso do Cartel dos Cegonheiros</i>	2463
5.2.5.2 <i>Caso dos slots da Pantanal.</i>	2541
5.2.5.3 <i>Caso do consumidor de baixa renda</i>	2651
5.2.5.4 <i>Caso do ProPass: serviço público de transporte interestadual de passageiros.</i>	273
5.2.6. A importância do controle judicial	2906
5.2.6.1 <i>Caso do backhaul: a substituição das metas de universalização em telecomunicações</i>	2906
Capítulo 6 - Diagnóstico e propostas.....	2973
6.1. O papel do judiciário no Estado regulador da economia.....	2973
6.2. Inadequação do judiciário como árbitro das relações entre concessionárias e consumidores	Erro! Indicador não definido.
6.3. Diagnóstico: A revisão judicial das decisões das agências e do CADE.....	299

6.4. Propostas.....	Erro! Indicador não definido. <u>3</u>
6.4.1. Orientações ao CNJ	Erro! Indicador não definido. <u>3</u>
6.4.2. Orientações do CNJ aos juízes e tribunais	Erro! Indicador não definido. <u>4</u>
6.4.3. Recomendações para o sistema de representação pelas agências	Erro! Indicador não definido. <u>6</u>
6.4.4. Recomendações para as agências.....	Erro! Indicador não definido. <u>7</u>
6.4.5. Recomendações ao Poder Judiciário: mudanças estruturais	Erro! Indicador não definido. <u>8</u>
Referências bibliográficas	313 <u>09</u>

Apresentação

Este relatório refere-se à fase final da pesquisa, “Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública”, patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme o Edital de Seleção 01/2009.

O exercício da investigação sobre a forma como se dá a revisão judicial das decisões administrativas de regulação e de defesa da concorrência, seus custos e efeitos sobre a eficácia regulatória, reafirmou as impressões iniciais sobre a relevância do tema. Entretanto, também revelou, de modo não-antecipado, a sua complexidade, as diferenças entre as autarquias analisadas e as oportunidades de ação. Destes resultados emergiram os fundamentos para propostas de políticas públicas, objetivo último do presente estudo.

Na qualidade de relatório final, este documento condensa elementos das três fases da pesquisa, conforme dispostas no projeto básico primeiramente enviado ao CNJ. Estão, portanto, nele presentes resultados da revisão da literatura, sobretudo aquele concernente ao papel da revisão judicial de decisões de agências de regulação e do CADE, conclusões extraídas de entrevistas com procuradores federais e participantes dos sistemas brasileiros de defesa da concorrência e regulatórios, análise empírica quantitativa, por meio da base de dados de processos administrativos e judiciais coletada ao longo da pesquisa, análise empírica qualitativa, por meio da seleção de casos para tratamento aprofundado, e, finalmente, na proposição de políticas públicas orientadas para o aumento da eficácia da revisão judicial de decisões administrativas de agências regulatórias.

O relatório está dividido em seis capítulos, cujos conteúdos são a seguir sumariados. O primeiro trata, de modo bastante sintético, das características do judiciário brasileiro e suas implicações para a revisão judicial de decisões das agências de regulação e do CADE. Para tanto, são resgatados, por meio de revisão da literatura, os problemas de ordem geral, comumente associados ao judiciário brasileiro, bem como procura iluminar problemas de relevância comparável, mas que não freqüentam com a mesma assiduidade as discussões sobre reformas do judiciário.

Em seguida, o Capítulo 2 faz uma análise comparada internacional dos sistemas de

revisão judicial de decisões das agências reguladoras e das autoridades de defesa da concorrência. A análise comparada baseou-se, sobretudo, na experiência da Comunidade Européia, que é uma importante referência por seu sistema eficaz de revisão judicial, bem como do México, por suas similaridades institucionais e econômicas com o sistema brasileiro. Por meio da análise comparada, foi possível avaliar soluções empregadas em outros ambientes e discutir a sua eventual aplicabilidade para fins de reforma do sistema de revisão judicial no Brasil.

Em seguida, o Capítulo 3 descreve o sistema de representação das agências reguladoras e do CADE, tendo sido baseado predominantemente em entrevistas com procuradores federais e atores-chave dos sistemas regulatórios e de defesa da concorrência. O entendimento da revisão judicial passa pelo modo de representação das agências, sendo o conhecimento deste objeto fundamental na elaboração de propostas de políticas públicas voltadas ao aumento da eficácia do instituto da revisão judicial.

A pesquisa empírica tem um de seus pilares no Capítulo 4, que traz extensa análise da base de dados de decisões administrativas e judiciais. Nele são estimados indicadores diversos de custos da revisão judicial e de incerteza jurídica dela derivada, bem como apresenta-se estudo econométrico sobre os determinantes da judicialização das decisões administrativas.

O segundo pilar da pesquisa empírica é apresentado no Capítulo 5, que traz a análise qualitativa de casos selecionados, cujo aprofundamento permite ilustrar e, por vezes, redesenhar hipóteses de pesquisa que emergem dos capítulos anteriores, baseados em revisão da literatura e entrevistas com atores-chave.

Finalmente, o Capítulo 6 reúne as contribuições anteriores com o fim de fundamentar proposições de política pública, orientadas para o aumento da eficiência e eficácia da revisão judicial das decisões das agências de regulação e do CADE.

Capítulo 1 - Apresentação: o Poder Judiciário brasileiro

1.1. Introdução

1.2. Avaliação Macroscópica: o diagnóstico geral do judiciário

1.2.1. O problema da morosidade

1.2.2. Deficiência de recursos materiais e humanos

1.2.3. Má qualidade do direito processual e alguns princípios do direito brasileiro

1.2.4. A relação entre os poderes executivo, legislativo e judiciário

1.3. Avaliação Microscópica: fatores pouco discutidos, mas que podem impactar o funcionamento do judiciário brasileiro

1.3.1. O excesso da demanda judicial por parte do Estado

1.3.2. Os magistrados “cavalheiros”

1.3.3. Problemas na gestão administrativa

1.1 Introdução

O capítulo pretende fazer uma avaliação geral do funcionamento do Judiciário brasileiro a partir de uma breve revisão da literatura. A análise divide-se em duas partes: a primeira, uma avaliação macroscópica, e a segunda, uma avaliação microscópica.

Na avaliação macroscópica as características apontadas no diagnóstico geral do Judiciário são as usualmente descritas pela literatura especializada, bem como aquelas identificadas pelo usuário comum da Justiça. Os tópicos discutidos são a morosidade do Judiciário, a deficiência de recursos materiais e humanos, a má qualidade do direito processual e da aplicação de alguns princípios do direito brasileiro, e a relação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em alguns casos, os problemas identificados nesta avaliação macroscópica revelam causas reais; em outros, os problemas aparentes mascaram outras causas não tão aparentes. Analisar as causas menos triviais será o objetivo da seção seguinte, a Avaliação Microscópica. Os tópicos discutidos então são o excesso de demanda judicial por parte do Estado, a condescendência dos magistrados com ações protelatórias no processo e problemas na gestão administrativa dos tribunais.

1.2 Avaliação Macroscópica: o diagnóstico geral do judiciário

De uma maneira geral, a avaliação que se faz do Judiciário brasileiro é bastante negativa. O Banco Mundial (e.g., Banco Mundial, 2004) afirma que existe não somente uma, mas várias crises, com origens diversas (históricas, culturais, políticas, estruturais, constitucionais, etc.). Em alguns casos, credita-se o mau desempenho do Judiciário brasileiro a uma tradição ou cultura arraigada. Como mostra Sidnei Beneti, “Conservadorismo de rotinas, dificuldades de mudar, grandiosidade e peso da máquina judiciária, amarras decorrentes do serviço público quanto a pessoal, material e meios financeiros, e submissão e liderança institucional hierarquizada pela antiguidade. Essas características são bem marcantes no Judiciário [brasileiro]” (Beneti, *in* Sadek 2006, p. 103).

Também se identifica no judiciário brasileiro hoje um elevado grau de insegurança, cujas evidências, confirmadas pelos próprios magistrados, indicam que a variância nas decisões é um problema recorrente na Justiça brasileira (e.g., Machado 1997). As razões mais apontadas para a existência deste grau de insegurança são: má qualidade das leis criadas (Rosenn, 1998); instabilidade legal, com leis e códigos que têm sobrevivência curta, sem contar as emendas e leis complementares que alteram o conteúdo de leis recém adotadas (Beneti, 2006); herança do direito civil, que não tem tradição de uniformizar a jurisprudência mesmo dentro de um mesmo tribunal (Machado, 1997); e o processo legal altamente burocrático, que permite vários níveis de recursos e confere importância excessiva ao formalismo processual (Moreira, 2004; Hammergren, 2002; Dakolias, 1999; Rodrigues, 2005; Machado, 1997).

Outras características que refletem a crise do Judiciário devem-se às suas próprias origens. Em primeiro lugar, sempre se deu mais importância à criação de leis do que à garantia de sistemas de incentivos para que elas fossem efetivamente cumpridas. Ou seja, uma excessiva preocupação legalista, contra uma deficiente preocupação com o funcionamento, a execução e com a eficiência do sistema. Em segundo lugar, o Judiciário brasileiro tem grande dificuldade de se adaptar ao ambiente em que está inserido, por várias de suas características históricas e estruturais. Como mostra Ballard (1999), “a combinação de sistemas legais extremamente formalistas com o papel restrito dos juízes gerou uma burocracia judicial que teve a tendência de se manter

isolada da evolução das sociedades nas esferas política, social e econômica” (pp. 239-40, tradução nossa).

A seguir, uma análise mais detalhada de algumas características do Judiciário brasileiro, identificadas pela literatura.

1.2.1. O PROBLEMA DA MOROSIDADE

Alguns dados descritivos

As estatísticas descritivas sobre o funcionamento do Judiciário brasileiro variam bastante, mas há ampla concordância a respeito da demora na solução judicial dos processos, que é apontada como principal problema. A morosidade pode ser explicada pelo volume de processos encontrados nos tribunais: um juiz brasileiro é, em média, responsável por 10.000 casos em qualquer dado momento de tempo¹. Os Ministros do STF, por exemplo, julgaram (em conjunto) mais de 120 mil processos no ano de 2007². Há, no período mais recente, uma reversão desse quadro que é digno de nota, tendo o estoque de processos no STF caído em 2010.³ Com relação ao nível de apelações, os dados também são surpreendentemente altos. O Banco Mundial (2004) calculou que, entre 1993 a 2003, a proporção de decisões julgadas em segunda instância contra decisões de primeira instância na Justiça Federal variou de 0,5 no último ano da pesquisa, a quase 1,0 nos anos de 1999 e 2000. Segundo a pesquisa, mesmo a queda para 0,5 mantém o índice num patamar bastante alto⁴.

Parece haver uma clara distinção no funcionamento das diferentes Justiças. Pesquisa realizada sob encomenda do Ministério da Justiça (2007) mostra que as justiças estaduais representam 73% de todo o movimento processual, e há claramente uma concentração no estado de São Paulo, com quase metade de toda a movimentação. Entre

¹ Sherwood (2007).

² Dados do site do STF: www.stf.gov.br.

³ Segundo consta no sítio do STF, “esta é a primeira vez, em 11 anos, que tramitam no Supremo menos de 90 mil processos (88.834).” Tal resultado teria decorrido da “aplicação da sistemática da repercussão geral que já resultou, desde 2007, na redução de 41,2% do número de recursos que chegam a Corte”.

⁴ O Banco Mundial, no entanto, adverte que não é claro se o grande número de apelações é derivado somente de um pequeno grupo de casos, ou se todos os casos geram, em média, um mesmo número de apelações.

os anos 1997 a 2002, as entradas e os julgados na primeira instância das Justiças Estaduais aumentaram 3 vezes, enquanto os recursos na segunda instância aumentaram 6 vezes⁵. Uma conta simples revela que o índice de recursos dobrou neste período.

Outro dado interessante refere-se aos Juizados Especiais. Criados para aliviar o sistema principal, eles também se encontram exauridos. A estimativa é que cada juiz nestas cortes decide em torno de 7.000 a 8.000 causas por ano.

A Constituição de 1988 e o aumento de demanda judicial

A Constituição de 1988 é considerada excessivamente detalhada, reguladora e específica. Afirma-se que ela tem criado sérios problemas de governabilidade, por gerar um impasse legislativo: muitas de suas regras não são auto-executáveis, necessitando de legislação complementar que o Congresso, dividido politicamente, não consegue aprovar (Rosenn 1998).

Os efeitos diretos desta Constituição sobre a Justiça são ainda maiores. Moreira (2004) mostra que ela gerou uma complexa estrutura judicial na tentativa de aliviar as cortes superiores, mas acabou agravando ainda mais a crise pelas novas medidas adotadas. O grande desejo de fazer avançar a nova democracia no país abriu as comportas de uma grande demanda reprimida pelos serviços judiciais. O Ministro Gilmar Mendes, no seu discurso de posse como Presidente do STF em Abril de 2008, indicou nas entrelinhas sentir a dimensão das conseqüências geradas por essas características da Constituição: *“Dia após dia, o Supremo Tribunal Federal vê-se confrontado com a grande responsabilidade política e econômica de aplicar uma Constituição repleta de direitos e garantias fundamentais de caráter individual e coletivo”*. No Artigo 5.º do Capítulo I da Constituição há, ao todo, 77 incisos descrevendo um rol grande e variado de garantias constitucionais, que vão desde o direito ao tratamento igual entre os sexos, ao direito de propriedade, passando pelo direito ao *habeas corpus* e ao *habeas data*. Com a nova Constituição, tornou-se muito mais fácil para partes privadas iniciarem processos contra o governo através de instrumentos como a Ação Popular, a Ação Civil Pública, a injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Segundo Rosenn (1998), estes dois

⁵ Banco Mundial (2004).

últimos instrumentos têm o potencial de criar uma crise no STF, pois geram um alto grau de litígio.

Segundo os juristas, não somente a quantidade demandada por serviços judiciais aumentou com a Constituição de 1988, mas também, com a democratização e a abertura da economia brasileira, as demandas tornaram-se muito mais complexas, exigindo soluções e conhecimento especializado, muitos dos quais o Judiciário não tinha (ou ainda não tem). De uma hora para outra, os juízes tiveram de lidar com processos que envolviam o pleno entendimento de políticas econômicas e políticas previdenciárias, por exemplo. Como a estrutura funcional e processual do Judiciário não foi alterada significativamente, fica latente o motivo do agravamento da crise judicial.

O despreparo da Justiça para enfrentar as crescentes e cada vez mais complexas demandas gerou um efeito paradoxal da Constituição brasileira: o aumento das garantias constitucionais levou ao estrangulamento do sistema judicial, o que por sua vez, tornou mais difícil o acesso efetivo à Justiça pela população.

1.2.2. DEFICIÊNCIA DE RECURSOS MATERIAIS E HUMANOS

Duas razões freqüentemente apontadas como sendo causadoras dos problemas do Judiciário são a falta de recursos materiais e humanos e a má qualidade do direito processual.

O primeiro fator é o mais amplamente apontado pelos profissionais do próprio sistema como sendo a principal causa da crise do Judiciário. Magistrados e funcionários administrativos argumentam que falta pessoal para administrar um sistema que permite um alto grau de recursos judiciais. E, neste caso, não somente parecem faltar juízes, mas também pessoal em toda a estrutura judicial. Com relação aos recursos materiais, a reclamação é da falta de equipamentos modernos, principalmente de informática.

Alguns esforços coordenados e efetivos parecem existir. Em Outubro de 2008, o Conselho Nacional de Justiça lançou um plano de trabalho com o intuito de disseminar o processo eletrônico em todo o país. De acordo com o próprio CNJ, o plano de trabalho “definirá metas de curto, médio e longo prazos que deverão ser cumpridas entre 18

meses a cinco anos até a total informatização dos processos judiciais. O objetivo é reduzir os custos do Judiciário e melhorar a prestação jurisdicional”⁶.

Quando se sai da esfera dos operadores do dia-a-dia da Justiça, a opinião sobre a carência da informatização como definidora da ineficiência do sistema judicial é outra. Especificamente com relação à falta de magistrados no sistema, Maria Dakolias, uma especialista em eficiência do Judiciário do Banco Mundial, afirma que:

The number of judges is always a delicate topic for reformers, because hiring more judges is often a favorite solution for problems of inefficiency. Lack of judges has historically been cited as the main reason for delay. This perception, however, relates primarily to those courts that are not well-managed ... This is not to say that in some cases there is not a need for additional judges, but additional research is needed to justify the increase, as increasing the number of judges may not always solve the problem (1999, p. 20, grifos da autora).

Linn Hambergren, outra especialista de sistemas judiciais do Banco Mundial, também não acha que o problema seja de falta de recursos humanos e materiais (2007). Sua experiência na implantação de reformas judiciais em vários países mostrou que a demanda por orçamentos maiores – para a aquisição de mais recursos – é continuamente crescente e leva a uma tendência de não transparência na prestação de contas do uso dos recursos públicos. Além disso, Hambergren não acredita que a automação dos processos, i.e., a informatização das cortes, resolverá o problema da eficiência judicial, pois segundo ela, o grande motivo para a morosidade judicial são fatores relacionados à atitude dos agentes envolvidos. Ela destaca as práticas meramente protelatórias e a resistência dos juízes em coibi-las (p. 86). Discutiremos sobre este segundo fator mais adiante.

Trabalhos empíricos parecem também mostrar evidências de que recursos humanos/materiais não geram necessariamente eficiência judicial. Buscaglia e Ulen (1997) mostram, através de uma amostra de países latino-americanos, que estas duas variáveis não estão positivamente correlacionadas. Mais precisamente:

Countries not suffering from delays and corruption and with a high degree of public satisfaction or confidence in their judiciary (countries such as Denmark, Japan, Germany, the Netherlands, and Norway) tend to devote less of their government's budget to the judiciary than do Latin American countries such as

⁶ Site do CNJ: www.cnj.gov.br acessado em 16 de Outubro de 2008.

Argentina, Brazil, and Mexico, which are in the bottom 20% of the public's confidence (p. 282, grifo dos autores).

Os autores comprovam seus argumentos mostrando as respectivas porcentagens do gasto público total dedicado ao Judiciário em alguns destes países:

Tabela 1.1
Gastos com o Poder Judiciário

Países cujos judiciários têm ALTA confiança do público		Países cujos judiciários têm BAIXA confiança do público	
País	% do gasto público total com o Judiciário	País	% do gasto público total com o Judiciário
Países Baixos	0,4	Venezuela	1,3
Japão	0,5	Equador	1,4
Noruega	0,8	Peru	1,5
Alemanha	0,9	Argentina	2,2
Dinamarca	1,2	Paraguai	5,1

Fonte: Buscaglia e Ulen (1997, p. 282, adaptado)

Especificamente, os autores mostram que o Brasil foi um dos países onde se verificou um dos maiores aumentos nos gastos com o Judiciário durante os anos de 1990 a 1993, o que não foi seguido por uma maior redução no tempo de resolução dos processos civis e comerciais.

Apesar de os magistrados apontarem a deficiência dos recursos humanos e materiais como um fator problemático no judiciário, eles também parecem perceber que o aumento dos gastos no judiciário não necessariamente desenvolve sua eficiência. Dalton e Singer (2009) relatam o caso do Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da década de 1970, Warren Burger, que foi um dos maiores oponentes do aumento de recursos como solução para os problemas de eficiência enfrentados pelas cortes. Assim que foi indicado a Ministro da Suprema Corte, em discurso ao American Bar Association (a similar OAB norte-americana), Burger afirmou:

More money and more judges alone is not the primary solution. Some of what is wrong is due to the failure to apply the techniques of modern business to the administration or management or the purely mechanical operation of the courts... (Burger, 10/08/1970 in Dalton & Singer 2009).

No Brasil, o Ministro Gilmar Mendes também mostra preocupação com a morosidade da Justiça e comprometimento para continuar o processo de racionalização dos procedimentos judiciais para a melhora dos serviços: “Todo o Judiciário está desafiado a contribuir para esse esforço de racionalização, *sem que para isso se efetive, necessariamente, a expansão das estruturas existentes. Assim, a ênfase há de ser colocada na otimização dos meios disponíveis*” (discurso de posse na Presidência do STF, 2008, grifos nossos).

É compreensível que o ex-presidente do STF descarte a possibilidade de se aumentar a estrutura judicial no país. Para que isso ocorresse, haveria necessidade de mais recursos materiais e financeiros. E isto demandaria mais orçamento do Estado para o Poder Judiciário, algo que para muitos, está fora de questão. Em comparação com outros países semelhantes, o Banco Mundial considera o orçamento judicial no Brasil “bastante generoso” em termos de porcentagem dos gastos públicos totais, o que o deixaria em um patamar acima da média (2004, p. 8). É pouco verossímil que além da independência financeira, o Judiciário consiga um orçamento cada vez maior do Estado para resolver seus problemas de morosidade, como defendem os operadores.

Com relação ao problema de falta de recursos materiais modernos e, mais precisamente, de informatização, há evidências anedóticas de que esta é, às vezes, uma fonte de *mais* ineficiência no serviço judicial, e não menos. Pesquisa realizada junto a cartórios no estado de São Paulo (Ministério da Justiça, 2007) mostrou que a informatização não acompanhada de treinamento adequado da mão de obra fez com que, em alguns casos, os cartórios não abandonassem a forma tradicional de trabalho (manual e no papel) mesmo depois de se adotar o procedimento eletrônico. Ou seja, o trabalho ficou duplicado, por não se saber operar adequadamente o sistema, ou por não se confiar na informatização.

1.2.3. MÁ QUALIDADE DO DIREITO PROCESSUAL E ALGUNS PRINCÍPIOS DO DIREITO BRASILEIRO

O Direito Processual no Brasil é apontado, com frequência, como uma das grandes fontes de ineficiência para o Judiciário. Fazendo-se uma análise histórica, percebe-se que a origem do direito brasileiro confere-lhe uma natureza marcada por morosidade, burocracia, e excessiva preocupação com a forma. Pesquisa feita pelo Instituto Nacional de Qualidade Judiciária (INQJ) mostra que, para cada caso que passa num determinado tribunal, há quase 90 passos diferentes, tanto processuais quanto deliberativos – muitos deles repetitivos (*in* Sherwood, 2007). Lembrando-se de que cada juiz tem em suas mãos, uma média de 10.000 casos, fica claro como a simplificação do processo em muito aliviaria o trabalho dos magistrados. Gasta-se, assim, tempo excessivo discutindo-se questões processuais em detrimento de questões de mérito. No final das contas, “não são raros os casos nos quais triunfa quem não tem razão, mas tem o patrocínio de um advogado hábil no manejo dos ritos” (Machado, 1997).

Alguns apontam para o *princípio do duplo grau de jurisdição* como um dos fatores causadores de muitos dos problemas no processo civil. Este princípio garante, basicamente, que todo processo seja decidido por dois órgãos judiciais de instâncias sucessivas. Como mostra Dinamarco (2007), “o princípio do duplo grau deve ser visto como uma regra geral inerente ao sistema democrático do processo” (p. 168, grifos do autor). Entretanto, o que se critica é a aplicação excessiva, inadequada e obrigatória deste princípio. Aliás, a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição não é imposta pela lei. Muitos ainda duvidam de sua real utilidade; por exemplo, Rosenn (1998) mostra que 90% das decisões das cortes de primeira instância são mantidas na apelação e, portanto, este princípio apenas aumenta o congestionamento das cortes sem contribuir de forma significativa para a redução de possíveis erros das decisões das cortes inferiores. Por este motivo, há juristas e magistrados que defendem a limitação do uso do duplo grau de jurisdição como um dos condicionantes para se resolver o congestionamento do Judiciário (Machado, 2005; Moreira, 2004; Machado, 1997).

Da forma como são implementados, tem-se a impressão de que os princípios do direito processual brasileiro, como o do duplo grau de jurisdição, estão sendo levados ao

extremo, o que acaba por prejudicar o próprio acesso à Justiça. Poucos são os agentes que conseguem atender suas demandas pelos serviços judiciais.

Outra característica do processo brasileiro, bastante relacionada com as suas origens do direito civil, é a *falta de precedente obrigatório* para processos que versam sobre casos semelhantes. O ex-presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, na ocasião em que ainda ocupava a cadeira na Suprema Corte, afirmou que as 10.000 decisões que ele tinha que redigir por ano consistiam, na verdade, de apenas 150 demandas que eram ajuizadas de forma repetida (Banco Mundial, 2004). De fato, as estimativas sugerem que de 85% a 90% dos casos que chegam ao STF são de matérias já decididas previamente. É por este motivo que a Súmula Vinculante é justificada por aqueles interessados em aumentar a eficiência do Judiciário. A Súmula Vinculante é o instrumento de jurisprudência por excelência, e tem a característica de precedente obrigatório. No entanto, problemas políticos e de polarização dos magistrados tornam difícil a sua aceitação por grande parcela dos juízes. Além disso, a Súmula Vinculante é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Para minimizar o problema dos recursos repetidos também em esferas além do STF, foi editada, em Maio de 2008, a Lei 11.672, que ficou conhecida como a “Lei dos Recursos Repetitivos”. Um ano depois de sua vigência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) observou uma redução de 34% no número de recursos que ali chegam.

Muito relacionado a este tema, e talvez, o centro de várias das críticas ao sistema judicial prevalecente, é o *excessivo número de recursos (apelações)* e de possibilidades que um processo ordinário tem para acessar instâncias superiores. Este problema está relacionado com as críticas contra o excessivo uso do duplo grau de jurisdição. Acredita-se que esta liberalidade com o número de apelações faz chegar às cortes superiores muitos casos sem importância. Na prática, este sistema abre portas para estratégias meramente protelatórias. Como afirma o jurista Sergio Bermudes (2005), o ideal seria permitir o número de apelações que fosse necessário para anular a probabilidade de erros nas decisões. Uma discussão que surge imediatamente, no entanto, é se a qualidade das decisões nas instâncias inferiores não seria um dos motivos da grande quantidade de apelações recursais. Se este for o caso, tem-se então um pernicioso círculo vicioso: dado que as decisões nas instâncias inferiores são ruins, muitos litigantes sentem-se obrigados a recorrer para as instâncias superiores; e dado que a porcentagem de recursos é muito grande, os juízes de primeiro grau não têm incentivos (nem tempo suficiente) para fazer boas decisões, sabendo que grande parte

será julgada novamente pelas instâncias superiores. Em uma corporação, as apelações seriam um exemplo de “retrabalho”, ou seja, emprego desnecessário de recursos materiais e humanos sem uma compensação no aumento da quantidade de produto. Esta é uma definição pura de ineficiência.

O sistema processual brasileiro pode ainda estar gerando o que na linguagem econômica se denomina *seleção adversa*. Por causa da grande formalidade do processo brasileiro, e dado o grande congestionamento e morosidade da Justiça, muitos indivíduos (incluindo pessoas físicas, jurídicas e o próprio Estado) aproveitam-se para manter o processo pelo maior tempo possível na Justiça, apelando sempre nas vezes em que perde, para se beneficiarem do simples fato de não o terem resolvido.

Quando o Judiciário atrai indivíduos que têm o mero intuito de protelar o processo, e não resolver efetivamente o conflito, gera-se uma típica situação de seleção adversa: os “piores” indivíduos são atraídos para usar os serviços judiciais. Indivíduos com dívidas financeiras estariam entre aqueles diretamente beneficiados pelos *recursos meramente protelatórios*. Pesquisa realizada em 2000 revelou números preocupantes com relação ao uso deste tipo de processo, que não busca a solução de um conflito ou a execução de um direito, mas o simples retardamento no cumprimento de um dever legal: 74,5% dos magistrados identificam o uso deste tipo de recurso como sendo muito freqüente na esfera federal, e 63,8% concordam que é comum na esfera estadual (vide Moreira, 2004). Entretanto, como veremos mais adiante, os magistrados brasileiros são muito reticentes em punir este tipo de prática, mesmo que a lei já preveja penalidades específicas. Motivos culturais, sociais e até mesmo de princípios do direito (por exemplo, o princípio do devido processo legal), se usados de forma inadequada, explicam este fenômeno.

Pesquisas feitas nos tribunais e cartórios mostram que grande parte da lentidão no processo não se deve ao tempo usado para julgamento, mas a tempo desperdiçado na espera de pessoas para cuidar dele. A pesquisa do INQJ mostra, por exemplo, que apesar de um processo típico levar aproximadamente três anos para ser concluído na primeira instância, durante este período, o tempo em que ele é efetivamente analisado pelo juiz é de apenas 6 horas agregadas; em todo o tempo restante, o processo passa “esquecido” a espera do próximo passo (Sherwood, 2007). Já a pesquisa do Ministério da Justiça (2007) mostra que o processo demora muito tempo em cartório mesmo depois

que o juiz profere a decisão, sendo que este tempo de espera pode chegar a 50% do tempo total do processo.

Medidas de aumento de eficiência nas cortes não levam, necessariamente, à redução na qualidade dos serviços judiciais, ou a uma menor contribuição do Judiciário na criação de resultados socialmente desejáveis; pelo contrário, diversos são os exemplos em que uma atuação mais eficiente das cortes gerou um resultado qualitativamente mais positivo para a sociedade em termos de direitos econômicos, civis e até humanos. Na verdade, o excessivo uso do *devido processo legal*, do *duplo grau de jurisdição*, e da liberalidade no acesso às instâncias superiores acarretam morosidade, seleção adversa, altos custos, o que afasta a população do serviço judicial.

1.2.4. A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

Os problemas criados pela Constituição Federal de 1988 já foram discutidos acima. Além dela, muitos estudiosos (principalmente estrangeiros) afirmam que a legislação brasileira, de uma forma geral, é mal redigida e ultrapassada (Dakolias, 1999). Outros acreditam que as dificuldades enfrentadas pelas cortes são reflexos de problemas políticos, como por exemplo, a fragmentação político-partidária no Brasil, a incapacidade de articulação do Legislativo, e o grande poder do Executivo. Dada a grande fragmentação partidária no Congresso, é muito custosa a articulação de alianças e a formação de consensos. Com isso, muitas vezes, e de maneira propositada, as leis são criadas de forma “genérica” para se poupar energia de barganha entre os legisladores. Entretanto, estas leis precisam de complementos, pois não são auto-executáveis, o que significa dizer que muitas vezes acaba sobrando para o Judiciário a tarefa de decidir sobre como implementá-las. Por outro lado, o Executivo tem um grande poder político, ele é o que os cientistas políticos chamam de “definidor de agenda” da política brasileira. Através de medidas provisórias, leis, decretos presidenciais ou ministeriais, etc., ele é capaz de levar adiante planos de governo praticamente sem muita interferência e resistência dos outros Poderes. Dada esta configuração política, e dadas as necessidades de acompanhar o desenvolvimento da economia e da sociedade, o que resultou daí foi um caótico conjunto de políticas

públicas. Basta observar a grande quantidade de alguns tipos particulares de processos judiciais, por exemplo, de natureza tributária e previdenciária. Isso seria um claro sinal da “falta de capacidade do governo de cobrar impostos... que provavelmente nada tem a ver com o desempenho do Judiciário” (Banco Mundial, 2004, p. 133).

O Judiciário tem ainda outros motivos para alegar que grande parte de seus problemas não são de seu controle, e um dos motivos é a estruturação de poderes no Brasil. A definição sobre a composição, o funcionamento, as regras do jogo do sistema judicial é feita em grande parte pelo Poder Legislativo ou, em alguns casos, pelo Poder Executivo. Os juízes, por exemplo, e até mesmo os Ministros do STF e do STJ não têm poder de alterar, adicionar ou eliminar nenhuma regra em funcionamento no Judiciário brasileiro. Toda reforma judicial ou no direito processual, por exemplo, deve ser discutida, elaborada e aprovada no Legislativo.

Além disso, a tendência à expansão da atuação do Judiciário na arena pública torna os problemas acima mais evidentes:

A extrema visibilidade dos problemas decorrentes da dimensão política do judiciário, nos últimos anos, decorre fundamentalmente do fato do país viver momentos de ajuste econômico, político e social e de adaptação de toda a sua infra-estrutura às exigências de inserção no mercado internacional, sob a égide de uma constituição excessivamente detalhista. Do ponto de vista abstrato, pode-se sustentar que esta visibilidade será tanto maior quanto mais amplo for o número de decisões majoritárias definidas pelo Congresso ou pelo Executivo que alterem o status quo. Assim, em um país com uma ampla agenda de reformas e que adote um modelo institucional que combina a judicialização da política e a politização do Judiciário, como é o caso do Brasil, os problemas oriundos da dimensão política do poder Judiciário são mais do que esperados, tornam-se inevitáveis.⁷

1.3 Avaliação Microscópica: fatores pouco discutidos, mas que podem impactar o funcionamento do judiciário brasileiro

⁷ SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. Opin. Publica 2004, vol.10, n.1, pp. 1-62. Disponível em <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/329/32910102.pdf>>. Data de acesso: dezembro/2010.

1.3.1. O EXCESSO DE DEMANDA JUDICIAL POR PARTE DO ESTADO

Não é surpresa para nenhum estudioso ou operador da Justiça que o maior usuário das cortes seja o Estado. Ballard (1999) estima que pelo menos metade dos casos tramitando pelas cortes envolve especificamente o governo federal, e que 60% envolvam o setor público de alguma forma. Grande parte destes processos refere-se a matéria previamente decidida contra os interesses do governo. Nas instâncias superiores estes números se agravam. Apesar de ser um tribunal constitucional e de última instância por definição, mais de 80% da carga do Supremo Tribunal Federal é composta por processos relacionados ao poder executivo federal, estadual ou municipal. No Superior Tribunal de Justiça, dos processos em tramitação, 85% envolvem o governo de forma direta ou indireta. Em 70% dessas causas, a subida às instâncias superiores apenas congestionou o sistema judicial, sem alterar a decisão inferior contrária ao Estado (Moreira, 2004). Hammergren (2007) cita um trabalho do Banco Mundial para o qual foi criada uma amostra aleatória de casos de mandados de segurança depositados nos tribunais do estado de São Paulo. Destes, a totalidade consistia de recursos apelados por agentes estatais.

Dentre a grande carga processual envolvendo o Estado, talvez a parcela de ações que mais merece atenção é aquela de natureza meramente protelatória. O Estado é o agente que mais comumente emprega a estratégia de entrar com ações e apelações, mesmo quando sabe que tem poucas chances de vitória. Hammergren (2007) não tem dúvidas de que grande parte da carga de trabalho dos tribunais brasileiros deve-se a esta prática dos procuradores públicos. A existência desta prática é bastante compreensível quando se leva em conta a quase ausência de restrição de recursos para litigar do Estado, e quando se leva em conta os incentivos perversos do ciclo eleitoral de qualquer democracia moderna: o político devedor de hoje tem incentivos para postergar ao máximo o pagamento da dívida, dado o seu horizonte eleitoral incerto. Esta superutilização do Judiciário com fins meramente protelatórios merece, de fato, mais atenção por aqueles preocupados com a eficiência judicial.

Uma conseqüência da excessiva demanda judicial pelo Estado é a criação de um efeito similar ao *crowding-out*. Na teoria macroeconômica, o termo *crowding-out* descreve o

fenômeno de redução no investimento e na despesa do setor privado, quando as taxas de juros aumentam em consequência do aumento da participação estatal na despesa agregada. Na demanda por serviços judiciais parece estar ocorrendo algo muito similar: o aumento da participação estatal faz aumentar o preço deste serviço (representado pelo custo de oportunidade dos longos processos e pelo custo de atolamento do sistema judicial), o que desencoraja e diminui a participação pelo setor privado. Por exemplo, os próprios magistrados estimam que metade dos potenciais reclamantes de casos previdenciários não exige em juízo aquilo que têm direito (Banco Mundial, 2004). Ou seja, o princípio de acesso democrático à Justiça deixa de ser atendido. O Banco Mundial aponta que o governo gera uma sobrecarga ao sistema e seu mau uso dos serviços judiciais é um dos principais causadores da crise do Judiciário. As suas demandas não são caracterizadas por casos que tradicionalmente precisem da tutela judicial (ou seja, os conflitos não necessariamente precisariam ser resolvidos pelo poder Judiciário).

Além de ser o usuário mais freqüente do sistema judicial, operadores apontam que o Estado, na maior parte das vezes, entra com processos idênticos a casos antigos, e cujas decisões já são conhecidas até mesmo através de súmulas. A explicação para este comportamento do Estado não é difícil de ser encontrada. Em muitos destes processos, o governo encontra-se na posição de devedor (dívidas previdenciárias, por exemplo). Apelar às inúmeras instâncias, mesmo sabendo que no final a decisão será contrária a ele, faz com que se ganhe tempo – principalmente com a grande morosidade existente. Como os juros cobrados judicialmente não são mais elevados do que as taxas de mercado, é um bom negócio adiar a obrigação legal do pagamento através de infundáveis recursos nas instâncias judiciais. É o que o Banco Mundial (2004) descreve como sendo o controle do fluxo de caixa via Judiciário. Como Hammergren (2007) mostra os ganhos para o governo neste processo são substanciais.

1.3.2. OS MAGISTRADOS “CAVALHEIROS”

Existe uma percepção de que os magistrados muitas vezes são excessivamente condescendentes com maus usuários do sistema, e que este tipo de comportamento generalizado contribui para o atolamento das cortes com processos que não deveriam estar ali. Por exemplo, o Código do Processo Civil brasileiro prevê punições para

litigantes que usem recursos judiciais apenas para fins protelatórios. Isso, em tese, impediria a ocorrência de processos como os descritos na seção acima, em que o governo (ou qualquer outro devedor) usa o Judiciário com o mero intuito de adiar o pagamento de suas dívidas. Entretanto, Moreira (2004) – ela própria uma juíza – mostra que este recurso raramente é usado pelos magistrados, mesmo quando há latente indicação da infração. Assim como ela, Hammergren também atribui a esta falta de proatividade dos juízes parcela considerável de “culpa” pelo atolamento das cortes brasileiras. Mais crítica, a autora norte-americana atribui este comportamento a uma característica cultural dos juízes brasileiros que “geralmente não estão interessados em antagonizar-se com os advogados... Até que os incentivos mudem... eles não mudarão seu comportamento. A morosidade causada pelas partes litigantes continuará sem ser diminuída, e o aumento na eficiência continuará sendo um sonho inalcançável” (2007, p. 83, tradução nossa).

Entretanto, outras explicações podem ser dadas para esta grande hesitação dos magistrados em punir os litigantes, principalmente o receio da falta de acesso à Justiça pelos cidadãos e de proteção do devido processo legal, como já discutido acima. Aos magistrados, parece melhor “errar para mais do que errar para menos” quando se trata de conceder estas duas garantias aos litigantes que precisam de seus serviços. Entretanto, os benefícios de “errar para mais” podem não compensar, se isso significar menos acesso a *outros* cidadãos que também precisam do Judiciário, mas não conseguem pela sobrecarga criada nas cortes.

As decisões do dia-a-dia na Justiça brasileira comprovam o “cavalheirismo” de boa parte dos magistrados, pelo menos nas instâncias superiores. Recorrentemente, mesmo quando juízes de instâncias inferiores aplicam a multa prevista no CPC por “recurso meramente protelatório”, os Ministros do STJ têm revertido a pena e protegido os litigantes. A ocorrência é tão freqüente que até mesmo uma súmula sobre este assunto foi editada, a Súmula 98 do STJ, em que se lê: “Embargos de Declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”. A definição do que seja um “notório propósito de prequestionamento” não é absolutamente precisa, e os Ministros do STJ têm liberdade para estipulá-la, muitas vezes os aceitando quando eles têm caráter protelatório e, assim, gerando incentivos para o uso das cortes para recursos protelatórios. No entanto, essa situação não é geral. Abaixo segue um caso de embargos de declaração usados como recurso protelatório, em que o STJ julgou que

deveria rejeitá-los e aplicar multa, agindo de forma contrária ao “cavalheirismo” recorrente em relação a esse tema.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. REITERAÇÃO MANIFESTAMENTE PROTTELATÓRIA. ELEVAÇÃO DA MULTA DO. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC.

1. A regra contida no art. 538, parágrafo único do Código de Processo Civil, dispõe que "Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo." (g.n.).

2. Ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos embargos de declaração, imperiosa é sua rejeição, cabendo ainda a imposição de multa, até mesmo em seu primeiro manejo, desde que constatada a finalidade procrastinatória.

3. Os embargos de declaração não se prestam ao prequestionamento explícito de dispositivos constitucionais para a abertura da via extraordinária, sob o risco de incorrer em usurpação da competência confiada por excelência ao Supremo Tribunal Federal.

4. Embargos de declaração rejeitados com elevação da multa ao patamar de 10% sobre o valor da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do valor respectivo.

(EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 718441/MT, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 08/10/2009).

1.3.3. PROBLEMAS NA GESTÃO ADMINISTRATIVA

O problema do Judiciário não se restringe a aspectos técnicos das decisões e do processo. Um dos possíveis fatores da ineficiência judicial é a falta de organização do dia-a-dia do funcionamento judicial, da estruturação dos processos, da criação de incentivos para os recursos humanos presentes, da preparação profissional dos atores em cena, etc. Enfim, o problema seria de má gestão do sistema judicial como um todo. Alguns observadores apontam a falta de capacidade gerencial como o mais sério problema do Judiciário brasileiro. Sherwood (2007) mostra que os presidentes dos

tribunais são responsáveis pelo orçamento, aquisição de materiais, tecnologia da informação, contratação e treinamento de pessoal (inclusive de apoio), manutenção da infra-estrutura e administração de sistemas. Lembrando-se que, por definição, todo presidente de tribunal é um juiz, chega-se a conclusão que o sistema judicial no Brasil é administrado por amadores em administração gerencial. Sherwood ainda lembra que os mandatos do presidente são de dois anos não-renováveis, ou seja, inexistente a curva de aprendizado gerencial. Não é de se surpreender a dificuldade no funcionamento dos tribunais: *“Claramente poucas organizações de tamanho, complexidade e importância comparáveis são administradas por amadores [como é o caso das cortes brasileiras]”* (p. 24, tradução nossa).

Precisamente, esta necessidade dos magistrados ocuparem seu tempo e atenção com tarefas administrativas é outro agravante da morosidade na Justiça. O costume dos magistrados brasileiros de se envolverem com atividades burocráticas vem de longa data: desde a época da Colônia e do Império, havia uma associação muito grande entre os juízes e a administração burocrática sem, no entanto, implicar que eles fossem profissionalmente treinados nas técnicas gerenciais (Carvalho, 2003). E assim continua até hoje: Dakolias (1999) mostra que os juízes brasileiros passam 65% do tempo ocupados em tarefas não-judiciais⁸.

A baixa qualidade da gestão administrativa atinge também outros atores do sistema. Num trabalho realizado junto a quatro cartórios paulistas, o Ministério da Justiça (2007) encontrou sérios problemas de agente-principal. A desmotivação dos funcionários somada à falta de competência gerencial dos juízes acarreta grande ineficiência no sistema. A importância dos impactos da má gestão sobre os resultados torna-se ainda mais clara quando os dados comprovam o que já foi observado em outros países: o volume de trabalho não foi fator relevante, por si só, a determinar o desempenho nos cartórios. O resultado também pode ser estendido para o caso dos tribunais: os trabalhos internacionais chegam a mostrar uma relação direta entre quantidade de processos num tribunal e a sua produtividade, ou seja, tribunais com maior movimentação são aqueles de maior produtividade (e.g., Beenstock & Haitovsky, 2004). O resultado parece indicar que o que mais impacta na produtividade de um órgão judicial é a capacidade gerencial de seus administradores.

⁸ O índice na Argentina e no Peru é de 70% e na Alemanha e em Cingapura é de 0%.

Capítulo 2 - Experiência internacional: Arranjos institucionais para revisão judicial de atos de autoridade reguladoras e concorrenciais

2.1. Introdução

2.2. Controle judicial de agências reguladoras

2.2.1. Controle judicial das políticas regulatórias

2.2.1.1. Qual o papel do Poder Judiciário em relação às políticas regulatórias?

2.2.1.2. Em quais países há esse controle?

2.2.1.3. Quais as vantagens e desvantagens do controle judicial das políticas regulatórias?

2.2.2. Controle judicial das atividades de adjudicação pelas agências

2.2.2.1. Opções para apelação contra decisões desfavoráveis

2.3. Revisão judicial de decisões da autoridade de defesa da concorrência

2.3.1. Prevalência da revisão judicial das decisões da autoridade antitruste

2.3.2. Arranjos institucionais para revisão judicial

2.3.2.1. Identificação dos diferentes arranjos institucionais

2.3.2.2. Avaliação dos arranjos institucionais de revisão judicial

2.3.2.3. Justiça Federal e Justiça Local

2.3.3. Conteúdo sujeito à revisão

2.3.4. Eficácia da revisão judicial

2.3.5. Motivações para a revisão

2.3.6. Uso de perícia técnica pelos tribunais

2.3.7. Revisão judicial formal *versus* substantiva

2.1. Introdução

Neste Capítulo será feito um levantamento comparativo dos arranjos institucionais de diversos países para revisão judicial das decisões de agências reguladoras, com especial atenção à análise da organização pela Comunidade Européia, que representa um sistema eficaz de análise tanto administrativa quanto judicial, além de reunir as melhores práticas dos países europeus, e México pela similaridade com o sistema brasileiro. O objetivo é coletar idéias sobre possíveis arranjos e identificar os sistemas mais usados, bem como pesar suas vantagens e desvantagens, colhendo elementos para propostas de reforma do sistema brasileiro.

A revisão judicial das decisões de agências reguladoras, dado o direito de petição protegido constitucionalmente, é ampla e irrestrita, abrangendo tanto os atos normativos e procedimentos de fiscalização, chamado aqui de política regulatória, quanto os atos de

adjudicação. Dado que as agências reguladoras são instituições recentes no direito administrativo europeu e brasileiro, tendo sido importadas do modelo descentralizado norte-americano, a experiência de controle judicial ainda é pequena no que se refere principalmente à adjudicação. Aliás, há, naturalmente, uma tendência dos agentes regulados em questionar judicialmente atos da agência apenas em última instância, dada a percepção de que o questionamento freqüente poderia prejudicar a relação institucional entre regulador e regulado. Por essa razão a análise de revisão e comparação com outros países da atividade de adjudicação colhe primordialmente a experiência relativa a revisão de decisões pela autoridade antitruste, que oferece dados e material mais robusto para análise.

A Seção 2 trata da revisão judicial de decisões das agências reguladoras. De acordo com a pesquisa levantada, a relação do Poder Judiciário com os agentes reguladores apresenta dois focos: (i) revisão judicial das decisões dos agentes reguladores no exercício do seu poder normativo e fiscalizador, ou seja o controle judicial das políticas regulatórias; (ii) revisão judicial das decisões dos agentes reguladores no exercício da função adjudicatória.

Em seguida, na Seção 3, tratamos da revisão judicial das decisões da agência antitruste, que, em grande parte, pode ser generalizada para o caso de revisão judicial das decisões das agências reguladoras de caráter judicante.

A literatura internacional indica que houve um aumento da adjudicação das decisões dos órgãos de defesa da concorrência nos últimos 5 anos, especialmente em países em desenvolvimento. Essa literatura também indica que há pelo menos três problemas centrais na revisão judicial das decisões de órgão de defesa da concorrência. O primeiro é o tempo para que uma decisão judicial seja emitida. O segundo é a falta de habilidade do judiciário para avaliar adequadamente casos de direito concorrencial, seja por falta de preparo, seja por falta de tempo. O terceiro é a falta de recursos das autoridades de defesa da concorrência *vis-a-vis* as partes privadas para se defender adequadamente em litígio, e explicar para os juízes seu posicionamento. Enquanto o primeiro problema é característico de países desenvolvidos, o segundo e o terceiro são mais freqüentes em países em desenvolvimento.

Quanto aos arranjos institucionais, tem-se que praticamente todos os países analisados admitem a revisão judicial de adjudicações administrativas, embora alguns países restrinjam o poder de revisão à remessa do caso para a agência para nova decisão. Prevalece a revisão por tribunais especializados e, em geral, admite-se dupla instância no poder judiciário para questionamento das decisões administrativas. A grande maioria também admite que a revisão adentre no mérito, não se limitando a aspectos apenas formais.

2.2. Controle judicial de agências reguladoras

2.2.1. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS REGULATÓRIAS

2.2.1.1. Qual o papel do Poder Judiciário em relação às políticas regulatórias?

O termo “política regulatória” refere-se às políticas públicas levadas a cabo pelas agências reguladoras. Na literatura nacional, o conceito foi traduzido da seguinte forma: *“as políticas regulatórias são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado.”*⁹ Essas políticas públicas são frequentemente regras que irão governar um determinado setor da economia. Devido a essa dimensão política, e devido ao fato de que os órgãos reguladores não têm dirigentes eleitos democraticamente, diz-se que os mesmo sofrem de um déficit democrático.¹⁰

⁹ MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>, último acesso em 25/03/2010, p. 39)

¹⁰ MORAVCSIK, A. (2002) ‘In Defense of the “Democratic Deficit”: Reassessing the Legitimacy of the European Union’. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, No. 4, pp. 603–34. MORAVCSIK, A. (2004) ‘Is there a “Democratic Deficit” in World Politics? A Framework for Analysis’. *Government and Opposition*, Vol. 39, No. 2, pp. 336–63. MAJONE, G. (1998) ‘Europe’s “Democratic Deficit”: The Question of Standards’. *European Law Journal*, Vol. 4, No. 1, pp. 5–28. MAJONE, G. (2000) ‘The Credibility Crisis of Community Regulation’. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 38, No. 2, pp. 273–302. MAJONE, G. (2002a) ‘The European Commission: The Limits of Centralization and the Perils

Para lidar com esse déficit democrático, discute-se na literatura internacional se as políticas regulatórias deveriam seguir procedimentos mais democráticos, ou se deveriam apenas ser promulgadas uma vez assegurado o direito de participação aos agentes interessados. Com essa preocupação em mente, muitos países impõem às agências uma série de procedimentos que devem ser seguidos antes de qualquer regulação entrar em vigor.¹¹

O judiciário pode ter ao menos três funções distintas no controle ou revisão judicial da política regulatória:¹²

(1) **imposição de regras procedimentais:** o judiciário pode impor regras procedimentais a serem seguidas pelas agências reguladoras. No Canadá, por exemplo, a revisão judicial tem contribuído para aumentar a transparência do processo administrativo. Uma decisão da Suprema Corte determinou que os agentes do governo devem adotar medidas práticas para fornecer razões escritas sempre que suas decisões causem um impacto significativo nos indivíduos afetados, revertendo a tendência de decisões anteriores que não exigiam, com base no “duty of fairness”, o fornecimento de razões da decisão administrativa¹³.

(2) **verificação de cumprimento de regras procedimentais:** o judiciário pode avaliar se as agências seguiram as regras procedimentais impostas pela legislação. No Reino Unido, por exemplo, caso a agência não cumpra uma obrigação legal de conduzir uma análise de impacto regulatório, chamado de RIA (*Regulatory Impact Analysis*), ou de realizar consultas públicas, a regulação emitida sem o cumprimento desses procedimentos pode ser questionada por revisão judicial. A RIA, como requisito procedimental no processo regulatório, pode influenciar no controle judicial das decisões dos agentes reguladores não apenas no cumprimento de cada uma das suas fases, mas também de aspectos técnicos discutidos (e.g. podem ser apresentados estudos técnicos privados para auxiliar a agência reguladora no estabelecimento de padrões de

of Parliamentarization’. *Governance*, Vol. 15, No. 3, pp. 375–92. MAJONE, G. (2002b) ‘Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity’. *European Law Journal*, Vol. 8, No. 3, pp. 319–39.

¹¹ Em razão disso, fala-se agora na literatura nacional em legitimidade pelo exercício: “[a] legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público. Também é imprescindível a legitimidade do exercício.” Antonio Martínez MARIN *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. “O princípio da eficiência”. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 3, São Paulo, março de 2005, p. 320.

¹² Jacobzone, S., C. Choi and C. Miguët, “Indicators of Regulatory Management Systems”, *OECD Working Papers on Public Governance* (2007), p. 23.

¹³ Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817.

emissões gasosas, higiene, nível de álcool na gasolina, etc.). Atualmente quase a totalidade dos países membros da OCDE apresenta alguma forma de RIA, além da União Européia, México, África do Sul, Jordânia, Vietnã, Coréia do Sul, entre outros.

(3) **avaliação substantiva da regulação:** o judiciário pode avaliar a regulação pela substância. Nos Estados Unidos, nos anos 60 e 70, a revisão judicial foi expandida, segundo um modelo de “hard look” que visava a garantir a proteção do interesse público nas decisões das agências. No entanto, desde os anos 80, em especial a partir das decisões do caso *Chevron*¹⁴ e *Heckler v. Chaney*¹⁵ houve uma diminuição do escopo da revisão judicial. Desde então, as cortes passaram a respeitar o espaço da discricionariedade das agências onde a legislação é vaga. Entretanto, há menor deferência quando a intenção legislativa é específica¹⁶.

No Reino Unido, além da análise procedimental, a revisão judicial também pode avaliar a substância da decisão administrativa, com base na ilegalidade ou irracionalidade (não-razoabilidade) da decisão¹⁷. Esses também são os princípios norteadores da revisão judicial no âmbito da União Européia. No âmbito comunitário, é possível encontrar entendimento consolidado sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para cada campo do direito (e.g. direito concorrencial, direitos humanos, etc.).

2.2.1.2. Em quais países há esse controle?

Conforme indicado na Tabela 1, abaixo, dentre os países da OCDE, apenas uma minoria permite esse tipo de revisão judicial das políticas regulatórias (vale notar, todavia, que a tabela não distingue entre as três funções mencionadas acima, elencando apenas a possibilidade de revisão judicial). Dentre os poucos países em que o judiciário tem esse poder, raramente as cortes exercem *controle judicial substantivo* das políticas regulatórias. As exceções são Bélgica, Estados Unidos, e Portugal.

¹⁴ *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

¹⁵ *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821 (1985).

¹⁶ HORWITZ, Robert B. “Judicial Review of Regulatory Decisions: The Changing Criteria”, *Political Science Quarterly*, Vol. 109, No. 1 (Spring, 1994).

¹⁷ Segundo os critérios estabelecidos em: *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985].

Em relação à Turquia e a Suíça, o relatório indica que não há revisão judicial da política regulatória, porém consta que as revisões são exercidas na prática. No entanto, segundo relatórios específicos de cada país, confirma-se que há a possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas. Na Turquia, deve-se recorrer, primeiramente, à jurisdição administrativa, podendo-se buscar, num segundo momento, a revisão judicial.¹⁸ Na Suíça, no mesmo sentido, há possibilidade de revisão judicial da decisão de autoridades administrativas.¹⁹ Nos demais países da OCDE, tal revisão raramente é exercida na prática.

A revisão judicial no México ocorre por meio do *juicio de amparo* em face das decisões dos agentes reguladores diretamente perante os *tribunais federais* de matéria administrativa (primeiro instância recursal) e a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (segunda instância recursal). Ainda que o tema do *amparo* seja matéria de regulação econômica, o trâmite observado é igual aos demais recursos interpostos perante os tribunais federais.

¹⁸ OECD Reviews of Regulatory Reform. Government Capacity to Assure High Quality Regulation in Turkey, 2002.

¹⁹ OECD Reviews of Regulatory Reform. Government Capacity to Assure High Quality Regulation in Switzerland, 2006.

Tabela 2.1
Papel do Judiciário na política regulatória

	Papel do Judiciário na política regulatória	
	Elementos da política regulatória sujeitos à revisão judicial	As revisões são exercidas na prática?
Austrália	N	Não
Áustria	N	Não
Bélgica	S	Sempre
Canadá	S	Raramente
R. Tcheca	N	Não
Dinamarca	N	Não
Finlândia	N	Não
França	N	Não
Alemanha	N	Não
Grécia	N	Não
Hungria	N	Não
Islândia	N	Não
Irlanda	N	Não
Itália	N	Não
Japão	N	Não
Coréia	S	Raramente
Luxemburgo	S	Raramente
México	N	Não
P. Baixos	N	Não
N. Zelândia	S	Raramente
Noruega	N	Não
Polónia	N	Não
Portugal	S	Sempre
Eslováquia	N	Não
Espanha	S	Raramente
Suécia	N	Não
Suíça	N	Sempre
Turquia	N	Sempre
Reino Unido	S	Raramente
EUA	S	Sempre
U.E.	N	Não

Fonte: JACOBZONE, S., C. Choi and C. Miguet, "Indicators of Regulatory Management Systems", *OECD Working Papers on Public Governance* (2007)

2.2.1.3. Quais as vantagens e desvantagens do controle judicial das políticas regulatórias?

Cada uma das três formas ou tipos de revisão judicial mencionados anteriormente representa diferentes valores que podem ser incorporados ou protegidos pela análise judicial de atos dos agentes reguladores. O primeiro (imposição de regras procedimentais) representa um diálogo institucional com os agentes reguladores. Vale questionar aqui se seria o poder judiciário ou o poder legislativo que deveria impor tais restrições. Esse tipo de revisão torna-se, portanto, um diálogo entre os três poderes e poderia ser interpretado como parte do sistema de freios e contrapesos.

Os dois últimos (controle procedimental e substantivo dos atos administrativos) atendem a vários objetivos:

- (1) evitar a violação de direitos individuais, contendo abusos de poder;
- (2) controlar a qualidade da atividade regulatória e/ou promover melhores políticas;
- (3) garantir o cumprimento de preceitos constitucionais que governam a administração pública.

A simples existência de um mecanismo de revisão já traz um efeito positivo de controle interno por parte das Agências de modo que essas trabalhem para que as razões de revisão não se façam presentes em seus atos. A atuação do judiciário, porém, deve atingir esses objetivos sem atrasar o processo regulatório. Como alcançar esse equilíbrio é uma questão difícil e todas as soluções necessariamente envolvem escolhas (*trade-offs*).

Controle de fundamentação regulatória, administrativa e judicial- RIA (Regulatory Impact Analysis)

Uma questão que merece atenção é se o controle procedimental e substantivo dos atos das agências seria afetado pela existência de uma obrigação legal de conduzir uma RIA (*Regulatory Impact Analysis*). Esse tema é relevante porque há uma proposta no Brasil

para adotarmos procedimento semelhante à RIA para as decisões tomadas no âmbito do Poder Executivo federal.

A proposta brasileira foi intitulada Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (Pro-Reg)²⁰. Voltado a “contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do governo federal”, o Pro-Reg tem como meta desenvolver e implantar a RIA brasileira até o final de 2010. Contudo, ainda não é possível identificar os contornos da ferramenta a ser apresentada pelo Governo. O reduzido debate a respeito do programa trata da eventual redução da autonomia dos agentes reguladores, por interferência indevida do poder central nas atividades e, sobretudo, no processo decisório desses agentes.²¹

A possibilidade dessa ferramenta reduzir a revisão judicial das decisões das agências reguladoras já foi sugerida pela ANVISA, que acredita que o programa aprimorará a qualidade da produção normativa da agência.

*[A]pós a finalização do diagnóstico acerca da produção normativa da Anvisa, foi promovido um levantamento preliminar da adjudicação das ações institucionais. A busca realizada pela Procr [procuradoria da Anvisa] indicou que cerca de 90% das ações judiciais envolviam a atividade fim da Agência, ou seja, a maior parte das ações judiciais envolviam diretamente a atuação finalística, sendo o restante, a exceção, tais como casos de servidores, licitação, etc. Especificamente sobre as Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC) constatou-se que quase todas geram alguma insatisfação entre os entes regulados e são objeto de ações judiciais.*²²

A experiência do México, todavia, parece indicar que a probabilidade de tal programa reduzir a quantidade de recursos judiciais seria pequena. Um ator importante no contexto mexicano é a Comisión Federal de Mejora Regulatoria, que funciona como

²⁰ O Pro-Reg foi instituído pelo Decreto 6.062, de 16 de março de 2007 e aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2006. Com início em 2008, tem seu término previsto para 2010. Os investimentos são do Banco Interamericano de Desenvolvimento (US\$ 3.850.000,00) e Governo Federal (US\$ 2.850.000,00). Não é raro o Pro-Reg ser identificado como iniciativa voltada à consolidação do arranjo regulatório adotado pelo Brasil na década de 1990. (cf. SANTOS, Luiz Alberto dos. “Desafios da governança regulatória no Brasil”. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (coord.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, pp. 177-188).

²¹ Referência é feita ao artigo “O PRO-REG e a autonomia das agências reguladoras” de autoria de Alexandre Wagner Nester. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=3&artigo=291&l=pt>>; Data de acesso: dezembro/2010.

²² BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. “Manual de Boas Práticas Regulatórias: guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da ANVISA”, setembro de 2008, p. 2.

órgão de controle da qualidade das normas produzidas pelos agentes reguladores, bem como pela revisão das RIAs realizadas. Criada em 2001, inspirada no *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)* norte-americano, a COFEMER é a primeira entidade dessa espécie criada na América Latina. O impacto de sua criação na redução do número de *amparos* propostos e julgados pelas cortes federais mexicanas ainda não é sentida. Ao contrário, a literatura aponta a grande utilização do *amparo* para questionar as decisões dos agentes reguladores, tornando a regulação custosa e lenta (item 2.1.3.3 infra).

Apesar de a criação da COFEMER ainda não mostrar resultados na redução da judicialização das demandas regulatórias no México, grande variedade de países, desenvolvidos e em desenvolvimento, apresentam na sua estrutura entidades semelhantes à unidade central de controle da atividade regulatória mexicana. Alguns exemplos são: União Européia (*Impact Assessment Board*), Canadá (*The regulatory Affairs and Orders in Council Secretariat*), Quênia (*Working Committee on Regulatory Reforms for Business Activity in Kenya*), Coréia do Sul (*Presidential Commission on Regulatory Reform*), Holanda (*ACTAL Agency*), entre outros.

Além de considerar o impacto de um programa desse tipo na quantidade de ações judiciais contra as agências, vale considerar também qual o papel do judiciário nesse processo. Normalmente o RIA é acompanhado pela imposição de exigências rígidas de comprovação científica dos benefícios da regulação, e de uma cuidadosa análise de custo-benefício por parte das agências. Se o judiciário teria competência para desempenhar algum papel nesse programa é uma questão controversa.²³

Fator Método: Entre Legalidade e Controle Político

A garantia de legalidade (proteção de direitos individuais e garantia de princípios constitucionais) pode frequentemente se misturar com questões de ordem política. Isso ocorre, em parte, porque a análise de proporcionalidade e razoabilidade exige um exame detido da motivação das agências no exercício das atividades regulatórias. A expertise dos agentes reguladores não significa uma “carta em branco” para a regulação setorial.

²³ MCGARITY, Thomas, “Science, policy, and politics in judicial review of regulations” *Accountability in Research*, volume 33, issue 2 & 3, December 1993, pp. 127-132.

Uma possível solução para esse problema, como indica a experiência de alguns países, é deixar o Judiciário elevar o padrão de rigor nas justificativas das agências, sem contudo substituir o seu julgamento técnico. Esse é o caso dos Estados Unidos (veja descrição no item 1.1 supra).

Jerry Marshaw sintetiza as principais preocupações do atual sistema norte-americano de revisão judicial das decisões regulatórias da seguinte forma:

[T]he American legal system is deeply attached to judicial review of administrative action as a means of attempting to ensure both legality and political accountability. (...) The development of the agency rulemaking processes over the twenty-five years highlights two major concerns: (1) that rulemaking be structured to provide fair opportunities for participation by affected interests, and (2) that it produce reasonable policy choices given the goals of the program and the relevant facts (however complex and uncertain these may be).²⁴

A doutrina norte-americana da revisão judicial influenciou outras jurisdições, de forma que países da América Latina passaram a adotar entendimento semelhante àquele da Suprema Corte dos Estados Unidos. No entanto, a adoção da doutrina norte-americana não afasta problemas particulares desses países (e.g. efemeridade das constituições na ausência de tradição jurídica do sistema da *common law*), conforme assinalado no trecho que segue:

Keith Rosenn writes that in Latin America 'the influence of the United States experience with judicial review has been direct and substantial.' This is true, despite the fact such a region 'of chronic political instability and short-lived constitutions with a civil law tradition would appear most infertile soil for the seeds of Marbury v. Madison to take root.'²⁵

A experiência norte-americana de revisão judicial é um exemplo de sucesso a ser seguido. Naquele país, as decisões judiciais não só respeitaram os limites do seu poder revisor, como principalmente obrigaram os agentes reguladores a exercerem suas funções de acordo com os limites da política pública setorial (e.g. o caso Chevron).

Contudo, conforme mencionado anteriormente, nem sempre a atuação do Judiciário é vista como favorável, podendo o ativismo judicial ser considerado forma indevida de

²⁴ MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos & Governance: using public choice to improve Public Law*, New Haven, Londres: Yale Press University, 1997, p. 165.

²⁵ MIROW, M.C. "Marbury in Mexico: Judicial Review's Precocious Southern Migration", FIU Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 07 – 03, 03/06/2007, p. 3.

intervenção do Judiciário nas atividades das agências. A experiência europeia chama atenção para esse difícil equilíbrio da relação do Poder Judiciário com os agentes reguladores. A literatura internacional aponta pelo menos três abordagens para explicar a participação da Corte Europeia de Justiça (CEJ) na consolidação da União Europeia e suas instituições: (i) o legalismo, segundo o qual a atuação da CEJ é desprovida de qualquer ideologia ou influência sócio-política; (ii) o realismo, a antítese da abordagem anterior, defende que instituições supranacionais como o CEJ não conseguem impor um ritmo de integração aos Estados-membros; e (iii) o neo-realismo, que acredita no interesse do próprio Estado-membro de delegar poderes à instituições como CEJ para possibilitar que este órgão também exerça o monitoramento do cumprimento das regras comunitárias por todos os atores²⁶. Esse debate ilustra como o papel do judiciário pode ser difícil de ser claramente classificado como meramente legal, ou político, ou ambos.

Trata-se, portanto, de uma série de escolhas. Quanto mais discricionariedade o judiciário tiver para rever a decisão das agências, maior será o risco de que fatores políticos interfiram na atuação das cortes. Quanto menos discricionariedade, menor a possibilidade das cortes exercerem um controle efetivo da legalidade das decisões. A discricionariedade sem influência política, todavia, também está sujeita ao problema da expertise. Ainda que as cortes não ajam politicamente, as mesmas podem não estar aptas para interpretar e avaliar as decisões das agências por falta de conhecimento técnico.²⁷

Fator Tempo

A revisão judicial pode alongar demasiadamente o processo regulatório, prejudicando o processo de tomada de decisão no âmbito administrativo.

Para ilustrar como a revisão judicial tem afetado negativamente o processo regulatório, segue reflexão sobre o setor de telecomunicações no México, sobre o período que seguiu a privatização da Telemex:

²⁶ BURLEY, Anne-Marie; MATTLI, Walter. "Europe Before the Court: a political theory of legal integration". In: *International Organization*, vol. 47, n. 1, inverno, 1993, p. 48.

²⁷ Para uma discussão mais detalhada dessa questão, ver relatório sobre revisão judicial das decisões dos órgãos de defesa da concorrência.

La aplicación de la ley y el contexto jurídico institucional en torno al cual se regula una industria son decisivos para su eficacia. El sector de las telecomunicaciones en México se ha desarrollado en medio de una gran cantidad de contiendas judiciales que en efecto han paralizado el ejercicio regulatorio en el país (Torre, 2000). Por ejemplo, tan sólo en 2002 el número de amparos contra las decisiones de la COFETEL fue de 200 a lo cual habría que agregar los litigios entre las empresas. (...). La principal característica de dichos procesos legales es lo lento que resulta llegar a una decisión definitiva.

28

O fator tempo representa um aspecto bastante delicado para a atuação das agências, dado que o tempo de mercado, ou tempo concorrencial, exige agilidade na formulação e implementação de resoluções e medidas por parte das Agências Reguladoras.

A intervenção judicial constante pode ser um sério entrave a esse *desideratum*, porém a ausência de intervenção pode levar a uma atuação arbitrária das Agências, sem observância ao devido processo legal e que respeite a igualdade de oportunidades para os atores do mercado e sem o respaldo de uma fundamentação técnica de impactos no mercado. Embora custosa em um primeiro momento, o exercício de intervenção judicial pode desempenhar o papel importante de *disciplinar* o exercício de poder normativo e fiscalizador por parte das Agências, de modo que elas próprias criem mecanismos internos de controle para evitar abusos e conseqüente revisão.

Certamente a revisão, para adentrar no simples controle de motivação das políticas, exige um judiciário equipado para enfrentar questões técnicas, de forma a até mesmo ser capaz de detectar pseudo-fundamentações ou inconsistências em seu controle.

2.2.2. CONTROLE JUDICIAL DAS ATIVIDADES DE ADJUDICAÇÃO PELAS AGÊNCIAS

Em diversos países, as agências reguladoras possuem funções normativas e adjudicatórias. Estão, portanto, autorizadas tanto a emitir normas quanto resolver conflitos e disputas em casos concretos. Como descreve Philip Elman, ex-diretor da Federal Trade Commission (FTC):

²⁸ MARISCAL, Judith; RIVERA, Eugenio. “Regulación y competencia en las telecomunicaciones mexicanas”, Séries Estudos e Perspectivas, n. 83, Nações Unidas, CEPAL, México, D. F., 2007, p. 25. (disponível em <http://www.cepal.org.ar/publicaciones/xml/7/29037/Serie%2083.pdf>)

Although administrative adjudication is a term sometimes used loosely, the Federal Trade Commission has at least one function which is indisputably judicial in character. IF the Commission has reason to believe that a person is violating any of the laws it administers, and if it appears that a proceeding would be in the public interest, the Commission issues a formal complaint. The proceeding that follows before a hearing examiner is, with minor variation, similar to a court action governed by the Federal Rules of Civil Procedure. If the Commission, on review of the examiner's decision, finds that the alleged violations of law have been proved, it can (subject to judicial review of the decision) apply sanctions similar to those of a court of equity. (...) The basic differences between judicial and administrative adjudication are not differences of procedure; they are differences in the institutional environment in which adjudication takes place. For while adjudication is the sum and substance of the judicial process, it is only a part, and not always the largest or most important part, of the administrative process.²⁹

O controle judicial das funções normativa e fiscalizadora das agências foi discutido na Seção 2.1. Será focado agora o controle judicial das funções adjudicatórias das agências.

2.2.2.1. Opções para apelação contra decisões desfavoráveis

Há pelo menos três possibilidades de revisão das decisões das agências na sua atividade adjudicatória:

- (1) Revisão da decisão por um órgão administrativo independente;
- (2) Revisão da decisão por um outro órgão da administração pública;
- (3) Revisão judicial.

Nos casos (1) e (2) pode-se diferenciar os casos em que há revisão por um tribunal administrativo dos casos em que a revisão é feita por outro órgão que exerça funções executivas, como um ministério, por exemplo.

A Tabela 2 abaixo indica os arranjos institucionais de diferentes países no que diz respeito a recursos contra decisões desfavoráveis por parte de agências em sua atividade de adjudicação. A maioria dos países permite a revisão administrativa por outro órgão da hierarquia administrativa (exceto Áustria e Hungria, não havendo informação

²⁹ OLMAN, Philip, "Note on Administrative Adjudication", *The Yale Law Journal*, Vol. 74, No. 4 (Mar., 1965), pp. 652-656.

disponível para a Alemanha) e a revisão administrativa por órgão independente (exceto Hungria, Países Baixos, Polônia, Eslováquia, Espanha, Turquia e União Européia, não havendo informação disponível para a Alemanha).

Tabela 2.2
Opções recursais contra adjudicação por agências

	Opções para apelar contra decisões desfavoráveis		
	Revisão administrativa	Revisão administrativa por órgão independente	Revisão judicial
Austrália	S	S	S
Áustria	N	S	S
Bélgica	S	S	S
Canadá	S	S	S
R. Tcheca	S	S	S
Dinamarca	S	S	S
Finlândia	S	S	S
França	S	S	S
Alemanha	S
Grécia	S	S	S
Hungria	N	N	S
Islândia	S	S	S
Irlanda	S	S	S
Itália	S	S	S
Japão	S	S	S
Coréia	S	S	S
Luxemburgo	S	S	S
México	S	S	S
P. Baixos	S	N	S
N. Zelândia	S	S	S
Noruega	S	S	S
Polônia	S	N	S
Portugal	S	S	S
Eslováquia	S	N	S
Espanha	S	N	S
Suécia	S	S	S
Suíça	S	S	S
Turquia	S	N	S

	Opções para apelar contra decisões desfavoráveis		
	Revisão administrativa	Revisão administrativa por órgão independente	Revisão judicial
Reino Unido	S	S	S
EUA	S	S	S
U.E.	S	N	S

Fonte: JACOBZONE, S., C. Choi and C. Miguet, "Indicators of Regulatory Management Systems", *OECD Working Papers on Public Governance* (2007)

Um terço dos países da OCDE mudou seus procedimentos de apelação desde 1998. Sete países reestruturaram os órgãos de apelação específicos. Quatro países passaram de cortes comuns ("general courts") para órgãos de apelação específicos. E outros quatro países passaram de órgãos de apelação específicos para cortes comuns. Na Itália, por exemplo, estas mudanças foram de natureza meramente procedimental, visando à aceleração dos processos e ao estabelecimento de precauções mais efetivas para entidades reguladas e cidadãos.³⁰

O tema da revisão administrativa e judicial de decisões adjudicatórias das agências será mais aprofundado no item sobre a revisão judicial das decisões da autoridade concorrencial, que exerce essencialmente a atividade de adjudicação.

2.3. Revisão judicial de decisões da autoridade de defesa da concorrência

2.3.1. PREVALÊNCIA DA REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DA AUTORIDADE ANTITRUSTE

Assim como ocorre com a atividade adjudicatória por parte das agências reguladoras, prevalece o arranjo institucional em que há a possibilidade de recurso ao judiciário para contestar decisões desfavoráveis.

³⁰ Jacobzone, S., C. Choi and C. Miguet, "Indicators of Regulatory Management Systems", *OECD Working Papers on Public Governance* (2007), p. 48.

Todavia, há países em que as cortes são obrigadas a reenviar o caso para as autoridades de defesa da concorrência para uma nova avaliação, caso haja algum problema, o que é uma forma de proibição de revisão, pois o judiciário não tem poder para tomar uma decisão que substitua a decisão tomada pela autoridade de defesa da concorrência. Uma solução semelhante foi adotada pelo judiciário no Brasil no caso Nestlé-Garoto, que, após anos de revisão judicial retornou ao CADE, que por sua vez já tinha levado 3 anos para decidir o ato de concentração, a aquisição da Garoto pela Nestlé. Até o momento, depois de quase 10 anos da realização desse negócio, não há decisão a respeito, o que é um exemplo de ineficiência, tanto administrativa, quanto judicial.

Em um levantamento feito pela International Competition Network (ICN), dentre 17 países analisados,³¹ os que possuem esse arranjo são uma minoria (23,5%). Para a maioria dos países, o judiciário tem poder para reverter a decisão das autoridades de defesa da concorrência (76,5%). Esses países se subdividem entre aqueles em que o judiciário tem poder para reverter a decisão (47,1%) e aqueles em que o judiciário pode decidir entre reverter a decisão ou mandar o caso de volta para as autoridades de defesa da concorrência (29,4%).³²

Quais as vantagens e desvantagens desse arranjo institucional? Em muitos países em desenvolvimento, o judiciário não tem capacidade para resolver casos de direito concorrencial, seja como tribunais de primeira instância, seja como cortes de apelação de decisões administrativas.³³ Alguns juízes possuem apenas um conhecimento rudimentar dos processos de mercado, e quase nenhum entende a racionalidade e os elementos do direito concorrencial.³⁴ Além disso, corrupção e demora na decisão de casos limitam a capacidade do judiciário de resolver disputas comerciais.³⁵ Tudo isso oferece razões para limitar ao máximo a atuação do judiciário na adjudicação de disputas de direito concorrencial.

³¹ África do Sul, Brasil (CADE), Canada, Chile, Comunidade Européia (European Community's Directorate General for Competition), Espanha, Holanda, Jamaica, Mexico, Nova Zelândia, Peru, Polónia, Portugal, Romênia, Tunísia, Turquia, e Zambia.

³² International Competition Network (ICN), *Competition and the Judiciary: A report on a survey on the relationship between Competition Authorities and the Judiciary*, ICN Report on Competition Policy Implementation (2006). <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc594.pdf>

³³ KOVACIC, William E., "Institutional Foundations for Economics Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement", 77 Chi.-Kent L. Rev. 265 2001-2002.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

Nos países em que cortes são mais eficientes, todavia, a falta de conhecimento especializado pode não ser um impedimento tão relevante para que as cortes fiquem encarregadas de decisões de direito concorrencial. A razão para isso é que juízes podem utilizar testemunhas, depoimentos de especialistas, e a intervenção de partes interessadas para ouvir todas as partes envolvidas e chegar a uma conclusão razoável.³⁶ Isso poderia, inclusive, ser uma vantagem sobre um órgão administrativo composto por especialistas, já que esses especialistas podem ter vínculos com as empresas sendo julgadas e podem ter interesse em adquirir posições na iniciativa privada ao término dos seus mandatos. Por essa razão, juízes poderiam potencialmente oferecer maior imparcialidade.³⁷

Para uma discussão mais detalhada de diferentes tipos de limitações que podem ser impostas ao judiciário, vide item 2.3.4.

2.3.2. ARRANJOS INSTITUCIONAIS PARA REVISÃO JUDICIAL

Neste item procuraremos responder as seguintes questões para os países em que há revisão judicial das decisões de órgãos de defesa da concorrência: em qual instância esses casos são adjudicados (em qualquer corte, seguindo os trâmites normais; ou são levados diretamente a instâncias mais altas/tribunais superiores)? Em quais países há uma corte judicial especializada na revisão das decisões de órgãos de defesa da concorrência? Quais os problemas e deficiências de cada um desses arranjos institucionais? Nas jurisdições onde a revisão judicial pode ser realizada seguindo os trâmites normais e em cortes não especializadas, os juízes recebem algum treinamento específico em matéria concorrencial?

2.3.2.1. Identificação dos diferentes arranjos institucionais

³⁶ TREBILCOCK, Michael e Edward IACOBUCCI, "Designing Competition Law Institutions" (2002) 25 *World Law and Economics Review* 361, p. 366.

³⁷ Ibid.

Como visto, é ampla a prevalência de países com um sistema de defesa da concorrência que permite a revisão judicial. As diferenças encontram-se no modo como tal revisão é feita. Nesse sentido, pode-se dividir os países pesquisados³⁸ em dois grupos principais: países em que há tribunais especializados e países em que o recurso judicial é submetido às cortes comuns.

a) Países em que há tribunais especializados

Áustria: a “Upper Cartel Court” (tribunal especializado) recebe apelações contra as decisões da “Cartel Court”;

Bélgica: “18th Chamber of the Brussels Court of Appeals” (tribunal especializado);

Finlândia: “Market Court” (tribunal especializado) e “Supreme Administrative Court”;

Malta: a “Commission for Fair Trading” é um tribunal independente composto por um Magistrado, um economista e um contador cuja função é rever decisões do “Office for Fair Competition”; Civil Courts podem rever a legalidade da decisão da “Commission for Fair Trading”;

b) Países em que não há tribunais especializados

Nesse último grupo, podemos distinguir entre os países em que os recursos devem ser submetidos aos tribunais administrativos, e aqueles em que podem ser submetidos diretamente às cortes comuns. Os casos em que as decisões do tribunal administrativo podem ser revistas pelas cortes comuns foram incluídos no segundo grupo. Dentre os países em que as decisões administrativas podem ser revistas pelas cortes comuns, há aqueles em que tais recursos são interpostos perante os tribunais de primeira instância e aqueles em que o recurso judicial é apresentado diretamente perante tribunais superiores.

b.1) Países em que há recurso prévio perante tribunais administrativos

³⁸ O levantamento foi feito a partir da base de dados <www.concurrences.com>. Deve-se ressaltar, no entanto, que, na maioria das vezes, os dados para cada país não são apresentados de maneira padronizada, de modo que pode haver certa imprecisão na classificação.

Bulgária: (i) para autorização de coleta de provas é necessária autorização da corte distrital e esta está sujeita à revisão da corte de apelação, (ii) decisões da Comissão estão sujeitas à revisão da “Supreme Administrative Court”;

Croácia: “Administrative Court of the Republic of Croatia”;

Estônia: questões procedimentais podem ser levadas à (i) “Tallinn Administrative Court” ou (ii) “Prosecutor’s Office” no caso de procedimentos criminais;

Grécia: cortes administrativas;

Letônia: (i) “Riga City Centre District Court” para autorizar busca e apreensão e (ii) aplicam-se as regras gerais do procedimento administrativo e casos podem ser revistos pelas cortes administrativas;

Lituânia: “Vilnius District Administrative Court” e, posteriormente, “Supreme Administrative Court” podem rever procedimentos de investigação; pode-se apelar das decisões do órgão de defesa da concorrência para cortes administrativas;

Luxemburgo: “President of the District Court” deve autorizar busca e apreensão e sua decisão está sujeita à apelação perante a “Chambre du Conseil” e “Chambre du Conseil of the Court of appeal”; pode-se apelar das decisões do órgão de defesa da concorrência para o “Tribunal administratif” e, posteriormente, “Cour administrative”;

República Tcheca: apelação ao “Office for Protection of Economic Competition” e, posteriormente, à “Supreme Administrative Court”;

Roménia: “Bucharest Court of Appeal, Administrative Section” ;

Sérvia: pode-se apelar de decisão da autoridade antitruste à “Administrative Court of the Republic of Serbia”

Suécia: uma ordem de cessação emitida pela “Competition Authority” pode ser apelada à “Market Court”;

b.2) Países em que há recursos diretamente perante tribunais

EUA: nos casos de atos de concentração, o FTC e o DOJ não têm poderes para proibir uma transação; se a autoridade antitruste entender que a operação é prejudicial à

concorrência, pode negociar um acordo com as partes ou convencer um tribunal federal a vetar ou restringir a operação.³⁹

Chipre: Suprema Corte;

Dinamarca: (i) “Copenhagen Maritime and Commercial Court” e Suprema Corte são encarregados da revisão judicial de investigações; (ii) o “Competition Appeals Tribunal” (tribunal especializado) é a primeira instância de apelação, mas suas decisões podem ser posteriormente julgadas por cortes comuns;

França: (i) decisões do “Competition Council” são levadas à “Paris Court of Appeals” para julgamento de mérito e suas decisões podem ser levadas à “Cour de cassation” e (ii) “Juge des Libertés et de la Détention” deve autorizar busca e apreensão e este procedimento pode ser questionado diante do juiz que o autorizou; (iii) pode-se apelar ao “Conseil d’Etat” contra decisões do órgão de defesa da concorrência em razão de abuso de poder ou não cumprimento de regras procedimentais ;

Alemanha: “Higher Regional Courts”;

Hungria: apelações são ouvidas pela “Metropolitan Court of Budapest” e, em segunda instância, pela “Regional Court of Appeal of Budapest”. Se houver desrespeito a uma provisão legal, o caso pode ser levado a Suprema Corte;

Irlanda: High Court pode rever qualquer aspecto procedimental da investigação;

Itália: apelações contra decisão da autoridade antitruste são de competência exclusiva do “Latium Regional Administrative Tribunal (TAR Lazio)” e apelações de decisão deste tribunal podem ser levadas ao “Consiglio di Stato”;

Países Baixos: “NMa” (apelação administrativa, não disponível para controle de atos de concentração), “District Court of Rotterdam” (apelação) e “Trade and Industry Appeals Tribunal” (higher appeal);

Polônia: revisão judicial de primeira instância pela “Court of Competition and Consumer Protection”, pode-se apelar de sua decisão para a “Appeal Court” e denúncia de cassação pode ser levada à Suprema Corte;

³⁹ FRANKEL, Lawrence M., The Flawed Institutional Design of U.S. Merger Review: Stacking the Deck Against Enforcement. Utah Law Review, Vol. 2008, No. 1. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1127853>, p. 161.

Portugal: Tribunal de Comércio de Lisboa; pode-se apelar das decisões do Tribunal de Comércio de Lisboa ao Tribunal da Relação de Lisboa; nas análises de atos de concentração, pode-se apelar, posteriormente, ao Supremo Tribunal de Justiça.

Rússia: pode-se apelar de decisão da autoridade de defesa da concorrência à corte ou corte de arbitragem

Eslováquia: a legalidade das decisões do “Antimonopoly Office” pode ser revista por uma corte civil;

Eslovênia: Corte Administrativa e apelação para a Suprema Corte;

Espanha: a “Audiencia Nacional” (tribunal de apelação) é responsável pela revisão de todas as decisões da Comisión Nacional de la Competencia;

Suíça: o “Federal Administrative Court” e, posteriormente, a “Federal Supreme Court” são encarregadas da revisão judicial de investigações, bem como das decisões do órgão de defesa da concorrência;

Turquia: o “Council of State” é encarregado da revisão judicial de investigações bem como das apelações baseadas na lei de defesa da concorrência;

Ucrânia: as partes podem apelar às cortes da decisão da autoridade antitruste em atos de concentração;

Reino Unido: decisões do “Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform” referentes a casos de interesse público estão sujeitos à revisão judicial pelas cortes. Pode-se apelar de decisões do OFT ou da “Competition Commission” ao “Competition Appeal Tribunal” (tribunal especializado), de cujas decisões pode-se apelar para a “Court of Appeal” e, posteriormente, à “House of Lords”.

A seguir apresentamos dois casos em que há possibilidade de revisão judicial das decisões das autoridades de defesa da concorrência por cortes comuns, mas há algumas peculiaridades nesses dois casos que merecem destaque.

União Européia

As decisões da Comissão Européia sobre concorrência podem ser revistas pelo Tribunal Europeu de Primeira Instância (TEPI) e, posteriormente, pela Corte Européia de Justiça (CEJ). No âmbito do TEPI existe procedimento de rito sumário adotado a partir de 2001

para aliviar o atraso nos julgamentos em matéria de defesa da concorrência. Em geral, esses julgamentos não duram mais do que o tempo dedicado à investigação pela Comissão e, durante seu curso, dá-se preferência à oralidade dos atos. Desde sua adoção, sobretudo nos casos em que a questão tempo é mais sensível (e.g. fusões), é possível notar significativa redução na duração dos procedimentos. No entanto, tem-se notícias de casos em que o TEPI negou o julgamento em rito sumário em razão da complexidade das questões em debate (e.g. Ineos Phenol, T-103/02). Em paralelo à introdução do rito sumário para casos sobre direito concorrencial, também se discutiu a respeito da criação de um tribunal especializado a fim de substituir a instância recursal atualmente cabível ao TEPI⁴⁰.

Outras alterações institucionais ocorreram após a revisão pelas Cortes europeias de três decisões sobre atos de concentração em 2002 e 2003, quando a DG de Competição da Comissão Europeia resolveu investir na melhoria das decisões sobre condutas anticoncorrenciais e atos de concentração. Dessa iniciativa resultou a criação (i) do Departamento do Economista Chefe da DG de Competição da Comissão Europeia, e (ii) do Grupo Econômico Consultivo em Políticas Concorrenciais (*Economic Advisory Group on Competition Policy*).

O departamento é composto por dez economistas e desempenha duas funções: assessora a Comissão na análise de casos selecionados, a fim de contribuir com orientações econômicas e assistência metodológica para as decisões do órgão; e fornece opinião independente ao Comissário e ao Diretor Geral em todos os casos como um mecanismo de pesos e contrapesos interno.

O *Economic Advisory Group on Competition Policy* foi criado em 2004 e é composto por vinte acadêmicos de renome da área econômica de organização industrial. O grupo publica opiniões independentes e assessora o Comissário e o Diretor Geral em algumas questões selecionadas de política concorrencial.

Ambos os órgãos foram criados a fim de contribuir para a capacitação econômica da Comissão para com isso tornar suas decisões mais eficientes e menos suscetíveis a

⁴⁰ BODONI, Stephanie. New York Times. "EU judge calls for a new merger tribunal", 24/10/2006, disponível em <http://www.nytimes.com/2006/10/24/business/worldbusiness/24iht-eucourt.3272585.html>

reformas pelo Poder Judiciário⁴¹. Vale notar que ao invés de criticar as decisões das Cortes europeias, a Comissão Europeia preferiu realizar alterações institucionais dentro da sua estrutura administrativa para solucionar problemas técnicos identificados pelos órgãos judiciais. Em contraste, em países em desenvolvimento, as divergências entre judiciário e autoridades de defesa da concorrência são interpretadas por essas últimas como sendo fruto da falta de conhecimento do direito econômico por parte dos juízes (vide levantamento da ICN discutido a seguir).

México

No sistema mexicano, além do pedido de reconsideração⁴² previsto na *Ley Federal de Competencia Económica* (LFCE), que disciplina a livre concorrência no país, é cabível o *amparo* em face das decisões da *Comisión Federal de Competencia* perante os tribunais federais de matéria administrativa (primeira instância recursal) e a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (segunda instância recursal)⁴³. Ainda que o tema do *amparo* seja matéria econômica, o trâmite observado é igual aos demais recursos interpostos perante os tribunais federais.

Voltando ao pedido de reconsideração, a LFCE impõe restrições quanto à matéria⁴⁴. A *Suprema Corte de Justicia de la Nación* julgou constitucionais tais restrições, conforme o seguinte trecho:

[a]l analizar en la ejecutoria que se comenta los conceptos de violación de a quejosa, también se examinó la restricción al recurso de reconsideración prevista en el art. 52 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica para resoluciones que pongan fin a un procedimiento antes que se emitiera esta sentencia, sobre el particular, algunos tribunales federales estimaron que esa disposición era inconstitucional porque, según ellos, el

⁴¹ ROELLER, Lars-Hendrik; STEHMANN, Oliver. “The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach”. In: *Review of Industrial Organization*, vol. 29, 2006, p. 285.

⁴² O recurso de reconsideração é espécie de recurso com efeito suspensivo cabível no prazo de 30 dias contra as decisões da *Comisión Federal de Competencia* e é apreciado por esse mesmo órgão (art. 39 da *Ley Federal de Competencia Económica* (LFCE), <http://leyco.org/mex/fed/104.html>). Em alguns casos é exigida garantia de recomposição dos eventuais danos em razão da suspensão dos efeitos da decisão da *Comisión*.

⁴³ NEWBERG, Joshua A. “Mexico's New Economic Competition Law: Toward the Development of a Mexican Law of Antitrust”. In: *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 31, 1993-1994, pp. 606 e ss.

⁴⁴ “Artículo 39 (...) El recurso tiene por objeto revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada y los fallos que se dicten contendrán la fijación del acto impugnado, los fundamentos legales en que se apoye y los puntos de resolución. El reglamento de la presente ley establecerá los términos y demás requisitos para la tramitación y sustanciación del recurso.”

recurso procedía contra cualquier resolución emitida por la Comisión. (...) La Suprema Corte transformó esa interpretación restrictiva por una más armónica y extensiva, para lo cual no sólo tomó en cuenta el texto del primer párrafo del art. 39 de la ley, sino que aprovechó el contenido de los arts. 33, 35 y el mismo 39, penúltimo párrafo, para determinar que la restricción a la procedencia del recurso impuesta por el art. 52 del Reglamento es constitucional porque diferenció los procedimientos de naturaleza civil de los administrativos, al señalar que en estos últimos se afecta en forma directa el interés general ante la exigencia de seguridad y de hacerlos expeditos.⁴⁵

Vale mencionar uma peculiaridade do sistema da concorrência mexicano similar ao sistema brasileiro. Após a decisão final da *Comisión Federal de Competencia* e, considerando que foi reconhecida a violação do direito da concorrência, as pessoas naturais e jurídicas que sofreram qualquer perda ou dano resultante dessa prática anticoncorrencial têm o direito de ingressar em juízo para restituir ou compensar seus prejuízos. A depender do caso, o processo judicial poderá ser de natureza civil, comercial e criminal. Mas o sistema mexicano tem uma diferença importante: o Tribunal responsável deve solicitar à *Comisión Federal de Competencia* estimativa, não vinculante, dos danos sofridos pelos particulares (art. 38 da LFCE). Esse parecer funciona como uma espécie de perícia.

2.3.2.2. Avaliação dos arranjos institucionais de revisão judicial

Quais os problemas e deficiências dos arranjos listados acima?

No que diz respeito aos dois principais arranjos identificados anteriormente- tribunais especializados *versus* cortes comuns- existem divergências sobre qual seria o melhor sistema.

A proliferação de tribunais especializados em diversas jurisdições (vide relação acima de países que adotam essa estrutura institucional) não é vista como positiva por alguns especialistas nessa área. Richard Posner, por exemplo, descarta a idéia de que a criação de um tribunal especializado em matéria antitruste pudesse ser a solução para o problema institucional da aplicação do direito concorrencial. Segundo esse autor, há o risco de que, depois de ingressar no tribunal especializado, esses juízes não se

⁴⁵ "Los tribunales federales y la Ley federal de Competencia Económica a partir del inicio de funciones de la Comisión Federal de Competencia" in: La Libre Competencia, [inserir detalhes], capítulo 6, p. 139.

manteriam necessariamente atualizados. Posner também acredita que qualquer tentativa de treinamento ou reciclagem dos juízes não seria suficiente para conter a obsolescência da capacitação dos juízes.⁴⁶ Em contraste, há autores que ponderam que os sistema tem vantagens e desvantagens com relação a valores nem sempre reconciliáveis como *accountability* (prestação de contas), devido processo, eficiência e temporalidade na decisão e expertise.⁴⁷

Com relação à revisão judicial por cortes comuns, segundo um levantamento realizado pela International Competition Network (ICN), as autoridades de defesa da concorrência de 17 países⁴⁸ listaram quatro problemas criados pela mera possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas:⁴⁹

- 1) demandas judiciais podem demorar para serem decididas (fator tempo);
- 2) juízes não têm treinamento, ou conhecimento específico, de direito concorrencial e conceitos econômicos básicos (fator expertise);
- 3) as autoridades de defesa da concorrência não têm recursos suficientes para se defender no judiciário e não encontram oportunidades para explicitar suas decisões para os juízes (fator recursos).

Vale notar que o levantamento da ICN indica que a maioria dos países que mencionaram o item 2 como um problema são países em desenvolvimento. Isso significa que talvez o problema da falta de expertise no judiciário esteja relacionado ao fato de que esses países têm instituições jovens, que ainda estão se consolidando. Isso ocorre com menor frequência em países desenvolvidos. Como o exemplo da União Européia discutido anteriormente ilustra, as divergências entre as autoridades administrativas e as cortes foram interpretadas como resultado de problemas técnicos com a autoridade administrativa.

Dentre os países desenvolvidos, a maior preocupação é a demora no processamento de

⁴⁶ POSNER, Richard. *Antitrust Law*, 2ª ed., Chicago, Londres: University of Chicago Press, 2001, p. 280.

⁴⁷ TREBILCOCK, Michael e Edward IACOBUCCI, "Designing Competition Law Institutions" (2002) 25 *World Law and Economics Review* 361, p. 366.

⁴⁸ África do Sul, Brasil (CADE), Canada, Chile, Comunidade Européia (European Community's Directorate General for Competition), Espanha, Holanda, Jamaica, Mexico, Nova Zelândia, Peru, Polônia, Portugal, Romênia, Tunísia, Turquia, e Zambia.

⁴⁹ International Competition Network (INC), op.cit.

recursos ao judiciário.⁵⁰ Esse problema, todavia, é bastante complexo. Como indicam alguns autores, muitas questões julgadas pelas autoridades de defesa da concorrência são *time-sensitive*.⁵¹ Atrasos na decisão final podem prejudicar transações e afetar o preço de ações e outros bens. Esses atrasos também podem criar incertezas para empregados, fornecedores, e consumidores. Porém, tais atrasos podem também ser a única forma de garantir que todas as partes envolvidas e afetadas participem do processo decisório. Também pode ser a única forma de colher todas as informações disponíveis e avaliá-las.⁵² Portanto, a preocupação com eficiência na decisão de casos de direito concorrencial pode entrar em conflito direto com a preocupação mais do que justificada com o devido processo legal e com a justiça da decisão.⁵³

Mas não é apenas a possibilidade de recorrer ao judiciário que pode afetar negativamente o sistema concorrencial. Uma variável que tem potencialmente um impacto significativo no fator tempo é a possibilidade da execução da decisão da autoridade de defesa da concorrência ser suspensa até que haja uma decisão definitiva das disputas judiciais. Ou seja, recorrer ao judiciário pode ter um impacto maior ou menor no fator tempo se a demora judicial impede a execução imediata da decisão das autoridades de defesa da concorrência. Segundo o levantamento feito pela ICN, no universo de 17 países pesquisados, a maioria não adotava um sistema em que os efeitos das decisões dos órgãos de defesa da concorrência eram imediatamente suspensas em caso de disputa judicial.⁵⁴ Mas essa maioria correspondia apenas a 53% dos países investigados. Em 47% dos países, uma pendência judicial poderia suspender os efeitos da decisão administrativa, elevando o impacto negativo do fator tempo.⁵⁵

Outra variável que parece afetar o sistema concorrencial são medidas interlocutórias (liminares) durante a fase de investigação. Vale notar que nem todos os países permitem que o judiciário intervenha na fase de investigação. Em um levantamento feito pela ICN, apenas 44% das autoridades entrevistadas estavam sujeitas a esse tipo de

⁵⁰ International Competition Network (INC), op.cit.

⁵¹ TREBILCOCK, Michael e Edward IACOBUCCI, "Designing Competition Law Institutions" (2002) 25 World Law and Economics Review 361, p. 366.

⁵² TREBILCOCK, Michael e Edward IACOBUCCI, "Designing Competition Law Institutions" (2002) 25 World Law and Economics Review 361, p. 366.

⁵³ TREBILCOCK, Michael e Edward IACOBUCCI, "Designing Competition Law Institutions" (2002) 25 World Law and Economics Review 361, p. 366.

⁵⁴ International Competition Network (INC), op.cit.

⁵⁵ International Competition Network (INC), op.cit.

intervenção.⁵⁶ E dentre esses, a maioria acredita que o judiciário raramente intervém na fase de investigação. Quando o faz, em geral é em casos de conduta (não de estrutura) e a intervenção diz respeito a questões procedimentais.⁵⁷

Decisões interlocutórias (liminares) durante a fase de investigação se relacionam com o fator tempo porque elas podem ter um impacto significativo na aplicação da política de defesa da concorrência. O atraso (por vezes considerável) na investigação é provavelmente a consequência mais visível dessas decisões.⁵⁸ Há, todavia, outras consequências. Se a investigação é imediatamente suspensa, isso pode prejudicar o resultado final. Por outro lado, a intrusão judicial pode resultar em uma intervenção direta nos procedimentos de coleta de provas, que pode não ser informada por conhecimento específico do tipo de provas que precisam ser coletadas (dado o fator expertise, vide abaixo). Por fim, a investigação pode ser prematuramente encerrada, como resultado de várias decisões interlocutórias. Ou seja, atrasos cumulativos e o impacto negativo na colheita de provas podem desestimular o prosseguimento da investigação.⁵⁹

Além do fator tempo, essas decisões interlocutórias (liminares) também estão relacionadas à expertise. Segundo as autoridades de defesa da concorrência entrevistadas para o levantamento da ICN, possíveis razões que levam as cortes a emitir tais medidas interlocutórias são as seguintes:⁶⁰

- 1) juízes não estão suficientemente familiarizados com os conceitos econômicos necessários para avaliar casos de direito concorrencial;
- 2) as autoridades de defesa da concorrência têm dificuldade em explicar suas visões para membros do judiciário;
- 3) o judiciário acredita que as autoridades de defesa da concorrência estão abusando dos seus poderes de investigação;
- 4) as autoridades de defesa da concorrência têm menos recursos que as partes investigadas para defender seu caso perante o judiciário;

⁵⁶ International Competition Network (INC), op.cit.

⁵⁷ International Competition Network (INC), op.cit.

⁵⁸ International Competition Network (INC), op.cit.

⁵⁹ International Competition Network (INC), op.cit.

⁶⁰ International Competition Network (INC), op.cit.

- 5) os juízes precisam decidir de maneira ágil e pouco ponderada em casos extremamente complexos.

As respostas acima indicam que há casos em que tais decisões interlocutórias parecem perfeitamente justificadas (o judiciário efetivamente está impedindo as autoridades de defesa da concorrência de abusarem dos seus poderes de investigação) e casos em que não. Nos casos problemáticos, parece haver um pressuposto de que a corte não avaliou adequadamente o caso, ao menos do ponto de vista do direito concorrencial. Há pelo menos três causas possíveis para que uma decisão interlocutória indevida seja emitida por um juiz: (i) a falta de conhecimento do direito concorrencial por parte dos juízes (1 e 2); (ii) falta de recursos por parte das autoridades de defesa da concorrência, vis-à-vis a parte privada sendo investigada (2 e 4); (iii) falta de tempo para o judiciário lidar com casos complexos de direito concorrencial (1).

No levantamento produzido pelo ICN, as respostas das autoridades de defesa da concorrência indicam que em geral há um problema com falta de recursos nessas agências de defesa da concorrência.⁶¹ Para uma conclusão definitiva sobre a acuidade dessa afirmação, todavia, seria necessário investigar qual o investimento feito por ambas as partes nos casos de disputa judicial. Tal investigação, todavia, não preclui a hipótese de que ainda que as autoridades de defesa da concorrência tivessem tantos recursos financeiros quanto a parte privada, as mesmas encontrariam obstáculos com relação aos outros dois itens (falta tempo e/ou recursos no judiciário para analisar adequadamente essas questões). Ainda que seja possível investigar a proporção relativa de recursos de ambas as partes, caso os juízes não recebam qualquer tipo de treinamento e tenham pouco tempo para avaliar os casos, a existência de uma disparidade significativa de recursos não excluirá as outras duas hipóteses anteriormente apresentadas.

2.3.2.3. Justiça Federal e Justiça Local

Neste item procuramos investigar, dentre os países em que há revisão judicial das decisões dos órgãos de defesa da concorrência, quais deles têm um sistema de governo

⁶¹ International Competition Network (INC), op.cit.

federalista? Nos países em que há federalismo, examinamos se a revisão das decisões dos órgãos de defesa da concorrência é centralizada ou descentralizada (i.e. fica concentrada nas cortes federais ou das cortes estaduais/provinciais/locais) e quais os problemas e deficiências de cada um desses arranjos institucionais.

O problema do sistema federalista, ou de qualquer mecanismo de descentralização das decisões relacionadas ao direito concorrencial é que a política de defesa da concorrência vai depender da decisão de vários entes distintos, potencializando o risco de contradições. Por exemplo os Estados Unidos e o México.

Nos Estados Unidos, tanto as cortes federais quanto as estaduais têm competência para julgar questões de direito concorrencial. As cortes federais possuem jurisdição exclusiva em relação a demandas baseadas na lei antitruste federal e as cortes estaduais, que costumam seguir os precedentes federais, julgam os casos de ordem estadual/local com fundamento na legislação antitruste estadual.⁶² O caso mexicano é um pouco diferente,: a revisão judicial por meio do *amparo* é realizada pelos tribunais federais e abrange os litígios sobre matéria concorrencial. Contudo, as ações civis, comerciais e criminais de perdas e danos, correm perante o sistema judicial estadual.

Nesse sentido e como descreve Kovacic, muitas jurisdições parecem um arquipélago, no qual vários entes estatais podem tomar decisões diretamente relacionadas com direito concorrencial e com a política de defesa da concorrência. Com frequência, cada ilha desse arquipélago opera em completo isolamento, sem qualquer conhecimento do que está sendo feito em outras partes do sistema.⁶³ Isso cria várias interdependências institucionais. Essas interdependências exigem que as autoridades de defesa da concorrência compreendam como outras instituições influenciam a definição da política de defesa da concorrência.⁶⁴

Quais as possíveis estratégias que podem ser adotadas para remediar ou mitigar esse problema de interdependências institucionais e coordenação da ação de diversos entes? As autoridades de defesa da concorrência não apenas precisam identificar as interdependências, mas também se esforçar para construir relações estáveis e um

⁶² HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice. West Group, Second Edition, 2001, pp. 741-744).

⁶³ KOVACIC, William E., *Achieving better practices in the design of competition policy institutions*, THE ANTITRUST BULLETIN: Vol. 50, NO. 3/Fall 2005 : 511.

⁶⁴ Ibid.

diálogo constante com outros entes da administração pública.⁶⁵ Quando a interdependência institucional envolve diversas cortes, todavia, tal tipo de diálogo é mais complicado.

O caso da União Europeia é ilustrativo. No que diz respeito aos direitos comunitários, o particular pode requerer proteção dos seus direitos perante o tribunal local e quando isso ocorre, aplicam-se as regras procedimentais estipuladas pela lei local (do Estado-membro), por força do princípio da autonomia procedimental nacional (*national autonomy procedural*).⁶⁶

A proteção dos direitos comunitários e a existência de qualquer remédio judicial diante da violação das normas que regem a defesa da concorrência dependem das regras procedimentais e de mérito de cada Estado-membro em particular. O sistema jurídico de cada Estado-membro determina as regras e remédios judiciais aplicáveis àqueles prejudicados diante do descumprimento do direito concorrencial. Ocorre que na prática essa questão não é tão simples assim. Tendo em vista a dificuldade de se orquestrar a proteção à livre-concorrência nesse arquipélago de jurisdições, utilizando a expressão de Kovacic, o direito comunitário acabou por impor certos limites à liberdade de ação dos tribunais locais. As regras nacionais: (i) não podem ser menos favoráveis que aquelas relacionadas a processos domésticos similares (princípio da equivalência ou não-discriminação); e (ii) não podem tornar virtualmente impossível ou extremamente difícil o exercício dos direitos comunitários que os tribunais locais são obrigados a proteger (princípio da efetividade).⁶⁷

2.3.3. CONTEÚDO SUJEITO À REVISÃO

⁶⁵ KOVACIC, William E., *Achieving better practices in the design of competition policy institutions*, THE ANTITRUST BULLETIN: Vol. 50, NO. 3/Fall 2005 : 511.

⁶⁶ “In absence of Community rules on this subject, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of rights which citizen have from the direct effect of Community Law (...)” (cf. caso 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989, [1997] 1 CLMR 533. O resumo pode estar disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0033:EN:HTML>)

⁶⁷ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EC Competition Law: text, cases and materials*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, p. 1304.

Neste item procuramos examinar que tipo de decisão pode ser levada às cortes (todo tipo, somente análise de atos de concentração, somente processos administrativos por conduta anticoncorrencial, etc), bem como entender quais os problemas e deficiências eventuais limitações ao conteúdo sujeito à revisão pode acarretar.

Sobre restrições ao conteúdo ou tipo de caso sujeito à revisão judicial, é possível dividir os países que permitem a revisão judicial em dois grupos: (a) países em que apenas um tipo de decisão dos órgãos de defesa da concorrência pode ser levada às cortes (e.g. análise de atos de concentração ou processos administrativos por conduta anticoncorrencial) e (b) países em que qualquer tipo de decisão dos órgãos de defesa da concorrência podem ser levadas às cortes judiciais.

a) Países em que há restrições à revisão judicial quanto ao tipo de decisão

Chipre: na revisão judicial, a Suprema Corte não pode rever sanções impostas pela autoridade antitruste;

Estônia: cortes não estão envolvidas nas investigações de atos de concentração; cortes costumam rever sanções;

Irlanda: as cortes não estão envolvidas na investigação de atos de concentração; a autoridade de defesa da concorrência não tem poder de decisão, seus procedimentos devem ser levados às cortes para decisão;

Itália: as cortes não estão envolvidas na investigação de atos de concentração;

Luxemburgo: não há legislação de controle de concentração; tribunais de apelação podem rever sanções;

Polônia: as cortes não estão envolvidas na investigação de atos de concentração, mas é possível apelar da decisão da autoridade antitruste; a revisão judicial pode rever sanções;

Turquia: ao final da decisão da autoridade antitruste em investigação de atos de concentração, as partes podem apelar ao “Council of State”; em caso de apelação em processo administrativo pode haver, teoricamente, a revisão de sanções, mas, na prática, esta revisão não costuma ocorrer;

Suíça: as partes podem apelar da decisão da autoridade antitruste em análise de atos de concentração; em caso de apelação pode haver revisão de sanções;

Reino Unido: pode-se apelar da imposição de sanções;

Ucrânia: as partes podem apelar às cortes da decisão da autoridade antitruste em atos de concentração (porém estas têm poderes limitados e não podem se manifestar relativamente à definição de mercado relevante ou de posição dominante).

b) Países em que não há restrições à revisão judicial quanto ao tipo de decisão

Nos países em que todas as decisões dos órgãos de defesa da concorrência podem ser submetidas à revisão judicial, pode-se ainda encontrar uma subdivisão entre países em que a revisão se dá no mesmo órgão independentemente da decisão a ser revisada, e países em que órgãos diferentes são responsáveis pela revisão das decisões dos órgãos de defesa da concorrência. Nessa hipótese, a competência do tribunal revisor é definida a partir do tipo de decisão dos órgãos de defesa da concorrência (i.e. atos de concentração ou processo administrativo por prática de conduta anticoncorrencial).

Identifica-se ainda o caso de Portugal (abaixo denominado país com sistema misto de revisão judicial) em que a revisão judicial tem início no mesmo órgão (o Tribunal de Comércio de Lisboa) e depois no Tribunal da Relação de Lisboa (segunda instância recursal), porém a depender do tipo de decisão a ser revisada (no caso, atos de concentração), cabe ainda uma terceira instância recursal, o Supremo Tribunal de Justiça.

b.1) Países em que o mesmo tribunal é revisor de todas as decisões

Bélgica: não atua na análise de atos de concentração, mas pode-se apelar à corte da decisão referente à investigação de atos de concentração, bem como em relação a sanções;

Croácia: apela-se à “Administrative Court” em casos de investigação de atos de concentração; a “Administrative Court” pode rever sanções e o valor da multa

Finlândia: a “Market Court” pode proibir um atos de concentração, determinar multas e estender prazos;

Letônia: pode-se apelar da decisão do órgão de defesa da concorrência à “Regional Administrative Court” em investigação de atos de concentração; a corte administrativa não pode rever ou impor sanções, mas pode cancela-las;

Lituânia: as cortes não estão envolvidas na investigação de atos de concentração, mas pode-se apelar da decisão do órgão de defesa da concorrência quanto a atos de concentração; cortes administrativas podem rever sanções apenas para diminuí-las;

Eslovênia: as cortes não estão envolvidas na análise de atos de concentração, mas podem rever a decisão da autoridade antitruste; em caso de apelação pode haver revisão de sanções;

Espanha: as cortes não estão envolvidas na investigação de atos de concentração, mas pode-se apelar da decisão da autoridade antitruste; em caso de apelação pode haver revisão de sanções;

Países Baixos: em investigação de atos de concentração, as partes podem apelar à “District Court of Rotterdam” e, posteriormente, ao “Trade and Industry Appeals Tribunal”; as empresas podem apelar às cortes contra decisão da autoridade antitruste que estabelece infração à lei de defesa da concorrência

Eslováquia: as cortes podem rever a legalidade de decisão da autoridade antitruste sobre atos de concentração e em casos de conduta anticompetitiva; em caso de apelação pode haver revisão de sanções;

b.2) Países em que órgãos diferentes julgam as diferentes decisões

Alemanha: partes ou terceiros podem apelar à “Higher Regional Court in Düsseldorf” sobre autorizações ou proibições de atos de concentração e dessa decisão pode-se apelar à “Federal Court of Justice (BGH)”; as cortes de apelação podem rever sanções;

Áustria: a “Cartel Court” pode atuar na investigação de atos de concentração, mediante requerimento de uma das partes solicitar; e “Upper Cartel Court” pode rever sanções;

Dinamarca: as cortes podem rever sanções; porém, normalmente, as cortes não estão envolvidas nas investigações de atos de concentração. Não se teve conhecimento durante a pesquisa de qualquer caso de revisão judicial de decisão nas investigações de atos de concentração nesse país;

França: pode-se apelar ao “Conseil d’Etat” contra decisões do órgão de defesa da concorrência em razão de abuso de poder ou não cumprimento de regras procedimentais na investigação de atos de concentração; as cortes de apelação podem rever sanções;

Grécia: as decisões finais da autoridade antitruste são atos administrativos que estão sujeitos ao controle judicial por parte da “Administrative Court of Appeals of Athens”;

Hungria: pode-se apelar em investigação de atos de concentração; as cortes podem rever sanções;

Malta: a “Commission for Fair Trading” é responsável pela revisão da decisão do “Office for Fair Competition”;

Romênia: as cortes não estão envolvidas na decisão em análise de atos de concentração, mas pode-se apelar da decisão à “Bucharest Court of Appeal”; revisão judicial pode rever sanções;

Suécia: se houver uma investigação “abrangente” de atos de concentração (isto é, quando a autoridade de defesa da concorrência não decide de maneira preliminar num prazo de 25 dias), a autoridade deve solicitar que a “Stockholm District Court” proíba a operação; desta decisão da “Stockholm District Court” pode-se apelar à “Market Court”; também pode-se apelar à “Market Court” das sanções impostas pela autoridade antitruste

b.3) País em que o sistema de revisão é misto

Portugal: o Tribunal de Comércio de Lisboa tem competência para rever decisões da autoridade de defesa da concorrência em análise de atos de concentração ou de práticas anticompetitivas, incluindo-se decisões finais ou preliminares; pode-se apelar das decisões do Tribunal de Comércio de Lisboa ao Tribunal da Relação de Lisboa e esta será a decisão final nos casos de práticas anticompetitivas; nas análises de atos de concentração, pode-se apelar, posteriormente, ao Supremo Tribunal de Justiça. As cortes não estão envolvidas na análise de atos de concentração. Revisão judicial pode rever sanções.

A seguir analisaremos mais detidamente o caso europeu e mexicano. Note-se que em ambos os casos, todas as decisões dos órgãos de defesa da concorrência (seja em processo administrativo por conduta anticoncorrencial, seja em análise de atos de concentração) estão sujeitas à revisão judicial por critérios distintos que merecem destaque aqui. No caso da União Européia, em razão da amplitude da possibilidade de questionamento de uma decisão administrativa perante o Poder Judiciário e, no caso do México, diante da similaridade com o sistema brasileiro.

União Européia

De acordo com o direito comunitário, todas as decisões da Comissão Européia, assim como de qualquer instituição da União Européia, podem ser submetidas à revisão judicial pelas Cortes europeias desde que produza efeitos legais para as partes envolvidas (i.e. “[o]nly an act that produces discernible legal effects – that appears to produce a change in someone’s rights and obligations – can be subject to judicial review.”^{68,69}). Dessa forma, tanto as decisões sobre atos de concentração quanto aquelas

⁶⁸ SCHWARZE, Jurgen. “Judicial Review of European Administrative Procedure”. In: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, 2004, p. 89.

⁶⁹ A respeito dos atos preparatórios e das decisões que iniciam uma investigação, a Corte Europeia de Justiça já decidiu sobre a impossibilidade de tais decisões serem submetidas a revisão judicial em razão de eventual incompatibilidade com a separação dos poderes e possível incoerência entre as decisões, e ausência de alteração a posição legal das partes investigadas, respectivamente. Com relação às decisões interlocutórias (não definitivas), a Corte reconheceu a possibilidade de revisão judicial em alguns casos (e.g. caso 53/85, *Akzo Chemie et al v. Commission*, 1986 E.C.R. 1965, parágrafo 20.) (cf. SCHWARZE, Jurgen. “Judicial Review of European Administrative Procedure”. In: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, 2004, pp. 89/90).

atinentes a processos administrativos por conduta anticoncorrencial, assim como qualquer outra análise da Comissão, é passível de revisão pelas Cortes europeias.

México

Considerando que (i) por meio do *amparo* é possível o questionamento de qualquer ato que seja contrário a algum dispositivo constitucional, e (ii) que a livre concorrência e a proibição a formação de monopólios estão protegidas pela Constituição mexicana (art. 28), qualquer decisão da *Comisión Federal de Competencia* sobre matéria concorrencial pode ser questionada perante o Poder Judiciário mexicano.

2.3.4. EFICÁCIA DA REVISÃO JUDICIAL

Neste item examinamos dados sobre a eficácia da revisão judicial em outros países indagando sobre índice de judicialização, índice de efetiva revisão, tempo de análise e seu impacto sobre a atuação da agência de defesa da concorrência. Nosso levantamento apontou para prazos diferentes em cada país pesquisado. Segue abaixo tabela com levantamento do tempo máximo médio alocado para as revisões judiciais das decisões dos órgãos de defesa da concorrência em diversos países. A unidade de tempo utilizada na tabela é ano, considerando que um ano apresenta 365 dias.

Tabela 2.3
Tempo máximo para as revisões judiciais dos órgãos de defesa da concorrência

	< 1	1	> 1	≤3	≤5	>5
Áustria*	x					
Bélgica		x				
Bulgária	x					
Croácia				x		
Chipre					x	
República Tcheca				x		
Dinamarca		x				
Estônia		x				
Finlândia			x			
França			x			
Alemanha			x			
Grécia		x				
Hungria			x			
Itália**		x				
Letônia				x		
Lituânia				x		
Luxemburgo			x			
Malta						x
Polônia			x			
Portugal		x				
Romênia						
Sérvia			x			
Eslováquia			x			
Eslovênia			x			
Espanha						x
Suécia			x			
Suíça						
Turquia				x		
Reino Unido***		x				

<p>* Para atos de concentração pode durar apenas 2 meses ** O prazo pode aumentar na última instância (Consiglio di Stato) *** Existe uma meta de 9 meses, mas pode durar alguns anos</p>

Considera-se que o tempo concorrencial para revisão de decisões, levando em conta que o caso já tramita na agência de defesa da concorrência por algum tempo, não deve ser superior a 1 ano. Poucos países conseguem atingir a meta e, em geral, isso só é obtido quando os casos não alcançam tribunais superiores. O tempo de análise deve ser balanceado também com a qualidade da decisão.

Voltando aos casos europeu e mexicano, os dados oficiais e extra oficiais identificados na pesquisa serão apresentados a fim de fornecer elementos concretos sobre como o fator tempo tem sido medido e qual a importância dada a ele em cada um dos sistemas analisados

União Européia

Foram encontradas estatísticas do Tribunal Europeu de Primeira Instância (TEPI) relativas a processos que versam sobre matéria concorrencial⁷⁰. No ano de 2004, foram propostos 36 casos de direito da concorrência do total de 536 casos apresentados ao Tribunal. Em 2005, 40 casos de 469; em 2006, 81 de 432; em 2007, 62 de 522; e em 2008, 71 de 629.

Em 2008 foram julgados 31 casos sobre concorrência do total de 605 casos julgados pelo Tribunal. Nos anos anteriores o Tribunal julgou 26 casos de 361, em 2004; 35 de 610 em 2005; 42 de 436 em 2006; e 38 de 397 em 2007. O levantamento aponta ainda para os processos em matéria concorrencial pendentes de julgamento no dia 31 de dezembro de cada ano. Em 2004 eram 129 processos pendentes de julgamento, em 2005, 134; em 2006, 173; em 2007, 197; e 2008, 236.

É possível ainda identificar nesse levantamento o volume de processos que tiveram o procedimento acelerado aprovado, bem como o sentido da decisão do Tribunal, favorável ou contrária ao recurso interposto pelas partes.

Com relação às estatísticas da Corte Européia de Justiça (CEJ) de recursos de decisões do TEPI, no ano de 2008, foram remetidos à CEJ 10 casos sobre concorrência do total de 583, e 23 casos foram julgados no mesmo ano, do total de 470⁷¹. Em 2004 foram julgados 29, em 2005, 17 casos, em 2006, 30 casos e, em 2007, 17 casos.

Sobre o tempo médio de julgamento, não há informação específica para os casos que versam sobre direito da concorrência. Para o julgamento dos recursos originários do TEPI em geral, foram identificados: 21,3 meses em 2004; 20,9 meses em 2005; 17,8 meses em 2006 e 2007; e 18,4 meses em 2008. Comparativamente com os demais

⁷⁰ Cf. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_pt_tpi_stat.pdf

⁷¹ Cf. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_pt_cj_stat.pdf

processos que a Corte Européia de Justiça aprecia, é a única categoria que apresentou aumento entre 2007 e 2008 do tempo de julgamento. Todas as demais categorias apresentam significativa diminuição no tempo de julgamento.

No âmbito da União Européia, a Comissão Européia ainda divulga estatísticas acerca do controle de cartéis (<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>) e das fusões submetidas à sua análise (<http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>), porém os dados disponibilizados a princípio não permitem o cruzamento de informações com o levantamento realizado pelas Cortes europeias.

México

Não foram encontrados dados oficiais sobre o volume de revisões judiciais submetidas a apreciação das cortes federais e da *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. O *International Comparative Legal Guide to Competition Litigation*⁷² de 2010 reúne dados extra oficiais colhidos com profissionais do setor. Segundo o referido documento, no México o *amparo* pode durar doze meses até que a decisão final seja proferida. Com relação aos processos civis e comerciais por meio das quais as pessoas naturais e jurídicas podem requerer a restituição das perdas e danos sofridos em decorrência da violação do direito à concorrência, estima-se que estes podem durar de dezoito a trinta meses até o julgamento final⁷³.

Com relação ao volume de amparos, foi encontrada referência extra oficial à existência de 600 amparos desde a criação da *Comisión Federal de Competencia* em 1992⁷⁴.

O único dado oficial encontrado é do serviço de estatística da *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Segundo eles, uma ação constitucional (e.g. *amparo*) tem duração

⁷² O *International Comparative Legal Guide to Competition Litigation* é uma iniciativa do Global Legal Group, que convida escritórios de advocacia de vários países para responder questões relacionadas ao sistema de defesa da concorrência de cada país a partir das suas experiências e conhecimento da área.

⁷³ Global Legal Group. "The International Comparative Legal Guide to Competition Litigation: a practical insight to cross-border competition litigation 2010", chapter 21, México, p. 113, disponível em <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3141.pdf>

⁷⁴ “[D]esde la creación de la CFC hasta hoy se han presentado más de 600 demandas de amparo. De conformidad con la Ley de Amparo y los criterios para la asignación de los juicios de amparo en revisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha resuelto un número reducido de autos, pero ha establecido directrices importantes en materia de competencia económica.” (cf. GLORIA, Martín Moguel. “Capítulo VI: criterios del poder judicial de la federación sobre competencia económica”, documento elaborado pela Comisión Federal de Competencia, México, p. 245.)

em torno de 452 dias da sua atuação até o julgamento final⁷⁵. Contudo, não há referência sobre o tempo médio de um *amparo* que verse sobre direito da concorrência, ou qualquer referência a um procedimento mais célere em razão da matéria.

Quanto ao impacto do volume da adjudicação na atuação dos órgãos de defesa da concorrência, segundo um levantamento feito pela *International Competition Network* (ICN), existe uma percepção dentre as autoridades de defesa da concorrência de que houve um aumento de recursos judiciais nos últimos 3 a 5 anos.⁷⁶ Dentre as autoridades de defesa da concorrência que responderam o questionário, 53% acham que houve esse aumento, enquanto 41% acreditam que não houve aumento e 6% disseram que suas decisões nunca foram sujeitas à revisão judicial.⁷⁷ A maioria (78%) das autoridades de defesa da concorrência que acreditam ter observado um aumento se localizam em países em desenvolvimento.⁷⁸ Uma das hipóteses que poderia explicar as respostas é o fato de que países em desenvolvimento ainda estão amadurecendo suas instituições e a crescente demanda judicial seria fruto desse amadurecimento. Os autores do levantamento, todavia, indicam que a questão merece uma investigação mais cuidadosa.⁷⁹

Segundo o levantamento da ICN, 50% das autoridades de defesa da concorrência entrevistadas acreditam que o motivo pelo qual suas decisões são revistas pelo judiciário é o fato de que suas interpretações das regras de direito concorrencial diferem da interpretação do judiciário. A segunda resposta mais citada (44.4%) é que os juízes não têm familiaridade suficiente com conceitos econômicos para avaliar casos de direito concorrencial. Outras respostas citadas incluíam as seguintes razões: (i) problemas relacionados ao cálculo de multas (33.3%); (ii) o ônus de prova em casos de direito concorrencial não é considerado adequado pelo judiciário (33.3%); e (iii) há problemas procedimentais (27.7%).⁸⁰ Os dois últimos itens sugerem que os procedimentos e ônus de prova no direito concorrencial pode diferir daquele exigido pelo judiciário. Ou seja, as decisões das autoridades de defesa da concorrência seriam revertidas pela corte

⁷⁵ Cf. sítio eletrônico do *Portal de Estadística Judicial* (<http://www2.scjn.gob.mx/alex/default2.aspx>). Não foram fornecidos dados detalhados a respeito dos ampargos contra decisão da *Comisión Federal de Competencia*.

⁷⁶ International Competition Network (INC), op.cit.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ International Competition Network (INC), op.cit.

simplesmente porque essas duas instituições adotam diferentes métodos de análise. Portanto, se há algum impacto no aumento da adjudicação dos casos de direito da concorrência, ele não seria necessariamente positivo.

Uma das políticas que têm sido adotadas em diferentes países para lidar com as divergentes interpretações da legislação concorrencial é a organização de workshops. Esses encontros procuram promover o diálogo entre autoridades de defesa da concorrência e aumentar a familiaridade dos juízes com conceitos de direito concorrencial, e também com o modo através do qual as autoridades de defesa da concorrência tomam decisões.⁸¹

Porém, pode-se questionar se tal diálogo é suficiente. Um argumento contra é o fato de que grande parte do processo decisório no direito antitruste segue uma lógica bastante distinta do processo decisório em outras áreas do direito, como, por exemplo, o direito penal.⁸² Portanto, workshops e encontros não seriam suficientes para oferecer uma ponte para o diálogo. O direito concorrencial é muito mais aberto, trabalha com conceitos e definições mais vagas, e usa muito conceitos econômicos. Cortes em países desenvolvidos como Estados Unidos e a Comunidade Européia se utilizam amplamente de conceitos econômicos para informar suas decisões em casos de direito concorrencial. Utilizar esses conceitos parece ser a parte que falta nas cortes de países em desenvolvimento. Como explica David Evans:

[i]n most jurisdictions, antitrust law is, in practice, more like criminal law for setting the bounds of acceptable behavior than like government regulations for correcting market failures. Antitrust law provides a set of rules for how firms can play the competitive game and a refereeing process for assessing when firms have engaged in practices that do not comply with these rules. Competition authorities and courts generally give firms wide discretion in how they play the game. Firms can engage in a variety of practices that enable them to obtain and exercise significant market power.

The authorities and courts intervene when firms play out of bounds. Unlike criminal law, however, competition law is based on statutes that are quite vague in most jurisdictions—see Section 2 of the U.S. Sherman Act or Article 82 of the European Community (EC) Treaty. It has been left to the competition authorities and courts to decide what the rules are and where the boundaries of permissible competition fall. The logic of the rules the courts have developed over time is not transparent. It is sometimes said that the purpose of antitrust is to prohibit

⁸¹ Ibid.

⁸² EVANS, David S., “Economics and the Design of Competition Law”, in 1 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 99 (ABA Section of Antitrust Law 2008), <http://www.abanet.org/antitrust/at-programs/symp-09/pdf/papers/Evans-Economics.pdf>

*practices that harm the competitive process. But, as discussed below, such statements are devoid of content since there is no fixed notion of what the “competitive process” is, or should be, in law or economics. Nevertheless, there is an inherent logic to the competition rules that the courts have developed over time. Courts have developed these rules based on various economic premises about the objectives of competition policy, what type of competition is desirable or undesirable, and whether particular business practices impede competition. They also appear to have considered other economic factors such as the costs to the judiciary of administering rules and the cost of ambiguous rules to companies. That is not to say that only economic factors have influenced the development of competition rules. Political and social norms have as well, including the growing support, in the last quarter century, for market-based economies. Nor is it to say that there is either a complete or consistent set of rules at this stage. But competition rules have evolved over time, significantly, through a process whereby economic minded judges and legal scholars, often at the prodding of economists, continually question and refine the premises that underlie these rules. Although the influence of economics on the courts is most well known in the United States, in recent years economics has become increasingly influential in guiding the direction of competition rules in the European Community.*⁸³

Essa análise sugere que: (i) as regras de direito concorrencial se consolidam ao longo do tempo e (ii) essa consolidação ocorre primordialmente através de juízes e acadêmicos com interesse e conhecimentos de economia. David Evans sugere que o diálogo entre acadêmicos e economistas pode ser ainda mais rico nos países desenvolvidos,⁸⁴ mas a análise dele poderia também ser usada para especular se as divergências entre o judiciário e as autoridades de defesa da concorrência em países em desenvolvimento não poderia ser explicada pelo fato de que (i) as instituições são bastante recentes, e (ii) os juízes não recebem qualquer tipo de preparo ou treinamento para lidar com conceitos econômicos seja na faculdade de direito, seja quando ingressam no judiciário.

As propostas de política pública para lidar com esse problema dependeriam, em grande parte, da causa. Enquanto a primeira exige tempo, a seguinte exige investimentos maciços em treinamento e educação. Todavia, tais investimentos devem ser estruturais. Por causa da falta desse embasamento teórico, pode-se questionar se meros workshops preencheriam a lacuna. Em qualquer uma das hipóteses, todavia, a proposta de David

⁸³ David S. Evans, Economics and the Design of Competition Law, in 1 *Issues in Competition Law and Policy* 99 (ABA Section of Antitrust Law 2008), <http://www.abanet.org/antitrust/at-programs/symp-09/pdf/papers/Evans-Economics.pdf>

⁸⁴ David S. Evans, Economics and the Design of Competition Law, in 1 *Issues in Competition Law and Policy* 99 (ABA Section of Antitrust Law 2008), <http://www.abanet.org/antitrust/at-programs/symp-09/pdf/papers/Evans-Economics.pdf>

Evans parece ser aplicável: economistas deveriam ser convidados a “traduzir” conceitos econômicos e regras de defesa da concorrência para uma linguagem que seja mais próxima daquela falada por juristas, ou seja, para uma linguagem baseada mais em regras e menos em critérios de avaliação que variam de caso a caso.⁸⁵

Por fim, com relação aos tipos de casos, as respostas do levantamento da ICN, indicam que: com relação a fusões e aquisições, em 77,8% dos países pesquisados, as decisões são sempre ou quase sempre implementadas. Em contraste, as decisões administrativas sobre práticas anticoncorrenciais são sempre ou quase sempre implementadas em apenas 56% dos países pesquisados (um número significativamente inferior ao das fusões e aquisições). O número também é inferior para multas: em apenas 57,1% dos países pesquisados, as decisões administrativas sobre multas são sempre ou quase sempre implementadas. Para mais detalhes sobre esses dados, vide resposta à questão 12 (abaixo).

2.3.5. MOTIVAÇÕES PARA A REVISÃO

Neste item examinaremos, nos países em que há revisão judicial das decisões dos órgãos de defesa da concorrência, quais são os atores que podem questionar tais decisões no judiciário (somente as partes envolvidas no caso, ou terceiros – como consumidores ou outros órgãos do poder executivo ou legislativo – podem questionar a decisão) e quais seriam as principais motivações para o recurso (e.g. reverter captura da agência, atrasar ou acelerar o processo de aplicação da legislação, etc).

A pesquisa apontou que os atores que podem questionar as decisões dos órgãos de defesa da concorrência variam. Vale notar a peculiaridade dos casos europeu e mexicano sobre o limite subjetivo para provocar a revisão judicial.

⁸⁵ David S. Evans, Economics and the Design of Competition Law, in 1 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 99 (ABA Section of Antitrust Law 2008), <http://www.abanet.org/antitrust/at-programs/symp-09/pdf/papers/Evans-Economics.pdf>

União Européia

Os Estados-membros, o Conselho e a Comissão são considerados “atores privilegiados”, isto é, podem provocar a revisão judicial de qualquer ato dos órgãos de defesa da concorrência europeu. Qualquer outra pessoa, natural ou jurídica, apresenta limites para suscitar a revisão judicial, sendo possível apenas questionar a decisão que a afeta. De acordo com o art. 230(4) do Tratado Europeu, as pessoas naturais ou jurídicas têm acesso às Cortes européias caso o ato a ser impugnado lhe afete direta ou indiretamente. A respeito dessa previsão, Jürgen Schwarze afirma que

*the system of legal remedies has often been criticized as being too narrow, particularly regarding direct legal protection of individuals against general legal acts. The Court of Justice has recently pointed out, however, that broadening access to judicial review by allowing individuals to seek remedies against general legal acts – contrary to the wording of Article 230 (4) of the Treaty – would go beyond its power as a court.*⁸⁶

México

As partes envolvidas e afetadas pela prática anticoncorrencial ou ato de concentração sob análise da *Comisión Federal de Competencia* (e.g. empresa dominante ou concorrentes) poderão questionar a decisão do tribunal administrativo perante as cortes federais.

2.3.6. USO DE PERÍCIA TÉCNICA PELOS TRIBUNAIS

Examinamos aqui se, nos países em que há revisão judicial, há possibilidade de recurso à perícia técnica, bem como o papel que essas desempenham e qual sua relevância para as decisões das cortes.

Conforme indicado anteriormente, há autores que defendem a ideia de que cortes, através do uso de perícia e especialistas, estejam aptas a decidir casos de direito concorrencial, apesar da falta de conhecimento especializado dos juízes. A razão para

⁸⁶ SCHWARZE, Jürgen. “Judicial Review of European Administrative Procedure”. In: *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2004, pp. 85/86.

isso é que juízes podem utilizar testemunhas, depoimentos de especialistas, e a intervenção de partes interessadas para ouvir todas as partes envolvidas e chegar a um conclusão razoável.⁸⁷ Isso poderia, inclusive, ser uma vantagem sobre um órgão administrativo composto por especialistas, já que esses especialistas podem ter vínculos com as empresas sendo julgadas, e podem ter interesse em adquirir posições na iniciativa privada ao termino do seu mandato. Por essa razão, juízes poderiam potencialmente oferecer uma imparcialidade que talvez não esteja presente nas comissões de defesa da concorrência.⁸⁸

Nesse sentido, vale mais uma vez atentar para as experiências européias mexicana sobre o tema.

União Européia

Sem adiantar o debate sobre os limites da revisão judicial que será abordado mais adiante, cabe apontar que a margem de discricionariedade da Comissão Européia sobre casos relacionados a direito da concorrência gira em torno dos fatos, principalmente, quando envolve análises econômicas complexas. No entanto, mesmo assim, a revisão judicial pode ser exercida de forma a assegurar que a fundamentação da Comissão seja lógica, coerente e proporcional. Segundo Mario Siragusa, isso confere às cortes poder bastante para a correção de erros tais como a verificação da credibilidade da base científica das decisões da Comissão. Cita como exemplo os casos da Tetra Laval e Babylliss: “... the application of a test of logic to the Commission’s reasoning allows the Community Courts to check the credibility of the scientific foundations of the Commission decisions. This can be seen by a comparison of the CFI’s rulings in Tetra Laval (where it upheld the theory of leveraging supported by the Commission) and in Babylliss (where it rejected the theory of the range-effect, for lack of solid scientific foundations and logical flaws).”⁸⁹

⁸⁷ TREBILCOCK, Michael e Edward IACOBUCCI, "Designing Competition Law Institutions" (2002) 25 World Law and Economics Review 361, p. 366.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ SIRAGUSA, Mario. “Judicial review of competition decisions under EC law”, p. 6, disponível em http://www.competition-commission.org.uk/our_role/cc_lectures/judicial_control_210904_siragusa.pdf.

Mario Siragusa explora ainda eventual abuso no exercício da revisão judicial pelo TEPI no que se refere à apreciação dos argumentos científicos analisados pela Comissão Europeia. Segundo esse autor, o caso Tetra Laval ilustra como a corte revisora pode, às vezes, desprezar a investigação técnico-científica realizada pelo órgão de defesa da concorrência e adotar ponto de vista próprio, sem qualquer fundamento científico. Nesse caso, o TEPI teria rejeitado estudos de mercados objeto de consideração pela Comissão, e reformado a decisão administrativa com base em suas próprias convicções, em desprezo da complexidade econômica presente no caso concreto:

What about the limits judicial review encounters vis-à-vis the Commission's discretion? In Tetra Laval, the Commission maintains that the CFI has 'exceeded its role, which is to review the administrative decision of the Commission for clear errors of fact or reasoning, and not to substitute its view of the case for that of the Commission' (Commission Press Release of December 20, 2002). AG Tizzano agrees in part with the Commission. Thus, it may be useful to look at that case for an example of what the Community Courts cannot do when exercising judicial review.

In Tetra Laval, the CFI criticized the Commission's forecast that the LDP (liquid dairy products) segments of the PET market would experience major growth for the period 2000-2005. The CFI said that 'growth estimates adopted by the Commission [...] are not really very convincing' (§ 212). Yet, we learn from AG Tizzano that the Commission had looked at several independent market studies and had taken a more conservative approach than were warranted by its market investigation.

On the other hand, not only is the CFI's language unusual, but also, as AG Tizzano notes, the CFI misconstrued one of the independent market studies and did not even mention the market investigation run by the Commission. Indeed, in such a case, it would seem that the CFI has not been looking for errors in the Commission's reasoning, but rather substituting its own point of view (and errors) to that of the Commission. This seems all the more so, if one takes into consideration that the CFI does not deny that the LDP segment will grow; it only contends that the increase will be 'less shar[p] than that forecast by the Commission'! The ECJ will certainly shed some light on this point.⁹⁰

⁹⁰ SIRAGUSA, Mario. "Judicial review of competition decisions under EC law", p. 7, disponível em http://www.competition-commission.org.uk/our_role/cc_lectures/judicial_control_210904_siragusa.pdf.

México⁹¹

As partes podem se valer de perícia técnica tanto no processo administrativo perante a *Comisión Federal de Competencia*, quanto perante os tribunais federais quando da restituição das perdas e danos sofridas em razão da violação do direito à concorrência⁹².

Cumprе assinalar que o tema da interdisciplinariedade aparece nas discussões doutrinárias sobre o assunto da revisão judicial das decisões da *Comisión*. De acordo com a pesquisa realizada, a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* já analisou grande parte dos termos de conteúdo indeterminado (e.g. agente econômico, mercado relevante, concentração, entre outros), em medida judicial que questionava a constitucionalidade da LFCE⁹³. Nos votos, há referência à necessidade de conhecimentos de outras área do saber (e.g. ciência econômica), para a solução dos casos apresentados à *Comisión*. Porém, essa tecnicidade não os impediu de prosseguir nos julgamentos sobre o tema⁹⁴.

Outra característica interessante dos textos pesquisados é a reverência prestada à revisão judicial realizada pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Segundo Martín Moguel Gloria, “[a] diez años de la entrada en vigor de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), el máximo tribunal del país ha emitido importantes resoluciones en

⁹¹ É importante destacar que no México os questionamentos relativos à inconstitucionalidade da lei que cria a *Comisión Federal de Competencia* precede o debate em torno da revisão judicial das decisões da autoridade administrativa, de forma que a *Comisión* enxerga no controle de constitucionalidade realizado pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación* requisito necessário para seu fortalecimento perante a sociedade, bem como para seu correto funcionamento. Questões sobre os limites e a eficiência das revisões judiciais das decisões da *Comisión* aparecem mais recentemente e de forma tímida na doutrina. (cf. GLORIA, Martín Moguel. “Capítulo VI: criterios del poder judicial de la federación sobre competencia económica”, documento elaborado pela *Comisión Federal de Competencia*, México, p. 246.)

⁹² “The parties may submit any kind of evidence in the administrative proceedings before COFECO, and the latter is to admit such evidence provided: (i) it is not contrary to public policy; (ii) it is related with the controversy; and (iii) it is produced in accordance with the applicable procedural provisions and rules of the LFCE [art. 33, LFCE] (...) Expert witness evidence is also available in the COFECO proceedings -article 49 of the LFCE regulation/reglamento-. The same basic procedural principles are applicable when admitting evidence in any civil/commercial and criminal proceeding.” (cf. Global Legal Group. “The International Comparative Legal Guide to Competition Litigation: a practical insight to cross-border competition litigation 2010”, chapter 21, México, p. 112, disponível em <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3141.pdf>.)

⁹³ Além dos termos de conteúdo interderminado, a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* também analisou a constitucionalidade dos poderes da *Comisión* para, por exemplo, aplicar multas e investigar empresas; ou a própria previsão do recurso de revisão da *Ley de Competencia Federal*. (cf. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. “Capítulo 4: Juicios de Amparo”. In: Informe de Competência Económica, México, 2000, p. 71, disponível em <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Publicaciones/Informesanales/capitulo42000.pdf>)

⁹⁴ “Los tribunales federales y la Ley federal de Competencia Económica a partir del inicio de funciones de la Comisión Federal de Competencia” in: La Libre Competencia; ALBA, Javier Aguilar Álvarez de. “La libre competencia en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, Documentos, *Comisión Federal de Competencia*, Mexico [sem data].

materia de competencia y libre concurrencia, con criterios que han fortalecido a la Comisión Federal de Competencia (CFC), y que constituyen un paso significativo para la defensa de este tema.”⁹⁵⁻⁹⁶

Nesse mesmo sentido, Joshua Newberg aponta a ausência de conhecimento do judiciário sobre casos de direito da concorrência e a ausência de uma tradição da *common law* no direito mexicano, este influenciado pelo sistema da *civil law*⁹⁷.

2.3.7. REVISÃO JUDICIAL FORMAL *VERSUS* SUBSTANTIVA

Neste item examinamos as seguintes questões: Nos países em que há revisão judicial das decisões dos órgãos de defesa da concorrência, a revisão se restringe a matéria procedimental ou ela pode reformar o mérito da decisão do órgão de defesa da concorrência? Há hipótese de reserva de jurisdição do órgão de defesa da concorrência (e.g. casos em que só se discute matéria processual)? A revisão judicial deve se ater aos argumentos presentes nos autos ou pode buscar embasamento jurídico, econômico e fático em informações novas? Essas novas informações devem ter sido levantadas pelas partes envolvidas (e.g. novo parecer técnico, novos argumentos antes não mencionados mas circunscritos aos mesmos fatos)? Em havendo fato novo, e sendo a corte revisora competente para analisá-los, os limites da decisão são os mesmos? Quais os problemas e deficiências de cada uma dessas decisões?

⁹⁵ GLORIA, Martín Moguel. “Capítulo VI: criterios del poder judicial de la federación sobre competencia económica”, documento elaborado pela Comisión Federal de Competencia, México, [sem data], p. 245.

⁹⁶ No mesmo sentido, Segundo María José García Gómez, “[a]unque comienzan a surgir los estudios jurídicos de una materia nueva en una economía mixta como la de República Mexicana, áreas menos exploradas de la historia jurídico-económica exigen una valoración del papel de la Suprema Corte como árbitro de la actividad empresarial y de la equidad en el mercado. La inmensa mayoría de los ciudadanos desconoce que la Suprema Corte ha defendido sus intereses como consumidores; toca a los juristas y a los historiadores del derecho y de la economía utilizar la jurisprudencia del Máximo Tribunal contenida en sus documentos para valorar el esfuerzo interdisciplinario realizado por las instancias de dicha Corte en esta labor.” (cf. GÓMEZ, María José García. “La libre competencia y el monopolio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. In: *Cuadernos de Jurisprudencia*, número 3, julio, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de tesis, 2008, p. 39.)

⁹⁷ NEWBERG, Joshua A. “Mexico's New Economic Competition Law: Toward the Development of a Mexican Law of Antitrust”. In: *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 31, 1993-1994, pp. 606 e ss.

Abaixo será apresentado (a) um levantamento dos países em que há revisão judicial, indicando-se a matéria que pode ser reexaminada pelo órgão de apelação, segundo o levantamento que foi possível realizar até o momento. Além disso, quando possível, será apontada a medida que pode ser tomada pelo tribunal de apelação em relação à decisão. Em seguida, (b) será apresentada uma análise dos diferentes fundamentos, com base no levantamento realizado pela International Competition Network (ICN), já mencionado:

(a) Levantamento dos países com base na matéria que pode ser revista pelo órgão de apelação:

a1. Países em que a revisão está limitada ao controle da legalidade da decisão

Áustria: revisão da legalidade da decisão;

Bulgária: legalidade da decisão; a Suprema Corte Administrativa pode declarar a nulidade da decisão, revogar a decisão no todo ou em parte, emendar a decisão ou rejeitar a apelação;

Chipre: revisão da legalidade e constitucionalidade da decisão;

Luxemburgo: os órgãos de apelação podem rever a legalidade da decisão;

Países Baixos: a “District Court Rotterdam” examina a legalidade da decisão;

Eslováquia: cortes podem rever a legalidade dos procedimentos e da decisão;

Malta: as cortes civis podem rever a legalidade das decisões;

a2. Países em que a revisão pode entrar no mérito da decisão

Alemanha: a “Higher Regional Court” pode avaliar o mérito e considerar novos fatos e evidências;

Bélgica: jurisdição completa, incluindo a possibilidade de impor multas;

Croácia: revisão da legalidade da decisão e não está limitada a matéria procedimental;

Dinamarca: revisão de todas as matérias;

Estônia: pode rever o mérito;

Finlândia: revisão de mérito e procedimental;

França: revisão de mérito e procedimental;

Grécia: legalidade e mérito da decisão;

Hungria: revisão pode reformar o mérito da decisão, pode analisar questões substantivas e procedimentais;

Irlanda: processos criminais sumários podem ser apelados para a “Circuit Court”, que pode rever o mérito e adicionar novas evidências; do contrário, pode-se apelar de processos criminais à “higher court” questionando-se a legalidade; processos civis são levados à High Court, em primeira instância, e posteriormente, à Suprema Corte, que pode considerar novamente os fatos e o direito;

Itália: os juízes das cortes administrativas podem rever a precisão dos fatos e análise econômica da autoridade antitruste, incluindo a definição de mercado relevante; porém, as cortes não podem rever o mérito, podendo apenas anular, total ou parcialmente, a decisão, ou confirmá-la;

Letônia: pode rever questão de mérito e procedimental;

Lituânia: a decisão está sujeita à revisão em todos os aspectos, porém raramente as cortes administrativas questionam a análise substantiva;

Polônia: o procedimento judicial pode realizar uma revisão procedimental e substantiva da decisão;

Portugal: o Tribunal de Comercio de Lisboa pode rever questões substantivas e procedimentais; apelação da decisão deste tribunal está restrita a matérias de direito;

República Tcheca: na primeira instância, revisão de mérito e a corte pode repetir, adicionar e reavaliar a evidência produzida pela autoridade antitruste; na segunda instância, a revisão está limitada a questões procedimentais;

Romênia: apelação pode rever questão de mérito e procedimental;

Rússia: pode rever questão de mérito e procedimental;

Eslovênia: o procedimento de disputa administrativa pode rever os fatos, questões substantivas e procedimentais;

Espanha: apelação pode rever questão de mérito e procedimental;

Suécia: se uma ordem de cessação da autoridade antitruste for levada à “Market Court”, esta pode rever o mérito;

Suíça: o “Federal Administrative Tribunal” tem os mesmos poderes da autoridade de defesa da concorrência, podendo rever os fatos, legalidade e mérito; a “Federal Supreme Court” pode rever a aplicação da lei;

Turquia: o “Council of State” pode rever o mérito, porém, na prática, tem limitado sua revisão a questões procedimentais;

Reino Unido: o “Competition Appeal Tribunal” pode rever os fatos e o direito; apelações subseqüentes às cortes estão limitadas a questões de direito (substantivas e procedimentais);

Retomando os casos europeu e mexicano, os limites da revisão judicial das decisões dos órgãos de defesa desses países também são distintos, conforme segue análise abaixo.

União Européia

Na União Européia, de acordo com o art. 230 do Tratado Europeu, a anulação da decisão da Comissão é limitada ao exame de legalidade pelas cortes revisoras. A revisão judicial pode ocorrer em razão de (i) vício de competência, (ii) vício processual, (iii) violação do Tratado Europeu ou de qualquer provisão legal relacionada a sua aplicação, e (iv) abuso de poder por parte da Comissão Européia⁹⁸. Sendo assim, o juiz revisor não pode analisar novamente os fatos que fundamentam a decisão do órgão de defesa da concorrência comunitário, mas apenas verificar os erros cometidos pela Comissão quando da apreciação do caso.

*[a]ccording to well-settled case law (for example, Aalborg Portland, C-204/00; Kali und Salz, C-68/94), competition law confers on the Commission a margin of discretion, particularly with respect to assessments of an economic nature. The Community Courts are only to curb (not to usurp) such discretion, through an effective judicial review and development of the law.*⁹⁹

⁹⁸ “Article 230 deals with the judicial control of administrative procedure in the narrow sense – specifically, infringement of an essential procedural requirement. It also includes certain aspects of substantive grounds for annulment, such as infringement of the Treaty or infringement of any rule of law relating to its application.” (cf. SCHWARZE, Jurgen. “Judicial Review of European Administrative Procedure”. In: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, 2004, p. 86.)

⁹⁹ SIRAGUSA, Mario. “Judicial review of competition decisions under EC law”, p. 6, disponível em http://www.competitioncommission.org.uk/our_role/cc_lectures/judicial_control_210904_siragusa.pdf.

A revisão judicial de decisões que impõem multas é mais ampla. Nesse caso, o art. 229 do Tratado Europeu confere poderes ilimitados às cortes revisoras a alterar o entendimento da Comissão Européia. Conforme o art. 31 da norma de modernização, as cortes podem cancelar, reduzir ou acrescer as multas. Quando se trata de multas, as cortes podem alterar a decisão da Comissão apenas por apresentar opinião diferente do órgão de defesa da concorrência. Essa maior liberdade de revisão é atribuída à necessidade de assegurar maior proteção dos direitos das partes envolvidas, pois pode levar à imposição de sanções administrativas.

México

No México, o limite da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* para analisar as decisões da *Comisión* é o exame da legalidade e da constitucionalidade do julgado. Esses critérios podem ser utilizados nas ações de nulidade de processo administrativo, no caso de multas, ou nos *amparos*, nos outros casos. Segue trecho sobre o tema: “[I]a Comisión y los procedimientos establecidos en la ley enriquecen el orden jurídico y el régimen de derecho del país. Por consiguiente, todas sus resoluciones son susceptibles de ser revisadas a la luz de la legalidad o de su constitucionalidad por los medios de defensa previstos en la ley (...)”¹⁰⁰

(b) Diferentes fundamentos e os motivos da revisão judicial

Com relação aos possíveis fundamentos (procedimental ou substantivo) dos recursos judiciais das decisões das autoridades de defesa da concorrência, e quais os principais motivos pelos quais as decisões são revistas pelo judiciário, o levantamento da ICN, citado anteriormente, indica aspectos importantes sobre a questão (ver sistematização abaixo). A principal diferença aqui é que os casos de estrutura (fusões e aquisições) parecem sofrer menos recursos, e parecem ser também revertidos com menor frequência do que os casos de condutas. É interessante notar também que há uma percepção geral de que a quantidade de recursos judiciais às multas depende da exigência de um depósito compulsório no valor da multa (quando tal depósito é exigido a quantidade de recursos deveria diminuir, conforme indicado abaixo).

¹⁰⁰ "Los tribunales federales y la Ley federal de Competencia Económica a partir del inicio de funciones de la Comisión Federal de Competencia" in: *La Libre Competencia*, capítulo 6, p. 114.

b.1) Fusões e aquisições (estrutura)

Em 77,8% dos países pesquisados, as decisões são sempre ou quase sempre implementadas. Quando não são implementadas, normalmente é porque houve algum tipo de intervenção judicial. As apelações dos casos de estrutura questionam com maior frequência os méritos da decisão administrativa, e em menor frequência o procedimento. Por fim, para o casos de fusões e aquisições que são objeto de revisão judicial, a decisão do órgão de defesa da concorrência é quase sempre confirmada pelo judiciário. Nos poucos casos em que a decisão administrativa é revertida pelo judiciário, o motivo parece ser tanto procedimental quanto substantivo.¹⁰¹

b.2) Práticas anticoncorrenciais (conduta)

Em 56% dos países pesquisados, as decisões administrativas sobre práticas anticoncorrenciais são sempre ou quase sempre implementadas. Quando não são implementadas, normalmente é porque houve algum tipo de intervenção judicial. Na maioria dos países as apelações dos casos de conduta questionam com maior frequência os méritos da decisão administrativa (66,7%), uma minoria indica que a maioria das apelações são relativas ao procedimento (33,3%). Por fim, para o casos de decisões administrativas contra práticas anticoncorrenciais que são objeto de revisão judicial, a decisão do órgão de defesa da concorrência é raramente confirmada pelo judiciário.¹⁰² O resultado difere do resultado encontrado nos casos de fusões e aquisições, mas o levantamento da ICN não investiga as causas dessa discrepância. Nesses casos em que a decisão administrativa é revertida pelo judiciário, o motivo parece ser tanto procedimental quanto substantivo.¹⁰³

b.3) Multas

Em 57,1% dos países pesquisados, as decisões administrativas sobre multas são sempre ou quase sempre implementadas. Quando não são implementadas, normalmente é

¹⁰¹ Vale ressaltar, todavia, que esses dados não são fruto de pesquisa empírica, mas são baseados apenas em questionários preenchidos por autoridades de defesa da concorrência de diferentes países membros da ICN. Trata-se, portanto, de tópico que mereceria uma investigação empírica mais detalhada.

¹⁰² Em 60% dos países investigados as decisões são afirmadas pelo judiciário raramente ou apenas em metade dos casos.

¹⁰³ Vale ressaltar, todavia, que esses dados não são fruto de pesquisa empírica, mas são baseados apenas em questionários preenchidos por autoridades de defesa da concorrência de diferentes países membros da ICN. Trata-se, portanto, de tópico que mereceria uma investigação empírica mais detalhada.

porque houve algum tipo de intervenção judicial. Para o casos de decisões administrativas que impõem multas, a decisão do órgão de defesa da concorrência é sempre ou quase sempre confirmada pelo judiciário na maioria dos países. Mas em 14% dos países investigados as decisões administrativas são afirmadas pelo judiciário apenas em metade dos casos.

No caso das multas, uma variável importante que precisa ser analisada é se a legislação exige garantia via depósito, no valor da multa, para interposição do recurso judicial. 43% dos países investigados exigem esse depósito. A percepção das autoridades de defesa da concorrência é que isso evita que os recursos judiciais sejam usados apenas para protelar o pagamento e, em tese, previne recursos sem qualquer embasamento jurídico.

Capítulo 3 - Sistema de representação do CADE e das agências reguladoras no Judiciário

3.1. O arranjo institucional para a revisão judicial de decisões das agências e do CADE

3.2. A estrutura de representação judicial

3.3. A percepção dos representantes legais

3.1. O arranjo institucional para a revisão judicial de decisões das agências e do CADE

No Brasil, em virtude do direito fundamental ao acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV, da Constituição: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”), qualquer decisão de órgão da administração pública pode ser submetida à revisão judicial. Embora a literatura defenda a existência de limites ao controle judicial, tais como a impossibilidade de o Judiciário examinar a conveniência e oportunidade da decisão administrativa discricionária ou o mérito da decisão técnica, inexistem restrições legais à para a argüição de ilegalidade e de atos da administração pública perante o Judiciário. Os limites da revisão judicial, referentes à margem para a decisão política e ao exercício de competência estritamente técnica, têm sido definidos pelo próprio Judiciário, havendo, porém oscilações na jurisprudência e abertura para interpretações divergentes.

A competência para processar e julgar a ação que questiona decisão do CADE ou de agência reguladora, na qual estes últimos figuram como réus, é dos juízes federais de primeira instância (art. 109, I, da Constituição¹⁰⁴).

Essa causa será apreciada em grau de recurso pelo Tribunal Regional Federal da região em que corre (art. 108, II, da Constituição¹⁰⁵) e pode ainda ser levada ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal caso seja cabível recurso especial

¹⁰⁴ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réus, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.”

¹⁰⁵ “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: (...) II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.”

e/ou extraordinário, respectivamente. Em busca realizada nos sites dos Tribunais Regionais Federais e da Justiça Federal em cada Estado não identificamos a existência de varas especializadas para processar e julgar as ações contra ato do CADE ou de agência reguladora em nenhuma seção judiciária.¹⁰⁶ Nada impediria que se viesse a especializar determinadas varas. Conforme julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, a especialização da competência em razão da matéria de varas já criadas não é tema exclusivo de lei, podendo ser feita por atos normativos dos tribunais, frente ao que dispõem o art. 96, I, *a*, da Constituição e o art. 12 da Lei 5010/66.¹⁰⁷

O art. 96, I, *a* da Constituição estabelece como competência privativa dos tribunais “*eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*”. De acordo com a Lei n. 5010/66, que organiza a Justiça Federal de primeira instância, “[*n*]as Seções Judiciárias em que houver mais de uma Vara, poderá o Conselho da Justiça Federal fixar-lhes sede em cidade diversa da Capital,

¹⁰⁶ A busca dessa informação é dificultada porque os sites não disponibilizam uma descrição detalhada de sua estrutura (fóruns e varas). As informações estão dispersas em diferentes páginas, sem uniformidade nos diferentes sites. Não se descarta a possibilidade de existirem varas especializadas não indicadas nos sites. A partir desta busca, identificou-se que na Primeira Região há varas especializadas para matéria criminal, execução fiscal, previdenciária, cível e agrária e Juizado Especial Federal; na Segunda Região há varas especializadas para matéria cível, criminal, previdenciária, execuções fiscais e Juizado Especial Federal; na Terceira Região há varas especializadas para matéria cível, criminal (competência específica: crimes contra o sistema financeiro nacional e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores), execuções fiscais, previdenciário, Juizado Especial Federal, questões ambientais, direito indígena e agrário; na Quarta Região há varas especializadas para matéria cível, criminal, previdenciária, execuções fiscais, tributária, Juizado Especial Federal (cível, previdenciário, criminal Vara do Juizado Especial Federal Avançado de Gravataí), ambiental, agrária e sistema financeiro da habitação; e na Quinta Região há varas especializadas para matéria cível (competências específicas: reforma agrária e naturalização), criminal (competências específicas: processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e Execuções Penais), execuções fiscais e Juizado Especial Federal.

¹⁰⁷ “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PROVIMENTO 275 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. ILEGALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - O provimento apontado como inconstitucional especializou vara federal já criada, nos exatos limites da atribuição que a Carta Magna confere aos Tribunais. II - Não há violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e da perpetuatio jurisdictionis, visto que a leitura interpretativa do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação dos Tribunais. Precedentes. III - O tema pertinente à organização judiciária não está restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, uma vez que depende da integração de critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos Tribunais (Informativo 506 do STF). IV - Ordem denegada.” (STF, HC 96104 / MS, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 16/06/2010, DJ 06/08/2010). No mesmo sentido: STF, HC 94146 / MS, Min. Rel. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 21/10/2008, DJ 06/11/2008; STF, HC 91253 / MS, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 16/10/2007, DJ 13/11/2007.

especializar Varas e atribuir competência por natureza de feitos a determinados Juízes” (art. 12).

Nos Tribunais Regionais Federais, a distribuição dos recursos entre as seções e as turmas que a integram observa o que dispõem os respectivos Regimentos Internos. Não há nos Regimentos Internos dos TRFs a previsão de uma seção ou turma especializada em causas que impugnem decisões do CADE e agências reguladoras. No máximo, está prevista especialização para julgar *feitos de natureza administrativa* ou *feitos relativos à nulidade e anulabilidade de atos administrativos*, o que é por demasiado amplo:¹⁰⁸

(a) Regimento Interno do TRF da 1.º Região, com a redação dada pela Emenda Regimental n. 7/2010:

Art. 8º A competência das seções e das respectivas turmas, salvo orientação expressa em contrário, é fixada de acordo com as matérias que compõem a correspondente área de especialização.

§ 1º À 1ª Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – servidores públicos civis e militares, exceto quando a matéria estiver prevista na competência de outra seção;
- II – benefícios assistenciais, previdenciários do regime geral da previdência social e de servidores públicos.

§ 2º À 2ª Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – matéria penal em geral;
- II – improbidade administrativa;
- III – desapropriação direta e indireta.

§ 3º À 3ª Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – licitação, contratos administrativos e atos administrativos em geral não incluídos na competência de outra seção;**
- II – concursos públicos;
- III – contratos;
- IV – direito ambiental;

¹⁰⁸ Foram consultados os Regimentos Internos disponíveis nos sites dos TRFs em dezembro de 2010.

V – sucessões e registros públicos;

VI – direito das coisas;

VII – responsabilidade civil;

VIII – ensino;

IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;

X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;

XI – propriedade industrial;

XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

§ 4º À 4ª Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

I – inscrição em conselhos profissionais, exercício profissional e respectivas contribuições;

II – impostos;

III – taxas;

IV – contribuições de melhoria;

V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;

VI – empréstimos compulsórios;

VII – preços públicos;

VIII – questões de direito financeiro.

§ 5º Os feitos relativos a nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão de competência da seção a cuja área de especialização esteja afeta a matéria de fundo, conforme parágrafos anteriores.

§ 6º Para efeito de definição de competência, deverá ser levado em consideração, prioritariamente, o pedido; havendo cumulação de pedidos, prevalecerá o principal.

§ 7º Os feitos que versarem sobre multas serão da competência da seção que tratar da matéria de fundo.

(b) Regimento Interno do TRF da 2.^a Região:

Art. 13. Compete às Seções Especializadas, e suas respectivas Turmas, processar e julgar:

I - à 1^a Seção Especializada, as matérias penal, previdenciária e de propriedade intelectual, bem como os habeas corpus, decorrentes de matéria criminal;

II - à 2^a Seção Especializada, a matéria tributária, inclusive contribuições, bem como as ações trabalhistas remanescentes, e os habeas corpus relativos à prisão de natureza civil por Juiz, em processo de natureza tributária;

III - **à 3^a Seção Especializada, as matérias administrativas e todas as que não estiverem compreendidas na competência das outras Seções Especializadas,** incluindo-se os habeas corpus relativos à prisão de natureza civil, quando não prevista na competência das outras Turmas.

(c) Regimento Interno do TRF da 3.^a Região (com as Emendas Regimentais n^{os} 01 a 11):

Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

(...)

§ 2^o - À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos ao direito público, ressalvados os que se incluem na competência da Primeira e Terceira Seções, dentre outros:

(...)

III - **nulidade e anulabilidade de atos administrativos,** excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções;

(d) Regimento Interno do TRF da 4.^a Região:

Art. 2.^o (...)

§ 2.^o O Tribunal tem quatro Seções, presididas pelo Desembargador Federal Vice-Presidente, especializadas por matéria em função da relação jurídica litigiosa, com a seguinte competência:

(...)

II – à Segunda Seção, integrada pelas 3^a e 4^a Turmas, constituídas por três Desembargadores Federais cada, compete processar e julgar os **feitos de**

natureza administrativa, civil e comercial, bem como os demais feitos não compreendidos na competência das Primeira, Terceira e Quarta Seções;

O Regimento Interno do TRF 5.^a Região não possui disposições pertinentes.

A falta de clareza quanto à competência de seção ou turma especializada para processar e julgar casos sobre decisões do CADE e de agências pode levar a conflitos de competência dentro do tribunal, acarretando maior demora no julgamento dos recursos. Nesse sentido, a pesquisa *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*, realizada por pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público,¹⁰⁹ mostrou a ocorrência, em casos sobre decisões do CADE, de discussões sobre a competência das seções do TRF da 1.^a Região, frente à anterior redação de seu Regimento Interno, conforme a qual, de um lado, caberia à Terceira Seção processar e julgar feitos relativos a atos administrativos, e de outro lado, caberia à Quarta Seção processar e julgar os feitos relativos a multas de qualquer natureza. A partir da análise desses conflitos de competência, observou o referido estudo uma flexibilização na especialização prevista no Regimento Interno do Tribunal, com ambas as seções se julgando competentes para apreciar demandas sobre decisões do CADE.

No Superior Tribunal de Justiça, existem três áreas de especialização em razão da matéria. O processamento e julgamento de feitos relativos à “*nulidade ou anulabilidade de atos administrativos*” (art. 9.º, § 1º, II, do Regimento Interno), a “*multas de qualquer natureza*” (art. 9.º, § 1º, X, do Regimento Interno) e a “*direito público em geral*” (art. 9.º, § 1º, XIII, do Regimento Interno) cabe à Primeira Seção.

No que se refere à competência territorial, julgados do STJ afirmam que ações contra autarquias da União devem ser ajuizadas no foro da sede da pessoa jurídica demandada ou de sua sucursal ou agência, aplicando-se a regra do art. 100, IV, *a e b* do CPC.^{110 111}

¹⁰⁹ ALMEIDA, Fabricio A. C. (coord.). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Convênio de cooperação SBDP – CADE – FIESP, São Paulo, realizada em 2009 e 2010 (a ser publicada em 2011), p. 66-69.

¹¹⁰ “Art. 100. É competente o foro: (...) IV - do lugar: a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica; b) onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu;”

¹¹¹ “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AUTARQUIA FEDERAL. FORO COMPETENTE. ART. 100, INCISO IV, ALÍNEAS “A” E “B” DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONFIGURADA. 1. As Autarquias Federais podem ser demandadas no foro da sua sede ou naquele da agência ou sucursal, em cujo âmbito de competência ocorreram os fatos da

Existindo dois ou mais réus com diferentes domicílios, a ação poderia ser proposta no foro de qualquer deles, à escolha do autor (art. 94, § 4.º, do CPC¹¹²). De qualquer forma, a competência territorial é relativa, admitindo modificação caso a incompetência não seja argüida pela autarquia ré.

Já na jurisprudência do STF, há decisões admitindo a aplicabilidade do art. 109, § 2.º da Constituição¹¹³ às autarquias federais, entendendo, portanto, ser possível a propositura de ação em face de autarquia federal na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal. Vale transcrever trecho de decisão monocrática do Min. Marco Aurélio a esse respeito:

COMPETÊNCIA – AÇÃO MOVIDA CONTRA AUTARQUIA – ALCANCE DO § 2º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – OBSERVÂNCIA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

1. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou acolhida a pedido formulado em agravo, ante fundamentos assim sintetizados (folha 80):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO CONTRA AUTARQUIA FEDERAL.

1. Consabidamente, às autarquias federais deve ser dado tratamento idêntico ao da União. Portanto, não devem elas ter privilégio de foro maior do que o concedido pela Constituição Federal à União no § 2º do art. 109 da Constituição Federal. Por isso, pode o autor, nos termos do § 2º supra, quando ajuizar demanda contra autarquia federal, escolher entre os seguintes foros: a) seção judiciária em que for domiciliado o autor; ou b) seção judiciária onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda; ou c) onde esteja situada a coisa; ou d) no Distrito Federal.

causa (art. 100, inciso IV, alíneas "a" e "b" do CPC), desde que a lide não envolva obrigação contratual (...)” (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1168429 / RS, Min. Rel. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02/09/2010, DJ 23/09/2010). No mesmo sentido: STJ, REsp 624264 / SC, Min. Rel. João Otávio de Noronha, j. 06/02/2007, DJ 27/02/2007; STJ, REsp 835700 / SC, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 15/08/2006, DJ 31/08/2006; STJ, REsp 664118 / RS, Min. Rel. Castro Meira, Segunda Turma, j. 18/05/2006, DJ 30/05/2006; AgRg no REsp 807610 / DF, Min. Rel. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 04/04/2006, DJ 08/05/2006.

¹¹² “Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu. (...) § 4.º Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.”

¹¹³ “As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”.

2. Portanto, havendo vara federal na cidade do interior onde tem o autor seu domicílio, não se poderá obrigá-lo a acionar as autarquias federais somente nas suas sedes ou sucursais, como quer o agravado, sob pena de inversão, contra o jurisdicionado, do privilégio consagrado na Constituição.¹¹⁴

Vale lembrar ainda que algumas ações têm regras específicas para a definição da competência territorial. É o caso da ação civil pública que, de acordo com o art. 2.º da Lei n. 7347/1985, deve ser ajuizada no foro do local onde ocorrer o dano.

Outra questão relevante diz respeito às regras sobre a concessão de liminares contra o CADE e as agências. A Lei n. 8437/1992 regula a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. Há, em primeiro lugar, a previsão de que a liminar não pode ser concedida (i) nas situações em que a lei vedar o mandado de segurança (art. 1.º, *caput*), (ii) quando estiver sendo impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, a competência originária, exceto nos processos de ação popular e de ação civil pública (art. 1.º, §§ 1.º e 2.º), (iii) quando esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1.º, § 3.º), e (iv) para deferir a compensação de créditos tributários ou previdenciários (art. 1.º, § 5.º).

Em segundo lugar, a Lei n. 8437/1992 exige que, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar seja apenas concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas (art. 2.º). A regra, vale frisar, diz respeito apenas a essas ações coletivas, e há julgados do STJ e dos TRFs afirmando que ela não se estende a ações individuais.¹¹⁵

¹¹⁴ STF, RE 527498 / SC, Min. Rel. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. 03/11/2010, DJ 25/11/2010. No mesmo sentido: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. APLICABILIDADE DO ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO ÀS AUTARQUIAS FEDERAIS. I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido pela aplicabilidade do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição às autarquias federais. II – Agravo regimental desprovido” (STF, RE 499093, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 09/11/2010, DJ 24/11/2010). Assim também se decidiu em caso envolvendo a ANS (STF, Rcl 5577 ED / RJ, Min. Rel. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. 16/04/2009, DJ 20/08/2009: “De acordo com o artigo 109, § 2º, da Constituição Federal, é legítima a opção da autora de que o feito seja processado no foro de seu domicílio, em Brasília/DF”); o IBAMA (STF, RE 234059 / AL, Min. Rel. Menezes Direito, Primeira Turma, j. 02/09/2008, DJ 20/11/2008); e o INSS (STF, RE 484235 AgR / MG, Min. Rel. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 25/08/2009, DJ 18/09/2009).

¹¹⁵ “Destaque-se ainda que o art. 2º da Lei 8.437/92, apenas impõe como norma cogente a audiência da pessoa jurídica de direito público nos casos de mandado de segurança e ação civil pública, o que não é a hipótese dos autos. Mas, ainda que se pudesse aplicar tal regra, por analogia, como fez o Tribunal de 2º grau, às liminares concedidas em ação popular, o comando legal que impõe a necessidade de audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público para pronunciamento no prazo de 72 (setenta e

Por fim, essa Lei possibilita que o presidente do tribunal suspenda em despacho fundamentado a execução da liminar, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4.º).

Nos termos do art. 1.º da Lei n. 9494/1997, o disposto nos supra-referidos artigos 1.º e 4.º da Lei n. 8437/1992 aplica-se também à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil. Já a regra da oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, prevista no art. 2.º da Lei n. 8437/1992 para as ações coletivas, não é estendida à antecipação de tutela pela Lei n. 9494/1997.

3.2. A estrutura de representação judicial

A partir de informações extraídas de entrevistas realizadas com o Procurador-Geral Federal e com Procuradores-Gerais das agências reguladoras e do CADE, descreveremos como se dá a representação desses órgãos no Judiciário e apresentaremos as percepções de seus representantes a respeito do controle judicial de decisões dessas entidades.

A representação judicial da União compete à AGU, nos termos do art. 131 da Constituição, que não faz distinção entre administração pública direta e indireta. A Lei Orgânica da AGU (Lei Complementar n. 73, de 10/02/1993) previu que as

duas horas” (STJ, REsp 693110 / MG, Min. Rel. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 06/04/2006, DJ 22/05/2006, trecho do voto da Min. Relatora). “O legislador infraconstitucional não exigiu a oitiva do representante da pessoa jurídica de direito público quando a ação for popular. A exigência alcança – à luz do art. 2º da Lei n. 8.437/92 – apenas as ações de mandado de segurança e ação civil pública. Além disso, é regra básica da hermenêutica jurídica que as normas que instituem privilégios – como é o caso da inserta no art. 2º da lei n. 8.437/92 – devem ser interpretadas restritivamente, e nunca ampliativamente” (STJ, REsp 147869 / SP, Min. Rel. Adhemar Maciel, Segunda Turma, j. 20/10/1997, DJ 17/11/1997, trecho do voto do Min. Relator). “Somente em se tratando de mandado de segurança coletivo é que a Lei 8437/92, artigo 2º, exige a audiência com o representante judicial da União” (TRF4, AG 200004010258905, Relatora Des. Luiza Dias Cassales, Terceira Turma, DJ 12/07/2000). “O ato judicial atacado, ao conceder a liminar em ação popular, não afrontou o art. 02 da Lei n. 8437/92, que só permite a concessão de medida liminar após a audiência do representante da pessoa jurídica de direito público, pois que este dispositivo refere-se a ação civil pública e ao mandado de segurança coletivo” (TRF4, AGMS 9204357290, Relator Des. Fernando Jardim de Camargo, Segunda Turma, DJ 12/05/1993). “A regra inscrita no art. 2º da lei antes mencionada - a qual dispõe que, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar somente pode ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público - não se aplica à ação mandamental individual” (TRF1, AGTAG 2007.01.00.000216-1/MA, Rel. Des. Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ 17/05/2007).

procuradorias e departamentos jurídicos seriam órgãos vinculados à AGU. À época, cada autarquia possuía uma procuradoria própria, com um quadro de procuradores, considerada um órgão vinculado à AGU. Chegaram a existir cerca de duzentos órgãos vinculados à AGU.

Com a Medida Provisória n. 2048-26, de 29/07/2000, criou-se a carreira de Procurador Federal, cujos membros incumbem-se da representação judicial das autarquias, conforme lotação e distribuição pelo Advogado-Geral da União, tendo sido os cargos de procurador autárquico e assistente jurídico de autarquias transformados em cargos de Procurador Federal.

Posteriormente, foi editada a Lei n. 10480, de 02/07/2002, que criou a Procuradoria-Geral Federal, vinculada à AGU, à qual se transferiu a atribuição de representar judicial e extrajudicialmente as autarquias, realizar as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, e apurar a liquidez e certeza dos créditos inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

A Procuradoria-Geral Federal incorporou em sua estrutura, como órgãos de execução, as procuradorias, departamentos jurídicos, consultorias jurídicas e assessorias jurídicas das autarquias. Os ocupantes da carreira de Procurador Federal passaram a integrar quadro próprio da Procuradoria-Geral Federal. Ficaram mantidos os órgãos jurídicos de autarquias de âmbito nacional na qualidade de Procuradorias Federais especializadas, e foram instaladas Procuradorias Federais nas capitais dos Estados, Procuradorias Seccionais no interior dos Estados (fora das capitais) e Procuradorias Regionais nas sedes dos Tribunais Regionais Federais.

Desde então, a Procuradoria-Geral Federal tem se estruturado buscando alcançar um modelo no qual a representação judicial das autarquias seja exercida por unidades centralizadas de contencioso e os Procuradores Federais atuantes junto às autarquias fiquem incumbidos, de um lado, dos serviços de consultoria e assessoramento jurídico à entidade, e de outro, da definição das linhas de defesa da entidade em juízo. Assim, no que se refere à atuação no Judiciário, a regra é a condução dos processos pelas unidades de contencioso, embora as teses e argumentos sejam definidos pelos Procuradores-Gerais de cada autarquia.

Porém, em alguns casos, que consideram especialmente relevantes, os Procuradores-Gerais das autarquias requerem os processos para a representação judicial direta. O CADE, particularmente, avoca todos os processos em curso em Brasília referentes à sua atividade fim. Essa liberdade dos Procuradores-Gerais das autarquias existe até a segunda instância, pois a competência para executar a representação judicial perante os Tribunais Superiores é do Procurador-Geral Federal, consoante o art. 11, § 2.º, II, da Lei n. 10480/2002. Ainda assim, mesmo perante os tribunais superiores, o mérito da defesa continua sendo definido pelo Procurador-Geral da autarquia.

A distribuição de processos dentro da Procuradoria-Geral Federal se dá por matéria. Existem onze áreas temáticas de contencioso: (i) previdenciário (o grande volume de processos da AGU - quatro milhões de ações); (ii) desapropriação e reforma agrária; (iii) assuntos indígenas; (iv) meio ambiente; (v) infra-estrutura (inclui casos relativos a decisões de agências reguladoras que tem atuação nos setores de infra-estrutura); (vi) desenvolvimento econômico (inclui casos relativos a decisões da CVM, da SUSEP e do CADE); (vii) ações de servidores públicos; (viii) cobrança e recuperação de créditos (qualquer ação de recuperação ou cobrança, de taxa ou multa); (ix) contencioso do patrimônio das entidades (questões envolvendo patrimônio imobiliário, licitações e contratos); (x) educação (assuntos das universidades federais e distritos federais de educação tecnológica); e (xi) saúde (inclui casos relativos a decisões das agências reguladoras da área de saúde, ANS, ANVISA, FUNASA).

Desse modo, os processos relativos a agências reguladoras e ao CADE são distribuídos dentro da Procuradoria-Geral Federal de acordo com a área de atuação da autarquia (infra-estrutura, saúde ou desenvolvimento econômico), criando um desmembramento entre agências e a separação em relação à autoridade antitruste que dificulta a especialização, dado que a introdução e proteção da competição é um dos principais vetores de organização dos setores regulados. Ademais, há conflitos que envolvem questões relativas ao próprio conceito de regulação e a relação entre Estado e particulares que se perdem em um desmembramento. A concentração do tema concorrência e regulação em um grupo especializado de procuradores, atuando em proximidade com os procuradores junto às agências certamente aumentaria a eficiência e qualidade da advocacia e, conseqüentemente, das decisões judiciais.

O primeiro sintoma da perda de qualidade da atuação da procuradoria do Estado está na falta de organização da jurisprudência e dos casos nos quais atua. Encontramos dificuldades em compilar os casos a partir dos arquivos da procuradoria. Não há clareza quanto ao critério de separação entre os casos que serão representados pelos procuradores junto às autarquias e aqueles acompanhados pela advocacia geral. Também não há um banco de dados geral sobre decisões envolvendo agências reguladoras e nem mesmo em cada divisão da procuradoria é possível garimpar com segurança uma base completa de casos em andamento ou já julgados referentes a uma determinada agência. Uma exceção é a base de dados sobre os casos judiciais envolvendo o CADE, que está perfeitamente organizada, indexada com relação aos processos administrativos a que se refere, o que permitiu avançarmos na pesquisa para elaborar uma análise dos fatores que levam à judicialização de processos administrativos que tramitam no CADE.

3.3. A percepção dos representantes legais

A partir de entrevistas realizadas com os Procuradores-Gerais do CADE e das agências reguladoras federais, obteve-se um panorama das impressões dos defensores dessas autarquias em juízo sobre a atuação do Judiciário.

Em termos gerais, a morosidade do Judiciário na apreciação das decisões administrativas é uma crítica comum, com especial ênfase no caso do CADE, em que o questionamento judicial ocorre depois da decisão administrativa final. Outro aspecto da atuação judicial muito criticado diz respeito à concessão de liminares com graves efeitos sobre a atividade pública. Estas engessariam a atividade das agências ao impedirem a realização de licitações para a outorga de serviços, vedariam a fiscalização de agentes regulados, impediriam a intervenção da agência em operadoras que, pela percepção da agência, não têm condição de atuar, confeririam permissão para atuar no mercado a agentes percebidos pela agência como incapazes de prestar o serviço. Os procuradores opõem-se particularmente à concessão de liminares sem a prévia oitiva da agência, o que, segundo eles, ocorreria com frequência.

Alguns procuradores afirmaram ser frequente o questionamento em juízo e a apreciação judicial do mérito da atuação da agência, e criticam a ausência de embasamento técnico

das decisões, em virtude do desconhecimento técnico do juiz sobre a matéria regulada pela agência.

Contudo, há uma percepção generalizada de que a grande maioria das decisões judiciais resultaria em confirmação da decisão da agência e de que as decisões de primeira instância contrárias às agências, especialmente liminares, seriam frequentemente reformadas pelos tribunais superiores. O STJ estaria exercendo um papel protagonista em pacificar a jurisprudência sobre assuntos que envolvem as agências, com a assunção de limites para a revisão judicial das decisões destas últimas, e o reflexo disto já estaria sendo percebido nos Tribunais Regionais e em primeira instância. Ademais, na maioria das agências não é considerado alto o índice de judicialização, embora alguns casos possam afetar substancialmente a agência. Essa percepção não é positiva do ponto de vista do controle judicial da atuação das agências, pois a expectativa de que o judiciário é pouco procurado e quanto o é raramente modifica as decisões pode abrir espaço para a politização das agências e para o arbítrio, protegido pelo véu da discricionariedade e da complexidade técnica das decisões.

Houve quem indicasse causas para a judicialização que poderiam ser atribuídas à própria Agência ou ao Poder Executivo na definição de políticas públicas, por exemplo, o grau de transparência, ou a incapacidade de os instrumentos atuais da agência tornarem mais efetivas as suas decisões. Apontou-se ser necessário um trabalho das próprias agências para um amadurecimento em relação à sua atuação e geração de confiança para o Judiciário. Também nessa esfera, os mecanismos de negociação e acordo com agentes privados foram indicados como passíveis de reduzir a judicialização, conforme as experiências do CADE e da CVM, principalmente.

Algumas das sugestões apresentadas pelos procuradores para mitigação dos efeitos negativos da judicialização das decisões das agências são: (a) Criação de varas especializadas na matéria regulada; (b) Não se deferir liminares em matéria regulada sem a prévia oitiva da agência, ainda que com prazo reduzido; (c) Impedir a judicialização do assunto enquanto não tiver se exaurido a instância administrativa; (d) Criação de mecanismos para intercâmbio de informações entre Judiciário e agências, para uma difusão do conhecimento, por exemplo a realização de seminários, com exposições pelas agências para o Judiciário; (e) Aplicação de sanções para inibir lides temerárias ajuizadas exclusivamente para postergar o cumprimento de decisão da

agência, por exemplo quando a matéria já tiver sido objeto de decisões transitadas em julgado.

Capítulo 4 - Análise quantitativa de dados primários

4.1. Metodologia

- 4.1.1. Delimitação do objeto
- 4.1.2. Metodologia e procedimentos de amostragem
- 4.1.3. Base de dados e conteúdo das variáveis

4.2. Indicadores de custo de Revisão Judicial e de Incerteza Jurídica

- 4.2.1. Indicadores de custos da revisão judicial
- 4.2.2. Indicadores de incerteza jurídica
- 4.2.3. Distribuição dos processos no tempo

4.3. Determinantes da Probabilidade de Judicialização

4.4. Síntese das implicações dos resultados

4.1. Metodologia

A avaliação quantitativa dos custos da revisão judicial fundamentou-se em análise empírica da experiência brasileira de revisão judicial de decisões administrativas de agências reguladoras e do CADE. Para tanto, foram utilizadas duas bases de dados: uma qualitativa, cuja metodologia e resultados são expostos no próximo capítulo, e uma quantitativa, objeto do presente capítulo.

A base de dados quantitativa contempla dois conjuntos de dados: um voltado a mensurar as variáveis de custo e incerteza jurídica da revisão judicial de decisões de agências regulatórias e o outro voltado à estimação da probabilidade de judicialização das decisões administrativas. As bases se complementam, mas diferem em um aspecto essencial. No caso da segunda, é necessário observar todas as decisões administrativas passíveis de judicialização, mesmo aquelas que não resultaram em processos judiciais. No caso da primeira, o universo de pesquisa consiste nos casos judicializados, estratificados por agência reguladora, a fim de se permitir conclusões específicas para cada agência e setor regulado.

A delimitação do objeto exigiu exame de todos os processos judiciais que envolviam as agências regulatórias objeto da pesquisa. A motivação essencial da análise quantitativa é permitir generalizações válidas para todo esse universo, evitando qualquer viés que

possa ser sugerido pela análise casuística. Uma vez que o presente trabalho tem por objetivo final a proposição de políticas de caráter geral, a análise quantitativa assume importância ímpar, por permitir medidas de custos da revisão judicial e de incerteza jurídica representativas do todo da experiência brasileira. Tais análises são, ademais, absolutamente originais, visto não haver pesquisa anterior que gerasse base de dados comparável, o que exigiu esforço substancial da pesquisa de campo.

A seguir, explicita-se o processo de delimitação do objeto, revelando os procedimentos para a estimação da população alvo da pesquisa, os procedimentos de amostragem e

4.1.1. Delimitação do Objeto

Como parte do estudo preparatório, foi elaborado um mapeamento das informações processuais disponíveis nas agências reguladoras e no CADE. Constatou-se que, no caso desta autarquia, seus procuradores internos possuíam registro rigoroso do subconjunto de decisões administrativas causadoras de restrição a direito de particular desde 1994 (ano em que é reformulada pela entrada em vigor da Lei 8.884), então divididas em julgados de atos de concentração [AC] que (i) impõem multa por intempestividade de apresentação ao SBDC ou (ii) condicionam sua aprovação à determinada obrigação, e julgados de processos administrativos [PA] que condenam condutas anticompetitivas.

Esse registro das decisões do CADE contava ainda com a indicação fidedigna de sua judicialização, quando existente, acompanhada do rol dos processos judiciais correspondentes. A facilidade de acesso a tais dados possibilitou a abertura dos dados em duas bases complementares, cada qual voltada a um tipo de estudo distinto: um (a) *Determinantes da Probabilidade de Judicialização*, abrangendo o conjunto de todas as decisões administrativas, judicializadas ou não, contidas na planilha da autarquia, e um segundo (b) *Custos da Revisão Judicial e Incerteza Jurídica*, formado apenas pelas decisões administrativas que foram judicializadas.

Diferentemente do observado no CADE, as agências reguladoras não possuíam um banco de dados suficientemente abrangente das decisões constritoras de direitos de particulares e/ou impugnadas judicialmente. Optou-se então por aquele que já havia sido

pensado como manancial complementar de informações: a busca por processos nos sites dos órgãos do Poder Judiciário a fim de mapear todos os que continham as agências federais como parte.¹¹⁶⁻¹¹⁷

Mapeamento processual na Justiça Federal

Uma vez que as agências reguladoras sempre estarão ligadas, como *partes processuais*, à União – o que conduz à competência da Justiça Federal para julgar processos que tenham por objeto o questionamento da legalidade de seus atos (art. 109 I CF) –, pesquisou-se a totalidade de registros processuais no site da JF. Para evitar ocorrências dobradas, que distorceriam o universo buscado, a pesquisa cingiu-se àquelas da 1ª instância somente, na seção “processual”, com vistas a obter o número de casos correspondentes a cada agência reguladora¹¹⁸ – mediante inserção de seu nome por extenso e sigla, devidamente discriminados – e em cada seção judiciária (SJ),¹¹⁹ resultando em **84.706** ocorrências distribuídas nada equitativamente em 13 autarquias.¹²⁰ Neste levantamento preliminar, o CADE foi também incluído.

¹¹⁶ Aqui tomada no sentido amplo, envolvendo papéis outros que não autor-réu.

¹¹⁷ Foram incluídas inicialmente as seguintes agências: ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT e ANVISA. Após conversa com o Procurador-Geral Federal, aceitou-se a sugestão de inclusão da CVM e Previc.

¹¹⁸ A pesquisa compreende também as ações ajuizadas no Juizado Especial Federal (JEF), que em geral integram o mesmo banco das Varas Federais. Há duas exceções: na 5ª Região, os processos ‘eletrônicos’ são armazenados em seção própria; num mapeamento preliminar de complexidade, foram encontrados 150 processos, todos na SJPB, que teriam ficado de fora da busca original. A 3ª Região apresenta problema maior: o bancos de dados do JEF é isolado e não há como buscar, nele, processos pelo nome das partes – somente pelos números do processo, CPF/CNPJ, benefício ou processo originário –, o que impede a incorporação à base de dados de processos ali localizados.

¹¹⁹ As Seções Judiciárias foram divididas por região – o que explicita a representatividade de cada uma no total de processos –, e dentro delas, classificadas em ordem alfabética, como feito também com as agências, para possibilitar estratificação.

¹²⁰ Em todas as buscas, a opção para “mostrar os casos baixados” foi habilitada.

Tabela 4.1
Total de processos judiciais em levantamento preliminar

	1ª Região	2ª Região	3ª Região	4ª Região	5ª Região	Total
ANA	135	6	11	5	9	166
ANAC	336	30	102	0	24	492
ANATEL	21543	143	3549	1171	4827	31233
ANCINE	35	31	3	1	0	70
ANEEL	4690	44	1160	345	319	6558
ANP	5534	112	3072	51	2253	11022
ANS	1237	52	1537	180	446	3452
ANTAQ	247	35	10	9	8	309
ANTT	2671	62	518	54	196	3501
ANVISA	2848	48	769	31	424	4120
CADE	1293	45	263	6	33	1640
CVM	8729	900	4463	150	7894	22136
Previc	1	6	0	0	0	7
Total	49299	1514	15457	2003	16433	84706

Fonte: Dados da pesquisa

A discriminação dos processos judiciais identificados em suas respectivas seções judiciais federais é apresentada a seguir.

I. 1ª Região (1 – 49301)

	ANA	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANP ¹²¹	ANS ¹²²	ANTAQ	ANTT	ANVISA	CADE	CVM	Previc
1. SJAC (1-289)	0	(1-4) Nome: 1-2 Sigla: 3-4	(5-47) N: 5-35 S: 36-47	0	(48) N: 48 S: 0	(49-69) N: 49-69 S: 0 ¹²³	(70-73) N: 70-73 S: 0 ³	0	(74-76) N: 74-76 S: 0	(77-125) N: 77-110 S: 111-125	0	(126-289) N: 126-289 S: 0 ³	0
2. SJAP (290-606)	0	(290-296) N: 290-296 S: 0	(297-434) N: 297-427 S: 428-434	0	0	(435-473) N: 435-473 S: 0 ³	(474-477) N: 474-477 S: 0 ³	0	0	(478-501) N: 478-501 S: 0	(502-503) N: 502-503 S: 0	(504-606) N: 504-606 S: 0 ³	0
3. SJAM (607-1578)	(607) N: 607 S: 0 ³	(608-622) N: 608-622 S: 0	(623-855) N: 623-843 S: 844-855	0	(856-872) N: 856-872 S: 0	(873-1028) N: 873-1028 S: 0 ³	(1029-1055) N: 1029-1055 S: 0 ³	(1056-1067) N: 1056-1066 S: 1067	(1068-1075) N: 1068-1075 S: 0	(1076-1251) N: 1076-1250 S: 1251	(1252-1260) N: 1252-1260 S: 0	(1261-1578) N: 1261-1578 S: 0 ³	0
4. SJBA (1579-4536)	(1579-1580) N: 1579-1580 S: 0 ³	(1581-1592) N: 1581-1591 S: 1592	(1593-2525) N: 1593-2222 S: 2223-2525	0	(2526-2670) N: 2526-2611 S: 261-2670	(2671-2960) N: 2671-2960 S: 0 ³	(2961-3120) N: 2961-3120 S: 0 ³	(3121-3132) N: 3121-3125 S: 3126-3132	(3133-3198) N: 3133-3186 S: 3187-3198	(3199-3267) N: 3199-3259 S: 3260-3267	(3268-3274) N: 3268-3273 S: 3274	(3275-4536) N: 3275-4536 S: 0 ³	0
5. SJDF (4537-20271)	(4537-4653) N: 4537-4653 S: 0 ³	(4654-4824) N: 4654-4821 S: 4822-4824	(4825-8204) N: 4825-8118 S: 8119-8204	(8205-8239) N: 8205-8239 S: 0	(8239-11851) N: 8239-11749 S: 11750-11851	(11852-14554) N: 11852-14554 S: 0 ³	(14555-14727) N: 14555-14727 S: 0 ³	(14728-14941) N: 14728-14939 S: 14940-14941	(14942-16729) N: 14942-16719 S: 16720-16729	(16730-18730) N: 16730-18711 S: 18712-18730	(18731-19982) N: 18731-19861 S: 19862-19982	(19983-20270) N: 19983-20270 S: 0 ³	(20271) N: 0 S: 20271
6. SJGO (20272-21607)	0	(20272-20279) N: 20272-20277 S: 20278-20279	(20280-20561) N: 20280-20444 S: 20445-20561	0	(20562-20694) N: 20562-20626 S: 20627-20694	(20695-20898) N: 20695-20898 S: 0 ³	(20899-21005) N: 20899-21005 S: 0 ³	0	(21006-21320) N: 21006-21236 S: 21237-21320	(21321-21400) N: 21321-21368 S: 21367-21400	(21401-21423) N: 21401-21411 S: 21412-21423	(21424-21607) N: 21424-21607 S: 0 ³	0
7. SJMA (21608-24037)	(21608) N: 21608 S: 0	(21609-21616) N: 21609-21616 S: 0	(21617-22763) N: 21617-22291 S: 22292-22763	0	(22764-22812) N: 22764-22811 S: 22812	(22813-22900) N: 22813-22900 S: 0 ³	(22901-22941) N: 22901-22941 S: 0 ³	(22942-22943) N: 22942-22943 S: 0	(22944-23007) N: 22944-23004 S: 23007	(23008-23029) N: 23008-23024 S: 23025-23029	0	(23030-24037) N: 23030-24037 S: 0 ³	0

¹²¹ O argumento utilizado foi “Agência Nacional do Petróleo”, pois ele abrange os resultados do nome completo, além de outros.

¹²² O argumento utilizado foi “Agência Nacional da Saúde”, pois ele abrange os resultados do nome completo, além de outros.

¹²³ No site do TRF1, o nome da parte deve conter ao menos 4 caracteres.

8. SJMT (24038-29304)	0	(24038-24045) N: 24038-24045 S: 0	(24046-27079) N: 24046-27969 S: 27970-27078	0	(27079-28286) N: 27079-28286 S: 0	(28287-28623) N: 28287-28623 S: 0 ³	(28624-28679) N: 28624-28679 S: 0 ³	0	(28680)	(28681-28709) N: 28681-28702 S: 28703-28709	(28710-28720) N: 28710-28720 S: 0	(28721-29304) N: 28721-29304 S: 0 ³	0
9. SJMG (29305-29305)	(29305-29313) N: 29305-29313 S: 0 ³	(29314-29352) N: 29314-29352 S: 29353-29357	(29358-35205) N: 29358-35205 S: 35206-35394	0	(35395-35676) N: 35395-35676 S: 35677-35701	(35702-36876) N: 35702-36876 S: 0 ³	(36877-37301) N: 36877-37301 S: 0 ³	0	(37302-37601) N: 37302-37562 S: 37563-37601	(37602-37720) N: 37602-37666 S: 37667-37720	(37721-37796) N: 37721-37791 S: 37792-37796	(37797-39244) N: 37797-39244 S: 0 ³	
10. SJPA (39245-43107)	(39245-39247) N: 39245-39247 S: 0 ³	(39248-39277) N: 39248-39276 S: 39277	(39278-39978) N: 39278-39978 S: 39979-40024	(40025-40055) N: 40025-40055 S: 40056-40059	(40060-40100) N: 40060-40094 S: 40095-40100	(40101-40287) N: 40101-40287 S: 0 ³	(40288-40404) N: 40288-40404 S: 0 ³	(40405) N: 40405 S: 0 ³	(40406-40425) N: 40406-40420 S: 40421-40425	(40426-40565) N: 40426-40555 S: 40556-40565	(40566-40568) N: 40566-40568 S: 0	(40569-43107) N: 40569-43107 S: 0 ³	0
11. SJPI (43108-44480)	0	(43108-43110) N: 43108-43110 S: 0	(43111-43788) N: 43111-43752 S: 43753-43788	0	(43789-43823) N: 43789-43819 S: 43820-43823	(43824-43925) N: 43824-43925 S: 0 ³	(43926-43971) N: 43926-43971 S: 0 ³	0	(43972-44014) N: 43972-44013 S: 44014	(44015-44047) N: 44015-44047 S: 0	0	(44048-44480) N: 44048-44480 S: 0 ³	0
12. SJRO (44481-48738)	(44481-44482) N: 44481-44482 S: 0 ³	(44483-44485) N: 44483-44485 S: 0 ³	(44486-48315) N: 44486-44607 S: 44608-48315	0	(48315-48336) N: 48315-48336 S: 0	(48337-48451) N: 48337-48451 S: 0 ³	(48452-48509) N: 48452-48509 S: 0 ³	(48510-48512) N: 48510-48512 S: 0	(48513-48552) N: 48513-48550 S: 49551-48552	(48553-48635) N: 48553-48635 S: 0	0	(48636-48738) N: 48636-48738 S: 0 ³	0
13. SJRR (48739-48951)	0	(48739-48761) N: 48739-48761 S: 0	(48762-48789) N: 48762-48789 S: 0	0	(48790-48791) N: 0 S: 48790-48791	(48792-48818) N: 48792-48818 S: 0 ³	(48819-48828) N: 48819-48828 S: 0 ³	0	(48829-48830) N: 48829-48830 S: 0	(48831-48846) N: 48831-48846 S: 0	0	(48847-48951) N: 48847-48951 S: 0 ³	0
14. SJTO (48952-49301)	0	0	(48952-49054) N: 48952-49045 S: 49046-49054	0	(49055-49073) N: 49055-49073 S: 0	(49074-49163) N: 49074-49163 S: 0 ³	(49164-49172) N: 49164-49172 S: 0 ³	0	(49173-49193) N: 49173-49192 S: 49193	(49194-49201) N: 49194-49201 S: 0	0	(49202-49301) N: 49202-49301 S: 0 ³	

II. 2ª Região (49302-50815)

	ANA	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANP	ANS	ANTAQ	ANTT	ANVISA	CADE	CVM	Previc
1. SJES ¹²⁴ (49302-50571)	0	(49302-49305)	(49306-49448)	0	(49449-49492)	(49493-49552) ¹²⁵	(494553-49604)	(49605-49608)	(49609-49618)	(49619-49666)	(49667-49671)	(49672-50571)	0
2. SJRJ ⁴ (50572-50815)	(50572-50577)	(50578-50603)	0 ¹²⁶	(50604-50634)	0 ⁶	(50635-50686) ¹²⁷	0 ⁶	(50687-50717)	(50718-50769)	0 ⁶	(50770-50809)	0 ⁶	(50810-50815)

III. 3ª Região (50816-66272)

	ANA	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANP ¹²⁸	ANS ¹²⁹	ANTAQ	ANTT	ANVISA	CADE	CVM	Previc
1. SJMS ^{130,131} (50816-51592)	0	(50816-50820)	(50821-51118)	0	(51119-51324)	(51325-51460)	(51461-51525)	0	(51525-51584)	(51485-51515)	(51516-51536)	(51537-51592)	0
2.	(51593-51603)	(51604-51700)	(51701-55051)	(55052-55054) ¹³²	(55055-56008)	(56009-58944)	(58945-60416)	(60417-60426)	(60427-60885)	(60886-61623)	(61624-61865)	(61866-66272)	0

¹²⁴ Dos sites das SJ do RJ e do ES: “É obrigatório preencher 2 partes válidas de nomes para fazer consulta por Nome.”

¹²⁵ O argumento utilizado foi “Agência Nacional do Petróleo”, pois ele abrange os resultados do nome completo, além de outros.

¹²⁶ Do site da SJRJ: “A consulta não está disponível para este nome porque traz uma quantidade muito grande de processos. Informe um nome mais completo ou consulte por Número do Processo ou CPF/CNPJ.”

¹²⁷ Pelo nome completo, foram encontrados 52 processos. Utilizando “Agência Nacional do Petróleo”, o número de processos foi muito grande.

¹²⁸ O argumento utilizado foi “Agência Nacional do Petróleo”, pois ele abrange os resultados do nome completo, além de outros.

¹²⁹ O argumento utilizado foi “Agência Nacional da Saúde”, pois ele abrange os resultados do nome completo, além de outros.

¹³⁰ A pesquisa foi feita somente pelo nome, pois o site da 1ª Instância da 3ª Região não aceita siglas.

¹³¹ A pesquisa foi feita sem acentos, cedilha ou til, pois houve uma diferença significativa entre os resultados com ou sem a utilização deles em algumas agências (ANA, ANTAQ, ANP, ANVISA e CVM) e o resultado da pesquisa com acentos foi abrangido pela pesquisa sem a utilização deles e o resultado foi indiferente para as demais agências.

SJSP ^{10,11} (51593-66272)													
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

IV. 4ª Região (66273-68274)

	ANA	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANP 133	ANS 134	ANTAQ	ANTT	ANVISA	CADE	CVM	Previc
1. SJSC ^{135,136,} 137 (66273-68261)	(66273-66277)	0	(66278-67448)	(67449)	(67450-67793)	(67794-67840)	(67841-68018)	(68019-68027)	(68028-68076)	(68077-68107)	(68108-68113)	(68114-68261)	0
2. SJPR ^{15,16,17} (68261-68266)	0	0	0	0	0	(68261-68262)	(68263)	0	(68264)	0	0	(68265-68266)	0
3. SJRS ^{15,16,17} (68267-68274)	0	0	0	0	(68267)	(68268-68269)	(68270)	0	(68271-68274)	0	0	0	0

¹³² Os três resultados foram encontrados utilizando o argumento “Agencia Nacional de Cinema”.

¹³³ O argumento utilizado foi “Agência Nacional do Petróleo”, pois ele abrange os resultados do nome completo, além de outros.

¹³⁴ O argumento utilizado foi “Agência Nacional da Saúde”, pois ele abrange os resultados do nome completo, além de outros.

¹³⁵ A pesquisa foi feita somente pelo nome o site do TRF4 não aceita siglas.

¹³⁶ Do site da 4ª Região: “Esta consulta ainda não considera os processos ajuizados de modo eletrônico a partir de 21 de outubro de 2009 nas três Seções Judiciárias (Justiça Federal de 1º grau). Atualmente só é possível consultar estes processos pelo número. Esta consulta ainda não considera os processos ajuizados de modo eletrônico a partir de 5 de abril de 2010 no TRF4 (Justiça Federal de 2º grau). Atualmente só é possível consultar estes processos através da consulta pública do Processo Eletrônico.”

¹³⁷ No site da 4ª Região, há várias partes registradas com os argumentos utilizados. No entanto, na maioria das vezes – sobretudo nas SJPR/RS – não foram encontrados processos com movimentação ao se acessar os processos ligados às partes.

V. 5ª Região (68275-84706)

	ANA	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANP ¹³⁸	ANS ¹³⁹	ANTAQ	ANTT	ANVISA	CADE	CVM	Previc
1. SJAL ¹⁴⁰ (68275-69170)	0	(68275-68277)	(68278-68645)	0	(68646-68651)	(68652-68902)	(68903-68926)	0	(68927-68938)	(68939-68967)	(68968)	(68969-69170)	0
2. SJCE ²⁰ (69171-74936)	(69171)	(69172-68178)	(69179-71583)	0	(71584-71710)	(71711-72264)	(72265-72489)	0	(72490-72547)	(72548-72640)	(72641-72655)	(72656-74936)	0
3. SJPB ²⁰ (74937-77487)	0	(74937-74940)	(74941-75684)	0	(75685-75739)	(75740-75975)	(75976-76040)	0	(76041-76091)	(76092-76136)	(76137-76139)	(76140-77487)	0
4. SJPE ²⁰ (77488-82698)	0	(77488-77495)	(77496-78307)	0	(78308-78377)	(78378-79229)	(79230-70287)	(79288-79293)	(79294-79338)	(79339-79490)	(79491-79493)	(79494-82698)	0
5. SJRN ²⁰ (82699-84080)	(82699)	(82700-82701)	(82703-82993)	0	(82994-83034)	(83035-83271)	(83272-83318)	(83319-83320)	(83321-83340)	(83341-83430)	(83432-83434)	(83434-84080)	0
6. SJSE ²⁰ (84081-84706)	(84081-84087)	0	(84088-84293)	0	(84294-84313)	(84314-84436)	(84437-84463)	0	(84464-84473)	(84774-84488)	(84489-84495)	(84496-84706)	0

TOTAL: 84706

¹³⁸

O argumento utilizado foi “Agência Nacional do Petróleo”, pois ele abrange os resultados do nome completo, além de outros.

¹³⁹

O argumento utilizado foi “Agência Nacional da Saúde”, pois ele abrange os resultados do nome completo, além de outros.

¹⁴⁰

A pesquisa foi feita somente pelo nome, pois os sites das seções judiciárias da 5ª Região não aceitam siglas.

Obstáculos identificados para a estimação da população alvo

Uma dificuldade encontrada nesta etapa é a avaliação do grau de confiabilidade dos dados numéricos extraídos dos sites da JF. Submetida a método rigoroso de busca e conseqüente ordenação de ocorrências processuais, obteve-se nesta pesquisa resultado e.g. discrepante de número apresentado em relatório da AGU:¹⁴¹ 84.706 ocorrências no primeiro contra 98.193 no segundo. Tal diferença pode decorrer do fato de o escopo da base da AGU ser mais largo que o adotado pelo presente projeto, incluindo agências como ABIN, ADA, ADENE, FINAME etc. Há, entretanto, também discrepância substancial nos números referentes à ANVISA, ANP e ANATEL, que possivelmente decorrem de diferença metodológica entre o procedimento empregado nesta pesquisa e aquele da AGU – hipótese que não pôde ser confirmada, já que a metodologia nele empregada não estava explícita em sua base de dados, e tampouco foi possível averiguar, nos contatos tentados com a AGU, os procedimentos de seleção dos processos judiciais que o compunham. Outra possibilidade é a existência de falhas no sistema de busca processual eletrônica dos tribunais. De qualquer forma, a coordenação da pesquisa optou em preservar o método já exposto neste relatório, o qual é transparente e replicável, duas importantes propriedades da pesquisa científica.

Deve-se notar, entretanto, que o conjunto dos casos listados na Tabela 1 não coincide plenamente com a população objeto da pesquisa. Esta é definida pela questão de pesquisa, qual seja, a revisão judicial de decisões de agências regulatórias e do CADE. Trata-se, portanto, da revisão judicial de decisões regulatórias, realizadas pelo conselho das autarquias citadas. Ocorre que há diversos casos em que tais autarquias são parte em processos judiciais, sem que estes decorram da contestação de decisão regulatória. São inúmeros os exemplos, tais como a contestação de contratos de terceirização de serviços, de compras de suprimentos, de aluguel, entre outros. Esses casos, em que as autarquias são parte, mas que não se referem a decisões regulatórias, foram denominados ‘não-pertinentes’, devendo ser excluídos da população alvo da pesquisa. Também observou-se que há processos judiciais vinculados a um caso principal, que discutiam questões acessórias, os quais foram denominados ‘não-essenciais’, não

¹⁴¹ Cf. Relatório – “Complemento (2)”, da 2ª fase do projeto. O relatório fornecido pela AGU apresenta apenas o número consolidado, e não a lista de processos com os respectivos números e dados sobre foro. Embora solicitada aos procuradores, tal lista completa não foi disponibilizada.

integrando também a população alvo da pesquisa. O detalhamento de todos os procedimentos utilizados para a classificação dos processos segundo essas categorias é apresentado oportunamente neste capítulo.

Em decorrência dessas características da delimitação inicial da população constante na Tabela 1, foi necessário um procedimento de amostragem em duas etapas. Em um primeiro momento, foi necessário estimar a população alvo, a qual consiste em um subconjunto daquela constante na Tabela 1, excluindo-se os casos não-pertinentes e não-essenciais. Em seguida, foi feita uma amostragem na população alvo, a partir da qual foram extraídos os dados empíricos para posterior tratamento estatístico e econométrico. Segue-se o detalhamento da metodologia e procedimentos de amostragem.

4.1.2. METODOLOGIA E PROCEDIMENTOS DE AMOSTRAGEM

Conforme já foi destacado, o universo de interesse desta pesquisa corresponde ao total de processos judiciais em que o CADE ou uma agência reguladora constam como ré, sendo ao todo 13, as autarquias: ANA, ANAC, ANATEL, ANEEL, ANCINE, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT, ANVISA, CADE, CVM e PREVIC.

A Tabela 1, já apresentada, mostra o total de processos judiciais envolvendo as autarquias referidas, arquivados ou em tramitação, conforme levantamento feito em agosto de 2010. ANA, ANCINE, ANTAQ e PREVIC, por apresentarem, cada uma, um número bem menor de processos, foram agrupadas na categoria ‘outras’.

O único modo de se obter as informações desejadas a respeito de um determinado processo é sua leitura cuidadosa. Assim sendo, a simples observação da tabela acima permite concluir que a investigação da totalidade dos processos seria extremamente custosa. Nesses casos, o procedimento indicado é a seleção de uma amostra aleatória que seja **representativa** da totalidade dos casos – ou, usando o termo empregado em estatística, que seja representativa da *população*. Em outras palavras, o propósito da

amostra é o de fornecer informações que permitam descrever de modo adequado a totalidade dos processos (ou *população*) de onde a amostra foi extraída.

Logo de início decidiu-se que seria mais adequado tratar os processos de cada agência reguladora como um universo de análise separado, uma vez que não se pode dizer *a priori* se as características dos processos das diferentes agências são semelhantes, ou homogêneas. Assim sendo, tomou-se a decisão de fazer uma amostragem estratificada por agência, ou seja, selecionar separadamente uma amostra aleatória representativa da totalidade dos processos de cada agência. O objetivo é poder descrever com segurança as características específicas dos processos de cada agência.

Já em relação ao CADE, que também contava com uma base específica sobre as características de cada decisão administrativa, foi tomada a decisão de se investigar a totalidade dos processos. Desse modo, algumas hipóteses que relacionam tais variáveis com as características da decisão judicial somente podem ser testadas por meio dessa base de dados. A fim de assegurar número suficiente de observações que permita esse tipo de análise, foi conveniente coletar o universo das observações referentes ao CADE.

Além disso, ANA, ANCINE, ANTAQ e PREVIC foram agrupadas, com uma só amostra selecionada para representá-las em conjunto. Assim sendo, nove amostras foram selecionadas, além da *população* completa de processos judiciais em que o CADE constava como réu.

A determinação do tamanho adequado de cada amostra, de modo a garantir que a descrição das características de cada *população* seja confiável, não é trivial. Um primeiro passo, muito importante, é estabelecer com o máximo de precisão possível quais são as informações que se deseja obter sobre essa *população* e como medir essas informações.

A principal questão que norteia este projeto de pesquisa é a identificação dos fatores que levam à judicialização de um processo e a mensuração dos custos decorrentes dessa decisão, uma vez que a excessiva judicialização de processos implica custos para a sociedade que, a princípio, deseja-se evitar. Em outras palavras, a excessiva judicialização de processos é vista como um sinal de ineficiência do sistema e, assim sendo, deve ser compreendida para que possa futuramente ser evitada a partir da melhoria do sistema.

Uma importante variável que mede o custo de judicialização de um processo para a sociedade é o *tempo de tramitação da revisão judicial*, em que a aplicação da norma regulatória permanece pendente. Assim sendo, esta variável foi selecionada para fins de definição do tamanho das amostras aleatórias. Isto é, o tamanho das amostras aleatórias para cada agência foi definido de modo que o custo médio dos processos judicializados referentes a cada uma fosse medido com segurança – ou seja, com margem de erro muito pequena.

Wilton Bussab (2005, pg. 69) discute o processo de definição do tamanho de uma amostra de tal forma que a média de uma determinada variável y seja estimada com um erro máximo de estimação igual a B , com determinado grau de confiança (probabilidade). De maneira mais específica, o problema consiste em determinarmos o tamanho n da amostra de modo que:

$$P(|\bar{y} - \mu| \leq B) \cong 1 - \alpha \quad (1)$$

em que \bar{y} corresponde à média amostral (para a amostra de tamanho n) da variável de interesse y (que no nosso caso corresponde ao *tempo de tramitação da revisão judicial*) e μ corresponde à verdadeira média dessa variável para a população. Assim sendo, $|\bar{y} - \mu|$ corresponde ao erro de estimação incorrido a partir da amostra de tamanho n , uma vez que corresponde ao módulo da diferença entre a estimativa \bar{y} e a verdadeira média μ . Como P corresponde ao símbolo de probabilidade, temos que $P(|\bar{y} - \mu| \leq B)$ corresponde à probabilidade do erro da estimativa ser menor ou igual a um determinado erro B .

O pesquisador deve escolher um erro B suficientemente pequeno e a probabilidade de a estimativa ser menor ou igual a B deve ser, consideravelmente grande. Isto é, $(1-\alpha)$ deve ser grande, conferindo confiabilidade aos resultados estimados. Em geral escolhe-se $(1-\alpha)$ igual a 95% (ou 0,95) e, portanto, α igual a 5% (ou 0,05). Uma vez que o pesquisador determina B e α , o tamanho n da amostra deve ser grande o suficiente para garantir que $P(|\bar{y} - \mu| \leq B) \cong 1 - \alpha$.

A teoria estatística permite demonstrar que o tamanho mínimo da amostra necessário para garantir que a média amostral de y (\bar{y}) esteja bem próxima de μ , com alta probabilidade, é função de B , de α , do tamanho da população (N) e da variância da variável y , denotada por S^2 . Essa função é definida pela expressão a seguir:

$$n = \frac{1}{D/S^2 + 1/N}, \quad (2)$$

onde $D = B^2 / z_\alpha^2$ e z_α^2 corresponde ao valor tabelado da estatística t (distribuição t de student) para α igual a 0,05, que é igual a aproximadamente 2.

A expressão (2) foi usada para determinar o tamanho adequado da amostra para cada agência, uma vez que a totalidade dos processos, que corresponde ao tamanho da população (denotado por N), muda bastante de uma agência para outra. Enquanto a ANATEL tinha um total de 31233 processos (arquivados ou em tramitação) em agosto de 2010, a ANAC tinha um total de apenas 492 processos.

Conforme foi destacado anteriormente, B e α são parâmetros determinados pelo pesquisador, que escolhe o nível de precisão mínimo que ele considera adequado para as suas estimativas. Neste trabalho adotamos a conduta mais usual ao escolher α igual a 0,05 e, portanto, z_α^2 igual a 2. A escolha de B , por sua vez, deve ser feita com base na variação e escala da variável de interesse, que é o *tempo de tramitação da revisão judicial*, medido em anos. A partir da observação dos processos do CADE (agência para a qual todos os processos foram pesquisados), observou-se que essa variável tem valor mínimo de 0 e valor máximo de 13 anos, com exceção de um caso atípico, denominado em estatística como '*outlier*', cuja judicialização havia se iniciado em 1989, anteriormente a Lei 8884/94. Assim sendo, um erro igual a 1 ($B=1$) corresponde a um erro pequeno, de um treze avos (1/13) do intervalo total de variação dessa variável nessa população. Nesta pesquisa escolhemos B igual a aproximadamente 0,22. Dado que o *tempo de tramitação da revisão judicial* varia num intervalo de 0 a 13, ao menos para o CADE, um erro de 0,22 corresponde a um erro mínimo, de 1,7% do intervalo total.

De modo a possibilitar a aplicação da expressão (2) para o cálculo do tamanho das amostras, é necessário ainda conhecer a variância da variável de interesse (*tempo de*

tramitação da revisão judicial). Segundo Wilton Bussab (2005, pg. 70), pesquisas passadas, “adivinhações” estatísticas e amostras piloto são os métodos mais usados para obter o valor de S^2 . Nesta pesquisa, o total de processos relativos ao CADE foi usado como amostra piloto para essa finalidade. Para o total de 1640 processos do CADE, observa-se que a variância da variável *tempo incorrido após a decisão administrativa final* é igual a 5,48. Assim sendo, nesta pesquisa usamos $S^2=5,48$ para calcular o tamanho adequado da amostra para cada agência.

A tabela 2, a seguir, apresenta passo a passo o cálculo da expressão (2) para cada uma das agências (ou grupo de agências) pesquisadas, obtendo ao final o valor de *n*. Uma vez que o resultado corresponde a um número não inteiro, usou-se a aproximação para cima para obter um número inteiro.

É interessante observar que o tamanho adequado da amostra não cresce de modo linear em função do tamanho da população. Assim sendo, para a ANAC, cujo tamanho da *população* ou total de processos é igual a 492, o tamanho adequado da amostra é de 232 processos, enquanto para a ANATEL, cujo tamanho da *população* é de 32632 processos, o tamanho adequado da amostra não é muito maior que para a ANAC (considerando a diferença de tamanho da população), sendo igual a 433.

Tabela 4.2
Cálculo de n a partir da população de processos (N) de cada agência

AGÊNCIA	N	$B^2/4$	$(B^2/4)/5,48$	1/N	$(B^2/4)/5,48$ (1/N)	+	N	n (inteiro)
ANAC	492	0.0125	0.002281022	0.00203	0.004313542		231.828	232
ANATEL	31233	0.0125	0.002281022	0.00003	0.002311667		432.5883	433
ANEEL	6558	0.0125	0.002281022	0.00015	0.002433507		410.9295	411
ANP	11022	0.0125	0.002281022	0.00009	0.002371972		421.5901	422
ANS	3452	0.0125	0.002281022	0.00029	0.002570709		388.9977	389
ANTT	3501	0.0125	0.002281022	0.00029	0.002566655		389.6122	381
ANVISA	4120	0.0125	0.002281022	0.00024	0.00252374		396.2373	397
CVM	22136	0.0125	0.002281022	0.00005	0.002326193		429.8869	430
ANA+ ANCINE+ ANTAQ+ PREVIC	552	0.0125	0.002281022	0.00181	0.004092616		244.3425	245
								Soma=3695

Com isso, um total de 232 processos foi selecionado aleatoriamente dentre os 492 processos relativos à ANAC, 433 processos foram selecionados aleatoriamente do total de 31233 processos correspondentes à ANATEL, e assim por diante. Um pacote estatístico chamado Stata foi usado para selecionar aleatoriamente os processos de cada agência, dado o tamanho adequado da amostra. Como apresentado mais adiante neste capítulo, observou-se que em algumas autarquias a proporção de casos ‘não-pertinentes’ e ‘não-essenciais’ era superior ao inicialmente estimado, o que tornou necessário o redimensionamento da amostra. Especificamente no caso de ANA, ANCINE, ANTAQ, PREVIC e ANAC, em decorrência da menor incidência de processos em cada uma dessas autarquias, optou-se por não se realizar uma amostragem, mas sim observar todos os processos acessíveis.

Procedimento para correspondência entre a amostragem aleatória e os processos judiciais

A seleção aleatória direta dos processos exigiria a compilação de toda a população, o que demandaria tempo e recursos desproporcionais ao esforço de pesquisa. Dessa forma, optou-se por selecionar, por meio da amostragem aleatória, posições em ordenação previamente estabelecida dos processos judiciais que constituem o universo da pesquisa. Para tanto, foi necessário estabelecer procedimento de correspondência entre os números sorteados e os processos judiciais, conforme eles se distribuem no sistema de consulta em seus respectivos sítios. Essa tradução é fundamental para a objetividade do método empregado, porque, ao seu final, *o número sorteado na amostra deve corresponder a um só processo judicial no sítio eletrônico da Justiça Federal.*

Para isso, foi necessário reestruturar a estratificação verticalmente, isto é, reordenar as ocorrências de cada agência de modo a permitir sua compatibilização com a respectiva lista amostral. O cálculo para isso é simples: cada segmento de processos (de x a y) encontrado por seção judiciária deve ser transformado em uma ordenação, segundo a fórmula $y - x + 1 = z$, em que x é o primeiro número do segmento e z é a quantidade de processos por SJ daquela agência; o mesmo cálculo deve ser feito com o segmento de processos localizados pela sigla da agência (S) e pelo nome (N). Por fim, os resultados z , N e S deverão ser somados às mesmas parciais das SJ anteriores. Tome-se o exemplo da ANATEL:

Tabela 4.3
Ilustração de procedimento para ordenação de processos

TRF-1	ANA	ANAC	ANATEL	
1. SJAC	0	(1-4) Nome: 1-2 Sigla: 3-4	(5-47) N: 5-35 S: 36-47	(43) N: 1-31 S: 32-43
2. SJAP	0	(331-337) N: 331-337 S: 0	(297-434) N: 297-427 S: 428-434	(44-181) N: 44 -174 S: 175-181
3. SJAM

Sabendo que a ANATEL possui 31.233 casos ao todo (cf. tabela 1, supra), o eventual algarismo “1” na lista amostral deve corresponder à primeira ocorrência registrada no mapeamento, que é estruturado pelos vetores “agência reguladora” e “seção judiciária”, *este sempre integrando um TRF em seqüência numérica crescente, e ambos sempre elencados em ordem alfabética*. Essa estratificação, quando levada a cabo, permite correspondência objetivas e permanentes entre processos judiciais e a seleção de posições aleatórias na ordenação dos processos. Desse modo, como ilustração, sabe-se com segurança que o número 150, eventualmente sorteado para a amostra, corresponde a um processo da Seção Judiciária do Amapá (porque se encontra entre 44-181), e neste site deve ser procurado mediante a inserção do nome por extenso da agência (porque se encontra entre 44-174).

A última dificuldade de tradução fica por conta da necessária conversão entre o número sorteado na amostra e sua posição correspondente na lista das ocorrências da busca efetuada no site de dada SJ. Novamente, o raciocínio é simples: se o número da amostra é e.g. 1345 e seu segmento correspondente é 1200-1560, na página de busca a lista de ocorrências começará do número 1. Deve-se, então, subtrair o número da amostra (1345) pelo primeiro número do segmento correspondente (1200), acrescentando “1” em seguida; com isso se chega, no exemplo, a 146, que corresponde ao 1345. Tal expediente é especialmente útil quando se depara com números amostrais mais altos.

Obstáculos da pesquisa e procedimentos para solucioná-los

O universo de processos na Justiça Federal é evidentemente instável, sujeito que está a aumentos diários por conta do ajuizamento de novas ações ou ocorrência de incidentes (ex. “carta precatória”). O momento ‘fotografado’ pelo levantamento rapidamente torna-se desatualizado, o que *prima facie* poderia comprometer o procedimento de correspondência entre a amostragem aleatória e a ordenação dos processos judiciais. Este problema, contudo, não traz prejuízos relevantes à amostragem. De um lado, o tempo entre o levantamento, amostragem e retorno para coleta dos processos selecionados é relativamente pequeno, implicando apenas alterações pontuais do conjunto de processos. De outro, de duas uma: ou a entrada de novas ocorrências obedecem a uma determinada ordem, ou é aleatória. No primeiro caso, as novas ocorrências são facilmente identificáveis (e.g. na SJAC recebem um número maior do que os anteriores), e, no segundo, a reordenação aleatória dos casos preserva o princípio de aleatoriedade da amostragem, fundamento principal para que se possa fazer inferências sobre o universo de pesquisa a partir da observação de uma amostra reduzida.

Outro problema encontrado foi a acessibilidade claudicante de conteúdo das decisões no processo: em alguns sites das seções judiciárias, a página de andamento processual traz link direto a decisões disponíveis online, as quais, contudo, ou são restritas às partes, ou não funcionam (ex. SJDF/TRF-1). Nesses casos, por vezes foi possível encontrar a informação procurada na página do site reservada ao ‘inteiro teor’.

Por fim, segue uma lista das deficiências observadas nos sistemas de informação da JF, que tornam consideravelmente mais onerosa a busca jurisprudencial de caráter científico, como a que se pretende na presente pesquisa:

1ª região: [SJ]:

- Erros de denominação entre processos principais e dependentes;
- nos casos em que o processo de origem é de outra SJ não pertencente à área do TRF1, freqüentemente o número de origem está incompleto ou errado;
- eventualmente, apesar de o número de origem estar correto, há indicação incompleta da SJ de origem; falta de informações acerca da data de publicação;
- falta de acessibilidade por não digitalização/disposição de sentenças e decisões (cf. sobretudo SJBA, SJMT, SJMG);

- muitas vezes, há digitalização do processo, mas não acessibilidade, já que esta é condicionada pelo cadastro de login e senha, mesmo para dados não sigilosos. Quando o conteúdo é disponível, há apenas pequenos trechos que nem sempre são suficientes para a compreensão do processo.
- **[TRF]:** O relatório do andamento processual é confuso e incompleto. Há digitalização de acórdão e decisões, mas é necessário buscá-los em outra página (seção de “inteiro teor”). Nela, fatores formais como a disposição do número processual são determinantes do sucesso da busca (o número 2010.38.00.007354-2, por exemplo, só é reconhecido se retirados seus pontos e traço: 201038000073542).

2ª região: [SJ]:

- O código de verificação é excessivamente complexo e apresenta falhas freqüentes; mesmo estando a resposta correta, a confiabilidade no resultado exige que a verificação seja feita outras vezes;
- os sites são, ademais, instáveis e é necessário acessar no mesmo link várias vezes para que se consiga visualizar o conteúdo;
- a acessibilidade é muito restrita, sendo exigidos login e senha para visualização de tudo o que não for disponibilizado nas informações gerais e andamento processual (esp. SJES). Em outras palavras, o acompanhamento processual não é transparente como seria, por princípio, desejável;
- finalmente, na pesquisa por nome da agência (por extenso), o sistema encontra muitas variáveis para a mesma referência, inexistindo padronização.
- **[TRF]:** O site freqüentemente está ‘fora do ar’.

3ª região: [SJ]:

- A divisão da SJ na capital é feita por cidades e por matéria, num banco de dados não-unificado, dificultando a busca por processos;
- a separação de consulta dos processos do JEF em site próprio dificulta a busca;
- o relatório do andamento processual é incompleto;

- a quantidade de processos digitalizados e de conteúdo disponibilizado é muito pequena (esp. SJMS);
- não há referência à origem e ligação processual nos casos de carta precatória, obstando o rastreamento do processo principal;
- o sistema sai do ar com grande frequência; por fim, as cartas precatórias não identificam sua origem.
- [TRF]: Pouco conteúdo digitalizado de acórdãos e praticamente inexistente disponibilização de decisões monocráticas.

4ª região: [SJ]:

- Ocasionalmente há falta de referência a processos ligados e a processos de origem nos casos de CP.

5ª região: [SJ]:

- Não faz referências e nem possui link para processos na segunda instância. Os sites da SJCE e SJPE, por exemplo, não apresentam os processos relacionados em julgamento no tribunal, de modo que é necessário consultá-los diretamente na 2ª instância.

Problemas gerais identificados:

- Inacessibilidade de teor decisório, sobretudo na 1ª instância (SJ);
- falta de integração entre os tribunais e seções judiciárias;
- dentro da mesma região e na mesma instância; instabilidade dos sites, que estão muitas vezes ‘fora do ar’;
- os relatórios dos julgadores são carentes de informação acerca da causa, e as descrições processuais registradas no tipo do processo são muitas vezes precárias (ex. administrativo-multa).

Estimação da população alvo

Obtidos os processos judiciais, por meio de primeira amostragem, realizada conforme os parâmetros já expostos, foi possível estimar a população alvo do estudo. Conforme

mencionado, é necessário excluir do universo de processos judiciais, em que as autarquias aqui investigadas são parte, aqueles casos que são ‘não-pertinentes’ e ‘não-essenciais’.

Por *essencialidade* entende-se o grau de afinidade entre o tipo de ação judicial encontrada e a decisão administrativa impugnada. Em outras palavras, numa constelação de processos e incidentes processuais, é discernível aquele que, dentre todos, representa a real demanda em face da Administração (judicialização contra a agência, como e.g. no caso de mandados de segurança) ou pretensão da Administração em si (judicialização pela agência, como e.g. nas execuções fiscais). Exemplos de incidentes (aqui tomados no sentido não-técnico) ou processos não essenciais: carta precatória, ação cautelar preparatória, agravo de instrumento, impugnação ao valor da causa, conflito de competência etc. Esses não devem ser excluídos de partida, mas tomados como suporte para rastreamento dos processos essenciais, os quais efetivamente figurarão na base de dados.

Por *pertinência*, entende-se a aproximação temática entre o processo judicial e o escopo do projeto, qual seja, análise da revisão judicial de decisões regulatórias – largamente definidas, aqui, como aquelas atinentes à função institucional da agência. Pretendeu-se inicialmente com tal requisito excluir discussões como litigância entre servidores públicos e autarquia, concurso público para ingresso no quadro de pessoal, licitação para compra de bens de consumo ou contratação de serviços de base à atuação da agência (material de escritório, alimentação, segurança) etc. – que nada disputam a atividade regulatória no Judiciário. Tais casos são consequência da existência de qualquer autarquia, independentemente de suas funções regulatórias, não fazendo, portanto, parte do objeto de pesquisa.

O curso da pesquisa levou a um refinamento desse critério de seleção quando se identificou certa ‘zona cinzenta’ entre os casos pertinentes e impertinentes. Por vezes, a matéria regulatória apenas contextualizava uma litigância privada, travada entre empresas concessionárias/autorizatórias/permissionárias e consumidores, como, por exemplo, o corte de luz, pagamento de pedágio, emissão de bilhete aéreo etc. Nesses casos, a agência figura num dos pólos processuais, mas nunca como autora ou ré

propriamente.¹⁴² Em outras, o objeto do processo era atípico: uma omissão administrativa, sindicada no Judiciário por particulares interessados ou Ministério Público (mediante ação civil pública). Essas duas categorias guardam em comum o fato de que, embora aí se arroste matéria regulatória, as respostas possíveis ao Judiciário não analisarão uma decisão ou política regulatória da agência em si – descabendo indicar se a ‘confirmam’ ou a ‘reformam’ –, mas apenas poderão tomá-la como diretiva.

Por fim, como requisito de ordem prática e importância central à base de dados, foram incluídos somente os processos *acessíveis*, isso é, aqueles que na 1ª ou 2ª instância, forneciam *a contento* as informações necessárias à constituição da base de dados, o que significa, sobretudo, disponibilizar, por acesso eletrônico, partes ou inteiro teor das decisões interlocutórias e finais.¹⁴³ Restringir a base de dados aos casos acessíveis pode acarretar algum viés a análise se houver correlação entre as características que distinguem esses casos e as variáveis que se procura mensurar. Por exemplo, se os casos inacessíveis são justamente os casos em que há maior incidência de medidas cautelares com efeito suspensivo, as estimativas resultantes da base de dados coletada carregariam este viés, subestimando a ocorrência desse tipo de evento.

Problema dessa espécie poderia ser solucionado por meio do alargamento do conceito de acessibilidade, incluindo a disponibilidade em via impressa do inteiro teor das decisões interlocutórias e finais. Entretanto, este caminho tornaria excessivamente custosa a pesquisa, não factível para o número de observações presentes na amostra. Em outras palavras, recorrer a processos disponíveis exclusivamente na via impressa implicaria reduzir o tamanho da amostra e, portanto, aumentar o nível de erro das estimativas, conforme procedimento já descrito na seção sobre metodologia de amostragem.

Ademais, não há indícios relevantes de possível viés nos dados acessíveis que comprometam as estimativas que venham resultar da base de dados coletada. Mesmo em se considerando que processos mais antigos tendam a ser menos acessíveis que os mais atuais, não haveria prejuízo à estimação econométrica, visto que o ano de ingresso

¹⁴² E por tal motivo, não raro termina excluída por ilegitimidade *ad causam*. Sempre que isso aconteceu, optou-se por excluir sistematicamente o processo judicial da amostra válida. Se a agência permaneceu no processo, considerou-se o processo *prima facie* pertinente.

¹⁴³ A exclusão por inacessibilidade dá-se apenas nos casos em que, existindo uma decisão, tal não está suficientemente disponível por acesso eletrônico. Quando ainda se prolatou uma decisão – e.g. sentença –, o processo é mantido e a inexistência do provimento judicial é apontada no template.

do processo no judiciário é conhecido e pode ser utilizado como variável de controle. Entretanto, algumas medidas de estatísticas descritivas podem ser influenciadas por esta possível particularidade dos casos acessíveis. Nas ocasiões em que os resultados mereçam esse tipo de qualificação, este trabalho fará o devido alerta.

A Tabela 4.4 apresenta as informações referentes à proporção de casos acessíveis, por agência reguladora e, entre estes, a proporção de casos não-pertinentes (i.e., que não se referem à revisão judicial de decisões administrativas regulatórias) e de casos pertinentes, porém não-essenciais (i.e., não diretamente relacionados à decisão administrativa impugnada). Não é demais lembrar que população inicial, conforme levantamento nos sítios de cada seção judiciária da Justiça Federal, é maior do que o universo objeto da presente pesquisa (*população alvo*), visto que este deve excluir os processos não-pertinentes e não-essenciais, conforme detalhamento já apresentado. Por meio da análise da amostra inicial, é possível estimar a proporção desses tipos de casos a serem excluídos e, portanto, o tamanho da população de interesse, como consta na última coluna da Tabela 4.4.

Tabela 4.4
Estimativa da População Alvo da Pesquisa

Agência	População Inicial	Observado	Acessíveis	Não-pertinentes	Não-essenciais	Total estimado da população
ANA	166	166	78,3%	61,5%	25,4%	22
ANAC	492	492	61,6%	39,9%	39,6%	101
ANATEL	31233	472	90,3%	66,4%	7,5%	8.138
ANCINE	70	70	85,7%	61,7%	8,3%	21
ANEEL	6558	955	67,9%	11,6%	71,0%	1.144
ANP	11022	422	48,6%	3,9%	33,2%	6.936
ANS	3452	389	70,4%	2,2%	39,4%	2.016
ANTAQ	309	309	84,1%	71,2%	14,6%	44
ANTT	3501	381	79,0%	16,3%	32,2%	1.803
ANVISA	4120	569	63,4%	27,1%	38,2%	1.427
CVM	22136	831	59,0%	8,4%	14,9%	16.986
Previc	7	7	57,1%	0,0%	25,0%	5
Total Amostrado	83066	5063	68,4%	28,4%	33,9%	38.641
CADE*	334	334	na	na	na	334

Fonte: Pesquisa de Campo

Legenda: População inicial equivale ao total de casos judiciais em que a agência em questão é parte; 2) Amostrado: total de casos em que foram avaliados os critérios de acessibilidade, pertinência e essencialidade; 3) Acessível: proporção dos casos amostrados que é acessível nos respectivos sítios eletrônicos; 4) Não-pertinentes: proporção dos casos acessíveis que não é pertinente; 5) Não-essenciais:

proporção dos casos acessíveis e pertinentes, mas que não são essenciais; Total estimado da população: tamanho estimado da população que é objeto de interesse da pesquisa.

*No caso do CADE, por meio da base de dados da ProCADE, foi possível obter, de início, a população alvo.

Uma vez estimado o tamanho da população alvo, foi possível definir uma amostra válida, contendo exclusivamente casos pertinentes e essenciais¹⁴⁴. A partir dos processos judiciais constantes nesta amostra foram extraídos os dados para subsequente tratamento empírico. Por conta de particularidades desta pesquisa de campo, a amostra válida não foi definida segundo o modelo padrão, que orientou a seleção da primeira amostra, utilizada para a estimação da população. Naquela oportunidade, foi definido um nível de erro padrão, o qual combinado com o tamanho da população e com o desvio padrão da variável de interesse, possibilitava o cálculo do tamanho da amostra. Nesta segunda etapa do trabalho empírico, a pesquisa já havia gerado, aleatoriamente, um conjunto de processos que já atendiam aos critérios desejados da pesquisa, mesmo antes de se estimar o tamanho da população.

Em decorrência desta característica, o nível de erro passa a ser uma variável endógena, dependendo da população estimada e do tamanho da amostra válida. Nos casos em que foi possível coletar amostra no mínimo equivalente ao inicialmente definido, a margem de erro efetiva é inferior àquela estabelecida por ocasião da primeira amostragem, o que é uma decorrência lógica da redução do tamanho da população a que ela se refere. Entretanto, nos casos em que foi necessário observar todos os casos acessíveis e ainda assim o tamanho da amostra foi inferior ao inicialmente estipulado, a margem de erro é maior. Um exemplo limite que ilustra essa ocorrência é o caso da Previc, em que foram observados apenas três casos de um total estimado de cinco. Embora a representatividade da amostra seja muito elevada (60%), os três casos observados informam pouco sobre a média de tempo da população total, o que se traduz em um intervalo de confiança (dado pela margem de erro, em termos absolutos) maior do que o observado nas demais agências. É importante ressaltar que, nesses casos, foram coletados todos os processos acessíveis, não sendo possível maior nível de precisão dada a abrangência da pesquisa e os recursos disponíveis. A Tabela

¹⁴⁴ A definição do que é um processo ‘pertinente’ à pesquisa ou ‘essencial’ não é absolutamente objetiva como se desejaria. Por vezes, o pesquisador se depara com situações concretas em que não é possível assegurar com precisão em qual categoria os processos se enquadram. Em situações que suscitavam dúvidas, a coordenação da pesquisa optou por ser mais inclusiva, incorporando tais casos à amostra. O impacto dessa decisão sobre as estimativas econométricas é desprezível, dado o tamanho da amostra, e de pequena relevância no caso de estatísticas descritivas, mesmo nas situações em que as informações são estratificadas por autarquias.

4.5 apresenta a amostra efetivamente utilizada, estratificada por agência, e o respectivo erro estatístico associado às estimativas dela derivadas.

Tabela 4.5
Amostra Válida Estratificada por Agência

Agência	Total estimado da população	Amostra válida	Representatividade da amostra	Margem de Erro (em anos)
ANA	22	17	77,3%	0,5
ANAC	101	62	61,4%	0,4
ANATEL	8138	111	1,4%	0,4
ANCINE	21	18	85,7%	0,4
ANEEL	1144	108	9,4%	0,4
ANP	6936	129	1,9%	0,4
ANS	2016	160	7,9%	0,4
ANTAQ	44	37	84,1%	0,3
ANTT	1803	108	6,0%	0,4
ANVISA	1427	107	7,5%	0,4
CVM	16986	177	1,0%	0,4
Previc	5	3	60,0%	1,7
CADE	334	334	100,0%	0,0
Total	38975	1371	3,5%	0,1

Fonte: dados da pesquisa

Obstáculos técnicos

Foram diversos os problemas verificados nesta etapa, dos quais se destacam, no requisito de essencialidade, a escassez de informações das cartas precatórias – números incompletos, inválidos ou inexistentes, impossibilidade de identificar processo principal – (cf. SJSP), e no de acessibilidade, a quantidade relativamente baixa de informações disponíveis.¹⁴⁵ Eles explicam a diferença entre os processos observados e a amostra válida. Esta, por conta do elevado número de casos inacessíveis, não-pertinentes ou não-essenciais, teve de ser ampliada, com fim de alargar o universo pesquisado e proporcionar um número suficientemente grande para que a pesquisa pudesse produzir estimativas confiáveis.

¹⁴⁵ Em geral, o problema maior atinge as informações sobre o objeto discutido no processo, que pode ser obtido, por exemplo, através da visualização de sentenças, acórdãos de apelação, relatórios de AI etc. As demais informações geralmente estão disponíveis (datas de deferimento, dispositivo das decisões). Embora se possa entender muito de alguns casos mesmo com poucos dados, a maior dificuldade está nas decisões com deferimento parcial, que devem ser acessadas em sua inteireza para idêntica fidedigna do objeto de tal provimento (e seu grau de relação com o ato administrativo impugnado).

Como regra geral, a amostra inicial foi estimada em três vezes o montante desejado para a amostra válida, supondo *ex-ante* o aproveitamento de aproximadamente um terço dos casos. Na maior parte das autarquias, este montante foi mais do que suficiente para gerar uma amostra em tamanho suficiente para permitir segurança e confiabilidade das estimativas. Em três grupos, entretanto, foi necessária a ampliação da amostra inicial (i.e. menos de um terço da amostra selecionada atendia os critérios para inclusão na base de dados): ANVISA, ANAC e “Outros” (ANA, ANCINE, ANTAQ, Previc), sobretudo por problemas na acessibilidade das decisões judiciais. Nesse caso, a amostragem foi substituída pela análise de toda a população – expediente possível em face do número pequeno de ocorrências totais registradas em cada uma das agências.

4.1.3. BASE DE DADOS E CONTEÚDO DAS VARIÁVEIS

As variáveis coletadas em cada processo judicial foram selecionadas conforme as hipóteses discriminadas por ocasião da primeira fase do relatório da corrente pesquisa, sendo o esforço central a mensuração de indicadores de custo da revisão judicial e de insegurança jurídica.

As hipóteses podem ser divididas em dois grupos, versando, respectivamente, sobre as causas da ocorrência de recurso ao judiciário em matéria regulatória e concorrencial, e sobre os efeitos da judicialização na eficácia da decisão administrativa e na eficiência da decisão judicial. No primeiro grupo, as hipóteses tipicamente estabelecem uma relação de causalidade entre características do processo administrativo, bem como das ações da agência de regulação ou de concorrência, e a ocorrência de recurso ao judiciário. O propósito desse conjunto de hipóteses é compreender que elementos levam à judicialização, o que oferece subsídios para políticas judiciais e regulatórias com o objetivo de reduzir a redundância e ineficiência da atividade judicante. São seis as hipóteses levantadas nesse primeiro grupo, conforme discriminação a seguir.

H1: Quanto maior o valor da causa em jogo, maior a probabilidade de judicialização.

H2: Quanto maior o grau de intervenção da decisão administrativa, maior a probabilidade de ocorrência de recurso ao judiciário.

H3: A existência de falhas processuais, em particular a ofensa ao devido processo legal, constitui causa relevante para recurso ao judiciário.

H4: A qualidade, legalidade e transparência das decisões administrativas reduzem as oportunidades de recursos, reduzindo a contestação judicial.

H5: Quanto menor o grau de controvérsia das decisões administrativas, mensurado pela existência ou não de decisão por unanimidade, menor a probabilidade de ocorrência de recurso ao judiciário.

H6: Eventual inação da Administração Pública, dado o problema do *tempo decisório*, deve causar recurso ao judiciário, como forma de acesso a direito não atendido na esfera administrativa.

O segundo grupo de hipóteses estabelece a relação entre características do funcionamento do poder judiciário e efeitos sobre a eficácia de decisão administrativa e a eficiência das decisões judiciais, sendo discriminadas a seguir.

H7: A suspensão de *cautelares administrativas* pelo Judiciário mitiga a eficácia da decisão administrativa e amplia os incentivos para se recorrer ao judiciário como expediente protelatório.

H8: A suspensão *cautelar de decisões administrativas finais* pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica.

H9: Peculiaridades do sistema recursal brasileiro criam incentivos à ocorrência de recursos protelatórios, reduzindo a eficiência da decisão judicial.

H10: A ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais.

Parte relevante dessas hipóteses não pode ser testada quantitativamente porque incluem *constructos* não passíveis de uma redução à escala numérica, devendo, portanto, receber tratamento qualitativo. Este é o caso, por exemplo, das hipóteses H3, H4 e H10. Em todos esses casos, a hipótese envolve alguma variável não mensurável

quantitativamente, como a qualidade da decisão administrativa ou das decisões judiciais. Tal limitação foi contornada com uma análise qualitativa, objeto do próximo capítulo, que complementa a análise quantitativa, apresentada neste capítulo. Na análise qualitativa, casos selecionados, analisados em profundidade, permitem explorar as relações causais expressas na forma de hipóteses, de modo a corroborá-las ou a redefini-las.

A análise qualitativa, entretanto, não permite a generalização das conclusões, uma vez que se baseia em número limitado de casos, os quais são via de regra selecionados com viés deliberado de revelar as particularidades de um caso informativo e interessante. Em contraposição, a análise quantitativa é construída para permitir conclusões gerais, o que pode ser feito com relação às hipóteses que permitiam tal tratamento. Este foi o caso, por exemplo, das hipóteses H2, H5, H6, H8 e H9, que, de modo direto ou indireto, puderam ser testadas empiricamente. Duas das hipóteses requereram variáveis *a priori* quantificáveis, mas que, no exercício da coleta de dados, mostraram-se de quantificação inviável, ao menos de modo generalizado por toda a base de dados. Este foi o caso, por exemplo, da hipótese H1, que prevê a relação entre o valor da causa em jogo e a probabilidade de judicialização. Embora o valor da causa seja, a princípio, quantificável, não foi possível observá-lo em número suficiente de casos, de tal modo que a análise quantitativa restaria prejudicada frente à queda do número de observações. Ainda assim, foram construídos mecanismos alternativos para se identificar os casos com maior probabilidade de judicialização.

A seguir, apresenta-se a lista das variáveis coletadas e informações que detalham seu conteúdo, separadas em dois grupos: características da decisão administrativa e características do processo judicial.

Características das decisões administrativas (Determinantes da Judicialização: CADE)

- **Tipo (juicação repressiva, atos judicantes residuais, papel normativo):** Juicação repressiva refere-se ao controle de conduta dos agentes econômicos no mercado (AP, PA), enquanto a juicação residual, ao controle da estrutura do mercado em si (AC). Há casos que, de início, suscitaram dúvidas: um ato de concentração com multa por

intempestividade gera judicialização preventiva (análise de estrutura do mercado em que se dá a concentração apresentada) ou repressiva (multa por descumprimento de comando legal)? Optou-se pelo critério mais objetivo: o ato que primeiro atrai a atuação do sistema de defesa antitruste, ou seja, se uma concentração notificada, judicialização residual (preventiva); se uma prática de/no mercado, judicialização repressiva.

- **Data de entrada:** Data de apresentação do Ato de Concentração ao SBDC ou de averiguação preliminar (AP) ou PA. No caso de AC, tomou-se a data de apresentação porque já nesse procedimento é possível a judicialização; contudo, trata-se, tal data, de informação de difícil apreensão. Nos Processos Administrativos buscou-se sempre o momento da formalização do processo administrativo (em sentido estrito) como referência de entrada, aqui tomado como *data do despacho* do Secretário de Direito Econômico. Na ausência dessa informação, utilizaram-se datas aproximadas, como e.g. a de publicação do referido despacho.

- **Variável binária indicando existência de prova direta (no processo administrativo):** Prova direta é aquela que se refere imediatamente ao *thema probandum*, aquilo que se comprova sem derivações/deduções a partir de outra fonte.

- **Número de processos judiciais ligados a PA em curso, número de recursos.** Tendo em vista o objetivo de verificar hipóteses específicas, *processos* e *recursos* são aqui tomados como categorias autônomas e exclusivas¹⁴⁶ – sem correspondência necessária com normas processuais. Considera-se que um processo inaugura-se com determinado ato e segue na instância em que foi instaurado em busca de provimento, sendo apenas levado a instância superior após o seu termo, por meio de recurso. Por esse motivo o Agravo de Instrumento (AI) é nesta análise considerado processo – e não recurso, como no Código de Processo Civil (CPC) –, já que é dirigido diretamente ao tribunal competente e tramita concomitantemente com o processo de primeira instância. Exemplo de processos: mandado de segurança, ação cautelar, ação ordinária, agravo de instrumento (incluído o referente a decisão denegatória de recursos extraordinários), suspensões de liminar, segurança e tutela antecipada, conflito de competência, execução

¹⁴⁶ Não se enquadrando em nenhuma dessas hipóteses, foram descartados a exceção de incompetência (embora o conflito de competência, que daí pode ser suscitado, tenha sido considerado como processo), a carta precatória e os embargos de declaração, por suas peculiaridades.

fiscal, embargos à execução fiscal¹⁴⁷ etc. Exemplo de recursos: apelação, agravo regimental, recurso especial, recurso extraordinário.

- **Tempo de interrupção judicial (se houver):** Isto é, intervenção judiciária com processo administrativo ainda em curso (sem decisão que lhe põe termo).

- **Data da Decisão Administrativa:** Há várias datas que se poderiam usar. Optou-se pela data do julgamento (constante no acórdão) porque, embora não produza os efeitos jurídicos mais relevantes (como o faz a data de publicação do acórdão, que marca o início da eficácia/exigibilidade da decisão do CADE), é a mais acessível das informações. A referência é a data do *primeiro* julgamento na autarquia; na falta dela empregou-se excepcionalmente a data de julgamento de eventuais recursos interpostos contra o acórdão.

- **Valor da operação (AC) / faturamento no ano anterior (PA):** Trata-se de dado raro na versão pública dos processos administrativos, quer porque confidencial, em algumas vezes, quer porque menos relevante, em tantas outras (ex. cooperativas sem finalidade de lucro).

- **Variável binária indicando cláusula acessória:** Elemento *ancilar* com impacto na concorrência. Com essa definição pretendeu-se abranger dispositivos, tal qual a cláusula de não-concorrência, que, numa dada concentração econômica, não é o problema central examinado, mas pode acabar sofrendo, incidentalmente, intervenção administrativa.

- **Variável binária indicando multa condicional incidente:** Multa condicional é aquela prevista na decisão administrativa para o caso de não-cessação de prática anticompetitiva julgada. Trata-se de dado raro no repertório dos sites do Poder Judiciário, mas facilmente identificável nos autos dos processos administrativos (especificado na lavra de um auto de infração) – quase sempre disponibilizados no site do CADE.

¹⁴⁷ A execução fiscal não se somará a embargos contra ela opostos para cálculo de processos. Isso porque, a despeito de possuírem numeração processual diversa, os embargos visam a impedir a execução, e são julgados pelo mesmo juiz. Portanto, embora não exista defesa no processo de execução, os embargos serão tomados como oposição à execução, contando-se ambos como "1" processo.

- **Variável string indicando tipo de sanção (PA, AC) ou restrição (AC):** O termo "multa" substitui, por maior simplicidade, o gênero *obrigação de dar*. Os casos em que a sanção imposta prescreve a cessação de prática anticompetitiva foram enquadrados como *obrigação de não-fazer*. Todos os demais comandos configuram *obrigação de fazer*, contados os primários ("publicar decisão do CADE em jornal"), excluídos os secundários ("comprovar ao CADE cumprimento das obrigações impostas na decisão").

- **Número de recursos em esfera administrativa:** Ex. pedido de reconsideração, impugnação a auto de infração etc. Quanto às impugnações a auto de infração, somente serão considerados recursos administrativos aquelas que ataquem auto de infração cujo objeto seja o mesmo do processo administrativo em que constam, i.e.: em AC, multa por intempestividade ou restrição à concentração, e em PA, conduta anticompetitiva. Nos casos em que o auto de infração versar sobre objeto diverso (ex. pagamento parcial da taxa processual), em havendo impugnação, ela não serve de recurso à questão concorrencial em administrativamente avaliada.

- **Variável string indicando efeitos infringentes em esfera administrativa:** Infringência é aqui entendida como a alteração *que não aquela de mera correção de erro material*. Com isso se quer excluir, por exemplo, casos em que o voto do CADE fixa o *quantum* de multa (ex. R\$ 100.000,00), que é mal transposto ao acórdão (ex. R\$ 10.000,00) – buscando casos em que, de fato, há modificação do entendimento meritório, por parte do CADE, de algum dos capítulos decisórios.

- **Variável binária indicando judicialização:** informação retirada diretamente da planilha enviada pela Procuradoria do CADE.

Características dos processos judiciais (Custos da Revisão Judicial e Incerteza Jurídica: CADE / Agências)

- **Data de entrada (judicialização - 1ª instância):** Data da primeira manifestação do juízo quanto à petição inicial, tomando-a como válida, daí excluídos os atos de mero expediente. Trata-se de método de exclusão daquela eventual recalitrância que não chega a gerar efetivamente um processo (ex. indeferimento de plano), logo, quando não há efetiva judicialização.

- **Número de processos judiciais (Agências Reguladoras):** Notam-se aqui algumas dificuldades adicionais em relação ao CADE, uma vez que a cognição dos processos relacionados àquele inicialmente encontrado é totalmente confiada ao registro nos sites da JF. Assim, em regra, os sites do Judiciário conseguem rastrear o processo principal a partir de uma ação dependente – como na cautelar preparatória –, e vice versa, mas não identificar um processo principal lateral (e.g. um mandado de segurança da mesma parte contra a decisão administrativa constrictiva). Tal informação é perdida.

- **Data de início e fim da suspensão cautelar (se houver):** Suspensão cautelar, aqui, não distingue provimentos acautelatórios de antecipados. Trata-se de informação de extração desafiadora: a página de andamento processual dos juízos e tribunais raramente a informa com exatidão. Não raro faltam dados sobre o início da suspensão cautelar, quase sempre sobre sua natureza e sobre seu término. A suspensão cautelar terá, em sua forma típica, uma decisão administrativa (da autarquia) como objeto. Ex.: liminar em MS que suspende multa aplicada pela ANEEL. Contudo, também foram consideradas aqui aquelas suspensões que possuem como objeto uma decisão judicial, mas cujos efeitos atingem (ainda que mediatamente) o ato administrativo, tornando-o, com isso, ineficaz. Ex.: agravo de instrumento (AI) recebido no efeito 'ativo' para antecipar tutela recursal ao particular que teve liminar em MS indeferida em 1^a. instância.

- **Natureza da suspensão cautelar (string):** Ex. liminar em AC ou MS, tutela antecipada em AO, efeito suspensivo/ativo em recurso, recebimento de embargos à execução fiscal etc. Até dezembro de 2006, o recebimento de Embargos de Execução Fiscal (EEF) suspendia *ex lege* o processo executório. Por esse motivo, os EEF presumem-se até aqui, geradores de suspensão cautelar, a contar-se da data de sua admissão pelo juiz. Sob a vigência da Lei 11.382/06 os embargos terão efeito suspensivo quando, à determinação do juiz, estiverem presentes os requisitos do art. 739-A CPC.

- **Data de decisão final em 1^a / 2^a instância:** Data da publicação da decisão da ação que, dentre todas, tem por objeto a decisão administrativa. Isso a separa de incidentes ou ações autônomas que, por quaisquer motivos, encavalam novas questões paralelamente àquela central, que visa a rediscutir no Judiciário um ato da Administração.

- **Decisão em 1ª / 2ª instância (string):** Uma dificuldade aqui é enquadrar em categorias abstratas – ‘confirma’, ‘reforma’, ‘anula’ (referindo-se à decisão administrativa) – um complexo de variáveis. Tome-se o exemplo dos embargos à execução fiscal julgados procedentes, que são, pode-se dizer, ‘contrários’ à decisão tomada pelo CADE: tratar-se-ia, mesmo assim, de anulação (desconstituição) ou reforma (substituição) daquele acórdão administrativo, na ausência de palavras sacramentais do julgador? Quanto às sentenças terminativas, casos de extinção sem julgamento de mérito, também se optou por não utilizar as categorias abstratas mencionadas, sendo registradas de acordo com o exato provimento judicial: desistência de ação, abandono, perda de objeto etc.¹⁴⁸

Fato que importa de perto o preenchimento da base de dados, as decisões são capturadas num contexto por vezes contraditório, quando se têm num mesmo caso e.g. um MS julgado improcedente na SJDF, ‘confirmando’ a decisão administrativa, e uma ação ordinária julgada procedente, que a anula em seqüência. Nesses casos, *uma vez certificada a igualdade de objetos*, foi somente anotado o provimento judicial mais recente – o que, no exemplo, registraria “anula” como decisão de 1ª instância.

- **Resp (STJ) / RE (STF):** Aqui se verifica a existência de recurso extraordinário, independentemente de sua admissibilidade. O acesso a tais recursos é surpreendentemente árduo: não há qualquer referência, nos juízos *a quo*, ao número dos recursos especiais e extraordinários que deles partem – embora sempre exista registro da interposição/subida de tais recursos – o que exige busca direta nos sítios do STF e STJ com o número processual de origem.

- **Variável "string" comparando decisão final com decisão administrativa:** "Decisão final" e "revisão", por ter na decisão administrativa seu objeto, pressupõem decisão judicial transitada em julgado ou, inexistindo certidão que o ateste, se for irrecurável. Em virtude da falta de celeridade do Judiciário, é raro encontrar casos finalizados – já que a maior parte das agências reguladoras foi constituída no final da década de 1990.

- **Motivo da revisão:** O número baixo de revisões anotadas explica-se por seu vínculo necessário com o final definitivo do processo, ou seja, rigorosamente o momento a

¹⁴⁸ Cf. 267 CPC, exceção feita ao não acolhimento de petição inicial, o qual, diferentemente das demais, não foi considerada forma de judicialização.

partir do qual se poderá conhecer a “opinião” do Judiciário acerca do ato da Administração examinado. Como já mencionado, são poucos os casos finalizados. Uma questão interessante surgiu no enquadramento das decisões que declaravam incidência de prescrição ou decadência: seriam elas revisão de mérito ou processual? De um lado, tal declaração extingue o processo com análise considerada *meritória* (art. 269 IV CPC) e faz coisa julgada *material*; todavia, tal variável, no template, não supõe mérito processual, mas *regulatório*, focando no tipo de decisão pronunciada pelo Judiciário em relação ao ato administrativo impugnado. Assim, *revisão de mérito há somente quando se nota a sobreposição judicial em uma matéria administrativa*. Com isso em vista, prescrição e decadência de direito integram uma revisão dita *processual*, quando o Judiciário se escora no respeito a um procedimento, um ritual – no caso, cumprimento de certo prazo – formalizado em lei.

- **Interpretação das decisões terminativas (i.e. sem julgamento de mérito):** dentre as decisões judiciais finais, foram discernidas em categoria própria aquelas que não resolviam o mérito da questão levada ao Judiciário, chamadas “terminativas”. Isso se deu porque, nestes casos, o processo judicial chega ao fim sem que o julgador se manifeste sobre o ato administrativo impugnado – quer sobre sua forma, quer sobre seu conteúdo –, o que impede, num primeiro momento, avaliação da “resposta judicial”. Esta se torna possível a partir da interpretação do contexto da ação, contrastando o histórico processual com o conteúdo da decisão (perda de objeto, desistência de ação etc.) a fim de enxergar a judicialização como “bem” ou “mal-sucedida”: se “confirma” ou “anula” a decisão administrativa. Sendo impossível a avaliação, considerou-se o caso “inclassificável”.¹⁴⁹

- **Número de mudanças de status da decisão:** A regra para mensuração de mudança de status é melhor explicada nos seguintes exemplos: (Ex1) decisão final da autarquia > decisão liminar em MS suspende a decisão administrativa >> sentença em 1a. instância anula a decisão administrativa >>> acórdão de 2a. instância reforma completamente a decisão *a quo*. Ao final, houve 3 mudanças de status (decisão da autarquia é eficaz (1a) ato é suspenso (2a) ato é anulado (3a) ato é confirmado). (Ex2) decisão final da autarquia > pedido liminar do particular em MS é indeferido >> sentença confirma

¹⁴⁹ Casos são inclassificáveis quando têm constelação fática intrincada, equidistante a ambas vitória e derrota no Judiciário, como (e sobretudo) quando não têm dados importantes acessíveis. Daí serem mais numerosos nos casos da 1ª Região, que, ao contrário das demais, não publiciza excertos das decisões terminativas.

legalidade da decisão administrativa. Ao final = 0 mudança de status (decisão autarquia manteve-se eficaz todo o tempo. *Mesmo se houvesse apelação recebida em efeito suspensivo, por ser suspensão 'ex lege', ainda assim não se contaria como mudança de status*). Optou-se por desvincular esta variável daquela informada por “decisão judicial final” (acima), por entender que, mesmo incompleto (tanto porque por vezes falta o dado da suspensão cautelar, tanto porque fica em aberto com o processo judicial ainda em curso), o número de variâncias já registradas é em si dado importante.

- **Variável binária indicando ocorrência de acordo judicial / Variável string: teor do acordo judicial:** Tal qual o dado sobre incidência de multa administrativa condicional, esta informação é rara no repertório dos sítios do Poder Judiciário, embora identificável nos autos dos processos administrativos, quando disponíveis nos sítios das agências e do CADE.

4.2. Indicadores de custo de Revisão Judicial e de Incerteza Jurídica

Por meio da base de dados dos processos judiciais que tratam da revisão judicial de decisões administrativas, foi possível estimar o tempo de tramitação de cada caso e, quando pertinente, o seu desfecho. Nesta seção são apresentados indicadores variados do custo da revisão judicial, acessado pela variável comum e de maior objetividade: o tempo de tramitação de cada processo judicial e de grupos de processos.

Obviamente, o custo da revisão judicial não se resume ao tempo de espera, compreendendo também, no âmbito público, os custos de movimentação do judiciário, a alocação de custos indiretos do próprio judiciário, e, no âmbito privado, de contratação de advogados, de dedicação de recursos internos da empresa na representação judicial e de perda social por pendência de decisão. Em sua maior parte, esses custos são de difícil mensuração direta, mas estão fortemente correlacionados com o tempo de tramitação do caso. Por este motivo, esta pesquisa optou por tratar o tempo de tramitação como variável objetiva de representação do custo da revisão judicial, o que, ademais, permite o benefício de quantificação e interpretação mais simples dos resultados.

Em uma dimensão mais abrangente dos custos da revisão judicial – talvez de maior importância do que os custos associados ao tempo é a incerteza jurídica que pode

decorrer da revisão judicial. É emblemático o caso Nestlé-Garoto, em que uma decisão do CADE pela desconstituição da operação, decisão esta aplicada apenas quando se identifica prejuízo irreparável à concorrência decorrente de uma fusão de empresas, permanece pendente, após quase sete anos de trâmite no judiciário. Empresas envolvidas, concorrentes e a própria autoridade concorrencial permanecem à espera da decisão final, que sinalizaria aos administrados o padrão de *enforcement* da norma de regulação concorrencial.

Como agravante, a pendência é frequentemente acompanhada de mudança de entendimento do judiciário a respeito da matéria, seja entre primeira e segunda instância, seja em uma mesma instância. Por exemplo, ao conceder um liminar suspendendo efeitos de uma decisão administrativa, um juiz emite um sinal à sociedade, expressando um entendimento, ainda que preliminar, sobre o caso em questão.

Tal ato pode ser entendido como uma manifestação do judiciário a respeito da decisão administrativa, modificando liminarmente seus efeitos. Se, ao final de sua análise, o mesmo juiz (ou um juiz substituto) entende que as preocupações que ensejaram a concessão da liminar não subsistem após exame minucioso da matéria e conclui para confirmação da decisão regulatória, um novo sinal é emitido pelo judiciário, conflitante com o primeiro. Em outras palavras, embora a decisão judicial final confirme a decisão administrativa, durante o período de revisão judicial foram emitidos sinais conflitantes aos administrados e autoridade regulatória, sinais estes que cumprem o papel central das normas de orientar comportamentos.

Em síntese, à medida que as manifestações do judiciário modificam o seu próprio entendimento, até então prevalecente, sobre a decisão administrativa, diminui-se a previsibilidade sobre o modo de aplicação da norma regulatória ou concorrencial, o que implica, em última análise, em aumento da incerteza jurídica. A fim de captar esse efeito da revisão judicial – o qual é separável do tempo de tramitação de um dado processo – foram construídos indicadores de mudança do *status* da decisão administrativa, os quais foram denominados indicadores de insegurança jurídica.

4.2.1. Indicadores de Custos da Revisão Judicial

Esta seção apresenta indicadores para cada uma das autarquias selecionadas, com o propósito de diagnosticar mais precisamente quais são os custos da revisão judicial de decisões administrativas de colegiados de agências regulatórias e do CADE. A Tabela 4.6, a seguir, apresenta uma primeira estimativa do custo relacionado ao tempo de tramitação desses casos no judiciário. Nessa primeira abordagem – que, como se verá à frente, é insuficiente – foram avaliados apenas os casos transitados em julgados, para os quais a duração do processo é uma variável conhecida. Este procedimento é comum e foi também utilizado em pesquisa de Almeida (2011).

A Tabela 4.6. condensa todas essas informações, separando os casos transitados em julgado por autarquia e por forma de desfecho, havendo, para tanto, seis categorias. Em três delas o processo é concluído com exame do mérito: anulação da decisão administrativa, confirmação, reforma parcial. Em outras três, o processo é encerrado sem que haja julgamento de mérito: perda de objeto, abandono da causa e desistência da ação. Por fim, a tabela explicita o número de casos observados para cada categoria, o tempo médio de trâmite em dias e em meses, e a proporção de cada forma de desfecho em relação ao total de transitados em julgado. Na coluna final, ‘total’, a participação indica a proporção de casos transitados em julgado em relação ao total da amostra.

Tabela 4.6
Transitados em Julgado: tempo médio de tramitação por tipo de desfecho da decisão judicial

Autarquia	Variável	Anula	Confirma	Reforma Parcialmente	Perda de Objeto	Abandono da Causa	Desistência da Ação	Total
ANA	Número Casos	0	1	0	0	0	0	1
	Média Dias		9					9
	Média Meses		0,3					0,3
	%	-	100%	-	-	-	-	6,3%
ANAC	Número Casos	0	2	0	4	3	11	20
	Média Dias		551		268	424	247	308
	Média Meses		18		9	14	8	10
	%	-	10%	-	20%	15%	55%	32,3%
ANATEL	Número	1	11	0	0	0	0	12

	Casos							
	Média Dias	746	638					647
	Média Meses	25	21					22
	%	8,3%	91,7%	-	-	-	-	10,8%
ANCINE	Número Casos	1	6	0	0	0	1	8
	Média Dias	1.167	1.682				142	1.425
	Média Meses	39	56				5	47
	%	12,5%	75%	-	-	-	12,5%	44,4%
ANEEL	Número Casos	0	23	0	5	0	9	37
	Média Dias		988		709		196	758
	Média Meses		33		24		7	25
	%	-	62,2%	-	13,5%	-	24,3%	34,3%
ANP	Número Casos	0	5	0	0	0	2	7
	Média Dias		492				716	556
	Média Meses		16				24	19
	%	-	71,4%	-	-	-	28,6%	5,5%
ANS	Número Casos	0	6	0	3	0	1	10
	Média Dias		1.644		1.456		8	1.424
	Média Meses		55		49		0,27	47
	%	-	60%	-	30%	-	10%	6,5%
ANTAQ	Número Casos	0	10	1	2	0	1	14
	Média Dias		1.167	1.162	1.569		92	1.147
	Média Meses		39	39	52	-	3	38
	%	-	71,4%	7,1%	14,3%	-	7,1%	37,8%
ANTT	Número Casos	0	9	1	0	0	0	10
	Média Dias		1.039	1.063				1.042
	Média Meses		35	35				35
	%	-	90%	10%	-	-	-	9,3%
ANVISA	Número Casos	1	8	2	1	0	12	24
	Média Dias	1.030	1.342	2.841	600		609	1.056
	Média Meses	34	45	95	20		20	35
	%	4,2%	33,3%	8,3%	4,2%	-	50,0%	22,4%
CADE	Número Casos	9	34	3	0	0	0	46
	Média Dias	3.301	1.173	1.568				1.615
	Média Meses	110	39	52				54
	%	19,6%	73,9%	6,5%	-	-	-	15,6%
CVM	Número Casos	6	12	0	3	0	3	24
	Média Dias	1.540	1.414		1.661		1.325	1.465
	Média Meses	51	47	0	55	0	44	49

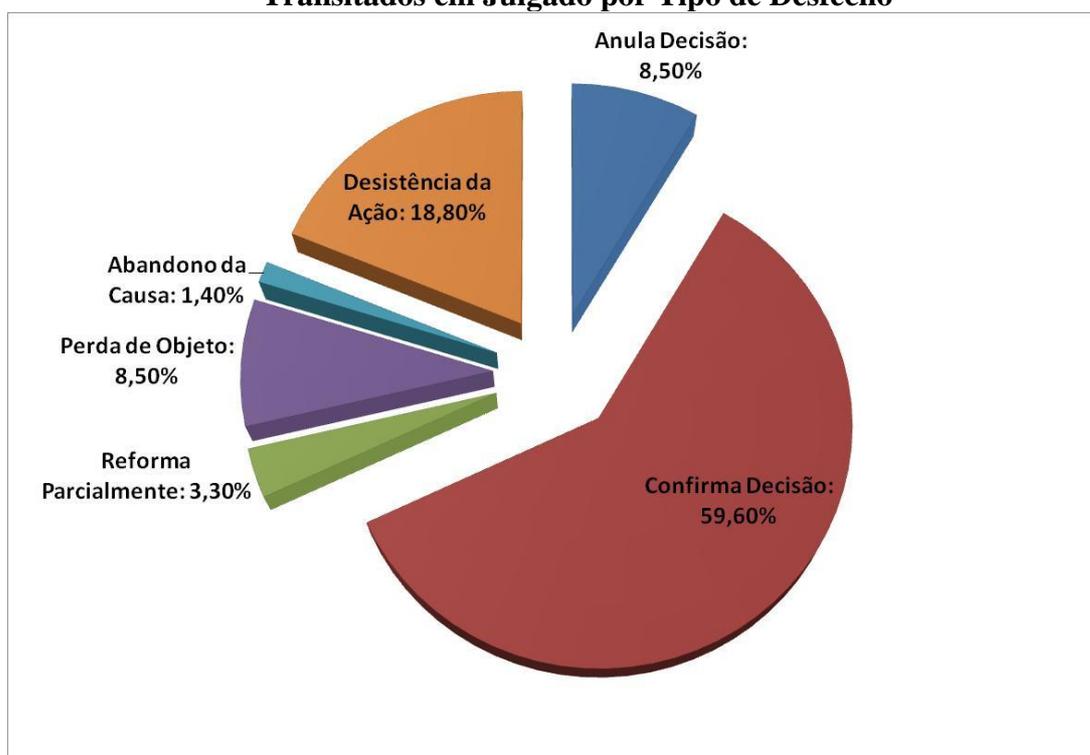
	%	25,0%	50,0%	0,0%	12,5%	0,0%	12,5%	13,6%
Previc	Número Casos	0	0	0	0	0	0	0
	Média Dias							
	Média Meses							
	%	-	-	-	-	-	-	-
Total	Número Casos	18	127	7	18	3	40	213
	Média Dias	2.327	1.117	1.801	984	424	436	1.093
	Média Meses	78	37	60	33	14	15	36
	%	8,5%	59,6%	3,3%	8,5%	1,4%	18,8%	16,1%

Fonte: Pesquisa de Campo

A primeira informação que chama à atenção é a pequena proporção de casos transitados em julgado para todas as autarquias. Em algumas, como o caso da Previc, nem sequer há essa espécie de caso; enquanto em outras, como ANA, ANP, e ANS, a proporção de transitados em julgado é inferior a 10% do total de casos observados. Esse resultado é consistente com a criação relativamente recente das agências regulatórias, as quais têm aproximadamente dez anos de existência, e mesmo do CADE, que, embora tenha sido constituído em 1962, ganhou condições de atuação efetiva apenas após 1994, quando da promulgação da Lei 8884/94, que lhe conferiu poderes e condições de atuação. A incipiência do modelo de regulação de mercados baseado em agências regulatórias e conselhos administrativos impede um exame completo da revisão judicial, baseado em casos transitados em julgado, o que poderia ser feito em uma jurisdição centenária como a norte-americana. Por esse motivo, esta pesquisa recorre também às informações, por vezes muito rica, presente nas decisões de primeira instância e nos casos em andamento, como se verá mais adiante nesta seção.

Por meio da Figura 4.1., extraída a partir dos dados da Tabela 4.6., é possível notar que a taxa de confirmação é elevada, pois cerca de 60% das decisões administrativas, ao final, são confirmadas pelo judiciário. A anulação da decisão, bem como a reforma parcial são muito menos representativas, visto que apenas 11,7% das decisões administrativas sofreram algum tipo de alteração, sendo 8,5% anuladas e 3,3% reformadas parcialmente.

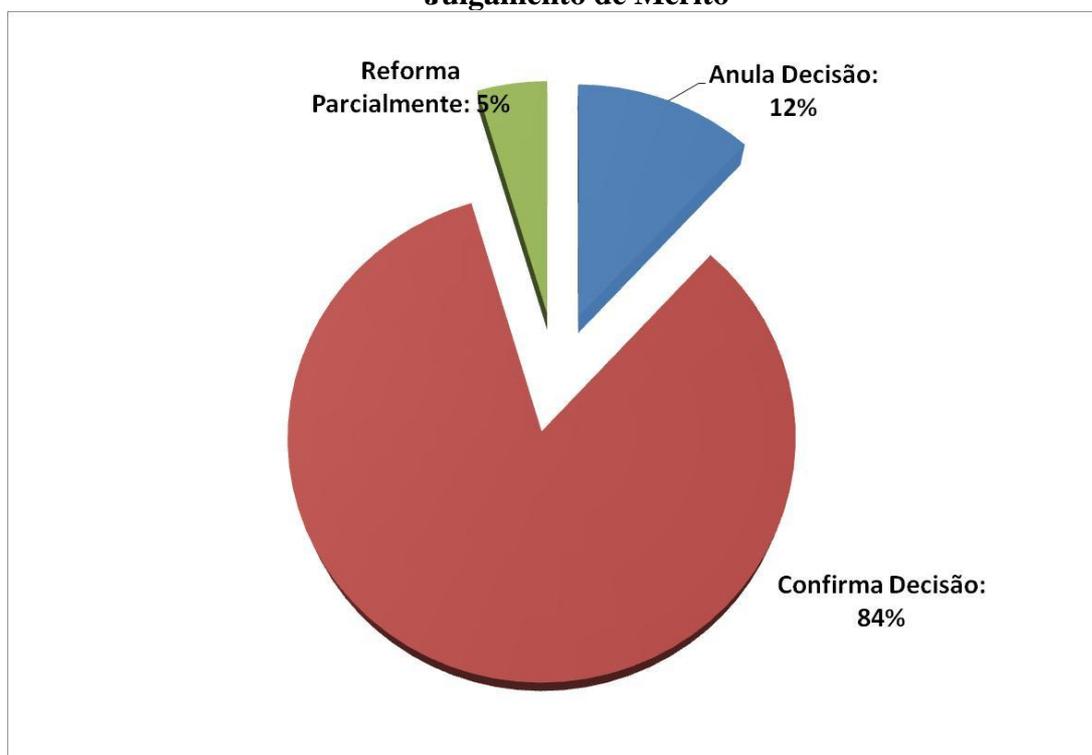
Figura 4.1.
Transitados em Julgado por Tipo de Desfecho



Fonte: Pesquisa de Campo

Em relação aos casos em que houve decisão sobre o mérito a taxa de confirmação é ainda mais expressiva, perfazendo mais de 80% dos casos, mesmo se não incluídos os casos em que o judiciário reforma apenas parcialmente a decisão administrativa (Figura 4.2.). Essa informação indica, ainda que de modo indireto e precário, que os benefícios da revisão judicial não parecem substanciais. Não se discute, em abstrato, os benefícios e o papel da revisão judicial em assegurar direitos e maior qualidade do *enforcement* das normas regulatórias e concorrenciais. Porém, no caso concreto da revisão judicial no Brasil, a baixa taxa de atuação como revisora de decisões administrativas indica que este papel não é de relevância expressiva. Em uma hipótese extrema de perfeita revisão judicial – i.e., que toda modificação das decisões administrativas é adequada –, apenas 17% das decisões são modificadas, frente ao custo de postergar o *enforcement* regulatório dos restantes 83% das decisões administrativas. Como se verá mais adiante neste relatório, o problema é ainda mais acentuado quando se observa as divergências na taxa de modificação das decisões administrativas entre os transitados em julgados e as decisões em primeira instância.

Figura 4.2.
Taxa de Confirmação de Transitados em Julgado com Julgamento de Mérito



Fonte: Pesquisa de Campo

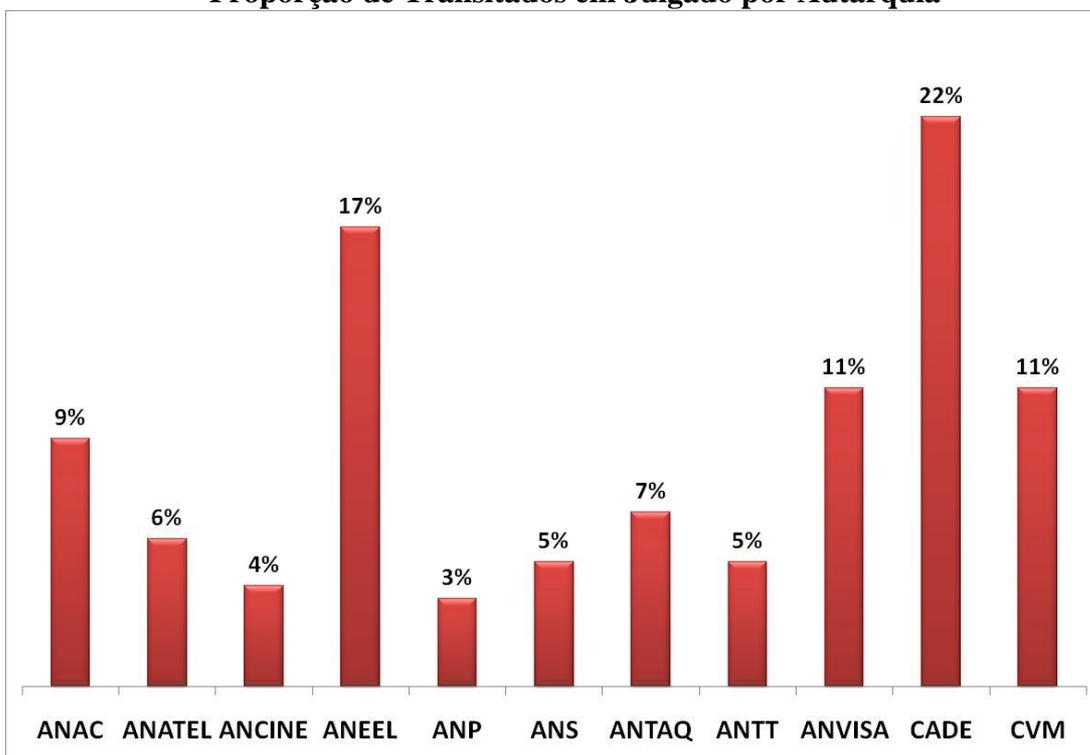
O estudo dos casos transitados em julgado permite identificar uma grande dispersão dos resultados entre as 13 autarquias analisadas. Há, particularmente, 3 dimensões em que essas diferenças são mais significativas, a saber: **(i)** número de casos; **(ii)** taxa de confirmação *versus* anulação da decisão administrativa; **(iii)** tempo para a decisão. Cada uma dessas dimensões será a seguir melhor analisada:

Número de casos transitados em julgados

O número de casos transitados em julgado varia de forma significativa entre as autarquias, conforme ilustra a Figura 4.3. Nota-se que o CADE é a autarquia com maior número de casos transitados em julgado, mas ainda assim de aproximadamente um quinto do total de decisões judicializadas. Esse resultado é esperado dado que esta autarquia é mais antiga, mesmo em se considerando que sua atuação mais efetiva iniciou-se em 1994. Com relação às demais autarquias, ainda há grande disparidade de proporção de casos transitados em julgado, sendo que duas nem foram incluídos na

Figura 4.3. porque praticamente não tem casos dessa espécie, como é a situação da ANA, com apenas um processo tramitado em julgado (e absolutamente atípico, visto que foi concluído em apenas nove dias), e da Previc, que não conta ainda com nenhum caso. Obviamente, com relação a essas autarquias, a restrição da análise aos casos transitados em julgado pouco ou nada informa sobre os custos da revisão judicial.

Figura 4.3.
Proporção de Transitados em Julgado por Autarquia

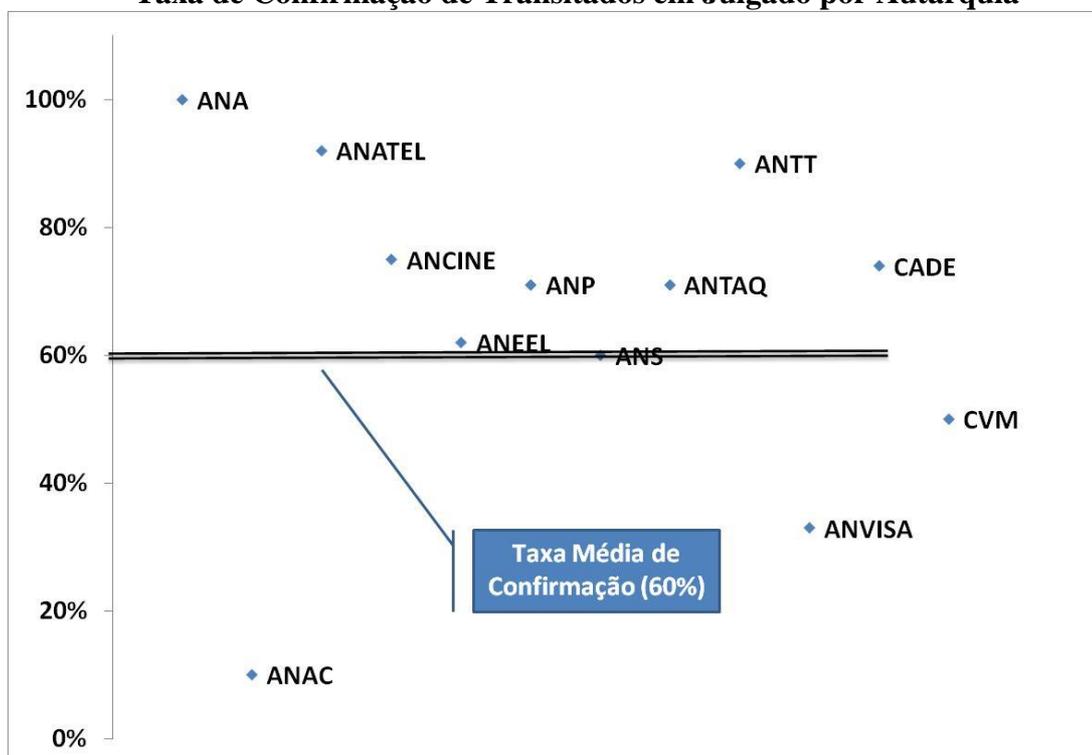


Fonte: Pesquisa de Campo

A análise dos resultados, por autarquia, revela grande variação entre a proporção de decisões anuladas e confirmadas no judiciário. Há evidentemente resultados que estão distorcidos pelo tamanho insignificante da amostra. A ANA, por exemplo, possui uma taxa de confirmação de 100% de suas decisões. Esse resultado, entretanto, não permite qualquer conclusão acerca da qualidade de suas decisões, nem tampouco o ganho com a revisão pelo judiciário, pois há apenas um único caso acessível e pertinente à pesquisa, o qual, conforme já mencionado é incontrovertidamente atípico, pois teve o seu desfecho em apenas nove dias.

Com relação à taxa média de confirmação, em relação ao total de casos transitados julgados, há também grande dispersão entre autarquias, conforme mostra a Figura 4.4.. Acima da média de 60%, encontram-se as seguintes autarquias: ANA (100%), Anatel (92%), ANTT (90%), ANCINE (75%), CADE (74%), ANP (71%), ANTAQ (71%), ANEEL (62%) e ANS (60%). De outro, abaixo da média total, encontram-se: CVM (50%), ANVISA (33%) e ANAC (10%).

Figura 4.4.
Taxa de Confirmação de Transitados em Julgado por Autarquia



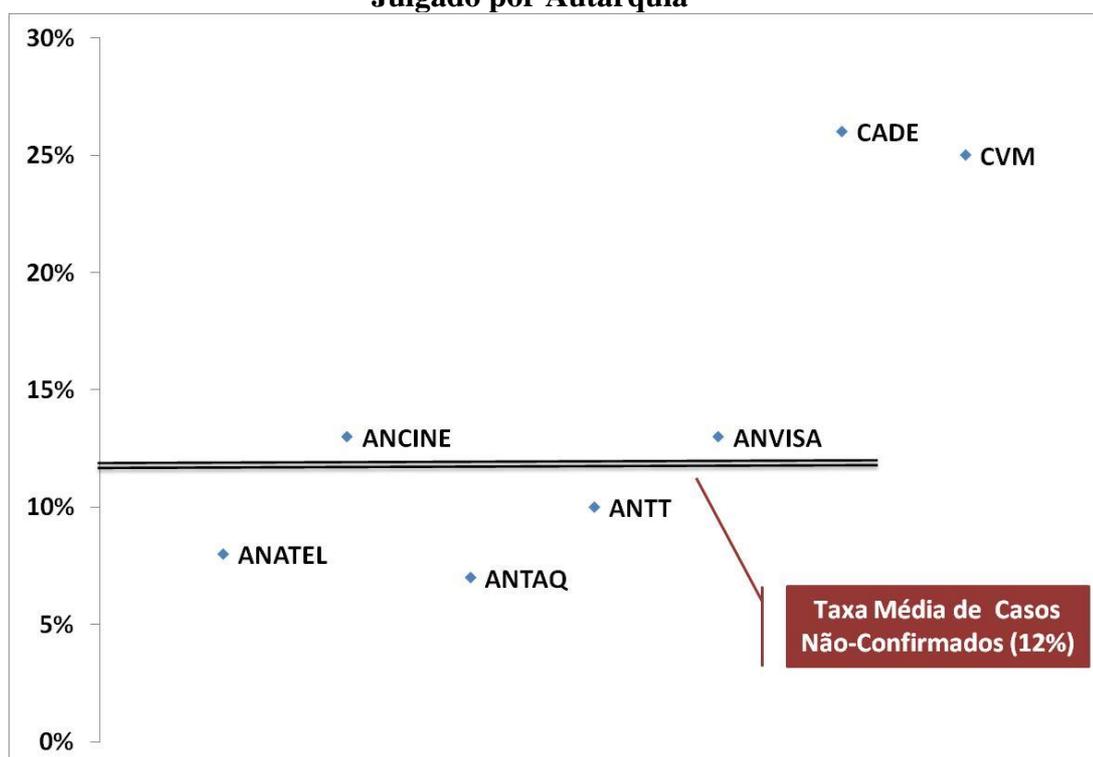
Fonte: Pesquisa de Campo

A análise da taxa de confirmação estrita, restrita aos casos em que houve análise de mérito, embora informativa, não revela plenamente a magnitude da intervenção judicial. Nas demais cinco formas de desfecho do processo judicial, há três que também não implicam diretamente modificação da decisão administrativa. Abandono da causa, desistência da ação e perda de objeto podem decorrer da constatação de que os motivos para litigar não mais subsistem, sem que tenha havido, necessariamente, modificação da decisão administrativa. No exame detalhado dos processos, há casos em que a perda de objeto, por exemplo, decorre do pagamento da multa devida pelo

administrado, em desfecho favorável à autarquia. Não se pode, entretanto, descartar a ocorrência de situações em que a administração, antecipando possível decisão judicial desfavorável, modifique o ato administrativo, implicando o desfecho do processo judicial na forma de perda de objeto.

Mesmo não sendo possível concluir que os casos de solução sem julgamento de mérito foram favoráveis à administração, é forçoso reconhecer que neles não houve modificação direta por parte do judiciário. Por isso, é importante avaliar também a taxa de modificação da decisão administrativa, por meio da proporção de processos judiciais que resultam em anulação ou reforma parcial da decisão contestada. Essas informações constam na Figura 4.5., discriminando, mais uma vez, as diferenças entre as autarquias.

Figura 4.5.
Taxa de Modificação (anulação e reforma parcial) de Transitados em Julgado por Autarquia



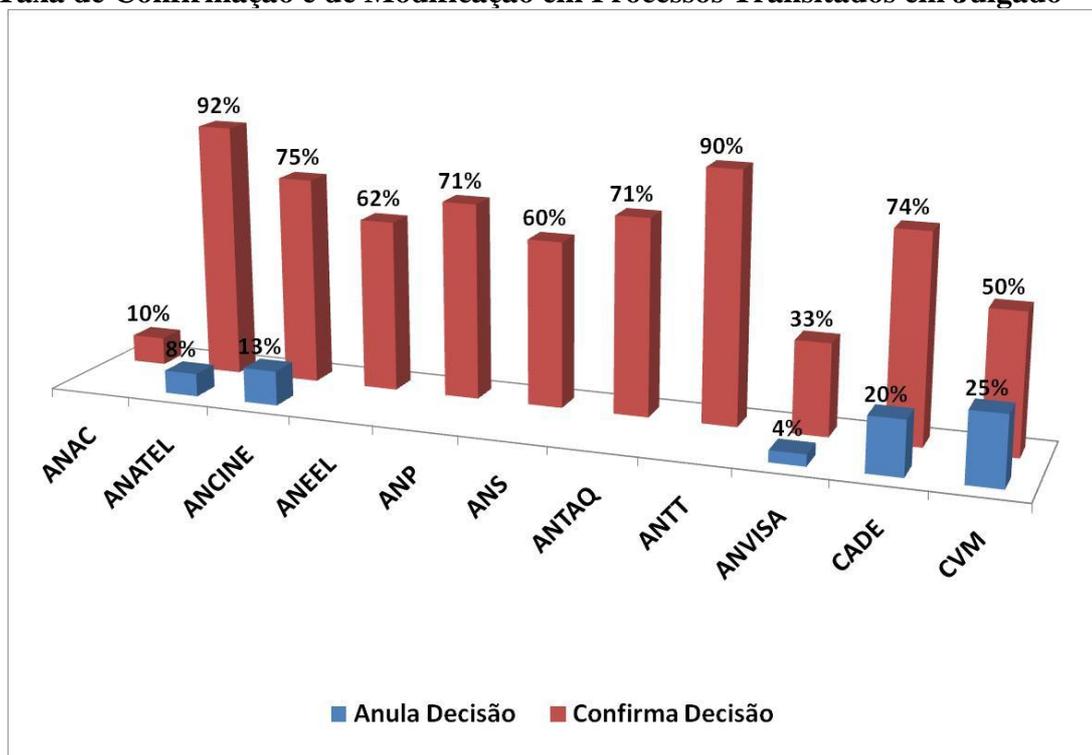
Fonte: Pesquisa de Campo

Uma importante evidência trazida pela análise das Figuras 4.4. e 4.5. é que as agências consideradas mais transparentes são as que mais sofrem com a judicialização de suas decisões, em contradição frontal com a hipótese inicialmente levantada pela pesquisa

(H4), segundo a qual a falta de transparência explicaria a maior demanda pelo judiciário. CADE e CVM são autarquias consideradas, por fontes diversas, como de maior transparência, quando comparadas, por exemplo, a agências como a ANATEL. Objetivamente, as primeiras realizam suas sessões de julgamento publicamente, bem como as transmitem, no caso específico do CADE, em tempo real e de forma completa, pela internet, enquanto a ANATEL sequer abre ao público as suas sessões de julgamento. Adicionalmente, por meio das entrevistas realizadas ao longo dessa pesquisa, foi possível constatar essa impressão generalizada de que há diferentes graus de transparência entre as autarquias, estando tipicamente CADE e CVM em um extremo, e a ANATEL em outro.

Mesmo tendo CADE e CVM um maior grau de transparência, aqueles que questionam a decisão administrativa ter melhor sucesso justamente no caso dessas autarquias, ocorrendo exatamente o oposto com a ANATEL, que tem apenas 8% de suas decisões anuladas. Essa evidência é, entretanto, ainda insuficiente para se concluir em definitivo que o nível de transparência conduz a uma maior judicialização ou maior probabilidade de revisão da decisão contestada. A ANEEL, agência que também é tida como transparente, por ter sido a primeira a tornar pública as suas sessões de julgamento, não conta com nenhum caso de modificação pelo judiciário (e, por isso, não consta na Figura 4.5.), em amostra representativa do universo de casos. De qualquer modo, não há elementos na base de dados para corroborar a hipótese H4, inicialmente levantada, que associava maior transparência à menor judicialização. Embora a hipótese não seja corroborada, é importante lembrar que a transparência é uma virtude em si na aplicação das normas regulatórias e de concorrência, mesmo que torne mais a revisão judicial mais intrusiva. A Figura 4.6. condensa as informações de confirmação e modificação de decisão, por autarquia.

Figura 4.6.
Taxa de Confirmação e de Modificação em Processos Transitados em Julgado



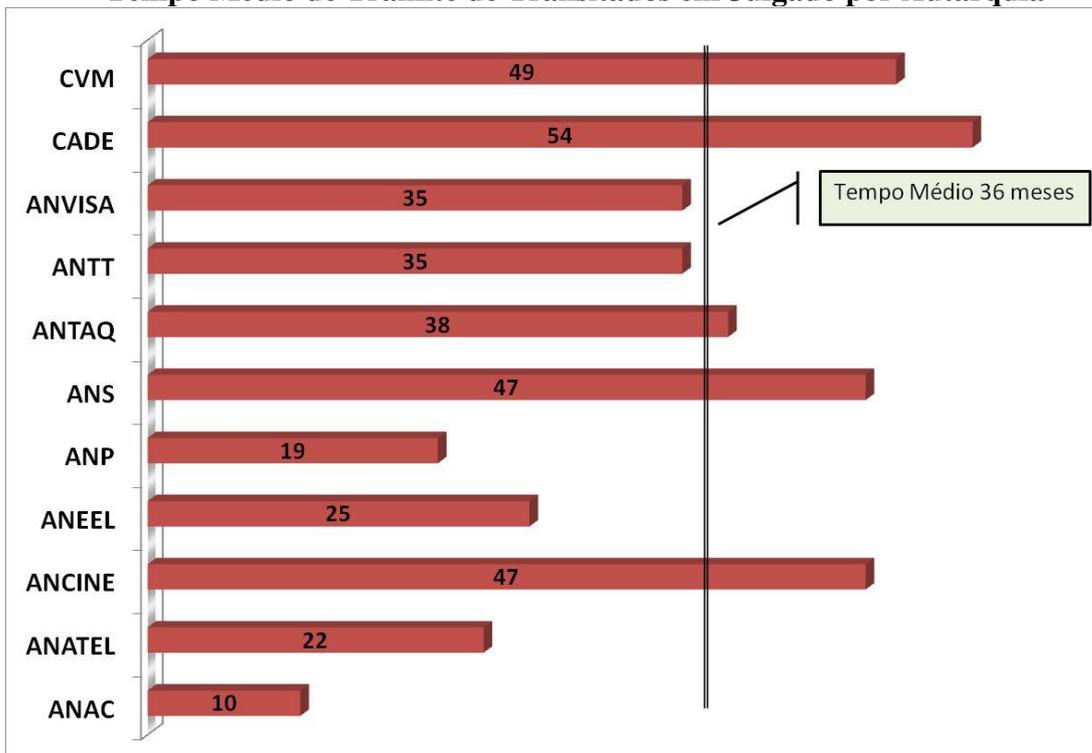
Fonte: Pesquisa de Campo

OBS: Excluídas a ANA e a Previc, por contarem com número insuficiente de transitados em julgado.

Tempo para o julgamento por agência

O tempo médio de trâmite dos processos transitados em julgado é de 36 meses, ou seja, 3 anos. Há, entretanto, grande dispersão na amostra, seja entre autarquias, seja por tipo de desfecho da decisão, conforme mostrado na Figura 4.7.. As decisões do CADE, por exemplo, demoraram cerca de 50% a mais do que a média das demais autarquias, totalizando 54 meses. Por outro lado, o tempo para análise parece não guardar relação com a tecnicidade do tema tratado. ANATEL, ANEEL e ANP, por exemplo, cujos temas tratados, em geral, possuem elevada dificuldade técnica, possuem tempo de julgamento bastante inferior à média total: na ANATEL é de apenas 22 meses (49% menor do que a média), na ANEEL é de 25 meses (31% menor do que a média); e na ANP é de 19 meses (49% menor do que a média).

Figura 4.7.
Tempo Médio de Trâmite de Transitados em Julgado por Autarquia



Fonte: Pesquisa de Campo

OBS: Excluídas a ANA e a Previc, por contarem com número insuficiente de transitados em julgado.

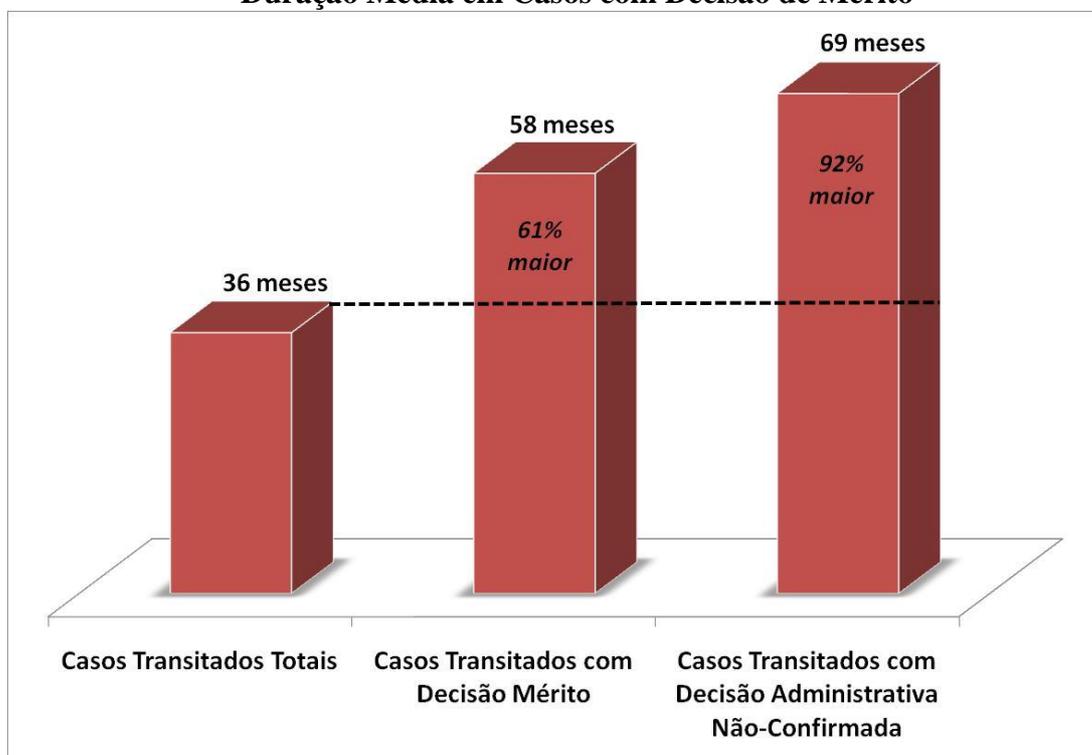
A análise do tempo transcorrido para a decisão final é um resultado particularmente importante na proposta inicial da pesquisa. Em síntese, há a percepção generalizada de excessiva morosidade para as decisões definitivas do judiciário. Essa morosidade seria, ademais, particularmente grave na revisão das decisões das autarquias estudada na amostra, cujas decisões são feitas por colegiado e cujos objetos são sensíveis ao tempo concorrencial, ou seja, à urgência da aplicação da norma regulatória ou concorrencial, sob pena de sua ineficácia.

As evidências obtidas a partir dos processos transitados em julgado indicam não ser tão elevado o tempo de trâmite, como seria a expectativa construída pelo senso comum. Uma vez que, em média, o tempo total foi de 36 meses, essa espécie de processo tende a apresentar menor duração do que os processos judiciais em média, conforme conta no capítulo 2 deste relatório. Essa conclusão, entretanto, não permite concluir que não haja espaço para racionalização de tarefas e ganho de eficiência. Ao contrário, as evidências anedóticas são abundantes nessa direção, conforme obtido em entrevistas e na análise qualitativa. No que se refere aos números observados, é importante notar que o processo

judicial de revisão das decisões das autarquias já vem instruído, sendo de se esperar um tempo médio para a sua conclusão inferior à média dos processos judiciais.

Outro resultado que deve ser destacado é tempo de análise nos casos onde houve decisão de mérito. Nesses casos, como se observa na Figura 4.8., o tempo de análise é sensivelmente superior, cerca de 6 anos (58 meses), tempo este que aumenta para 69 meses nos casos em que o judiciário não confirma a decisão administrativa (anula ou reforma parcialmente).

Figura 4.8.
Duração Média em Casos com Decisão de Mérito

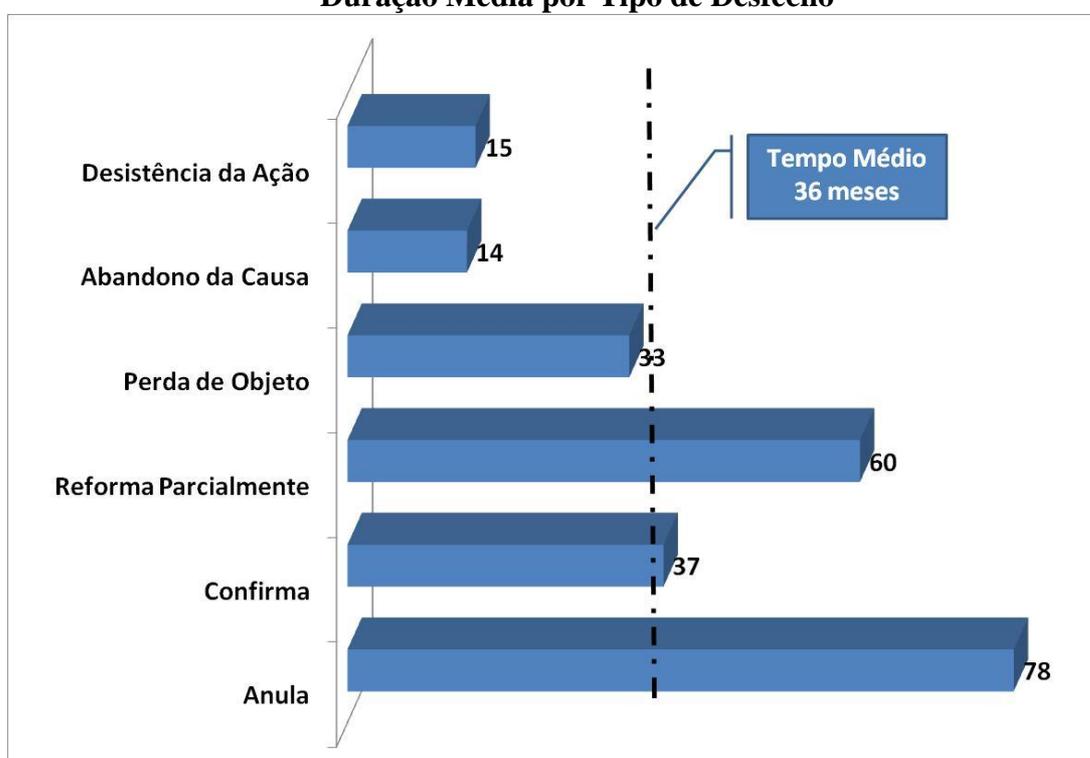


Fonte: Pesquisa de Campo

A discrepância no tempo de análise é ainda maior quando se estratifica a amostra por tipo de desfecho do processo judicial, conforme mostra a Figura 4.9.. Há grande variação no tempo total, a depender da decisão final do caso. Casos onde há anulação da decisão ou reforma parcial da decisão administrativa são muito mais demorados, respectivamente 78 meses (117% acima da média) e 60 meses (67% da média). Em outros termos, casos onde houve efetiva intervenção do judiciário, o tempo para análise foi de aproximadamente 69 meses (5,7 anos), mais de 90% maior do que o tempo médio

total (36 meses). O tempo relativamente menor para os casos em que o judiciário confirma a decisão administrativa deve-se, em parte, à incidência de casos muito simples, cujo desfecho é rápido. Isso pode ser observado na elevada variância do tempo incorrido nesse tipo de decisão, sendo o exemplo do único caso da ANA, concluído em apenas nove dias, a mais clara evidência anedótica dos extremos que podem ser observados.

Figura 4.9.
Duração Média por Tipo de Desfecho



Fonte: Pesquisa de Campo

As conclusões até agora apresentadas devem ser qualificadas, por conta possível falta de representatividade dos casos transitados em julgado, dada a incipiência da atividade das autarquias objeto da pesquisa. Conforme já mencionado, o número de casos transitados em julgado é pequeno (16%) e é possível que se trate de grupo com característica distinta dos demais casos. Por exemplo, é razoável admitir que os casos transitados em julgado sejam mais simples que os demais e, exatamente por este motivo, tenham sido concluídos. Sendo esta hipótese verdadeira, a estimativa aqui apresentada poderia subestimar o tempo de trâmite total. Como se verá, este é, de fato, o caso, o que torna

particularmente valioso observar as decisões de primeira instância e, de modo mais geral, os processos ainda em andamento.

A Tabela 4.7 traz as informações detalhadas das decisões em primeira instância, estratificadas por autarquia e por tipo de desfecho do caso. A exemplo da Tabela 4.6, a tabela traz informações sobre o número de observações em cada categoria, tempo médio de tramitação em dias e em meses, e a proporção de cada tipo de desfecho em relação ao total. O ganho de representatividade na amostra é expressivo, visto que, conforme se observa na última coluna da tabela, aproximadamente metade dos casos da amostra tem decisão em primeira instância, em um total de 626 casos, enquanto apenas 16% são tramitados em julgado.

Tabela 4.7
Decisões em 1ª Instância: tempo médio de tramitação por tipo de desfecho da decisão judicial

Autarquia	Variável	Anula	Confirma	Reforma Parcial	Perda de Objeto	Abandono da Causa	Desistência da Ação	Total
ANA	Número Casos	1	5	1	0	0	0	7
	Média Dias	514	744	1178				773
	Média Meses	17	25	39				26
	%	14,3%	71,4%	14,3%	-	-	-	43,8%
ANAC	Número Casos	3	6	0	4	3	10	26
	Média Dias	686	213		268	367	232	301
	Média Meses	23	7		9	12	8	10
	%	11,5%	23,1%	-	15,4%	11,5%	38,5%	41,9%
ANATEL	Número Casos	5	24	0	1	0	3	33
	Média Dias	1781	653		2553		611	878
	Média Meses	59	22		85		20	29
	%	15,2%	72,7%	-	3,0%	-	9,1%	29,7%
ANCINE	Número Casos	2	12	1	0	0	1	16
	Média Dias	148	562	204			142	462
	Média Meses	5	19	7			5	15
	%	12,5%	75,0%	6,3%	-	-	6,3%	88,9%
ANEEL	Número Casos	23	42	2	5	0	9	81
	Média Dias	1195	807	886	709		109	835
	Média Meses	40	27	30	24		4	28

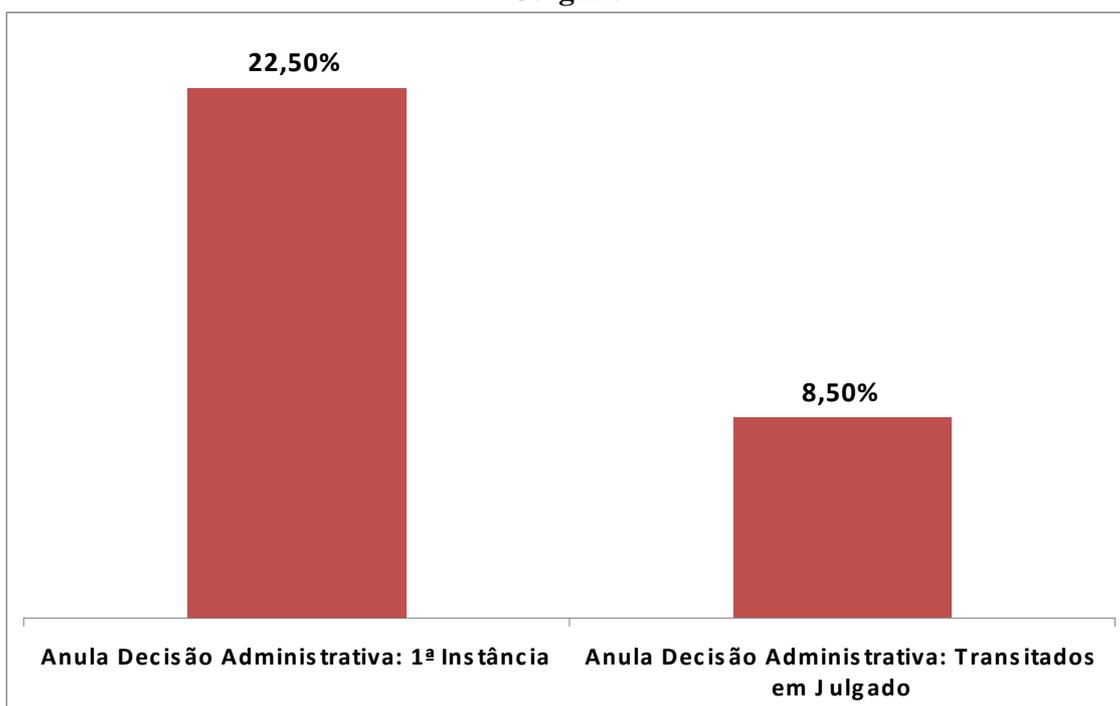
	%	28,4%	51,9%	2,5%	6,2%	-	11,1%	75,0%
ANP	Número Casos	2	13	2	1	0	4	22
	Média Dias	184	908	1325	493		419	773
	Média Meses	6	30	44	16		14	26
	%	9,1%	59,1%	9,1%	4,5%	-	18,2%	17,2%
ANS	Número Casos	4	41	1	5	0	1	52
	Média Dias	858	1052	682	759		8	982
	Média Meses	29	35	23	25		0	33
	%	7,7%	78,8%	1,9%	9,6%	-	1,9%	33,8%
ANTAQ	Número Casos	1	17	1	0	0	3	22
	Média Dias	2392	649	1162			118	679
	Média Meses	80	22	39			4	23
	%	4,5%	77,3%	4,5%	-	-	13,6%	59,5%
ANTT	Número Casos	14	24	5	0	0	6	49
	Média Dias	957	768	602			77	721
	Média Meses	32	26	20			3	24
	%	28,6%	49,0%	10,2%	-	-	12,2%	45,4%
ANVISA	Número Casos	25	40	5	1	0	12	83
	Média Dias	749	844	798	600		609	776
	Média Meses	25	28	27	20	0	20	26
	%	30,1%	48,2%	6,0%	1,2%	0,0%	14,5%	77,6%
CADE	Número Casos	48	135	13	1	0	2	199
	Média Dias	906	1015	1410	53		432	1004
	Média Meses	30	34	47	2		14	33
	%	24,1%	67,8%	6,5%	0,5%	-	1,0%	67,5%
CVM	Número Casos	13	16	1	3	0	3	36
	Média Dias	1587	1256	1712	1661		1325	1428
	Média Meses	53	42	57	55		44	48
	%	36,1%	44,4%	2,8%	8,3%	-	8,3%	20,3%
Previc	Número Casos	0	0	0	0	0	0	0
	Média Dias							
	Média Meses							
	%	-	-	-	-	-	-	-
Total	Número Casos	141	375	32	21	3	54	626
	Média Dias	1005	898	1084	814	367	369	880
	Média Meses	33	30	36	27	12	12	29
	%	22,5%	59,9%	5,1%	3,4%	0,5%	8,6%	47,3%

Fonte: Pesquisa de Campo

De um modo geral, as conclusões sobre as diferenças entre autarquias no que se refere à duração dos processos é confirmada também na análise das decisões em 1ª instância. CADE e CVM tem um tempo médio de trâmite consideravelmente superior à media das autarquias, a exemplo do que se observava para os casos transitados em julgado. Em contraposição, ANAC e ANCINE têm os seus casos solucionados em cerca de um terço do tempo das duas primeiras autarquias.

A informação mais relevante extraída das decisões em 1ª instância refere-se ao tipo de desfecho, substancialmente distinto daquele observado nos casos transitados em julgado. Na 1ª instância, a taxa de anulação da decisão administrativa é sensivelmente maior como pode ser observado na Figura 4.10.

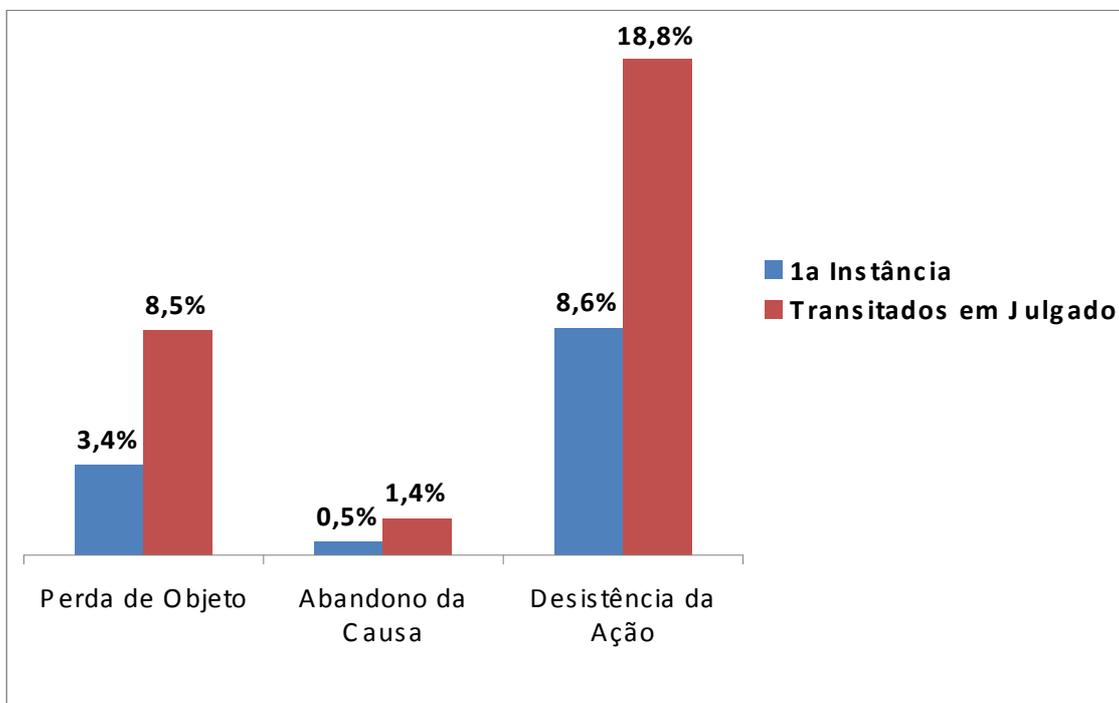
Figura 4.10
Taxa de Anulação da Decisão Administrativa em 1ª Instância e em Transitados em Julgado



Fonte: Pesquisa de Campo

Outro resultado que merece ser destacado é o significativo aumento de casos em que não há o julgamento do mérito, conforme apresentado na Figura 4.11. Em 1ª Instância esses casos representam 12,5% do total da amostra, percentual que aumenta para 28,7% entre os casos transitados em julgado.

Figura 4.11
Decisões sem Julgamento de Mérito em 1ª Instância e em Transitados em Julgado



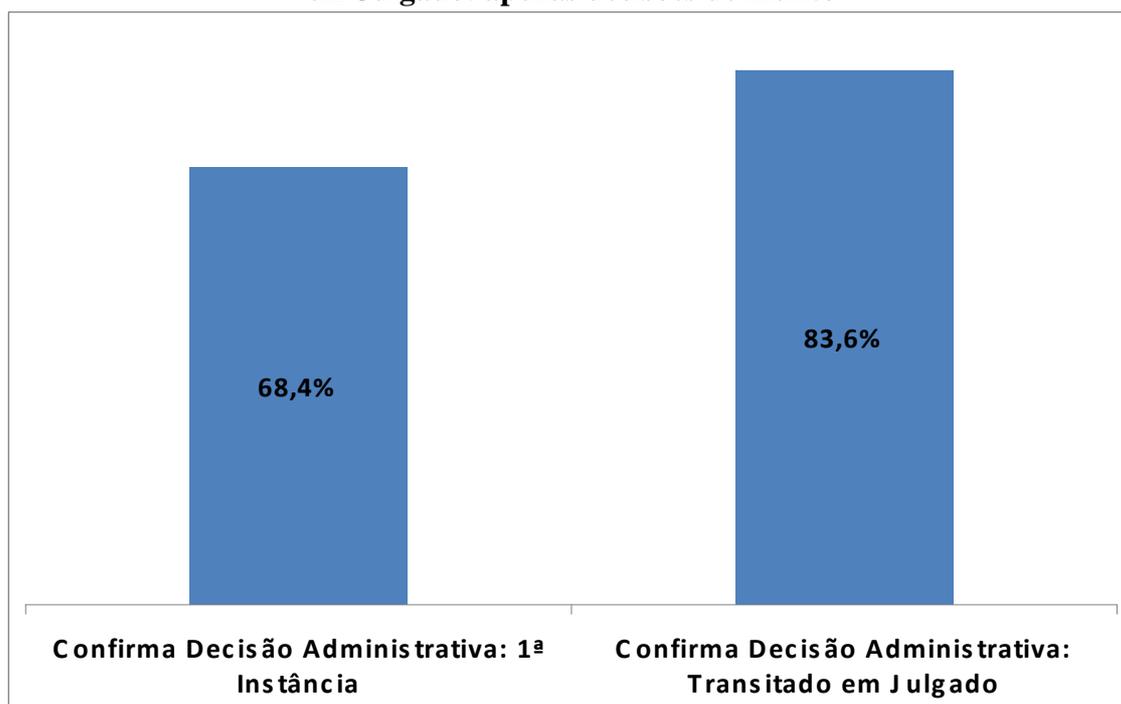
Fonte: Pesquisa de Campo

Levando-se em conta apenas os casos em que houve julgamento de mérito, é nítida a diferença entre as decisões em 1ª instância e em processos transitados em julgado. Conforme mostra a Figura 4.12, nos casos em que o judiciário se manifestou sobre o mérito, a taxa de confirmação em decisão final é bastante superior a das decisões em primeira instância. Esse resultado é de grande relevância para a estimativa de custos de revisão judicial, sobretudo no que se refere à incerteza jurídica. O fato de a taxa de confirmação final ser elevada e haver maior nível de decisões contrárias às autarquias em primeira instância revela que, no curso da revisão judicial, há mudança de entendimento do judiciário entre as duas instâncias. 68,4% para 83,6%.

Em síntese, o judiciário se pronuncia em primeira instância de modo mais restritivo às agências regulatórias e ao CADE do que o faz em suas decisões finais. A consequência desse fato é deletéria à adequada aplicação da norma, uma vez que transmite, ao longo do curso do processo, sinais conflitantes à sociedade. Como agravante, a forte tendência

de confirmação da decisão administrativa ao final indica que não há benefícios relevantes do estado de incerteza a que empresas, concorrentes e a própria autoridade regulatória são submetidos.

Figura 4.12
Taxa de Confirmação da Decisão Administrativa em 1ª Instância e em Transitados em Julgado: apenas decisões de mérito



Fonte: Pesquisa de Campo

Entretanto, conforme antecipado neste capítulo, observar apenas casos em que tenha ocorrido alguma decisão pode introduzir o que os econométristas denominam por *viés de seleção*, mesmo em se considerando apenas as decisões em primeira instância. Isso ocorre porque há uma probabilidade maior de que os casos mais complexos não tenham sido concluídos e, por isso, não tenham sido incorporados à análise.

Tendo esta limitação presente, esta pesquisa recorreu finalmente ao conjunto total da amostra, a fim de avaliar o tempo médio de trâmite dos casos ainda em andamento, informações estas constantes na Tabela 4.8. Nela encontram-se as informações, estratificadas por autarquia, sobre o tempo de trâmite dos processos transitados em julgado e aqueles ainda em andamento. É surpreendente notar que o tempo de trâmite,

em média, para os casos ainda em andamento é superior aos transitados em julgado, regularidade observada em todas as autarquias, com exceção da ANS. Por construção, quando a revisão judicial entrar em regime (o que os economistas denominam por *steady state*), ao passar de uma ou duas décadas, necessariamente os processos transitados em julgado terão uma duração maior do que aqueles em andamento, mas isso não ainda não ocorre, como mostram os dados empíricos.

Com a finalidade de se ter uma medida do tempo de duração mais próxima do real, evitando a elevada subestimação que ocorre ao se observar apenas os casos transitados em julgado, a Tabela 4.8. apresenta uma estimativa de tempo de trâmite mínimo, considerando a hipótese extrema de que todos os casos em andamento fossem concluídos instantaneamente no momento da pesquisa. Pode-se observar que, no mínimo, o tempo de duração supera os quatro anos (50 meses).

Tabela 4.8
Estimativa de Tempo Mínimo de Trâmite

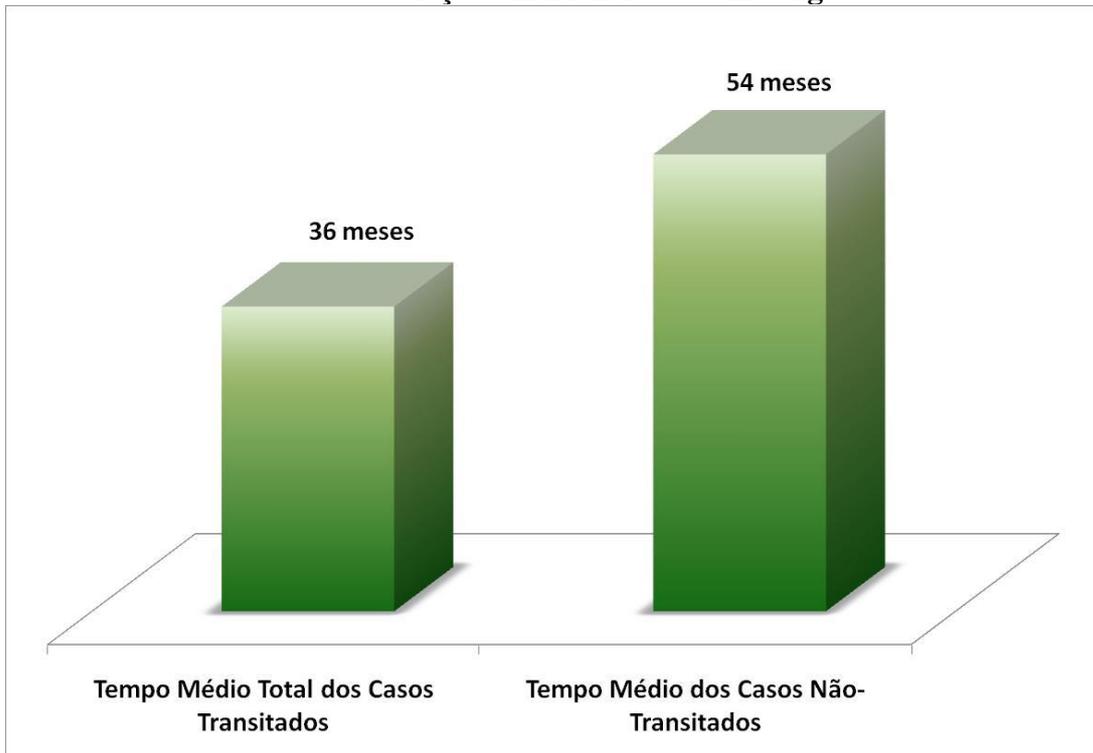
Autarquia	Variável	Tempo de trâmite de tramitados em julgado	Tempo médio dos não-tramitados em julgado	Estimativa de tempo mínimo de trâmite
ANA	Número de casos	1	15	16
	Média em dias	9	1126	1056
	Média em meses	0	38	35
	Proporção	6,3%	93,8%	
ANAC	Número de casos	20	42	62
	Média em dias	308	475	421
	Média em meses	10	16	14
	Proporção	32,3%	67,7%	
ANATEL	Número de casos	12	99	111
	Média em dias	647	1071	1025
	Média em meses	22	36	34
	Proporção	10,8%	89,2%	
ANCINE	Número de casos	8	10	18
	Média em dias	1425	1909	1694
	Média em meses	47	64	56
	Proporção	44,4%	55,6%	
ANEEL	Número de casos	37	71	108
	Média em dias	758	2163	1681
	Média em meses	25	72	56
	Proporção	34,3%	65,7%	
ANP	Número de casos	7	121	128
	Média em dias	556	913	893
	Média em meses	19	30	30
	Proporção	5,5%	94,5%	

ANS	Número de casos	10	144	154
	Média em dias	1424	1169	1185
	Média em meses	47	39	40
	Proporção	6,5%	93,5%	
ANTAQ	Número de casos	14	23	37
	Média em dias	1147	1369	1285
	Média em meses	38	46	43
	Proporção	37,8%	62,2%	
ANTT	Número de casos	10	98	108
	Média em dias	1042	1134	1125
	Média em meses	35	38	38
	Proporção	9,3%	90,7%	
ANVISA	Número de casos	24	83	107
	Média em dias	1056	1624	1497
	Média em meses	35	54	50
	Proporção	22,4%	77,6%	
CADE	Número de casos	46	248	294
	Média em dias	1615	2506	2237
	Média em meses	54	84	75
	Proporção	15,6%	84,4%	
CVM	Número de casos	24	153	177
	Média em dias	1465	1894	1835
	Média em meses	49	63	61
	Proporção	13,6%	86,4%	
Previc	Número de casos	0	3	3
	Média em dias	não há	1487	1487
	Média em meses	não há	50	50
	Proporção	0	100,0%	0
Total	Número de casos	213	1110	1323
	Média em dias	1093	1611	1498
	Média em meses	36	54	50
	Proporção	16,1%	83,9%	

Fonte: Pesquisa de Campo

Conforme se verifica na Figura 4.13, o tempo médio transcorrido dos casos ainda pendentes de decisão definitiva é de 54 meses, enquanto o tempo médio dos transitados em julgado é de apenas 36 meses. Por isso, estima-se que, no mínimo, o tempo médio de duração é de 50 meses.

Figura 4.13
Viés de Seleção em Transitados em Julgado



Fonte: Pesquisa de Campo

4.2.2. Indicadores de Incerteza Jurídica

Na introdução deste capítulo foram apresentados os dois principais tipos de indicadores de custo da revisão judicial. O primeiro, tratado na subseção 4.2.1., trazia uma versão estrita de custo, dado pelo tempo de trâmite do processo judicial e taxas de confirmação e modificação das decisões administrativas. O segundo, relativo à incerteza jurídica, é agora apresentado. Para captar esse efeito da revisão judicial foram utilizados indicadores de mudança do *status* da decisão administrativa, ou seja, uma medida da quantidade de sinais conflitantes emitidos pelo judiciário com respeito à apreciação da mesma decisão administrativa.

Entrevistas com advogados e com procuradores federais das autarquias de regulação e de concorrência indicaram que a observância apenas das decisões finais, mesmo que separadas em 1ª e 2ª instâncias, não revelaria uma das maiores dificuldades da revisão judicial. Ao longo do curso de um processo em uma mesma instância, há decisões liminares que suspendem ou alteram o efeito da decisão administrativa. Para fins da avaliação dos custos da revisão judicial, é necessário distinguir os processos em que,

embora tenham exatamente a mesma duração e desfecho – sendo, portanto, idênticos quando considerados os critérios de tempo de trâmite – diferem na quantidade de decisões liminares conflitantes entre si e com a decisão final. Por isso, o indicador base utilizado foi o número de decisões do judiciário que implicavam a mudança de *status* da decisão administrativa.

Este indicador, entretanto, é sensível à duração dos processos, que, conforme já visto, é bastante variável de acordo com a autarquia e o tipo de caso. Para evitar a superestimação da incerteza jurídica das autarquias que têm processos mais antigos e longos, foi criado um indicador alternativo, que mostra o número de mudanças de *status* da decisão administrativa por unidade de tempo¹⁵⁰. Ambos os indicadores são apresentados na Tabela 4.9.

Tabela 4.9
Indicadores de Incerteza Jurídica

Autarquia	Número de observações	Número médio de mudanças de status da decisão administrativa	Indicador de incerteza jurídica
ANA	16	0,81	1,49
ANAC	61	0,56	2,69
ANATEL	111	0,25	0,38
ANCINE	18	0,61	0,57
ANEEL	108	1,19	0,98
ANP	128	0,20	0,23
ANS	155	0,43	0,55
ANTAQ	37	0,89	1,16
ANTT	108	0,67	0,59
ANVISA	107	0,88	2,53
CADE	183	1,45	0,80
CVM	176	0,25	0,14
Previc	3	0,33	0,08
Total	1211	0,67	0,83

Fonte: Pesquisa de Campo

¹⁵⁰ Mais precisamente, o número de mudanças de status da decisão administrativa é dividido pelo tempo de trâmite do processo, em mil dias.

Tendo por critério o primeiro indicador, CADE e ANEEL são as autarquias mais sujeitas aos sinais conflitantes emitidos pelo judiciário. Em ambos os casos, há mais mudanças de *status* da decisão administrativa do que processos judiciais, o que é especialmente gravoso tendo-se em conta que a grande maioria das decisões administrativas é confirmada ao final. Uma atuação perfeitamente consistente do judiciário levaria a um nível médio de mudança de *status* da decisão administrativa idêntico à taxa de modificação da decisão final, que, conforme já exposto, é aproximadamente 20% para o CADE e inexistente para a ANEEL. Em contraposição, ANATEL, ANP e CVM estão menos sujeitas a esse tipo de custo da revisão judicial.

Os resultados se alteram um pouco quando considerado o segundo indicador, que retira o efeito de uma autarquia possuir processos mais antigos e de maior duração média. Sendo este tipicamente o caso do CADE, seu indicador de incerteza jurídica retorna à média, que é de 0,83. Por outro lado, ANA, ANAC e ANVISA, que têm processos mais novos e/ou de menor duração, apresentam indicadores mais elevados, ou seja, estão sujeitas a uma taxa de variação da opinião do judiciário que é mais intensa no tempo. Tomando-se os dois indicadores em conjunto, as autarquias mais sujeitas à incerteza jurídica (na média ou acima nos dois indicadores) são ANA, ANEEL, ANTAQ, ANVISA e CADE. Mais uma vez, não há indícios de que a transparência das autarquias limite o escopo ou intensidade da revisão judicial.

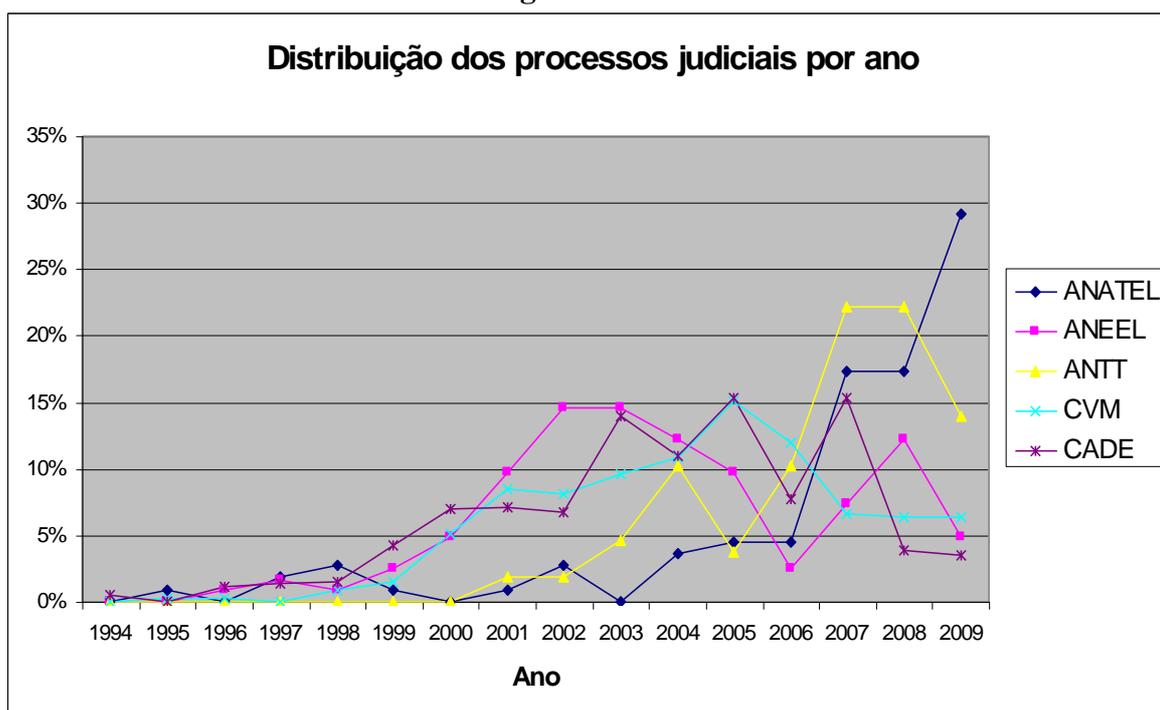
4.2.3. Distribuição dos processos no tempo

A análise aqui empreendida assumiu implicitamente que não houve alterações relevantes na revisão judicial ao longo dos anos analisados. Em outras palavras, os indicadores apresentados retratam uma média do período e não um valor para cada ano. A necessidade de se trabalhar com amostras estratificadas por autarquias torna inviável também estratificá-las por ano. Adicionalmente, nos primeiros anos de revisão judicial não havia casos suficientes para se fazer inferências estatísticas.

Com o intuito de informar sobre o padrão de evolução da revisão judicial ao longo do tempo, esta subseção mostra a distribuição de processos por autarquia ao longo dos

anos. A Figura 4.14 discrimina esta evolução em cinco das mais importantes autarquias, evidenciando um movimento ascendente de judicialização, ao menos em termos absolutos. Não é possível se inferir mais do que isso por não haver informação sobre o total de decisões passíveis de judicialização. Em outras palavras, pode ser que o aumento de processos judiciais em todas as agências apenas reflita uma atuação mais restritiva por parte destas. Para um aprofundamento da análise, bem como dos determinantes da judicialização, é necessário observar todas as decisões administrativas passíveis de judicialização, mesmo que não judicializadas. Nesta pesquisa, foi possível este tratamento mais aprofundado para o caso do CADE, cuja base de dados mais rica permitiu um estudo aprofundado das causas da judicialização, bem como de sua dinâmica. Este estudo é apresentado na subseção subsequente.

Figura 4.14



Fonte: Pesquisa de Campo

4.3. Determinantes da Probabilidade de Judicialização

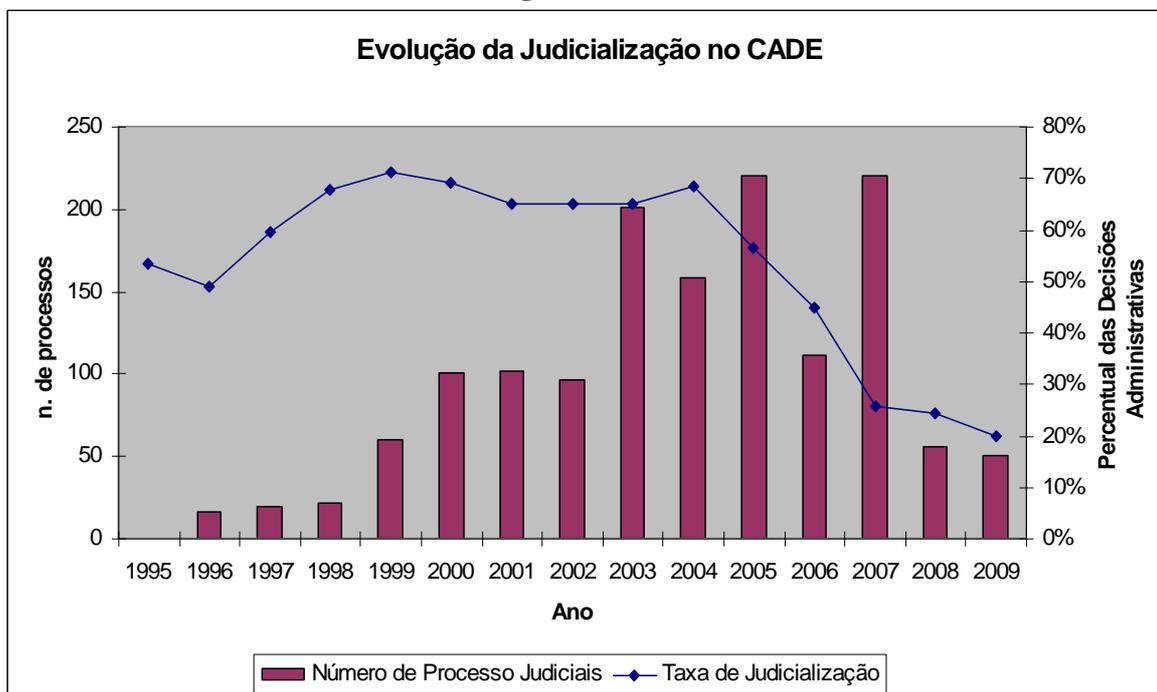
Para o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) foi possível estimar um modelo que relaciona as características de cada decisão administrativa com a probabilidade de judicialização, bem como explorar com maior profundidade a dinâmica e causas da judicialização.

Foram colhidas as informações sobre 655 casos, que correspondem ao total de processos em que o Conselho, entre 1992 e 2010, determinou alguma constrição aos administrados, sendo, portanto, o conjunto de casos passível de judicialização. Entre tais casos, 334 foram judicializados, tendo as suas informações servido de base para os indicadores de custo de revisão judicial apresentados na seção anterior.

Além da informação a respeito da ocorrência ou não de judicialização, foi possível coletar várias informações sobre cada caso, como a data de entrada, o ano da decisão administrativa, o número de recursos e o número de processos judiciais, além de variáveis indicando se a decisão foi por unanimidade ou maioria, em acordo ou unilateral, se houve cláusula acessória, se houve multa, entre outras. Em alguns casos não foi possível coletar o conjunto completo de informações, mas a quantidade de dados faltantes é relativamente pequena.

Como primeiro exercício, é interessante notar que as impressões de crescente judicialização das decisões de agências regulatórias e de concorrência, sugeridas pela Figura 4.14, não se sustentam com o aprofundamento da análise, ao menos para o caso do CADE. A Figura 4.15 traz o número de processos judiciais (em barras) que contestam decisões do Conselho, por ano, desde 1994, quando a política de defesa da concorrência, em decorrência de mudança legal, passou a ser mais atuante. Este número é confrontado com o número de decisões do Conselho, no mesmo ano, que eram passíveis de judicialização, ou seja, que geravam alguma constrição ao administrado. A proporção dos casos judicializados foi denominada ‘taxa de judicialização’ e é representada pela linha constante na Figura 4.15. Para se observar mais claramente a linha de tendência, foi utilizada a média móvel de três anos para o cálculo da taxa de judicialização.

Figura 4.15



Fonte: Pesquisa de Campo

Duas evidências saltam aos olhos. Primeiro, observa-se uma queda, em 2008 e 2009, do número absoluto de decisões do CADE que são contestadas no judiciário. A mesma tendência é observada em 2010, mas pelo fato de os dados terem sido coletados até setembro, não há plena comparabilidade com os demais anos. Mais interessante é notar que a taxa de judicialização vem decrescendo desde 2004, de modo consistente. A elevação do número de processos judiciais decorreu do aumento de decisões restritivas por parte do Conselho, resultado, em parte, da própria dinâmica da economia, que fez chegar ao CADE mais casos para a sua decisão. É interessante notar também que até 2004 a judicialização das decisões do Conselho foram sempre muito elevadas. Ou seja, no início da vigência da Lei 8884/94, o CADE poucas vezes impunha restrições às empresas e essas poucas vezes eram majoritariamente levadas ao judiciário.

Sendo a questão que orienta esta pesquisa os custos da revisão judicial de decisões de agências de regulação, a experiência do CADE é inspiradora para se avaliar o que pode ter causado a redução da judicialização de suas decisões. A análise da literatura e, sobretudo, as entrevistas com agentes-chave do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência indicaram duas possíveis hipóteses. Primeiro, é notória a política recente

do Conselho em promover soluções negociadas, na forma de Termos de Compromisso de Desempenho, em casos de Atos de Concentração, e de Termos de Cessação de Conduta, no caso de Processos Administrativos. Esta política materializou-se na cria o da Comissão de Negocia o do CADE, em 2008, inspirada na experiência bem-sucedida da CVM. Segundo, decisões do judiciário afetaram o comportamento das partes, reduzindo o interesse em litigar.

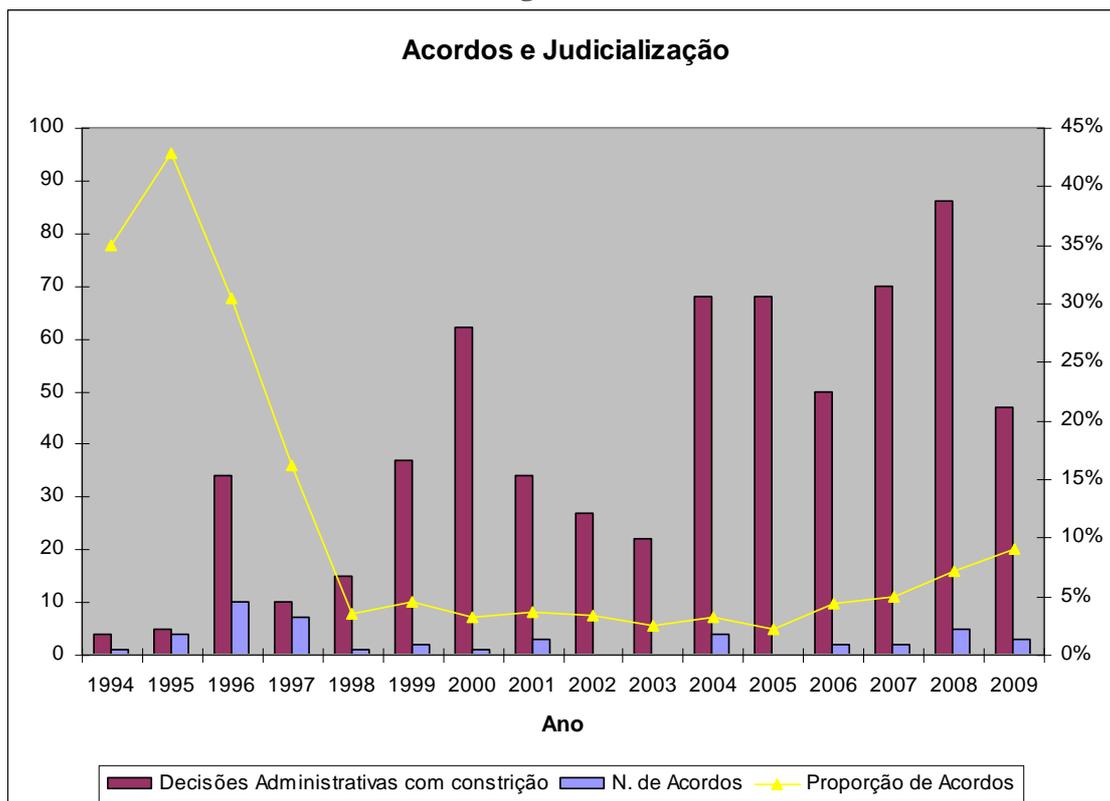
A fim de se avaliar o efeito da política de fomento a solu es negociadas sobre a taxa de judicializa o,   interessante confrontar o número de acordos realizados pelo Conselho com o número de decisões com constra o aos administrados¹⁵¹ Essa informa o   apresentada na Figura 4.16, a partir da qual   possível se extrair duas conclusões de interesse. Primeiro, embora tenha havido crescimento da propor o de acordos, estes ainda representam uma parcela pequena das decisões do Conselho com constra o, de aproximadamente 10%. Segundo, diferentemente da percep o mais generalizada, a propor o de acordos era bastante superior no início do período. Em outras palavras, no início da vigência da Lei 8884/94, o Conselho impunha menos restri es (porque era relativamente pouco acionado) e, ainda assim, os processos terminavam predominantemente em acordo e/ou judicializados¹⁵².

O que se nota no período recente   uma mudança qualitativa do tipo de acordo, que tende a ser mais restritivo do que eram na década de 1990 e ocorrem justamente em casos de elevado potencial de judicializa o. Contribui es pecuniárias em Termos de Compromisso de Cessa o (TCC) em casos de cartel entre 2008 e 2010 aproximam-se da multa esperada no caso de condena o (Azevedo e Henriksen, 2010), muito diferente do padrão utilizado nas primeiras experiências dessa modalidade de acordo. O mesmo pode ser dito com rela o a TCCs em casos de conduta unilateral e de Termos de Compromisso de Desempenho. Segundo apresenta o do Procurador-Geral do CADE, em Seminário Internacional do IBRAC em 2010, credita-se, em parte,   política de acordos o aumento da eficácia das decisões do Conselho e a redu o da judicializa o.

¹⁵¹ Embora o acordo seja, por defini o, voluntário, como ele carrega explicitamente uma restri o ao administrado, solu es por acordo foram incluídas entre aquelas em que há alguma constra o.

¹⁵² A existência de acordo não impediu a judicializa o de alguns casos, daí a utiliza o das modalidades de união e de intersec o dos conjuntos ‘judicializados’ e ‘conclusos em acordo’.

Figura 4.16



Fonte: Pesquisa de Campo

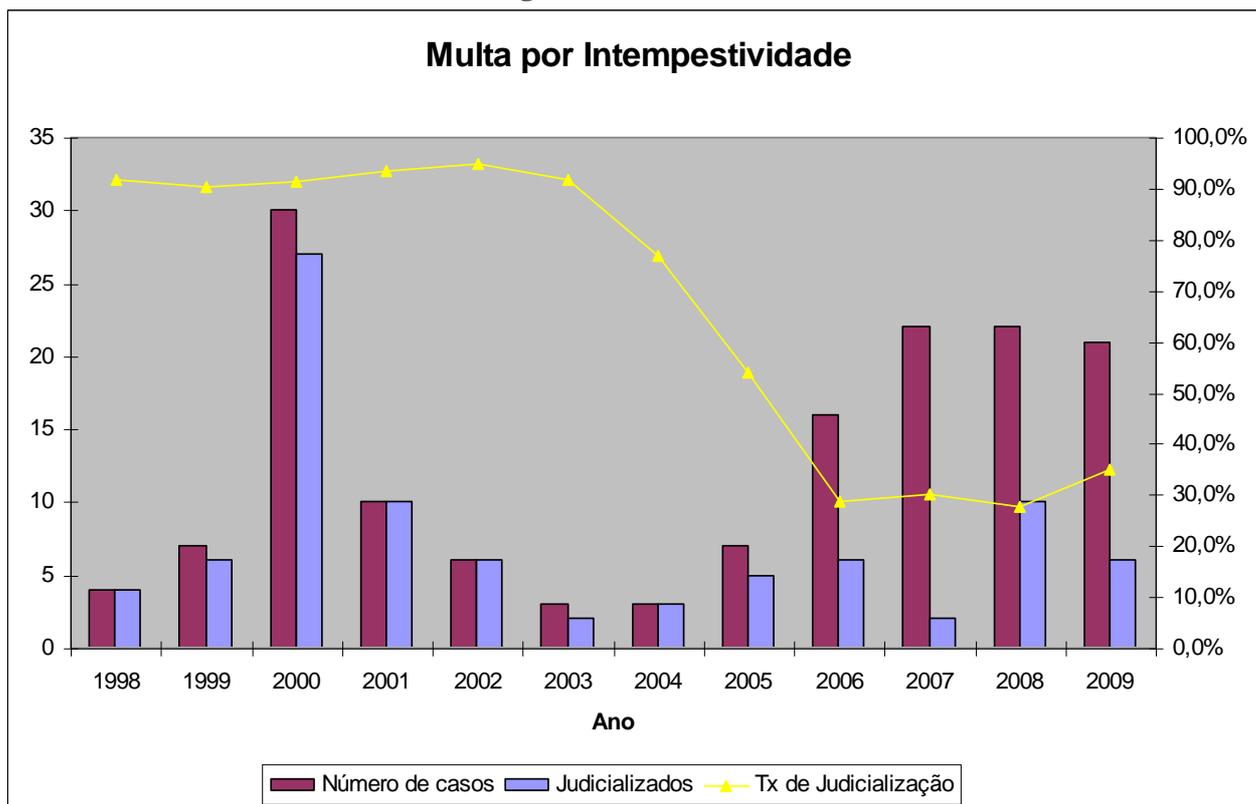
Outro elemento concorre para explicar a queda da judicialização das decisões do CADE a partir de 2004, época em que a política de acordos ainda estava longe de ser implementada. Este ano é marcado por dois eventos de relevo na experiência de revisão judicial das decisões do Conselho. De um lado, a paradigmática decisão do caso Nestlé-Garoto, que resultou na desconstituição da operação em esfera administrativa e subsequente judicialização por anos, com evidentes prejuízos a todas as partes envolvidas. Dessa experiência pode ter emergido o interesse em evitar o litígio no judiciário de ambas as partes, o que se materializa por uma maior demanda por acordos, bem como por maior cuidado por parte da autoridade de defesa da concorrência em evitar vícios formais que possam ensejar revisão judicial. Este foi, ao que tudo indica, um dos propósitos da revisão do Regimento Interno do CADE, em 2008.

O ano de 2004 também foi um divisor de águas no modo que o judiciário passou a tratar um tipo de caso em particular: a multa por intempestividade na notificação de atos de concentração, conforme disposto no Art. 54 da Lei 8884/94. Após algumas decisões divergentes a respeito da Resolução nº 15/98 do CADE, que disciplinava a aplicação da multa de intempestividade, bem como ao entendimento do momento de notificação

obrigatória de ato de concentração, algumas decisões entre 2002 e 2004 passaram a confirmar as decisões do Conselho. O resultado é nítido na Figura 4.17, que traz informações sobre o número total de multas aplicadas e contestadas judicialmente. Pode-se notar na linha que representa a taxa de judicialização desse tipo de constrição, calculada em médias móveis de três anos, que houve intensa queda da judicialização a partir de 2003. Até aquele momento, quase totalidade das multas de intempestividade aplicadas pelo CADE eram contestadas no judiciário. A partir de 2006, a taxa de judicialização estacionou em aproximadamente 30%, em geral sobre casos em que se discute o controverso assunto do tipo de contrato em que recai a obrigatoriedade de notificação.

Por fim, é interessante notar que este exemplo revela uma faceta pouco conhecida do judiciário e, em particular, da revisão judicial de atos administrativos. Ao ser apresentado a um problema novo e estranho à jurisprudência, o judiciário gerou, inicialmente, algumas decisões conflitantes que foram, posteriormente, depuradas nas instâncias superiores. Com o passar de cerca de quatro anos – um período relativamente curto – formou-se um entendimento dominante, o qual foi rapidamente assimilado pelos administrados, que passaram a cumprir a restrição (no caso, o pagamento de multa de intempestividade) em esfera administrativa. Esse funcionamento relativamente eficiente do judiciário neste caso específico pode ser creditado ao perfil do caso, relativamente de menor complexidade e maior repetição, e ao estabelecimento de critérios explícitos de decisão por parte do Conselho, na forma de resolução. Ambos os motivos concorrem para explicar a rápida convergência de expectativas e conseqüente redução da judicialização.

Figura 4.17



Fonte: Pesquisa de Campo

Modelo Econométrico

As análises anteriores padecem de um limite típico das análises descritivas. Não havendo um controle de todas as variáveis que podem afetar a judicialização, as regularidades observadas podem decorrer de correlações espúrias, não sustentadas em métodos estatísticos mais elaborados. Para tanto, com o objetivo de estimar como as características de cada processo se relacionam com a probabilidade de judicialização, foi usado um modelo econométrico conhecido como modelo *probit* (Maddala, 1983). A especificação do modelo se baseia nas seguintes equações:

$$P(\text{judicialização} = 1) = F(\beta'x);$$

$$P(\text{judicialização} = 0) = 1 - F(\beta'x);$$

onde a variável *judicialização* é uma variável binária que é igual a 1 quando o processo não foi judicializado e é igual a 0 quando o processo foi judicializado. Portanto, $P(\text{judicialização}=1)$ corresponde à probabilidade do processo não ser judicializado e $P(\text{judicialização}=0)$ corresponde à probabilidade do processo ser judicializado. As probabilidades são funções de um vetor de características do processo, que corresponde

ao vetor x . O vetor β é um vetor de parâmetros a ser estimado, sendo que o sinal de cada parâmetro indica em que direção cada característica do processo afeta a probabilidade de judicialização. Finalmente, vale esclarecer que, no caso do modelo *probit*, a função F corresponde à função de distribuição normal acumulada, conhecida e descrita em todos os livros de estatística e econometria.

Inicialmente foram selecionadas doze variáveis para compor o vetor x de características dos processos que se relacionam com a probabilidade de judicialização. Essa doze variáveis são descritas e explicadas a seguir:

- i) **Tempo** -> Corresponde ao tempo decorrido entre a data de entrada do processo e a data da decisão administrativa. Essa variável foi selecionada porque considerou-se que poderia ser considerada uma medida da complexidade do caso e da intensidade do esforço de instrução. Quanto maior o tempo decorrido entre a data de entrada e a data da decisão administrativa, supõe-se que maior deve ser a complexidade do caso. Espera-se uma relação positiva entre a complexidade do caso e a probabilidade de judicialização, ou seja, quanto maior for a complexidade de um caso, maior deve ser a probabilidade de judicialização.
- ii) **Unilateral** -> Variável binária igual a 1 para decisão unilateral e igual a 0 para decisão em acordo. Espera-se que os casos em que a decisão foi unilateral apresentem uma maior probabilidade de judicialização.
- iii) **Unanimidade** -> Variável binária igual a 1 para os casos em que houve unanimidade na decisão e igual a 0 para os casos em que isso não ocorreu. Espera-se, para os casos em que a decisão foi unânime, que estes apresentem uma menor probabilidade de judicialização.
- iv) **Acessória** -> Variável binária igual a 1 para os casos em que não houve cláusula acessória e igual a 0 para os casos em que houve cláusula acessória. Espera-se, para os casos em que a restrição refere-se unicamente à cláusula acessória sejam de menor custo de cumprimento e, portanto, estejam associados a uma menor probabilidade de judicialização.
- v) **Desinves** -> Variável binária igual a 1 para os casos em que não houve decisão que impõe desinvestimento ao administrado, tais como venda de ativos, e

igual a zero para os casos em que houve. Decisões de desinvestimento são tidas como as de intervenção mais profunda, implicando custos elevados ao seus cumprimento (Joskow, 2002). Assim, espera-se uma relação positiva entre este tipo de intervenção e a probabilidade de judicialização.

vi) **Recursos** -> Número de recursos que cada caso apresentou na esfera administrativa. Espera-se que, quanto maior o número de recursos, menor seja a probabilidade de judicialização, uma vez que teria sido dada ao administrado a oportunidade de revisão em esfera administrativa.

vii) **Infringen** -> Variável binária igual a 1 para os casos em que não houve e igual a zero para os casos em que houve. A exemplo da variável 'Recursos', esta variável expressa a oportunidade efetiva de revisão da decisão administrativa antes da judicialização, sendo esperado um efeito negativo sobre a probabilidade de judicialização.

viii) **Condenação** -> Variável binária igual a 1 para os casos em houve condenação, reprovação ou desconstituição e igual a 0 para os outros casos. Esta variável revela o tipo de restrição mais forte em Processos Administrativos, tendo sido a ela agrupados os poucos casos de desconstituição de atos de concentração. Por agruparem restrições fortes aos administrados, espera-se que aumentem a probabilidade de judicialização.

ix) **Aprov_multa** -> Variável binária igual a 1 para os casos em que houve aprovação com multa e igual a zero para os outros casos. Espera-se, para os casos em que houve aprovação com multa, uma maior probabilidade de judicialização por haver explícita contestação de resolução do CADE a esse respeito.

x) **Aprov_rest** -> Variável binária igual a 1 para os casos em que houve aprovação com restrição e igual a zero para os outros casos. Por se tratar de modalidade de restrição relativamente, em média, mais branda, espera-se um efeito negativo sobre a probabilidade de judicialização.

xi) **Tipo_judic** -> Variável binária igual a 1 para os casos em que houve judicialização repressiva (Processo Administrativo) e igual a 0 para os casos em que houve

ato judicante residual (Ato de Concentração). Variável de controle, a fim de se estimar se há diferenças entre essas duas modalidades de intervenção.

xii) **Período2** -> Variável binária construída com base no ano da decisão final. A variável é igual a 1 para todos os casos cuja decisão final ocorreu no período 2005-2010 e é igual a 0 para os casos cuja decisão final ocorreu antes desse período. Conforme já exposto, o ano de 2004 é marcado por dois eventos que podem afetar a taxa de judicialização: judicialização de importantes decisões (e.g. Nestlé-Garoto) e decisões favoráveis no judiciário referentes à aplicação de multas de intempestividade.

Sendo um dos eventos que justifica a separação do período a convergência de entendimento a respeito da legalidade da Resolução nº 15/98 do CADE, considerou-se que a partir do ano de 2005 o efeito da aprovação com multa sobre a probabilidade de judicialização poderia se reduzir.

Para testar essa hipótese, o modelo foi re-estimado com a inclusão de uma variável que corresponde à interação (ou multiplicação) entre as variáveis “aprov-multa” e “período2”. A essa variável foi dado o nome de “**multa_período**”.

Resultados

A tabela a seguir resume os resultados dos modelos probit estimados, tanto aquele estimado sem a inclusão da variável “multa-período”, que chamaremos de Modelo I, quanto aquele com a inclusão da interação, que chamaremos de modelo II.

Tabela 4.10
Modelo *probit* estimado para a probabilidade de judicialização

Variáveis explicativas	Coefficientes (Modelo I)	Coefficientes (Modelo II)
Tempo	- 0.0001524 (0.0001128)	- 0.0001528 (0.0001069)
Unilateral	- 0.9655496 *** (0.3152841)	- 0.9029973 *** (0.3163086)
Unanimidade	0.142043 (0. .2017492)	0.0542599 (0.1991436)
Acessória	- 0.0307218 (0.1887081)	0.0419824 (0.1893985)
Desinves	- 0.0307218 (0.1887081)	0.3774364 (0.3333726)
Recursos	- 0.6556151 *** (0. .1413624)	- 0.6410615 *** (0.1404062)
Infringen	- 0.7643226 ** (0.332882)	- 0.6575106 ** (0.3341636)
Condenação	-1.276016 *** (0.2802774)	- 1.29785 *** (0.2482734)
Aprov_multa	- 0.5175354 ** (0.272476)	- 1.038646 *** (0.3048225)
Aprov_restr	0.5714538 ** (0.2892897)	0.7514667 *** (0.2410143)
Tipo_judic	- 0.1360328 (0.3209348)	-----
Período2	0.908187 *** (0.1405485)	0.5948727 *** (0.1646742)
Constante	1.291472 ** (0.6541449)	1.163561 * (0.6519291)
Multa_período	-----	1.042174 *** (0.3144802)

Observações: (i) Os desvios-padrão dos coeficientes estão entre parêntesis.

(ii) ***, ** e * indicam nível de significância de 1%, 5% e 10%, respectivamente.

Fonte: Pesquisa de Campo

Ao estimar um modelo econométrico, obtemos simultaneamente as estimativas dos coeficientes e seus respectivos desvios-padrão, o que nos permite testar se as variáveis explicativas incluídas são de fato determinantes da variável dependente, que no caso deste trabalho corresponde à probabilidade de judicialização.

Conforme pode ser observado na Tabela 4.10, muitas das variáveis explicativas que foram construídas têm efeito significativo sobre a probabilidade de judicialização e, além disso, esse efeito apresenta a direção esperada. Também pode se observar que a inclusão da interação entre as variáveis “aprov_multa” e “período2”, no modelo II,

praticamente não alterou os coeficientes que já tinham sido estimados no modelo I, o que indica robustez das estimações obtidas.

Assim sendo, os modelos estimados revelam que a ocorrência de decisão unilateral de fato aumenta a probabilidade de judicialização de um processo, assim como a condenação e a aprovação com multa de intempestividade. Observa-se também, de acordo com o esperado, que a probabilidade de judicialização é menor para os processos cuja decisão ocorreu no período 2005-2010 do que no período anterior, revelando uma evolução do sistema de defesa da concorrência no sentido de redução do grau de judicialização.

Também corroborando a análise histórico-descritiva, a inclusão da variável de interação “multa_período” permitiu que se corroborasse a hipótese levantada, de que a partir do ano de 2005 o efeito da aprovação com multa sobre a probabilidade de judicialização teria mudado, por conta da convergência de expectativas a respeito do entendimento do judiciário. Os resultados revelam que, para o período anterior a 2005, o efeito marginal da variável “aprov_multa” é determinado pelo coeficiente negativo -1.03. Isso indica, conforme já foi ressaltado, que a aprovação com multa aumenta a probabilidade de judicialização nesse período. Já para o período posterior a 2005, o efeito marginal da variável “aprov_multa” é dado pela soma dos coeficientes -1.03 e +1.04, o que resulta num coeficiente igual a +0.01. Isso revela que no período posterior a 2005 a aprovação com multa passou a ter uma relação fraca com a probabilidade de judicialização, porém no sentido de diminuir essa probabilidade.

Resultados mais interessantes podem ser extraídos dos coeficientes que não confirmaram as expectativas iniciais. Dois deles se mostram significantes e com efeito contrário ao que seria esperado pelo senso comum. Trata-se do número de recursos em esfera administrativa e da ocorrência de efeitos infringentes, ambos com efeito significativo de aumentar – e não diminuir, como esperado – a probabilidade de judicialização. Tais resultados serão explorados em maior detalhe na próxima seção. Também é digno de nota que o tempo de trâmite administrativo, a existência de unanimidade, a imposição de desinvestimento e o tipo de judicação (Ato de Concentração ou Processo Administrativo) não têm efeito significativo. Isso indica que a decisão (desinvestimento), a complexidade do caso (tomando-se o tempo como uma *proxy* e a unanimidade como *proxy* para o grau de controvérsia) e o tipo de

procedimento administrativo, diferentemente do que normalmente é mencionado por participantes e expertos em defesa da concorrência, não são relevantes para explicar a judicialização. Aparentemente, é mais importante para explicar a judicialização o modo como uma decisão é implementada (em acordo e os procedimentos observados, expressa pela dummy de período) do que a decisão em si.

4.4. Síntese das implicações dos resultados

A revisão judicial de decisões administrativas é um problema certamente mais complexo do que se sugere à primeira vista. Os resultados empíricos indicam grande diversidade entre tipos de desfecho dos processos judiciais e, sobretudo, entre as diferentes autarquias. No que se refere ao tempo de trâmite dos processos, considerando-se o conjunto de indicadores, CADE, CVM, e ANEEL são aquelas que mais incorrem os custos da revisão judicial. No que se refere à taxa de confirmação, as duas primeiras também estão entre as mais desafiadas pelo judiciário, sendo a ANEEL incorporada ao grupo quando são tomadas as decisões em 1ª instância. No que toca aos indicadores de incerteza jurídica, mais uma vez CADE e ANEEL aparecem entre aquelas mais sujeitas ao ônus da insegurança de decisões conflitantes do judiciário, de tal modo que o longo período de pendência da decisão é acompanhado de maior indefinição a respeito de seu possível desfecho.

Enquanto essas três autarquias, consensualmente tidas como relativamente mais transparentes, seja por características objetivas, como a realização de sessões de julgamento públicas, seja pela impressão subjetiva daqueles que atuam na área, enfrentam maiores custos da revisão judicial, outras, como a ANATEL, apresentam indicadores satisfatórios. Tais resultados sugerem que a transparência da autarquia, embora um bem incontroverso, por redução de riscos de captura e garantia de controle por parte da sociedade, não resulta em menor judicialização. Pelo contrário, há evidências do efeito oposto. A pesquisa qualitativa, apresentada no capítulo 5, aponta algumas explicações para esse resultado. Eventualmente, a falta de transparência impede a maior efetividade da revisão judicial, inibindo a revisão do juiz a respeito de pontos relevantes e de mérito da operação.

Mais do que o tempo incorrido, cuja estimativa mínima é de, no mínimo, 4 anos, chama à atenção a intensidade com que o judiciário modifica o *status* de decisão administrativa, muitas vezes por meio de liminares, frente a uma taxa de confirmação final muito elevada. Em outras palavras, há evidências de que a revisão judicial tem proporcionado poucos benefícios, visto que frequentemente não revê, de fato, a decisão administrativa, mas impõe custos expressivos, de tempo e de incerteza jurídica. Em particular, é curioso notar que o taxa de modificação (participação das decisões por anulação ou reforma parcial da decisão administrativa) em 1ª instância é substancialmente maior do que em 2ª instância. Isso significa que o duplo grau de jurisdição, tão relevante em processos que se originam no judiciário, não tem a mesma função depuradora na revisão judicial. Há um conjunto de decisões administrativas que são anuladas em primeiro grau e depois confirmadas no segundo. No todo, a decisão administrativa prevaleceu, como ocorreria na ausência de revisão judicial, mas com os custos de emissão de sinais conflitantes sobre a aplicação adequada das normas regulatórias e concorrenciais.

No que se refere à probabilidade de judicialização das decisões administrativas, a riqueza de informações da base de dados sobre o CADE possibilitou a realização de estudo específico e mais aprofundado. Entre os resultados, pode-se destacar dois fundamentais, os quais emergiram tanto da análise histórico-descritiva, quanto da análise econométrica: os efeitos positivos do número de recursos e da ocorrência de efeitos infringentes sobre a probabilidade de judicialização.

Embora tais resultados são *a priori* não esperados, eles revelam uma relação consistente e suficiente para fundamentar políticas para a redução do custo de revisão judicial. A concessão de inúmeras oportunidades de recursos em esfera administrativa, bem como de efeitos infringentes, não raro levam processos no CADE a prolongarem o seu trâmite na autarquia em mais de um ano. Tais oportunidades são concedidas pela autoridade na tentativa de evitar a judicialização. Ocorre que, mesmo em se controlando pelo tipo de decisão, restrição imposta, grau de controvérsia, a concessão de tantas oportunidades de recurso administrativo não se traduz em redução da judicialização. Ao contrário, está correlacionada com o seu aumento. É plausível que os casos em demandam recursos na esfera administrativa são exatamente aqueles mais propensos a serem judicializados. O que importa para a definição de uma política é que os inúmeros recursos em esfera

administrativa custam à sociedade e não se traduzem em benefício de se evitar a judicialização.

Finalmente, a política de fomento a decisões negociadas e a explicitação de normas de decisão por meio de resoluções está associada à redução da judicialização das decisões do CADE, sobretudo a experimentada após 2008, quando esta política foi explicitada pelo Conselho, com a constituição da Comissão de Negociação do CADE e política de treinamento de seus membros. Tais ações foram baseadas, em parte, na bem sucedida experiência de acordos em procedimentos administrativos da CVM, desde 2006. Observou-se também a queda de processos judiciais envolvendo a CVM no período recente. Entretanto, a ausência em nossa pesquisa de uma base de dados dessa autarquia que compreendesse todas as decisões administrativas, incluindo as não-judicializadas, impedem a imputação causal como a que foi possível obter no caso do CADE.

Do ponto de vista metodológico, a pesquisa revela duas importantes contribuições. Primeiro, a observação apenas de casos transitados em julgado pode acarretar grande viés nas conclusões em casos em que estes são ainda pouco representativos em relação ao total de processos. Nessas circunstâncias, algumas variáveis, como o tempo de trâmite, são subestimadas, indicando a necessidade de se observar também processos em andamento. Segundo, a observação das decisões administrativas não-judicializadas é fundamental para a compreensão do que leva à judicialização e, portanto, para políticas públicas direcionadas à redução de seus custos. Dado que o CADE é uma autarquia particular e que há diferenças substanciais entre autarquias, os resultados obtidos no estudo sobre probabilidade de judicialização não podem ser generalizados para as demais autarquias. Como consequência, seria desejável que a realização de estudos similares ao aqui empreendido também para as demais autarquias, com a finalidade de conferir maior generalidade aos resultados obtidos nesta pesquisa.

Capítulo 5 - Análise qualitativa de casos selecionados

5.1. Introdução

5.2. Análise dos casos

5.2.1. Inação da Administração como fator de insegurança jurídica e recurso ao judiciário

5.2.1.1 Caso Nestlé/Garoto

5.2.1.2 Caso Way TV

5.2.1.3 Caso das licenças para funcionamento de rádios comunitárias

5.2.2. Suspensão da atividade da agência como fator de ineficácia da decisão administrativa e estímulo a recursos judiciais

5.2.2.1 Caso do Cartel dos Peróxidos

5.2.3. Suspensão liminar da eficácia de decisões e atos normativos das agências

5.2.3.1 Caso do Cartel dos Genéricos

5.2.3.2 Caso da intervenção na operadora de plano de saúde Hospital São Marcos

5.2.3.3 Caso da publicidade de medicamentos

5.2.4. Uso do sistema processual como forma de mitigar e protelar efeitos de atos pelas agências

5.2.4.1 Casos de Unimeds

5.2.4.2 Caso da Resolução 233/03 da ANTT

5.2.5. Qualidade das decisões judiciais

5.2.5.1 Caso do Cartel dos Cegonheiros

5.2.5.2 Caso dos *slots* da Pantanal

5.2.5.3 Caso do consumidor de baixa renda

5.2.5.4 Caso do ProPass: serviço público de transporte interestadual de passageiros

5.2.6. A importância do controle judicial

5.2.6.1 Caso do *backhaul*: a substituição das metas de universalização em telecomunicações

5.1. Introdução

Este capítulo procede a uma análise qualitativa de casos discutidos na esfera administrativa e posteriormente apreciados no plano judicial. O objetivo é ilustrar problemas encontrados nos casos judiciais examinados ou fatores provocadores de revisão judicial que não podem ser detectados por meio de uma apreciação quantitativa, como, por exemplo, a qualidade das decisões, ou se o recurso ao judiciário decorre efetivamente de falhas processuais ou falta de transparência por parte das agências.

A análise qualitativa partiu, no início da pesquisa, de um conjunto de hipóteses, elencadas abaixo, submetidas a crivo quando da leitura dos casos por parte dos pesquisadores:

H3: A existência de falhas processuais, em particular a ofensa ao devido processo legal, constitui causa relevante para recurso ao judiciário.

H4: A qualidade, legalidade e transparência das decisões administrativas reduzem as oportunidades de recursos, reduzindo a contestação judicial.

H6: “Eventual inação da Administração Pública, dado o problema do tempo decisório, deve causar recurso ao judiciário, como forma de acesso a direito não garantido na esfera administrativa”.

H7: “A suspensão da atividade administrativa pelo Judiciário mitiga a eficácia da decisão administrativa e amplia os incentivos para se recorrer ao judiciário como expediente protelatório”.

H8: “A *suspensão cautelar de decisões administrativas finais* pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica”.

H9: Peculiaridades do sistema processual brasileiro criam incentivos à ocorrência de recursos protelatórios, reduzindo a eficiência da decisão judicial.

H10: A ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais.

Das hipóteses acima, a H3 e a H4 não foram, em geral, confirmadas. Trata-se evidentemente de uma generalização a partir de casos examinados, que não foram exaustivos, mas que permitiram apurar, que, aparentemente, a falta de transparência dos procedimentos nas agências e a existência de falhas processuais não são fatores importantes como causas efetivas de recursos ao judiciário. As questões de transparência e respeito ao devido processo são mais propriamente instrumentos eficazes de convencimento para a revisão perante juízes pouco propensos a examinar questões de mérito, do que efetivamente inconformismo com ofensas flagrantes ao devido processo.

Isso porque, em boa parte dos casos, nota-se que as preliminares processuais, muitas vezes bem sucedidas, exploram aspectos formais que, ou decorrem de falta de conhecimento dos procedimentos das agências ou tentam passar a impressão de ofensa ao contraditório e ampla defesa a juízes que tem pouca familiaridade com os processos e o conteúdo efetivo dos atos de defesa. Por vezes, usa-se o estratagema de não levantar questões processuais na administração para tentar obter a anulação posterior da decisão no judiciário caso essa lhe seja desfavorável. Há, inclusive, certa tolerância dos juízes com relação a abusos cometidos quanto a questões processuais, ou mesmo falsas alegações de desrespeito ao processo, que talvez merecessem punição por litigância de má-fé. Nos casos abaixo examinados são destacados exemplos nesse sentido, que questionam ou mesmo descartam essas hipóteses como causas efetivas de judicialização.

A exploração de questões formais e processuais, aliado a certo preconceito de parte dos juízes com relação à informalidade habitual nos processos administrativos e a insegurança destes para adentrar em questões técnicas acaba por resultar em liminares que suspendem decisões de amplo impacto econômico ou setorial por questões meramente formais. Tal sinalização pelo judiciário é negativa, pois pode incentivar o recurso ao judiciário com fim protelatório ou para minar a eficácia de intervenções ou atos normativos por parte das agências.

As demais hipóteses foram em geral confirmadas pela análise dos pesquisadores nos diferentes casos examinados e levaram a uma seleção que foi considerada ilustrativa dos principais problemas qualitativos da revisão judicial das decisões das agências reguladoras e do CADE. Esses casos foram agrupados em 5 problemas:

- 1) **Omissão ou demora das agências como causador de recursos:** a inação ou o transcurso excessivo de tempo na agência para deslinde de uma questão é um fator importante a causar recursos ao judiciário, dada a insegurança jurídica que traz aos agentes. Todavia, o recurso ao judiciário não tem em geral trazido o conforto dado que os atores de mercado encontram hesitação e posicionamentos conflitantes. Esse problema, que confirma a Hipótese 6 de pesquisa acima discriminada, é nítido no caso Nestlé-Garoto, no qual o judiciário, após buscar se apegar a um critério formal para anulação (a fundamentação de ofícios requerendo informações, como atos administrativos), acabou por reenviar depois de anos o caso ao CADE para novo julgamento. No caso das rádios

comunitárias, por sua vez, vê-se indefinição quanto à possibilidade do judiciário suprir a omissão da agência ou apenas determinar prazo para que a agência solucione a questão. O caso WayTv mostra, por outro lado, a importância do controle judicial, que constrange a agência a agir.

- 2) **Intervenção do judiciário na atividade instrutória das agências:** o recurso ao judiciário na fase instrutória ou de investigação apareceu como uma das principais queixas das procuradorias das agências e por parte da Secretaria de Direito Econômico, que desempenha o papel de investigador no sistema brasileiro de defesa da concorrência e que tem encontrado dificuldades em empregar os mecanismos de instrução mais recentes de busca e apreensão e leniência. É comum a concessão de liminares, por vezes, *inaudita altera pars*, com a suspensão da investigação por anos. Após a queda da liminar, que também ocorrem em geral, a investigação perde completamente sua eficácia e é grande a dificuldade em colher novas provas de fatos já ocorridos há anos. O Caso dos Peróxidos em que se questiona o uso dos acordos de leniência é uma boa ilustração desse problema, que confirma a Hipótese 7 de pesquisa.
- 3) **Suspensão liminar da decisão das agências:** as liminares suspendendo os efeitos das decisões das agências e do CADE, ou de atos normativos de agências criam um sério problema de eficácia, que, dado o tempo concorrencial inerente à dinâmica de mercado, acaba por minar a decisão administrativa, mesmo que, ao final, essa venha a ser confirmada judicialmente. Esse problema, confirmando a Hipótese 8, aparece já no caso Nestlé-Garoto, que, após quase uma década da integração das empresas, cria um fato consumado com custos elevados para uma eventual decisão de desconstituição da operação. O problema é bem ilustrado também com a condenação pelo CADE do chamado cartel dos genéricos, suspensa pelo judiciário a partir de questões menores, como a data de publicação do acórdão, com impactos imediatos sobre a economia e bem estar do consumidor. Novamente, no Caso Hospital São Marcos, a suspensão judicial por questões processuais formais não refletidas pelo que efetivamente ocorreu no âmbito administrativo (alegação de falha de um ato formal de notificação como grave ofensa ao contraditório quando a empresa claramente se manifestou e se defendeu em diversas oportunidades perante a agência) permitiu a atuação de empresa com diversas irregularidades, colocando em risco o atendimento a pacientes.
- 4) **Multiplicação e demora na revisão permitida pelo sistema processual e recursal:** o sistema processual brasileiro, apesar dos mecanismos de inibição,

como a conexão e prevenção de juízo, permite que a mesma questão seja diversas vezes, por diferentes vias e ações, levadas a diferentes juízes que, não raro, emitem posicionamentos conflitantes, ou geram uma série de revisões de liminares que trazem insegurança jurídica e protelam demasiadamente a produção de efeitos das decisões das agências. Esse problema confirma a Hipótese 9. Três exemplos, os casos das UnimedS condenadas pelo CADE por cláusulas de exclusividade, o Caso da Resolução da ANTT sobre imposição de multas e apreensão de veículos por irregularidades para transporte de passageiros e o Caso da Publicidade de Medicamentos em que restrições à publicidade nas farmácias foram judicialmente questionadas por meio de uma estratégia que multiplicou as ações em frentes individuais e coletivas, ilustram bem esse problema.

- 5) **Qualidade das decisões judiciais:** a falta de expertise do judiciário sobre a matéria concorrencial e reguladora e mesmo sobre detalhes do processo e oportunidades de defesa no âmbito das agências é um incentivo ao questionamento protelatório das decisões no judiciário. Por outro lado traz insegurança jurídica ao mercado e aos agentes regulados e acaba por ter um efeito negativo na própria atuação das agências, que pode ficar refém da ameaça de judicialização e do risco de uma decisão revisora que não atente para as questões centrais da política regulatória. O problema da baixa qualificação e aparelhamento do judiciário para lidar com questões econômicas e técnicas de cada setor é identificado em geral e confirma a Hipótese 10, mas selecionamos quatro casos que mostram sintomas distintos: *a) falta de conhecimento de conceitos fundamentais de economia ou técnicos do setor* (ilustrado pelo Caso dos Cegonhaeiros, em que o Judiciário condenou por cartel um caso absolvido pelo CADE, justamente por ter sido incapaz de analisar às evidências à luz da estrutura e dinâmica do mercado envolvido na prática); *b) viés privatista que trata as ações de agências reguladoras como intervenções indevidas no domínio privado, em vez de ponderar os interesses individuais e coletivos efetivamente em jogo* (ilustrado pelo caso da distribuição pela ANAC dos Slots, variável chave de organização da concorrência no mercado aeroviário, mas que foi tratado pelo judiciário como um ativo pertencente à empresa aérea, emperrando por tempo significativo uma melhor organização da competição); *c) refúgio dos juízes no formalismo como forma de solucionar a questão sem enfrentar questões que exigem ponderar as conseqüências de critérios presentes na política regulatória* (ilustrado pelo Caso dos Consumidores de Baixa Renda, no qual se questiona Resolução da ANEEL redefinindo o critério de baixa renda para tarifa favorecida; o caso Nestlé-Garoto é também um

exemplo nesse sentido); *d) insensibilidade para o exame da política regulatória dentro da análise do conflito submetido ao judiciário* (ilustrado pelo Caso do ProPass da ANTT, uma política voltada para regularizar as concessões de serviço de transporte de passageiros, que tinha como fulcro a exigência de licitação dos prestadores, que foi simplesmente ignorada pelo judiciário que tratou a questão caso a caso).

O quadro abaixo busca sintetizar os problemas ilustrados por cada caso analisado, mapeando cada caso em relação às hipóteses às quais confirma e exemplifica. Cada caso exemplifica mais de um problema, marcado com *x*. Os problemas centrais ilustrados por cada caso são destacados em negrito.

Tabela 5.1
Cruzamento entre os casos e as hipóteses confirmadas e exemplificadas

Casos	H6	H7	H8	H9	H10
I- Nestlé-Garoto (CADE)	x		x		<i>x</i>
II- Oi-WayTV (ANATEL)	x				
III- Radios Comunitárias (ANATEL)	x			<i>x</i>	<i>x</i>
IV- Cartel dos Peróxidos (CADE)		x			<i>x</i>
V- Cartel dos Genéricos (CADE)			x	<i>x</i>	<i>x</i>
VI-Hospital São Marcos (ANS)			x		<i>x</i>
VII-Publicidade de Medicamentos (ANVISA)			x	x	
VIII- UNIMEDS (CADE)				x	
IX- Resolução 233/03 ANTT				x	
X- Cartel dos Cegonheiros (CADE)					x
XI- Distribuição de SLOTS (ANTAQ)			<i>x</i>		x
XII- Consumidores de baixa renda (ANEEL)			<i>x</i>		x
XIII- Programa ProPass (ANTT)			<i>x</i>		x

Ao final, é feita uma análise da intervenção do judiciário na discussão da substituição das metas de universalização pela ANATEL com a inserção de metas para instalação de redes de banda larga (*backhaul*). O caso mostra a importância do controle judicial de atos das agências, mesmo em casos atos normativos, dada a incoerência do diploma final com o processo de consulta pública, que pode revelar tanto equívoco e falha de fundamentação por parte de agências quanto o risco de captura pelos interesses dos agentes regulados.

5.2. Análise dos casos

5.2.1. INAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO COMO FATOR DE INSEGURANÇA JURÍDICA E RECURSO AO JUDICIÁRIO

5.2.1.1 Caso Nestlé/Garoto

A. Hipóteses investigadas:

H3: “A existência de falhas processuais constitui causa relevante para recurso ao judiciário”.

H6: “Eventual inação da Administração Pública, dado o problema do tempo decisório, deve causar recurso ao judiciário, como forma de acesso a direito não garantido na esfera administrativa”.

H8: “A *suspensão cautelar de decisões administrativas finais* pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica”.

B. Tipo de decisão: Decisão sobre ato estrutural (ato de concentração)

C. Sumário:

Trata-se de julgamento de ato de concentração referente à aquisição da totalidade do capital social da Chocolates Garoto S/A (“Garoto”) pela Nestlé Brasil Ltda. (“Nestlé”). O CADE entendeu que a operação resultaria em elevado grau de concentração do mercado relevante e que as eficiências não seriam suficientes para compensar o dano à concorrência e ao bem estar do consumidor. Por maioria, o Conselho decidiu pela desconstituição da operação. Em âmbito judicial, o caso foi contestado por meio de ação ordinária ajuizada pela Nestlé e pela Garoto contra o CADE, alegando (i) o decurso do prazo de 60 dias para a análise do caso pelo CADE, que resultaria em sua aprovação tácita e (ii) a nulidade do julgamento em razão de ofensa ao contraditório e ampla defesa. Além disso, o Sindicato dos Trabalhadores em Alimentação e Afins do Estado do Espírito Santo (SINDIALIMENTACAO-ES ou “Sindicato”) ajuizou ação civil

pública argumentando a (iii) nulidade do item “C” da decisão do CADE, que não aprovou o ato de concentração, por ausência de motivação. Ainda não se obteve uma manifestação definitiva por parte do Judiciário.

D. Análise do caso:

D.1. Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89

A operação de compra da Garoto pela Nestlé foi submetida ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) em **15 de março de 2002** e o CADE celebrou com as empresas, em 27 de março de 2002, um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação, com o fim de resguardar as condições de mercado e evitar danos à concorrência até o final do julgamento do caso. Primeiramente, a análise da operação pela SEAE/MF concluiu que *“os ganhos de eficiência decorrentes da operação não seriam justificáveis para aprová-la”*. Em seguida, a análise da SDE/MJ afirmou que *“a aprovação do ato só pode se dar mediante a imposição de condições que inviabilizem o exercício do poder de mercado adquirido”*. A Procuradoria Federal junto ao CADE e o Ministério Público Federal manifestaram-se no mesmo sentido indicado pela SDE, isto é, concluindo que a operação poderia ser aprovada se impostas condições suficientes para impedir o exercício de poder de mercado pela Nestlé.

A decisão do CADE, proferida em **04 de fevereiro de 2004**, **determinou a desconstituição da operação**, bem como as formas segundo as quais se efetivaria a desconstituição do ato. Foram apresentados Embargos de Declaração pelo Ministério Público Federal, cujo provimento foi negado por unanimidade, por inexistência de contradição, omissão ou obscuridade no mérito da decisão. A Nestlé opôs ao acórdão Pedido de Reapreciação, que foi julgado improcedente e, posteriormente, apresentou Embargos de Declaração. O CADE rejeitou os embargos por unanimidade, por ausência de qualquer contradição, omissão ou obscuridade nos votos do Pedido de Reapreciação.

D.2. Ação Ordinária – Processo n. 2005.34.00.015042-8

A Nestlé e a Garoto propuseram Ação Ordinária, com pedido de tutela antecipada, contra o Conselho, objetivando a anulação da decisão que desaprovou a operação (Processo no. 2005.34.00.015042-8). A análise a seguir será dividida conforme a

relação que as questões suscitadas nos autos do processo possuem com as hipóteses investigadas.

a) H8

Em **30 de maio de 2005, foi deferida medida cautelar que suspendeu o curso dos prazos estabelecidos pelo CADE**. Lê-se na decisão: “a petição inicial foi ajuizada com 80 laudas e acompanhada de documentação que já totaliza 9 volumes (...). Depois disso foram ajuizadas mais duas petições, sendo de prever-se que a manifestação do CADE, limitado-se a rebater, sucintamente, os argumentos dos autores, não será pequena, demandando mais um razoável tempo para análise, inclusive dos bastante intrincados aspectos jurídico-econômicos envolvidos”. Em seguida, decide o MM. Juiz Federal, dado que os prazos fixados pelo CADE já se encontravam em vias de vencimento para algumas providências, pelo deferimento da medida acautelatória “*até que se possa formar um juízo preliminar mais consistente sobre a legitimidade e legalidade de tais exigências*”. Ou seja, em razão da complexidade da matéria e do grande volume de documentos apresentados, decide-se pela concessão da suspensão, com base, aparentemente, no entendimento de que esta causaria menos dano ao caso.

Pode-se notar, desde já, que este caso ilustra a *H8*, segundo a qual a “*suspensão cautelar de decisões administrativas finais* pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica”. De fato, observa-se no presente caso, que, somente após concluída a análise da operação pelo SBDC, as autoras ingressaram com ação judicial, a qual foi ajuizada com 80 laudas e acompanhada de documentação equivalente a 9 volumes, envolvendo “intrincados aspectos jurídico-econômicos”, conforme declara a decisão judicial.

As questões levantadas na ação judicial, no entanto, não chegaram a ser questionadas em nenhum momento no curso do procedimento administrativo de análise do ato de concentração. As partes, ao contrário, deixaram que o processo fosse julgado no mérito e, posteriormente, voltaram-se para o questionamento de fatos anteriores ao julgamento. Tal possibilidade parece manter o procedimento administrativo sob permanente insegurança.

b) H6

Em seu pedido, as autoras argumentam, com base no art. 54, parágrafos 6, 7 e 8 da Lei n. 8.884/94, que a operação teria sido aprovada por decurso do prazo. A legislação estabelece prazo de 60 dias para o CADE apreciar a operação, sob pena de aprovação automática, sendo este prazo suspenso apenas quando houver necessidade de esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise. De fato, foram enviados diversos ofícios pelo CADE solicitando informações que teriam este efeito de suspensão do prazo. Porém, segundo alegaram as empresas, tais ofícios não cumpriram o requisito da imprescindibilidade. Além de afirmarem ter decorrido o prazo em relação à decisão do ato de concentração, sustentam que o mesmo se deu em relação ao pedido de reapreciação, visto que teriam passado mais de 6 meses sem causa suspensiva do prazo de 60 dias.

Deve-se questionar, portanto, se o caso ilustra a *H6*, segundo a qual, “eventual inação da Administração Pública, dado o problema do tempo decisório, deve causar recurso ao judiciário, como forma de acesso a direito não garantido na esfera administrativa”. De fato, pode-se reconhecer a importância do pedido das empresas, visto que o julgamento ocorreu apenas 411 dias após a autuação do ato de concentração no CADE, segundo consta em manifestação do Ministério Público Federal. No entanto, a questão do tempo decisório e da inação da Administração apresentam alguns pontos que necessitam de uma apreciação mais ponderada.

Primeiramente, pode-se observar que as empresas questionam o prazo supostamente esgotado somente após a decisão final, desfavorável, já ter sido proferida pelo CADE. Em momento algum, no curso do procedimento administrativo, as partes se manifestaram em relação às diligências efetuadas pelo CADE (como indicado acima na análise da *H8*). Ademais, tais diligências são referendadas em sessões plenárias do Conselho, que as ordena com base em juízo de conveniência e oportunidade.

A decisão judicial de primeira instância considera o fato de as partes não terem questionado as diligências no curso do procedimento administrativo, conforme impugnado pelo CADE, porém aponta para o fato de não se poder falar em “preclusão administrativa”, menos ainda que esta acarretaria preclusão judicial. Por um lado, observa-se que é preciso reconhecer a importância da ação do Poder Judiciário diante de eventual situação de inação da Administração Pública, conforme determinação legal, independentemente de a questão ter sido suscitada no curso do procedimento

administrativo. Por outro lado, deve-se reconhecer que esta hipótese não deve ser utilizada como justificativa para se adentrar no mérito administrativo. Neste caso, questionar o caráter de necessidade ou não de informações solicitadas pelo Conselho poderia representar uma substituição, por parte do Poder Judiciário, no que se refere à competência discricionária atribuída ao Conselho. No presente caso, a sentença de primeiro grau acabou por exigir do CADE a comprovação da necessidade de atos que faziam parte da própria formação do seu posicionamento.

Em primeira instância, a sentença considera as diligências nulas por ausência de motivação, o que representaria uma afronta ao devido processo legal, e considerando, portanto, o ato de concentração automaticamente aprovado por decurso do prazo para julgamento do CADE, com base no artigo 54, §7º, da Lei no. 8.884/94. Segundo esta decisão, a imprescindibilidade *“de qualquer diligência, para induzir à suspensão do §8º, teria de ser demonstrada em motivação lógica e racional. Trata-se de manipulação da prova. Formação embrionária do que virá a ser a decisão final. E isto – demonstração lógica e racional da imprescindibilidade da prova – é perfeitamente possível, apesar da aparente subjetividade do termo”*. Além disso, a decisão fundamenta-se na Lei n. 9.784/99, lei que regula o processo administrativo e aplica-se, subsidiariamente, às decisões do CADE, cujos artigos 24, parágrafo único, e 67 explicitam a exigência de comprovada motivação para suspensão dos prazos processuais.

Em sede de apelação, o CADE questionou a sentença afirmando que todos os ofícios contêm motivação, ainda que sucinta, e que *“a motivação da requisição de tal informação é imanente à própria requisição: levantar dados sobre preços dos produtos, volume de produção, custos etc.”* A decisão concluiu que a *“disposição do artigo 54, §7º (segunda parte), da Lei n. 8.884/94 não pode significar a possibilidade de aprovação automática e, conseqüentemente, renúncia da competência, exceto na hipótese de absoluta inércia da Administração em casos ‘nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de julgamento – e.g. despesas das partes com advogados e deslocamento –, o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar in albis o prazo legal’ (parecer do MPF)”*. Além disso, contribuindo para uma compreensão ponderada da H6, a decisão do TRF assevera que a *“aprovação automática e indiscriminada por simples decurso de prazo (...) subtrairia do Poder Judiciário o*

controle da omissão administrativa, que, nessas circunstâncias, teria o mesmo efeito de ato positivo”.

c) H3

Outra questão suscitada pelas empresas baseia-se no argumento de que haveria nulidade do julgamento do CADE por ofensa ao contraditório e cerceamento de defesa. Segundo afirmam, as empresas não tiveram acesso a alguns dados, que ficaram mantidos em sigilo, porém foram utilizados pelo Conselho em sua decisão, ficando impedidas de contestá-los. Alegam, ainda, que novos documentos foram juntados ao processo após o pedido de reapreciação, de modo que as partes não puderam se manifestar em relação a tais informações. Outro problema da decisão apontado pelas partes refere-se ao voto do Conselheiro-Relator no Pedido de Reapreciação, cuja motivação teria sido insuficiente. Esta alegação, conforme indica a decisão do TRF, é a “pedra de toque” das várias alegações de nulidade do processo administrativo. A tese não é acatada em primeiro grau. No entanto, em sede de apelação, foi dado provimento ao pedido, determinando-se a reforma da sentença para que seja anulado o pedido de reapreciação.

Portanto, o caso serve para se avaliar também a *H3*, segundo a qual a “existência de falhas processuais, em particular a ofensa ao devido processo legal, constitui causa relevante para recurso ao judiciário”. Segundo a decisão do TRF “[é] necessário verificar se, apesar de resultar algum prejuízo para a livre concorrência e para os consumidores, o ato ainda assim comporta-se dentro de limites tolerados pelo sistema jurídico. No voto do relator (...) não foi enfrentada a questão desse limite tolerável, em confronto com a solução proposta”. Acrescenta, ainda, que a validade do voto do relator é também confrontada pelo fato de não ter sido confirmada por novo relator designado para o processo após sua saída do CADE, “apesar da posterior realização de audiência pública, e a juntada de documentos só após a conclusão do julgamento, irregularidade esta que contamina também os demais votos”. Conclui, portanto, que a irregularidade do voto do Conselheiro-Relator determina a anulação de todo o julgamento do pedido de reapreciação, decidido por maioria de um voto.

Observa-se, nesse caso, que é confirmado o papel importante cumprido pelo Poder Judiciário diante de irregularidades no processo administrativo, em particular na hipótese de ofensa ao devido processo legal, conforme a *H3*. No entanto, é necessário

ressaltar, como discutido acima, que **a decisão representou a devolução de processo ao CADE**, para nova decisão, **5 anos após o seu julgamento**, o que aumenta a incerteza jurídica. Por outro lado, deve-se questionar se a remessa dos autos ao CADE não seria condizente com o sopesamento de dois interesses conflitantes nesse caso: de um lado, a corte quer garantir que não tenha havido violação do devido processo legal (interesse das empresas); de outro, a corte pondera que simplesmente anular o processo por causa de vício processual pode afetar negativamente os interesses dos consumidores brasileiros. Nesse sentido, remeter o caso de volta ao CADE talvez tenha sido a melhor forma de garantir que nenhum desses interesses fossem violados. Todavia, em razão do problema da demora da decisão, a situação de intervenção positiva por parte do Poder Judiciário acaba por vir acompanhada de um ônus para a resolução do caso.

Em particular, tratando-se de ato de concentração econômica, a remessa para novo julgamento é praticamente a chancela de uma operação entre as empresas que havia sido desconstituída pelo CADE. Isso porque, passados 5 anos, cria-se um *fait accompli*, aliás uma das razões pelas quais o CADE, nesse caso, havia assinado um acordo com a Nestlé de suspensão da integração entre as empresas até o julgamento. Após 5 anos, já há uma integração entre as atividades das empresas, que torna excessivamente onerosa, não só para estas, mas também para o mercado e os consumidores, uma desconstituição. Esse será um fator adicional a ser pesado pelo CADE.

D.3. Ação Civil Pública – Processo n. 2004.50.01.011423-4

Além da Ação Ordinária ajuizada pela Nestlé e pela Garoto, o Sindicato dos Trabalhadores em Alimentação e Afins do Estado do Espírito Santo ajuizou Ação Civil Pública, em 03 de novembro de 2004, questionando, especificamente, o item “c” da decisão do CADE que não aprovou o ato de concentração. Este item encontra-se no voto do Conselheiro-Relator Thompson Almeida Andrade, que estabelece algumas formas segundo as quais pode-se realizar a desconstituição da operação. Na decisão, lê-se: “C) a alienação poderá, a critério do comprador, não incluir todos os ativos correspondentes à capacidade produtiva da empresa alienada à época da aquisição, mas deverá, necessariamente, envolver os ativos relacionados no item B. Caso o comprador opte por esta alternativa, a Nestlé deverá alienar tais instrumentos (equipamentos e maquinarias) a outro interessado”.

Portanto, por meio de sua decisão, o CADE autorizou que um comprador adquira a propriedade intelectual da Garoto podendo optar por não adquirir a capacidade produtiva, ou seja, equipamentos e maquinarias. Segundo argumenta na petição inicial, para o Sindicato esta possibilidade representa extrapolação da competência do CADE, requerendo a vedação da possibilidade de a Nestlé vender separadamente os ativos materiais e imateriais da Garoto. O autor alega, ainda, ausência de motivação no que se refere à possibilidade de novo comprador não adquirir a parte material da Garoto. Pede, portanto, que seja vedada a possibilidade de venda, por parte da Nestlé, dos ativos materiais e imateriais da Garoto separadamente. Em sua contestação, a Procuradoria do CADE afirma que “o CADE tem, não só o poder, mas o *dever* de impor obrigações às empresas, incluindo a alienação total ou parcial dos ativos envolvidos (máquinas, fábricas, marcas, etc.), para restabelecer a normalidade de um mercado relevante. Neste sentido é claro o § 9º do artigo 54, da Lei n. 8.884/94 (...)”. Ademais, a Procuradoria apontou para o risco de se adentrar no mérito do ato administrativo, com base na afirmação de que não existem vícios de legalidade no processo administrativo.

Em primeira instância, entendeu-se que teria sido violado o “princípio constitucional da moralidade dos atos administrativos, pela ausência de fundamentação, que, de per si, já ensejaria a anulação do item (...)”. Em seguida, ainda que tenha considerado a possibilidade de que em razão de a “escolha do procedimento a ser adotado para a reversão ter sido motivada e que isso possibilitaria ao CADE adotar as medidas que entendesse serem pertinentes ao caso”, a decisão conclui que “a adoção da medida veiculada pelo item “C” não é razoável, nem proporcional aos demais aspectos relevantes da ordem econômica que não envolve somente a livre concorrência”. Afirma, ainda, “ter afrontado, o ato proferido pelo CADE, órgão da Administração Pública, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por não ter levado em conta o impacto social de sua decisão (...)” e que este, “como um dos guardiões da ordem econômica deveria preocupar-se com outros aspectos de relevância maior, como as necessidades prementes dos empregados da empresa Garoto, que ficaram à mercê, sem qualquer ato de cunho protetivo, dos atos de mera disposição econômica”. Conforme a sentença, portanto, foi deferida a antecipação de tutela, suspendendo-se a exigibilidade do item “C” da decisão do CADE. Novamente, pode-se observar que o caso toca na sensível questão de, eventualmente, a atuação judicial correr o risco de adentrar no mérito administrativo.

Em parecer do Ministério Público Federal, apresentado após apresentação das apelações do Sindicato, da Garoto e da Procuradoria do CADE, foi afirmado que “a decisão do CADE, no ponto impugnado na demanda, apenas ‘choveu no molhado’. Ela não introduziu nenhuma inovação na esfera jurídica ou na esfera subjetiva de quem quer que fosse, nem tampouco ampliou ou restringiu direitos e deveres das empresas envolvidas ou de seus trabalhadores”. Ou seja, o parecer do MPF aponta para a ausência de fundamento do principal objeto da ação, considerando-a faculdade derivada da livre iniciativa da Nestlé e da Garoto. Ainda assim, a ação já havia resultado em suspensão de parte da decisão final do CADE. O TRF decidiu pela improcedência do pedido, acolhendo o parecer do MPF e afirmando que a decisão do CADE não teria ofendido a garantia do pleno emprego, conforme o Sindicato havia alegado.

Após decisão que negou provimento aos Embargos de Declaração opostos pelo Sindicato, este apresentou ainda Recurso Especial (REsp. n. 1.163.560/RJ), que não foi provido.

Pode-se observar que este caso ilustra a *H8*, segundo a qual “a *suspensão cautelar de decisões administrativas finais* pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica”. Discutindo a necessidade ou não de motivação do item “C” da decisão do CADE e a competência do Conselho para incluir tal determinação, somente em 03 de outubro de 2007, praticamente 3 anos após o início deste processo judicial, foi revertida a decisão cautelar, que havia sido confirmada pela sentença. Nota-se, portanto, que a suspensão cautelar resulta no problema da demora da decisão judicial e acaba por prejudicar a decisão administrativa final.

E. Propostas de reformas:

Diante dos casos analisados, espera-se oferecer algumas sugestões de reformas que permitam a melhoria dos aspectos da segurança jurídica e da efetividade das decisões administrativas, nos casos de revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, pode-se sugerir que as cortes sopesem com mais cautela que uma medida cautelar, de um lado, protege os interesses da parte, mas do outro reduz a efetividade da decisão administrativa mitigando o poder do estado de agir em prol do bem comum.

Em segundo lugar, pode-se sugerir, em caso de ajuizamento de ação judicial, que medidas cautelares sejam mais custosas para a parte. Por exemplo, poderia se impor um encargo financeiro, como ressarcimento para os danos causados ao bem comum. Além disso, pode-se ponderar a possibilidade de acumulação de multa ou custas mais elevadas no processo administrativo na hipótese em que a parte interpõe ações judiciais atrasando a decisão administrativa final. Tais medidas, todavia, não poderiam ficar sujeitas à discricionariedade das cortes.

F. Lista dos documentos analisados:

i) processo administrativo:

- Julgamento Ato de Concentração (08012.001697/200289): Acórdão; Relatório Cons. Thompson; Aditamento ao Relatório; Voto Cons. Cleveland; Voto Cons. Fernando Marques; Voto Cons. Grandino Rodas; Voto Cons. Scaloppe; Voto Cons. Pfeiffer; Voto Cons. Thompson;
- Embargos de Declaração (08700.000964/2004-12): Acórdão; Relatório Cons. Thompson; Voto Cons. Thompson;
- Pedido de Reapreciação: Acórdão; Voto Cons. Prado; Voto Cons. Cueva; Voto Cons. Pfeiffer; Voto Cons. Thompson;
- Embargos de Declaração no Pedido de Reapreciação: Acórdão; Relatório Cons. Rigato Vasconcellos; Voto Cons. Rigato Vasconcellos; Voto Cons. Scaloppe; Voto Cons. Prado.

ii) processos judiciais:

- decisões no âmbito da Ação Ordinária n. 2005.34.00.015042-8: deferimento da medida cautelar; decisão de não reunir a ação ordinária com Ação Civil Pública do SINDIALIMENTACAO-ES; Sentença; Apelação Cível; Embargos de Declaração na Apelação Cível;

- Agravo de Instrumento n. 2005.01.00.065718-0/DF;
- Ação Civil Pública no. 2004.50.01.011423;
- REsp 1163560/RJ: Relatório; voto; ementa.

5.2.1.2 Caso Way TV

A. Hipóteses investigadas:

H6: “Eventual inação da Administração Pública, dado o problema do tempo decisório, deve causar recurso ao judiciário, como forma de acesso a direito não garantido na esfera administrativa”.

B. Área de incidência: Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”)

C. Tipo de decisão: Decisões sobre atos estruturais (atos de concentração, medidas regulatórias para a implementação da concorrência)

D. Sumário:

Imediatamente após fechar oferta de aquisição da Way TV em julho de 2006, o grupo Oi entrou com um pedido de anuência prévia perante a ANATEL, que não se manifestou. Em dezembro de 2006 o grupo recorreu ao judiciário, entrando com um Mandado de Segurança para que a ANATEL se manifestasse sobre o pedido de anuência prévia. O pedido de liminar foi negado em primeira instância, mas o grupo obteve tutela antecipada ao recorrer da decisão de primeira instância junto ao TRF. O TRF determinou que a ANATEL se manifestasse em 10 dias. A ANATEL se manifestou em março de 2007, negando o pedido de anuência prévia. O grupo Oi apresentou pedido de reconsideração perante a ANATEL. Em outubro de 2007, a ANATEL deu provimento ao pedido de reconsideração, reverteu sua decisão anterior e outorgou anuência prévia para a operação.

E. Análise do Caso:

A compra da Way TV ocorreu no final de julho de 2006, quando sociedade do mesmo grupo econômico da Oi ofereceu R\$ 130 milhões em leilão realizado na Bovespa. No início de agosto de 2006, o grupo entrou com um pedido de anuência prévia para obter

aprovação da operação pela ANATEL, mas a agência não se pronunciou. Tal anuência era necessária para efetuar a transferência do controle acionário da Way TV para o grupo Oi.

Diante da inação do órgão administrativo, o grupo Oi recorreu ao judiciário. A petição esclarece que *“caso denegada a autorização, o Contrato será tido como não celebrado e os recursos depositados na Conta Vinculada para a aquisição das ações serão liberados em favor do comprador.”* Por isso a urgência do grupo Oi em obter uma resposta da agência. O Mandado de Segurança (distribuído em dezembro de 2006) pedia que a ANATEL se manifestasse sobre o pedido de anuência prévia, alegando que a inação da agência resultava em insegurança jurídica “uma vez que mantém suspensos os efeitos do ‘Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças’ e pode vir a significar mesmo a sua desconstituição, implicando ainda grave ônus e incertezas relativas à administração da Way Brasil, a seus investimentos e à continuidade regular dos serviços por ela prestados em face da incompreensível indefinição acerca de seu controlador às vésperas do encerramento do ano fiscal.” O pedido de liminar foi negado em primeira instância, no final de fevereiro de 2007.

O grupo recorreu da decisão de primeira instância, ingressando com um agravo de instrumento (“AI”) no TRF. Em março de 2007, o TRF deu provimento ao agravo e deferiu tutela antecipada determinando que a ANATEL se manifestasse sobre o pedido de anuência prévia em 10 dias. Ainda em março, o Conselho Diretor da ANATEL se manifestou, negando o pedido de anuência prévia à operação, com base no artigo 14.4 do Contrato de Concessão da Oi, que impediria que prestadora de STFC tivesse outorga de TV a cabo em sua área de concessão.

Os autos não permitem determinar, todavia, se a ANATEL se manifestou por causa da decisão do TRF. A decisão do Conselheiro Diretor da ANATEL faz menção apenas à decisão de primeira instância, que indeferiu o pedido de liminar. Essa decisão não diz que a manifestação foi provocada pela decisão do TRF. Segundo os documentos analisados, a publicação da decisão do AI ocorreu em 27/03/2007 e a decisão da ANATEL que negou provimento ao pedido ocorreu em 19/03/2007 (data da reunião do conselho diretor). Porém, a data da decisão do AI é 06/03/2007. Portanto, a decisão do TRF pode ter sido conhecida pela ANATEL antes de sua publicação, ainda que isto não seja explicitado nos documentos analisados.

A decisão da ANATEL negando a anuência prévia foi revista em outubro de 2007 pela própria agência. O grupo Oi apresentou pedido de reconsideração da decisão proferida em março e o Conselho Diretor da ANATEL conheceu o pedido de reconsideração e deu provimento a ele, outorgando a anuência prévia. Logo em seguida, foi proferida sentença extinguindo o mandado de segurança, sem julgamento do mérito, por perda de objeto em razão de a ANATEL já haver se manifestado em março. A sentença transitou em julgado já em março 2008.

Apesar do conteúdo do processo administrativo não ser o foco desta análise, apenas a título de esclarecimento vale mencionar que na análise do pedido de reconsideração, o Relator Antonio Domingos Bedran entendeu que o Contrato de Concessão não havia sido descumprido. O voto de Bedran foi acompanhado pelo conselheiro José Leite Pereira Filho (que, na primeira votação, em março, havia rejeitado a anuência prévia) e pelo novo presidente da agência, Ronaldo Sardenberg. Os conselheiros Pedro Jaime Ziller de Araujo e Plínio de Aguiar mantiveram suas posições e votaram contra a operação.

Quanto à ação judicial, vale mencionar que o objeto da disputa e o motivo das divergentes decisões em primeira instância e em instância recursal eram relativos à causa da demora por parte da agência. Enquanto o grupo Oi argumentava que a ANATEL dispunha de todos os documentos para tomar uma decisão, a agência alegava que a demora era necessária para que fossem efetuadas diligências internas que garantissem a segurança jurídica do processo.

Mais especificamente, a disputa no âmbito judicial parece girar em torno do momento em que termina a instrução do processo, uma vez que a Lei 9.784/99 determina que a Administração Pública tem 30 dias para decidir a partir do momento em que terminar a instrução do processo. O grupo Oi alegou que uma vez coletados os documentos, a análise dos mesmos faria parte do processo decisório e não do processo de instrução, como alegava a ANATEL. Sem tratar diretamente desta questão, o TRF baseou sua decisão no seguinte argumento: “era ônus da ANATEL a indicação concreta e minuciosa das diligências probatórias ainda pendentes para justificar o excesso de prazo, não bastando – como foi feito – a alegação genérica da necessidade de análises, cujo prazo de conclusão nem se prevê. Em razão do exposto, defiro em parte o pedido de antecipação de tutela recursal.”

O caso ilustra claramente a *H6*, segundo a qual “eventual inação da Administração Pública, dado o problema do tempo decisório, deve causar recurso ao judiciário, como forma de acesso a direito não atendido na esfera administrativa”. Fica em aberto, todavia, a questão de se a ação do judiciário pode suprir deficiências do processo administrativo e da atuação da administração pública. Ainda que possamos comprovar que a ANATEL foi motivada pela decisão do TRF, deve-se considerar os benefícios de tal poder judicial com bastante cautela. Por um lado, é saudável que o judiciário intervenha nos casos em que uma agência está injustificadamente impondo delongas que afetam negativamente as partes envolvidas. Por outro lado, é desaconselhável que o judiciário o faça quando a agência efetivamente necessita de extensão dos prazos para garantir a própria instrução do processo, a minuciosa análise das questões. Em suma, as preocupações com o devido processo legal e seus prazos devem ser sopesadas à luz das preocupações com segurança jurídica e precisão do processo decisório. Balancear essas preocupações sempre envolverá *trade-offs* (Vide Relatório Parcial de Pesquisa – Anexo 2).

Diante desses *trade-offs*, a melhor forma de garantir uma atuação efetiva e eficaz do judiciário é afastar o risco de uma análise formalista e procedimental, que estimule as cortes a aplicar estritamente a letra da lei ou a focar em discussões conceituais etéreas. No presente caso, por exemplo, seria altamente questionável a utilidade da decisão judicial se a corte decidisse definir se a análise de dados faz parte da instrução processual ou do processo decisório, usando isso para determinar a partir de quando se efetuará o início da contagem do prazo de 30 dias.

Ao contrário, a pergunta feita pela corte é se a ANATEL ofereceu argumentos substantivos para justificar a demora na análise de dados e, mais importante, se ela havia indicado qual a previsão para o término dessa mesma análise. Esse tratamento indica que a corte estava efetivamente avaliando a real necessidade da agência de contar com uma extensão e, ao não encontrar motivos para tanto, obrigá-la a agir imediatamente. Trata-se, portanto, de um excelente exemplo de como o judiciário pode balancear os *trade-offs* que informarão esse tipo de intervenção judicial. Outra questão está na possibilidade de o P. Judiciário suprir a omissão administrativa e regular positivamente a situação. Esse tema é mais delicado, mas de qualquer forma essa possibilidade deveria ser considerada como última instância, i.e. após a omissão em atender determinação judicial para realização do ato administrativo.

F. Lista dos documentos analisados:

- Mandado de Segurança 2006.34.00.037100-5 (sentença extinguindo o processo)
- Agravo de Instrumento 2007.01.00.005737-4/DF (sentença concedendo tutela antecipada e sentença extinguindo o processo por falta de objeto)
- Edital de venda Way-TV
- Petição Anuência Prévia – 08.08.06
- Petição Anuência Prévia Complementar - 17.08.06
- Análise Pedro J. Ziller 112-07 – 09.03.07 (negou provimento ao pedido)
- Pedido de reconsideração
- Análise Leite 320-2007 – 08.10.07 (negou provimento ao pedido)
- Análise Pedro J. Ziller 318-07 – 16.10.07 (negou provimento ao pedido)
- Análise Bedran 115-2007 – 17.10.07 (deu provimento ao pedido)
- Ofício ANATEL 202/2007

OBS: Os documentos intitulados [*Parecer ProcFedEspec 87, de 04.10.07.pdf*] e [*Ato Anatel 68525-07 (Anuência Prévia).pdf*] na verdade contêm o Ofício ANATEL 202/2007

5.2.1.3 Caso das licenças para funcionamento de rádios comunitárias

A. Hipótese investigada:

H6: Eventual inação da Administração Pública, dado o problema do tempo decisório, deve causar recurso ao judiciário, para garantia de acesso a direito.

B. Tipo de decisão: decisão da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL acerca do pedido de autorização formulado pelas rádios comunitárias

C. Sumário:

Discute-se a possibilidade de manutenção em funcionamento de rádios comunitárias, cujas autorizações para operar foram requeridas ao Ministério das Comunicações, porém ainda não outorgadas. A *Associação Cultural Rádio Comunitária Sentinela Gaúcha*, a *Associação de Difusão Cultural e Comunitária Nossa Senhora do Caravágio*

e a *Associação Comunitária de Comunicação e Cultura de Pinheiro Machado* ajuizaram ações pleiteando que o Judiciário determine à ANATEL que se abstenha de praticar atos tendentes ao fechamento ou apreensão de seus equipamentos até a outorga definitiva da licença necessária para atuarem como rádios comunitárias. As associações alegam que protocolaram pedido de autorização para funcionamento como rádios comunitárias perante a ANATEL, que não havia se manifestado. Além disso, a agência procedeu à autuação das Associações e determinou a interrupção de suas atividades. No âmbito da ação ajuizada pela *Associação Comunitária de Comunicação e Cultura de Pinheiro Machado*, instaurou-se divergência dentro do STJ. Em Embargos de Divergência, assentou-se que o Judiciário poderia apenas fixar prazo para a ANATEL decidir, mas não decidir em seu lugar.

D. Análise dos casos:

Os casos analisados tratam da questão do tempo decisório da ANATEL a respeito da concessão de autorizações para o funcionamento de rádios comunitárias. Com a lei n. 9.612/98, foi criado novo sistema de radiodifusão, que facilitou a concessão destes serviços. No entanto, não foi dispensada a autorização prévia da agência para o regular funcionamento das operadoras. Diante da ausência de manifestação da ANATEL, as associações passaram a atuar de forma irregular e foram autuadas pela própria ANATEL, por estarem funcionando sem a autorização. Ameaçadas de fechamento ou apreensão de equipamentos de radiodifusão por parte da agência, as associações recorreram ao Judiciário. As ações analisadas obtiveram diferentes soluções em sua análise pelo Poder Judiciário.

D.1 Associação de Difusão Cultural e Comunitária Nossa Senhora do Caravágio

Na ação cautelar preparatória ajuizada pela *Associação de Difusão Cultural e Comunitária Nossa Senhora do Caravágio* contra a União e a ANATEL, busca-se o deslacramento dos equipamentos da Rádio Futura FM, bem como o livre funcionamento da emissora até a conclusão do procedimento administrativo, mediante a abstenção de atos que impliquem interrupções em suas atividades. O pedido liminar foi indeferido, porém sobreveio sentença que julgou procedente o pedido não somente de obstar à União e à ANATEL que apreendam os equipamentos da associação, como também para

autorizar a manutenção de funcionamento da rádio comunitária e a restituição dos equipamentos, até a conclusão do procedimento administrativo.

A União apelou argüindo a invasão de competência por parte do Judiciário em caso de procedência do pedido. Alegou também que a lei n. 9.612/98 não estipulou prazo para conclusão do ato de delegação. Disse ainda que a autorização pela via judicial, diante da exigência de licitação, violaria o princípio constitucional da igualdade. Afirmou que a utilização da radiofrequência de modo desordenado poderia colocar em risco a segurança das pessoas, por interferir nas comunicações aeronáuticas e nos sinais das emissoras. Asseverou que a autora omitiu-se no cumprimento das diligências necessárias para o deferimento da autorização.

A ANATEL interpôs apelação suscitando a falta de interesse de agir em razão da natureza satisfativa da cautelar e da ausência dos seus pressupostos. Argüiu a impossibilidade jurídica do pedido por violação ao princípio da Separação dos Poderes. Aduziu que eventual mora do Ministério das Comunicações não enseja a outorga da autorização, mas sim o direito à análise do pedido. No mérito, defendeu a possibilidade de os equipamentos da rádio serem lacrados.

A decisão do TRF4 entendeu que a autorização do funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão mesmo quando decorrido longo prazo entre o protocolo do pedido e a resposta da Administração acaba por ferir o princípio da Separação dos Poderes. Além disso, julgou que a determinação de um prazo para a conclusão do processo administrativo também seria indevida interferência do Judiciário no livre exercício da função administrativa. Por fim, quanto ao pedido de retirada dos lacres, esclarece que o conceito de poder de polícia é inerente à própria função administrativa, e o pedido da impetrante vai de encontro à legislação. Por unanimidade, foi dado parcial provimento às apelações, julgando improcedente o pedido inicial.

A associação apresentou recurso especial n. 944.430-RS contra o acórdão do TRF4 a fim de que lhe fosse garantida a execução do serviço de radiodifusão até a decisão do processo administrativo. A decisão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça sopesa as questões suscitadas pelas partes:

Efetivamente, cabe ao Executivo, por disposição constitucional, autorizar, conceder e fiscalizar o serviço de radiodifusão, não podendo o Judiciário imiscuir-se na esfera de um serviço eminentemente técnico e complexo, como se vislumbra pelas exigências da lei à obtenção de permissão.

*Por outro ângulo, o funcionamento das rádios comunitárias é de importância à sociedade, especialmente às comunidades mais carentes, devendo o Estado, pelo Poder Executivo, prestar contas de um serviço que lhe está atribuído. Em outras palavras, a competência exclusiva de um órgão não lhe outorga o direito de fazer ou não fazer, a seu bel prazer. Ao contrário, a competência exclusiva impõe ao órgão o dever de prestar os serviços que lhes estão afetos, ao tempo em que outorga aos destinatários do serviço o direito de exigí-lo. Daí deixar o legislador assinalado em lei o prazo para o desenvolvimento da atividade administrativa, quando chamada a examinar o procedimento de outorga de uma rádio comunitária.*¹⁵³

Porém, acaba por negar provimento ao recurso. A decisão enfatiza que nenhuma emissora de rádio pode funcionar sem autorização do ente administrativo, conforme previsto na legislação específica, não sendo competência do Judiciário concedê-la.

D.2 Associação Cultural Radio Comunitária Sentinela Gaúcha

A Associação Cultural Radio Comunitária Sentinela Gaúcha protocolizou junto ao Ministério das Comunicações pedido de autorização para funcionamento da rádio comunitária e a ANATEL, além de permanecer omissa quanto à análise de tal requerimento, procedeu à autuação da Associação e determinou a interrupção de suas atividades. A Associação impetrou então o MS n. 2006.71.00.017505-0/RS, contra ato de gerente da ANATEL, requerendo a concessão da segurança para que fosse determinado à ANATEL que se abstivesse de praticar atos tendentes ao fechamento ou à apreensão de seus equipamentos de radiodifusão até a outorga definitiva da licença necessária para atuar como rádio comunitária. A segurança foi negada em primeiro grau, por entender que o Judiciário não pode substituir o Poder Executivo. A Associação apresentou recurso de apelação.

A 3ª. Turma do TRF4, por maioria, diferentemente do que havia decidido em 26 de setembro de 2006, quando julgara improcedente o pedido da Associação de Difusão Cultural e Comunitária Nossa Senhora do Caravágio, desta vez deu provimento ao

¹⁵³

Recurso Especial n. 944.430-RS – Inteiro teor do acórdão.

apelo, em 27 de março de 2007. A relatora daquele caso, porém, manteve sua posição anterior, restando vencida.

O voto do Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon afirma que, apesar de a legislação específica não fixar prazo determinado para a instrução e conclusão do procedimento administrativo, isto não significa que a autoridade possa postergar a sua prática indefinidamente, frustrando o exercício do direito. Recorre, portanto, ao art. 49 da lei n. 9.784/99, que assinala prazo máximo de 30 dias (prorrogável por mais 30) para decisão da Administração, após concluído o processo administrativo, observadas todas as suas etapas (instrução, etc.):

In casu, quando do ajuizamento do writ em maio de 2006, noticiou a impetrante a procolização (sic) de pedido administrativo, em assim sendo, já houve o decurso de mais de nove meses, sem notícia sequer da fase instrutória ter sido levada a termo. É certo que não existe, como ressaltado, determinação legal de prazo para conclusão do procedimento, senão para a emissão da decisão. No entanto, parece-me que tal transcurso se revela demasiado, a despeito da demanda de outras entidades interessadas no serviço, bem como do excessivo número de processos submetidos à apreciação da ANATEL, sendo o prazo decorrido mais do que suficiente ao implemento das providências pertinentes.¹⁵⁴

Foi apresentado, pela ANATEL, o recurso especial n. 1.062.390-RS, cujo provimento foi negado pela Primeira Turma do STJ. Segundo a decisão:

Já tendo transcorrido prazo razoável para que houvesse um pronunciamento acerca da providência aguardada, tem-se que a atitude da Administração contraria o princípio da eficiência, que, no caso em apreço, implica, necessariamente, atentar-se para um criterioso exame dos processos de autorização de execução de serviços de radiodifusão comunitária aliado à observância de prazo razoável para a prolação de alguma resposta ao requerente.¹⁵⁵

O STJ confirmou o acórdão que julgara procedente pedido para que a ANATEL se abstivesse de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão até a

¹⁵⁴ Apelação em Mandado de Segurança n. 2006.71.00.017505-0/RS – Inteiro teor do acórdão.

¹⁵⁵ Recurso Especial n. 1.062.390-RS – Inteiro teor do acórdão.

decisão do pleito administrativo, no qual se espera uma resposta da Administração há mais de dois anos e meio.

D.3 Associação Comunitária de Comunicação e Cultura de Pinheiro Machado

A *Associação Comunitária de Comunicação e Cultura de Pinheiro Machado* protocolou junto ao Ministério das Comunicações, em dezembro de 2002, requerimento demonstrando interesse para o serviço de Radiodifusão Comunitária, sob o nº 53000.007840/02. Como se pode ler no voto do Juiz Marcio Antônio Rocha em sede de apelação, o Ministério das Comunicações emitiu ofício, em 28/02/2003, informando a formalização do requerimento e comunicando “que a Entidade requerente deverá aguardar futura publicação de Aviso, no Diário Oficial da União, que atenda a localidade e no prazo legal apresentar toda a documentação exigida, encaminhando-a para anexação em seu processo.”

A Associação propôs ação ordinária, em 31 de janeiro de 2005, ou seja, **mais de dois anos após o requerimento da autorização**, para que fosse assegurado o livre funcionamento da rádio comunitária até que concluído o procedimento administrativo para a concessão definitiva do serviço de radiodifusão. Em primeira instância, foi julgada improcedente a ação ordinária apresentada pela Associação.

Em sede de apelação, a 4ª Turma do TRF4, por maioria, deu provimento ao apelo, com base no entendimento de que houve conduta omissiva da Administração, vencido o Relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti. Como destaca o voto do Juiz Marcio Antônio Rocha, desde o protocolo do requerimento de manifestação de interesse na prestação de serviços de radiodifusão transcorreram-se mais de dois (02) anos sem que a Administração tivesse se manifestado acerca do requerimento da Associação, também não tendo sido noticiado fato novo até a data do julgamento (30.03.2007), ou seja, após passados mais de quatro (04) anos. Confirmado o voto do Juiz Marcio Antônio Rocha, decidiu-se pela autorização do funcionamento provisório da emissora até o trânsito em julgado da ação ou até que sobreviesse decisão administrativa definitiva nos autos do processo administrativo.

A ANATEL apresentou o recurso especial n. 1.100.057-RS, cujo provimento foi negado, confirmando o acórdão que julgara procedente o pedido para que a agência se abstivesse de impedir o funcionamento provisório do serviço de radiodifusão.

Inconformada, a ANATEL apontou dissídio jurisprudencial sustentando que a mora da Administração em conferir solução a processo administrativo não autoriza que o Poder Judiciário interfira na questão para permitir o funcionamento da emissora de radiodifusão. O STJ deu provimento aos embargos, julgando improcedente a ação ordinária ajuizada pela Associação.

A ANATEL suscitou o seguinte precedente como paradigma :

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL - SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO – OUTORGA DE RÁDIO COMUNITÁRIA: LEI 9.612/98 E DECRETO 2.615, DE 03/06/98.

1. É manifestamente inadmissível o recurso especial, no que se refere à alegada divergência jurisprudencial, se a parte recorrente não observa as exigências dos arts. 255 do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC.

2. A Lei 9.612/98 criou um novo sistema de radiodifusão, facilitou a concessão, mas não dispensou a autorização prévia, que é obrigatória.

3. Por disposição constitucional, os serviços de radiodifusão sofrem o crivo estatal, desde a autorização até a regularidade do funcionamento, pela fiscalização da ANATEL.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.¹⁵⁶

Conforme o voto da Ministra Eliana Calmon, no âmbito dos embargos de divergência:

Não desconheço a existência de precedentes desta Corte que, adotando a linha de raciocínio desenvolvida no aresto impugnado, aplicam o entendimento de que a inércia da Administração em decidir, num prazo razoável, sobre pedido de autorização para funcionamento de emissora de radiodifusão contraria os princípios da legalidade, moralidade e eficiência, autorizando a atuação política do Poder Judiciário que, de modo excepcional, atue para suprir a omissão, permitindo o funcionamento da emissora até que seja ultimado o processo administrativo.

(...)

Consigno, entretanto, que a jurisprudência desta Corte evoluiu e passou a encampar o entendimento de que, caso formulado pedido pela parte interessada, pode o Poder Judiciário, constatando a omissão administrativa, fixar prazo para que o órgão competente delibere sobre o requerimento de

¹⁵⁶ REsp 944430/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008 – Origem 200371140057899; 200471140031659 –TRF 4.^a Região.

autorização de funcionamento de emissora de radiodifusão, posição que inclusive acolhi em precedentes de minha lavra.

Portanto, entende que esta solução – fixação de prazo para que a administração pública delibere sobre o assunto -- permite que o Judiciário não adentre na atividade do ente administrativo, mas realiza sua intervenção em nome do princípio da eficiência e da moralidade. No entanto, visto que a Associação não formulou pedido para que o Poder Judiciário fixasse prazo para o pronunciamento da ANATEL sobre o requerimento, o voto conclui pela inviabilidade da adoção de tal providência, na esteira do princípio da demanda e de precedentes do STJ.

E. Algumas conclusões:

Deve-se verificar, portanto, se os casos analisados ilustram a H6, segundo a qual “eventual inação da Administração Pública, dado o problema do tempo decisório, deve causar recurso ao judiciário, para garantia de acesso a direito”. Observou-se na análise dos casos acima referidos que a ANATEL não se manifestou a respeito do pedido das Associações por períodos que chegaram a até 5 anos. Portanto, pode-se reconhecer a importância das demandas apresentadas. De fato, é fundamental que as organizações que tenham apresentado seus pedidos à agência possam recorrer ao Judiciário em caso de injustificada demora na decisão a respeito da autorização de funcionamento.

No entanto, em relação à demora da ANATEL, nota-se na análise que os pedidos das Associações não estão primordialmente voltados para solicitar a manifestação da agência. Pelo contrário, ao pedirem que seja determinada a abstenção da ANATEL quanto aos procedimentos de fechamento e apreensão das rádios que funcionam sem autorização, os casos revelam que as partes buscam uma autorização para funcionamento provisório concedida pelo Judiciário. De fato, a demora para manifestação por parte da agência não parece razoável. Porém, observa-se que as rádios levaram a diante a sua operação sem que tivesse sido concedida autorização pela autoridade administrativa. Sob a ameaça de imposição de sanções, recorreram ao Judiciário. Sobre esta questão, as cortes apresentaram decisões divergentes.

No caso da *Associação de Difusão Cultural e Comunitária Nossa Senhora do Caravágio*, os Ministros da Segunda Turma STJ entenderam que nenhuma emissora de

rádio pode funcionar sem autorização do ente administrativo, não sendo competência do Judiciário concedê-la. Já no caso da *Associação Cultural Radio Comunitária Sentinela Gaúcha*, os Ministros da Primeira Turma decidiram que, já tendo transcorrido prazo razoável sem decisão da ANATEL, esta deveria se abster de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão até a decisão do pleito administrativo. No terceiro caso analisado, o da *Associação Comunitária de Comunicação e Cultura de Pinheiro Machado*, o voto da Ministra Eliana Calmon, em embargos de divergência apresentados pela ANATEL, apontou que o Judiciário somente poderia fixar prazo para que o órgão competente deliberar, se fosse constatada a omissão administrativa.

Nota-se que o Judiciário pode suprir uma importante falha na atuação do ente administrativo em casos de demoras injustificadas. No entanto, deve-se ter cautela ao se permitir que este Poder conceda uma autorização cuja competência é específica de outro ente administrativo, ainda que o faça de forma indireta (e.g. ao determinar que a ANATEL se abstenha de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão). Esta medida acaba por significar a concessão de uma autorização de funcionamento provisório por um órgão que não possui a competência e nem mesmo a capacidade de realizar uma efetiva análise técnica sobre o pedido de autorização. Ao mesmo tempo, parece insatisfatória a solução em que o judiciário simplesmente dá de ombros e deixa a empresa à sua própria sorte. Algum tipo de controle sobre a administração pública deve ser exercido para garantir que o interesse das partes reguladas não seja negativamente afetado por descaso, ineficiência, ou mesmo corrupção na agência.

Nesse sentido, a terceira opção, na qual o judiciário estabelece um prazo para que a agência se manifeste parece ser a que melhor supre as duas preocupações aqui apresentadas. Todavia, tal opção fica prejudicada quando o judiciário cria obstáculos desnecessários para obtenção deste remédio, tal como a exigência formalista de que a parte exija explicitamente o estabelecimento de tal prazo. Até pelo ineditismo do tema, é interessante que o judiciário sinalize para as soluções que entende mais eficientes para respeitar o tempo econômico das questões de interesse coletivo.

F. Lista dos documentos analisados:

- Apelação Cível n. 2003.71.14.005789-9/RS – Acórdão TRF4 (26/09/2006)
- Apelação em MS n. 2006.71.00.017505-0/RS – Acórdão TRF4 (27/03/2007)
- Apelação Cível n. 2005.71.09.000229-7/RS – Acórdão TRF4 (30/05/2007)
- Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2005.71.09.000229-7/RS – Acórdão TRF4 (12/06/2008)
- RESP 1062390 – Acórdão STJ (18/11/2008) – Proc. originário: Apelação em MS n. 2006.71.00.017505-0/RS
- RESP 944430 – Acórdão STJ (18/11/2008) – Proc. originário: Apelação Cível n. 2003.71.14.005789-9/RS
- ERESP 1100057 – Acórdão STJ (28/10/2009) – Proc. originário: Apelação Cível n. 2005.71.09.000229-7/RS

5.2.2. SUSPENSÃO DA ATIVIDADE DA AGÊNCIA COMO FATOR DE INEFICÁCIA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA E ESTÍMULO A RECURSOS JUDICIAIS

5.2.2.1 Caso do Cartel dos Peróxidos

A. Hipótese investigada:

H7: “A suspensão da atividade *administrativa* pelo Judiciário mitiga a eficácia da decisão administrativa e amplia os incentivos para se recorrer ao judiciário como expediente protelatório”.

B. Tipo de decisão: Decisão sobre infrações (conduta anticoncorrencial)

C. Sumário:

Foi instaurado, em 09 de **setembro de 2004**, pela SDE, processo administrativo visando apurar a denúncia de prática de cartel por parte das empresas Degussa Brasil Ltda. e Peróxidos do Brasil Ltda., no mercado brasileiro de peróxido de hidrogênio, no período de 1995 a 2004. Os fatos e documentos que permitiram as investigações foram obtidos

em razão de Acordo de Leniência firmado, em 08 de maio de 2004, entre a União (representada pelo Secretário de Direito Econômico) e a empresa Degussa, bem como seus executivos. Após a instrução do processo administrativo feita pela SDE, foi emitido despacho da Secretaria que sugeriu o encerramento da instrução processual. Contra este despacho, três mandados de segurança, impetrados pela empresa Peróxidos do Brasil e dois de seus executivos (Sergio Zini e Roberto Nascimento), cujos pedidos e causas de pedir são idênticos, foram analisados.

Os autos mencionam, ainda, a existência de outros mandados de segurança, cujos pedidos e causas de pedir são também idênticos, impetrados por outras pessoas físicas ligadas à Peróxidos do Brasil. Foi questionada a juntada extemporânea do Acordo de Leniência aos autos, bem como o indeferimento dos pedidos de oitiva das testemunhas signatárias do acordo. Foram concedidas, em razão do deferimento do pedido, as oitivas adicionais, de modo que os autos do processo administrativo retornaram à SDE, cuja análise já havia sido concluída. Ainda não houve a decisão final do caso pelo CADE. Trata-se de caso que ilustra a intervenção do judiciário, interrompendo a atividade administrativa, antes de sua decisão final.

D. Análise do caso:

Em caráter sigiloso, anteriormente à instauração do processo administrativo, foi promovida Averiguação Preliminar para apuração dos indícios de infração à ordem econômica no mercado brasileiro de peróxidos de hidrogênio, fundamentado em: “(i) *possíveis acordos entre concorrentes para divisão de mercados/clientes, bem como para fixar preços e volume de vendas de produto; e (ii) possíveis acordos em relação às vendas a serem realizadas pelos distribuidores Degussa e Peróxidos do Brasil, inclusive com a imposição de que os distribuidores dessas empresas não concorressem uns com os outros*”.

O Processo Administrativo n. 08012.004702-77 foi instaurado pela SDE/MJ por meio do Despacho n. 958, publicado dia 16/09/04 no Diário Oficial da União. O processo foi instaurado em face das empresas Solvay do Brasil Ltda., Peróxidos do Brasil Ltda., Degussa Brasil Ltda. e diversas pessoas físicas, com base em informações obtidas através de Acordo de Leniência firmado entre a SDE/MJ, a Degussa do Brasil Ltda. e diversas pessoas físicas ligadas ao grupo Degussa, figurando como intervenientes-anuentes o Ministério Público Federal em São Paulo e o Ministério Público Estadual em

São Paulo. Por entender que já teriam colaborado com a Secretaria, a SDE cancelou a oitiva das partes signatárias do Acordo de Leniência em nome da Degussa e indeferiu o pedido de oitivas adicionais, de pessoas mencionadas nos depoimentos realizados.

Em **13/06/2006, a SDE indeferiu os pedidos das impetrantes, encerrou a instrução** processual e abriu prazo para os representados apresentarem as alegações finais. Afirmando que o ato de encerramento fere o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, foram impetrados mandados de segurança (cujos pedidos e causas de pedir são idênticos) pela Peróxidos do Brasil e por pessoas físicas ligadas a esta empresa, segundo consta nas informações fornecidas pela SDE/MJ nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Sergio Afonso Zini. Destes, foram analisados três mandados de segurança, impetrados pela Peróxidos do Brasil e dois de seus executivos (Sergio Afonso Zini e Roberto Nascimento).

A **Peróxidos do Brasil** impetrou o Mandado de Segurança n. **2006.34.00.020406-7**, em **05/06/2005**. O pedido de liminar foi **indeferido em 07/07/2006**, em razão de se haver entendido que a decisão administrativa havia sido devidamente fundamentada pela autoridade, a qual entendeu que as provas colhidas eram suficientes para o julgamento.

A impetrante apresentou Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.0267713-0, alcançando o **deferimento do pedido de efeito suspensivo e sendo determinada a reabertura da instrução processual para a realização das provas, em 25/07/06**. Lê-se, na decisão: *“a autoridade impetrada, ao indeferir a produção da prova testemunhal postulada pela impetrante, limitou-se a consignar que a oitiva de algumas testemunhas seria suficiente ao esclarecimento da questão, deixando, entretanto, de apontar os motivos que dispensariam a oitiva daquelas outras arroladas”*. Foi deferido o pedido de efeito suspensivo, *“determinando a reabertura da instrução do procedimento administrativo indicado na inicial, com a realização das provas postuladas pela impetrante, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora”*.

Por fim, após a decisão do Agravo de Instrumento, o processo do Mandado de Segurança impetrado pela empresa Peróxidos do Brasil foi extinto, em março de 2009, com resolução do mérito, visto que houve a satisfação do pedido da impetrante por meio do cumprimento da decisão do Agravo, ou seja, foram realizadas as oitivas e tomados os depoimentos pretendidos no âmbito do processo administrativo.

No âmbito do Mandado de Segurança n. **2006.34.00.022319-0**, impetrado por **Sergio Afonso Zini**, em 19/07/2006, foi concedida liminar em 20/07/2006. No entanto, esta tornou-se sem efeito em 08/08/2006, por decisão que reconheceu a prevenção do Juízo que havia indeferido a liminar no Mandado de Segurança n. 2006.34.00.020406-7, impetrado pela Peróxidos do Brasil, em 07/07/2006. A decisão entendeu tratar-se de ações com mesmo pedido, sobre o mesmo ato administrativo e mesma causa de pedir. Reconhecida a continência, foi revogada a liminar que havia sido concedida. Por fim, tal qual fora decidido nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela Peróxidos, visto que fora reconhecida a conexão entre os dois processos, o Mandado de Segurança impetrado por Sergio Afonso Zini foi extinto, em março de 2009, com resolução do mérito, em razão de terem sido realizadas as oitivas e tomados os depoimentos pretendidos no âmbito do processo administrativo.

A terceira ação analisada foi o Mandado de Segurança n. **2006.34.00.023211-0**, impetrado por **Roberto Nascimento**, também com pedido de liminar. Tal como nas ações mandamentais anteriores, o impetrante solicitou que fossem tomados os depoimentos dos signatários do Acordo de Leniência, alegando que tal medida conferiria ao impetrante o seu direito à mais ampla defesa. Em razão de decisão de mérito proferida pelo Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF, nos autos do MS 2006.34.00.023211-0, que manteve a liminar concedida, a SDE determinou, em despacho, a reabertura da instrução do processo administrativo para a realização das oitivas pretendidas.

Como foi possível observar, o ato administrativo atacado por diversas ações judiciais (de objeto e causa de pedir idênticas) consistia em despacho que havia sugerido o encerramento da instrução processual. Em seguida, a Secretaria deveria emitir o seu parecer e encaminhar o processo ao CADE para julgamento. No entanto, por meio de decisões judiciais, as partes alcançaram o objetivo de realização de oitivas adicionais, isto é, a reabertura da instrução do processo administrativo, realização de novas provas e novo prazo para apresentação de suas alegações finais.

O caso fora concluído pela SDE em 2006. No entanto, as representadas (Peróxidos do Brasil e outras pessoas físicas ligadas à empresa) conseguiram que fossem realizadas oitivas adicionais das representadas que haviam assinado o Acordo de Leniência com a SDE, com base no direito à ampla defesa, e obtiveram este direito no Judiciário.

Somente em 04/12/09, foi aprovado o parecer da Procuradoria do CADE e os autos foram encaminhados ao Conselheiro-Relator. Segundo foi possível analisar, após mais de 4 anos do encerramento da instrução processual, o caso continua em andamento no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e ainda não foi julgado, encontrando-se, atualmente, concluso ao Conselheiro-Relator.

Independentemente da necessidade ou não da oitiva de testemunhas, o fato é que houve um atraso de cerca de 3 anos no processo com a intervenção judicial. A apreciação pelo judiciário do pedido de suspensão do processo para oitiva durou cerca de 1 ano. A própria Administração foi também responsável pela demora, ao levar um período injustificável de tempo para a realização da providência instrutória pendente. Vale notar, porém que o processo administrativo admite instrução complementar pelo Conselheiro-Relator do CADE, de forma que o pedido das acusadas ainda poderia ser apreciado em instância administrativa. O recurso ao judiciário e a não familiaridade desse último com o processo decisório e instrutório na SDE e CADE acabou por criar uma ineficiência no tempo de análise. O processo poderia ter chegado ao CADE já em 2006 e a oitiva poderia ter sido feita pelo Conselheiro-Relator, sem necessidade de decisão judicial e reabertura do feito na Administração.

Exemplos como esse sinalizam aos acusados em âmbito administrativo que a possibilidade de recurso ao judiciário por meio de diversas ações pode ser uma boa estratégia para interromper ou atrasar a atividade administrativa antes de sua decisão final. Em duas destas ações, o processo foi suspenso por decisão liminar. Ao conseguirem a determinação do cumprimento do pedido na decisão de mérito proferida nos autos do MS 2006.34.00.023211-0, as demais foram extintas e reaberta a instrução administrativa. Portanto, o presente caso confirma a *H7*, segundo a qual a “suspensão de *cautelares administrativas* pelo Judiciário mitiga a eficácia da decisão administrativa e amplia os incentivos para se recorrer ao judiciário como expediente protelatório”.

E. Propostas de reformas:

A partir da análise do caso do Cartel dos Peróxidos, pode-se oferecer algumas sugestões que favoreçam a criação de um ambiente de maior segurança jurídica e que conceda maior eficácia às decisões administrativas, além do uso de regras processuais de

conexão e continência que foram importantes nesse caso para evitar uma demora ainda maior.

A demanda judicial poderia ter sido satisfeita no âmbito administrativo por meio de pleito ao Conselheiro-Relator. O conhecimento desses detalhes do rito processual das agências pode evitar intervenções que interrompam o andamento de uma instrução. O P. Judiciário pode resguardar-se e evitar recursos de natureza protelatória durante a instrução administrativa ao sinalizar aos acusados que esgotem seus pleitos e recursos no âmbito da própria Administração. Em última instância, como todas as decisões administrativas estão sujeitas à revisão judicial, cabe uma ponderação do magistrado sobre a conveniência de interrupção da atividade instrutória dada a possibilidade de apreciação final de todo o trabalho administrativo pelo judiciário.

F. Lista dos documentos analisados:

i) processo administrativo (08012.004702/2004-77):

- nota técnica e despacho n. 958/2004 da SDE (anexos à petição do MS 2006.34.00.022319-0);
- Acordo de Leniência (anexo à petição do MS 2006.34.00.022319-0);
- Parecer da Procuradoria do CADE no. 380/2009.

ii) processos judiciais

- Mandado de Segurança 2006.34.00.022319-0 (Sérgio Afonso Zini): petição do MS com pedido de liminar; resposta da SDE; decisão que reconhece a conexão entre este processo e o MS 2006.34.00.020406-7; sentença;
- Agravo de Instrumento no. 2006.01.00.032828-8: decisão;
- Mandado de Segurança 2006.34.00.020406-7 (Peróxidos): decisão de indeferimento da liminar; sentença;
- Agravo de Instrumento 2006.01.00.026713-0/DF: deferimento do pedido de efeito suspensivo (determinando a reabertura da instrução do procedimento administrativo), decisão;
- Mandado de Segurança 2006.34.00.023211-0 (Roberto Nascimento): decisão de deferimento da liminar; decisão que confirmou a determinação de oitiva das testemunhas; decisão que concedeu a segurança;
- Agravo de Instrumento 2006.01.00.032478-4/DF: suscitado conflito negativo de

competência;

- SLAT 2006.01.00.038630-3: decisão.

5.2.3. SUSPENSÃO LIMINAR DA EFICÁCIA DE DECISÕES E ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS

5.2.3.1 Caso do Cartel dos Genéricos

A. Hipótese(s) investigada(s):

H8: “A suspensão cautelar de decisões administrativas finais pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica”.

H9: Peculiaridades do sistema recursal brasileiro criam incentivos à ocorrência de recursos protelatórios, reduzindo a eficiência da decisão judicial.

H10: A ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais.

B. Tipo de decisão: Decisão sobre infrações à ordem econômica

C. Sumário:

Os laboratórios farmacêuticos e a ABIFARMA foram acusados da prática de ação coordenada a fim de delimitar a atuação dos distribuidores de medicamento no Brasil e prejudicar a introdução de medicamentos genéricos no mercado brasileiro. A condenação do CADE desencadeou duas levadas de numerosas medidas judiciais: a primeira foi em 2005, quando da decisão do CADE condenando os laboratórios pela prática de conduta anticoncorrencial e, a segunda, em 2007, após o julgamento desfavorável dos recursos administrativos interpostos pelos laboratórios. Os efeitos da decisão do CADE até a presente data estão suspensos por força de decisão judicial.

Contudo, o Poder Judiciário não se manifestou de forma coerente e coesa, tendo proferido decisões contraditórias e com carência de análises aprofundadas sobre a matéria de direito concorrencial.

D. Análise:

D.1. Breve descrição do caso no âmbito administrativo

O processo administrativo teve início com a Representação formulada pelo Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal (“CRF/DF”) contra a ABIFARMA e 20 (vinte) laboratórios farmacêuticos¹⁵⁷, protocolada em **01 de setembro de 1999**. O CRF/DF acusou as Representadas de formação de cartel, em virtude de indícios de ação coordenada no sentido de delimitar a atuação dos distribuidores de medicamento no Brasil e prejudicar a introdução de medicamentos genéricos no mercado brasileiro.

A Representação apresentou, como prova da conduta ilícita, cópia de ata de reunião realizada em 27 de julho de 1999, na Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo, cujos participantes eram gerentes de vendas das Representadas, ou aqueles em cargos equivalentes. Conforme foi abordado nos autos do Processo Administrativo 08012.009088/1999-48, dentre os temas presentes na pauta da reunião estavam (i) estratégias a serem adotadas quanto à forma de atuação dos distribuidores de medicamentos no mercado nacional e (ii) campanhas publicitárias contra medicamentos genéricos junto à classe médica e aos consumidores.

Em 27 de outubro de 1999, a SDE instaurou Processo Administrativo (autos n. 08012.009088/1999-48) por reconhecer indícios suficientes de prática passível de ser alcançada pela Lei n. 8.884/94, art. 21, incisos I, II, IV, V e XIII. Em seguida, em ato publicado no DOU de 08 de novembro de 1999, o Secretário de Direito Econômico adotou Medida Preventiva a fim de que as Representadas se abstivessem de: “(i) tomar qualquer atitude no sentido de excluir quaisquer distribuidores do mercado; (ii) de

¹⁵⁷ Abbot Laboratórios do Brasil Ltda., Akzo Nobel Ltda., Astrazenica do Brasil Ltda., Aventis Behring Ltda., Aventis Pharma Ltda., Bayer S.A., Laboratórios Biosintética Ltda., Boehringer Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Bristol-Meyers Squibb Farmacêutica S.A., Byk Química Farmacêutica Ltda., Eli Lilly do Brasil Ltda., Europharma Laboratórios Ltda., Glaxo Wellcome S.A., Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S.A., Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda., Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., Merck Sharp & Dohme Farmacêutico e Veterinária Ltda., Monsanto do Brasil Ltda., Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A., Sanofi Synthelabo Ltda.. Vale notar que nem todos os nomes das empresas listadas como Representadas pelo CADE corresponde aos nomes das empresas que questionaram a decisão administrativa judicialmente por razões societárias.

adotar qualquer medida que visasse ao boicote ou discriminação de distribuidores que comercializem medicamentos similares/genéricos, garantindo-lhes o fornecimento de produtos éticos dentro das condições usuais de venda; (iii) reduzir, de forma concertada, os descontos praticados para os planos de saúde de um modo geral e, em especial, para as Unimed.” Contra esta decisão foram interpostos Recursos Voluntários (n^{os} 005/99, 010/99, 011/99, 012/99, 013/99 e 014/99) pelas Representadas, julgados improcedentes pelo CADE, em 1º de dezembro 1999, que confirmou a Medida Preventiva.

Ao final, em **novembro de 2005**, no julgamento do processo principal, o CADE concluiu pela condenação dos laboratórios com base nas infrações contidas no art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21, incisos I, IV, V, XIII da Lei 8.884/94, com exceção da Janssen-Cilag Farmacêuticas Ltda. (“Janssen”) que além dos dispositivos citados foi condenada ainda pela prática prevista no art. 21, II da Lei 8.444/94 em razão da sua atuação como líder do grupo. Como consequência, foram aplicadas multas no valor de 1% sobre o faturamento bruto do último exercício para todos os laboratórios e, no valor de 2%, para a Janssen, além da publicação de Nota Pública contendo extrato da decisão do CADE em jornal de maior circulação nacional por todos os laboratórios (**Acórdão** publicado em **10 de novembro de 2005** e republicado em **08 de maio de 2006**).

É importante notar que, anteriormente à definição do posicionamento do CADE, o Conselheiro-Relator havia se pronunciado pela insuficiência de provas para a condenação das Representadas. Após análise complementar, solicitada pelo Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, a fim de fazer constar nos autos informações econômicas sobre a indústria farmacêutica nacional no período imediatamente posterior à conduta imputada às Representadas, verificou-se existir elementos suficientes para a condenação dos laboratórios envolvidos (cf. Relatório complementar e voto-vista do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, especialmente tópico 2.3.3.). Em face dessa decisão, foram interpostos dezenove Embargos de Declaração, nos quais foram levantados vícios formais largamente discutidos pelos Conselheiros em suas análises. Os Embargos de Declaração foram julgados parcialmente procedentes em 07 de novembro de 2007, com reformulação sobre aspectos insignificantes com relação à decisão de condenação. O CADE deu provimento ao pedido de imprecisão quanto à definição de “jornal de maior circulação nacional”, e ao equívoco quanto ao dispositivo citado no voto condutor (“onde se lê a referência ao art. 25, leia-se art. 46 da Lei 8.884/94”), estando rejeitados os demais pedidos.

D.2. A corrida aos tribunais no caso do Cartel dos Genéricos

A profusão de medidas processuais no caso do Cartel dos Genéricos respeitou as fases do procedimento administrativo no CADE, tendo sido identificadas duas leva de medidas judiciais a fim de obstar os efeitos da decisão administrativa ou anulá-la.

A *primeira leva de processos* data de novembro de 2005, quando da publicação do acórdão pelo CADE, durante período em que estariam suspensos prazos processuais nessa instância administrativa, em razão do término do mandato do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Os laboratórios ingressaram em juízo argumentando que o ato (publicação do acórdão) era inválido, uma vez que fora realizado durante período em que se encontravam suspensos os processos em trâmite no órgão administrativo diante da insuficiência de *quorum* (violação ao art. 4º, §5º c/c art. 49, parágrafo único, da Lei 8.884/94 e nas Resoluções CADE nº 26 e 40). Às medidas principais se seguiram recursos, em sua maioria do próprio CADE, a fim de reverter a suspensão dos efeitos da sua decisão, os quais não encontraram acolhimento pelo Poder Judiciário.

Essas medidas judiciais foram extintas sem julgamento de mérito em razão da republicação do acórdão pelo CADE em 08 de maio de 2006. Não foi por outra razão que a duração média desses processos foi de aproximadamente 167 dias (o equivalente a 5 meses e meio), exatamente o tempo normal para se levar a republicação do acórdão ao juízo e se encerrar o processo sem julgamento de mérito. A única exceção a essa regra foi o Mandado de Segurança impetrado pelos Laboratórios Biosintética Ltda. (“Biosintética”) que levou 677 dias (aproximadamente 22 meses e meio) para que fosse preferida decisão final de encerramento sem julgamento de mérito, quase um ano e meio após a republicação do acórdão pelo CADE (MS 2005.34.00.033988-3/DF).

Destoa desse conjunto de decisões a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela Bristol-Meyers Squibb Farmacêutica S.A. que, antes mesmo da republicação do acórdão pelo CADE, indeferiu o pleito com fundamento na ausência de qualquer prejuízo à impetrante (MS 2005.34.00.033906-4/DF)¹⁵⁸. Apesar da decisão

¹⁵⁸ *In verbis*: “... como bem anotou a autoridade impetrada em suas informações de fls. 109/121, corroboradas com o parecer ministerial de fls. 124/128, cujos fundamentos também adoto como razão de decidir, inexistente o alegado vício procedimental que, mesmo tendo sido cogitado pelo raciocínio diligente da impetrante, não lhe traria prejuízo capaz de ensejar a nulidade procedimental pretendida, máxime diante da atual conjuntura, em que o quórum mínimo do CADE, pelo decurso natural do tempo,

de mérito proferida em 2005, o laboratório ingressou em juízo com Ação Anulatória de Ato Administrativo, em 17 de dezembro de 2007, a fim de anular a decisão do CADE – movimento que ilustra a segunda fase que será tratada a seguir. Por ora, resta ressaltar que este procedimento ainda aguarda julgamento, ficando suspensa a decisão do CADE de pagamento de multa e da publicação de Nota Pública por força de liminar judicial.

A *segunda leva* de medidas judiciais deu-se logo após o julgamento dos Embargos de Declaração pelo CADE, em **07 de novembro de 2007**, que, como visto manteve a decisão tomada em novembro de 2005, com pequenos esclarecimentos. Ou seja, a simples discussão da data de publicação do acórdão no judiciário trouxe uma demora de 2 anos para o julgamento dos Embargos de Declaração pelo CADE, sem qualquer alteração significativa da decisão original.

O objeto das medidas judiciais compondo a *segunda leva* variava:

- (a) a suspensão dos efeitos da decisão do CADE,
- (b) o estabelecimento de garantia do juízo nas hipóteses de concessão do pedido liminar de antecipação da tutela, já que algumas decisões não especificaram ou restringiram as formas de garantia do juízo, e
- (c) a anulação da decisão do CADE por existência de vícios formais.

Os pedidos liminares de antecipação da tutela para suspender a exigibilidade da multa e da obrigação de veicular Nota Pública foram concedidos nas medidas processuais de 2007. Para sua concessão, foram apresentados os seguintes fundamentos: (i) quanto ao pagamento da multa, “de difícil reparação do eventual dano, que teria de submeter a parte autora ao calvário da repetição do indébito e conseqüente precatório” e (ii) quanto ao dever de veicular Nota Pública, “tal providência resulta em grande prejuízo para e a empresa, sendo o caso de suspensão da obrigação até o julgamento de final desta Ação, sob pena de difícil reversibilidade do dano.” (AC 2007.34.00.043998-2/DF).

Em apenas dois casos foram observadas decisões divergentes, às quais serão abordadas mais adiante. Por ora, com os fundamentos trazidos pelas decisões judiciais que

certamente já foi recomposto para permitir a contagem de novo prazo, a partir do encerramento da interrupção automática inquinada.”

analisam os pedidos liminares, é possível afirmar que as peculiaridades do sistema processual de ações e recursos, aliado à morosidade do judiciário, permitiram que, por meio de juízo sumário, as medidas administrativas fossem suspensas por anos, reduzindo sua efetividade (tema contemplado pela *H9*).

Note-se que os argumentos de violação de direito de defesa, ao devido processo legal administrativo, bem como de outros vícios formais se repetiram, sem que fossem acrescentados quaisquer elementos novos em relação aos pleitos do período anterior (2005) e até mesmo dos processos administrativos discutidos no âmbito do CADE. Até a presente data, as medidas judiciais iniciadas em 2007, em sua maioria Ações Anulatórias de Ato Administrativo, ainda aguardam julgamento de sentença.

Vale notar que a medida cautelar adotada pelo Secretário de Direito Econômico, primeira medida restritiva, não foi responsável pelo início da “corrida ao Judiciário” pelos laboratórios. Esse silêncio e a posterior movimentação dos laboratórios em 2005 e em 2007 podem apontar para o fato de as medidas impostas pela decisão cautelar terem sido consideradas, pelos laboratórios, como de baixo grau de intervenção nas atividades econômicas, não compensando, assim, eventual custo (e.g. financeiro, administrativo, etc.) incorrido com o questionamento perante o Poder Judiciário.

D.3. Caso do Cartel dos Genéricos: anotações sobre a qualidade da decisões judiciais em matéria concorrencial

Quanto à hipótese *H10*, segundo a qual “a ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais”, o caso do Cartel dos Genéricos parece ilustrá-la.

As medidas judiciais iniciadas em 2005 foram extintas sem julgamento de mérito, tendo havido apenas uma exceção, a ser analisada a seguir.

Os processos judiciais iniciados em 2007, apesar de terem passado quase três anos das suas proposituras, ainda aguardam julgamento final, restando prejudicada qualquer análise profunda sobre a qualidade das decisões judiciais. Mesmo assim, algumas

decisões, ainda que interlocutórias e de forma breve, apontam para a complexidade da matéria a ser tratada pelos magistrados (por exemplo, primeira decisão interlocutória proferida nos autos da AO 2008.34.00.001816-7).

Além disso, a partir dos documentos levantados no Conflito de Competência n. 2008.01.00.004367-8/DF, suscitado em sede de Agravo de Instrumento de mesma numeração, ficou registrado que não existia, até aquele momento, clareza quanto à matéria objeto das medidas judiciais a serem analisadas pelos Desembargados. O fato de ter sido cominada multa pelo órgão administrativo levou alguns magistrados de segundo grau a acreditarem que a competência para julgar os recursos caberia à 4ª Seção, conforme jurisprudência mais antiga do tribunal: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENALIDADE IMPOSTA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. JUÍZO COMPETENTE 4ª SEÇÃO. ART. 8º, §4º, INC. VIII, RITRF. EMENDA REGIMENTAL N. 5, DE 20/04/2004. 1. Compete às Turmas integrantes da Quarta Seção desta Corte o processo e julgamento de feitos relativos a multas de qualquer natureza, nos termos da redação dado ao inciso VIII do §4º do artigo 8º do RITRF 1ª Região, pela Emenda Regimental n. 5, de 20/04/2004. 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Magistrado Suscitado, integrante da Quarta Seção.” Contudo, em decisões mais recentes, foi reconhecida que a mera aplicação da multa não afetaria a discussão principal, a qual gira em torno de questões que envolvem processo administrativo (cf. Caso dos Shoppings Centers - CC 2004.01.00.045341-3/DF, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, DJ de 28/09/2007). Assim, decidiu-se, ao final, que caberia à 3ª Seção processar e julgar os recursos, por se tratar de matéria de direito administrativo a anulação de acórdão do CADE.

Diante da ausência das decisões judiciais finais no caso ora analisado, no lugar de uma análise mais profunda quanto ao conteúdo dessas decisões, o caso do Cartel dos Genéricos suscita alguns comentários sobre outras questões igualmente importantes para a qualidade das decisões judiciais sobre direito da concorrência. Exemplo disso é o fato do judiciário proferir decisões contraditórias, ainda que os casos sejam similares.

Seria desejável que as decisões mantidas, ainda quando tenham sido proferidas por juízos diferentes, guardassem certa coerência. É curioso notar que tanto na primeira (2005) quanto na segunda leva (2007) de medidas judiciais, os pedidos liminares de

antecipação de tutela foram concedidos aos laboratórios para que, mediante apresentação de caução, fossem suspensos os efeitos da decisão do CADE. Dúvidas houve sobre a forma como seria prestada a garantia, já que algumas decisões interlocutórias mencionaram apenas o depósito em juízo do valor integral correspondente, sendo certo que os efeitos da decisão administrativa estariam suspensos.

Vale assinalar que as decisões liminares que concederam a antecipação de tutela por vezes apresentavam discurso retórico sobre a presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos praticados pelo CADE ou o cuidado desse órgão com o processamento das medidas administrativas que culminaram na imposição de multa. Contudo, ao final, reconheciam terem sido preenchidos os requisitos para a suspensão dos efeitos da decisão administrativa mediante a garantia do juízo.¹⁵⁹

Identificou-se, contudo, três casos em que a convicção do magistrado foi contrária à tendência geral verificada em grande parte do conjunto analisado de medidas, segundo a qual prevaleceu a decisão de suspender os efeitos da decisão administrativa mediante a concessão do pedido liminar.

O primeiro deles foi verificado nos autos do Mandado de Segurança n. 2005.34.00.033987-0/DF impetrado pela Altana Pharma Ltda. (“Altana”). A liminar foi indeferida por não ter sido reconhecido qualquer prejuízo ao laboratório com a publicação da decisão do CADE durante a suspensão dos prazos processuais. A parte final da decisão interlocutória afirmou que “[é] certo que tal recurso [Embargos de Declaração contra decisão do CADE] deverá ser julgado em sessão plenária, conforme dispõe o art. 3º, §3º da Resolução nº 26/2002 do CADE, cuja deliberação só poderá ser tomada com a recomposição do número mínimo de cinco Conselheiros, tal como dispõe o art. 49 da Lei n. 8884/94. Isto, contudo, diz respeito à economia interna do CADE e

¹⁵⁹ A título de exemplo, vale citar trecho da decisão proferida nos autos da AO 2008.34.00.000497-4: “Por outro lado, verifico pelos documentos carreados aos autos, que foi devidamente oportunizado ao autor, na ocasião do processo administrativo ora impugnado, a plena possibilidade de defesa, em atenção ao princípio constitucional do devido processo legal. Cabe frisar que a decisão administrativa contra a qual se insurge foi, ainda que por maioria, chancelada não apenas pelo Plenário do CADE como pelos pareceres prévios da SDE e da Procuradoria Federal especializada junto àquela autarquia, situação que constitui indício de que o ato administrativo impugnado é a princípio legítimo e que a Administração Pública, na espécie, ao menos em exame inicial, agiu em conformidade com a legalidade. Assim, as afirmações da inicial e documentos juntados pelo autor não infirmam a conclusão do CADE, a revelar que a presunção relativa de legalidade e veracidade do ato administrativo não merece ser neste momento desconstituída.”

nada tem a ver com a interposição do recurso pela parte interessada. Por tais razões, INDEFIRO a liminar pleiteada.” Ao final, o MS foi extinto sem julgamento do mérito, como todos os demais, conforme exposto acima.

As duas outras decisões que negaram a suspensão dos efeitos da decisão do CADE foram proferidas na segunda leva de questionamento judicial. A primeira delas se deu nos autos da Ação de Conhecimento (2007.34.00.044314-6/DF) proposta pela Bayer S.A. (“Bayer”) em que o magistrado decidiu indeferir o pedido liminar por entender que *“[o]s documentos que instruem a inicial demonstram que a medida ora impugnada foi legalmente aplicada, tendo em vista que houve regular processo administrativo instaurado. Foi obedecido o devido processo legal processual. Por conclusão, não há, ao menos nesse exame superficial, de cognição sumária, como conceder a antecipação da tutela pretendida na inicial.”* Note-se, todavia, que posteriormente esse mesmo magistrado concedeu a antecipação da tutela quando, em sede de pedido de reconsideração, a Bayer apresentou Carta Fiança a fim de garantir o juízo. O mesmo ocorre na medida judicial proposta pela Akzo Nobel Ltda. (“Akzo”), com a peculiaridade de que a revisão da decisão interlocutória nesse caso se deu em virtude da remessa da referida medida ao juízo prevento, que já havia concedido a antecipação de tutela na ação principal (AO 2007.34.00.044419-6).

A partir dessas três decisões contrárias à convicção dos magistrados consignada na maioria das medidas judiciais, é possível identificar a possibilidade de existência de decisões contraditórias em processos que guardam significativas semelhanças entre si quanto ao objeto e pedido. Regras como a da prevenção e conexão auxiliaram na uniformização do entendimento judicial, como ocorreu no caso da medida proposta pela Akzo. Contudo, elas ainda foram insuficientes para evitar as decisões nos autos das medidas propostas pela Bayer e, sobretudo, pela Altana, que era terminativa e tratou do mérito. Por conta da existência de múltiplos processos reunidos em fases processuais distintas, verificou-se nos processos iniciados em 2007 a suspensão da tramitação da maioria dos processos, neste caso por recomendação do Ministério Público Federal, contribuindo para a morosidade do Judiciário, que decidirá ao final se a decisão do CADE permanecerá válida ou não (cf. Decisão n. 265/2007 proferida nos autos da AO 2007.34.00.44419-6 proposta pela Akzo Nobel Ltda).

Outro aspecto importante para a qualidade das decisões judiciais sobre direito da concorrência diz respeito à ideia de que a sua qualidade tenha como causa a ausência de expertise dos magistrados sobre essa área do direito. O caso do Cartel dos Genéricos mostra que não se trata propriamente de um problema de realização ou não de perícia judicial e que esse instrumento tradicional, a realização de uma perícia, pode inclusive ser mais um entrave à celeridade do processo. Mais do que isso, basta que a realização de perícia seja objeto de deliberação e decisão para que haja atraso.

O juízo da 4^a vara, reconhecido como competente para processar e julgar diversos processos semelhantes sobre o caso ora em análise, após um ano da nomeação do perito contador/economista, deferiu pedido de exoneração por entender “*não haver matéria para ser dirimida por sua esfera de conhecimento.*” (cf. AO 2008.34.00.000638-5). O problema identificado neste caso guarda pouca relação com a ausência de conhecimento do magistrado sobre o tema, já que se trata apenas de mera análise de vícios em processo administrativo no âmbito do CADE, e mais relação com o tempo que levou o judiciário para considerar desnecessário os serviços do perito. Note-se que a decisão com a nomeação do perito data de 01/06/2009 e a decisão que o exonera data de 22/06/2010. Essa demora de 1 ano poderia ser evitada caso já se contasse com uma vara especializada e capaz de apreciar questões que envolvam matéria técnica econômica ou setorial, sem necessidade de deliberações sobre adequação ou não de perícia, ou mesmo de realização de perícia. Em casos de direito concorrencial a expertise econômica tem menos a ver com a produção de uma prova pericial econômica do que com o domínio de conceitos econômicos para valoração adequada das provas.

E. Conclusão: aprendizado para futuras reformas

Nessa seção final, serão reunidas algumas conclusões alcançadas nesse estudo sobre o Cartel dos Genéricos e, com o cuidado que as generalizações requerem, estendê-las para outros casos.

A judicialização dos processos pelos laboratórios farmacêuticos deu-se em resposta à decisão do CADE que impôs “severa” punição pecuniária – no caso do Cartel dos Genéricos, o pagamento de multa e de veiculação de Nota Pública em jornal de grande circulação. A cada momento em que essa decisão se tornaria exigível houve recurso ao

Poder Judiciário, ainda que para isso fossem utilizados argumentos formais que apresentam pouco apelo.

No caso da publicação do acórdão durante período em que os prazos processuais no CADE estariam suspensos, não poderia levar, nem mesmo o mais severo dos formalistas, à anulação de todo o processo ou da decisão em si, diante da republicação do acórdão após a retomada dos prazos processuais com a recomposição do quorum do CADE. Dessa forma, é possível concluir que a excessiva permissibilidade com esse tipo de demanda ou argumento formal (conhecido como o problema do “cavalheirismo judicial”) cria incentivos para essa corrida ao Judiciário.

Ainda que, ao final, tais demandas dificilmente se mostrem frutíferas, diante da fragilidade dos argumentos apresentados acabam por enfraquecer a efetividade das decisões do CADE. Isso porque, ainda que elas sejam acertadas, do ponto de vista de complexidade e de especificidades, têm seus efeitos suspensos por longo período de tempo, certamente com ganhos reais para as empresas que podem atrasar o pagamento da multa por largo período. O judiciário acaba por se transformar em instrumento de administração de débitos.

Mas mesmo quando a empresa garante a obrigação, há perda de efetividade do órgão, haja vista que a decisão, além de conter uma multa, explícita ou implicitamente contém uma determinação de cessação de práticas que podem afetar a dinâmica de mercado. De fato, as medidas em geral podem ser tomadas, do ponto de vista prático, após o trânsito em julgado da sentença judicial de mérito. No entanto, essa suspensão de efeitos, por força de decisão judicial, acaba por gerar uma perda de efetividade das decisões administrativas. É dizer, a regra conferida pelo art. 60 da Lei 8.884/94 (“[a] decisão do Plenário do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou de não fazer, constitui título executivo extrajudicial”) é invalidada pelo uso que se têm dado à possibilidade prevista no art. 65 da mesma Lei (“o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.”). O que deveria ser usado como exceção – suspensão da execução da decisão administrativa – tem sido a regra: ajuíza-se ação, garante-se o juízo, suspensa está a exigibilidade da

decisão do CADE. Em suma, seria interessante exigir dos tribunais uma avaliação mais cuidadosa dos prejuízos causados também para o CADE, não apenas para a parte condenada.

Outra situação a ser apontada, desta vez a enfraquecer as decisões judiciais, é quanto à possibilidade de serem proferidas decisões diferentes e incoerentes em casos em que tenham múltiplos atores questionando determinada decisão judicial. Como visto anteriormente nas decisões interlocutórias que apreciavam o pedido de antecipação de tutela formulado pelos laboratórios, apenas em um caso (do total de três) a regra da prevenção solucionou problema das decisões divergentes. Ainda restaram dois laboratórios que permaneceram com decisões diferentes daquelas conferidas à maioria dos laboratórios que apresentaram objeto e causa de pedir idênticos. Especial atenção deve ser conferida ao caso da Altana em que fora proferida sentença com julgamento do mérito. Isso aumenta os incentivos para que as partes ingressem individualmente em juízo, gerando a corrida descrita nesta análise.

Enfim, conforme verificado no caso Unimed (frise-se, aqui, em menor grau), a ausência de qualquer sistema de harmonização das decisões cria a possibilidade de se discutir uma mesma questão em múltiplas e sucessivas ações judiciais, permitindo que as empresas protelem a execução da decisão administrativa (*H9*). Isso não só prejudica a eficácia do sistema de defesa da concorrência, como também gera dispêndio desnecessário de recursos tanto na administração pública quanto no judiciário (ineficiência).

Vale, ainda, mencionar que apesar de as *H3* (a existência de falhas processuais, em particular a ofensa ao devido processo legal, constitui causa relevante para recurso ao judiciário) e *H4* (a qualidade, legalidade e transparência das decisões administrativas reduzem as oportunidades de recursos, reduzindo a contestação judicial) não terem sido objeto dessa análise, o caso Cartel dos Genéricos, assim como o caso Unimed, também ilustra que os recursos ao judiciário independem da existência efetiva de falhas processuais e não parecem ser reduzidos pela qualidade, legalidade e transparência das decisões administrativas (contra *H3* e contra *H4*).

F. Lista dos documentos analisados:

No âmbito administrativo, foram analisadas decisões do CADE (incluindo relatórios, relatórios complementares quando existentes, voto do conselheiro relator e votos vogais, quando existentes) nas seguintes medidas:

- Processo Administrativo n. 08012.009088/199-48 (principal);
- Embargos de Declaração ao Processo Administrativo 08012.009088/199-48;
- Recursos Voluntários n. 005/99, 0006/99, 007/99, 008/99, 009/99 (todos eles referentes à medida preventiva adotada pela SDE nos autos do Processo 08012.009088/199-48).

No âmbito judicial, foram analisadas medidas judiciais propostas pelos laboratórios farmacêuticos a fim de (i) suspender o prazo para interposição de recurso administrativo junto ao CADE, (ii) anular ato administrativo da presidente do CADE, e (iii) reformar a decisão administrativa do CADE. Para cada medida judicial principal seguiram recursos para cada decisão (interlocutória ou final) proferida pelas autoridades judiciais. Tais recursos foram patrocinados tanto pelos laboratórios farmacêuticos quanto pelo próprio CADE. Para detalhes a respeito das medidas judiciais e respectivos recursos, vide *Complemento/CD* do relatório parcial da 2ª Fase da pesquisa (“Tabela: Medidas Judiciais relativas ao Caso Cartel dos Genéricos”).

5.2.3.2 Caso da intervenção na operadora de plano de saúde Hospital São Marcos

A. Hipóteses investigadas:

H3: A existência de falhas processuais, em particular a ofensa ao devido processo legal, constitui causa relevante para recurso ao judiciário.

H8: A suspensão *cautelar de decisões administrativas finais* pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica.

B. Tipo de decisão: decisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS que instaurou regime de Direção Fiscal na operadora de plano de saúde Hospital São Marcos S/A

C. Sumário:

Em 02/02/2005, após análise dos dados econômico-financeiros, a ANS instaurou o regime de Direção Fiscal na operadora de plano de saúde Hospital São Marcos S/A e nomeou Diretor Fiscal o Sr. Sidnei Tadeu Pinto e Christo, em razão de denúncia. Em seguida, verificou que a operadora não tinha condições de continuar operando no mercado de saúde suplementar. Assim, o processo administrativo que deu origem à Direção Fiscal foi arquivado e um novo processo administrativo foi instaurado. Este processo determinou alienação da totalidade da carteira de clientes da operadora que, segundo afirma a operadora, teria ocorrido sem ter sido intimada para se fazer representar ou se defender. Diante da decisão da ANS, a operadora impetrou mandado de segurança (processo judicial n. 2005.51.01.019537-0). Não houve deferimento de liminar em primeira instância e o mandado de segurança foi extinto sem exame de mérito. A Impetrante apelou e ingressou com ação cautelar (processo judicial n. 2005.02.01.010407-5) no Tribunal Regional Federal da 2ª. Região (TRF2) para que, até o julgamento da apelação, a ANS não promovesse a alienação de sua carteira. Esse Tribunal, liminarmente e ao final, julgou procedente o pedido cautelar.

Foram propostas sucessivas ações, atacando atos administrativos conexos da ANS, relativos à operadora São Marcos. O TRF2 deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela operadora, sob o argumento de que ainda vigorava o acórdão proferido na mencionada ação cautelar, impedindo a ANS de promover a alienação de carteira do Hospital São Marcos. Em face desse acórdão, a ANS apresentou pedido de suspensão (STF / SS 3543), pleiteando o deferimento da medida para permitir a adoção de todas as providências administrativas cabíveis, inclusive a alienação de carteira e liquidação extrajudicial da operadora. O STF concedeu em parte a segurança, possibilitando apenas a instauração do regime de direção fiscal e o afastamento dos administradores.

D. Análise do caso:

Trata-se de caso em que a operadora de plano de saúde Hospital São Marcos S/A objetiva a anulação de todo o processo administrativo que deu origem à decisão de alienação da totalidade de sua carteira de clientes com base no argumento de que não foram assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Desde 2004, a ANS

havia realizado reiteradas intervenções junto à operadora, buscando a regularização de problemas administrativos, econômicos e financeiros.

Segundo informações contidas no processo administrativo nº 33902.084879/2004- 61 instaurado pela ANS em face do Hospital São Marcos relatadas no acórdão da Medida Cautelar n. 2005.02.01.010407-5:

O Regime de Direção Fiscal foi instaurado no Hospital São Marcos, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS, por meio da Resolução Operacional – RO nº 235, de 1º de fevereiro de 2005, publicada no Diário Oficial da União –DOU de 2 de fevereiro de 2005, devido à constatação de alguns pontos críticos concernentes à situação econômico-financeira da operadora, que estariam influenciando no seu desempenho.

(...)

Impende esclarecer que o objetivo da direção fiscal é o pleno restabelecimento da operadora, sem interferência direta nos atos de sua diretoria, que permanecerá respondendo em plenitude pela condução dos seus próprios negócios.

A respeito da Direção Fiscal, esclarece a ANS (no contexto do seu pedido de agravo interno que será analisado adiante):

Salienta-se que a Direção Fiscal de uma operadora pode ser determinada quando a ANS constata irregularidades graves, como a não-aprovação ou descumprimento de plano de recuperação. A partir da sua instalação, a administração da operadora passa a ser acompanhada e controlada por representante designado pela agência. Na direção Fiscal, também os bens dos controladores ficam indisponíveis. Esta forma de interferência pode levar, ainda, ao cancelamento de registro da operadora (nos casos em que não há usuários ou débitos com prestadores) A intervenção é encerrada quando a operadora demonstra condições de recuperação. Nos casos em que a incapacidade de recuperação da operadora fica evidenciada, é decretada sua liquidação extrajudicial, que pode ser transformada em falência por solicitação da ANS.

Portanto, ante a constatação da insuficiência da instauração da Direção Fiscal, visto que a operadora descumpriu as exigências regulatórias da ANS, continuou inadimplente com tributos federais e municipais, permaneceu com seu patrimônio líquido negativo, entre outros fatores analisados pela ANS, foi rejeitado o plano de saneamento e houve a

necessidade de intervenção mais intensa, com alienação da carteira da operadora para posterior liquidação extrajudicial.

Contra este ato administrativo, o Hospital São Marcos S/A ingressou com o mandado de segurança n. 2005.51.01.019537-0. No mandato, a operadora afirmou não ter sido intimada pela agência para se fazer representar ou se defender no âmbito do processo administrativo instaurado. Além disso, requereu toda a documentação referente ao mencionado processo administrativo, que encontrava-se em poder exclusivo da ANS.

O mandado de segurança n. 2005.51.01.019537-0 foi extinto sem julgamento do mérito, por ausência de direito líquido e certo verificável sem dilação probatória. A operadora apresentou, em seguida, a ação cautelar n. 2005.02.01.010407-5, cujo pedido foi acolhido. Segundo a decisão:

São requisitos necessários para o manejo da ação cautelar o fumus boni iuris e o periculum in mora, elementos autorizadores que se encontram presente in casu, na medida em que, num exame próprio desta deliberação, como assentado na liminar deferida, “a plausibilidade do direito invocado – inobservância das regras do artigo 5º incisos LIV e LV, da Carta da República – e, a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação – iminência da alienação não onerosa da carteira de clientes da autora – a par de que, tal procedimento poderá ser, eventualmente, realizado posteriormente, sem prejuízo para a parte ré” se mostram, diante da documentação acostada, patentes

(...)

Da documentação acostada, impõem-se a procedência do pedido exordial, para sustar-se o leilão ou qualquer outra forma de alienação da carteira de clientes do autor, até o julgamento do recurso de apelação.

A ANS interpôs agravo interno, alegando que a argumentação da operadora (de que ocorreria desrespeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório) não se sustentava conforme demonstra a comunicação da ANS, via ofício, requerendo informações ou juntada de documentos, diligências estas respondidas pela operadora. A respeito do procedimento administrativo, a agência afirmou ainda:

Maliciosamente afirma o autor que o processo de direção fiscal foi arquivado e aberto outro para a determinação da alienação de sua carteira, sem o seu conhecimento.

A verdade pende para outra direção. Junta-se cópia integral do processo administrativo no. 33902.015637/2005-17 que versa sobre o regime de direção fiscal e a alienação da carteira. Cai por terra toda a alegação do autor: ausência de ciência. Não há dois processos! O processo é um só ! E sempre contou com toda a ciência e participação do autor, conforme evidencia (sic) pelos inúmeros documentos juntados naquele.

Foi negado provimento ao recurso, não se vislumbrando, segundo a decisão, a assertiva veiculada pela ANS, de que o processo sempre contou com a ciência do autor.

Impetrado novo mandado de segurança pela operadora, MS n. 2006.51.01.021059-3, contra atos conexos da ANS – por estar impedida de alienar a carteira da operadora, a ANS iniciou novo regime de direção fiscal e, diante do descumprimento de diversas instruções do Diretor Fiscal pelos diretores da operadora, determinou o afastamento provisório do Diretor Presidente e Diretor Financeiro do Hospital São Marcos. O pedido da medida liminar foi denegado, assim como a apelação apresentada. Segundo a decisão, estão ausentes os requisitos ensejadores, não se encontrando presente o *fumus boni iuris*, na medida em que há previsão no *caput* e nos §§1º e 2º do artigo 24 da Lei n.º 9.656/98, com redação dada pela MP n.º 2177/2001 da instauração por parte da ANS, do regime de direção fiscal e imediato afastamento do administrador e do diretor da operadora de planos privados de assistência à saúde, na hipótese de descumprimento das determinações do diretor-fiscal.

A operadora apresentou, em seguida, agravo de instrumento, cujo provimento foi concedido pelo TRF2, tendo em vista o trânsito em julgado da Medida Cautelar que deferiu a liminar suspendendo os atos administrativos da ANS e a atitude temerária da agravada com nova intervenção, contrariando o que já havia sido deferido na r. decisão judicial. O acórdão determinou a suspensão das deliberações administrativas tomadas pela agência, quais sejam: a instauração do regime de direção fiscal, nomeação do Diretor Fiscal, afastamento do diretor presidente e financeiro da operadora e continuidade do processo administrativo. Com o objetivo de sustar os efeitos da decisão do TRF2 nos autos do agravo de instrumento, a ANS apresentou pedido de suspensão de segurança baseado em argumentos de lesão à ordem, à economia, à segurança e à saúde públicas.

O pedido de suspensão da segurança foi deferido parcialmente, para permitir que a ANS promovesse as medidas de instauração do regime de direção fiscal e afastamento dos diretores da operadora, mantendo a proibição de a agência promover a alienação da carteira de clientes da operadora com posterior liquidação extrajudicial. A decisão ressaltou que toda a discussão dos processos apresentados pela operadora impede a fiscalização da operadora pela ANS. Enfatizou, ainda, que os atos da agência estavam em conformidade com as determinações da lei n. 9.656/98. Esta decisão, portanto, buscou garantir o exercício do poder-dever institucional da agência, de modo que esta pudesse manter a adequação, controle e qualidade dos serviços ofertados pela operadora, conforme a regulação determinada pela lei n. 9.656/98.

E. Algumas conclusões:

Como observado, a operadora Hospital São Marcos S/A objetiva a anulação do processo administrativo que culminou na decisão de alienação de sua carteira de clientes. A operadora afirma que não teve acesso ao processo administrativo, o qual teria transcorrido sem que a operadora tenha sido notificada para que pudesse se fazer representar ou se defender. No entanto, a ANS apresentou documentação que evidencia a ciência da operadora, que prestou informações e respondeu pedidos da agência formulados no curso desse processo administrativo. Portanto, deve-se verificar se o presente caso ilustra a hipótese 3, segundo a qual “a existência de falhas processuais, em particular a ofensa ao devido processo legal, constitui causa relevante para recurso ao judiciário”.

Deve-se, primeiramente, confirmar o importante papel cumprido pelo Judiciário de corrigir eventuais irregularidades no processo administrativo, conforme a hipótese 3. No entanto, ainda que o argumento apresentado pela agência não tenha sido acolhido pela decisão do agravo interno, que entendeu não ter havido ciência da operadora, seria possível vislumbrar, diante da presença de indícios de conhecimento da operadora, que o recurso ao Judiciário pela operadora não se baseou somente na efetiva ocorrência de falhas processuais, mas também no interesse de alterar o mérito da decisão administrativa.

Em seguida, deve-se trazer à análise também a hipótese 8, segundo a qual “a suspensão *cautelar de decisões administrativas finais* pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia

da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica.” O caso parece confirmar esta hipótese, visto que a demora da decisão judicial representou a interrupção da atividade regulatória da agência e, conseqüentemente, a exposição dos consumidores do serviço regulado ao risco de perderem a sua proteção, principalmente diante da evidência quanto à condição financeira da operadora. Além do prejuízo à eficácia da decisão administrativa, portanto, deve-se destacar que trâmite judicial marcado por decisões divergentes, ora concedendo cautelares ora revogando-as, gerou bastante insegurança jurídica, afetando negativamente não apenas a ANS, como também a empresa e os consumidores.

F. Lista dos documentos analisados

- MS 2005.51.01.019537-0 (posteriormente apelação)
 - o Desp. 1 (sobre inexistência da prevenção)
 - o Desp. 2 (declara extinto o processo sem julgamento do mérito, por falta de condição especial da ação de mandado de segurança, qual seja a ausência de direito líquido e certo verificável sem dilação probatória) – fls. 23 e 24
 - o Desp. 3 (recebe o recurso de Apelação de fls. 92/98 no duplo efeito, aplicando, in casu, o art. 520, caput, 1ª parte, do CPC, tendo em vista que continua a produzir efeitos a tutela de urgência deferida em instância superior em favor da Apelante)
 - o Desp. 4 (ordena cumprimento do acórdão)
 - o Desp. 5 (ordena remessa ao MPF)
 - o Desp. 6 (concede vista ao impetrante)
 - o Desp. 7 (ordena cumprimento das fls. 1376 tendo em vista que a decisão transitada em julgado não priva a Agência, de forma infinita, do exercício de suas atribuições; apenas determina que sua competência seja exercida com observância da Carta da República, art. 5º, LIV e LV)
 - o Desp. 8 (suspende o processo)
 - o Desp. 9 (ordena remessa ao MPF)
 - o Desp. 10 (determina que transitado em julgado, nada sendo requerido, dê-se baixa, e arquivem-se)
 - o Desp. 11 (analisa ED considerando que inexistente omissão, contradição ou obscuridade a suprir na sentença de fls. 1.476/1.478)
 - o Desp. 12 (recebe a(s) apelação(ões), no efeito devolutivo)
 - o Acórdão (apelação da sentença que determina extinto o processo – desp. 2) – fls. 216 a 224

- Acórdão (apelação contra decisão dos ED com a justificativa de que o magistrado a quo incorreu em desobediência aos v. acórdãos proferidos pela 8ª Turma Especializada desse e. Tribunal – desp. 11)
- ED no Acórdão que tratou da apelação contra decisão dos ED

- MC 2005.02.01.010407-5
 - Liminar – fls. 25 a 27
 - Acórdão (MC)
 - Acórdão (ED no MC) – fls. 225 a 243
 - Acórdão (Agravo Interno)

- MS 2006.51.01.021059-3 (posteriormente apelação)
 - Desp. 1 (encaminha os autos para apreciação da distribuição por prevenção)
 - Desp. 2 (declara o juízo da 14ª vara prevento)
 - Desp. 3 (requerendo os docs. que instruem a inicial para após notificar a autoridade impetrada)
 - Desp. 4 (intima a IMPDA para trazer aos autos o P.A. 33902.21975-1/2006-97)
 - Desp. 5 (indefere liminar)
 - Desp. 6 (concede vista a impetrante)
 - Desp. 7 (suspende o processo, nos termos do art. 265, III do CPC, até a solução da exceção de suspeição a ser decidida nos autos do processo nº 20055101019537-0)
 - Desp. 8 (julga improcedente o pedido)
 - Desp. 9 (recebe a apelação no efeito devolutivo, determina a juntada da decisão do STF para cumprimento)
 - Acórdão
 - Acórdão ED

- AI 2007.02.01.004141-4
 - Acórdão

- EXSUSP 2007.02.01.012293-1
 - Acórdão

- SS 3.543

- Decisão (fls. 254 a 261)
- AO 2007.51.01.018134-2
 - Desp. 1 (remete para apreciação do pedido de distribuição por dependência)
 - Desp. 2 (impõe a reunião deste feito com o proc. nº. 2005.51.01.019537-0)
 - Desp. 3 (revela que após a resposta da ré apreciará o pedido de antecipação de tutela)
 - Desp. 4 (suspende o processo, nos termos do art. 265, III do CPC, até a solução da exceção de suspeição a ser decidida nos autos do processo nº 20055101019537-0)
 - Desp. 5 (aguardando a manifestação do MPF nos autos do mandado de segurança em apenso)
 - Desp. 6 (determinando especificação das provas do autor)
 - Desp. 7 (declarando nada ter a sanear e proferindo decisões sobre deferimento de provas)
 - Desp. 8 (“Fls. 252/253 Nada a reconsiderar. Cumpra-se integralmente fls. 246/247.”)

5.2.3.3 Caso da publicidade de medicamentos

A. Hipótese investigada:

H8: A suspensão *cautelar de decisões administrativas finais* pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica.

H9: Peculiaridades do sistema processual brasileiro criam incentivos à ocorrência de recursos protelatórios, reduzindo a eficiência da decisão judicial.

B. Tipo de decisão: Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 96, de 17/12/08 e, posteriormente, Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 23, de 21/05/09

C. Sumário:

O caso consiste em um série de ações civis individuais e coletivas questionando Resolução da ANVISA que restringia a publicidade de medicamentos. As ações individuais foram propostas por associações e obtiveram seus pedidos de antecipação de tutela deferidos, o que afastou para seus associados a aplicação da Resolução. No

entanto, a ação civil coletiva, também proposta por associação com os mesmos fundamentos que as individuais, teve seu pedido de antecipação de tutela negado. Esta decisão, cujo efeito é *erga omnes*, atinge todos os destinatários da Resolução da ANVISA, com exceção daqueles que, por decisão judicial, tiveram a exigibilidade do referido ato normativo afastada.

Apesar de não ser possível realizar análise aprofundada do comportamento do Judiciário no controle do poder normativo da Agência, a disputa judicial ilustra caso em que decisões contraditórias foram proferidas a despeito dos mecanismos inibidores existentes (por exemplo as regras da prevenção e da conexão do processo civil). Ao contrário, o processo coletivo de direitos sociais (direito à saúde), em vez de viabilizar a tutela de direitos transindividuais, os quais, por definição, têm como titulares universo indeterminável de sujeitos, acabou tendo seu significado esvaziado, uma vez que os laboratórios farmacêuticos, principais prejudicados com a Resolução da ANVISA, encontraram uma solução, pela via individual, para que a decisão coletiva não os atingisse. Com isso, não só a Resolução da ANVISA, como também a decisão judicial na ação coletiva perderam eficácia.

D. Análise do Caso da Publicidade de Medicamentos

D.1. Apresentação do caso: os envolvidos e os direitos em questão

A partir da publicação de Resolução da ANVISA nº 96, de 17/12/08, que restringiu a publicidade de medicamentos, travou-se disputa judicial, em dois flancos, mas com um único objetivo: anular a referida Resolução da Agência.

O primeiro flanco foi capitaneado por algumas associações de laboratórios farmacêuticos que optaram por questionar a legalidade da resolução com medidas judiciais individuais. Em cada uma das três ações, as autoras obtiveram a antecipação da tutela que suspendeu, para seus associados, os efeitos da Resolução da ANVISA. A primeira das associações foi a Associação Brasileira da Indústria de Medicamentos Isentos de Prescrição - ABIMIP, que, em 05/06/2009, ingressou em juízo para requerer que fosse afastada a aplicação e exigibilidade de uma série de artigos da Resolução 96/08 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, posteriormente alterada pela Resolução 23/09.

Segundo a ABIMIP, as Resoluções previam as seguintes restrições: (i) proibição à distribuição de amostra grátis referentes aos medicamentos isentos de prescrição médica aos profissionais habilitados a prescrever e dispensar medicamentos; (ii) proibição à distribuição de “lembranças de marcas” (brindes) com a marca dos medicamentos aos profissionais habilitados a prescrever e dispensar medicamentos; (iii) proibição à outorga, oferecimento e promessa de vantagens e benefícios aos profissionais habilitados a prescrever e dispensar medicamentos, aos que exerçam a atividade de venda direta e ao público em geral; (iv) obrigatoriedade de veiculação de outras mensagens de advertência na propaganda de medicamentos isentos de prescrição; e (v) obrigatoriedade de publicação de mensagem retificadora além dos casos previstos em lei, bem como sem a observância de um devido processo legal para a aplicação da sanção.

Tais restrições violariam, principalmente, o princípio da reserva legal e da legalidade, segundo os quais compete apenas à lei federal dispor sobre propaganda comercial e, sobretudo, impor restrições à propaganda de medicamentos (art. 22, XXIX, art. 37, *caput*, e art. 220, § 3º, II e § 4º, da CF).

O Juiz Federal da 20ª Vara do Distrito Federal indeferiu a antecipação de tutela sob o fundamento de que “[o] que se depreende da inicial, assim, é a colidência entre os interesses comerciais defendidos pela Autora e interesse público defendido pela ANVISA, em área de atuação do Estado, a saúde pública, que a própria Constituição estabeleceu limitações à atividade comercial, ao tempo em que impôs Ações de governo àquela proteção, devendo, por isso, admitir-se o prevalecimento da proteção à saúde pública, pela própria especialidade do tratamento que lhe fora conferido pela Constituição, e que se projeta com a edição da RDC 96/08. (...) Isso considerado, cabe considerar que toda a invocação a violações de princípios descritas na inicial ressaem fragilizadas quando confrontadas com outros princípios, também constitucionais, que decorrem do artigo 220 e nisso revelando-se, pelo menos nesta fase de exame preliminar, a ausência de verossimilhança das alegações.” (pag. 4 da decisão de 1ª instância).

Essa decisão foi reformada em sede de agravo de instrumento interposto pela ABIMIP, por acórdão da 6ª Turma do TRF da 1ª Região, que buscou fundamento em decisão proferida nos autos de outra ação individual proposta, desta vez, pela Associação

Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão, em 15/06/09, que tinha o mesmo propósito, mas foi analisada por outro juiz¹⁶⁰.

O segundo flanco se refere a ação civil coletiva proposta pela Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor, com os mesmos fundamentos presentes nas ações individuais. De outra sorte, a ação civil coletiva teve seu pedido de antecipação de tutela indeferido em 27/07/09 pelo juízo da 9ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal que assim concluiu: “(...) a liberdade de expressão tem suas restrições impostas pela própria Constituição, objetivando o interesse público, social e a saúde pública. Não restam Duvidas de que a propaganda comercial de medicamentos deve sofrer restrições, pois sopesando-se os valores liberdade de expressão e saúde pública, deve prevalecer este.” E a partir daí, passou a analisar cada um dos dispositivos questionados na Resolução, a fim de afastar a exorbitância do poder normativo da ANVISA.

Questionada, por meio de agravo de instrumento interposto pela Associação, a 5ª Turma do TRF da 1ª Região manteve a decisão, mesmo tendo sido proferida decisão contraditória pela 6ª Turma do mesmo Tribunal, em decorrência do questionamento das decisões interlocutórias proferidas nos autos das ações individuais.

Importante notar que esta decisão, ainda preliminar, tem efeitos *erga omnes* para todos os destinatários da Resolução que não estejam assegurados do contrário por decisão judicial, como é o caso dos associados da ABIMIP, da ABERT e da ABRAFARMA. Quanto a esta associação, sua ação foi remetida à 10ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal e julgada no mesmo sentido das anteriores.

Em termos temporais, as ações individuais propostas pela ABIMIP e pela ABERT foram em momento anterior à propositura da ação civil coletiva pela Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor. Apenas a terceira ação individual, esta proposta pela Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias - ABRAFARMA foi proposta em momento posterior à ação civil coletiva, porém anterior

¹⁶⁰ Referência é feita à Ação Ordinária 2009.34.00.020011-5, autuada em 15/06/09 e redistribuída por dependência à 10ª Vara em 09/10/09. Esta Ação, anteriormente, havia sido distribuída automaticamente para a 4ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, juízo que proferiu decisão interlocutória que contribuiu para o convencimento dos Ministros do TRF quando do julgamento do Agravo de Instrumento nos autos da primeira Ação analisada, aquela proposta pela ABIMIP.

à decisão que indeferiu o pedido de Antecipação de Tutela nos autos da ação civil coletiva.

D.2. A (in)eficácia do ato normativo da ANVISA e das decisões judiciais

A existência de decisões contraditórias entre as Varas da Justiça Federal do Distrito Federal e as Turmas do Tribunal Regional Federal da 1ª Região reflete a confusão em torno dos limites do poder normativo das Agências. Ora o Judiciário reconhece determinado dispositivo da Resolução como tendo extrapolado os limites da lei que regula publicidade dos medicamentos, ora afirma se tratar de mera execução de regra estabelecida em lei e pela Constituição Federal. A evitar decisões contraditórias, o ordenamento jurídico já previu mecanismos para determinar a competência (i) em casos de objeto e causa de pedir idênticos, e (ii) a possibilidade de, correndo em separado ações perante juízes que têm a mesma competência, considerar preventivo aquele que primeiro despachou¹⁶¹. Contudo, a previsão de tais regras não tem sido suficiente para evitar que decisões contraditórias sejam proferidas.

Apesar de farto material para apontar decisões monocráticas evidentemente contrárias (quando uma diz que o regulamento extrapola, a outra diz que esse mesmo regulamento é resultado do exercício do poder normativo da agência conferida por lei) e de regras processuais para evitar decisões judiciais contraditórias, pouco pode ser concluído a respeito dos motivos que levaram as partes a questionar judicialmente a Resolução da ANVISA.

Alegou-se que a referida Resolução impôs restrições severas aos laboratórios, porém não foram apresentados nos autos dados ou informações sobre o grau dessas restrições, isto é, se eram insuportáveis a ponto de inviabilizar a atividade comercial dos laboratórios, ou não impunham restrições que implicariam em mudanças que demorariam a serem feitas, etc. Ao tentar determinar se a agência havia extrapolado ou não os limites estabelecidos pela legislação ao publicar ato normativo sobre o tema, o

¹⁶¹ Código de Processo Civil:

Art. 103. Reputam-se **conexas** duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se preventivo aquele que despachou em primeiro lugar.

Judiciário deixou de enfrentar questão fática por trás da lide instaurada. A exemplo do que se verificou no caso sobre Resolução da ANEEL para consumidores de baixa renda, a Resolução que estabeleceu restrições à publicidade de medicamentos teve sua racionalidade na proteção ao direito dos consumidores de remédios que estariam submetidos a publicidade de medicamentos, a qual, segundo a ANVISA, induziam ao consumo de medicamentos. Antes de editada a Resolução, ou, questionada a Resolução, a ANVISA deveria apontar o objetivo pretendido com aquela resolução¹⁶², as alternativas existentes para atacar o problema identificado e, principalmente, os efeitos esperados com a opção escolhida. Tomemos o caso das amostras grátis, sua proibição geraria que impactos (positivos e negativos) para os usuários e para a indústria farmacêutica? Os impactos devem ser lidos como custos e benefícios a fim de ao final verificar se os custos superaram ou, pelo menos, justificavam os benefícios que se esperavam alcançar. Algumas questões práticas foram sequer levantadas na discussão judicial (por exemplo, foi cogitada a possibilidade de as amostras grátis reduzirem a assimetria de informação entre o médico e o medicamento, e entre o médico e o consumidor do remédio? Foi verificada se as amostras grátis têm significativo poder de alterar o comportamento do usuário de medicamentos? Elas teriam o impacto em aumentar injustificadamente as vendas dos medicamentos? A Resolução era o meio capaz de atender ao interesse público de proteção ao usuário de medicamentos que, sem informação suficiente, pode ser induzido à compra e uso desnecessário de medicamentos (automedicação)?

Importante notar que não foi, em momento algum, abordado nas decisões judiciais analisadas qualquer argumento relativo à necessidade de se mensurar os impactos efetivos nos agentes regulados, nos usuários e na própria atividade da agência dessa Resolução da ANVISA. Apesar de a agência ter sido escolhida como agência-piloto do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação –

¹⁶² Sem adentrar com profundidade na questão, é possível vislumbrar pelo menos dois motivos diferentes que poderiam levar a ANVISA a elaborar resolução restringindo a propaganda de medicamentos. Ambos exigiam respostas diferentes da Agência para atender seus objetivos. Um problema seria o combate à automedicação, que exigiria maior conscientização da população (usuários e classe médica) em evitar a utilização de medicamentos sem prescrição (*over the counter*) sem a recomendação de um profissional da saúde. Outro problema, que demandaria solução diferente, seria o combate à atuação de grandes laboratórios junto à classe médica criando privilégios (artificiais) aos seus produtos em detrimento de outros. Para este problema, a solução seria a melhor informação do usuário quanto os benefícios e malefícios de cada produto disponível no mercado. Diante da possibilidade de o médico induzir o consumo de determinado produto em razão da existência de amostras grátis, a agência poderia vir a estabelecer restrições à distribuição de amostras grátis.

Pro-Reg, programa encabeçado pela Casa Civil (www.regulacao.gov.br), que tem como meta a implementação de um modelo de análise de impacto regulatório no país, ainda não tem notícia dessa prática no discurso da agência e nem na sua prática regulatória. Ausente qualquer análise de custo-benefício por parte do agente regulador, e menosprezado como argumento pelos particulares, no debate judicial, o Poder Judiciário se restringiu a verificar o binômio legalidade/ilegalidade do ato normativo da agência, o que resultou numa decisão superficial cuja argumentação não se pode absorver em outros casos sobre controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras. Em outras palavras, apenas a parte dispositiva do voto da ministra do TRF é clara (reputa-se legal a Resolução da ANVISA, pois a agência é competente para regular a publicidade de medicamentos), porém não é possível identificar a “razão de decidir” que levou o tribunal revisor a julgar cada uma das restrições impostas como sendo legais. Novos casos, da ANVISA ou de outros agentes reguladores, poderão apresentar decisões divergentes aumentando a incerteza quanto aos limites do poder normativo dos agentes reguladores. O problema não seria a existência de dúvida, mas sim a impossibilidade de o Poder Judiciário fornecer decisões coerentes para elas, que pudessem no longo prazo reduzir essas dúvidas.

Por outro lado, pode-se descartar questões processuais (devido processo legal ou de transparência no processo de elaboração normativa da agência) ou de razoabilidade como motivos que fizeram as partes ingressarem em juízo. A questão concentrou-se em discutir se a agência agiu ou não nos limites do seu poder regulamentador, independentemente do processo de formação da opinião da Agência que antecedeu a produção da Resolução. Note-se que a Agência deve obedecer ao procedimento estipulado em sua lei de criação e regulamentos próprios para a elaboração de atos normativos que incluem, entre outros procedimentos, a realização de consulta pública pela Agência com a participação de todos os interessados.

Assim, pode-se concluir que, independentemente do procedimento utilizado pela Agência para a produção normativa, sendo seu ato normativo causador de significativo impacto na atividade econômica envolvida, os agentes econômicos prejudicados irão questioná-lo judicialmente. E mais, o questionamento e a existência de decisões contraditórias apontam para uma redução, ainda que temporária – pois as decisões foram proferidas em juízo perfunctório próprio dos pedidos de antecipação de tutela – da eficácia da Resolução da ANVISA, aumentando a incerteza jurídica no setor.

As decisões contraditórias, contudo, não apontam apenas para problemas relativos à Agência e sua produção normativa. Também é possível identificar questões que enfraquecem o Poder Judiciário, enquanto guardião da ordem jurídica contra arbitrariedades do Poder Executivo (da qual a Agência Reguladora faz parte, ainda que deste seja independente). Neste caso, coloca-se em xeque não só a eficácia da Resolução da ANVISA ou o poder normativo da Agência, mas principalmente a eficácia das decisões do próprio Poder Judiciário. No instante em que as ações propostas pelas associações de classe tiveram seus pedidos de antecipação de tutela deferidos, a decisão da ação de civil coletiva, cujo efeito tem alcance *erga omnes*, também perdeu eficácia, uma vez que, para frear o efeito da ação coletiva e, com isso, evitar a exigibilidade da Resolução, as empresas passaram integrar uma das associações de classe.

Este foi o caso da Eurofarma Laboratórios Ltda. - Eurofarma. Os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Ordinária 2009.01.00.034566-9/DF, foram estendidos à Eurofarma, nova empresa associada à ABIMIP, pela decisão proferida em 15/09/09. No entanto, caso não ingressasse na ABIMIP a Eurofarma deveria se adequar às restrições impostas pela Resolução da ANVISA, por força da decisão proferida na Ação Civil Coletiva, que manteve a exigibilidade do ato normativo da Agência. Frise-se que a Eurofarma ingressou na ABIMIP em momento posterior às decisões nas ações individuais e na coletiva.

O constante questionamento dos atos normativos da agência e a possibilidade de existirem decisões contraditórias para o mesmo objeto e causa de pedir, fazem com que os atos normativos da agência percam sua eficácia, pois sempre que a Agência decidir regulamentar determinado objeto, ainda que o faça nos limites da lei, a iniciativa privada, quando insatisfeita com a regulamentação elaborada, irá questioná-la em juízo. Portanto, o caso analisado confirma a hipótese 8, segundo a qual “a suspensão *cautelar de decisões administrativas finais* pelo Judiciário igualmente mitiga a eficácia da decisão administrativa e pode amplificar a incerteza jurídica”. Deve-se esclarecer que, na presente análise, equipara-se o ato normativo da agência a decisão administrativa final. E, mais, as regras processuais vigentes para evitar a proliferação de decisões contraditórias não têm se mostrado suficientes no caso analisado (e também no caso dos Genéricos e no caso das rádios comunitárias, analisados acima) uma vez que, a despeito

dessas regras, juízes de Varas e Turmas diferentes proferiram decisões contrárias em ações com objeto e causa de pedir idênticas.

E. Lista dos documentos analisados:

- Ação Civil Coletiva (2009.34.00.022183-5): decisão que indeferiu liminar. Agravo de Instrumento (2009.01.00.048411-8): despacho postergando a apreciação do pedido de efeito suspensivo.

- Ação Ordinária (2009.34.00.018803-2): Decisão deferindo o pedido de antecipação de tutela e decisão intimando as partes a cumprir decisão do TRF. Agravo de Instrumento (2009.01.00.034566-9): decisão indeferindo pedido de antecipação de tutela recursal e decisão de ampliação dos efeitos da tutela antecipada.

- Ação Ordinária (2009.34.00.020011-5): Decisão deferindo o pedido de antecipação de tutela e decisão declinando a competência (verificou-se conexão com a AO 2009.34.00.018803-2). Agravo de Instrumento: decisão de antecipação da tutela recursal indeferida.

- Ação Ordinária (2009.34.00.023841-0) Decisão deferindo o pedido de antecipação de tutela. Agravo de Instrumento (2009.01.00.069581-8): ainda não há decisão nos autos ou qualquer outro andamento relevante para esta análise.

5.2.4. USO DO SISTEMA PROCESSUAL COMO FORMA DE MITIGAR E PROTELAR EFEITOS DE ATOS PELAS AGÊNCIAS

5.2.4.1 Casos de Unimeds

A. Hipóteses investigadas:

H3: A existência de falhas processuais, em particular a ofensa ao devido processo legal, constitui causa relevante para recurso ao judiciário.

H4: A qualidade, legalidade e transparência das decisões administrativas reduzem as oportunidades de recursos, reduzindo a contestação judicial.

H9: Peculiaridades do sistema recursal brasileiro criam incentivos à ocorrência de recursos protelatórios, reduzindo a eficiência da decisão judicial.

B. Tipo de decisão: Decisões sobre infrações (conduta concorrencial)

C. Sumário:

Em diversos processos administrativos, o CADE condenou cooperativas Unimed regionais por infração à ordem econômica. A maioria dessas cooperativas se utilizava de cláusulas de exclusividade em seus contratos, impedindo que médicos trabalhassem para outras empresas que comercializam seguros de saúde. Apesar da violação ser a mesma em todos os casos (e, por conseguinte, a decisão do CADE ter sido basicamente idêntica), as diversas Unimed ingressaram individualmente no judiciário contra as decisões do CADE, obrigando as cortes a tratar diversas vezes de uma mesma questão.

A ausência de precedentes ou qualquer sistema de harmonização das decisões relativas a essa matéria específica cria a possibilidade de se discutir uma mesma questão em múltiplas e sucessivas ações judiciais, permitindo que as empresas protelem a execução da decisão administrativa (*H9*). Isso não só prejudica a eficácia do sistema de defesa da concorrência, como também gera dispêndio desnecessário de recursos tanto na administração pública quanto no judiciário (ineficiência). Os casos também ilustram que os recursos ao judiciário independem da existência efetiva de falhas processuais e não parecem ser reduzidos pela qualidade, legalidade e transparência das decisões administrativas (contra *H3* e contra *H4*). Isso corrobora a idéia de que os magistrados muitas vezes são condescendentes com maus usuários do sistema e litigância de má-fé (Relatório Parcial da 1ª. Fase da Pesquisa – Anexo 2).

D. Análise do Caso:

Segundo levantamento, há 196 processos administrativos contra Unimed regionais no CADE. Para os propósitos desta pesquisa, foram analisados 3 processos administrativos que parecem ser representativos do universo de processos julgados pelo órgão.

D.1. Litigância Infundada e Magistrados Cavalheiros

No primeiro caso, **Unimed Blumenau**, a cooperativa foi condenada por infração à ordem econômica devido ao uso de cláusula de exclusividade em seus contratos, com sanções de descredenciamento para médicos que se associassem a outras empresas que comercializam seguro saúde. Como sanções, o CADE impôs o pagamento de multa,

obrigação de comunicar aos associados o teor da decisão e cessação da prática sob pena de multa diária. A Unimed Blumenau entrou com um mandado de segurança contra a decisão do CADE (MS n. 2000.34.00.007656-9 na 17ª Vara Federal do DF). O mandado de segurança requereu liminar para suspender o julgamento por questões procedimentais e de mérito. A liminar no mandado de segurança foi indeferida e o agravo contra essa decisão também.

Depois foi interposto recurso ao STJ (Recurso Especial n. 866.506 no Gab. do Min. Castro Meira – 2ª Turma STJ) alegando que a decisão do CADE era ilegal e inconstitucional. A ilegalidade proveria do fato de que a lei das cooperativas (Lei n. 5.764/71, art. 29, par. 4) proíbe a “dupla militância”, e essa mesma lei já tinha sido julgada constitucional pelo STJ. A inconstitucionalidade proveria do art. 5º, XVIII da Constituição que veda interferência estatal em cooperativas. Em decisão de agosto de 2007, o STJ não conheceu o recurso. O STF também não conheceu o recurso em setembro de 2007.

As razões apresentadas pelo STJ e pelo STF para não conhecer o recurso se referiam ao fato de que o recurso não tinha fundamento, conforme jurisprudência estabelecida em súmulas de ambas as cortes. No STJ, o Ministro Castro Meira afirma que:

“o fundamento que lastreou o julgado recorrido foi de caráter eminentemente constitucional, pois a conclusão deu-se no sentido da impossibilidade de se aplicar a Lei n. 5.764/71 na espécie, em virtude do preconizado princípio da livre concorrência. (...)”

Descabe o conhecimento do presente apelo, pois o reexame desse fundamento foge do âmbito de apreciação do recurso especial, por ser de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ante o teor do art. 102 da Carta Magna.

Ademais, os argumentos utilizados pela recorrente para afastar a violação do princípio da livre concorrência reconhecida pela Corte de origem (...) esbarrariam no óbice da Súmula 7/STJ, pois seria necessário o reexame da matéria fática para apreciar tais assertivas que, diga-se ainda, nem sequer foram objeto de prequestionamento no Tribunal a quo, o que atrairia a incidência das Súmulas 282 e 356/STF.” (p.4-5)

O STF, por sua vez, também apresentou razões similares para indeferir o recurso especial. Disse a corte:

“O acórdão impugnado não apreciou a controvérsia à luz dos preceitos da Constituição do Brasil que a parte recorrente indica como violados. Além disso, não foram opostos embargos de declaração para suprir eventual omissão. Incidem no caso, portanto, os óbices das Súmulas 282 e 356-STF. O entendimento pacificado nesse Tribunal é no sentido de que o prequestionamento deve ser explícito.” (Voto de Eros Grau)

Tanto o STJ quanto o STF mostram que o recurso era improcedente por ferir jurisprudência e orientação consolidada em ambas as cortes.

Esse problema não é exclusivo das cortes superiores. Ainda no caso da Unimed Blumenau, por exemplo, para interpor mandado de segurança, a empresa alega não ter sido intimada a comparecer ao CADE na data do julgamento, não tendo direito a seus 15 minutos de defesa oral conforme o artigo 45 da Lei 8.884/96. A decisão explicita que, conforme a própria lei supracitada, tal procedimento não é mandatório. Alega ainda a empresa que não se sabe quantos conselheiros estavam presentes no dia da decisão, o que violaria a Lei 8.884/96, que exige maioria absoluta para as decisões do CADE, estando presente no mínimo cinco membros do Conselho. Por alguma razão, a empresa não cita o fato de que o acórdão da decisão indica que estavam presentes seis membros do conselho, e seus respectivos nomes. Da mesma forma, o julgamento da ação ordinária da Unimed Santa Maria mostra que a empresa baseou seus argumentos procedimentais em interpretações errôneas de provisões legais.

Em suma, as empresas em geral entram com recursos questionando a decisão do CADE no procedimento e na substância. Todavia, em geral, boa parte dos argumentos relativos à violação do devido processo legal são infundados e são apresentados ou por desconhecimento pelos advogados da matéria e processo administrativo concorrential, ou por aposta no desconhecimento pelo magistrado local acerca da matéria.

Essas características encontradas nas ações que desafiam decisões do CADE torna questionável a idéia de que o recurso ao judiciário é causado pela obscuridade ou falhas processuais efetivas no processo administrativo, pois, aparentemente o questionamento judicial ocorre com base em pleitos infundados, na expectativa de obter alguma adiamento ou suspensão da decisão. Se a condução administrativa do processo pode ser um problema (com a ocorrência de falhas e arbitrariedades) outra fonte importante de

judicialização está no desconhecimento ou aposta de desconhecimento pelo magistrado acerca do trâmite e regras processuais administrativas. Como não há uma reação do Judiciário no sentido de, além de indeferir, punir recursos e ações sem fundamento, vale o princípio para o agente de que “não custa nada tentar”, o que acaba por aumentar significativamente o número de demandas e recursos judiciais.

Os casos das Unimed (e um dos casos dos Shoppings Centers) sugerem que a existência ou não de falhas processuais pode talvez reduzir a probabilidade de condenação do CADE em juízo, mas não parecem reduzir a probabilidade das partes ingressarem com ações judiciais. Ao contrário, os casos ilustram que os recursos ao judiciário independem da existência efetiva de falhas processuais e não parecem ser reduzidos pela qualidade, legalidade e transparência das decisões administrativas, em sentido contrário às *H3* e *H4*.

Esses casos também ilustram um mecanismo que gera incentivo para que as partes ingressem com recursos protelatórios (*H9*): juízes são obrigados a rever e julgar todos os casos, mesmo com argumentos absolutamente infundados, que omitem informações relevantes e fazem interpretações escusas de provisões legais. Isso gera ineficiência porque exige recursos valiosos do Estado -- tanto do CADE (que é intimado a responder), quanto do judiciário, que é obrigado a emitir uma sentença. Tais recursos poderiam estar sendo mais bem empregados se estivessem alocados para causas com algum fundamento.

Uma forma de reduzir os incentivos das partes em interpor recursos infundados de cunho meramente protelatório é aumentar o custo desses recursos, impondo algum tipo de sanção. E há mecanismos para punir litigância de má-fé (protelatória) no sistema brasileiro, mas os juízes hesitam em utilizá-los. Portanto, para que qualquer mecanismo que permita coibir esse tipo de ação seja efetivo, será necessária uma mudança na atitude dos juízes com relação aos litigantes de má-fé. Outra opção seria analisar se existe alguma possibilidade de “filtrar” tais pedidos, de maneira que o judiciário possa focar nas questões pertinentes e relevantes que merecem de fato sua análise. Por fim, uma terceira solução seria impor um custo financeiro adicional para causas infundadas que seria aplicada a todos os casos (não ficando sujeitas a discricionariedade dos magistrados).

D.2. Múltiplas Manifestações dos Tribunais sobre o mesmo tema

O segundo caso, **Unimed Santa Maria**, é similar ao primeiro caso (PA 08012.010271/98-51). Em dezembro de 2007, foi proposta ação ordinária de anulação do processo administrativo, que foi julgada improcedente (Ação Ordinária n. 2003.71.02.009633-6 no juízo substituto da Vara Federal de Execuções Fiscais de Santa Maria). Essa ação corria paralela a duas execuções (fiscais e de obrigação de fazer, que tinham sido objeto de embargos). Isso ilustra que, dentro de um mesmo caso, as partes se utilizavam de recursos protelatórios ao ingressar com diversas ações relativas a um mesmo processo administrativo (nesse sentido, vide também o caso do Cartel dos Genéricos).

O terceiro caso, da **Unimed Rio Claro**, revela uma das características do sistema recursal brasileiro que incentivaria esse tipo de conduta. Naquele caso, após ingressar com ação ordinária contra a decisão do CADE (discutida anteriormente), a Unimed Rio Claro ingressou também com uma medida cautelar inominada (Processo 2005.34.00.004267-5) que corria independente da ação ordinária. Isso significa que a decisão de uma ação não afetaria a outra, ainda que se tratasse das mesmas partes e da mesma questão.

De fato, diz a sentença da medida cautelar (emitida no mesmo dia da sentença da ação ordinária supracitada):

No presente caso, tenho que me cabe decidir nesse momento é se a medida cautelar deferida inicialmente para suspender a exigibilidade das multas impostas pelo CADE deve permanecer ou não, apesar de, nesta data, eu ter julgado improcedente a Ação principal proposta.

Pela verossimilhança das alegações da autora, não é o caso, pois essa verossimilhança é afastada pela sentença de mérito, que julgou o pedido da autora totalmente improcedente.

Todavia, o fundamento da suspensão da exigibilidade das multas não foi propriamente a verossimilhança das alegações da autora, mas o depósito da multa, tendo sido aplicada, por analogia, o artigo 151 do Código Tributário Nacional (p.5)

O juiz termina por negar a manutenção da cautelar pela simples razão de que a Unimed Rio Claro não tinha feito o depósito do valor integral da multa. Isso parece sugerir que,

caso tal depósito tivesse sido feito, a cautelar seria mantida, ainda que a ação ordinária fosse julgada improcedente. Isso não apenas cria incentivos para que as partes ingressem com múltiplas ações em um mesmo caso, mas cria uma espécie de esquizofrenia judicial que parece bastante difícil de justificar.

D.3. Falta de Precedentes ou Qualquer tipo de Harmonização Jurisprudencial

Voltando ao caso da Unimed Santa Maria, a decisão de indeferir a ação foi recorrida no TRF da 4ª região (Apelação Cível n. 2003.71.02.009633-6). O Tribunal deu provimento à apelação, mas para tanto apenas cita o parecer do Ministério Público Federal, que por sua vez cita três precedentes do STJ. Nesses precedentes, o STJ afirma que a proibição de exclusividade não se aplica às cooperativas. O CADE recorreu da decisão do TRF junto ao STJ (Recurso Especial n. 1.172.603-RS no Gab. do Min. Humberto Martins na 2ª Turma do STJ). O voto reconheceu que há diferentes precedentes no STJ quanto à legalidade da cláusula de exclusividade para as cooperativas. Porém, os precedentes que julgam tais cláusulas legais não se aplicam para o caso em questão. Portanto, o STJ deu provimento ao recurso.

As razões apresentadas pelo STJ para não conhecer do recurso foram, basicamente, três:

- (a) os precedentes do STJ que consideravam válidas as cláusulas de exclusividade da Unimed não avaliaram a questão do ponto de vista concorrencial, mas sim do ponto de vista do direito privado (Voto do Min. Humberto Martins, p. 11);
- (b) a provisão que proíbe a dupla militância não se aplica a profissionais liberais, como médicos e, ainda que se aplicasse, não poderia se sobrepôr à garantia constitucional de livre concorrência (Voto do Min. Humberto Martins, p. 14);
- (c) houve violação da Lei 8.884/94 (Voto do Min. Humberto Martins, citando extensamente a decisão do CADE).

É interessante notar que o STJ, nessa decisão de 2010, parece se manifestar sobre questão sobre a qual se declarou inapto para se pronunciar em 2007 (vide Unimed Blumenau). Esses pontos relativos à decisão do STJ no caso Unimed Santa Maria são revistos diversas vezes nos diversos processos e vale perguntar por que só em 2010 o STJ consolidou sua posição sobre o tema. Trata-se de pontos controversos na litigância destes processos que talvez pudessem ter sido esclarecidos pelo STJ em 2007.

Voltando ao caso da **Unimed Rio Claro**, o CADE tomou decisão similar aos demais casos (PA n. 08012.000794/2003-35). O interessante nesse caso é que houve um recurso administrativo no CADE, que não foi conhecido por razões procedimentais (não cabe recurso administrativo das decisões do CADE). Todavia, o voto indeferindo o recurso julgou-o também no mérito, e apresentou, em 2005, uma das razões que o STJ iria apresentar cinco anos depois: as decisões prévias do STJ não se aplicam a esse caso, pois não tratavam da questão do ponto de vista concorrencial, mas sim do âmbito privado (i). Ou seja, tratava-se de médicos tentando invalidar uma cláusula que eles aceitaram ao assinar o contrato (Voto do Conselheiro Relator, Luis Fernando Rigato Vasconcellos).

Interessa notar que tal ponto (i) não foi sequer mencionado na decisão de primeira instância da ação ordinária interposta pela Unimed Rio Claro (Processo 2005.34.00.007678-1). O juiz discutiu, todavia, o ponto sobre a legalidade da Lei 5.764/71 e a conseqüente validade das cláusulas de exclusividade no caso das cooperativas (ii). Em sentença emitida em junho de 2007, o juiz federal Paulo Ricardo de Souza Cruz chega à mesma conclusão que o STJ chegaria alguns anos depois (2010): que tal provisão não abre uma exceção para a Unimed, e não tornaria as cláusulas de exclusividade desta cooperativa válidas. No entanto, as razões que o juiz apresenta para chegar a tal conclusão são distintas daquelas apresentadas posteriormente pelo STJ:¹⁶³

No presente caso aplica-se a Lei 9.656/98, que dispõe sobre planos ou seguros privados de assistência à saúde com predominância sobre a Lei 5.764/71. A uma, porque se trata de norma especial em relação à Lei 5.764/71. A duas, porque referida norma foi editada em conformidade com

¹⁶³ Vale esclarecer que a decisão do STJ diz, *au passant*, que “ainda que a cláusula contratual não encontrasse óbice no inciso III do art. 18 da Lei 9.656/98, questionar-se-ia a sua validade quando a multiplicidade dos seus efeitos pudesse violar direitos coletivos lato sensu.” (p. 21).

os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, dentre os quais a livre concorrência, da defesa do consumidor e da proteção à saúde.

Ou seja, o juiz não trata da questão do direito privado e direito público que tinha sido tratada no recurso administrativo no CADE, e seria posteriormente tratada pelo STJ. Na verdade, o juiz nem sequer chega a mencionar o fato de que há precedentes do STJ julgando tais cláusulas válidas. Isso ilustra como a falta de integração e harmonização da jurisprudência no Brasil cria insegurança jurídica.

É curioso notar que o STJ apenas decidiu essa questão em 2010, mas teve a oportunidade de analisá-la em agosto de 2007, quando indeferiu o recurso da Unimed Blumenau por razões procedimentais (vide supra). Nesse caso, um tribunal superior (STJ no caso Unimed Blumenau) e um tribunal inferior (Juiz Federal no caso Unimed Rio Claro) não apenas estavam analisando a mesma questão simultaneamente em meados de 2007 sem qualquer tipo de diálogo, mas havia a possibilidade dessas cortes chegarem a conclusões absolutamente distintas sobre a validade e aplicabilidade de um artigo Lei 5.764/71 ao caso em questão. Isso ilustraria a ineficiência de recursos judiciais, ao se colocar múltiplas instâncias analisando o mesmo problema como se o mesmo nunca tivesse antes sido analisado pelas cortes brasileiras.

Essas características do sistema recursal brasileiro (a possibilidade de rediscutir questões já decididas como se fossem novas, e a chance de obter uma decisão distinta de que já foi emitida) servem como forte incentivos para que as partes se utilizem do judiciário para reduzir a eficácia da decisão administrativa e judicial (H9). A falta de uma jurisprudência harmônica no STJ no tocante à legalidade das cláusulas de exclusividade para cooperativas e a falta de precedentes judiciais possibilitou que cada uma das Unimeds ingressasse individualmente em juízo. O CADE ficou obrigado a contestar a mesma argumentação inúmeras vezes, sem que o judiciário oferecesse uma harmonização normativa que reduzisse a possibilidade de litígio.

E. Possíveis Reformas

Nessa seção final, serão reunidas algumas conclusões alcançadas nesse estudo sobre o Caso das Unimeds e, com o cuidado que as generalizações requerem, estendê-las para outros casos.

Esses casos ilustram *H9* (peculiaridades do sistema recursal brasileiro criam incentivos à ocorrência de recursos protelatórios, reduzindo a eficiência da decisão judicial). A análise dos casos identificou, mais especificamente, quais mecanismos no sistema recursal brasileiro poderiam servir de incentivo para que as partes interponham recursos protelatórios:

1. Falta de poder das cortes (em especial as superiores) de selecionarem os casos que vão julgar, e de se recusarem a julgar ações sem fundamentação;
2. Falta de sanções para litigantes que propõe ações sem fundamentação;
3. Falta de integração processual, criando a possibilidade de obter decisões distintas em diferentes ações sobre um mesmo caso;
4. Falta de um sistema de harmonização jurisprudencial ou de precedentes, criando a possibilidade de obter decisões distintas em ações idênticas que envolvam diferentes partes;

Esse breve resumo mostrou que nesses três casos as Unimeds acabaram sendo derrotadas no judiciário, mas a muito custo. Tal resultado é previsível. As partes parecem estar apenas respondendo ao atual sistema de incentivos: os custos para propor ações protelatórias em diversos graus de justiça são bastante baixos e os benefícios são altos.

F. Lista dos documentos analisados:

- Mandado de Segurança n. 2000.34.00.007656-9 na 17ª Vara Federal do DF-docs. até 2001 (não há decisão sobre recurso de apelação);
- Recurso Especial n. 866.506 no Gab. do Min. Castro Meira – 2ª Turma STJ
- Recurso Extraordinário n. 565719;
- Ação Ordinária n. 2003.71.02.009633-6 no juízo substituto da Vara Federal de Execuções Fiscais de Santa Maria;
- Recurso Especial n. 1.172.603-RS no Gab. do Min. Humberto Martins na 2ª Turma do STJ;
- Ação ordinária n. 2005.34.00.007678-1;
- Cautelar nº 2005.34.00.004267-5.

5.2.4.2 Caso da Resolução 233/03 da ANTT

A. Hipótese investigada:

H9: Peculiaridades do sistema recursal brasileiro criam incentivos à ocorrência de recursos protelatórios, reduzindo a eficiência da decisão judicial.

B. Tipo de decisão: resolução da ANTT que determina imposição de multas e permite apreensão de veículos pela agência.

C. Sumário:

A Empresa Gontijo de Transportes Ltda. ingressou com ação ordinária para declarar a ilegalidade da Resolução 233/2003 da ANTT, que regulamenta a imposição de penalidades por parte da agência, no que tange ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Com uma possível declaração de ilegalidade, busca a empresa o cancelamento dos autos de infração emitidos pela ANTT, abstenção da ANTT de lavrar novos autos de infração, e devolução dos veículos apreendidos pela agência. Em primeira instância, a empresa obteve tutela antecipada. Surge então uma disputa procedimental, dado que, enquanto o TRF decidia o agravo de instrumento proposto pela ANTT contra a tutela antecipada, a corte de primeira instância decidiu o mérito do caso. A empresa se vê obrigada a propor, então, inúmeros recursos junto ao TRF, para que o mesmo declare em novembro de 2007 o agravo de instrumento prejudicado por perda de objeto.

O caso ilustra como o excesso de recursos protelatórios no ordenamento jurídico brasileiro prejudica a eficiência das decisões. Interessa notar, todavia, que, no caso em tela, o problema não foi o uso malicioso de recursos por uma das partes para prejudicar a outra. Ao invés disso, as decisões indicam que havia pouca clareza dentro do judiciário sobre como integrar e reconciliar as decisões em sede de apelação (tutela antecipada) com as decisões da ação ordinária. A excessiva complexidade do sistema recursal brasileiro acaba, portanto, por reduzir a eficiência da decisão judicial uma vez que as cortes deixam de oferecer pronta proteção à parte afetada devido à incerteza, por parte dos próprios juízes, sobre como lidar com o sistema recursal. Deste modo, o caso

em tela mostra como a complexidade do sistema recursal não apenas afeta a eficiência das decisões, mas diminui também a certeza jurídica.

D. Análise do Caso

Em maio de 2006 a Empresa Gontijo de Transportes Ltda. ajuizou ação ordinária (Autos n. 2006.38.00.017552-7) contra a União e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) arguindo a ilegalidade da Resolução 233/2003 da agência e, conseqüentemente, a liberação de veículos da empresa apreendidos pela ANTT e a nulidade das multas impostas. O judiciário foi favorável à empresa, concedendo antecipação de tutela. Na decisão, o juiz proibiu a ANTT e seus agentes de autuarem a empresa por infração às regras constantes da Resolução 233/2003, que regulamenta a imposição de penalidades por parte da ANTT, no que tange ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.¹⁶⁴

Em novembro de 2006, a ANTT propôs agravo de instrumento (Autos n. 2006.01.00.043199-8/MG) contra a decisão que concedeu antecipação de tutela. Após uma disputa sobre qual seção teria competência para julgar o caso, o Tribunal Regional da 1ª Região (TRF) deu provimento ao agravo e cassou a tutela. A decisão, datada de 22 de agosto de 2007, foi baseada em razões procedimentais. Mais especificamente, o tribunal julgou que

reconhecer, em sede de liminar, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, para o fim de deferir a medida, representa, de regra, precipitação dado que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos Tribunais, somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte. Essa declaração, para o fim de ser concedida a liminar, não deve ocorrer, em decisão monocrática, até por medida de prudência.

Todavia, alguns dias antes da decisão cassando a tutela antecipada, o juízo da ação ordinária ratificou a tutela antecipada, declarando a ilegalidade da Resolução 233. Com base nessa decisão, a empresa ingressou com um agravo interno, no qual constava pedido de reconsideração da decisão no agravo de instrumento à luz “da prolação da sentença pelo juízo a quo” ou, alternativamente, agravo regimental pela perda de objeto

¹⁶⁴ A resolução encontra-se disponível no site da ANTT: http://www.antt.gov.br/resolucoes/00300/resolucao233_2003.htm.

do agravo em virtude da prolação da sentença. Citando extensa jurisprudência, o relator indica que “a sentença de mérito superveniente não prejudica o agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipada”. Foi negado provimento ao agravo interno.

A empresa ingressou, em setembro de 2007, com agravo regimental que foi provido pelo Tribunal em novembro de 2007. Ficou prejudicado, portanto, o agravo de instrumento. As razões, novamente, foram puramente procedimentais.

No caso, foram concedidos os efeitos da antecipação da tutela. O Agravo de Instrumento foi contra o quê? Foi contra a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Pois bem, se, posteriormente, veio a sentença, não há o mais o que impugnar. O que tem que ser atacado é a sentença por meio dos recursos próprios. O Superior Tribunal de Justiça tem inúmeras decisões a respeito. (...) Portanto, ao contrário do que disse o relator, o Superior Tribunal de Justiça dá o mesmo tratamento para a liminar e para os efeitos da antecipação da tutela.

O que se ilustra aqui é que nem mesmo o TRF tinha certeza de como integrar de maneira coerente a apelação com a ação em primeira instância. Enquanto o relator parece entender que esta última não afeta a primeira, o tribunal proclama o contrário. Para obter um esclarecimento sobre tal questão, a empresa afetada teve que ingressar com dois pedidos perante o TRF (agravo interno e agravo regimental). Ou seja, impôs-se sobre a parte o ônus de exigir que a corte buscasse uma integração coerente entre as decisões em apelação e de primeira instância, dado que o sistema recursal brasileiro não dispõe de provisões que promovam uma integração sistematizada e uniforme dessas decisões.

Nesse sentido, o caso ilustra parcialmente a hipótese 9, dado que mostra como peculiaridades do sistema recursal brasileiro reduzem a eficiência da decisão judicial. O caso sugere, todavia, que tal consequência não se dá somente por causa dos incentivos à ocorrência de recursos protelatórios, conforme demonstrado em outros casos neste relatório. Ao invés disso, o caso sugere que uma outra causa provável dessa redução de eficiência é a falta de clareza – tanto para as partes, quanto para os tribunais – sobre como funciona o sistema recursal e como os numerosos recursos disponíveis no sistema devem ser integrados em um todo coerente.

Mais especificamente, o caso em tela parece revelar como reformas parciais e pouco

sistematizadas do sistema recursal (tal como a introdução da tutela antecipada no CPC através da Lei 8.952/94) podem criar problemas sistêmicos que não são antecipados por aqueles produzindo as reformas. A consequência é que fica a cargo dos tribunais determinar como fazer tal integração, o que acaba por gerar confusão e incerteza.

E. Lista dos documentos analisados:

Ação Ordinária n. 2006.38.00.017552-7:

- Despacho mantendo decisão agravada e intimando partes para especificação de provas – 29/05/2006;
- Despacho reconhecendo a ilegalidade da Res. ANTT n. 233/2003 e ratificando decisão na qual foi deferida a tutela antecipada – 29/05/2006;
- Despacho recebendo apelação interposta pela União e pela ANTT – 29/05/2009;
- Despacho mantendo a decisão agravada – 29/05/2006.

Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.043199-8:

- Acórdão, relatório e voto reconhecendo conflito de competência – 03/05/2007;
- Relatório e Voto negando provimento ao agravo interno – s.d.;
- Acórdão, relatório e voto considerando prejudicado o Agravo de Instrumento – 06/11/2007.

5.2.5. QUALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

5.2.5.1 Caso do Cartel dos Cegonheiros

A. Hipótese investigada:

H10: A ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais.

B. Tipo de decisão: Decisão sobre infrações à ordem econômica que também pertence ao âmbito de competência do Ministério Público, via Ação Civil Pública (Lei 7.374/85, art. 1º, V)

C. Sumário:

A Associação Nacional dos Transportes de Veículos (ANTV) e o Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviários de Veículos (SINDICAM) foram acusados de prática de condutas concertadas, tendo sido apreciado nas instâncias judicial (Justiça Criminal) e administrativa (CADE) com resultados divergentes. Enquanto a decisão judicial condenou os representantes das entidades mencionadas e de empregado da General Motors do Brasil Ltda. com pena privativa de liberdade, o CADE concluiu pelo arquivamento do processo administrativo diante da insuficiência de provas produzidas que levassem à configuração das práticas anti-concorrenciais imputadas. As decisões analisadas diferiram quanto à qualidade da análise do conjunto probatório e dos argumentos de defesa produzidos, o que reflete a ausência de conhecimento do Poder Judiciário sobre as especificidades das infrações contra a Ordem Econômica. Esta falta de conhecimento, por sua vez, gera insegurança jurídica que não se restringe apenas às partes envolvidas no caso ora analisado.

D. Análise:

Em razão da multiplicidade de decisões proferidas por autoridades competentes de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, em diferentes esferas (judicial e administrativa), o caso “Cartel dos Cegonheiros” permite a realização de análise comparativa quanto à qualidade dessas decisões. Isso será realizado após breve descrição das acusações levadas a julgamento e do conteúdo das decisões, tomando como pontos de referência (i) conjunto probatório que fundamenta as decisões em cada uma das esferas e (ii) o tratamento oferecido aos argumentos de defesa levantados pelas partes acusadas de prática anticoncorrencial.

Motivada pela petição inicial da Ação Civil Pública n. 2002.71.00.028699-1/RS, ajuizada na Justiça Federal do Rio Grande do Sul¹⁶⁵, a SDE instaurou processo administrativo contra a Associação Nacional dos Transportes de Veículos (ANTV) e o Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviários de Veículos (SINDICAM) a fim de investigar suposta prática de condutas concertadas visando a fechamento de mercados de prestação de serviços de transporte a concorrentes, divisão de mercado, imposição de preço excessivo e promoção de negociações conjuntas dos valores dos fretes por operadores logísticos de transporte de veículos novo e por transportadores autônomos de veículos novos (art. 20, incisos I, II, III e IV c/c art. 21, incisos I, II, III, IV, V, X, XXIV e XV, ambos da Lei 8.444/94).

O CADE, ao final do julgamento, afastou as acusações da Secretaria de Direito Econômico (SDE) diante da ausência de provas nos autos que autorizassem a condenação dos representados pela prática de conluio para extrair renda das montadoras, de fechamento do mercado de transporte de carros novos, de divisão de mercado, de imposição de preços excessivos e negociação conjunta dos preços dos fretes. Sobre essa última alegação, contudo, verificou-se que a ANTV e o SINDICAM, em conjunto, negociavam apenas referenciais dos preços dos fretes de veículos novos, podendo tal conduta ser justificada por necessidade de alguma coordenação de decisões de modo a permitir reduções de custos socialmente desejáveis, ponto enfatizado nos pareceres técnicos juntados no autos do procedimento administrativo pelas representadas.

Foi reconhecido que o funcionamento dos mercados de serviços logísticos de transporte de automóveis novos (no qual atuam as empresas filiadas à ANTV) e de transporte de veículos (no qual atuam os caminhoneiros associados ao SINDICAM) é, em grande medida, determinado pelas condições de competição vigentes entre as montadoras, das quais parte a exigência de (i) qualidade do serviço de transporte e (ii) tempo de entrega que as operadoras logísticas e os cegonheiros devem satisfazer. As pressões para a redução dos custos das montadoras propagam-se então cadeia acima, gerando incentivos

¹⁶⁵ A referida Ação Civil Pública está em trâmite perante a 6ª Vara de Federal de Porto Alegre. Conforme andamento disponível no sítio eletrônico do órgão, não houve até a presente data qualquer decisão relevante (cf. http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200271000286991&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=S&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=087bbde34c56229f73541d7e2df55739&txtPalavraGerada=sfQM&PHPSESSID=b2d34fa5f44e08b7f3a3867610eadc1d, último acesso em 16/06/2010).

aos operadores logísticos para que ofereçam soluções eficientes, que respondam às demandas dos clientes do modo menos custoso para o operador. Certos padrões de comportamento dos agentes envolvidos nessa complexa relação de mercado (e.g. a prática de consolidação de cargas – embarque num mesmo caminhão de veículos de várias montadoras para transporte ao longo da mesma rota – e a manutenção de um *pool* de caminhoneiros próprios e autônomos como estratégia voltada à redução dos riscos associados a flutuações na demanda por serviços e à captura dos ganhos decorrentes da “especialização” adquirida pelos caminhoneiros em determinadas rotas) são respostas comerciais à necessidade de aproveitamento de ganhos de eficiência. Nesse sentido, a realização das economias de custo exigem algum grau de coordenação entre os agentes envolvidos e serviriam para sustentar a negociação conjunta de referências dos preços praticados entre montadoras e operadores logísticos¹⁶⁶.

Vale ressaltar, ainda, que a decisão de arquivamento do processo administrativo do CADE não foi proferida sem antes ter sido realizada análise do mercado relevante e da estrutura do mercado de transporte de veículos novos para, somente assim, afastar a existência de provas de que as supostas práticas teriam qualquer efeito negativo no mercado em questão.

A sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 2003.71.00.007397-5/RS, por outro lado, condenou, pela prática de crime contra a ordem econômica, Paulo Roberto Guedes, na qualidade de diretor-presidente da ANTV a 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão (art. 4º, II, “a”, “b”, “c” e inc. VII da Lei n. 8.137/90 c/c art. 71 do Código de Processo Penal); Alberto Alves, na qualidade de presidente do SINDICAM a pena de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão (art. 4º, I, “a”, “f”, inc. II, “a”, “b”, “c” e inc. VII da Lei n. 8.137/90 c/c art. 71 do Código de Processo Penal); e Luiz Moan Yabiku Júnior, na qualidade de diretor para assuntos institucionais da General Motors do Brasil Ltda. a 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão (art. 4º, I, “a” e “f”, da Lei n. 8.137/90 c/c art. 71 do Código de Processo Penal).

¹⁶⁶ O argumento apresentado no parecer do Professor Afonso Arinos segundo o qual à associação de operadores a natureza de uma *joint venture*, não foi acolhida diante da demonstração nos autos de que apenas houve a negociação de referenciais dos preços e, quando muito, do preço médio praticados. Mesmo assim, a análise quanto às razões de eficiência foram trabalhadas no voto do Conselheiro-Relator a fim de afastar a condenação das representadas.

A partir do conjunto probatório, passa-se à análise da qualidade das decisões. O conjunto probatório que serviu de embasamento para a configuração da prática delituosa pode ser resumido aos testemunhos de pessoas interessadas na condenação dos réus, concedidos durante a instrução criminal.

No âmbito do CADE, por sua vez, houve preocupação com a superação do “*standard de prova*”, o que ocorre com a prova dos fatos antes destes “servirem como premissas em inferências que conduzem a condenações em processo administrativo, prova que não se faz com a simples menção ao fato, mas que exige, da autoridade investigadora, a escolha dos meios juridicamente apropriados para um convencimento racional.” Assim, aos testemunhos foram acrescentadas análises econômicas acerca do mercado em questão e das eventuais consequências das práticas relatadas, para verificar se seria efetivamente racional aos agentes se engajarem nas práticas objeto da acusação e se haveria a possibilidade destas provocarem efetivamente efeitos deletérios sobre a concorrência. Vale mencionar também que o valor dos referidos testemunhos foi relativizado diante do claro interesse das testemunhas em verem os Representados condenados. Tratavam-se de depoimentos prestados pelo representante e ex-funcionários da Transportes Gabardo (empresa de transporte não integrante da ANTV) e pelo representante do Sindicato dos Transportadores Autônomos de Veículos e das Pequenas e Micro-Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos do Estado do Rio Grande do Sul (SINTRAVERS), o qual representava motoristas não-integrantes do SINDICAM¹⁶⁷. Outros depoimentos foram colhidos pela SDE, de testemunhas imparciais ao deslinde do processo administrativo (e.g. montadoras, empresas de logística, etc.), porém, quando muito, apenas apontaram indícios de infração, contribuindo, assim, para a insuficiência de provas para a condenação das

¹⁶⁷ Segundo o Conselheiro-Relator, “[e]sses relatos, invariavelmente conducentes à condenação das representadas, foram tratados como conclusivos, mesmo diante de manifestações inequívocas de terceiros em sentido contrário. Aos relatos das demais fontes, por outro lado, não foi atribuído peso algum no âmbito da instrução.” Dois exemplos significativos, apontados pelo voto do Conselheiro-Relator, estão relacionados aos episódios envolvendo a Transportes Gabardo e a CATALOG, e à resposta da Volkswagen a ofício encaminhado pela SDE. No primeiro exemplo, segundo a Transportes Gabardo, a CATALOG teria rescindido contrato com a empresa por pressão da ANTV e SINDICAM, contudo essas alegações não ficaram demonstradas nos depoimentos colhidos na instrução (com exceção do depoimento da Transportes Gabardo), sobretudo no da própria CATALOG que justificou a rescisão contratual por motivos comerciais (e.g. insatisfação com a prestação dos serviços, paralisação recorrente dos serviços pelas empresas integrantes da ANTV, etc.). No segundo exemplo, a SDE atribuiu maior peso à declaração da Volkswagen, que teria confirmado o suposto “poder” da ANTV e do SINDICAM na negociação com as montadoras, em tratamento desigual aos depoimentos das demais montadoras e entidades ouvidas no curso da instrução do processo administrativo (e.g. Ford, GM do Brasil, Peugeot Citroen, e as respectivas associações brasileiras de distribuidores das concessionárias).

representadas. Segue trecho do voto do Conselheiro-Relator, Luis Fernando Schuartz, que ilustra esse aspecto do processo administrativo n. 08012.005669/2002-31:

Essa acusação [condutas concertadas] deve ser julgada improcedente por duas razões. Em primeiro lugar pela fragilidade das provas coletadas para suportá-la, as quais são ou inconclusivas, ou então, provenientes de depoimentos de partes direta ou indiretamente interessadas na condenação; e em segundo lugar, pela falta de consistência econômica da hipótese, cuja validade pressupõe o conformismo generalizado das montadoras diante de práticas voltadas a lhes produzir excedentes econômicos nos processos de barganha e incrementar os seus custos de produção, mesmo na presença de prestadores alternativos de serviços de ambos os mercados.

Dessa forma, não obstante tenha sido aplicada pena restritiva de liberdade na Ação Penal, para a qual tradicionalmente se exige maior rigor na análise do conjunto probatório a fim de evitar qualquer erro com eventual condenação de inocentes (dessa idéia decorre o princípio do *in dubio pro reo* no direito penal) verifica-se, na decisão penal analisada, a ausência de preocupação com a consistência e robustez das provas produzidas no âmbito do processo criminal. Vale notar que esta foi uma preocupação constante nos autos do processo administrativo no âmbito do CADE, tendo sido verificado maior critério por parte deste órgão na valoração dos testemunhos oferecidos, bem como na própria análise das consequências concorrenciais que a suposta conduta reprovável acarretaria para o mercado nacional no setor de transporte de veículos novos.

No que tange ao tratamento oferecido aos argumentos de defesa, novamente, nota-se disparidade quanto à qualidade das decisões proferidas. Enquanto o CADE levou a cabo estudo técnico a partir das alegações que se mostraram relevantes para a formação da convicção do órgão, a Justiça Criminal, em decisão de primeira instância, apresentou profundidade mediana na análise dos argumentos levados a juízo.

Tome-se como referência o fato de que empresas excluídas do suposto cartel (i.e. não vinculadas a quaisquer uma dessas entidades) podiam também prestar os mesmos serviços às montadoras no território nacional. Para a análise do CADE, esse argumento foi fundamental para a descaracterização de prática anticoncorrencial por parte da ANTV e do SINDACAM. Com efeito, se parte significativa da oferta não está alinhada a um cartel que pratique preços excessivos, o suposto cartel está fadado ao fracasso e

não poderá produzir os efeitos deletérios à competição, já que as empresas não alinhadas podem praticar preços mais competitivos e desviar para si a demanda das empresas supostamente cartelizadas. Havendo empresas concorrentes independentes, o grupo, ainda que alinhado, terá que competir com essas, não podendo praticar preços superiores.

Já na Ação Penal n. 2003.71.00.007397-5/RS, esse mesmo argumento foi considerado “inservível” tendo sido afastado na sentença sem que análise aprofundada do mercado, dos serviços oferecidos e dos preços praticados pelos agentes envolvidos fosse realizada. Segue trecho da decisão:

Não merece crédito, igualmente, o argumento dos réus, para eximirem-se da acusação de monopólio, de que há várias empresas prestando serviços a montadoras e que não são vinculadas à ANTV e nem ao SINDICAN.

“Ocorre que, embora sem estarem formalmente ligadas àquelas entidades, a vinculação se estabelece veladamente, em forma de poder de mercado e de conduta uniforme, na medida em que a oferta de serviços é feita a preços idênticos ou muito similares aos praticados pelas associadas da ANTV na mesma unidade fabril, contando tais transportadores com o respeito dos colegas sindicalizados ao SINDICAN no tocante à cessão daquela porção do transporte, além do que a participação destas empresas junto à montadora dá-se de modo permanente. Tais empresas, não raro, possuem vinculação com dirigentes de empresas que compõem ou compuseram os quadros da ANTV ou com atuais ou anteriores dirigentes e prepostos do SINDICAN.

(Sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 2003.71.00.007397-5/RS)

Ou seja, a sentença assume que mesmo as empresas fora dos sindicatos estariam “veladamente” em acordo com o suposto cartel. Porém, não aponta evidências testemunhais ou documentais nos autos que corroborem a nova hipótese. O único elemento de prova levantado foi que os preços seriam similares, fato de se esperar também em um mercado competitivo, notadamente quando o conjunto de clientes tem ampla informação e elevado poder de barganha, como é o caso das montadoras.

O que parece ter faltado na análise judicial foi justamente a ponderação das evidências testemunhais e documentais em conjunto com uma *análise econômica da estrutura de mercado* (percentual dos ofertantes cartelizados, capacidade de absorção de desvios de demanda em caso de elevação de preços, poder de barganha dos clientes, etc.). A

caracterização de uma infração à ordem econômica depende da demonstração econômica da possibilidade que os efeitos sobre o mercado sejam alcançados.

Essa disparidade técnica com que o tema foi tratado no caso Cartel dos Cegonheiros corrobora a *H10* da pesquisa, segundo a qual a ausência de *expertise* sobre matéria concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, visto que, diante de argumentos que exigiam compreensão do tema da concorrência, em seus aspectos tanto jurídicos quanto econômicos, a corte incorreu em uma falácia. Vale dizer, tomou a similaridade dos preços como evidência de ajuste entre empresas sindicalizadas e não sindicalizadas, quando os mesmos poderiam decorrer, como indicava a estrutura de mercado, da competição efetiva entre esses.

Tendo havido decisão de mérito na esfera criminal divergente da decisão de mérito na esfera administrativa, as partes envolvidas, bem como demais atores que possam enfrentar os mesmos impasses relatados no caso, não têm como evitar o desfecho de qualquer uma das decisões, diante da sua imprevisibilidade. Isso porque, ora o conjunto probatório é suficiente para ensejar condenação, ora não é; ora um argumento é acatado e considerado relevante para descaracterizar a prática de conduta reprovável, ora é tido como “inservível”. Enfim, cria-se um ambiente de insegurança jurídica.

E. Caso do Cartel dos Cegonheiros: notas para futuras reformas

O caso analisado dá margem a algumas sugestões sobre como melhorar a qualidade das decisões judiciais em matéria concorrencial como, por exemplo, uma melhor coordenação e comunicação entre o CADE e os tribunais, ou o assessoramento do juiz por economistas capazes de auxiliá-lo a analisar a plausibilidade e racionalidade da conduta objeto da acusação. Mais especificamente, no caso de formação de cartel, a exigência por parte dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário da superação de um “*standard de prova*” mais rigoroso, como aquele aplicado pelo CADE no caso ora analisado. Pode-se atacar este problema com análises econômicas sobre os setores da economia em que a suposta prática anticoncorrencial tome lugar.

No caso de temas de direito econômico, é indispensável a análise específica do mercado sob análise, o que tem sido feito por peritos judiciais. No entanto, não é demais lembrar que, por vezes, os peritos judiciais não são suficientes ou sua nomeação e estudo

representam significativo retardo no proferimento da decisão final. Ademais, pode-se também sugerir que sejam analisadas possíveis justificativas para as condutas de agentes econômicos (e.g. eficiência, reputação, comodidade para o cliente) que, em alguns casos, descaracterizam os efeitos negativos da prática. Para tanto, seria interessante investigar a possibilidade de se expandir o treinamento recebido pelos juízes em matéria concorrencial, ou de se estabelecer (caso não existam) convênios entre o Judiciário e os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ou que estes contem com uma estrutura de assessores econômicos em varas especializadas.

F. Lista dos documentos analisados:

No âmbito administrativo, foram analisadas decisões do CADE (incluídos relatórios, relatórios complementares quando existentes, voto do conselheiro relator e votos vogais, quando existentes) nas seguintes medidas:

- Processo Administrativo n. 08012.005669/2002-31 (principal);
- Recurso Voluntário n. 08700.0044483/2002-14;
- Recursos Voluntários n. 08700.004562/2002-17 e n. 08700.004483/2002-14
- Parecer da SDE e despacho que aplicou medida preventiva.

No âmbito judicial, foram analisadas as decisões, singulares ou colegiadas, proferidas nas seguintes medidas judiciais:

- Ação de Conhecimento para suspender o procedimento administrativo perante o CADE (autos n. 2006.34.00.000346-8);
- Ação Penal n. 2003.71.00.007397-5/RS;
- Habeas Corpus n. 2007.04.00.004245-1/RS;
- Habeas Corpus n. 0004189-23.2010.404.0000/RS;
- Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.001076-1/DF.

5.2.5.2 Caso dos slots da Pantanal

A. Hipótese investigada:

H10: A ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza

jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais.

B. Tipo de decisão: ofício da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC que determinou a disponibilização dos *slots* do aeroporto de Congonhas sob responsabilidade da Pantanal Linhas Aéreas S/A.

C. Sumário:

Trata-se de processo no qual a autora, Pantanal Linhas Aéreas S/A, objetiva que não sejam disponibilizados seus *slots* em Congonhas até o fim de seu processo de recuperação judicial, apesar da disponibilização prevista em ofício da ANAC¹⁶⁸.

No âmbito do processo de recuperação judicial, o juiz determinou a expedição de ofício à ANAC, determinando que a Agência se abstivesse de levar a termo a providência de disponibilização dos *slots* no aeroporto de Congonhas, até que fosse implementado o plano de recuperação apresentado, sob pena de multa diária de R\$ 30 mil. A ANAC interpôs agravo de instrumento, cujo pedido de efeito suspensivo foi indeferido. Em decisão posterior, o agravo teve seu provimento negado também em relação ao mérito.

Por outro lado, a ANAC ingressou com pedido de suspensão de liminar perante o STJ para suspender a execução da decisão de primeira instância que proibira a realocação dos *slots* da Pantanal. O presidente do STJ, Ministro Cesar Rocha, atendeu ao pedido de suspensão da decisão que proibira a realocação dos *slots* pela ANAC em decisão publicada em 10 de dezembro de 2009. No entanto, após a Câmara reservada à Falência e Recuperação do TJSP ter julgado improcedente o mérito do Agravo de Instrumento que fora interposto pela ANAC, a Pantanal apresentou pedido de reconsideração da decisão ao STJ e o presidente do STJ voltou atrás em relação à sua decisão anterior e determinou, “em favor da cautela necessária à questão”, que a ANAC se abstivesse de distribuir os *slots* atinentes à Pantanal. Foram apresentados agravos regimentais pela Pantanal e pela ANAC, tendo sido, por fim, mantida a decisão que suspendera a proibição de realocação dos *slots*.

¹⁶⁸ Ofício n. 149/209/SSA/ANAC, de 24/07/2009.

D. Análise do caso:

A questão que emerge do caso que será analisado trata da limitação da atuação da ANAC por parte do Judiciário, ao proibir a agência de realocar os *slots* não utilizados pela empresa Pantanal no aeroporto de Congonhas. Por um lado, a agência busca garantir o seu poder-dever de regular as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civil, bem como as questões de infra-estrutura aeroportuária. Por outro lado, a empresa buscava, pela via judicial, a manutenção de seus *slots* no aeroporto de Congonhas como parte de seus ativos incorpóreos. A disputa no âmbito dos processos judiciais analisados buscava definir, portanto, a natureza jurídica dos slots, se há direito subjetivo ao slot como bem incorpóreo, ou se a distribuição de slots é matéria de interesse público.

D.1. Introdução ao sistema de alocação e pagamentos de *slots*

Segundo o art. 8º, inciso XIX, da Lei 11.182/05, que criou a ANAC:

Art. 8º. Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

XIX – regular as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infra-estrutura aeroportuária disponível.

Portanto, exercendo a competência especificada na legislação, a ANAC editou a Resolução n. 2/2006, regulamentando a “alocação de horários de chegadas e partidas em aeroportos que operem no limite de sua capacidade operacional em faixas de horários com alta densidade de tráfego aéreo doméstico”. (art. 1).

Segundo a resolução, um *slot* consiste em horário estabelecido para uma aeronave realizar uma operação de chegada ou uma operação de partida em um aeroporto coordenado (art. 2, IV) e permanece indisponível para alocação enquanto utilizado pela concessionária (art. 2, V). Conforme determina o art. 4 da resolução, os pares de *slots* alocados ficarão disponíveis para nova alocação quando a empresa concessionária:

I - não tiver implantado o serviço no prazo de 30 (trinta) dias contado da data de alocação do par de *slot*, prorrogável por 30 (trinta) dias, mediante justificativa prévia aceita pela ANAC;

II - não atingir índice de regularidade mensal igual ou superior a 80 % (oitenta por cento) da operação prevista, durante o período de noventa dias consecutivos;

III - deixar de utilizar o par de *slot* por um período superior a 30 dias consecutivos;

IV - manifestar seu desinteresse na continuidade da exploração do *slot*.

Observa-se, portanto, que a ANAC pode realocar os *slots* quando ocorrer uma das situações previstas no artigo 4 da resolução. A resolução prevê também a possibilidade de troca de entre as concessionárias dos *slots* que lhe foram atribuídos, desde que previamente autorizadas pela ANAC (art. 38). No entanto, o parágrafo único deste artigo enfatiza que “os *slots* só podem ser trocados um a um, vedada, por qualquer forma, a sua comercialização, sob pena de revogação da alocação do *slot* em questão”.

D.2. A disputa entre a Pantanal e a ANAC sobre o controle dos *slots* do aeroporto de Congonhas

O plano de recuperação judicial da Pantanal Linhas Aéreas S/A previu o isolamento de parte da atividade da empresa, instituindo uma Unidade Produtiva Isolada (UPI) para ser objeto de alienação judicial. Dentre os ativos que integravam o estabelecimento empresarial a ser alienado em hasta pública, o plano de recuperação judicial, aprovado pelos credores da empresa e homologado judicialmente, incluiu os *slots* atribuídos à Pantanal em virtude de contrato de concessão.

A ANAC, por outro lado, em virtude da previsão de que os *slots* não podem ser comercializados, conforme a Resolução n. 2/2006 da agência, decidiu realocá-los por meio de sorteio, conforme indicado no ofício n. 149/209/SSA/ANAC, de 24/07/2009.

Nos autos da recuperação judicial da Pantanal Linhas Aéreas S/A¹⁶⁹, o Juiz Caio Marcelo Mendes de Oliveira entendeu tratar-se de abuso de direito a atitude da ANAC relativa à disponibilização dos *slots* do Aeroporto de Congonhas ainda sob

¹⁶⁹ Processo n. 100.08.241256-0 - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

responsabilidade da Pantanal. Por meio de despacho de 31 de julho de 2009, determinou a expedição de ofício para que a agência se abstinhasse de levar a termo a providência até que fosse executado o plano de recuperação apresentado nos autos deste processo. Foi emitido ofício à ANAC, em 28 de janeiro de 2010, determinando-se a exclusão dos *slots* do sorteio, como pretendido pela agência, até que a questão judicial fosse equacionada, sob pena de multa diária de R\$ 30 mil.

A ANAC apresentou agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, ressaltando que os *slots* são concedidos às empresas sob condição de efetiva utilização e que não podem ser comercializados, de modo que a previsão no plano de recuperação da Pantanal de alienação dos *slots* é ilegal e a sua redistribuição entre as demais concessionárias é poder-dever da ANAC e não impedirá que a empresa continue a operar. Em relação à Pantanal, a agência constatou, pelo monitoramento de suas operações realizadas em marco, abril e maio de 2009, em face de informações fornecidas pela própria empresa, que, no Aeroporto de Congonhas, não foi atingido o índice de regularidade mensal previsto na Resolução n. 2/2006 da ANAC, de modo que, dos 196 *slots* alocados a ela, 31 pousos e 30 decolagens ficaram disponíveis para nova alocação, conforme determina o art. 4, II e III, do Anexo da referida Resolução. Pede, portanto, que o juízo da recuperação judicial não considere os *slots* como ativos passíveis de inclusão no plano de recuperação judicial da empresa e que a Pantanal seja intimada a apresentar novo plano de recuperação sem considerar os *slots* como ativos. Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo, observando que o pleito seria novamente examinado após resposta da Pantanal.

Antes da decisão do mérito do Agravo de Instrumento, a ANAC apresentou ao Superior Tribunal de Justiça requerimento para suspender a execução do despacho do Juiz da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, proferida nos autos da Recuperação Judicial n. 100.08.241256-0. Alegou que aquela decisão estava causando grave lesão à ordem administrativa, pois violava o seu poder-dever de regulação do espaço aéreo. A agência também alegou a existência de possíveis danos à economia pública. *“Ao considerar os slots como patrimônio da empresa Pantanal Linhas Aéreas, restou afetado o sistema de livre concorrência, com prejuízo aos consumidores, ou seja, aos usuários do transporte aéreo”*. Ao pedir a suspensão da decisão, a agência sustentou que a proibição judicial de realocação dos *slots* representa, a cada dia,

desperdício de infraestrutura aeroportuária. Segundo relata a decisão sobre o pedido para suspender a decisão impugnada, a ANAC apresentou os seguintes argumentos:

Invoca o art. 8º, inciso XIX, da Lei n. 11.182/2005, segundo o qual compete à ANAC "regular as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infra-estrutura aeroportuária disponível", e o art. 4o, incisos II e III, da Resolução n. 02/2006 – ANAC, que torna os pares de slots disponíveis para nova alocação quando a concessionária "não atingir índice de regularidade mensal igual ou superior a 80% (oitenta por cento) da operação prevista, durante o período de noventa dias consecutivos" ou "deixar de utilizar o para de slot por um período superior a 30 dias consecutivos".

Ainda segundo a agência, o valor de aproximadamente 39 milhões, que constitui o lance mínimo para arrematação da UPI, foi calculado levando-se em consideração, quase que exclusivamente, suposto valor econômico atribuído aos *slots* alocados à empresa junto ao aeroporto de Congonhas. “Valores que serão, em última análise, suportados pelos usuários do serviço de transporte aéreo”. Observa-se, portanto, a preocupação da agência de garantir o exercício de sua competência de gerir o transporte aéreo privado, incluído o controle de linhas, horários de decolagem e pouso, de modo a evitar abusos das empresas aéreas e preservar os direitos dos usuários.

Em relação ao pedido de suspensão da decisão que determinara a expedição de ofício para que a agência não prosseguisse com sua decisão de realocar os *slots*, o presidente do STJ, Ministro Cesar Rocha, proferiu decisão monocrática que deferiu o pedido de suspensão, conforme decisão publicada em 10/12/2009¹⁷⁰. Segundo consta nos autos:

Como se pode verificar, a alienação judicial referida compromete, também, os slots da Pantanal Linhas Aéreas S.A., chocando-se com a competência da ANAC, a quem cabe gerir o transporte aéreo privado mediante o controle de linhas, horários de decolagem e de pouso, preços de passagens e outros. Dentro dessa gestão, observo, insere-se o objetivo de evitar monopólios e abusos das empresas aéreas e, sobretudo, preservar os direitos dos usuários do transporte aéreo.

¹⁷⁰

Suspensão de Liminar e Sentença n. 1.161 – SP (2009/0234737-7).

Afirmou ainda que, no caso específico de Congonhas:

com sobrecarga de pousos e decolagens, a atuação técnica da ANAC se faz ainda mais indispensável, não havendo dúvida de que a intervenção judicial para efeito de alienação de slots – vinculados à UPI – em hasta pública pode, sim, causar graves danos à organização do aeroporto e lesão à ordem e à economia públicas.

Em 26 de janeiro de 2010, a Câmara reservada à Falência e Recuperação do TJSP julgou improcedente o mérito do Agravo de Instrumento que fora interposto pela ANAC, mantida a decisão que proibira a realocação dos *slots* pela agência. A decisão do Agravo de Instrumento n. 670.247.4/3-00 reconheceu que, efetivamente, a companhia aérea não podia alienar os *slots*, visto que não eram propriedade da empresa. No entanto, entendeu que, ao contrário do que foi argumentado pela ANAC, a transferência dos *slots* em razão do trespasse do estabelecimento, do mesmo modo que outros contratos que integram um estabelecimento, constitui um dos meios da recuperação judicial, segundo decorre do art. 50, inciso VII, da lei n. 11.101/2005. Anotou o acórdão, ainda, que a eventual adquirente deverá ser cientificada de que a ANAC continuará a exercer os poderes regulatórios sobre os *slots*, devendo adequar-se às leis e regulamentos que regem a matéria, cabendo à ANAC aplicar o seu poder-dever de molde a criar condições propícias para a recuperação da empresa. O tribunal negou provimento ao agravo de instrumento.

Com base neste fato novo, a Pantanal apresentou pedido de reconsideração da decisão ao STJ. Segundo a empresa, a alienação dos *slots* não interferiu com a competência da ANAC, porém a pretensão da ANAC, sim, interferiu com a competência legal do juízo de recuperação judicial. Trouxe, ainda, fatos novos. Em primeiro lugar, a venda da integralidade das ações da Pantanal Linhas Aéreas S.A. para a TAM, afastando “*de vez qualquer risco de danos à organização do aeroporto e lesão à ordem e economia públicas, além de se manterem íntegros os direitos dos usuários do transporte aéreo, até mesmo com a intenção, já oficialmente manifestada à ANAC, de que os slots sub judice – designados pela Agência Reguladora como ociosos – voltassem a ser imediatamente utilizados pela companhia aérea*” (fl. 244)

A empresa mencionou o julgamento do mérito do Agravo de Instrumento n. 670.247.4/3-00, pela Câmara reservada à Falência e Recuperação do TJSP, bem como a realização de procedimentos administrativos, marcados para o dia 01 de fevereiro de 2010, para distribuição de alguns *slots* de Congonhas. O presidente do STJ, em decisão publicada em 02 de fevereiro de 2010, voltou atrás em relação à sua decisão anterior e determinou, monocraticamente, “em favor da cautela necessária à questão”, que a ANAC se abstinhasse de distribuir os *slots* atinentes à Pantanal no certame marcado para 01 de fevereiro de 2010.

Foram apresentados dois agravos regimentais, um pela Pantanal e outro pela ANAC. Em julgamento ocorrido em 03 de março de 2010, por unanimidade, foi negado provimento ao agravo da Pantanal e julgado prejudicado o agravo regimental interposto pela ANAC, permitindo que a agência realize a distribuição dos *slots* de Congonhas.

Um dos agravos regimentais fora interposto em 09 de dezembro de 2010 pela Pantanal Linhas Aéreas S/A contra a decisão publicada em 10/12/2009 que havia deferido o pedido de suspensão. Conforme o voto do Ministro César Rocha, a ANAC deve prosseguir “com seu pleno poder de gerenciamento do transporte aéreo, aí incluídos o controle e a distribuição dos *slots* no aeroporto de Congonhas”. Segundo o entendimento apresentado, a alienação em hasta pública da Unidade Produtiva Isolada (UPI) “afeta negativamente a competência da ANAC, à qual cabe gerir o transporte aéreo privado mediante o controle de linhas, horários de decolagem e de pouso, preços de passagens e outros.” Observou, ainda, que, dentro dessa gestão, “insere-se o objetivo de evitar monopólios e abusos das empresas aéreas e, sobretudo, preservar os direitos dos usuários do transporte aéreo.” Foi negado provimento ao agravo regimental apresentado pela Pantanal e mantida a decisão que suspendera a proibição de redistribuição dos *slots*.

O segundo agravo regimental fora apresentado pela ANAC contra a decisão publicada em 02/02/2010 na qual fora determinado, *ad cautelam*, “que a ANAC, no certame de distribuição de *slots*, marcado para o dia 1o de fevereiro de 2010”, se abstinhasse “de distribuir os atinentes à Pantanal Linhas Aéreas S.A.” No entanto, este agravo foi julgado prejudicado visto ter sido mantida a decisão que havia deferido a suspensão.

No âmbito do processo de recuperação judicial da Pantanal, após emitida a decisão que negara provimento ao mérito do Agravo de Instrumento, mantendo a designação de leilão para a venda da UPI e permitindo a cessão dos *slots*, a ANAC apresentou embargos de declaração. A agência alegou que houve omissão na apreciação do ato administrativo e da legislação de regência. Conforme a decisão dos embargos em 06 de abril de 2010, não teria havido contradição na decisão do mérito do Agravo de Instrumento. A competência da agência deveria ser exercida com observância aos princípios constitucionais da busca do pleno emprego (art. 170, VIII), da proporcionalidade e da razoabilidade e de acordo com as leis federais. Supridas as omissões apontadas pela ANAC e repelida a assertiva de contradição suscitada, o recurso de embargos de declaração interposto pela agência foi acolhido parcialmente, sem efeito modificativo.

Deve-se ressaltar, no entanto, o que afirma o voto do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. O recurso estava, em princípio, prejudicado, em face do julgamento do STJ ocorrido em 03 de março de 2010, que permitiu que a agência realizasse a distribuição dos *slots*. No entanto, como a ANAC reitera os termos do recurso de embargos declaratórios, esses foram devidamente examinados pela Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo.

E. Algumas conclusões

A decisão do STJ acabou por confirmar o entendimento de que a alienação da UPI em hasta pública acabaria por afetar negativamente a competência da ANAC. Observa-se, no entanto, que, em diversos momentos anteriores, as decisões judiciais confirmaram a possibilidade de alienação pela Pantanal dos *slots* concedidos pela ANAC. Essa disputa surge, portanto, pela falta de uma clara compreensão do papel e poder da agência.

Além disso, demonstra uma escolha pela preservação dos interesses da empresa sem considerar as consequências para o mercado regulado de serviços aéreos. Considerando-se que a ANAC tem a competência para realocar os *slots* concedidos à Pantanal, ao proibir a atuação da agência e autorizar a empresa a incluir os *slots* em seu conjunto de bens imateriais para alienação, o Judiciário estava violando o poder-dever da ANAC de regulação do espaço aéreo, que inclui regular as autorizações de horários de pouso e decolagem. Segundo afirmou a agência, a vedação à redistribuição dos *slots* acabou por representar, a cada dia, desperdício de infraestrutura aeroportuária e prejuízo aos

consumidores. No entanto, as decisões no âmbito do processo de recuperação judicial e do agravo de instrumento, entenderam que os *slots* faziam parte do patrimônio da empresa e, portanto, não poderiam ser realocados pela ANAC antes da implementação do plano de recuperação.

Como afirma o despacho de 31/07/2009, que determinou a expedição de ofício à ANAC para que se abstivesse de levar a termo a disponibilização dos *slots* sob responsabilidade da Pantanal a respeito do ofício da ANAC:

A notificação levada a efeito contra a sociedade autora parece desconhecer totalmente o fato de estar ela em processo de recuperação judicial, que tem por objetivo superar a sua situação de crise econômico financeira, permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, preservando a empresa e a sua função social, na dicção do art. 47 da Lei 11.101/2005.

Essa decisão ilustra um viés privatista que acaba contendo uma escolha pela “preservação da empresa e sua função social” sem considerar as consequências desta decisão para a infraestrutura aeroportuária e para os interesses coletivos em jogo, protegidos pela ANAC. Este entendimento, portanto, não considera a regulamentação específica do setor e retira uma parte do poder da agência.

Verifica-se que o caso analisado ilustra bem a *H10*, segundo a qual “*a ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais.*”

Em particular, ilustra o viés privatista do judiciário sem considerar questões de interesses difusos e coletivos (concorrencial e consumidor) e com reduzida compreensão dos poderes da agência relativos a esses interesses.

F. Lista dos documentos analisados:

- Recuperação Judicial 100.08.241256-0

- Despacho - 31.07.2009
 - Despacho – 10.12.2009
 - Despacho – 01.02.2010
- AI 994.09.316372-9
- Decisão indefere o pedido de efeito suspensivo - 23.11.2009
 - Acórdão negando provimento ao recurso – 26.01.2010
 - Acórdão embargos de declaração - 06.04.2010
 - Decisão sobre efeito suspensivo – 21.08.2009
- SLS 1161
- Decisão defere efeito suspensivo - 10.12.2009
 - Decisão impede distribuição dos slots - 29.01.2010
 - Relatório e Voto - 03.03.2010

5.2.5.3 Caso do consumidor de baixa renda

A. Hipótese investigada:

H10: A ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais.

B. Tipo de decisão: resolução da ANEEL que estabelece os critérios para enquadramento do consumidor na subclasse “residencial de baixa renda”.

C. Sumário:

A Pro Teste e o PROCON ingressaram com ação civil pública para suspender a aplicação da Resolução n. 694/2003 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). A Resolução estabelece novos critérios para definir quem se enquadra na categoria de consumidor residencial de baixa renda, reduzindo o número total de consumidores beneficiados pela tarifa reduzida. As requerentes obtiveram medida liminar em primeira instância suspendendo a aplicação da resolução. A ANEEL promulgou então a

Resolução 253/2007, com termos idênticos ao termos da Resolução 694/2003. Contra essa segunda resolução, as requerentes obtiveram medida cautelar, prorrogando o prazo para cadastramento dos consumidores de acordo com a nova resolução até o julgamento do recurso da apelação interposto contra a sentença proferida na Ação Civil Pública.

O caso ilustra uma decisão que depende de comprovação das alegações fáticas que em momento algum são analisadas pela corte. Alegam as requerentes que uma parte significativa dos atuais consumidores de baixa renda ficará desprovida do benefício conferido pela legislação atual com a Resolução 694/2003. A agência e as distribuidoras de energia, em contraste, alegam que o reenquadramento tarifário corrige distorções no sistema. Por exemplo, donos de casa de temporada e imóveis que ficam fechados durante longos períodos são beneficiados pela tarifa especial, apesar de serem consumidores de classe média. A corte não avalia a veracidade de tais argumentos e acaba decidindo sobre a legalidade da Resolução com base em critérios formalistas.

D. Análise do Caso

Em abril de 2004, a Pro Teste e o PROCON (ambas associações brasileiras de defesa do consumidor) ajuizaram Ação Civil Pública para declarar a nulidade das Resoluções 485/2002 e 694/2003 da ANEEL, que estabelecem novos critérios para classificar consumidores residenciais de baixa renda. A requerentes solicitaram também que a ANEEL reconhecesse a definição de baixa renda da Lei n. 10.438/2002 que era o critério que vigorava antes da promulgação das Resoluções supracitadas. Além disso, solicitavam as requerentes a retirada dos consumidores inadimplentes de cadastros de proteção de crédito, bem como a devolução em dobro da diferença cobrada desses consumidores a partir da promulgação da Resolução 694/2003. Por fim, as requerentes pleitearam a inaplicabilidade do critério monofásico/bifásico para definição de consumidor de baixa renda.

Antes de indicar o desfecho da ação e apresentar a análise do caso, é importante compreender a regulação aplicável.

D.1 A Legislação e Regulamentação do Setor Elétrico: Consumidor de Baixa Renda e a Tarifa Social

No processo de privatização das distribuidoras de energia elétrica, o governo brasileiro voltou-se para o problema do consumidor de baixa renda, dado que o corte de subsídios governamentais para a tarifa residencial (que vigorou no período que precedeu a privatização) gerou aumento significativo nas tarifas residenciais, aumentando consequentemente os níveis de inadimplência.

A primeira medida adotada pelo governo foi a Portaria DNAEE n. 437/95, que indicava que as próprias concessionárias deveriam definir os critérios para determinação dos consumidores residenciais de baixa renda, submetendo tais critérios à aprovação do órgão regulador do setor (naquela época, o DNAEE). Os critérios em geral eram bastante restritos (e.g. 140 KWh no período de 12 meses, no estado do Rio de Janeiro).

Após a crise energética, o governo promulgou medida provisória para regular a questão. Tal medida provisória foi posteriormente convertida em lei (Lei 10.438/2002) e passou a vigorar, então, um critério nacional uniforme para definição de consumidor de baixa renda. A Lei estabelecia duas classes de consumidores: (i) aqueles que consomem de 0 a 80 KWh/mês são automaticamente considerados consumidores de baixa renda; e (ii) aqueles que consomem de 81 a 220 KWh/mês serão considerados de baixa renda, desde que possuam ligação monofásica (uma só voltagem). Uma das reportagens de jornal citada na petição inicial ilustra o que esses números significam: 80KWh corresponde ao uso de um chuveiro elétrico por duas horas.

A Resolução nº 694/2003 promulgada pela ANEEL estabelece critérios adicionais para enquadramento do consumidor na subclasse "residencial de baixa renda". Mais especificamente, a Resolução exige que tais consumidores estejam cadastrados nos programas sociais federal, como Bolsa Família, e possuam renda familiar per capita de até R\$100,00 para ter direito à tarifa diferenciada.

Esta resolução é o motivo da disputa aqui analisada.

D.2 O possíveis impactos da Resolução 694/2003

A petição das requerentes apresenta uma série de dados relativos ao impacto negativo que a Resolução 694/2003 terá, devido à introdução de novos critérios para definir quais consumidores podem se beneficiar da tarifa reduzida para consumidores de baixa renda (também conhecida como “tarifa social”). Por exemplo, quanto à exigência de que a ligação seja monofásica, as requerentes argumentam na sua petição inicial, citando artigo de jornal, que 98% dos consumidores em São Paulo têm ligação bifásica e estariam, portanto, excluídos do critério estabelecido pela agência.

As requerentes apresentam ainda dados do IBGE, indicando que muitas famílias têm renda mensal superior a R\$ 100,00 por mês, mas ainda assim não deixam de ser pobres. Argumentam, por exemplo, que “mais de 32% das famílias no Sudeste estão na faixa de mais de 2 salários mínimos, ou, no mínimo, R\$ 480,00 mensais, o que significa uma família de 4 pessoas renda de R\$ 120,00 per capita, realidade que não pode ser ignorada e que demanda atenção por parte do Poder Público.”

Por fim, argumentam que o cadastramento de famílias nos programas federais é feito pela prefeituras. Todavia, há obstáculos significativos para que tais famílias consigam obter um cadastro em tais programas. As requerentes afirmam que “a maioria das prefeituras não possui convênios com a União para os requeridos programas e, quando há convênio, considerando que as verbas destinadas para os Programas estão esgotadas, as municipalidades negam-se a concentrar esforços e despesas para cadastrar quem não vai efetivamente receber os benefícios”.

A agência e as distribuidoras de energia, em contraste, alegam que o reenquadramento tarifário proposto pela Resolução 694/2003 corrige distorções no sistema. Por exemplo, donos de casa de temporada e imóveis que ficam fechados durante longos períodos de tempo são beneficiados pela tarifa especial, apesar de serem consumidores de classe média. Portanto, faz-se necessária uma avaliação da renda dos beneficiados, para evitar que o sistema aloque subsídios para consumidores que não deveriam estar sendo objeto desses benefícios. Em outras palavras, a resolução visa uma alocação mais eficiente de recursos no sistema.

Em suma, o cerne da disputa se encontra nos impactos potencialmente negativos ou positivos da imposição dos critérios definidos pela Resolução 694/2003. Enquanto a

agência e a distribuidoras argumentam que os critérios serão positivos – não concessão de benefícios para consumidores de classe média – as requerentes argumentam que tais critérios terão consequências nefastas para consumidores que são efetivamente pobres, mas ainda assim serão privados dos benefícios da tarifa social.

Apesar de o cerne da disputa ser de natureza factual, a decisão da corte ignora tal aspecto e baseia a decisão favorável às requerentes em uma análise extremamente formalista da regulação.

D.3 A sentença judicial: uma análise questionável das consequências da Resolução 694/2003

Em maio de 2004, o juiz Charles Renaud Frazão de Moraes, da 14ª Vara da Justiça Federal de Brasília, concedeu liminar suspendendo os efeitos da Resolução 694/2003. Em abril de 2006, o mesmo juiz promulgou decisão de mérito parcialmente favorável ao pedido formulado. A decisão decreta a nulidade das resoluções 485/2002 e 694/2003, determinando que o regime de tarifa para consumidor de baixa renda deve ser governado pela lei n. 10.438/2002. Ou seja, a decisão determina que deverão ser classificados como baixa renda todos consumidores com consumo inferior a 200KWh/mês. Todavia, o juiz indefere o pedido de suspensão da exigência de ligação monofásica.

Conforme indicado no item anterior, o cerne da disputa era factual, e dizia respeito aos impactos que a resolução teria sobre o grupo de consumidores atualmente beneficiados pela tarifa social. A análise do caso na sentença tenta considerar tais impactos, mas o faz de maneira não sistematizada e formalista. O juiz em questão indica que a lei n. 10.438/2002 estabelece os critérios para definição do consumidor de baixa renda, mas também afirma que os consumidores podem ser excluídos da subclasse (“residencial de baixa renda”) por outros critérios de enquadramento a serem definidos pela ANEEL (art 1º., parágrafo 1º.). Sobre tal provisão, afirma o juiz que:

o legislador, ao reconhecer à ANEEL o poder para fixar critérios de enquadramento na subclasse Baixa Renda não pretendeu passar um cheque em branco ao ente público. Buscou orientar a Ação do administrado no sentido de estabelecer balizas técnicas para tanto – sempre afinados com a Constituição

Federal e com os princípios norteadores postos no Código do Consumidor (Lei 8.078/90).

O juiz prossegue, então, para uma análise formalista das conseqüências da resolução. Apesar de considerar fatos concretos citados pelas requerentes, o faz de maneira pouco sistematizada e fundamentada:

Com efeito, a permaneceram os critérios previstos na Resolução atacada, restarão violados, a um só tempo, valores como a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º III) e o direito à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (Lei 8.078/90, art. 6º, X) segregando classes economicamente menos favorecidas.

Ora, se dados recentes revelam que 85% das famílias brasileiras sentem dificuldades para chegar ao final do mês com seus rendimentos (fonte:IBGE) e que gastos com energia elétrica consomem 5% do orçamento das famílias com rendimento per capita de até 1 salário mínimo por mês (30% da população) e 2,5% do orçamento familiar do brasileiro segundo dados da Pesquisa de Orçamento Familiares (POF) do IBGE de 2003, é crucial que as regras limitativas concebidas pela ANEEL através das Resoluções 485/2002 e 694/2003 estão em desacordo, também, com o princípio da legalidade e da proporcionalidade (CF/88 art. 5º).

O juiz passa então para uma fundamentação extremamente formalista da decisão:

Vincular o reconhecimento do status de consumidor de baixa renda à participação do cidadão nos programas de distribuição de renda do governo federal não encontra substrato legal onde fincar raízes. Isso porque, quando o art. 1º., § 1º da Lei 10.438/2002 fala de “outros critérios de enquadramento a serem definidos pela Aneel”, outro não pode ser o entendimento senão aquele relativo a critérios técnicos – a exemplo dos assinalados pelo legislador no mesmo parágrafo.

A não ser assim, ensejaria ao administrador atuar de forma arbitrária, concebendo como critério para o enquadramento situações fáticas pouco ou nada afinadas com aquelas hipóteses erigidas na lei formal

Importa notar, aqui, que o juiz desconsidera as razões que supostamente motivaram a Resolução da ANEEL, ou seja, a preocupação com a alocação de subsídios para

consumidores de classe média. Ao invés disso, declara que a agência apenas pode regular requisito técnico. A sentença não esclarece de onde poderia ter surgido tal limitação, e como a mesma se encaixa com as preocupações consequencialistas apresentadas pelas partes. Todavia, a ideia de que há limitações técnicas e não técnicas (ainda que ambas tenham consequências bastante concretas para o usuário final) é o que guia o juiz na negação do pedido sobre o sistema monofásico. Nesse sentido, afirma que:

Quanto ao pedido das autoras no tocante ao afastamento do requisito ilegal de circuito monofásico por residência atendida pelo benefício, não tem como prosperar. Trata-se de requisito (técnico), previsto em lei formal, que não carrega nenhuma mácula contrária à constituição.

Ficou assim decidida a questão com base em critérios bastante formalistas que não contemplam de maneira sistemática ou significativa os impactos concretos da Resolução para os consumidores de energia elétrica.

D.4 As possíveis funções que o judiciário poderia ter desempenhado no caso em tela

A ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito (H10). No caso em tela, por exemplo, há duas declarações factuais que sequer são investigadas pela corte, mas uma delas parece de alguma forma influenciar a decisão judicial. Não há nada na sentença que indique porque a preocupação com os consumidores pobres que não receberam mais benefícios deveria prevalecer sobre a preocupação com o fato de que consumidores de classe média estão recebendo um subsídio governamental indevidamente. Ou seja, o juiz poderia muito bem ter considerado a alegação da agência como relevante, declarando a legalidade da resolução.

Não se espera que o judiciário seja treinado para lidar com complexas questões regulatórias e suas consequências factuais. Todavia, é necessário que o sistema tenha algum tipo de proteção contra intervenções judiciais, para que tanto a agência quanto as

partes afetadas tenham algum tipo de recurso quando a ação regulatória estiver sendo de fato abusiva. Poder-se-ia criar, por exemplo, um sistema procedimental determinando que a agência reguladora siga certos procedimentos de consulta pública para emitir regulação. Isso poderia reduzir os riscos de que a agência seja capturada por grupos de interesse. Por exemplo, no caso em tela deve-se perguntar se o que motivou a Resolução 694/2003 foi realmente o interesse público, ou se a ANEEL estava respondendo à pressão das distribuidoras, que gostaria de aumentar as cobranças sobre seus clientes. Quando devidamente adotados e seguidos, tais procedimentos garantiriam que todas as partes envolvidas participassem da formulação da regulação, e protegeriam a regulação setorial de disputas judiciais desnecessárias.

Uma outra proposta seria solicitar a todas as agências que façam uma análise de custo-benefício de suas decisões, que seja julgada por uma agência especializada em tais análises (tais como o *Office of Management and Budget* nos Estados Unidos)¹⁷¹. Isso impediria que o judiciário ficasse encarregado de lidar com tal análise de custo-benefício. No caso em tela, por exemplo, é bastante provável que ambas as partes estejam certas: a resolução vai excluir consumidores ricos e pobres do sistema, privando-os dos benefícios. As perguntas que seguem são: quantos consumidores ricos serão excluídos e quanto consumidores pobres serão excluídos? Quanto o governo está gastando com consumidores ricos? Esse montante justificaria a exclusão de alguns consumidores pobres dos benefícios? Quantos seriam efetivamente excluídos? Só com dados concretos sobre o impacto da Resolução tais perguntas poderiam ser respondidas. Não se pode esperar, todavia, que o judiciário seja capaz de fazer tal avaliação. Daí a necessidade de que haja algum outro órgão no sistema que faça tal análise e forneça subsídios ao judiciário para que este emita uma decisão fundamentada.

Por fim, uma questão que deve ser levantada é se o judiciário brasileiro tem apenas a opção de declarar a legalidade ou a ilegalidade da Resolução. Em caso de resposta positiva, a possível solução do conflito fica bastante prejudicada. De fato, no caso em tela, a ANEEL acabou por promulgar a Resolução n. 253/2007 com os mesmos termos da resolução n. 694/2003. A eficácia da mesma foi suspensa através de medida cautelar interposta pela Pro Teste e PROCON (Autos n. 2007.01.00.018823-0/DF), até a

¹⁷¹ Essa iniciativa tem sido discutida no âmbito do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação capitaneado pela Casa Civil da Presidência da República cujo término está previsto para dezembro de 2010 (vide www.regulacao.gov.br).

resolução final da disputa da Ação Civil Publica discutida anteriormente, que encontra-se atualmente em sede de apelação. Ou seja, a agência continua a tentar resolver o problema da alocação de subsídios para consumidores que não deveriam estar recebendo tais benefícios. Talvez uma melhor solução, no caso em tela, seria o judiciário mandar a agência formular nova regulação. Ou, ao menos, exigir que justifique porque não considerou a proposta apresentada pelas requerentes, que afirmam ter formulado proposta “de aplicação muito menos burocratizada, na medida em que o ônus de comprovar o cumprimento dos critérios é afastado, posto que se baseia em informações constantes de órgão da prefeitura.”

5.2.5.4 Caso do ProPass: serviço público de transporte interestadual de passageiros

A. Hipótese investigada:

H10: A ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais.

B. Tipo de decisão: decisão sobre autorização para prestar serviços de transporte interestadual de passageiros, revogada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

C. Sumário:

A Viação Transacreana Ltda. propôs Ação Ordinária (Autos n. 2008.70.12.001242-0/PR) em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT solicitando autorização para continuar executando transporte rodoviário de passageiros, cancelamento dos autos de infração emitidos pela ANTT, abstenção da ANTT de lavrar novos autos de infração, e devolução dos veículos apreendidos pela agência. Diante da declaração do juiz de primeira instância de falta de competência para julgar tal ação, a empresa interpôs Agravo de Instrumento, solicitando o reconhecimento do direito de prosseguir na operação da linha de transporte rodoviário interestadual de passageiros e

cancelamento dos autos de infração. Em juízo liminar, o relator do 4º. Tribunal Regional Federal deferiu tutela antecipada, mas em sua decisão final negou tal tutela, afirmando em ambas as decisões a autoridade do juiz da Ação Ordinária para julgar a causa. A empresa ingressou então com agravo de instrumento contra a decisão singular do relator, e obteve autorização para prestar o serviço até a realização do processo licitatório.

A disputa ocorreu no contexto do plano *ProPass* Brasil, que é uma iniciativa da ANTT para regularizar concessões de transporte público em todo o país, de maneira que todas as empresas atuando no setor tenham sido selecionadas através de licitação, como exige a Constituição. O judiciário, todavia, olhou apenas para o caso diante de si e não ponderou as implicações potencialmente negativas que sua decisão poderia ter para as políticas regulatórias propostas pela agência. Além disso, o judiciário adotou considerações conflitantes ao longo de todo o processo o que gerou incerteza jurídica sobre a questão em tela, para prejuízo de todas as partes envolvidas (empresas, consumidores e agência).

D. Análise do Caso

D.1. Criação do Plano *ProPass* e fatos que precederam a disputa judicial

Em janeiro de 2009, a ANTT anunciou a implantação do Projeto da Rede Nacional de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros (*ProPass* Brasil), abrindo uma consulta pública sobre o projeto e realizando reuniões em diversas capitais do país.¹⁷² Tais reuniões contaram com a participação de entidades, especialistas, trabalhadores e cidadãos usuários do setor de transporte de passageiros. Segundo a superintendente de Serviços de Transporte de Passageiros da Agência, Sônia Haddad, que coordena o projeto, “a participação significativa e crescente do setor e de representantes de usuários nas reuniões regionais é um instrumento fundamental para a construção de um modelo que atenderá, cada vez mais, as demandas e expectativas atuais”.¹⁷³

A reunião relevante para o caso em questão ocorreu no dia 13 de fevereiro de 2009 em Florianópolis e englobou discussões sobre os três estados da Região Sul (PR, SC e RS).

¹⁷² Os documentos relativos ao ProPass estão disponíveis no website da agência. http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica2008-01/CPublica2008_01.asp

¹⁷³ http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica200801/Divulgacao/PROPASSBRASIL_Relatorio_do_evento_Florianopolis.pdf

No relatório do evento, a ANTT disponibilizou clipping de notícias de jornal, nas quais se reportava o problema que a agência tenta mitigar. Sobre o caso do estado do Paraná, local onde ocorre a disputa judicial aqui descrita, lê-se:

*Há mais de meio século, ou mais exatamente desde 1952, o Paraná não realiza licitação para a exploração das linhas interestaduais e intermunicipais de transporte coletivo no Estado. Desde então, a União e os sucessivos governos paranaenses do período, incluindo a atual administração de Roberto Requião (PMDB), vem prorrogando os contratos através de aditivos, mantendo sempre as mesmas empresas na concessão das linhas dentro e fora do Paraná. O problema já vem sendo investigado pelo Ministério Público, inclusive com decisões judiciais de primeira instância determinando o cancelamento desses aditivos, considerados ilegais e inconstitucionais.*¹⁷⁴

As consultas públicas foram um segundo passo na etapa do processo iniciado em 2008 pela ANTT para licitar os serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros. Um dos primeiros atos normativos nesse processo foi a Resolução n. 2.868/08, na qual a ANTT “autorizou empresas prestadoras de serviços público regulares de transporte coletivo rodoviário interestadual de passageiros, com extensão superior a 75 km, a operar esses serviços por meio de autorização especial até 31 de dezembro de 2009 ou até que, por meio de processo licitatório, sejam celebrados os contratos de permissão e iniciada a efetiva operação dos serviços, o que ocorrer primeiro.”¹⁷⁵ A ação ordinária que iniciou a disputa judicial aqui analisada tem com base essa resolução.

D.2. A disputa judicial travada entre a Viação Transacreana e a ANTT

O anexo da Resolução n. 2.868 de setembro 2008, descrita anteriormente, contém rol de empresas com autorização especial para operar certas linhas até a realização de licitação, conforme exigido pela Constituição. Ao formular tal rol, todavia, a ANTT decidiu excluir uma série de empresas que estavam prestando serviços de transportes de passageiros há alguns anos. Esse é o caso da Viação Transacreana Ltda., que prestava desde 1984 e 1985 serviços de transporte interestadual entre diversas cidades

¹⁷⁴ http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica200801/Divulgacao/PROPASSBRASIL_Relatorio_do_evento_Florianopolis.pdf

¹⁷⁵ Ação Ordinária n. 2008.70.12.001242-0/PR, Decisão de Rafael Webber, 16 de dezembro de 2008.

brasileiras.¹⁷⁶ Face à sua exclusão do rol de empresas contempladas com autorização especial, a empresa propôs em novembro de 2008 Ação Ordinária (Autos n. 2008.70.12.001242-0/PR) em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT solicitando autorização para continuar executando transporte rodoviário de passageiros, cancelamento dos autos de infração emitidos pela ANTT, abstenção da ANTT de lavrar novos autos de infração, e devolução dos veículos apreendidos pela agência.¹⁷⁷

Na ação ordinária, a empresa pediu antecipação de tutela. Para sustentar seu pedido, a empresa invocou a isonomia com as demais empresas autorizadas pela resolução da ANTT, alegando que caso não prestasse os serviços não teria condições de disputar a futura licitação com as demais empresas. Ademais, alega que as comunidades servidas estavam sofrendo com a falta do serviço. O juiz de primeira instância declarou falta de competência para julgar tal ação dado que a sede da empresa era em Roraima, não no Paraná, onde a ação tinha sido proposta. Em resposta, a empresa interpôs Agravo de Instrumento, solicitando o reconhecimento do direito da autora de prosseguir na operação da linha de transporte rodoviário interestadual de passageiros e cancelamento dos autos de infração. A Ação Ordinária ficou suspensa durante o transcurso do Agravo de Instrumento, e apenas foi reaberta em setembro de 2010.¹⁷⁸ Por essa razão, a presente análise focará nas decisões das instâncias superiores, que trataram do mérito da questão.

A primeira decisão do Agravo de Instrumento (Processo n. 2009.04.00.041413-2/PR) ocorreu em sede de juízo liminar, ainda em dezembro de 2008. Nessa decisão, o relator do Tribunal Regional Federal da 4^a região deferiu tutela antecipada. A decisão do relator se baseou em entendimento jurisprudencial do STJ, segundo o qual admitia-se a manutenção de transporte público nos casos em que a empresa tivesse atuado durante muito tempo na prestação de serviço em linhas pré-determinadas, e houvesse omissão

¹⁷⁶ Tais linhas incluem: Santa Maria/RS a Belém/PA, Santa Maria/RS a Rio Branco/AC, Porto Velho/RO a Belém/PA, Rio Branco/AC a Colatina/ES, Osasco/SP a Natal/RN, Foz do Iguaçu/PR a Fortaleza/CE e Rio Branco/AC a Mossoró/RN.

¹⁷⁷ Ação Ordinária n. 2008.70.12.001242-0/PR, Decisão de Rafael Webber, 16 de dezembro de 2008.

¹⁷⁸ A última consulta processual sobre essa Ação, feita para os propósitos do presente relatório, foi feita em 23 de setembro de 2010. A Ação então tinha sido reaberta e em 21 de setembro havia sido emitido despacho intimando as partes.

da autoridade administrativa em abrir licitação para o setor.¹⁷⁹ Um dos precedentes citados, argumenta:

*No caso dos autos, não se busca em Juízo chancela de situação que contunde a ordem jurídica, mas, sim, garantia da manutenção de situação fática conformada com a complacência do Poder Público, e que com certeza traz significativos benefícios às comunidades servidas pela empresa de transporte, as quais, não fosse a ousadia da recorrente em dar início à atividade de transporte de passageiros mesmo sem expressa autorização estatal, seguiriam até hoje desprovidas do imprescindível serviço na medida em que consabidamente o Poder Concedente omite-se, há vários anos, na promoção do certame licitatório para concessão das linhas de transporte público. Trata-se de medida paliativa e que só deve persistir até que superada a inércia do Poder Concedente.*¹⁸⁰

Interessa notar que o relator do caso não solicitou a manifestação da ANTT antes de julgar que havia omissão do poder concedente. Portanto, a decisão não considerou o fato de que o presente caso, diferentemente dos anteriores, estava sendo decidido no âmbito de um projeto nacional da ANTT para regularizar todas as linhas de transporte público do país. Tratava-se, portanto, de situação muito diferente daquela em que o Ministério Público ingressou com ações para anular contratos prorrogados sem licitação.

A liminar foi indeferida, todavia, em março de 2009.¹⁸¹ O relator do caso não faz referência alguma ao *ProPass* ou à política da ANTT. Ao invés disso, cita jurisprudência do STF e do STJ, considerando que a manutenção de permissões sem licitação violaria a ordem pública, dada a exigência de licitação pela Constituição para prestação de serviço público. Além disso, tais autorizações judiciais também violariam a ordem administrativa, dado o “afastamento da Administração do legítimo juízo discricionário de conveniência e oportunidade na fixação de trecho a ser explorado diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, do serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros.”¹⁸² Dentre as várias decisões citadas para

¹⁷⁹ Agravo de Instrumento, n. 2008.04.00.046236-5/PR, Despacho do Dês. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 19 de dezembro de 2008.

¹⁸⁰ Ibid., citando TRF 4ª Região, Agravo de Instrumento, n. 2005.04.01.031097-4/RS. Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida.

¹⁸¹ TRF 4ª Região, Agravo de Instrumento, n. 2008.04.00.046236-5/PR. Relator Dês. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 13 de Março de 2009.

¹⁸² Ibid. Citando STF, STA 73-AgR/SP, Plenário, Rel. Ministra Elle Gracie. DJ 02.05.2008.

sustentar tal argumento, encontram-se ao menos três razões para que as cortes neguem ao judiciário o poder de afastar a administração pública:

- 1) Abalo à ordem econômica, dado que o Poder Executivo ficará privado de expressivos valores que obteria em decorrência da licitação (STF).¹⁸³
- 2) Falta de fundamentação para a alegação fática de que a suspensão do serviço violaria o interesse público, ao privar certas comunidades do transporte até então oferecido (STF).¹⁸⁴
- 3) Violação do princípio de separação de poderes, estando proibido o judiciário de substituir o poder executivo, ainda em casos em que haja omissão ou demora (STJ).¹⁸⁵

O relator do Agravo de Instrumento subscreve com mais vigor ao terceiro argumento, citando extensa doutrina jurídica francesa para sustentar seu ponto. Ao subscrever a tal argumentação, o relator do caso sugere ser irrelevante saber se houve ou não omissão do poder administrativo, ou qualquer consequência positiva ou negativa que tal decisão possa gerar. O judiciário simplesmente deveria se abster de intervir.¹⁸⁶

Tal decisão, todavia, foi revista, e a empresa obteve novamente tutela antecipada para prestar serviços de transporte público. Tal tutela foi obtida em sede de Agravo de Instrumento contra a decisão singular do relator do caso em maio de 2009. A decisão se baseia em extenso relatório do Ministério Público Federal, a favor do provimento do agravo. O principal argumento do relatório é que “a situação jurídica da empresa agravante não é a mesma das empresas que sofreram os efeitos das inúmeras decisões do STF colacionadas na decisão agravada.” A agravada tinha “vínculo de natureza administrativa com o poder executivo, já que legalmente autorizada com base no Decreto n. 71.984 e art. 136 do Decreto 90.958/85. Portanto, a empresa havia sido autorizada, anteriormente, pelo gestor público a prestar o serviço, enquanto que as

¹⁸³ Ibid. Citando STF, STA 73-AgR/SP, Plenário, Rel. Ministra Elie Gracie. DJ 02.05.2008 (Voto da Ministra).

¹⁸⁴ Ibid. Citando STF, RE-264621/CE. Min. Joaquim Barbosa, DJ 08/04/2008.

¹⁸⁵ Ibid. Citando STJ. RESP-200200109096/CE. Segunda Turma Min. João Otávio de Noronha, DJ 02/08/2006.

¹⁸⁶ Ibid.

decisões do STF lidavam com “uma mera situação de fato”.¹⁸⁷ Além disso, o relatório indicava que tal autorização duraria apenas até a realização do processo licitatório, já agendado pela agência. Afirma o relator que o parecer confirma sua decisão inicial, que indica tratar-se de empresa que já atuava no setor, operando as linhas em questão por mais de 20 anos.

Importante observar que aqui a situação da empresa se torna relevante, mas em momento algum as intenções da agência são consideradas. Nenhuma das decisões anteriormente citadas questionou, por exemplo, porque a ANTT decidiu incluir algumas empresas no anexo e excluir outras. A racionalidade para a decisão da agência e o fato de que a ANTT tinha um plano para regularizar todas as linhas de transporte público no país através de licitação não foram em qualquer momento considerados pelo Tribunal Regional Federal.

D.3 A disputa travada entre as Empresas de Transporte Público e a ANTT no contexto do *ProPass* Brasil

O único momento em que o judiciário contemplou a possibilidade de considerar o fato de que a questão *sub judice* estava relacionada a um plano nacional de regularização dos transportes públicos no país ocorreu no STF (STA n. 357/DF).¹⁸⁸ Todavia, tal consideração não foi tão substancial quanto se esperaria de uma corte que está revendo o mérito de uma decisão administrativa. Em janeiro de 2010, a ANTT ingressou com pedido de suspensão de tutela antecipada de várias decisões judiciais, inclusive a decisão do agravo de instrumento analisado anteriormente (seção 4.2). O pedido se baseava em duas alegações: “as decisões colocariam em risco a gestão do Sistema Nacional de Transportes, ao impedir o planejamento global da distribuição das linhas pelo território nacional” e “teriam violado a ordem pública, em virtude de suposta usurpação da competência da União para exercer, diretamente ou, mediante concessão,

¹⁸⁷ TRF 4ª Região, Agravo de Instrumento, n. 2008.04.00.046236-5/PR. Relator Dês. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 5 de maio de 2009.

¹⁸⁸ A íntegra da decisão está disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA357.pdf>.

permissão ou autorização, o serviço público de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”.¹⁸⁹

O Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, indeferiu o pedido da ANTT. A decisão se baseou em três argumentos: (i) o fato de que o indeferimento não irá trazer prejuízos ou atrasar a implementação do denominado *ProPass* Brasil; (ii) omissão da Administração Pública no cumprimento de suas obrigações por estar atrasada com o cronograma de licitações originalmente formulado para o *ProPass* Brasil; e (iii) interesse público, dados que os usuários dos serviços se beneficiam das opções oferecidas.

Para melhor ilustrar a hipótese 10, passaremos à análise de como cada um desses aspectos foi considerado pelo judiciário brasileiro. Mais especificamente, o item (i) mostra a ausência de expertise do judiciário para avaliar a questão; o item (ii) ilustra a incerteza jurídica criada pela tentativa do judiciário de julgar o mérito da ação; e, por fim, o item (iii) aponta tanto para a incerteza jurídica quanto para a ausência de expertise do judiciário para avaliar questões regulatórias. A análise procederá da seguinte forma. Primeiro, apresentaremos o modo como o STF analisou cada um desses aspectos na STA n.357/DF. Segundo, o modo como esses aspectos foram analisados nas decisões judiciais discutidas na seção anterior deste relatório. Terceiro, nos casos pertinentes, analisaremos como o mesmo aspecto foi considerado em algumas outras demandas ligadas à essa lide.

D.3.1 O *ProPass* Brasil e a ausência de expertise do judiciário para analisar questões regulatórias

Na decisão do STF, o ministro Gilmar Mendes afirma:

é importante registrar que todas as decisões judiciais impugnadas neste incidente de contracautela garantiram às empresas demandantes a exploração do serviço, somente até a licitação das linhas. Logo, não vejo como a

¹⁸⁹ Notícias STF, Mantidas decisões que autorizam circulação de empresas de transporte interestadual, Quinta-feira, 14 de janeiro de 2010. Disponível no sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118567&caixaBusca=N>.

*subsistência dos efeitos dessas decisões possa trazer prejuízos ou atrasar a implementação do denominado ProPass Brasil.*¹⁹⁰

A afirmação fática não é precedida nem sucedida por qualquer consideração sobre os efeitos da decisão para o *ProPass* Brasil. Todavia, tal consideração contraria diretamente o argumento apresentado pela agência, que alegava que a concessão de tutela antecipada a essas empresas impediria o planejamento global da distribuição das linhas pelo território nacional. A decisão judicial, todavia, não questiona em momento algum se e como a concessão de tutela antecipada afetaria a atuação da agência. E conclui, sem qualquer análise sobre a veracidade das alegações da agência, que a decisão não afetará negativamente o *ProPass* Brasil.

Não está claro se o STF não teve acesso a qualquer tipo de argumentação mais articulada por parte da ANTT para sustentar sua alegação, ou se decidiu não responder de maneira substantiva à qualquer informação que sustentasse o argumento fático da agência. Qualquer que seja o caso, a atitude do STF demonstra que a corte decidiu não investigar ou analisar a substância da política pública que estava por trás da disputa judicial. Todavia, isso não impediu que a corte concluísse que o indeferimento da suspensão de tutela não afetaria a ANTT.

O comportamento do Tribunal Regional da 4ª região é um pouco menos afrontoso, já que não chega a fazer afirmações fáticas infundadas sobre a existência ou não de consequências negativas para a política que a ANTT está tentando implementar. Todavia, a atitude do Tribunal não deixa de ser questionável, pois em momento algum se questiona a razão que fez com que a ANTT concedesse autorização especial para algumas empresas e não para outras. Ao contrário, o TRF parece ignorar o fato de que a disputa judicial em tela ocorre no contexto do *ProPass* e faz parte de um conjunto de medidas adotadas pela agência para regularizar a prestação do serviço de transporte terrestre no país.

Há pelo menos duas razões pelas quais o judiciário não considerou o litígio à luz do *ProPass*. Uma hipótese é que os juízes não estão analiticamente preparados para resolver tal questão. A segunda hipótese é que o judiciário não concebe essa questão como uma questão jurídica e, portanto, relevante para a decisão judicial. Em qualquer uma das

¹⁹⁰ STF - STA n.357/DF, p. 12.

hipóteses, parece questionável que o judiciário se disponha a rever o mérito de decisão administrativa sem investigar o que motivou a administração em primeiro lugar.

D.3.2 A omissão da administração pública e o problema da incerteza jurídica

O segundo ponto levantado na decisão do STF é o problema da omissão e do descaso da administração pública, que justificam nesse caso o indeferimento do pedido. O STF reconhece que o argumento fático precisa de investigação mais cuidadosa. De fato, afirma o tribunal:

No presente pedido de suspensão, em virtude de notícias divulgadas pelos meios de comunicação, segundo as quais a Agência Nacional de Transportes Terrestres não teria adotado as providências necessárias à conclusão das licitações no prazo inicialmente estipulado, determinei a intimação da autarquia a fim de que se manifestasse sobre a veracidade de tais informações.

A ANTT alega, então, que solicitou ao Tribunal de Contas da União e ao Ministério Público Federal a aprovação de novo cronograma para a conclusão das licitações, tendo em vista a inconsistência dos dados fornecidos pelas empresas permissionárias, o que colocaria em risco o êxito do programa. Todavia, o STF considera que a agência foi omissa, dado que a exigência de licitação havia sido feita em 1993 (Decreto n. 952) com um prazo de 15 anos (2008). Entende a corte que a agência nada fez até outubro de 2008, quando editou a Resolução n. 2.868/08 prorrogando o prazo para final do ano de 2009. Como as licitações não foram concluídas, a agência editou duas novas resoluções (nos. 3.320 e 3.321), estendendo o prazo para 31 de dezembro de 2011. Essa última extensão é o verdadeiro sinal de descabro da agência, segundo o STF:

Se anteriormente deferi pedidos análogos ao ora formulado, o fiz por constatar o firme propósito da requerente de solucionar, em definitivo, o problema. A recente prorrogação do prazo de vigência das autorizações especiais evidencia exatamente o contrário: a manutenção de um quadro inconstitucional e lesivo ao patrimônio público, com o qual esta Corte não pode anuir.

Por conseguinte, não são as decisões judiciais impugnadas que se revelam lesivas à ordem pública, mas o quadro de descabro que se instaurou no setor em virtude da omissão da Administração Pública no cumprimento de suas

obrigações constitucionais e legais (vide MS 27.516, Rel. Ellen Gracie, DJ 5.12.2008).

O STF rejeita as alegações das empresas para explicar tal atraso, alegando que a informações prestadas pelas concessionárias “já deveriam ser de conhecimento da autarquia especial responsável pela regulação e fiscalização do setor.” Sobre a alegação de falta de pessoal ou de estrutura dos órgãos e entidades públicas responsáveis pela regulação do setor, o STF afirma que “o Poder Público teve prazo mais do que razoável (quinze anos) para o cumprimento do dever constitucional constante do art. 175 da Constituição de 1988”.

A “omissão do poder administrativo” desempenha na decisão do STF o mesmo papel que havia desempenhado anteriormente, nas decisões do TRF. Na medida cautelar do agravo de instrumento, o relator cita jurisprudência para sustentar a idéia de que a omissão da autoridade administrativa em abrir licitação para o setor justifica a manutenção de linhas de ônibus circulando quando a prestação de serviço for derivada de algum vínculo prévio com a administração pública. Ou seja, a autorização não se aplicaria para empresas clandestinas, ainda que haja omissão da administração pública. Nesse sentido, há uma clara harmonia entre os casos: a omissão do poder administrativo justifica a manutenção das linhas existentes.

A decisão do STF, em contraste, revela que o tribunal estava disposto a reconsiderar os precedentes citados, tendo em vista que a ANTT tinha um plano. Ou seja, o STF estava considerando o *ProPass* Brasil como um fator relevante, que tornava a situação em tela distinta de outras situações em que simplesmente há um contrato entre a administração pública e a empresa. Todavia, o STF não está mais disposto a abrir tal exceção à luz de nova omissão do poder público.

O problema da incerteza jurídica é criado pelo modo como o STF avalia se houve ou não omissão do poder público. Nos precedentes anteriormente julgados, a omissão era inferida a partir do fato de que não havia qualquer plano de licitação (e provavelmente os contratos estavam sendo impugnados pelo Ministério Público). Todavia, o STF entendeu que, com ou sem omissão, se não houvesse ligação prévia de empresa com o poder público, não deveria haver tutela. Isso gerou uma série de julgamentos do STF a favor da tutela antecipada para empresas que tinham algum tipo de vínculo com o poder

público. Esses foram os julgamentos que serviram de base para a decisão final do agravo de instrumento discutido na seção anterior. Ou seja, a relevância da omissão do poder público para fins da decisão judicial se alterou radicalmente em um curto período de tempo, a ponto de fazer com que o TRF da 4ª região, em um período de cinco meses, decidisse a favor (janeiro), contra (março) e a favor de novo (maio) da empresa que contestou a decisão da ANTT.

Além das mudanças constantes e frequentes sobre a importância da omissão na decisão final, há também bastante incerteza com relação ao que pode ou não ser considerado omissão da autoridade pública no judiciário brasileiro. Conforme indicado anteriormente, as decisões do TRF consideram que ausência de qualquer licitação configura omissão, ignorando o fato de que a ação da ANTT estava baseada em um projeto nacional, o *ProPass* Brasil. Diferentemente do TRF, o STF parece ter reconhecido o fato de que a agência tinha um plano para o setor de transportes. Ou seja, pela primeira vez na disputa se reconheceu que o litígio estava ocorrendo no contexto do *ProPass*. Todavia, entre 2008 e 2009, algo ocorreu para que a corte não considerasse mais aquele plano suficiente. Mais especificamente, a não realização da licitação dentro do prazo de dezembro de 2009 fez com que o STF considerasse que a administração pública estava sendo omissa.

Além do problema da incerteza jurídica gerado por essa oscilação entre o que constitui ou não omissão do poder público para o judiciário, pode-se questionar até que ponto o judiciário está equipado para avaliar se de fato houve ou não tal omissão. Algumas passagens da decisão do STF parecem sugerir que não. Por exemplo, a corte não tem o menor pudor de fazer uma série de declarações fáticas desprovidas de qualquer evidência para sustentá-las. Por exemplo, a corte afirma que:

as prorrogações ocorreram sob o pretexto de que haveria incorreções nas informações prestadas pelas atuais permissionárias, aptas a colocar em risco o êxito do programa (informações que, registre-se, já deveriam ser de conhecimento da autarquia especial responsável pela regulação e fiscalização do setor).

Nesse trecho, o judiciário parece ignorar completamente o fato de que a ANTT foi criada apenas em 2001 e está empregando seus melhores esforços para lidar com o caos do setor que lhe foi deixado de herança pela estrutura da administração pública no período que precedeu a criação da agência. Essa completa desconsideração do fato de que houve uma mudança significativa na administração pública fica claramente ilustrada na seguinte passagem:

Cumpre salientar que as alegações acerca da falta de pessoal ou de estrutura dos órgãos e entidades públicas responsáveis pela regulação do setor não são aptas a justificar a demora na realização dos procedimentos licitatórios. Isso porque, repita-se, o Poder Público teve prazo mais do que razoável (quinze anos) para o cumprimento do dever constitucional constante do art. 175 da Constituição de 1988 (vide SL 257, DJ 18.8.2008).

D.3.3 O interesse público, a falta de expertise do judiciário e o problema da incerteza jurídica

O terceiro ponto levantado pelo STF é o interesse público, que é considerado como o interesse dos usuários de serviços de transporte terrestre de ter continuidade na prestação dos mesmos.

[P]ode-se afirmar que a existência dessas autorizações, diante do quadro acima descrito, atende ao interesse público, na medida em que gera opções de transporte e supre carências do sistema atual, acarretando, portanto, benefícios à população.¹⁹¹

É interessante notar que a corte se dá ao trabalho de explicar que nesse caso, devido ao fato de que tais empresas operam segundo prévia autorização da administração pública, elas se sujeitam à fiscalização e controle das autoridades do setor. Portanto, não haveria violação da ordem pública. Isso explicaria porque o judiciário está disposto a proteger essas empresas em nome do interesse público, mas não está disposto a garantir a continuidade do serviço no caso de empresas clandestinas (por mais que as mesmas também supram as carências do sistema de transportes no Brasil). Isso fica evidenciado na seguinte passagem:

¹⁹¹ STF - STA n.357/DF, p. 12.

*Ressalte-se, ainda, que a prestação do serviço público em questão por empresa judicialmente autorizada – autorização que, repita-se, somente se justifica em virtude da inação da Administração Pública – não traz quaisquer prejuízos às populações atendidas pelo serviço, desde que, é claro, a empresa atenda às exigências de ordem técnica emitidas pela autoridade administrativa e se submeta a sua fiscalização.*¹⁹²

Ao diferenciar empresas previamente autorizadas das empresas clandestinas, oferecendo dois tipos diferentes de proteção a elas, o STF sugere que o interesse público é uma preocupação relativa, e a manutenção de uma linha de transporte não vai ocorrer pelo simples fato de que a população não tem outra opção.

Essa idéia de que a consideração do interesse público (i.e. interesse dos usuários do sistema) é relativa também se manifesta nas decisões do STF que suspenderam a tutela antecipada à luz do fato de que a ANTT tinham um plano de licitações que deveria ocorrer em dezembro de 2009. Ainda que a corte não tenha afirmado isso explicitamente, seu posicionamento sugere que o STF estava inicialmente disposto a sacrificar o interesse dos consumidores no curto prazo, a fim de proteger o interesse dos mesmos no longo prazo. Todavia, tal “sopesamento” não ocorre na decisão da corte na STA 357/2010.

Isso ilustra, primeiramente, a incerteza jurídica que assola os litígios aqui discutidos. Ao apresentar uma demanda perante a corte, as partes não sabem qual a importância que o interesse público terá na decisão final da corte, ou mesmo quando tal variável desempenhará algum papel na decisão da corte.

Um segundo problema é a ausência de expertise da corte para (i) avaliar se tal interesse está de fato protegido e (ii) fazer uma análise de custo-benefício que sopesa tal benefício no curto prazo contra custos no longo prazo. Se e quanto os usuários serão ou não afetados pela descontinuidade do serviço é uma questão fática. Todavia, em momento algum se observa qualquer análise de dados concretos para sustentar o argumento de que as comunidades seriam prejudicadas pela interrupção do serviço. E, ainda que a corte exigisse que as partes envolvidas fornecessem dados para sustentar tais argumentos, pode-se questionar se os juízes teriam condições de avaliar a

¹⁹² STF - STA n.357/DF, p. 12.

veracidade destes dados, considerando-se que a educação jurídica no Brasil não oferece qualquer treino nesse sentido.

Ainda que o judiciário brasileiro fosse capaz de analisar esses dados, pode-se questionar até que ponto o próprio judiciário conseguiria sopesar os supostos benefícios que os consumidores obteriam com a manutenção do serviço, vis-à-vis os custos que tal continuidade imporia ao plano *ProPass*. Em outras palavras, pode-se questionar até que ponto o judiciário conseguiria sopesar os benefícios para usuários no curto e no longo prazo, e tomar uma decisão que melhor proteja o interesse destes mesmos usuários. No casos dos Estados Unidos, toda regulação deve ser aprovada pelo *Office of Management and Budget*, que faz exatamente essa análise de custo-benefício. Nesse caso, o judiciário norte-americano pode se utilizar das informações tal como interpretadas por um órgão competente para avaliá-las. Todavia, no caso brasileiro, parece que tal análise de custo-benefício está sendo feita implicitamente, de modo precário, e sem necessariamente melhorar a qualidade da regulação no país. Seria questionável, portanto, se o judiciário deveria estar desempenhando tal função.

Uma outra questão que se levanta é porque o judiciário restringe a definição de interesse público aos interesses e benefícios dos usuários. Há uma série de outros interesses em jogo, que poderiam ser considerados parte do que se chama “interesse público”. Um exemplo é o interesse das outras empresas do setor. A Transbrasiliana Transportes e Turismo Ltda., por exemplo, ingressou com diversos recursos contra a decisão do TRF que concedeu tutela antecipada para a Transcreana no agravo de instrumento discutido na seção anterior.¹⁹³ Primeiro, a empresa Transbrasiliana tentou obter liminar que atribuísse efeito suspensivo ao recurso especial. A medida cautelar foi indeferida em dezembro de 2009.¹⁹⁴ A empresa ingressou então com um pedido de reconsideração no mesmo mês, que também foi indeferido. Na sequência, na qualidade de terceiro prejudicado, a Transbrasiliana ingressou no agravo de instrumento discutido na seção anterior. A empresa argumentou a existência de “dissídio jurisprudencial” e violação do art. 14 da Lei n. 8.987/95, que exige licitação para concessão de serviço público.¹⁹⁵ O recurso foi admitido em julho de 2010. Ao menos uma outra empresa se opôs a tal

¹⁹³ Um outro exemplo é Medida Cautelar Inominada n. 0007700-29.2010.404.0000/PR, interposta pela Bonfim – Empresa Senhor do Bonfim:
- Decisão indeferindo medida cautelar – 09/12/2009.

¹⁹⁴ TRF 4ª região, Medida Cautelar Inominada n. 2009.04.00.041413-2/PR,

¹⁹⁵ TRF 4ª Região, Recurso especial em Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.046236-5/PR, Recorrente: Transbrasiliana Transportes e Turismo Ltda.

recurso, trazendo argumentos processuais que supostamente impediriam a Transbrasiliana de ingressar com a ação.¹⁹⁶ Tal pedido foi indeferido.

Esse desdobramento ilustra como o conceito de interesse público do judiciário, ao ser tão restrito, acaba por criar incerteza jurídica. Conforme indicado anteriormente, interesse público parece estar restrito ao interesse dos usuários dos serviços. Nesse sentido, não considera o interesse das outras empresas que atuam no setor, em especial as que serão negativamente afetadas pela concessão de autorização judicial para que as empresas inicialmente excluídas pela ANTT sejam reincorporadas à rede de transporte público.

*Sustenta a requerente ser concessionária de transporte interestadual de passageiros, sendo que as linhas autorizadas pela decisão judicial está a sobrepor os serviços legitimamente prestados, ocasionando-lhe sérios e irreparáveis prejuízos, porquanto lhe retira parte da demanda esperada a partir da contratação com o poder público.*¹⁹⁷

Em suma, ao restringir o conceito de interesse público ao dos usuários, o judiciário se viu obrigado a incorporar o interesse das demais empresas do setor na análise do recurso especial como terceiro prejudicado, abrindo a possibilidade de reverter a decisão do STF. A falta de um sistema de precedentes, de modo que as cortes inferiores não estão vinculadas às decisões de tribunais superiores (STF, neste caso), contribui em muito para tal incerteza. Mas a inabilidade do judiciário de fazer uma análise sistemática e factual dos interesses envolvidos e dos custos e benefícios para todas as partes envolvidas também aumenta significativamente a incerteza sobre o resultado da disputa. O resultado, nesse caso, é prejudicial para todas as partes envolvidas (empresas, agência reguladora, e consumidores).

E. Lista dos documentos analisados:

Foram analisados os seguintes documentos sobre a Ação Ordinária n. 2008.70.12.001242-0:

¹⁹⁶ TRF 4ª Região, Petição em Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.046236-5/PR, Peticionante: Transportes Coletivos Brasil Ltda.

¹⁹⁷ TRF 4ª região, Medida Cautelar Inominada n. 2009.04.00.041413-2/PR.

- Despacho determinando justificativa para o valor da causa - 11/12/2008;
- Decisão determinando manifestação da ré (ANTT) para apreciação do pedido de tutela antecipada - 16/12/2008;
- Despacho declinando competência para julgar a causa e determinando remessa dos autos para o juízo competente (RO) - 18/12/2008;
- Despacho intimando a ré (ANTT) tendo em vista o deferimento da tutela antecipada na AI n.2008.04.00046236-5 - 22/11/2008;
- Despacho mantendo a decisão agravada e suspendendo o presente feito - 09/01/2009;
- Decisão interlocutória declarando impossibilidade de analisar pedido de antecipação de tutela e suspendendo o processo até o trânsito em julgado da decisão proferida no agravo de instrumento - 17/03/2009;
- Despacho determinando que a inicial seja emendada com informações solicitadas – 16/07/2010.

Além dos autos da ação principal, foram consultados os seguintes documentos dos Agravos de Instrumento n. 2008.04.00.046236-5 propostos pela Transacreana:

- Decisão deferindo tutela antecipada – 19/12/2008;
- Decisão singular dando provimento parcial ao Agravo de Instrumento (somente com relação à competência do juiz na ação ordinária) – 13/03/2009;
- Acórdão decidindo agravo contra decisão singular do relator – 05/05/2009;
- Despacho intimando a ANTT para que cumpra a decisão e libera veículo apreendido – 15/05/2009;
- Acórdão negando provimento aos embargos de declaração interpostos pela ANTT – 14/07/2009;
- Acórdão negando provimento aos embargos de declaração interpostos pela Empresa Nacional Expresso – 01/09/2009;
- Decisão deferindo pedido para que a ANTT cumpra a decisão liberando os veículos – 23/09/2009;
- Decisão impondo multa diária no caso de descumprimento da decisão – 23/09/2009;
- Despacho intimando novamente a ANTT para cumprir o julgado – 25/09/2009;
- Despacho determinando o imediato cumprimento do acórdão – 19/10/2009;
- Decisão intimando a ANTT para o integral cumprimento do acórdão à luz da decisão do STF/STA n. 357/DF- 22/02/2010;
- Decisão não admitindo recurso especial – 04/05/2010;
- Decisão não admitindo recurso extraordinário – 04/05/2010;

- Decisão admitindo recurso especial interposto pela Transbrasiliana como terceiro prejudicado – 19/07/2010;
- Decisão não conhecendo do pedido de reconsideração interposto por Transportes Coletivos em face do recurso especial concedido a favor da Transbrasiliana – 16/08/2010.

Também foram analisados os seguintes documentos da Medida Cautelar Inominada n. 2009.04.00.041413-2 interposta pela Transbrasiliana:

- Decisão indeferindo medida cautelar – 09/12/2009;
- Decisão indeferindo pedido de reconsideração – 17/12/2009.

Ainda foi analisada Medida Cautelar Inominada n. 0007700-29.2010.404.0000/PR, interposta pela Bonfim – Empresa Senhor do Bonfim:

- Decisão indeferindo medida cautelar – 09/12/2009.

Por fim, foi analisado o voto do Ministro Gilmar Mendes do STF na ação de Suspensão de Tutela Antecipada n. 357/DF.

5.2.6. A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JUDICIAL

5.2.6.1 Caso do backhaul: a substituição das metas de universalização em telecomunicações

A. Tipo de decisão: decisão acerca da substituição de obrigação contratual das concessionárias de serviço público (Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC), sob regulação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

B. Sumário:

A Associação Brasileira de Defesa do Consumidor - Pro Teste propôs Ação Civil Pública (Autos n. 2008.34.00.011445-3) em face da União Federal, Anatel, CTBC

Telecom – Cia. de Telecomunicações do Brasil Central, Brasil Telecom S/A, Telesp – Telecomunicações de São Paulo S/A e Telemar - Telemar Norte Leste S/A. Buscava a requerente a alteração dos contratos de concessão para substituir a meta de universalização prevista no Decreto 4.769/2003, de implantação de Postos de Serviços de Telecomunicações - PST, por aquela prevista no Decreto 6.424/2008, de implantação de rede de suporte para banda larga (*backhaul*) em todos os municípios brasileiros.

Apesar de ter seguido as formalidades exigidas pela lei para alteração do contrato de concessão, com a realização de consulta pública, a Anatel ainda assim teve a legalidade de sua decisão questionada no judiciário, pois não deixou clara a fundamentação do acolhimento e rejeição de propostas de alteração ao ato normativo, o que pode dar margem à uma leitura de que teria ocorrido captura pelos interesses das empresas reguladas. Mais especificamente, havia dúvidas quanto à reversibilidade do *backhaul*, o que decorreu do fato de a agência ter acolhido expressamente contribuição à Consulta Pública.

C. Análise do Caso *Backhaul*: a substituição das metas de universalização em telecomunicações

C.1. Introdução às regras do setor e fatos que precederam a disputa judicial

De acordo com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), serviço de telecomunicações prestado em regime de direito público, tal como é o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, tem sua exploração atrelada a obrigações de universalidade e de continuidade por parte da prestadora (art. 63, parágrafo único e 64, parágrafo único). As obrigações de universalização são objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo. O primeiro plano foi aprovado em 15/05/1998 (Decreto n. 2.592), e estipulou metas às concessionárias de STFC até 31/12/2005 para instalação de acessos individuais e de Telefones de Uso Público - TUPs (os orelhões). Para o período que se seguiu, foi editado novo Plano Geral de Metas de Universalização, Decreto n. 4.769, de 27/06/03, que estipulou metas até 01/01/2010, merecendo destaque aquelas relativas à instalação

de Postos de Serviços de Telecomunicações – PST¹⁹⁸ nos municípios brasileiros (art. 13 e seguintes).

Sob a alegação de que os PSTs não tinham mais relevância social para o país, as metas de universalização foram alteradas para impor às concessionárias a obrigação de instalação de infraestrutura de *backhaul* internet banda larga em todos os municípios do Brasil, o que foi feito por meio do Decreto 6.424/08, de 07/04/08. Vale notar que a proposta de decreto encaminhada pela Anatel ao Ministério das Comunicações foi precedida de Consulta Pública realizada pela Agência (Consulta Pública 842/2007), que contou com a participação de diversos atores do setor. Para incorporar as novas metas de universalização aos contratos de concessão então vigentes, foram celebrados aditivos em 08/04/2008. Como consequência da disputa judicial travada entre o agente regulador e a associação de proteção aos consumidores novos aditivos foram firmados entre a Anatel e as concessionárias de STFC, a fim de confirmar a reversibilidade do *backhaul*.

C.2. A disputa judicial travada entre a Pro Teste e a Anatel

A Pro Teste argumenta que a substituição das metas não poderia ser feita pelo fato de o *backhaul* ser rede destinada especificamente à exploração de serviços de comunicação de dados em banda larga e, portanto, não poder ser incluído nos contratos de concessão de STFC como meta de universalização. Para impedir tal substituição, a Pro Teste propôs Ação Civil Pública em face da União, da Anatel e de empresas que atuam no setor. Na Ação, a Pro Teste pedia que fosse declarada a nulidade dos artigos 13 e seguintes do Decreto 4.769/2003 e 6.424/2008, com efeito *ex tunc*, assim como os aditamentos aos contratos de concessão decorrentes dos decretos.

O pedido de antecipação de tutela da Pro Teste foi indeferido, reconhecendo, assim, a legalidade da alteração dos contratos de concessão e a inclusão da meta relativa à implementação de *backhaul* pelas concessionárias nesses contratos. No entanto, a cláusula sobre a reversibilidade do *backhaul* fora suprimida na versão final do aditivo contratual. Segundo a ANATEL a referida cláusula era desnecessária, conforme se

¹⁹⁸ Glossário ANATEL: “Posto de Serviço de telecomunicações – Acrônimo: PST: 1. Conjunto de instalações de uso coletivo, mantido pela concessionária, dispondo de, pelo menos, TUP e TAP, e possibilitando o atendimento pessoal ao consumidor [Anexo ao Decreto nº 4.769, de 27/06/2003]” redação semelhante se encontra no Regulamento anexo à Resolução ANATEL nº 426, de 09/12/2005.

depreende do Parecer elaborado pela Procuradoria da Agência nos autos do processo administrativo que recomendava a proposta de Decreto a ser encaminhada pela Anatel ao Ministério das Comunicações. Segue trecho do Parecer da Procuradoria da Anatel recomendando a exclusão da cláusula terceira:

17. No que toca ao item 5.3.5 do reportado Informe [n. 106/2008-PBOA/SPB, mediante o qual a Superintendência de Serviço Públicos propôs modificações ao texto do modelo do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, fruto das discussões havidas na 842ª Consulta Pública], força-se remarcar o fato de que a exclusão da Cláusula Terceira existente no texto anterior não prejudica o caráter de reversibilidade do qual se revestem os bens componentes da infraestrutura de redes de suporte ao STFC, de que o backhaul é parte integrante, consoante o art. 30, XIV, da proposta de alteração do PGMU. Conforme justificativa à contribuição n. 30 da 842ª Consulta Pública, a redação inicialmente elaborada visava “apenas individualizar, dentre as qualificações de bens já existentes, aqueles que, destinados à prestação do serviço, foram incorporados em razão da troca de metas de universalização”. Deve-se destacar que a medida de semelhante detalhamento, vez que juridicamente irrelevante, restringe-se ao juízo de conveniência e oportunidade, necessariamente vinculado ao interesse público, de competência do Conselho Diretor da Anatel.

(passagem citada na petição da Pro Teste de 18 de setembro de 2008, que apresenta novo pedido de antecipação de tutela, este concedido pelo juízo.)

Apesar desse posicionamento interno da Agência, as concessionárias haviam se posicionado na consulta pública no sentido de que o *backhaul* não seria reversível, pois não era rede de suporte ao STFC. Referência é feita a três contribuições¹⁹⁹ apresentadas

¹⁹⁹ “Item: Cláusula Terceira - O anexo n. 1 do contrato de concessão fica acrescido do item “g”, que passa a ter a seguinte redação: “g) Infra-estrutura e equipamentos de suporte aos compromissos de universalização;”

Contribuição n. 30 - (ID: 34266); Contribuidor: Evllyn Vianna; **Empresa:** TNL PCS SA; **Data da Contribuição:** 19/11/2007; **Contribuição:** Exclusão da Cláusula.

Justificativa: O fato de um determinado bem estar sendo utilizado na prestação do STFC não é determinante para que ele seja rotulado de bem reversível.

As premissas regulatórias que tratam do ônus da reversibilidade de bens (de propriedade ou não da Concessionária) estão muito bem definidas no Contrato de Concessão e na regulamentação aplicável, em especial no Regulamento aprovado pela Resolução n. 447.

Ademais, todos os equipamentos e infra-estrutura (da Oi ou de terceiros) que eventualmente sejam utilizados no cumprimento da meta alternativa já estão inseridos nas alíneas “a” e “b” do anexo n. 1 do Contrato de Concessão.”

Contribuição n. 31 - (ID: 34216); Contribuidor: Hugo Vidica Mortoza; **Empresa:** CTBC Telecom; **Data da Contribuição:** 19/11/2007; **Contribuição:** Excluir a cláusula.

Justificativa: O Anexo 1 do Contrato de Concessão já contempla os bens e equipamentos que são considerados como reversíveis, vez que relacionam todos aqueles indispensáveis para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no regime público. Propõe-se, aqui, a exclusão do item, pois, apesar da infra-estrutura de suporte ao STFC contemplada no texto da Consulta em comento, tal

por empresas do setor que foram utilizadas, posteriormente, como elemento argumentativo e probatório das peças da Pro Teste, uma vez que tais contribuições foram utilizadas como fundamentação para a decisão da agência em acolher ou não as considerações.

De duas uma, ou a agência incorreu em evidente erro formal na fundamentação das suas decisões (em vez de discriminar na sua fundamentação que teria rejeitado as contribuições 30, 31 e 32 do processo de consulta pública, escreveu que as acolhia), ou a agência apresentou fundamento contraditório como apontou a Pro Teste nos autos da Ação Civil Pública. Em qualquer uma das hipóteses, a fundamentação da decisão da agência ficou comprometida, acarretando maiores discussões no judiciário. Em razão disso, os magistrados chamados a falar sobre o tema da reversibilidade ou não do *backhaul* enxergaram confusão nos conceitos técnicos tratados nos autos, conforme fica claro na fundamentação das decisões judiciais de primeira e segunda instâncias.

É de se pensar que, com a criação das agências reguladoras no Brasil, o processo de tomada de decisão ficaria exposto a maior transparência e publicidade em relação aos métodos anteriores. Agências como a Anatel, antes de formalizarem suas decisões, devem submeter minuta do ato normativo ao escrutínio do público em geral (agentes regulados e possíveis afetados) por meio do processo de consulta pública.

As empresas, no exercício do seu direito de contribuir para a formação da convicção administrativa, formularam contribuições na consulta pública, as quais foram utilizadas como argumento pela Pro Teste para evidenciar a incerteza quanto à reversibilidade do *backhaul*. Colocada a dúvida quanto à reversibilidade do *backhaul*, a Pro Teste fez novo pedido de antecipação de tutela, este concedido em 14.11.2008, suspendendo os efeitos dos aditamentos aos contratos de concessão que autorizavam a troca de metas. A fim de

será dedicada a prover meios para conexão à internet em banda larga, serviço este de natureza diversa do prestado em regime público, e, portanto, não deve ser afetado pelo instituto da reversibilidade.

Contribuição n. 32 - (ID: 34224); Contribuidor: Telecomunicações de São Paulo; **Empresa:** Telesp – Telecomunicações de São Paulo S.A.; **Data da Contribuição:** 19/11/2007; **Contribuição:** Excluir a cláusula.

Justificativa: O anexo 1 do Contrato de Concessão já contempla todos os bens e equipamentos que podem ser considerados reversíveis, independentemente se utilizados para atendimento dos compromissos de universalização ou não, vez que relacionam todos aqueles indispensáveis para a prestação do serviço. Incluir este novo item ao rol de bens reversíveis pode abrir um precedente para que no futuro outros bens que possam ser agregados a outros compromissos de universalização, mas não indispensáveis a prestação dos serviços sejam equivocadamente classificados como tal.”

responder às decisões judiciais, foi assinado novo termo aditivo ao contrato de concessão incluindo expressamente a cláusula de reversibilidade do *backhaul*.

Por fim, tendo em vista o novo aditivo contratual esclarecendo que o *backhaul* é reversível, a antecipação de tutela foi revogada (por perda do objeto), porém a Ação Civil Pública prossegue seu curso normal aguardando a determinação de perícia judicial nos autos²⁰⁰.

Duas leituras são possíveis do caso *Backhaul*. A primeira delas é que a atuação do Poder Judiciário pode ter impedido que a Agência cometesse arbitrariedade em razão de eventual captura pelos grupos econômicos regulados que se beneficiaram com a substituição das metas de universalização, pois tiveram redução de obrigações contratuais (a Pro Teste demonstrou nos autos, inclusive com Estudos elaborados pela área técnica da Anatel, que algumas concessionárias se beneficiariam com a alteração uma vez que já haviam disponibilizado essa infraestrutura na sua área de concessão, como era o caso da Telefônica no Estado de São Paulo, enquanto que não haviam disponibilizado PSTs em todos os municípios da sua área de concessão) e aproveitariam a dúvida quanto à reversibilidade do *backhaul* para posterior questionamento administrativo e judicial. Note-se que, se essa questão não fosse solucionada naquele momento, quando do vencimento dos contratos de concessão, a discussão quanto à reversibilidade voltaria à tona com argumentos de ambos os lados.

A segunda leitura possível do caso é aquela em que se atribui a ineficácia da decisão da Anatel a falhas na fundamentação da própria Agência na consolidação de proposta de PGMU a ser encaminhada ao Ministério das Comunicações. Caso tivesse ficado clara a rejeição da contribuição n. 30 e inexistente a (evidente) contradição no Parecer da Procuradoria da Anatel, não teria sido concedido a antecipação de tutela formulada pela Pro Teste com base unicamente na questão da reversibilidade do *backhaul* e ter-se-ia evitado a suspensão da eficácia dos contratos e dos decretos por decisão judicial. Vale destacar, no entanto, que apesar de revogada a antecipação de tutela, a Ação Civil Pública seguirá seu curso normal, não tendo sido encerrada ainda.

²⁰⁰ A partir da produção do relatório da perícia será possível também testar a *H10*: A ausência de expertise sobre matéria regulatória e concorrencial tem implicações sobre a qualidade das decisões judiciais, o que, por sua vez, pode amplificar a incerteza jurídica, quando há decisão de mérito, ou restringir a decisão judicial a questões processuais/procedimentais.

Em qualquer das leituras o caso mostra um exemplo de intervenção bem sucedida pelo judiciário e a importância do controle de fundamentação dos atos das agências reguladoras, sejam os atos normativos, sejam os atos de adjudicação.

D. Lista dos documentos analisados:

Foram analisados os seguintes documentos sobre a Ação Civil Pública n. 2008400011445-3:

- Petição Inicial da Ação Civil Pública proposta pela Pro Teste em face da União Federal, Anatel, CTBC Telecom, Brasil Telecom, Telesp e Telemar;
- Decisão que negou o pedido de antecipação de tutela formulado pela Pro Teste em razão da ausência de “prova cabal que desconstitua a presunção de legitimidade e veracidade dos dispositivos demonstrando que o backhaul não é STFC”, de 13/05/08;
- Petição da Pro Teste com novo pedido de antecipação de tutela, de 18/09/08;
- Decisão que concede a antecipação de tutela, de 14/11/08;
- Decisão que acolhe o pedido de assistência do Ministério Público Federal e revoga a decisão anterior (de 14/11/08), de 06/09.

Além dos autos da ação principal, foram consultados os seguintes documentos dos Agravos de Instrumentos propostos pela União e pela Anatel:

Agravo de Instrumento n. 2008.01.00.067575-4:

- Decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal Souza Prudente;
- (Pedido de Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela) Decisão do Presidente em exercício do Tribunal Regional da 1ª Região, Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, que manteve a antecipação de tutela concedida em 14/11/08.

Agravo de Instrumento n. 2008.01.00.068256-8:

- Decisão que recebe o Agravo de Instrumento como retido;
- Decisão que recebe o recurso de Embargos de Declaração em sede de Agravo de Instrumento.

Capítulo 6 - Diagnóstico e propostas

- 6.1. O papel do judiciário no Estado regulador da economia
- 6.2. Inadequação do judiciário como árbitro das relações entre concessionárias e consumidores
- 6.3. Diagnóstico: A revisão judicial das decisões das agências e do CADE
- 6.4. Propostas
 - 6.4.1. Orientações ao CNJ
 - 6.4.2. Orientações do CNJ aos juízes e tribunais
 - 6.4.3. Recomendações para o sistema de representação pelas agências
 - 6.4.4. Recomendações para as agências
 - 6.4.5. Recomendações ao Poder Judiciário: mudanças estruturais

6.1. O papel do judiciário no Estado regulador da economia

Ao julgar recursos provenientes das decisões tomadas pelas agências reguladoras, o Judiciário defronta-se com novos desafios, desconhecidos no passado mais recente. Um desses desafios radica no antigo enfraquecimento da dicotomia entre o direito público e o direito privado. A pesquisa aqui desenvolvida sobre a revisão judicial das decisões das Agências Reguladoras, além de identificar problemas enfrentados pelo Judiciário no País já apontados na literatura, revelou um aspecto novo que se sobressai²⁰¹ em diversos casos analisados e que se encontra ilustrado no Capítulo 5. Trata-se da dificuldade em compreender na prática o papel do Estado e do próprio Judiciário diante do Estado Regulador da economia, uma novidade da Constituição Federal de 1988 e que ganhou corpo e feição institucional justamente com as agências reguladoras na década de noventa e na década que agora se encerra. A experiência é bastante recente, já que os recursos ao Judiciário em grande parte foram ajuizados nesta última década e poucos foram definitivamente julgados. Diante de uma forte tendência ainda arraigada na cultura jurídica do País, o que se observa é o tratamento da relação entre agência reguladora e o agente regulado nos quadros tradicionais de um Direito Administrativo que, ao lidar com a intervenção do Estado no domínio privado, oscila ora entre o uso

²⁰¹ Sobre as mudanças sofridas na dicotomia público/privado com a inserção de mecanismos de mercado nas atividades tradicionalmente consideradas como *serviços públicos* ver Juan Alfonso Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 2000, vol II, p. 272 ss.).

instrumental de atos vinculados e discricionariedade técnica, ora dá preferência a soluções privatistas mesmo tratando-se de bens e ativos consistentes em infra-estrutura essencial, de interesse coletivo, como se fossem ativos privados em detrimento de um julgamento capaz de sopesar as questões à luz de um direito que lida com *políticas regulatórias* setoriais, cujas diretrizes estão em resoluções setorialmente técnicas, mas se encontram em leis e decretos, estando aí a necessidade conciliar a tradicional supremacia dos interesses públicos do Estado sobre interesses privados com os *interesses difusos* da coletividade.

A novidade que surge, na segunda metade do século XX, com o aparecimento de direitos difusos, cujos titulares não são individualmente determinados. As agências reguladoras, que só recentemente foram instituídas no direito brasileiro, ao buscarem a realização de direitos difusos, distanciam-se do aparato estatal clássico. Uma agência que cuide, por exemplo, da concorrência em geral ou, setorialmente, das telecomunicações, afeta os interesses de consumidores que não são previamente definidos. Haveria, nesse sentido, uma limitação restritiva na visão tradicional, que percebe as agências reguladoras como expressão do interesse público, assim entendido o interesse do Estado na condução de suas próprias atividades, para que as ações levadas ao Judiciário viessem a efetivamente tomar contato com a finalidade e fundamentos das políticas tecnicamente regulatórias e observar as conseqüências de uma intervenção não só na esfera privada do direito subjetivo em questão no caso concreto, mas nas conseqüências de uma decisão judicial para a política regulatória e para a sinalização proporcionada para o comportamento do mercado e dos agentes daquele setor. O que, obviamente, não significa abandonar o instrumental conceitual tradicional nem agir fora dos contornos da lei, mas entender que as atividades privadas de interesse público ou de interesse difuso são dos agentes em favor dos consumidores em um mercado livre ainda que regulado por regras técnicas restritivas e diretrizes econômicas impositivas.

Em termos de direitos difusos e coletivos, quando esses são efetivamente tratados em questões envolvendo consumidores e concessionárias, novamente se observa nos casos levados ao Judiciário uma tendência a privilegiar a dimensão do direito subjetivo pleiteado naquele caso individual pelo consumidor, sem olhar muitas vezes para as conseqüências da decisão para a política regulatória, para a massa de consumidores e até para os demais concorrentes, que, embora não sejam partes no caso diante do juiz,

serão afetados dado que a decisão de intervenção pode provocar ajustes na regulação (sem que institutos como o do litisconsórcio consigam dar conta do problema). É o caso típico das demandas relativas a inadimplemento no pagamento de tarifas das concessionárias pelo consumidor, cuja correta proteção pelo Judiciário, em nome da dignidade do consumidor, acaba, porém, por provocar aumento no nível geral das tarifas e dificulta a gestão empresarial do serviço público, grande alvo do modelo de privatização aliada à regulação setorial.

Embora os conflitos entre agentes regulados e outros atores não tenha sido objeto da pesquisa, fazemos abaixo uma pequena análise dado o excessivo volume de demandas que têm inflado demasiadamente o Judiciário. Em seguida, precedemos a um diagnóstico do corpo de decisões analisados quantitativa e qualitativamente e propomos remédios.

A pesquisa mostrou que o Judiciário, para poder exercer de forma adequada seu papel ativo nos mercados, mantendo o dever de controle de atos administrativos, precisa se aparelhar com o instrumental das técnicas de inserção das agências nas atividades econômicas e serviços públicos, para interferir em questões envolvendo políticas setoriais e interesses de consumidores e da concorrência no mercado, de forma a ponderar e arbitrar os interesses em jogo dentro de uma visão macro, que pode exigir a proteção da pretensão de um direito subjetivo em um grau de complexidade que nem pode ser ignorada nem abandonada à discricionariedade técnica dos técnicos em particular.

6.2. Inadequação do judiciário como árbitro das relações entre concessionárias e consumidores

A literatura internacional aponta que o Judiciário, ao rever decisões administrativas e normas regulatórias, pode servir de árbitro do e para o Estado regulador. Em países sem tradição regulatória, o diálogo entre órgãos do governo pode ainda não estar suficientemente amoldado. Isso ocorre, sobretudo, em relação ao Poder Executivo central. Nesses casos, as cortes tentam assegurar a autonomia conferida por lei a esses

novos entes da administração. Em países da América Latina, por exemplo, observa-se a um só tempo o Poder Executivo com forte presença e importância nas decisões econômicas do país²⁰², e reformas regulatórias realizadas sem que uma mudança cultural da burocracia estatal tenha ocorrido.²⁰³ Isso pode gerar dois tipos de problemas: (1) demandas judiciais que propostas para a defesa de direitos subjetivos, podem ser trazidas para desafiar as novas competências desses órgãos, e (2) o Judiciário pode ser chamado para resolver demandas que nem estariam sendo apreciadas pelas agências, apesar de serem elas os entes diretamente mais aptos para administrar conflitos regulatórios.

Um exemplo de (1) é o caso de demandas que argumentam que uma determinada regra estabelecida pela agência reguladora viola preceitos constitucionais ou direitos estabelecidos em legislação. Esse é o caso, por exemplo, da obrigação de prestação ininterrupta de serviços essenciais, tais como água e energia elétrica. Segundo a uma interpretação de forte repercussão, *"o corte ou suspensão do serviço essencial, face pessoa física, tendo em vista a sua 'dignidade' como pessoa humana (art. 5º, XXXII, c/c art. 1º, III, da CF/1988 c/c art. 2º do CDC), só pode ser possível excepcionalmente e quando não é forma de cobrança ou constrangimento, mas sim reflexo de uma decisão judicial ou do fim não abusivo do vínculo."*²⁰⁴ Esse tipo de interpretação, correta na sua índole, tem, porém, levado consumidores ao Judiciário para disputar a validade de cláusulas do contrato de concessão que permitem à operadora interromper o fornecimento de serviços em casos de inadimplência. Fica o Judiciário obrigado, nesses casos, a agir como árbitro de cada uma dessas disputas e como tradutor da aplicabilidade de provisões legais que foram formuladas antes das reformas do Estado (serviços públicos como necessária prestação do Estado), para o novo contexto do Estado Regulador (serviços públicos inseridos no mercado).

Esse tipo de demanda tem inflado desnecessariamente o Poder Judiciário, mas não foi objeto de pesquisa na medida em que as ações ficam muito dispersas nos tribunais

²⁰² Na América Latina cientistas políticas identificam o fenômeno do hiperpresidencialismo (cf. Philip G. "Authoritarian Legacies and the Politics of Appointment" in G. Philip. *Democracy in Latin America*, Cambridge, Polity Press, 2003.

²⁰³ A precariedade como foram realizadas as reformas regulatórias em alguns países justificou a adoção das medidas voltadas à institucionalização das reformas com a segunda geração do Consenso de Washington. (cf. Pastor, M., Wise, C. "The politics of second-generation reform". In: *Journal of Democracy* vol. 10, n. 3, 1999, p. 34.)

²⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima *et alii*. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

estaduais e não necessariamente há a participação da agência, tratando-se de relação entre concessionária e consumidor.

As ações baseiam-se em uma interpretação do Código de Defesa do Consumidor e da legislação das agências que é incapaz de perceber a compatibilização de interesses difusos ora coletivos presentes em uma política regulatória, tomando ainda toda a relação como uma questão de opressão do concessionário (leia-se “empresário”) frente a um particular, no caso, um consumidor “hipossuficiente”, que deveria ter tido sua dignidade amparada pelo Estado/gestor executivo do interesse público. Ocorre que a atuação de uma concessionária é parte relevante de uma política regulatória de inserção dos serviços no mercado e que está preocupada com uma gestão econômica capaz de atender também à universalização dos serviços, qualidade e tarifas módicas. A proteção isolada à inadimplência pelo Judiciário, em nome “da dignidade do consumidor”, sem a devida apreciação dos interesses difusos com todas as suas technicalidades próprias, acaba por prejudicar os interesses coletivos e, dessa forma, os próprios consumidores, na medida em que a inadimplência cria um problema de gestão que precisa ser provisionado com recursos, que de outra forma, deixam de ser aplicados ou são postergados na aplicação em investimentos em universalização ou redução de tarifas.

O trecho abaixo, retirado de uma decisão no Rio Grande do Sul, ilustra como o Judiciário pode desempenhar nesse caso um papel importante, ao reafirmar a função da agência reguladora e do estado regulador, assegurando assim a legitimidade do mesmo e uma gestão eficiente do serviço público.

“Permitir-se o consumo sem o respectivo pagamento importa onerar os demais usuários que cumprem rigorosamente com sua contraprestação, cujo ônus pelo inadimplemento certamente será repassado aos demais no preço do serviço, em razão da manutenção do fornecimento ao mau pagador.

A interrupção do fornecimento de água, não viola as previsões dos artigos. 22, 42, ambos do Código de Defesa do Consumidor, bem como a garantia da continuidade na prestação do serviço, pois o art. 6º, §3º, II da Lei 8.987/95, que trata do regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, dispõe que não caracteriza descontinuidade no serviço a interrupção do abastecimento, após aviso prévio, em razão do inadimplemento do usuário, tendo em vista o interesse da coletividade.

*A continuidade no serviço público não é princípio absoluto, mas garantia limitada pelo previsto na Lei 8.987/95 que, exatamente, para preservar a continuidade e a qualidade do serviço, possibilitou sua interrupção em caso de inadimplemento, pois assim se está resguardando o interesse da coletividade.*²⁰⁵

Um exemplo de (2) é a quantidade de disputas entre consumidores e empresas de serviços públicos que chega ao Judiciário todos os meses. Atualmente, as concessionárias de telecomunicações e eletricidade são as duas empresas mais processadas judicialmente no Brasil. Tal fenômeno é especialmente relevante nos juizados especiais.²⁰⁶ Por exemplo, no Rio de Janeiro, tais concessionárias figuram como réis em 40% do número total de ações ajuizadas entre Janeiro de 2005 e Novembro de 2008 (217.416 no total)²⁰⁷. A situação é bastante similar em outros estados do País.

A quantidade de ações contra empresas nos juizados especiais acaba sendo uma fonte de problemas para o Judiciário, dado que sobrecarrega esses órgãos, desvirtua suas funções e impede o funcionamento da Justiça. Segundo Leslie Ferraz, os juizados especiais foram vítimas do seu próprio sucesso.²⁰⁸ Marcelo Lennertz, por outro lado, questiona até que ponto o número excessivo de demandas judiciais de consumidores contra concessionárias de serviços público não seria resultado de uma atuação falha das agências reguladoras na resolução destes conflitos.²⁰⁹ Caso a hipótese de Marcelo Lennertz esteja correta, é possível argumentar que, como sugerimos anteriormente, o Judiciário está desempenhando o papel de árbitro nesse novo mercado regulado sem que para os agentes e para o Judiciário ainda haja muita clareza sobre o papel dos atores no Estado Regulador.

Uma forma de reduzir esse problema seria acentuar uma tendência observada internacionalmente nas funções exercidas pelas agências, equipando-as e alterando a legislação para que essas possam arbitrar relações de disputa entre concessionárias e

²⁰⁵ Acórdão Nº 70027712561 de Tribunal de Justiça do RS - Primeira Câmara Cível, de 10 Junho 2009, disponível em <http://br.vlex.com/vid/61314238#ixzz0jFOX4iU5>.

²⁰⁶ Agradecemos a Marcelo Lennertz e Leslie Ferraz professores da FGV Direito Rio por terem chamado nossa atenção para esse problema.

²⁰⁷ As estatísticas estão disponíveis no site do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, <http://www.tj.rj.gov.br/cgi/servicos/estatisticas/top30.html>.

²⁰⁸ O diagnóstico de Leslie (ainda não publicado) venceu recentemente o Prêmio Nacional de Estatísticas Judiciárias, organizado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

²⁰⁹ O autor está atualmente desenvolvendo essa pesquisa, enquanto cursa o mestrado na Universidade de Yale, EUA.

consumidores, não apenas individualmente, mas para classes de casos homogêneos. O Judiciário, assim, poderia ser chamado a revisar decisões dessa natureza em um número reduzido ou concentrado de conflitos, por iniciativa, se for o caso, do Ministério Público ou de associações de empresas, de uma forma concentrada e contra uma decisão da Agência Reguladora.

6.3. Diagnóstico: a revisão judicial das decisões das agências e do CADE

A revisão judicial de agências reguladoras constitui uma tarefa de fundamental importância atribuída ao judiciário. Agências desprovidas de controle externo correm o risco de se tornarem politizadas, capturadas pelos interesses dos grandes agentes regulados, dado que esses podem ser fontes empregadoras ou clientes potenciais quando o servidor passar para o setor privado, e atuem de forma arbitrária, sem a devida motivação técnica que justifica a própria criação desses órgãos no estado regulador. Há exemplos de intervenções bem sucedidas do judiciário para corrigir falhas de fundamentação e proteger os interesses coletivos, como no caso da substituição das metas de universalização dos contratos de telecomunicações, ilustrado no Capítulo 5.

Essa correção é extremamente relevante dado que as agências e o CADE decidem questões de alto relevo para a economia nacional e para a política de industrialização setorial. Vale dizer o impacto de erros nas intervenções é elevado, o que aumenta a responsabilidade das decisões e a necessidade de controle.

Como vimos a partir do exame da experiência internacional, a simples existência da revisão judicial já provoca um efeito positivo nas agências reguladoras no sentido de se estruturarem melhor e explicitarem os motivos técnicos de suas decisões com clareza e buscando pacificar os interesses afetados, tal como ocorreu na União Européia, conforme descrito na Seção 2 do capítulo 2.

Entretanto, para que se mostre eficaz, o controle judicial deve ser ao mesmo tempo de qualidade e capaz de oferecer respostas em tempo concorrencial, assim entendido, em um prazo que seja compatível com a celeridade das transformações de mercado. Conforme examinamos na experiência internacional em países desenvolvidos,

excetuando-se o recurso a tribunais superiores, a resposta incluindo primeira e segunda instância não deve ser superior a 1 (um) ano.

A pesquisa realizada, em seus aspectos quantitativo, qualitativo e também a partir das entrevistas realizadas com os procuradores das Agências, permite traçar, em resumo, o seguinte diagnóstico para a revisão judicial de decisões das agências reguladoras e do CADE:

O Judiciário (a) consome tempo excessivo para responder em definitivo às demandas de revisão, (b) com frequência concede liminares suspensivas dos efeitos da decisão administrativa e da atividade instrutória, (c) os provimentos liminares “mudam de sinal” excessivamente (são revogadas e novamente concedidas no curso do sistema recursal), (d) a qualidade técnica das decisões é baixa (em particular revelam despreparo pessoal e institucional para apreciar políticas regulatórias, questões técnicas econômicas ou setoriais e ponderar interesses individuais e coletivos em jogo) e (e) os tribunais superiores mostram uma tendência a confirmar a decisão das agências.

Ao combinar a intervenção suspensiva dos atos das Agências com a confirmação da decisão após longo tempo de oscilações por parte de seus juízes, o P. Judiciário não poderia dar uma sinalização pior às agências e ao mercado.

Primeiro, as agências ficam temerosas em adotar intervenções dado o risco de que a revisão judicial, independentemente de seu resultado, mine a eficácia de sua decisão, em função da concessão de liminares e do tempo excessivo de revisão. Isso pode desestimular intervenções necessárias ou estimular a realização de acordos desvantajosos aos interesses coletivos, pois a agência nesse cenário de risco de judicialização perde poder de barganha na negociação.

Segundo, o Judiciário, ao simplesmente confirmar, nos tribunais superiores, a decisão das agências, com base em uma deferência genérica ao “caráter técnico e à complexidade das questões regulatórias”, torna a intervenção judicial extremamente ineficaz e desnecessariamente custosa, desestimula o esforço de revisões por vezes bem sucedidas dos juízes e tribunais e dá uma sinalização perigosa para as agências (“no final a decisão é sempre confirmada”), que já começa a ser percebida pelos procuradores das agências, como mostraram as entrevistas, pois, a longo prazo, pode dar ensejo à politização, captura e arbítrio.

Terceiro, estimula o recurso com fins meramente protelatórios e o uso do judiciário como instrumento de administração de dívidas, ao mesmo tempo em que desestimula o desejável recurso por aqueles que acreditam no erro de mérito da decisão administrativa ou do abuso por falha de fundamentação técnica.

Em termos de tempo de decisão, não há incentivos para que os juízes se aprofundem e ofereçam respostas céleres a casos complexos de revisão de decisões de agências, que chegam ao seu gabinete usualmente com dezenas de volumes contendo pareceres técnicos. O tempo consumido para resolver um caso desse tipo é o mesmo consumido, talvez, para a resolução de dezenas de casos simples, daí a tendência natural a não serem priorizados, apesar de sua importância econômica. O pior é que essa falta de priorização ocorre dentro de uma tendência de, na dúvida, “tratando-se de intervenção de Estado sobre o domínio privado”, suspender os efeitos da decisão, com a concessão de liminares. Por outro lado, o sistema processual, como visto, acaba por permitir que uma mesma questão seja proposta perante diferentes juízes, não raro resultando em decisões conflitantes, o que eleva a insegurança jurídica e o tempo para solução da questão. O excesso de recursos possíveis agrava o quadro de ineficácia e traz ainda mais insegurança.

Em termos de qualidade das decisões, há, de certa forma, uma mistificação da complexidade da matéria regulatória. Vale lembrar que os órgãos deliberativos das agências não são ocupados por funcionários públicos concursados, e muitas vezes são preenchidos por indicações políticas com pessoas que não são “*experts*” no setor, o que não os impede de realizar boas deliberações. Isso ocorre, principalmente, porque as agências estão equipadas com assessoria técnica, capaz de desenvolver estudos e explicitar ao órgão deliberativo, de forma didática, os argumentos a favor e contra uma ação e as conseqüências prováveis de uma intervenção, o que permite uma apreciação dos interesses em conflito e, assim, um juízo adequado. Há, porém, como visto, situações em que interesses políticos do órgão deliberativo prevalecem sobre os pareceres técnicos, com decisões incoerentes ou apenas *pseudo*-fundamentadas. Daí a importância do controle judicial (Geradin e Petit, 2010).

É compreensível, porém, que os tribunais superiores ao se defrontarem de um lado, com decisões administrativas com extensa fundamentação técnica e, de outro, um conjunto de decisões conflitantes e de sintética fundamentação por parte dos diferentes atores do

judiciário que intervém no caso em sede de liminares ou decisões principais, tenda a ignorar o trabalho inseguro e oscilante do judiciário e a confirmar as decisões das agências, com base na “complexidade da questão”.

Apesar de complexas, técnicas e de envolverem políticas setoriais, as questões regulatórias podem ser (e devem) perfeitamente enfrentada pelos juízes desde que esses sejam acompanhados de um assessor técnico para explicitar as questões e interesses em jogo.

Para enfrentar essas limitações, nossa proposta central reside na criação de varas especializadas para a matéria regulatória e concorrencial. A especialização diz respeito não só a juízes que devem receber treinamento próprio, como do corpo de assessores, que deverá conter economistas e técnicos setoriais. Isso não significa duplicar a estrutura de agências reguladoras no judiciário, dado que esses técnicos estariam encarregados apenas de explicitar e apresentar aos juízes de modo didático as questões técnicas em jogo. Ademais, o foco na assessoria técnica permite superar argumentos usualmente levantados contra a especialização, como por exemplo, o fato de que os concursos para magistrados serem genéricos e a ocorrência constante de realocações ou substituições na carreira e ao longo da atividade dos juízes.

Acredita-se que com essa especialização, será reduzido o problema da qualidade técnica das decisões e permite-se que os tribunais superiores, quando instados, efetivamente valorem, em igualdade de condições, as soluções administrativas e judiciais. Também o tempo decisório deve ser reduzido em função de dois fatores: a) os juízes não darão prioridade a outros casos mais simples; b) os problemas relativos à multiplicação de demandas sobre um mesmo tema ou decisão administrativa serão reduzidos dada a concentração dos casos a um grupo especializado de juízes, que poderão otimizar a resposta, além de naturalmente ficar sinalizado aos agentes a frustração de estratégias de multiplicação.

A pesquisa nos faz adotar uma postura cética quanto à idéia de se criar um órgão administrativo revisor de decisões das agências em geral. A experiência internacional, em particular a mexicana, conforme examinado no Capítulo 4, Seção 2, mostra que novas instâncias administrativas de discussão não levam a redução significativa do

recurso ao judiciário. Ademais, a análise quantitativa aqui realizada mostra que, quanto mais tempo levar o caso na administração, maior é a probabilidade de judicialização.

Ao redor dessa proposta central, há uma série de iniciativas, como especializar e equipar também a representação das Agências perante o judiciário, que podem reduzir os problemas apontados e aproximar a revisão judicial de decisões das agências do ideal de resposta em tempo concorrencial e com boa qualidade.

6.4. Propostas

6.4.1. Orientações ao CNJ

a) *Desenvolver ciclo de treinamento e atualização de juízes federais sobre direito concorrencial e regulatório com envolvimento de procuradores da AGU*

A necessidade do treinamento fica revelada tanto na análise qualitativa das decisões, seja para aumentar a qualidade, seja para desmistificar “a complexidade” das questões tratadas, que acabam, como visto, por levar os juízes a se refugiarem em respostas formalistas. Ademais, a análise quantitativa indica que a complexidade do caso aumenta a probabilidade de judicialização; casos judicializados tendem a ser mais complexos, exigindo expertise compatível por parte dos juízes.

b) *Realizar estudos específicos por agência sobre fatores que levam à judicialização de decisões*

O estudo aqui realizado, pela limitação de escopo e limitação de acesso a dados (vide sugestão *infra*), apenas examinou fatores causadores de judicialização para o CADE, que forma generalizados para a experiência adjudicatória das agências. O exame por agência, focado em particular na sua atividade normativa e de fiscalização, poderá trazer informações importantes para soluções específicas para cada agência setorial.

6.4.2. Orientações do CNJ aos juízes e tribunais:

c) *Moderação técnica na concessão de liminares suspensivas de decisões e de atos instrutórios pelas agências e proibição de liminar inaudita altera pars contra agências e CADE/ou criar recurso de ofício ao Presidente do Tribunal dotado, para esse fim, de um aparelho de assessores especializado.*

A concessão de liminar inaudita foi uma das principais queixas decorrentes das entrevistas com procuradores e com a Secretaria de Direito Econômico, e, de fato, poderiam evitar suspensões de decisões relevantes, com o simples esclarecimento da forma de funcionamento da agência. A avaliação quantitativa revela que há número não desprezível de liminares mesmo quando o judiciário confirma a decisão administrativa, o que é compatível com a tese de ausência de informação equilibrada (contraditório por parte da agência) por ocasião das liminares.

A suspensão liminar de decisões administrativa pode ter elevado custo para a economia em geral ou para o setor regulado, com impactos aos consumidores finais, de modo que a responsabilidade pelo erro na intervenção judicial é elevada. Maior ainda é responsabilidade na suspensão da atividade instrutória e fiscalizatória, que, como exemplificado na análise qualitativa, pode minar a eficácia da atuação das agências. Todavia, há uma tendência em conceder as liminares dado o enquadramento da questão no esquema tradicional de uma intervenção do Estado no domínio privado, o que, *in dubio* leva à proteção individual. Ocorre que tratamos aqui de composição de interesses privados com interesses difusos e coletivos. Poderia ser ao contrário o caso de *in dubio pro* consumidor ou *pro* mercado.

Alternativamente ou cumulativamente à recomendação de moderação, que pode ser de difícil controle e eficácia, pode-se aproveitar a idéia já presente no art. 15 da Lei 12016/2009 que prevê o recurso ao Presidente do Tribunal, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, para estimular seu uso ou mesmo propor uma emenda para que esse recurso ocorra de ofício sempre que for concedida liminar suspendendo decisões de agências reguladoras ou do CADE. Essa previsão já deverá fazer com que o magistrado seja mais cauteloso ao apreciar a liminar e, ademais,

permitirá que a questão tenha rápida tramitação e um posicionamento abalizado. Para tanto, enquanto não for possível contar com uma vara especializada, o Presidente do Tribunal poderá contar com uma assessoria técnica para revisar as liminares, que dada a oscilação freqüente em termos de concessão e revogação para um mesmo caso, são a principal causa de insegurança jurídica na revisão judicial das decisões de agências.

d) *-estimular intervenções que delimitem prazo para agências de forma a obtenção de decisões céleres*

O STJ caminha no sentido de pacificar o entendimento de que o Judiciário deve se limitar a estipular prazo para que a agência se manifeste em caso de demora. A análise qualitativa mostra que a demora é um fator de judicialização e a análise quantitativa indica que quanto mais longo o tempo de instrução do processo, maior a probabilidade de judicialização, o que interpretamos como o efeito da complexidade do caso. De qualquer modo, não há nada que indique que mais tempo de análise reduza o litígio depois. Caso a agência não solucione a questão o Judiciário deve estar preparado para oferecer uma resposta preliminar, tecnicamente adequada, até que a agência estabeleça a regulamentação própria.

e) *não se furtar ao controle de fundamentação das decisões pelas Agências;*

A confirmação das decisões pelos tribunais superiores apenas com base na tese geral de que “a matéria é demasiado complexa” abre espaço para politização, arbítrio e captura das agências por empresas que desfrutam de poder no setor, minando a eficácia do desejável controle judicial. O Capítulo 4 traz um exemplo da importância da intervenção para controle da coerência da fundamentação, o que não significa substituição da agência pelo judiciário, mas controle de motivação de atos administrativos.

f) **Oficiar diretamente os órgãos técnicos das agências em caso de necessidade de diligências complementares**

Ao dirigir-se diretamente ao órgão técnico da Agência, o Judiciário pode obter informações imediatas para controle das deliberações administrativas em questão sem que haja interferências políticas na prestação dessas informações.

6.4.3. Recomendações para o sistema de representação pelas Agências:

As razões para essas recomendações encontram-se no Capítulo 2 que aponta as dificuldades no sistema de representação. Acreditamos que, assim como a especialização do judiciário seria benéfica, a especialização do sistema de representação, com a defesa por procuradores lotados nas agências, coordenados por um departamento regulatório e concorrencial na AGU especializado, traria maior eficácia na representação e contribuiria para a qualidade das decisões. Vale lembrar que o setor privado já se organiza em escritórios especializados ou departamentos específicos em escritórios *full service*, apenas para cuidar da área chamada de “concorrência e regulação” ou “infra-estrutura e regulação”. Enquanto o Judiciário e a Advocacia da União não se especializarem, haverá uma desvantagem em capacidade de defesa com relação aos interesses dos agentes privados.

- g) Equipar agências com procuradores para que essas fiquem responsáveis por sua própria defesa.***
- h) Manter na AGU departamento de concorrência e regulação que reúna procuradores especializados para orientação de representantes lotados nas agências e CADE,***
- i) Manutenção de base de dados completa na AGU, com precedentes e casos em andamento sobre revisão judicial de decisões de agências;***
- j) -Procuradores lotados na Agência devem interagir com relatórios ao departamento de concorrência e regulação da AGU e trabalhar na formação de teses de defesa que envolvam regulação em geral.***

6.4.4. Recomendações para Agências Reguladoras

j) Manter departamento econômico e departamento técnico setorial específicos em separado com o dever de produzir pareceres técnicos que subsidiarão necessariamente cada decisão do Conselho deliberativo da Agência;

Essa prática é em geral adotada, mas deveria haver maior rigor e controle. A ausência do parecer ou estudo técnico, nitidamente separado do voto ou acórdão do órgão deliberativo deve ser causa imediata de suspensão da decisão. Afinal, as agências reguladoras são baseadas na discricionariedade técnica que exige a devida e específica fundamentação. Trata-se de forma de evitar a politização das agências. Ademais, tais pareceres técnicos, claramente isolados, podem servir como documentos de perícia para deliberação independente por parte do judiciário (vide a experiência Mexicana descrita no Capítulo 4, com solicitação pelos tribunais de pareceres técnicos das agências no processo de revisão judicial).

h) Órgão técnico da agência responsável pelo parecer técnico que instruiu a deliberação administrativa questionado no judiciário deve responder diretamente quando provocada pelos juízes em suas diligências, que poderão solicitar laudos complementares;

Tal providência pode exigir a alteração de leis criadoras das agências que usualmente atribuem à sua Presidência ou Conselho Diretor (órgão deliberativo) a competência para responder a solicitações de outros órgãos públicos.

i) Adotar instrumentos que garantam maior celeridade aos processos e análises

A análise quantitativa indica que a extensão do tempo de instrução não acarreta redução da probabilidade de judicialização, e a qualitativa ilustra problemas típicos de demora na resposta administrativa que levam à judicialização. Dessa forma, deve-se buscar maior celeridade também na esfera administrativa.

j) - Fomento a soluções negociadas de modo a reduzir demandas judiciais e aumentar segurança jurídica (exemplos CADE e CVM)

A experiência e a pesquisa quantitativa mostram ter sido significativa a redução da judicialização de decisões do CADE e da CVM, que pode ser atribuída à política de acordos a partir de 2006, na CVM, e 2007/8 no CADE.

*k) Criação dentro das agências de câmaras de arbitragens – com representação paritária - para conflitos de relação de consumo entre concessionárias e consumidores com poderes semelhantes aos conferidos aos árbitros pela Lei de Arbitragem (ressalvado recurso pelo Ministério Público como *custus legis contra a decisão*)*

Fundamentação na Seção 6.2. acima

l) Simplificação do sistema recursal, admitindo no máximo para cada agência, uma reconsideração da decisão

A pesquisa quantitativa, apresentada no Capítulo 4, mostra que quanto mais recursos em esfera administrativa, mesmo com efeitos infringentes, maior a probabilidade de judicialização. A oportunidade de vários recursos traz um custo em termos de tempo que não se reflete em eficácia em termos de redução do litígio.

m) - Explicitação das regras e critérios de decisão, em particular sobre dosimetria de multas, por meio de Resoluções

A explicitação dos critérios traz maior conforto ao judiciário para a manutenção de imposições de multa que, pela própria publicidade, já eram conhecidas e deveriam fazer parte do cálculo de ações dos agentes regulados. Reduz-se, com isso, o próprio incentivo aos agentes para levar difíceis questões de dosimetria de pena ao judiciário. A experiência mostra que a prática de explicitação de critérios de dosimetria de penas pelo CADE, em particular no caso de multa por intempestividade, está associada a expressiva redução da judicialização sobre o tema.

4.5 Recomendações ao P. Judiciário- mudanças estruturais

n) criação de varas especializadas em concorrência e regulação com suporte técnico de assessores formados em economia, engenharia e medicina e nas áreas de expertise das agências reguladoras

Fundamentação na Seção 6.3 acima.

Referências bibliográficas

ALAIRE, B.; GREEN, A.; LACOBUCCI, E. Is bigger always better? On optimal panel size, with evidence from Supreme Court of Canada. *Legal Studies Research Series*, Toronto, n. 08-15, outubro 2008.

ALMEIDA, Fabricio A. C. (coord.). Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Pesquisa fruto de cooperação entre SBDP – CADE – FIESP, São Paulo, 2009-2010 (a ser publicada em 2011).

AZEVEDO, P. F., HENRIKSEN, A. L. Cartel Deterrence and Settlements: the Brazilian experience In: *The Development of Competition Law since 1990 and Perspectives*. 1 ed. London, Edgard Elgar, 2010, v.1, p. 209-234.

BALLARD, M. J. The Clash Between Local Courts and Global Economics: The Politics of Judicial Reform in Brazil. *Berkeley Journal of International Law*, Berkeley, v.17, p. 230-276, 1999.

BANCO MUNDIAL. Fazendo Com que a Justiça Conte – Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil. Relatório Nº. 32789-BR, Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica, América Latina e Caribe, 30 de dezembro de 2004.

BEENSTOCK, M.; HAITOVSKY, Y. Does the appointment of judges increase the output of the judiciary? *International Review of Law and Economics*, Jerusalém, 24, p. 351-369, 2004.

BENETI, S. A. Falam os juízes na pesquisa da AMB. In: SADEK, M. T; FALCÃO, J.; BENETI, S. A. *Magistrados: Uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 99-115.

BERMUDES, S. A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional No. 45. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005.

BUSCAGLIA, E.; ULEN, T. A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America. *International Review of Law and Economic*, n. 17, p. 275-291, 1997.

BUSSAB, W. O.; BOLFARINE, H. Elementos de Amostragem. São Paulo: Edgar Blucher. 2005

CARVALHO, J. M. de. A construção da ordem: a elite política imperial e Teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003.

COATE, M. B.; ULRICK, S. W. Do Court Decisions Drive the Federal Trade Commission's Enforcement Policy on merger Settlements? *Review of Industrial Organization*, v. 34, n.2, p. 99-114, março 2009.

COLE, D. H.; Political Institutions, Judicial Review, and Private Property: A Comparative Institutional Analysis. *Supreme Court Economic Review*, Chicago, v.15, n. 1, p. 141-182, 2007.

CORREA, P.; PEREIRA, C.; MELO, M.; MUELLER, M. Regulatory Governance in Brazilian Infrastructure Industries: Assessment and Measurement of Brazilian Regulators. Washington: The World Bank Press. 2006.

CROSS, F. B. Shattering the Fragile Case for Judicial Review of Rulemaking. *Virginia Law Review*, v. 85, n. 7, p. 1243-1334, outubro 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1073869>>. Acesso em: dez. 2010.

CROWLEY, D. W. Judicial Review of Administrative Agencies: Does the Type of Agency Matter? *The Western Political Quarterly*, v. 40, n. 2, p. 265-283, junho 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/448310>>. Acesso em: dez. 2010.

DAKOLIAS, M. Court Performance around the World: A Comparative Perspective. World Bank Technical Paper No. 430. 1999

DALTON, T.; SINGER, J. A Matter of Size: An Analysis of Court Efficiency Using Hierarchical Linear Modeling. Denver, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1133242>> Acesso em: dez. 2010.

DELONG, J. V. New Wine for a New Bottle: Judicial Review in the Regulatory State. *Virginia Law Review*, Virgínia, Estados Unidos, 72, 399, março 1986. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=72+Va.+L.+Rev.+399&srctype=smi&srcid=3B15&key=2474c35a79e8edd7991fd4b41bfd31c6>>. Acesso em: dez. 2010.

DINAMARCO, C. R. Nova Era do Processo Civil, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

ELHAUGE, E. Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? *Yale Law Journal*, Yale, v. 101, n. 1, outubro 1991.

EPSTEIN, L.; KING, G. The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 69, n. 1, 2002.

FERRAZ JR., T. S. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GERARDIN, D. PETIT, N. Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment. GCLC's Annual conference "The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Cases". Bruxelas, 07 e 08 de outubro de 2010.

GOVERNMENT LEGAL SERVICE – UK. The Judge over your shoulder. Law at the heart of government, Londres, edition 4, jan./2006. Disponível em: <http://www.planning-inspectorate.gov.uk/pins/agency_info/complaints/judge_over_your_shoulder.pdf>. Acesso em: dez.2010.

GROSSMAN, G.; KATZ, M. Plea Bargaining and Social Welfare. *The American Economic Review*, v. 73, n. 4, p. 749-757, setembro 1983.

HAMMERGREN, L. Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2007.

HAMMERGREN, L. Uses of Empirical Research in Refocusing Judicial Reforms: Lessons from Five Countries. Washington, DC, USA, 2002. Disponível em: <<http://www.argenjus.org.ar/argenjus/articulos/leen.pdf>>. Acesso em: dez. 2010.

HORWITZ, R. B. Judicial Review of Regulatory Decisions: The Changing Criteria, *Political Science Quarterly*, New York, v. 109, n. 1, spring/1994. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2151663>>. Acesso em: dez.2010

HOVENKAMP, H. (2005). *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge:Harvard Univ. Press, 2008. 376 p

JACOBZONE, S., C. Choi and C. Miguet. Indicators of Regulatory Management Systems, *OECD Working Papers on Public Governance*, Paris, working paper nº 4, 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/38/10/39954493.pdf>>. Acesso em: dez.2010

JOSKOW, Paul L. Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies. *Journal of Law, Economics and Organization*. v. 18, n.1, pp. 95-116. 2002.

LEHMKUHL, D. On government, governance and judicial review: The case of European competition policy. *Journal of Public Policy*, St. Gallen, v. 28(1), p.139, 2008.

MACHADO, A. (2005), A Nova Reforma do Poder Judiciário: Pec n.45/04. *Poder Judiciário*. Brasília, n. 28, jan.-mar./2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo06.pdf>>. Acesso em: dez.2010.

MACHADO, H. de B. O Processualismo e o Desempenho do Poder Judiciário. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.), *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Editora Pioneira, 1997.

MADDALA, G.S., *Limited-Dependent and Qualitative Variables in Econometrics*, Cambridge Univ. Press, 1983.

MARQUES, Cláudia Lima *et alii*. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTÍNEZ, E. B. Report on Workshop Proceedings. Legal Forum on Utilities Regulation – Judicial Review, 2008, Florença, Itália. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/8948/1/FSR_UtilitiesRegulation_report08.pdf>. Acesso em: dez. 2010.

_____. Introductory Note. Legal Forum on Utilities Regulation – Judicial Review, 2008, Florença, Itália. Disponível em: <http://www.energyregulators.eu/portal/page/portal/FSR_HOME/ENERGY/Policy_Eve>

[nts/Workshops/2008/Judicial_review/200804-FSR-ProgJud-Linked.pdf](#)> Acesso em: dez. 2010.

MENDES, G. Discurso de Posse da Presidência do Supremo Tribunal Federal, Brasília 23.abr.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf>>. Acesso em: dez. 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, *Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*, Brasília, jun./2007.

MOREIRA, H. D. Ramos Fialho. *Poder Judiciário no Brasil – Crise de Eficiência*, Curitiba: Editora Juruá, 2004.

OECD. Government Capacity to Assure High Quality Regulation in Switzerland. *Reviews of Regulatory Reform*, Paris, mar./2006. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/42/48/36279389.pdf>>. Acesso em: dez.2010.

OECD. Government Capacity to Assure High Quality Regulation in Turkey, *Reviews of Regulatory Reform*, Paris, nov./2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/40/6/1840728.pdf>>. Acesso em: dez.2010.

OECD. *Regulatory Policies in OECD Countries: from Interventionism to Regulatory Governance – Reviews of Regulatory Reform*, Paris: OECD Publishing, 2002. 196 p

OSTER, J. S. The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal System. *German Law Journal*, Lexington/Toronto, v. 09, n. 10, 2008. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No10/PDF_Vol_09_No_10_1267-1296_Articles_Oster.pdf>. Acesso em: dez.2010.

PASTOR, M., WISE, C. The politics of second-generation reform. *Journal of Democracy*, Baltimore, vol. 10, n. 3, p. 34, 1999.

PETIT, N.; LOUISE, R. *Judicial Review in French Competition Law and Economic Regulation - A Post-Commission v. Tetra Laval Assessment*. New York: Social Science Electronic Publishing, Inc, 2008.

PHILIP, G. Authoritarian Legacies and the Politics of Appointment. In: _____. *Democracy in Latin America*, Cambridge: Polity Press, 2003.

REINO UNIDO. Supreme Court Act, 1981. Disponível em: <<http://www.statutelaw.gov.uk/legResults.aspx?LegType=All+Legislation&title=Supreme+Court+Act&Year=1981&searchEnacted=0&extentMatchOnly=0&confersPower=0&blanketAmendment=0&TYPE=QS&NavFrom=0&activeTextDocId=2033370&PageNumber=1&SortAlpha=0>>. Acesso em: dez.2010.

RODRIGUES, F. C. P., Sucumbência recursal: uma proposta de fundo econômico para a morosidade do Judiciário. *Revista de Economia & Relações Internacionais – Fundação Armando Álvares Penteado*, São Paulo, vol. 3 (6), pp. 104-23, 2005.

ROSENN, K. S., Judicial Reform in Brazil, *NAFTA: Law and Business Review of the*

Americas, Dallas, spring, pp. 19-37, 1998.

RU, Hendrik. J. de. Judicial Review of Regulatory Decisions: The situation in The Netherlands. Legal Forum on Utilities Regulation, 2008, Florença, Itália. Disponível em: http://www.loyola-de-palacio-chair.eu/portal/page/portal/FSR_HOME/ENERGY/Policy_Events/Workshops/2008/Judicial_review/080411_DeRU.pdf>. Acesso em: dez. 2010.

SADEK, M. T. A. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, vol.10, n. 1, mai./2004. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/329/32910102.pdf>>. Acesso em: dez. 2010.

SCHWARZE, J. Judicial Review of European Administrative Procedure. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 68, 2004. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27592078>>. Acesso em: dez.2010.

SCLAFANI, F. Judicial review of energy regulation: The experience of the Italian Regulatory Agency (*Apresentação*). Disponível em: http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/FSR_HOME/ENERGY/Policy_Events/Workshops/2008/Judicial_review/080411_Sclafani_JR%20short.pdf>. Acesso em: dez. 2010.

SCOTT, R.; STUNTZ, W. Plea Bargaining as Contract. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 101, n. 8, Symposium: Punishment. pp. 1909-1968, 1992.

SEIDENFELD, M. Why Agencies Act: A Reassessment of the Ossification Critique of Judicial Review. *Ohio State Law Journal*. Ohio, v. 70:2, pp. 251-321, 2009.

SHERWOOD, R. M. The Unseen elephant: What Blocks Judicial System Improvement?. *Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkley, Paper 050207'11, 2007.

ZHOU, J. Determinants of Delay in Litigation: Evidence and Theory. *American Law & Economics Association Annual Meetings*, Columbia, paper 21, 2008.