

Painel 2 – HÁ DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA EM DECISÕES DO SBDC?

JOSÉ HENRIQUE GUARACY REBÊLO

Juiz Federal e Diretor da AJUFE

Muito boa tarde a todos em nome da AJUFE! Meu nome é José Henrique Guaracy Rebêlo, sou Juiz Federal Titular da 2ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, Vice-Presidente da AJUFE na 1ª Região. Estou aqui representando a instituição e em nome dela tenho um prazer muito grande em dar seguimento a esse seminário, na esperança de que tenhamos na parte da tarde um debate tão atraente como foi na sessão da manhã, mormente porque temos um tema desafiante, que apresentaremos aos nossos ilustres palestrantes, aos quais submeteremos a seguinte questão: há discricionariedade técnica em decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência?

Para responder a esta questão nós estamos aqui na companhia ilustre do Desembargador Federal Francisco Queiroz Cavalcanti, Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, do Desembargador Federal André Fontes, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e do Professor Carlos Ari Sundfeld, Professor de Direito Administrativo da PUC/São Paulo.

Aos ilustres palestrantes dou as boas vindas e em ato contínuo passo a palavra para que se manifestem. Com a palavra, então, o eminente Desembargador Federal Francisco Queiroz Cavalcanti.

Muito obrigado pela atenção!

FRANCISCO QUEIROZ CAVALCANTI

Desembargador Federal Presidente do TRF da 5ª Região

Cumprimento a todos os presentes e sem maior formalidade já inicio minha exposição para tentar, dentro do tempo, dizer alguma coisa sobre esta questão tão intrincada que é colocada como uma indagação.

Denomina-se o painel: ‘Há discricionariedade técnica em decisões do SBDC?’

A resposta a essa indagação, colocada como tema do presente painel, deve ser feita a partir do fracionamento da própria indagação. Primeiro teria-

mos que definir o que é discricionariiedade, definir o que é discricionariiedade técnica, indagar qual é a natureza jurídica das decisões do SBDC e depois acrescentar – o que está embutido em tudo isso – a amplitude do controle jurisdicional sobre esse tipo de ato, a qual evidentemente dependerá da resposta que se dê a essa indagação. O que aqui se busca, na verdade, até pelo conjunto de participantes, é tentar definir o que os juízes poderão controlar, alterar ou anular quanto às decisões que sejam proferidas nesta seara.

Antes de adentrarmos no tema específico, é necessário fazer algumas considerações mais gerais. Nas minhas exposições nas universidades e em locais que dou palestra, sempre parto daquela teoria de sair dos círculos mais longos para os mais estreitos, como no passado se dizia que faziam aqueles índios ao cercarem uma carruagem. A maioria de vocês, pela idade, não alcançou aqueles filmes de índios atrás de carruagens, mas muitos alcançaram os tubarões em Boa Viagem, em Recife. É mais ou menos o tipo de técnica que tentarei utilizar aqui. Infelizmente, os banhistas desavisados são normalmente os caminheiros de Santa Catarina que vão tomar banho na área onde não tem arrecife e, no início da tarde, depois de algumas cervejas, não conseguem mais ler as placas. Normalmente é esse o quadro das vítimas dos tubarões em Pernambuco.

Começo lembrando da evolução do Direito Administrativo. A origem vamos buscar na França, na Revolução Francesa. Observando a consolidação que se faz no início do século XIX – para isso minha faculdade, tão antiga quanto a de São Paulo, conta com todo o acervo histórico relevante do Direito Administrativo, o qual não se encontra nos livros dos dez últimos anos, mas sim no acervo do século XIX, que está todo lá para pesquisa – encontra-se toda uma construção do Direito Administrativo francês que se faz centrado em duas coisas. Primeiro na idéia de ato administrativo, o ato como cerne, como centro da administração, submetido a um regime jurídico diferenciado e a construção que se faz sobre esse agir da administração a partir da atuação de um órgão relevante, que é, que foi e continua sendo o Conselho de Estado. Na França, esse apartar da administração da jurisdição ordinária é tão forte que desde a primeira lei que tratou disso, em agosto de 1790, já tem uma justiça administrativa separada e a vedação do juiz da justiça ordinária de imiscuir-se nas questões pertinentes à atuação do Estado como tal.

O ato administrativo, que foi tão relevante na história do Direito Administrativo Europeu, hoje já nem é mais, pois já temos em relação aos principais sistemas jurídicos europeus uma mudança do cerne, do âmago do Direito Administrativo, passando do ato para o procedimento. Não o proce-

dimento apenas naquela visão de garantismos, como ainda temos no caso brasileiro. Mas o procedimento como uma forma de exteriorização de uma administração democrática e participativa, com procedimentos abertos, com a participação dos interessados. Inspiração de um modelo americano, que apesar de ser muito pobre em Direito Administrativo, exportou duas coisas importantes: o modelo dos entes reguladores e o modelo da procedimentalização. Todos sabem que a Administração Federal da década de 40 foi um instrumento tão importante que foi aperfeiçoado, traduzido e expresso na lei do procedimento alemão de 1976, a melhor de todas, inspiradora dos modelos espanhol, italiano, português, cada um com suas peculiaridades, mas foi sem dúvida de grande importância. No caso brasileiro, ainda estamos, tardiamente, tendo como cerne do nosso direito administrativo a figura do árbitro. Nós não temos um desenvolvimento adequado da figura da procedimentalização, nem sob o aspecto teórico, nem sob o aspecto prático. Basta ver que em relação às chamadas audiências públicas, a participação dos usuários do serviço público é minguada, sendo quase simbólica. Aquilo que seria um elemento tão legitimador da atuação do ente estatal descentralizado, que seriam, por exemplo, as agências reguladoras, esvai-se pela ausência daquele elemento importante, legitimador, que seria a participação do usuário de serviços públicos.

Ao abordar essa tendência de fragmentação ou de policentrização do modelo estatal atual, numa linguagem que o Sabino utiliza naquele tão conhecido livro, *As Bases do Direito Administrativo*, lembro de uma lição de um autor português chamado Colaço Antunes quando ele fala que enquanto as agências norte-americanas representam, pela configuração originária do Estado, Estado mínimo liberal, o alargamento da esfera pública, basta observar o crescimento das agências no modelo norte-americano e o alargamento da esfera pública na Europa para concluir que a sua institucionalização representa o inverso, ou seja, uma retração e abdicação dos poderes públicos de levarem a cabo tarefas e funções públicas que sempre desempenharam. Temos exemplo da administração monolítica francesa e o surgimento das chamadas autoridades administrativas independentes criadas a partir de 1978. Foi uma autoridade para regular uma área importante que era o controle sobre os bancos de dados eletrônicos para que se pudesse ter controle de quem estava a manipular, controlar dados sobre as pessoas, tendo o Estado a necessidade de ter o controle sobre esses exploradores de banco de dados.

Sabemos que regulação não é sinônimo de atuação de agência. A idéia da regulação vem como uma evolução relevante da figura histórica do poder de polícia, sendo mesmo a idéia da agência uma idéia nova no Brasil. A

maioria dos senhores não tem idade para isso, mas se consultarem os livros de Direito Administrativo da década de 30, por exemplo o de Themístocles Brandão Cavalcanti, na primeira lição das Instituições dele está a defesa de que o modelo que se iniciou no período Vargas, quando a Administração Pública se expandiu a partir da adoção do modelo de estado do bem-estar social e houve a necessidade de criação de instituições públicas descentralizadas, discutiu-se se iriam ser criadas *commissions* ou se iria se adaptar o modelo autárquico italiano e alemão. Prevaleceu essa última tese e, criticada por autores como Themístocles Brandão Cavalcanti, surgiram IAA, IBC e outras tantas mais.

Temos exemplos de regulação não executada ou não exercida por entes reguladores independentes, como o caso do Banco Central do Brasil que, para tristeza de alguns e felicidade de muitos, felizmente, apesar do artigo 192 da Constituição não ter sido alterado sensivelmente, ainda não foi transformado em agência reguladora e espero que nunca o seja.

Centrando-nos agora na idéia de ato administrativo, embora considerado o cerne do Direito Administrativo, nossa doutrina não desenvolveu tanto um regime especial. No caso brasileiro temos a conceituação normalmente de ato administrativo como qualquer manifestação de vontade da Administração Pública. Na verdade, o ato administrativo, na melhor conceituação, é o ato final de um procedimento, capaz de gerar direitos e obrigações no mundo jurídico. Os demais sempre foram considerados atos meramente preparatórios, meramente auxiliares, que dão ensejo à criação do verdadeiro ato administrativo, no sentido próprio, mais técnico, tal como entendido pela melhor doutrina ocidental. Esse ato pode sofrer inúmeras classificações. Já se tentou classificar em simples, complexos, preparatórios e definitivos, vinculados e discricionários. Em relação à discricionariedade, historicamente – desde o século XIX ou começo do século XX – esse argumento foi usado como bastião, como trincheira para barrar os mecanismos de controle. Com a idéia da autonomia da Administração Pública e que agiria observando as formalidades legais, essas poderiam ser perquiridas no Judiciário, mas não a opção da Administração. Essa definição seria muito adequada num sistema jurídico com conceitos fechados e bem definidos. Porém, com conceitos abertos, a serem preenchidos no futuro, seria algo que realmente exigiria um cuidado muito grande e significaria, como significou durante muito tempo, um não controle do Estado pelo Poder Judiciário.

Essa doutrina evoluiu. Seu marco inicial relevante é aquela obra do Seabra Fagundes sobre controle dos atos, que, embora ainda numa visão tradi-

cional, segue a evolução a partir do momento em que tivemos a definição dos requisitos dos atos naquela obra clássica de Pontes de Miranda, o *Tratado de Direito Privado*, cujos seis primeiros volumes são de Teoria Geral do Direito, quando se vai verificar os requisitos de existência, de validade, de eficácia e a possibilidade de identificação de cada um dos elementos. Com isso podendo ser checado já passou a haver um instrumental ao Judiciário. A partir da construção que os autores administrativistas, mesmo os tradicionais, fizeram sobre esses requisitos dos atos, sobre a existência de elementos dos atos, que em qualquer situação seriam vinculados, passamos a ter uma transformação da distinção quem se fazia em discricionários e vinculados, surgindo uma zona mais escura, uma intermediária e uma mais clara. A partir daí podemos chegar à conclusão de que não há atos vinculados e atos discricionários, existem atos mais vinculados e atos menos vinculados.

Celso Antônio Bandeira de Mello tenta na sua obra sobre discricionariedade e em seus vários trabalhos reduzir essa discricionariedade a um mínimo possível, de modo que se tenha a possibilidade de um controle mais efetivo sobre o agir da Administração Pública.

Outra construção importante neste tema foi o desenvolvimento da Teoria dos Motivos Determinantes. A Administração expressa numa motivação obrigatória qual o conjunto de circunstâncias de fato e quais as razões jurídicas que levaram à edição do ato. Se o ato é discricionário, a Administração não o checa, mas checa se esses custos de direito e de fato estão presentes, o que já é um avanço. Depois houve um outro avanço, mais na Alemanha, com a Teoria dos Conceitos Indeterminados. Para se entender como essa teoria surgiu na Alemanha nas décadas de 50 e 60 é preciso se entender a Alemanha do período de guerra. Essa construção veio como uma resposta a um Estado que causou muito mal, sobre o qual não havia qualquer controle. Quem tiver a curiosidade de ver todo esse histórico, mesmo em língua portuguesa, há um trabalho muito bom, uma monografia do Professor português Antônio Francisco de Souza, chamado *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, obra que já tem doze anos, mas que continua muito boa e traz todo o histórico do desenvolvimento da Teoria dos Conceitos Indeterminados na Alemanha e na Áustria, mas sobretudo na Alemanha, onde essa construção diferenciadora possibilitou um ativismo jurídico que acarretou um certo freio. Também indico uma outra obra em português que traz um referencial bibliográfico em alemão muito bom, que é a obra do Professor Andreas Krell, chamada *Discricionariedade da Administração e Proteção Ambiental* (Livraria dos Advogados, 2004, Rio Grande do Sul),

que é bem rica no mostrar essa mudança que estamos hoje constatando da postura doutrinária que se tem a respeito do ativismo judicial.

Possivelmente, daqui a uns dez anos, isso será novidade no Brasil. Vi um estudo bastante interessante de que o ciclo de uma novidade jurídica da Alemanha, onde normalmente surgem, até aportar aqui é de em média dez anos. Só abrindo um parênteses, hoje quando se defende tão arduamente a cláusula pétrea que surgiu na doutrina alemã há algumas dezenas de anos, há alguns anos o Tribunal Constitucional já reconhece lá o abrandamento da teoria das cláusulas pétreas, porque nenhuma sociedade resistiria a um texto constitucional imutável. Mas são os ciclos naturais e a diferença do centro e da periferia, embora muito orgulhoso sou da nossa periferia.

No Brasil, a distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade ainda persiste e é útil. É um grande equívoco pensar que as construções jurídicas surgem do nada. Elas surgem e devem ser defendidas a partir de interesses concretos. Antes da União Européia, a maioria dos estados que hoje a compõem defendia em suas constituições, tal qual a norte-americana, regras pelas quais os tratados tinham o mesmo nível hierárquico das leis. Hoje a regra mudou a partir de uma necessidade da União Européia de os tratados prevalecerem sobre as leis. Digo que no caso brasileiro ainda há a necessidade de se ter a diferenciação dos conceitos ditos indeterminados. Como não se pode indicar já no juízo prévio qual o melhor caminho, há a necessidade dessa diferenciação como instrumento de limitação dos abusos do Estado.

O Professor Krell formula uma questão interessante: até que ponto a teoria da distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade – com a qual convivemos – encontra cada vez menos seguidores na própria doutrina alemã, que procura adequar-se à nova ordem jurídica européia? Até onde essa distinção levará a avanços no trato da questão no Brasil, onde os autores há algum tempo defendem sua adoção? Entendo que a teoria dos conceitos indeterminados pode, no Brasil, bem servir para a melhoria da sistematização do controle da discricionariedade administrativa e até para sua redução, como tem acontecido na Espanha. Sobre a Espanha, a propósito, há um trabalho muito bom do Sánchez Morón, chamado *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial* em que ele mostra a importância dessa distinção que também era feita pelo autor Almiro do Couto e Silva, já em 1991, quando destacava que a sua utilização seria importante para a redução da nebulosidade da expressão ‘mérito’, a qual, quando mal utilizada, servia para afastar o controle judicial. A própria realidade brasileira justifica um controle mais efetivo da Administração Pública, cuja estrutura, todos sabemos, é ex-

tremamente viciada, inclusive pela excessiva penetração do elemento político onde a Administração deveria ser neutra. No funcionamento, por exemplo, a Administração Pública é assolada por males, como na ação dos titulares dos cargos em comissão, cujo excessivo número macula qualquer incentivo de profissionalismo dos órgãos de direção por serem alçados a estes postos de direção pública pessoas que têm bem mais vinculações com as estruturas do poder político, mais responsáveis pelas indicações do que com o efetivo interesse público. Já afirmei isso num trabalho escrito há dez anos, chamado *Considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional*, o qual me parece que continua atual.

Mesmo em relação à discricionariedade, ela pode ser controlada pelo mesmo modelo alemão, isto é, pelos mesmos instrumentos da teoria dos vícios da discricionariedade, segundo a qual eles verificam a necessidade do controle judicial quando há transgressão dos limites do poder discricionário, quando há o não exercício do poder discricionário e o que é mais comum, quando há o abuso ou desvio do poder discricionário.

Quanto à questão da discricionariedade técnica, há divergências sobre quando teria surgido. Essa expressão foi utilizada inicialmente na Itália, no início do século passado, quando se tentava distinguir a discricionariedade pura e a discricionariedade técnica. Essa distinção aparece, por exemplo, no curso de Direito Administrativo, publicado em 1911, de Cameu e no artigo de Presunti, de 1910. Eles distinguiam as situações em que o Direito atribui à Administração um poder de eleger entre as várias situações juridicamente válidas e aquelas outras situações em que se deve buscar a solução apropriada em função de critérios ou conceitos formulados pela lei, que requerem, para sua aplicação, uma valoração técnica mais ou menos complexa.

Por vezes, o exercício da chamada discricionariedade técnica apresenta reflexos jurídicos que não podem ser olvidados, sobretudo a partir de uma Constituição. Ontem esse aspecto foi bem salientado na magistral conferência inaugural, repleta de princípios e de muitos conceitos abertos. Na nossa Constituição Federal encontramos, por exemplo, referência à eficiência, princípio do artigo 37. O que é a eficiência? Como se apura a eficiência? O critério de apuração da eficiência não é jurídico. Saber se há eficiência é saber se um determinado sistema, organismo, instituição alcança um nível, um padrão que foi considerado paradigmático. A economicidade do artigo 70 da Constituição, é outro princípio jurídico. No exame do agir da Administração, o juiz deve verificar a economicidade do agir do administrador, por exemplo, num negócio jurídico praticado. Mas em que consiste a economicidade num contrato

firmado? Quem dos senhores estudou na faculdade de Direito esse aspecto? É algo que sem dúvida implica em conhecimentos que não são os nossos.

A dominação de mercado, do artigo 173, § 4º, o que é? Qual é o percentual exigível para criar efetivamente dominação de mercado? O que os autores americanos e o direito americano considera dominação de mercado é o mesmo para os franceses, para os brasileiros? O relevante interesse coletivo exigido para a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, expresso pelo artigo 173. O que é relevante interesse coletivo e a critério de quem? São conceitos muito abertos e difíceis de examinar, mas deverão ser balizas para o juiz atuar.

Também o complexo conflito que vem existindo – entre nós e na maioria dos países – entre regulação setorial e regulação do ente da concorrência, dependerá de uma interpretação, que seria facilitada se houvesse a edição da Lei Geral das Agências. Há pelo menos quatro modelos que os autores tratam, com a prevalência de um ou de outro. Qual é o critério frente à inexistência de uma regra jurídica expressa a ser utilizada? Só a lei que vai definir.

Na verdade são conceitos muito vagos, cuja aferição impescinde de uma apuração pericial, técnica, que foge ao nosso campo. O fugir do nosso campo não significa, como alguns pensam – já ouvi isso tanto em conferências –, que certas matérias estão fora controle judicial. Se assim fosse, porque não é médico o juiz não apreciaria se foi o médico que causou o dano ao paciente. O juiz não apreciaria quais foram os danos decorrentes de uma ação A ou B porque ele não é técnico na área de transporte. Quase tudo que o juiz aprecia não teria condição de fazê-lo. Vou colocar só um exemplo bem marcante que passou pela 5ª Região: o Ministério Público ingressa no Ceará dizendo que uma criança de quatro anos necessitava fazer um transplante de fígado que só um hospital na Pensilvânia fazia, ao custo de mais de duzentos mil dólares. A família fez uma campanha de rua e conseguiu uma parte, restando cento e cinquenta mil dólares. A União recusou-se a pagar esse restante que faltava, pois existia uma experiência em curso no Hospital Universitário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, devendo o menor ser encaminhado para lá. Eis a questão: há dois laudos instruindo a inicial do Ministério Público; o juiz deu a liminar; houve um pedido de suspensão; a Advocacia da União foi muito cuidadosa para o Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Como eu não entendia e continuo sem entender de transplante de fígado e como em suspensão de liminar o juiz não tem muito tempo para muita coisa, ele tem que improvisar. Então fui a um professor-cirurgião de Pernambuco, um dos melhores dessa área no Brasil, que é uma pessoa com

quem tenho intimidade. Durante a conversa ele disse que não poderia fazer perícia, pois não dava tempo. Porém, com as informações que estavam ali ele disse que era uma questão muito específica e que o único erro do Ministério Público, no entender dele, é que havia o hospital da Pensilvânia e da Flórida, mais ou menos no mesmo valor. Se fosse fazer a cirurgia no hospital do Rio Grande do Sul, que era uma experiência, ele entendia que a criança tinha 99,9% de chances de morrer. Se fizesse na Pensilvânia tinha 50%. Então ponderei: economizar a União cento e cinquenta mil dólares para dar uma chance de vida a alguém tão pequena, o bem jurídico vida era muito maior, então a liminar foi concedida, não por um juiz entendido na matéria, mas por alguém isento. Essa matéria veio com segundo pedido de suspensão para a Presidência do STF e o Ministro Jobim manteve a decisão. A criança foi operada, ficou nos 50% mais favoráveis e já está correndo nas areias do Ceará. O Judiciário, portanto, precisa controlar não porque é o técnico ou especialista, mas porque é isento e a isenção, no nosso caso, em certas áreas de atuação do Estado não está ocorrendo.

Vou usar o exemplo da figura da agência reguladora, que foi matéria da minha tese há dez anos como Professor Titular da UFPE. O modelo americano da agência é interessante pois tenta tirar o elemento político da decisão em certas áreas de relevância da sociedade e tenta prevenir contra a ingerência do elemento econômico. Tanto é assim que usa um mecanismo de equilíbrio na composição dos órgãos colegiados das agências reguladoras para que elas sejam bipartidárias e para que tenham todo um conjunto de pessoas indicadas por um mesmo segmento ou vinculadas a um mesmo segmento. Para que represente a sociedade, legitima-se a instituição com um instrumento procedimental, tendo-se um corpo técnico de primeira linha. O caso brasileiro, na composição das nossas agências reguladoras, arrebanhou servidores de toda Administração Pública, por critérios ou por falta deles. O não critério é um critério, as indicações de quem podia indicar. Essas pessoas foram levadas para as agências reguladoras e hoje estão insatisfeitas. Vejam a greve da ANVISA. Aquela primeira lei que foi aprovada e sancionada foi considerada inconstitucional pelo Supremo porque permitia esse tipo de provimento considerado inaceitável. Temos uma massa, com todo respeito e com eventuais exceções, que não seria aprovada num concurso público do ente regulador específico. Temos, assim, um grave defeito, com exceções honrosas, nas composições dos entes reguladores. Vou citar um exemplo da pesquisa que fiz quando estava preparando minha tese em 1997 e pedi a estudantes que faziam parte do grupo de pesquisa o levantamento da situação de algumas agências. Verificou-se que a ANEEL, tão importante na área de

energia elétrica, tinha ficado na cota do Senador Antonio Carlos Magalhães, isto é, o controle era dele. Como se pretendia evitar captura política na constituição do ente regulador se fez cota, como infelizmente se faz no caso brasileiro. Essa praga de ontem é a de hoje e será a de amanhã senão tivermos uma reformulação na nossa estrutura política.

Reforma política é relevante porque o Presidente da República é re-fém. Qualquer Presidente da República poderá ser eleito dissociado de uma maioria do Congresso e infelizmente a cultura dos nossos congressistas é de que é dando que se recebe. Essa é a realidade.

Nós, juristas brasileiros, temos um gravíssimo defeito que é a visão do relojoeiro. Somos capazes de pegar o mecanismo que estamos examinando, dissecarmos e acharmos que aquilo resolve o problema do mundo. O telhado pode estar caindo que nós não vemos. O mundo jurídico é o nosso, mas há um entorno que influencia esse mundo jurídico. No caso do ente regulador, que deveria exercer um papel tão relevante num estado moderno, mas é um instrumento para preservação de partilha de poder, não pode funcionar, não tem legitimação e isso reflete numa inadequada procedimentalização e na inexistência de uma participação efetiva do usuário, que daria um sustento em termos de legitimação a um conjunto de pessoas que não foram eleitas. Essa é a idéia da agência americana. Outra maneira de preencher os órgãos é a utilizada pelas autoridades administrativas européias, a exemplo da França, onde se tem uma pluralidade de pessoas fazendo as indicações para a composição das autoridades administrativas e não apenas um, o Presidente da República.

Faço essas referências para, no tocante à questão da discricionariedade técnica, concordar com aqueles autores que mostram que a teoria que diferencia a chamada discricionariedade técnica está muito próxima da chamada teoria dos conceitos indeterminados, da indeterminação técnica, e também para afirmar que essa diferença entre discricionariedade técnica e discricionariedade como opção política do agente nem é tão verdadeira. No ano passado, por exemplo, houve uma grande discussão acerca do reajuste de energia elétrica em todas as concessionárias do nordeste, a partir de um modelo usado pela ANEEL, que foi o da empresa paradigma – e esse seria um tema para dez horas de conversa. Como a ANEEL não tem como checar, por falta de instrumental, a situação de cada empresa ela usa o que seria um paradigma para aquele tipo de situação e aplica. É como com os planos de saúde, que pagam ao hospital uma operação de apêndice, por exemplo, considerando o paradigma fixado para cada tipo de operação.

No entanto, quando a empresa paradigma é mal fixada, o resultado é desastroso e nós tivemos como exemplo o caso da energia elétrica, em que

as empresas, por um lado, alegaram prejuízo e a conjuntura econômica de outubro de 2005, por outro, mostrou que foram extremamente rentáveis. Acontece aí um fenômeno que também mereceria um estudo muito grande dos juristas que é chamado assimetria de informações. Decide-se com base num fato, pegando-se um acórdão de um tribunal superior, cuja matéria foi decidida porque, caso assim não fosse, haveria quebra de contrato. Resta saber, todavia, se os fatos apresentados são verdadeiros. Existe uma assimetria entre o que era e o que foi apresentado, entre a versão e o fato, e quando o regulador não tem condições de checar a diferença entre a versão e o fato, as distorções são muito grandes.

Quanto ao CADE, na verdade ele não tem culpa das limitações que tem, visto que sua estrutura é muito pequena se comparada à de alguns entes correspondentes como, por exemplo, o Tribunal da Concorrência da Espanha, o Conselho da Concorrência francês, a Autoridade Garantidora da Concorrência e do Mercado na Itália. Essas entidades todas têm uma estrutura muito melhor que a do CADE, estando estruturadas normalmente como autoridades administrativas independentes, com condições adequadas de funcionamento. Não é objetivo nosso fazer aqui comparação em relação a essas estruturas, até porque nosso tempo é pequeno. Mas quero colocar que o CADE tem uma história de sofrimento para sua consolidação porque a sua área de atuação interfere com interesses econômicos muito fortes. Sempre digo nas minhas exposições que o grande problema do Brasil é a nossa pirâmide social e sempre afirmo também que no Brasil não temos uma pirâmide social, mas uma grande tábua e um prego de ponta. Quando se bate na tábua, ao pegar no prego de ponta, fura-se. Isso ocorre em relação à parte criminal. Contamos aqui com mais de uma centena de Juízes, inúmeros Procuradores da República e eu indago: quantos empresários estão condenados e presos? Muito poucos. Não dá nos dedos de uma mão, talvez não dê nos dedos de uma das mãos do nosso Presidente. Não estou ironizando o nosso Presidente, que perdeu um dedo da mão de modo muito honroso num torno de fábrica. Mas essa é a dura realidade. Talvez sejam quatro, talvez oito e quando observamos a classificação dos crimes hediondos, são todos crimes de pobre. O grande empresário, o banqueiro, que se apropria dos nossos recursos e tem a proteção do Estado não comete crime hediondo, mas o pobre assaltante, desdentado, que rouba o banco, passa duas semanas fazendo farra e volta. Eu gostava de conversar com esse pessoal quando os condenava, pois eram muito francos na conversa. Havia um que era o chefe da maior quadrilha de Pernambuco e terminou morto num conflito com a polícia, que dizia que como ele não tinha muita perspectiva, a vida dele se resumia a assaltar o banco, pegar o dinheiro

e ir para alguns prostíbulos com meninas de qualidade, onde ficava até gastar o dinheiro e as energias, após o que voltava para assaltar. Se você comparar esse indivíduo, com todo respeito, com um banqueiro não honrado, a postura do assaltante é mais nobre, já que ele tem o esforço pessoal, expõe a sua vida, enquanto o outro não. O outro está protegido por um amplo aparelho estatal, por brilhantes advogados, por todas as vírgulas e pontos e vírgulas que o juiz poderá colocar no processo, o que será suficiente para colocá-lo fora da cadeia e permitir que volte para seu país, quando tem dupla nacionalidade. Essa é a realidade brasileira, à qual precisamos estar atentos.

Retomando, a situação do CADE é bem estrutura na Lei nº 8.884/94, podendo ser dividida, e normalmente é, em atividades em que se tem apuração das infrações e atividades em que se atende às consultas formuladas ante a necessidade de serem submetidas ao CADE para que haja uma definição se aquilo caracterizaria ou não uma infração à ordem econômica. Isso é objeto de controle judicial. Surge nesse ponto questão com a qual sempre me preocupo no Brasil, referente às rotulações. Por exemplo, a pergunta que foi colocada, se há discricionariedade técnica ou não, isso é o que menos interessa, porque os rótulos, as denominações não têm importância. O Brasil é o terceiro ou quarto país do mundo com mais leproso na face da Terra e não tem um leproso, mas sim portador de hanseníase – alterou-se por decreto. O rótulo não interessa. Se eu chegar aqui e chamar alguém de rapariga possivelmente vou ser espancado pela própria, mas se chego em Portugal e chamo uma menina de rapariga, não tem nada demais. O conteúdo, quem é aquela pessoa, não foi alterado. Se isso é discricionariedade técnica ou não, para mim não tem relevância.

A questão que se coloca é se teremos condições de perquirir o agir do administrador. No caso do CADE teremos condições de perquirir, mas não numa atitude de substituição. Teremos condições de perquirir o agir do administrador a partir de algumas observações que são feitas e alguns itens que devem ser considerados. O primeiro deles é a questão da razoabilidade. Se pegarmos, por exemplo, o caso da Inglaterra onde temos um ente disciplinador da concorrência, a partir das suas decisões temos a avaliação por um *Competition Appeal Tribunal*, que não é um tribunal, mas sim um ente administrativo de solução de conflitos. Ainda há a possibilidade de se ir a uma corte na justiça e um dos aspectos mais importantes que as cortes inglesas usam como referencial para o controle das ações desses entes é a razoabilidade. Recordo que tive a oportunidade de conhecer, em 1992, William Wein, reputado no século XX como o maior administrativista inglês. Uma das coisas mais importantes que ele desenvolvia era o estudo da razoabilidade.

Razoabilidade é um critério extenso, muito mais extenso do que o contido no nosso conceito estrito de razoabilidade. Esse conceito já foi usado na própria Inglaterra, em 1592, como critério para impedir a atuação do fisco inglês pela falta de razoabilidade na imposição de determinada carga tributária a uma comunidade pobre. Essa mesma razoabilidade que é o grande referencial da atuação do Judiciário em relação à atuação de qualquer ente regulador. A Inglaterra tem também um grande número de entes reguladores e houve uma certa descentralização da administração no período Margareth Thatcher, inclusive por razões políticas, para quebrar a força da oposição. São os autores ingleses que mostram, inclusive a partir de um texto muito interessante chamado *Inform Nolan*, que ao contrário do que pensamos, que tudo o que esta além-mar é bom e tudo o que está aquém-mar não presta, a politização dessa partilha dos entes reguladores também lá está presente, mas não com a intensidade que ocorre no caso brasileiro. A chamada captura, que é objeto de estudos aprofundados pelos autores europeus, é presente lá também. Tanto a captura política, como a econômica, está bastante grave. Essa irrazoabilidade, utilizando a expressão que vai desde a questão da inadequação de motivos, tem um aspecto muito mais amplo do que nós entendemos aqui, sendo um dos critérios para atuação do Judiciário no controle dos atos também dos entes responsáveis pela disciplina da concorrência.

Há um autor chamado Mike Fentack, grande estudioso de regulação, autor do trabalho *The Public Regulation*, que usa um critério muito interessante. Em situações em que há uma certa nebulosidade na definição de conceitos é necessário ao julgador traçar alguns referenciais e um desses é sempre o interesse público, tomado então como referencial para a atuação do controle de regulação.

Há outra linha, também muito curiosa e bem feita, desenvolvida por Colaço Antunes num trabalho publicado este ano chamado *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa: o novo contrato natural*, em que ele diz que o caminho bom para o julgador é o da reconstrução, que não significa substituição. O controle jurisdicional da proporcionalidade que ele usa como um referencial comporta, na sua tridimensionalidade, uma apreciável penetração e reconstrução da situação factual apurada pelas apreciações administrativas levadas a cabo. Com efeito, para que o juiz possa legitimamente se convencer de que a Administração exercitou adequada e equitativamente seu poder de decisão, não lhe resta outra possibilidade que não seja a de desenvolver um preventivo e aprofundado estudo de controle da situação de fato e dos momentos decisivos por que passou a atividade administrativa até o seu final. Tal estudo não significa qualquer apreciação de mérito em razão dos poderes. Trata-se simplesmente

de refazer o percurso para ver se a trilha é adequada, embora não fosse a trilha que o juiz seguiria. Isso é importante para os juízes, sobretudo para os mais novos, que às vezes têm aquela tendência de fazer no julgamento a substituição pelo que fariam se estivessem no lugar do administrador. Mas a avaliação não deve ser essa, e sim se o administrador agiu dentro de uma baliza que lhe dava opção e se a sua opção foi razoável. Esse é o papel do juiz. Não podemos ter o controle judicial subjetivo e cheio de achismos.

Concluo em relação ao controle jurisdicional com uma visão um tanto quanto pessimista, pois tem havido uma preocupação dos nossos órgãos financiadores com uma restrição em relação ao número de interlocutores pelas várias áreas de atuação do Estado. Se for feito um levantamento, vai se verificar que muitas das decisões relevantes que os senhores tomam podem resultar em nada em poucas horas, porque o mecanismo de redução dos interlocutores no controle da ação do Estado serão sujeitas de imediato ao controle jurídico-político do Presidente do Tribunal, que poderá suspender seus efeitos e jogar para tramitação regular do processo, leia-se prazo médio de sete anos. Se o tribunal mantém a decisão e o pleno do Tribunal ou órgão colegiado correspondente assegura teremos tudo concentrado na mão de duas pessoas, os presidentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Sorte nossa, no Brasil, que nunca tivemos – se alguém discordar que levante a mão – presidentes de STJ e STF que decidiram qualquer matéria para atender a conveniências e oportunidade políticas.

Muito obrigado!

JOSÉ HENRIQUE GUARACY REBÊLO

Juiz Federal e Diretor da AJUFE

Cumprimento nosso colega e Professor pelo brilhantismo de sua manifestação! Em ato contínuo passo a palavra para o Desembargador Federal André Fontes.

ANDRÉ FONTES

Desembargador Federal do TRF da 2ª Região

Boa tarde a todos! Gostaria de começar minha exposição fazendo uma afirmação: o controle jurisdicional dos atos administrativos integra o direito

econômico e o direito da concorrência. Ninguém pode conceber que haja no nosso país uma espécie de contencioso administrativo a pretexto de estar sob o manto de uma afirmação e administração de sábios.

Do outro lado, não poderíamos conceber que o Judiciário pudesse ter acesso às coisas do Estado, como acontecia na Espanha franquista. Nenhum autor espanhol afirmava que naquela época, na Espanha, havia uma função jurisdicional a rigor, mas sim um mero serviço público, ou seja, parte da função administrativa espanhola que os livros apontavam. Lembro também que os belgas, tão críticos dos franceses quanto a essa questão, não ficam perdendo tempo com a discussão se é matéria do contencioso ou se é judicial.

A única coisa que acho fundamental em nosso país é lembrar sempre que o povo tem direito a uma previsão das decisões judiciais, ou seja, tem que haver uma previsibilidade das decisões judiciais, como deve haver em todo estado democrático. Não há a menor dúvida de que o controle existe e lembro a todos que essa discussão não é nova. O Tribunal Marítimo, que exerce uma função análoga ao CADE lá no Rio de Janeiro, sempre que se manifesta sobre assuntos dessa natureza a primeira observação que faz é quanto ao aspecto técnico da sua decisão. Por outro lado, temos órgãos públicos que poderiam também fazer tal observação, mas não o fazem em momento nenhum, como é o caso do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), que em nenhum caso diz – e ninguém duvidaria disso – que suas decisões obedeceriam a esse rigor tecnológico como aconteceria nos casos de apreciação se uma patente há ou não de ser controlada pelo Judiciário. Há outras situações um tanto curiosas. Por exemplo, a CVM, que exerce papel semelhante ao do CADE, a todo instante está na Justiça, em especial a Justiça Estadual, com ações dessa natureza. Assim, fica ao sabor das situações concretas essa forma de controle.

Quero lembrar que a expressão discricionariedade técnica nos induz à idéia de complexidade técnica, como se fosse de tal maneira complexa a discussão que não permitiria ao juiz ter conhecimento sobre o assunto. Vou dar um exemplo prático do que estou falando a respeito do aspecto econômico, citando António Avelãs Nunes, autor de *Estruturalismo e Monetarismo: significado de uma polémica*, edição da Faculdade de Coimbra. Trata-se de um texto escrito por um jurista sobre economia: “o que os estruturalistas rejeitam é a conclusão simplista de que a causa da inflação é o aumento da oferta monetária, fruto da má política monetária, só porque em geral se verifica que a inflação é acompanhada do aumento de oferta da moeda”. E continua: “é que a flutuação do volume dos meios de pagamento e circulação

são elas próprias expressões das forças reais que atuam na economia”. São noventa e nove páginas de perfeita literatura econômica e ninguém duvida, em sua consciência, que essa matéria é própria dos economistas.

Mas o Judiciário não faz esse tipo de exame. O controle jurisdicional é sempre dos atos administrativos, portanto é um controle de legalidade e não de legitimidade, tomada a concepção mais pura dos termos. O Tribunal de Contas faz. A Constituição prevê o controle da legalidade e da legitimidade do ato. Quer dizer, o Tribunal de Contas poderia questionar uma medalha que eventualmente um tribunal deu a alguma pessoa, pois isso pode ter contorno de ilegitimidade. O Judiciário, portanto, não faz isso. Lembro a todos que a posição que me parece mais sã é de que poder discricionário, a expressão discricionariedade, é incompatível com a função jurisdicional. O juiz só age na perspectiva do que seria em correspondência com a Administração Pública com a noção de poder vinculado e ato vinculado. Essa noção de discricionariedade, tão vinculada nos livros, não é compatível, nem nos casos em que a lei reporta-se à atitude do juiz para completar o texto legal seria caso de discricionariedade. O juiz age como se legislador fosse porque a lei mandou que o fizesse, porque a lei assim estabeleceu.

Por conta disso, e em função do meu tempo também, lembro que nossa Constituição na ordem econômica, conforme um grupo de autores bem lembra, pode ser dividida em dois aspectos: ordem econômica e ordem não econômica. Ela pode ser assim classificada porque se entende que a liberdade naquilo que não é da ordem econômica pode obedecer a um critério unitário, ou seja, temos liberdade de expressão e de manifestação; mas em relação à ordem econômica isso não acontece. A ordem econômica é por natureza sujeita à intervenção e isso nenhum autor sério nega. Normalmente, as decisões que questionam atos do Estado originam-se na idéia de que a liberdade em geral ou a liberdade mais comum estaria sendo violada, mas é da natureza da ordem econômica que ela esteja sujeita a um tipo de restrição, algum tipo de intervenção.

Numa outra perspectiva, a Constituição na sua parte econômica obedece a uma valoração tal que não se pode extrair do texto constitucional uma interpretação única sobre matéria econômica, porque, no embate entre intervencionistas e mais liberais, teríamos, todas as vezes que um partido político viesse a se eleger, alteração na Constituição para a rigidez do texto ser essa ou aquela. Por isso, a Constituição deve comportar as diferentes opiniões, as diferentes técnicas. Isso tudo está no contexto da interpretação que deve o juiz fazer e faz. Afinal de contas, temos a idéia que o ordenamento econômico

segue duas observações, uma de situação e outra de intervenção. Tratamos da questão de intervenção, isto é, a economia sob aspecto intervencionista do Estado e o controle disso. Mas há o ordenamento econômico enquanto situação. O preço, por exemplo – não o preço justo, porque não dá para discuti-lo –, é o preço de equilíbrio, que tem a ver com esse estado situacional do ordenamento econômico. Mas essa situação só é alcançada no momento que o aspecto interventivo ou intervencional do andamento ocorre.

Temos na literatura a distinção de quatro figuras. A primeira é a intervenção regulatória, já aventada e discutida. No Brasil é realmente duvidosa a idéia de regulação. O Desembargador Francisco Queiroz Cavalcanti chamou a atenção para isso, com razão, pois muitas vezes a visão que se tem é de uma mera gestão, não uma regulação. Esse, todavia, não é o ponto de observação principal. O segundo aspecto é o de uma intervenção concorrencial. A concorrência transita em todas as formas de intervenção, não estando, neste aspecto, ao lado da regulação, embora possa, numa outra perspectiva, dizer-se que o Brasil dá mais ênfase à regulação do que à concorrência, se comparado com a Europa. Aqui, porém, a expressão concorrência não é usada no sentido estrito. A expressão intervenção concorrencial é muito mais ampla, ao ponto até de evitar que o Estado monopolize, por exemplo. Temos, então, no ordenamento econômico, sob a ótica da intervenção, a intervenção regulatória, intervenção em sentido objetivo, a qual não devemos confundir com as agências, posto que os estudos em torno destas e de suas verdadeiras funções perdem-se na suas estruturas. A intervenção concorrencial é muito mais ampla que a mera concorrência que estamos discutindo. A terceira é a intervenção monopolística, observada, por exemplo, no caso do Urânio, da exploração do petróleo. Embora a Constituição fale de autorização, parece-me tratar-se de licenciamento, passando pelo campo monopolístico combinado com outros aspectos. Finalmente, a intervenção sancionatória. Prefiro não usar a expressão repressiva, punitiva, para não confundirmos, como vejo ocorrer em palestras e livros, com o aspecto penal, com o qual às vezes se quer dar ênfase na atuação de órgãos como o CADE.

Sanção não deve ser confundida com punição. Insta atentar que aqui estamos falando de um tipo de controle cujo debate todo gira em torno da concorrência e tem como parâmetros livros que, basicamente, só tratam dessa questão sob o paradigma norte-americano, ignorando que o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia alcançaram padrão de intervenção e regulação da concorrência, sem esse rigor que temos no Brasil, a partir de teorias como a da concorrência perfeita, expressão que só é comparável, para nós da área do Direito, àquela de propriedade absoluta, a qual sempre soubemos que

jamais existiu, mesmo em Roma, como se concorrência perfeita fosse algo, senão imaginário, utópico. É a partir dessa figura imaginária que virtualmente operam os conceitos.

Essas discussões de padrões são relevantes porque o CADE é um órgão de excelência, seus integrantes são pessoas respeitáveis, mas lembramos que o CADE tem em sua composição integrantes que têm período de exercício nas suas tarefas e, nos seus períodos, acabam incorporando tendências. Se for feita uma análise, observaremos de uns anos pra cá o CADE tem sido mais sancionatório e menos preventivo. Perceberemos a forma tímida dos anos 90 e a atuante de agora, nos anos 2000. Essa discussão mostra que essas tendências e o decorrente embate teórico travado pelos próprios economistas que se servem das escolas mais conhecidas – no Brasil, as mais citadas são as de Harvard e de Chicago. Embora a literatura seja muito mais ampla, já é possível ter noção do problema dessas tendências. Não estamos pondo em discussão a capacidade do órgão em formular as soluções. Lembro que o CADE obedece a uma situação muito semelhante ao do juiz de instrução francês. O processamento das questões é feito na Secretaria de Direito Econômico, normalmente, cabendo ao CADE o julgamento. Essa distinção dá um caráter ainda mais especial ao órgão, mostrando, acima de tudo, uma pureza nas conclusões e análises do órgão.

Tive acesso a uma pesquisa que começou em 1988 e terminou em 2004 de todas as decisões que envolveram o CADE e se referiam à 1ª Região. Como se sabe, é essa a Região que exerce o controle de fato do órgão, em razão da localização do CADE, como também acontece no Rio de Janeiro com relação ao INPI, ao Tribunal Marítimo, à CVM. O CADE tem seus conflitos, na sua maior parte, resolvidos pela 1ª Região, naquilo que o conflito tenha de fato sua intervenção, o órgão tenha praticado o ato e esse ato seja objeto de controle. A partir dessa pesquisa, examinando as decisões proferidas pelos tribunais, iremos nos deparar com uma distinção clara. Os tribunais têm uma tendência de fazer um controle do que é procedimental no CADE e do que é substancial, com raríssimas exceções. Creio que há duas decisões judiciais mais polêmicas, mas de um modo geral, a quase totalidade das decisões judiciais foram em matéria procedimental. Há uma procedimentalização dos atos do CADE que por expressa previsão legal tem como parâmetro o Código de Processo Civil, o que não me parece ser uma boa solução, pois não sei se o Código de Processo Civil é o melhor parâmetro de trabalho, de atuação. O fato é que as decisões obedecem a critérios formais, ou seja, o juiz no seu controle, como há muita distância desse conteúdo teórico que nós estamos acostumados a ouvir em debates – e por referência usei uma das folhas do livro para ilustrar

– normalmente as decisões se referem a aspectos procedimentais, ou seja, de aplicação de lei. Ninguém duvida, entretanto, que se a tendência tem sido essa, de se observar o critério procedimentalista e não o critério substancial nas decisões, não podemos ignorar o aspecto de que é possível a coincidência entre situações econômicas e situações jurídicas.

Essa possibilidade nas conclusões a que me refiro é o que temos mais encontrado. O CADE busca a melhor solução para o problema, a qual é levada para o Judiciário de outra maneira. Não no sentido de interferir no mérito do que o CADE apresenta, porque ninguém duvidaria da competência do exame técnico do órgão. A discussão parece ser outra. O CADE oferece a melhor lei e lança uma decisão no sentido de ser a melhor decisão. Porém, o juiz ao examinar verifica que a lei aplicada não é a que deveria incidir no caso. A aplicação pelo CADE de uma lei por ser a melhor e conseqüentemente o ato em função disso não quer significar em hipótese alguma que deve ser a lei que deve incidir naquele caso concreto. Nesse particular, ainda que se diga que esteja tratando de questão técnica, de complexidade técnica, o que se esta falando na verdade não é de discricionariedade, mas sim de aplicação de lei, de vinculação e de regra aplicada.

Na literatura clássica penso que ainda seja Carl Smith o mais usado para justificar a natureza de órgãos como o CADE. Ele sustenta que, dentro de uma República democrática, órgãos com poderes neutros devem existir livres das tendências políticas. Esse aspecto de legalidade jurídica daria ao CADE uma legalidade mais ampla, ao lado das duas teorias que explicam a legitimidade desses órgãos que ainda continuam em embates e discussões. A teoria de Max Weber, no sentido de que nesses órgãos vale a burocracia técnica, ou a de Max Lumen, que sustenta que a legitimidade está no proceder. Esse proceder no sentido de que as audiências públicas, também citadas pelo Doutor Cavalcanti, deveriam ser o ponto culminante nestes atos. Isso também é ignorado. Se fizéssemos uma mudança de paradigma e não puséssemos nem a literatura e nem mesmo as instituições norte-americanas, veríamos que há uma tendência no Canadá, na Nova Zelândia e na Austrália, nas suas literaturas, de apresentar o bem-estar como um dos aspectos fundamentais da regulação e não apenas o aspecto econômico. Se formos à Europa, encontraremos em Portugal uma tendência de defesa dos consumidores e observaremos que essas tendências, ao contrário de meramente econômicas, são mais técnicas, também jurídicas e neste sentido basta uma simples comparação de países onde vêm sendo aplicadas.

Entretanto, chamo a atenção para o fato de que o CADE, por outro lado, comporta-se dentro de um parâmetro ou numa perspectiva estritamente de

modelo estrangeiro, como se tivéssemos aqui no Brasil situações de perfeições que os livros pretendem mostrar. No Brasil a concorrência é diferente dos outros países. Concorrência desleal aqui não é só no sentido de alguém abusar do poder que nossa Constituição estabelece. A situação é mais curiosa. Aqui alguém consegue de alguma forma obter, mediante fraudes, eventualmente com crimes, alterações de preços, às vezes, com a concorrência do Judiciário. Sabemos que muitas vezes, por conta de liminares, valores embutidos nos preços acabam ficando reduzidos, o que interfere no mercado. Essa matéria o CADE não aprecia, assim como não aprecia questões que são da realidade brasileira e têm a ver com concorrência, não com a concorrência desleal clássica, mas com uma concorrência desleal anômala, patológica, marginal, que vemos geralmente nas páginas criminais, que insiste em dizer com a concorrência do Judiciário, quebrando pontos de equilíbrio que o CADE deveria tomar em consideração nas suas decisões.

Por outro lado, em outros aspectos essas mesmas supostas vítimas desses tipos de atitudes também usam práticas que são desconsideradas na literatura e decisões judiciais. As grandes empresas de refrigerante, por exemplo, fazem uma distinção sociológica do nosso grupo e do grupo de fora. Nosso grupo é refrigerante, o grupo de fora é tubaína. Essa sacramentalização dos grandes e demonização dos pequenos passa em branco e deveria compor a estrutura concorrencial clássica no Brasil, embora não seja estrutura concorrencial clássica no exterior. Todavia, o nosso paradigma, a literatura citada e conhecida é toda estrangeira, ignora a realidade do país, especialmente a realidade da concorrência que se dá no Brasil. Esses aspectos tratados pelo CADE são pontos tão graves quanto aqueles outros que não são tratados pelo CADE.

Também não me parece razoável considerar que o legislador é ruim, que não foi bem, que usou a expressão autorização ao invés de licença. Isso tudo não me comove por uma única observação: nós não estamos adstritos ao texto. Durante décadas o código brasileiro confundia prescrição com decadência. Hoje, de uma forma mais amena, há uma distinção no Código Civil Brasileiro. Nenhum jurista sério identificava uma coisa com a outra. No código anterior havia expressões que até permaneceram – que parente é afim e ninguém duvida que sogra é sogra e irmã é irmã. Essas distinções, que a lei não fez, continuam viciosamente descrevendo a legislação num circulato como vemos na prática. Afirmar que o artigo não diz isso, a vírgula está depois do artigo, todas essas discussões, a rigor, são contrárias àquilo que há de mais óbvio que é a possibilidade de construção. Alguém duvidaria da tendência econômica que há hoje no exterior, observada, por exemplo, na indústria de aviação? Ontem, lendo uma revista técnica, soube que o governo

russo anunciou que as nove companhias de avião do país vão se juntar numa só. É monopólio isso? Será que esse dado da realidade precisa vir do exterior para fazermos um exame concreto? Será que o juiz não tem capacidade de conhecer ou perceber situações óbvias se for bem explicado? Quantas e quantas vezes, em processos que tive que julgar, perguntava por que isso é assim. Perguntei ao Ministério Público que tinha analisado o caso por que isso era assim. Peguei um carro, fui até lá e observei *in loco* algo que deveria estar na própria resolução que nem tinha essa classificação para examinar um problema sob o argumento de que a natureza era técnica e como era técnica, sequer explicação tinha nos autos, mesmo por aqueles que tinham que defender o órgão. Esse não é um exemplo isolado. Há países onde nenhuma atividade dessa natureza de intervenção na economia, de qualquer espécie, pode afastar-se de algum tipo de motivação. Estamos ainda perdidos em discussões se o Judiciário pode ou não pode adentrar em certos aspectos.

No dia em que a melhor lei aplicável ao caso não for a lei que deve ser aplicada ao caso, o próprio prejudicado – que pode ser o governo, porque as decisões do CADE também vinculam o governo, pelo menos na parte administrativa – ou o Ministério Público poderiam ajuizar uma ação para impedir que a decisão do órgão não pudesse ser aplicada. Curioso observar que em alguns tipos de atividade no Brasil esse tipo de argumentação aparece e em outros não. Em relação ao INPI, normalmente está de um lado o próprio INPI e de outro um particular. Ninguém discute no tribunal discricionariedade técnica, não há um processo. Sempre que há dois particulares e a discussão vem desfavorecer um dos dois, temos a vinda de determinado órgão da discussão sobre a complexidade técnica e da capacidade de sinalizar o problema. Melhor seria dizer ao juiz que a situação é esta por estas razões, que fiz isto por estes motivos, mostrando a situação, coisa que dificilmente acontece. Quem assiste a debates e discussões sabe que, normalmente, quando se apresenta o problema para o juiz o que se vê é a citação de jurisprudências, teses de livros, doutrina afirmada por mera transcrição. Muitas vezes a discussão do caso complexo não é realizada porque a suposta complexidade que impediria o juiz de analisar não está nos autos e se o juiz procurar saber não vai encontrar. Não deve ser assim, não pode ser assim. O controle judicial existe até para dizer que ele não pode existir no caso concreto, até para dizer que não deve o juiz intervir.

A partir da existência de razoabilidade, as discussões mais simples da Economia podem ser levadas para o Direito, com ressalvas, pois a Economia não é fonte formal do Direito, mas as regras jurídicas, os costumes, as práticas o são. Dessa forma, não se pode nem dizer que aquela teoria econômica deve ser observada, uma vez que ela não é fonte formal do Direito. Essa ênfase deve ser

lembrada sempre porque o CADE pratica atos administrativos que são verdadeiras decisões. Se estas estão motivadas por fruto exclusivo de amor a teorias, sem os debates, com o rigor de critérios tão somente acadêmicos, a realidade pode dizer o contrário, isto é, pode não ser aquela que consta na decisão.

Essa tarefa é do juiz, que deve realizar o controle em todos os sentidos, até mesmo nos termos de conduta, não merecendo atenção essa discussão – que acho pouco relevante – para se estabelecer limites sob alegação de que haveria uma transação. Os termos celebrados perante o CADE, como qualquer termo de conduta, não são frutos de atos bilaterais. O ato do particular é unilateral em consonância com outro ato da Administração, e não falo isso sem invocar Paula Batista, que já se expressava nesse sentido desde o século XIX em relação à execução e às formas de alienação na execução. Foi copiado pelos estrangeiros e pouco lembrado no Brasil. Com isso, é possível que esse controle se faça até mesmo em termos preventivos ou repressivos. Esses dois casos, mesmo com o termo assinado e a situação definida, podem sim ser objeto de controle, às vezes nem de controle judicial, caso tenha um erro material.

Portanto, não acredito na argumentação formal prévia de que seria suficiente apenas o argumento da complexidade técnica para impedir. Quando vejo uma petição, advogados evocando termos em inglês, penso que se fosse advogado jamais usaria uma teoria econômica em inglês. Adaptaria como fizeram na regulação, tentaria construir um aspecto jurídico naquele problema e daria, como sempre foi feito, contornos particulares, porque enriquecimento sem causa surgiu quando o Código Civil não existia no Brasil. Hoje o novo Código Civil o prevê, após ter sido uma construção jurisprudencial, provocada, por sua vez, por algum advogado que postulou isso um dia. Não adianta ficar dizendo que a justiça não pode apreciar este aspecto, porque ela continuará apreciando, posto que as pessoas têm consciência e não vão dormir achando que poderia ser isso ou aquilo ou porque a situação poderia ser essa ou aquela. Ora, senão for assim, pra que ser juiz?

Obrigado!

JOSÉ HENRIQUE GUARACY REBÊLO

Juiz Federal e Diretor da AJUFE

Muito bem! Vamos ouvir agora a manifestação do Professor Carlos Ari Sundfeld.

CARLOS ARI SUNDFELD*Professor de Direito Administrativo da PUC/SP*

Boa tarde a todos! Começo agradecendo a oportunidade que me deram de participar deste evento, desta mesa brilhante, compartilhando para o debate deste tema, com companheiros de mesa que são evidentemente especialistas em relação a ele, por conta de praticarem diariamente o juízo a respeito desta matéria, isto é, saber até onde vai o controle judicial dos atos administrativos. Quero dizer que me sinto numa situação um pouco delicada porque a pergunta-tema embute uma armadilha. A pergunta é se há discricionariedade técnica nas decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O que se pretende obter ao final é uma resposta sobre a possibilidade do Judiciário intervir ou não. Se eu dissesse que o Judiciário deve intervir profundamente agradaria grande parte dos que estão aqui, os próprios juízes e os advogados naquelas situações em que achem importante poder interferir. O problema é que, além deles, também as autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência estão aqui. Assim, se eu responder o contrário também me verei numa situação difícil. Então vou me recusar a responder essa pergunta. É o mínimo de prudência que minha mãe recomendaria numa situação tão difícil, usando também um pouco do estilo dos professores universitários, que se socorrem dizendo “veja, a questão não é exatamente essa, é outra” e vão escorregando! Todavia, essa não é uma atitude apenas malandra. Creio que seja decorrência de um enfoque, de um ponto de vista a respeito do problema do controle dos atos administrativos do Poder Judiciário. É isso que está em pauta, saber quanto de controle judicial deve existir sobre os atos administrativos. É uma questão clássica, portanto, teórica do Direito Administrativo, parte da relação entre Administração Pública e Poder Judiciário. Extrapola em muito o problema das relações entre Poder Judiciário e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo mesmo um tema muito mais abrangente do que isso. No entanto, ele importa e hoje importa muito ao do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Portanto, é importante olhar especificamente para ele e por esta razão estamos num evento sobre isso. A mim parece que a discussão sobre o quanto de controle judicial deve haver nos casos concretos não deve se fazer em conceitos abstratos ou idéias políticas ou teórico-jurídicas muito gerais ou abstratas, mas sim a partir de coisas muito mais simplórias que vou tentar demonstrar nessa conversa com vocês.

Primeira coisa que me parece importante dizer, para que minha opinião fique clara, é que a discussão sobre a possibilidade do Judiciário controlar

ou não, no caso concreto, o ato da Administração nada tem a ver com uma discussão sobre o princípio da separação de poderes. Digo isso porque, classicamente, a discussão se faz pela ótica do princípio da separação de poderes, isto é, procura-se discutir se existe uma função judicial diferente da função administrativa, tratando-se então de definir qual é o conteúdo de cada uma para depois tentar encontrar o limite, os pontos de intersecção entre a função administrativa e a função judicial. Esse é um esforço para a Administração Pública em geral que não faz sentido, até porque o princípio da separação de poderes tem pouco a ver com a Administração Pública tal qual se firmou a partir do modelo francês do século XIX. Quando se formulou a teoria da separação de poderes, pensava-se, quando se falava em Poder Executivo, em algo muito diferente do que veio a ser a Administração Pública já a partir do século XIX, o que dizer também da Administração Pública do século XX e do século XXI mais ainda. A existência de uma Administração Pública com as características que veio a ter no decorrer desses dois séculos é quase um acidente no projeto, que tem por inspiração a idéia de separação de poderes. Portanto, a tentativa para achar a resposta para o quanto de controle judicial não deve ser feita a partir de um debate mais teórico sobre o princípio da separação de poderes. A questão é outra ou as questões são outras.

Segunda coisa que creio seja importante dizer é que não tenho para os senhores algo para substituir esse critério do princípio da separação de poderes para se fazer a distinção entre atos controláveis ou juízos controláveis e não controláveis. Não há uma fórmula geral a ser aplicada a todas as situações envolvendo Administração Pública que possa dar como resultado a resposta a essa pergunta para o juiz, se deve ou não controlar. Não há uma fórmula geral para toda Administração Pública, não havendo também uma fórmula geral para todo o Direito Público, Direito Administrativo. A Administração Pública é um complexo de atividades e de órgãos que não pode ser reduzido a uma unidade, isto é, há uma distinção profunda entre os órgãos administrativos concretamente existentes em cada esfera da federação no caso brasileiro. Há uma diferença profunda nos modos como estes órgãos são organizados quanto à função que cumprem, quanto aos perigos com que lidam, quer dizer, o perigo com que lida o Banco Central numa intervenção para evitar uma quebra bancária é completamente diferente dos perigos com que lida a administração alfandegária numa outra situação. São situações muito distintas e, portanto, o comportamento do controlador há de ser distinto em cada uma delas. Essa é a primeira afirmação peremptória que gostaria de fazer e que me parece muito importante. É preciso ter critérios diferentes diante de administrações diferentes. Não há uma administração pública, mas

milhares de administrações públicas e o quanto de controle judicial aplicável tem que ser discutido em face de cada uma dessas administrações públicas. Não é sem razão que o debate feito neste seminário é entre o Judiciário e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e não a Administração Pública em geral, pela constatação de que há peculiaridades e problemas específicos que precisam ser considerados quando queremos fixar pautas para decidir o quanto, como e quando intervir.

A terceira coisa que eu gostaria de dizer é apontar quais devem ser, a meu ver, os critérios, os parâmetros que se há de levar em conta para determinar uma intervenção judicial mais profunda ou menos profunda. Primeiro critério que acho essencial um juiz avaliar é aquilo que chamo de grau de envolvimento ou organização setorial. Sabemos muito bem que há setores dentro da Administração Pública que estão muito bem consolidados com uma tradição enorme de atuação, isto é, com uma jurisprudência, digamos assim, administrativa muito bem organizada a respeito da qual há um conhecimento, científico inclusive, bem trabalhado e bem consolidado.

Um setor em que a Administração Pública dialoga com este conhecimento científico com absoluta naturalidade, atuando dentro dele é, portanto, um setor organizado. Estou chamando de setor aqui um conjunto de elementos, inclusive imateriais. Sem dúvida nenhuma, deve-se alguma deferência a essa consolidação, porque se intervenção judicial pode haver para mudar inclusive essa organização, há de se considerar que o Judiciário tem compromissos com a estabilidade da ordem jurídica e esse é um elemento que deve ser levado em conta. De modo que, à medida que se consolida, que se organiza um setor por um critério inclusive que o Judiciário não se conforma, talvez não seja o Poder Judiciário exatamente o foro adequado para discutir a questão, mas sim o Poder Legislativo. Contudo, quando se trata de organizar um setor que começa a caminhar, a intervenção mais profunda do Poder Judiciário é absolutamente natural, porque ele concorre para criar a cultura de desenvolvimento do setor. Não quero tomar exemplos muito complicados, mas eu diria que a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal vem produzindo a respeito de CPIs mostra o que quero dizer. Não há setor mais desorganizado, mais confuso, mais mal pensado no Brasil do que o papel das CPIs, o modo como devem funcionar e por aí vai. Portanto, neste momento, a atuação do Poder Judiciário é fundamental, porque ele está concorrendo para produzir uma cultura, um conhecimento, uma estratificação de regras. É natural que o Poder Judiciário vá profundamente em questões que, numa situação oposta, quero dizer, se tivesse trabalhando num setor em que há fortes convenções, alto grau de organização, não faria sentido o Poder Judiciário intervir tão

profundamente. Esta me parece ser uma primeira questão a considerar, o que mostra que em relação a um setor pode haver graus, profundidades de intervenção judicial diferentes, dependendo do estágio de organização do setor.

Segundo critério que a mim parece fundamental para um juiz decidir o quanto ele intervém é o grau de respeito que merece o órgão administrativo. Ora, não é a mesma coisa examinar os atos de um tiranete de fronteira e organizar os atos de uma agência reguladora com quarenta anos de funcionamento como o Banco Central do Brasil. São duas coisas completamente diferentes. O grau de respeito que merece uma instituição tal ou um determinado agente é muito diferente e isso tem necessariamente que pesar na decisão do juiz quanto a uma interferência mais ou menos ativa, mais ou menos profunda. É mais ou menos como nós professores fazemos quando corrigimos nossas provas: olhamos os nomes dos alunos e muitas vezes não precisamos nem corrigir a prova. Os alunos freqüentemente reclamam disso, que nós perseguimos, que batemos um carimbo da primeira vez e dali pra frente vai até a morte o sujeito sendo avaliado da mesma forma. Por que? Estamos, no fundo, aplicando este princípio. O grau de respeito que merece o aluno é fundamental para saber o quanto de esforço vamos gastar para saber se o aluno errou ou acertou. Evidentemente, para discutir o grau de intervenção judicial nas decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência creio que é fundamental discutir qual é o respeito que merece essa estrutura tendo em vista sua organização completa. Não estou me referindo exatamente às pessoas ou à honorabilidade delas. Esse é um elemento importante, que revela como o Sistema está funcionando no curso do tempo, quais são os problemas institucionais existentes, onde estão as principais falhas e por aí vai.

O terceiro critério que me parece muito importante pra determinar o quanto o juiz intervém, o quão profundamente ele deve reexaminar um ato da Administração, é uma consideração a respeito da sua própria condição. A pergunta que o juiz tem que fazer é: estarei eu em condições melhores ou piores para analisar esta situação de modo mais adequado? Creio que é uma pergunta absolutamente fundamental. O juiz deve se colocar porque as questões que são levadas ao Poder Judiciário não são triviais. São questões que eventualmente parecem triviais, mas que estão envolvidas com complexos de políticas estatais, com sistemas extremamente complicados ou com situações de fatos que foram consideradas em toda a sua complexidade e que eventualmente podem, para ele juiz que vai fazer uma intervenção pontual, ser difíceis de constituir. O juiz é, por excelência, um naturalista e aí está o valor da sua intervenção. O juiz nem é agência disso ou daquilo nem tão pouco órgão do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Não faz evidente-

mente sentido imaginar que o Poder Judiciário estará em todas as situações em condições melhores para decidir do que a Administração Pública. Pode ou não estar, depende da questão. Critérios como esse devem ser considerados pelo juiz para que ele decida se terá ou não em cada momento processual alguma deferência – para usar uma expressão norte-americana traduzida para o português – para com as deliberações administrativas.

Portanto, proponho questões e critérios muito mais práticos. Não são exatamente grandes princípios institucionais, mas são fatores a informar a decisão do juiz interferir mais profundamente ou menos profundamente. As decisões que são tomadas por grande parte da Administração Pública, mesmo pelos seus órgãos técnicos, poderiam ser tomadas pelo Poder Judiciário também. O Sistema de Defesa da Concorrência poderia ser judicial. Mesmo a regulação em algum setor poderia ser feita judicialmente, a atividade do INPI poderia ser feita por um órgão judicial. Não haveria nenhum risco para um conceito abstrato de separação de poderes nisto. Portanto, seria absolutamente natural se o Poder Legislativo ou o constituinte tivesse criado uma solução judicial para isso. O problema não é exatamente saber do equilíbrio dos poderes, mas discutir se o Poder Judiciário está em melhores ou piores condições para analisar a situação, considerando evidentemente que estas situações envolvem o Direito. Todas as decisões administrativas, sejam elas quais forem, envolvem o Direito. Não há decisão estatal que não envolva o Direito. Logo, a questão é saber em cada uma delas se a complexidade envolvida, o órgão envolvido e o setor envolvido justificam, exigem, demandam uma intervenção quase substitutiva do Poder Judiciário ou se exige que o Judiciário se coloque numa posição de controle mais externo, o que significa dizer numa posição de controle dos desvios. Controlar desvios não é substituir. Em muitas situações, a pretexto de solicitar do Judiciário a coibição do desvio, o que se pede de verdade ao juiz é que ele refaça o caminho da Administração Pública. Algumas vezes o Judiciário aceitará fazê-lo por dar àquelas perguntas que fiz quanto ao grau de desenvolvimento institucional, de respeito que merece o órgão, etc., uma resposta que se o Judiciário não intervir haverá uma grave omissão, uma grave lacuna. Mas há situações opostas.

Digo uma palavra sobre o conceito de discricionariedade técnica. Não sei o que é isso, sinceramente. Esse conceito pode estar ligado a duas dicotomias diferentes. A primeira é a distinção entre senso comum e conhecimento técnico ou conhecimento científico. A partir dessa se afirmará que se uma determinada questão for levada a juízo e, para ser decidida, envolver considerações de senso comum não há a menor dúvida de que o juiz pode fazer da mesmíssima forma que qualquer outra pessoa, pois ele está nas mesmas

condições de fazer considerações sobre senso comum como qualquer outra pessoa. Todos sabemos que a aplicação do Direito muitas vezes envolve considerações de senso comum. Os exemplos tirados do Código Civil são muito importantes e demonstram muito o que quero dizer sobre senso comum. Há uma série de expressões que remetem a análises de senso comum. Portanto, não faz sentido dizer que o juiz não estaria em condições de realizar essa análise que qualquer órgão administrativo faria. Já em relação às questões judiciais que envolvem conhecimentos científicos que não são os da ciência do Direito, o Judiciário talvez possa estar numa dada situação em pior condição do que o órgão específico para fazer uma avaliação. Isso não quer dizer que o juiz vai fazer uma análise à distância, pois há outros critérios como o grau de respeito que merece o órgão da Administração. A questão pode ser muito técnica e científica, mas o órgão administrativo pode não funcionar. Portanto, ainda que juiz diga que ele não seja o melhor órgão para decidir, embora nem seja pessoalmente formado naquele conhecimento, ou que o processo judicial não foi inventado para permitir elaboração sobre tal conhecimento, ele dirá que a intervenção é necessária por outras razões, como, por exemplo, porque o órgão é corrupto. Então terei que fazer todo o caminho porque tenho que partir de uma presunção e legitimidade dos atos.

Ante uma discricionariedade técnica tomada a partir dessa dicotomia senso comum *versus* conhecimento científico ou técnico, parece-me que o juiz normalmente estará em piores condições de fazer o juízo técnico do que o órgão administrativo bem organizado. Não há como negar isso, o que, aliás, deve ser um elemento que o juiz prudente levará em consideração para saber se refaz tudo.

Insta lembrar que o processo judicial, por mais que tenha uma fase probatória que inclusive envolve perícia, não é substituto de procedimentos administrativos que procuram conjugar análises técnicas ou conhecimento de diferentes áreas. O CADE é um exemplo do que estou mencionando. As próprias autoridades administrativas já são escolhidas de modo que haja esta relação entre Direito e conhecimento técnico ou econômico, de uma maneira extremamente sofisticada e uma perícia judicial não é capaz de substituir isso. Não estou defendendo que não possa haver em processo judicial – seria ilegítimo haver eventualmente em processo judicial perícia para servir de elemento de auxílio ao juiz para saber se há desvio ou abuso na formação da decisão do órgão –, mas significa simplesmente que não faz sentido tender para a lógica da substituição, porque o processo judicial não consegue substituir as características dos órgãos administrativos.

Há outra dicotomia da qual podemos tentar extrair o sentido para essa expressão discricionariedade técnica, qual seja, a oposição entre questão jurídica e questão técnica. Essa é uma posição freqüentemente utilizada. Se for uma questão jurídica, se envolver apenas questões de normas é um problema judicial. Se a questão for técnica, isto não é um problema jurídico e, portanto, não haverá análise judicial. Essa dicotomia é muito difícil de se utilizar porque o Direito incorpora os conceitos técnicos e a aplicação do Direito exigirá uma deliberação quanto ao sentido do conceito técnico. A utilização da expressão ‘mercado relevante’, por exemplo, foi feita por uma norma jurídica, que a transformou numa questão jurídica, para cuja compreensão e para se deliberar é necessário fazer juízos técnicos. Mas nem por isso o juízo técnico não será jurídico. Temos que fazer o juízo técnico para poder aplicar ou não aplicar o Direito. Portanto, se eu usar a expressão discricionariedade técnica ligada a essa segunda dicotomia direi que a discricionariedade técnica não é um limite à intervenção judicial, porque saber se ocorre ou não um dado conceito que está previsto na lei, ainda que seja uma questão técnica, é também uma questão jurídica.

Vou terminar dizendo frases que gosto de dizer aos meus alunos e sintetiza um pouco o problema. É quase uma série de recomendações que faria a mim mesmo, se juiz fosse, para saber quando intervir ou não, que é um pouco a síntese do que falei.

Mas antes gostaria de fazer uma última observação geral. Grande parte da preocupação que possa existir quanto à intervenção judicial relativamente aos atos administrativos hoje em dia não está ligada a um problema da profundidade da análise judicial sob atos administrativos, mas está sim nas falhas da jurisdição, isto é, nos problemas que a jurisdição hoje tem para poder decidir de maneira adequada. Em síntese, problemas existem na Administração mas também existem no Poder Judiciário. Alguns dos graves problemas estão ligados à tutela de urgência, à insuficiente motivação da tutela de urgência, à tomada de decisões sem contraditório adequado. Situações desse tipo preocupam os órgãos administrativos quando eles vêem seus atos suspensos sem motivação adequada ou sem se tomar os cuidados básicos de procedimento. Essa é uma dificuldade com que o Judiciário se defronta, porque há também uma sobrecarga judicial, uma expectativa em relação à atuação pronta do Judiciário, uma consciência do juiz de que se ele não dá tutela de urgência a demora judicial pode tornar sem sentido sua intervenção. Enfim, há problemas no funcionamento do Poder Judiciário muito importantes, que podem levar a falhas judiciais graves. Grande parte das preocupações dos órgãos administrativos – aqui não me refiro especificamente ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pois esse debate, como disse, é mais amplo – está

ligada a falhas na jurisdição, não exatamente ao excesso de interferência e intervenção, ou uma intervenção em situações que se consideraria melhor não intervir, mas a intervenção feita sem observância das regras típicas, clássicas do Direito Processual Constitucional, sobretudo.

Para resumir e terminar no tempo razoável, o que eu recomendaria a um aluno se fosse algum dia juiz e ele me perguntasse que conselhos eu daria como professor de Direito Administrativo – é antipaticíssimo ficar dando recomendações, coisa ridícula, mas de qualquer modo vou fazer – a primeira coisa que eu diria é que não faz sentido, na maior parte dos casos ou como princípio, o juiz se pôr a substituir os juízos técnicos da Administração. No caso do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, temos um sistema bem organizado, cujas características conhecemos e podemos perceber os riscos que existem na substituição pura e simples. A primeira – falo em substituição pura e simples – é se colocar o juiz, diante de um pedido concreto, na tendência de quase que afastar a recomendação feita para recomeçar todo o processo lógico, para verificar ao final se os resultados batem ou não. A meu ver, isso não faz sentido porque o Judiciário estará, via de regra, em condições para fazer o juízo técnico original.

A segunda recomendação – e aí é para agradar a outra parte do público – é que o juiz deve sancionar sim e com profundidade os desvios na formação dos juízos técnicos e, portanto, cabe ao Judiciário fixar os limites dos juízos técnicos. Essas questões não são triviais. Em verdade, exigirão uma nova análise com algum grau de profundidade daquilo que foi feito. Contudo, a questão aqui é de perspectiva, não é um jogo de palavras. A questão é de controlar os desvios e não de substituir. Digo isso lembrando da questão razoabilidade, que está sendo usada indistintamente no Brasil, sem preocupação com os riscos. Tenho visto em muitas decisões judiciais sobre controle da Administração usar-se a cláusula da razoabilidade para o juiz refazer completamente o juízo, muitas vezes sem critério nenhum, só pela substituição do juízo técnico pelo senso comum. Esse é um risco ponderável, mas é também um desastre completo um Poder Judiciário que se recusa a fixar os limites da avaliação de juízos técnicos pela Administração Pública, uma vez que transfere um poder quase arbitrário, inclusive para os produtores de conhecimento científico. Há evidentemente uma dificuldade em saber em que situação estamos: estamos tendendo a substituir ou verificando a existência de desvios? É muito difícil, na prática, fazer essa distinção. Creio que ter esta orientação de que não se deve substituir, mas sim controlar os desvios no processo de formação é uma grande contribuição para se ter uma pauta adequada de orientação para saber quando intervir mais ou menos.

Muito obrigado!

JOSÉ HENRIQUE GUARACY REBÊLO

Juiz Federal e Diretor da AJUFE

Nosso cumprimento ao Professor Carlos Ari Sundfeld pelas suas considerações! Antes de verificar no relógio se é possível abrir para a plateia, em razão do adiantado da hora quero esclarecer que temos embargos declaratórios na mesa e vamos começar *interna corporis*! O autor desses embargos declaratórios é o primeiro palestrante da tarde, o Desembargador Francisco Cavalcanti.

DEBATES

FRANCISCO QUEIROZ CAVALCANTI

Desembargador Federal Presidente do TRF da 5ª Região

Ouvi com muita atenção a exposição do Professor Carlos Ari Sundfeld e também a do meu colega André e apenas gostaria de fazer algumas considerações, não rebatendo a última exposição. Tive a oportunidade de fazer um estágio na *High Court* de Londres e lá, tal como aqui no nosso país periférico, as ações das agências reguladoras estavam sujeitas a controle judicial. Mesmo os juízes não sendo especialistas, mas sim sendo juízes generalistas, a grande preocupação que se pode ter quando se tem algo sem controle é o que tivemos há alguns anos no Brasil. Talvez tenhamos tido, no regime anterior a 1988, um período de uma tecnocracia de alta qualidade, mas toda tecnocracia sem controle leva a desmandos, abusos e capturas. No caso americano, antes de vir pra cá peguei o *Federal Trade Commission Act* que disciplina a *Federal Trade Commission* americana e lá, tanto quanto cá, as decisões e as normas da *Federal Trade Commission*, apesar dela ser extremamente especializada, estão sujeitas à Corte de Apelação do Distrito de Columbia, composta por juízes generalistas. O controle judicial, assim, não se faz como um controle de peritos, mas como um controle de descompromissados, que nem são os técnicos tentando demonstrar a razão do seu decidir e que nem sempre é uma decisão monolítica. Por exemplo, no caso da decisão, que ainda está em juízo, do reajuste de energia da CELPE a decisão foi por maioria e um dos votos vencidos tinha mais de setenta

laudas. Ele era pior que o outro? Conversando com um ilustre professor de Matemática da UFMG, ele dizia que só existe matemática certa enquanto teórica, porque quanto à matemática aplicada inúmeros componentes circunstanciais vão interferir. Imaginar que a atuação de um órgão é técnica, especializada e que o juiz só vai interferir nos aspectos procedimentais é uma visão otimista, eu diria – não estou dizendo que o Professor é otimista demais. Digo sempre aos meus alunos que não sejam aquele pessimista, como o poeta alemão que se suicidou, mas também não sejam tão otimistas, porque na verdade o Judiciário não existe nem para um nem para o outro. Existe num mundo de homens, de entes reguladores compostos por pessoas corretas e incorretas, pessoas capazes de serem seduzidas por interesses econômicos enormes, tais como os interesses decididos no âmbito das reguladoras, que têm 5/6 (cinco sextos) das pessoas decidindo reajuste de tarifas, condições, mudanças de critérios que repercutem em todos nós, sem a presença relevante e legitimadora do usuário.

Tive a oportunidade de ser relator de um processo em que o Presidente anterior havia nomeado como representante dos usuários de telefonia no Conselho da ANATEL o dirigente de uma empresa de telecomunicações e a ANATEL se defendeu dizendo que havia sido publicado na última página do terceiro caderno do Diário Oficial da União um aviso – com, na verdade, dimensão bem reduzida – para associações de usuários se apresentarem e, como ninguém se apresentou, tinha sido nomeado o dirigente que, além de usuário do sistema de telefonia, mais do que ninguém conhecia o serviço. É nos chamar de idiota. Essa é uma realidade. Não podemos pensar que estamos em outro mundo. Se na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde ocorrem menos problemas que aqui, há a necessidade de um profundo controle judicial aqui também há. Há excessos, corrupção e mazelas no Judiciário? Há. Somos recrutados no mesmo barro onde são recrutados os reguladores, advogados e parlamentares. Mas essa sucessão de controle recíproco é que torna a sociedade melhor.

Imaginar que sobre questões técnicas específicas o Judiciário não possa se apresentar me preocupa. Se assim entender, eu não poderia controlar uma suspensão de benefício previdenciário do INSS, nomeando um perito judicial, porque aquele que teve o acompanhamento durante todo o período de perícia e exames da pessoa teria muito mais condições. Mas tivemos casos em que a Previdência Social determinava cortes em benefícios para que se a pessoa reclamasse pudesse ser restabelecido. Existe algo tão triste, como dizia Hamlet, como a traição do tio e da mãe? Existem muito

mais coisas entre o céu e a terra do que nós juristas acreditamos. É só o que eu queria acrescentar.

ANDRÉ FONTES

Desembargador Federal do TRF da 2ª Região

Um Judiciário independente e imparcial com certeza é uma das causas de atração de empresas do mundo inteiro para nosso país como investidoras. Se não tivesse essa possibilidade de controle não teríamos situações como o noticiário mostra com certa frequência. Gostaria de fazer uma pergunta ao Professor Sundfeld. A base da argumentação é de que haveria na estruturação dos três poderes e das funções preponderantes uma espécie de limite ou balizamento – pelo menos isso foi dito inicialmente e depois foi mencionada a questão dos limites da discricionariedade. Então lembro – e pergunto ao mesmo tempo – que as instituições de regulação da Administração que poderiam de fato estar atuando sob o manto da discricionariedade técnica operam simultaneamente com as funções do Estado, editam normas jurídicas, praticam atos administrativos, aplicam sanções que poderiam ser, por equivalência, *mutatis mutandis*, nos poderes correspondentes ao Poder Judiciário. Acontece que temos três poderes, três funções preponderantes, distintas e isso é empecilho. Como explicar que numa instituição de regulação se concentra os três e ainda com um dado de curiosidade, pois o mesmo advogado que atua no Judiciário atua no CADE. O mesmo raciocínio que o estudante de Economia poderia aprender, não entendo por que um estudante de Direito não poderia. Não sei qual seria o limite técnico, preciso ter um exemplo prático de que tal caso seja de impossível compreensão. Como explicar que um advogado, o senhor por exemplo, possa ter capacidade de compreender e discutir algo no CADE, o mesmo advogado atuar no Judiciário e esse mesmo profissional fosse eventualmente admitido como magistrado, teria ele as dificuldades tradicionais por que no Judiciário haveria dificuldades intrínsecas, ou uma incapacidade intrínseca de qualquer espécie de conhecimento? E aquela figura da regra de experiência, princípio do *peritus peritorum*, o que fazer com tudo isso?

JOSÉ HENRIQUE GUARACY REBÊLO

Juiz Federal e Diretor da AJUFE

Com a palavra o voto vencido!

CARLOS ARI SUNDFELD

Professor de Direito Administrativo da PUC/SP

Bom, quero prestar dois esclarecimentos, pois com certeza não fui bem entendido. O primeiro é que o problema não está na separação de poderes. Procurei, Desembargador, estabelecer isso como pressuposto de toda a minha fala. O segundo é que quando digo que é fundamental que o juiz considere se está em melhor condição ou não para decidir, não estou falando em conhecimento pessoal, em qualidades morais ou intelectuais pessoais, até porque, em geral, a decisão de órgãos judiciais e não judiciais não só depende de qualidades morais e pessoais, mas de organização institucional.

Tipos diferentes de organização institucional geram decisões diferentes. É essa a questão. O sentido disso, como expus na minha conclusão, é que é preciso que o Judiciário controle sim os juízos técnicos, mas para controlar os desvios na formação desses juízos.

E o terceiro esclarecimento, Desembargador Cavalcanti, não significa controlar apenas o processo administrativo e vícios processuais, mas também desvios na formação do juízo. Claro que há problemas processuais adjetivos, porém também há os substantivos. Para dar um exemplo, começa a consolidar-se uma jurisprudência administrativa no CADE, levada ao advogado por meio de questionamentos ao Poder Judiciário com a acusação de que se está extrapolando o limite do razoável na interpretação. Tendo em vista o princípio da liberdade de iniciativa, é razoável que ao Poder Judiciário caiba construir uma jurisprudência sobre sentido da liberdade de iniciativa. Essa é uma questão jurídica. O que a meu ver não é possível ou não faz sentido é que o Poder Judiciário se substitua e, como ressaltai, é difícil identificarmos concretamente se o juiz está se substituindo ao administrador para refazer todo o processo, simplesmente porque não confia no juízo da deliberação em razão de alguém lhe ter dito que essa deliberação é viciada. É diferente, portanto, alguém se dispor naturalmente a fazer isso e alguém pedir a demonstração específica e clara de quais são os desvios no processo, qual é a questão específica que está sendo colocada em pauta. Está aqui em jogo uma distinção sutil, mas importante, até porque serve como elemento para conter as expectativas das pessoas em relação ao Poder Judiciário. Evidentemente as pessoas têm interesse quando perdem a possibilidade de transformar o Poder Judiciário em órgão administrativo de revisão, o que, a meu ver, não é possível, não por conta do princípio da separação de poderes, mas porque não faz sentido que o Poder Judiciário assuma essa função. Há situações

em que procurei destacar isso tendo em vista a baixíssima confiança que mereça o órgão administrativo, caso em que o juiz deverá mesmo substituir-se à Administração Pública. Contudo, ressalto que tem a ver com situações particulares que eu não diria existir no caso concreto em relação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

JOSÉ HENRIQUE GUARACY REBÊLO

Juiz Federal e Diretor da AJUFE

Bem, senhoras e senhores, como eu disse no início desse painel o tema que seria abordado era desafiante, instigante e nós ouvimos opiniões bastante profundas, todas respeitáveis e consideráveis a respeito desse tema. Em razão do adiantado da hora não haverá possibilidade de debates com a platéia. Antes de encerrar, agradeço a todos, informo um recesso de quinze minutos para *coffee break* e peço aos congressistas que se inscrevam para os grupos de trabalho amanhã.

Muito obrigado pela atenção! Boa tarde!