

1. A REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS: JURISDIÇÃO EXCLUSIVA?

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

1. INTRODUÇÃO

“Jurisdição exclusiva?” — a pergunta no título possui duplo significado: um descritivo e o outro normativo.

Em um recente estudo patrocinado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um grupo de pesquisadores avaliou a eficiência e a certeza jurídica fornecidas pela revisão judicial da atividade de agências regulatórias (aqui denominado “o estudo do CNJ”),¹ e descobriu que o Judiciário brasileiro confirma a maioria dos atos questionados. Mais de 80% dos votos de tribunais superiores, decididos com bases substantivas, foram favoráveis às agências. A esse dado estatístico, podemos adicionar uma consideração qualitativa sobre essas decisões, especialmente nos tribunais superiores, que frequentemente enfatizam a “complexidade” ou o “caráter estritamente técnico” dos entes públicos autônomos. Isto é, o Judiciário demonstra uma grande deferência e hesitação em supervisionar o aspecto material das decisões das agências regulatórias. Em face dessa realidade, junto com a resistência dos juízes em reavaliar o mérito de políticas públicas, foi sugerido que as agências regulatórias independentes, em sua função adjudicativa, atuem, realmente, como um sistema de justiça paralelo. Isso pode ser, de fato, incongruente com a cláusula de jurisdição unificada da Constituição Federal de 1988 (art. 5, inciso XXXV), que determina que o Judiciário brasileiro é o único e supremo mecanismo de resolução de disputas no país. Isto é o significado descritivo.

Independentemente de obter decisões favoráveis no final, as agências regulatórias — e as empresas — estão sujeitas a um litígio doloroso e cansativo. Em média, as ações judiciais que foram finalizadas tiveram um tempo de processamento médio de 36 meses. Em contraste, há um prazo estimado de processamento de 50 meses para ações judiciais ainda pendentes de decisão.

Enquanto uma ação judicial está em curso, as decisões administrativas vacilam entre ter seus efeitos suspensos (geralmente através de liminares) e serem restabelecidas em diversos graus recursais. Aqui, o aspecto normativo da questão entra em cena: num cenário onde o Judiciário fornece insegurança e incerteza para depois confirmar, na grande maioria dos questionamentos judiciais, as decisões das agências, deveria haver uma jurisdição administrativa paralela para lidar com essas disputas em um foro célere e especializado, substituindo o Judiciário?

2. A REVISÃO JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS: DADOS QUANTITATIVOS

O estudo do CNJ compreendeu, aproximadamente, 1.371 ações judiciais questionando decisões de agências regulatórias,² concentradas em varas de primeira instância e instâncias recursais, entre 1994 e 2010. Com base nesses dados quantitativos, dois conjuntos de indicadores foram considerados: um focado em medir o tempo do processo (somente casos com decisões finais foram incluídos aqui, para os quais a duração da ação judicial é conhecida) e outro focado na incerteza jurídica da revisão judicial das decisões das agências regulatórias (que inclui os casos com decisões finais e os casos sem decisões finais).

Medir a duração dos casos é difícil devido à pequena proporção de casos com decisão final, o que,³ conforme ilustrado na tabela abaixo, é uma questão para todas as agências.

Tabela 1 - Proporção de casos com decisão final, por agência⁴

ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANP	ANS	ANTAQ	ANTT	ANVISA	CADE	CVM
32,3%	10,8%	44,4%	34,3%	5,5%	6,5%	37,8%	9,3%	22,4%	15,6%	13,6%

Esses números podem mudar uma vez que um volume maior de casos chegue a uma decisão final, mas, durante o período de tempo analisado pelo estudo do CNJ, as ações judiciais com uma decisão final levavam uma média de três anos (36 meses) de tempo total de processamento.⁵ Quando consideramos somente os casos nos quais há uma decisão de mérito (diferentemente

de uma decisão baseada em questões processuais), parece que o tempo de processamento é significativamente maior: por volta de cinco anos (58 meses). O tempo é aumentado para quase seis anos (69 meses) em casos onde o Judiciário não confirmou a decisão administrativa (onde a decisão foi anulada ou parcialmente modificada).

Ao estimarmos o tempo mínimo de processamento, consideramos a hipótese extrema de que todos os casos em curso foram instantaneamente concluídos no momento do estudo. Se isso acontecesse, o tempo de processamento teria excedido quatro anos (50 meses). Essa estimativa indica que *o tempo médio de processamento para os casos ainda pendentes é maior do que para aqueles que já chegaram a sua decisão final*. Isso é verdadeiro para todas as agências, com a exceção da ANS. Esse aumento *indica que os casos já concluídos tendem a ser os mais simples*, que demandam menos tempo para a análise.

A hipótese de que a complexidade do caso tem relação direta com o tempo de processamento parecer ser confirmada pela grande variação no montante total de tempo, dependendo da decisão final do caso. Naqueles casos onde a justiça anula ou altera a decisão administrativa, a ação judicial leva mais tempo: 78 meses (117% acima da média) e 60 meses (67% acima da média), respectivamente. Em outras palavras, em casos onde houve uma intervenção judicial substantiva, o tempo de processamento foi de aproximadamente 69 meses (5,7 anos), 90% maior que a média geral.

Adicionalmente à medição do tempo de processamento, o estudo também analisou o resultado da ação judicial. Aqui, há um número alto de decisões finais favoráveis às agências (isso inclui todos os casos nos quais a justiça não anulou, reverteu ou modicou a decisão da agência). Nos casos onde a decisão final do Judiciário foi no mérito, a porcentagem de decisões favoráveis às agências (que são geralmente proferidas pelos tribunais superiores) é bem maior do que nas decisões da justiça de primeira instância. Contudo, esses resultados variam, significativamente, de agência para agência, conforme mostra a tabela abaixo.

Tabela 2 - Proporção de decisões finais favoráveis às agências

ANA	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANP	ANS	ANTAQ	ANTT	ANVISA	CADE	CVM
100%	10%	92%	75%	62%	71%	60%	71%	90%	33%	74%	50%

O número de decisões favoráveis às agências deve ser contrastado com o indicador de incerteza apresentado abaixo. O primeiro cálculo incluiu somente os casos com uma decisão final, enquanto o indicador de incerteza possui uma amostragem maior, que também inclui casos sem decisão final. O indicador de incerteza mede o número de vezes que o caso mudou de *status* durante o processo judicial, devido a decisões finais ou liminares. No Brasil, a porcentagem de mudança de *status* por caso é alta, conforme é mostrado pela tabela 3. Em alguns casos, como os do CADE e da ANEEL, o número de mudanças de *status* é até maior que o número de casos analisados, o que é surpreendente, considerando que 80% das decisões administrativas são confirmadas no final.

Tabela 3 - Indicadores de incerteza jurídica

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

Em suma, os dados mostram que, no Brasil, o tempo de processamento não é somente longo, mas existem diversas mudanças de *status*. Isso acontece independentemente do fato de que a decisão da agência é confirmada ao final do processo, na grande maioria dos casos.

O tempo de processamento de um caso pode ser uma maneira indireta de medir o custo da revisão judicial. Esse período de tempo é diretamente proporcional aos custos financeiros incorridos pelas partes, os quais são difíceis de medir diretamente. No setor público, esses custos compreendem os custos operacionais do Judiciário, por exemplo. Na esfera privada, os custos incluem a contratação de advogados, o uso de recursos internos da empresa para a representação legal, e as consequências sociais negativas devidas à falta de uma decisão final. Quanto maior for o tempo de processamento para um caso, maior os custos envolvidos.

O índice de incerteza, por sua vez, avalia com que frequência o Judiciário modifica seu próprio entendimento de uma decisão administrativa durante o processo. Tais modificações diminuem a previsibilidade das normas regulatórias, o que implica um aumento da incerteza jurídica. Vale notar que o índice de incerteza é maior, no Brasil, porque as varas de primeira instância são menos deferentes às agências regulatórias do que as instâncias superiores.⁶ A consequência é deletéria para a aplicação adequada da norma, já que sinais conflitantes são transmitidos às partes durante o curso da ação judicial.

E pior, a forte deferência para com as agências, entre os tribunais superiores, indica que não há benefícios advindos desse estado de incerteza no qual empresas, concorrentes e autoridades regulatórias estão imersas, já que parece haver pouca supervisão efetiva. Nesse contexto, levar questões regulatórias à justiça se torna atrativo para aqueles litigantes que podem não acreditar realmente que há um problema de mérito (ou processual) com a decisão, mas irão se beneficiar do adiamento da intervenção da agência.⁷

A seguir, nos voltamos à análise qualitativa com as informações coletadas a partir do conteúdo de decisões e entrevistas com os procuradores das agências regulatórias e outros advogados trabalhando na área.

3. REVISÃO JUDICIAL DAS AGÊNCIAS: UM DIAGNÓSTICO DA MOROSIDADE E DA INCERTEZA

A análise quantitativa indicou duas deficiências sérias na revisão judicial das decisões das agências: a morosidade e a incerteza jurídica. Essas falhas são explicadas por fatores identificados na literatura que lida com a administração da justiça no Brasil: acúmulo de casos, complexidade do sistema recursal e disputas de competência jurisdicional.⁸ Nesta seção, as causas potenciais desses problemas serão analisadas em maior detalhe com casos que ilustram as limitações e dificuldades específicas do processo de revisão judicial das decisões das agências regulatórias. Esta análise fornece um melhor entendimento das causas dos problemas da morosidade e incerteza mostrados pelos dados quantitativos.

● 3.1. TEMPO DE PROCESSAMENTO

Com relação à morosidade, alguns fatores — coletados dos casos analisados, bem como de entrevistas com juízes e advogados — emergem como explicações plausíveis: (i) a complexidade dos casos e o incentivo para os juízes priorizarem os casos mais simples; (ii) o tempo de preparação dos laudos periciais; (iii) questões sobre o escopo da revisão judicial; e (iv) disputas de competência jurisdicional.

● 3.1.1. A complexidade dos casos e os incentivos para priorizar os casos mais simples

Os casos relacionados com as agências ainda são percebidos pelo Judiciário como possuindo um alto grau de complexidade e tecnicidades específicas de cada setor. De fato, as demandas frequentemente questionam as decisões administrativas com múltiplos volumes e vários laudos técnicos — que são o produto da estrutura burocratizada de algumas agências que possuem decisões internas e processos de revisão internos. Essas demandas também envolvem tópicos que são estranhos aos juízes e seu treinamento jurídico. Considerando que não há varas especializadas no sistema de justiça brasileiro

para causas contra as agências, esses casos demandam um montante desproporcional de energia dos juízes quando comparados à energia investida em causas mais canônicas ou replicáveis — por exemplo, uma questão tributária que, uma vez resolvida, é replicada em dúzias de casos similares. Considerando que os juízes devem atingir metas de produtividade, o juiz tem poucos incentivos para concentrar seus esforços nos processos envolvendo as agências.

● **3.1.2. Preparação de laudos periciais**

O Judiciário interpreta questionamentos relativos às questões de fato como assuntos que demandam perícia técnica. Essas perícias estão imersas em grande quantidade de burocracia, no Judiciário brasileiro, e acabam levando muito tempo para serem produzidas e também demandam tempo para a parte adversária fornecer sua contestação. Se a parte adversária (a agência regulatória) não contesta, o juiz necessita de algo mais para ter certeza de que o laudo não é tendencioso, o que pode atrasar o processo ainda mais. Enquanto um laudo pericial é necessário em alguns casos, o estudo do CNJ indica que, em outros, não há necessidade de perícia. Não obstante, os pedidos para a produção de tais laudos são concedidos devido às assumpções errôneas dos juízes sobre a natureza técnica dos assuntos relativos às agências.

O caso do *Cartel de Medicamentos Genéricos*, penalizado pelo CADE em 2005, é emblemático: o Judiciário levou um ano para decidir se um laudo pericial era necessário. O debate ocorreu independentemente do fato de que a questão central do caso era uma questão de direito. Mais especificamente, o caso alegava violações processuais devido à data de publicação da decisão do CADE e outros aspectos do processo administrativo.⁹

● **3.1.3. Questões sobre o escopo da revisão judicial (1)**

Os juízes discordam sobre o seu papel na revisão judicial das decisões das agências regulatórias. A disputa gira em torno dos limites da supervisão judicial sobre os poderes discricionários da Administração Pública. Alguns acham que o Judiciário pode somente anular decisões administrativas ou obrigar a agência a deliberar sobre determinada questão (no caso de omissão).

Em ambos os casos, a decisão final substantiva continua dentro da esfera administrativa. Outros juízes acreditam que o Judiciário pode impor obrigações materiais ou proibições aos agentes regulados. Essa disputa tem contribuído para a morosidade e para a incerteza jurídica, com diferentes decisões judiciais proferidas por ambos os lados dessa controvérsia.

O caso *Nestlé-Garoto* é um exemplo bem ilustrativo. Em fevereiro de 2004, o CADE determinou que era inconstitucional a Nestlé adquirir a Garoto, já que ambas empresas eram líderes no mercado de chocolate. Em maio de 2005, uma liminar suspendeu os efeitos da decisão do CADE, permitindo as empresas continuarem com a integração de seus ativos. Em março de 2007, a vara de primeira instância decidiu que a operação deveria ser autorizada, visto que a decisão do CADE proibindo a aquisição foi invalidada devido ao longo período de tempo que ela levou para ser emitida. O CADE sustentou que o prazo para sua decisão fora suspenso dadas as inquirições preparatórias que fez, mas o juízo decidiu que as inquirições não foram devidamente justificadas pela agência e eram, portanto, inválidas. O CADE foi à segunda instância, que somente emitiu sua decisão em 2009, e determinou que a aquisição fosse novamente revista pelo CADE. O tribunal de apelação decidiu que não era papel do Judiciário emitir uma decisão em caráter material e sustentou que anular a decisão do CADE pelo não cumprimento do prazo imposto para a agência se tornaria uma aprovação da fusão. O caso estava ainda tramitando no Judiciário até julho de 2013, independentemente de a transação ter sido irreversivelmente consumada.

Outro exemplo bastante ilustrativo envolve a revisão judicial do fechamento de estações de rádio comunitárias pela ANATEL. Essas estações de rádio estavam funcionando sem licenças, embora tivessem a licença requerida. Em uma das ações judiciais, o juízo de primeira instância autorizou o funcionamento da estação de rádio, mas, em sede de apelação, um tribunal federal declarou que o Judiciário não tinha poderes para conceder uma licença no lugar da agência. Em outro caso sobre a mesma questão, o juízo de primeira instância afirmou que o Judiciário não tinha poderes para conceder a autorização, enquanto o mesmo tribunal federal que afirmou isso, no primeiro caso, autorizou sua operação. Num terceiro caso, um juízo de primeira instância considerou que o Judiciário não tinha esse poder, mas, desta vez, o tribunal

federal estabeleceu um prazo para a agência exarar sua decisão sobre o pedido de licença de funcionamento da estação de rádio. A questão foi levada a um tribunal com a função de harmonizar a jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Dessa vez, a corte concordou com a posição do tribunal regional federal, em prol da imposição de um prazo para a agência analisar o pedido de licença. Entretanto, o STJ sustentou que a petição da estação de rádio para a justiça não pediu a imposição de um prazo. Ao invés disso, a autora somente pediu uma autorização para funcionar. Baseado nisso, a ação foi indeferida. Ao final, a rádio comunitária somente obteve informações sobre o que deveria ter sido requerido na petição (e é possível que uma petição reformulada, acatando a sugestão, ainda seja rejeitada, dada a falta de precisão e mudanças constantes de posicionamento entre os juízes).

● 3.1.4. Disputas de competência

A falta de varas especializadas ou turmas especializadas, combinada com a falta de critérios claros para a definição de competência territorial, é responsável por uma série de incidentes processuais que adiam bastante os julgamentos, sem quaisquer vantagens processuais.

As disputas de competência ocorrem devido à deficiência no sistema interno de distribuição dos casos, determinada pelos regimentos internos dos tribunais.¹⁰ No caso acima mencionado sobre o *Cartel de Medicamentos Genéricos*, além de esperar um ano para o juiz determinar se um laudo pericial era necessário, as partes tiveram que esperar mais um ano para a justiça determinar quem tinha competência sobre o caso. O caso teria ido a um juiz se o assunto tivesse sido definido como uma disputa sobre um “ato administrativo”, e para outro juiz se tivesse sido definido como uma disputa sobre a “imposição de uma multa administrativa”.

Adicionalmente, ainda existem questões entre os tribunais sobre a competência territorial. Por exemplo, em ações judiciais contra as agências, o STJ entende que a ação deve ser protocolizada perante varas com jurisdição sobre onde o réu está domiciliado (que é o Distrito Federal para agências regulatórias federais). Em contraste, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem decisões sustentando que é possível protocolizar uma ação contra uma agência regu-

latória federal na jurisdição onde o autor está domiciliado, onde o ato ou fato, que deu origem a causa, ocorreu ou até mesmo no Distrito Federal. É também importante mencionar que algumas ações judiciais possuem regras específicas para a definição de competência. Por exemplo, de acordo com art. 2 da Lei n. 7.347/1985, as ações civis públicas devem ser adjudicadas no lugar onde o dano ocorreu.

Um exemplo é o caso que envolveu a decisão do CADE em impor uma multa para os terminais do Porto de Santos, o principal porto do país, por cobrar de clientes a separação e entrega da mercadoria e impedi-los de fazer o mesmo. Enquanto alguns terminais obtiveram liminares suspendendo os efeitos da decisão do CADE, um grande terminal teve o seu caso parado por dois anos, enrolado na discussão de competência territorial. Isso significou uma importante desvantagem competitiva em relação aos seus concorrentes.

● 3.2. INCERTEZA JURÍDICA

Conforme explicado acima, a incerteza jurídica foi medida pela porcentagem de mudança de *status* das decisões administrativas durante o processo judicial (suspensas, anuladas, confirmadas). Os principais fatores que geram a incerteza jurídica são: (i) a falta de diretrizes para a concessão de liminares; (ii) um sistema recursal complexo que permite a discussão da mesma questão várias vezes no mesmo caso; (iii) a multiplicidade de ações judiciais discutindo a mesma matéria; e, mais uma vez, (iv) as disputas sobre o escopo da revisão.

● 3.2.1. A concessão de liminares

Os problemas causados por liminares contra decisões administrativas foram destacados no estudo do CNJ, e também abertamente criticados pelos advogados entrevistados. Frequentemente, essas liminares são *inaudita altera parte* (sem consulta prévia à outra parte). Isso é preocupante não só por causa da frequência com que os juízes as utilizam, mas também devido à percepção de que os juízes não utilizam critérios uniformes para concedê-las. Os tribu-

nais e os juízes discordam sobre uma série de questões, tais como a possibilidade de se conceder uma liminar *inaudita*, a possibilidade de suspender os efeitos de uma liminar com um recurso, sob quais condições e para que tipos de ações judiciais seria admissível apelar ao presidente do STJ para a discussão de uma liminar, e se o depósito ou fiança bancária para o montante da multa imposta pela autoridade administrativa seriam necessários para a concessão da liminar. A falta de diretrizes gerais adotadas pelo Judiciário sobre essas questões em ações judiciais contra as agências torna a concessão das liminares uma verdadeira “loteria”.

● 3.2.2. O sistema recursal brasileiro

O sistema de recursos no processo civil brasileiro é, reconhecidamente, um fator que influi na morosidade e na incerteza jurídica. Sujeito a fortes críticas, o sistema atraiu diversas iniciativas de reforma.¹¹ Conforme indicado previamente, há uma série de disputas sobre a capacidade dos juízes de revisarem as decisões das agências, sobre a competência para essas ações judiciais e sobre a adequação de uma liminar sem consultar a agência regulatória. A complexidade do sistema recursal, que permite revisões distintas das decisões interlocutórias, é particularmente significativa nessas ações e aumenta o potencial de morosidade e de incertezas.

● 3.2.3. A multiplicidade de ações judiciais com o mesmo objeto

Não há varas especializadas para revisar as decisões das agências. Há também a possibilidade de questionar a mesma matéria em vários tipos de ações judiciais, que podem ser interpostas em diferentes esferas do Judiciário. Na falta de mecanismos eficientes para a agregação de causas similares, questões idênticas surgidas do mesmo caso, ou de um conjunto de casos semelhantes relacionados às decisões das agências, podem obter decisões judiciais diferentes e inconsistentes.¹²

A série de casos envolvendo a Unimed, uma cooperativa de serviços médicos e hospitalares, ilustra esse problema.¹³ Em vários processos administrativos, o CADE multou unidades regionais da cooperativa Unimed por

impor um regime de exclusividade a seus médicos associados, de modo a impedi-los de trabalhar para os concorrentes, e proibiu as unidades de continuar com tal imposição. Independentemente do fato de que estavam, basicamente, questionando a mesma posição do CADE, as diversas unidades protocolizaram ações judiciais individuais contra as decisões, forçando a justiça a lidar diversas vezes com a mesma questão. A falta de um sistema de harmonização das decisões judiciais nesse caso, e a falta de um precedente paradigma (devido à novidade da questão), permitiu que essas cooperativas adiassem a aplicação da decisão administrativa. Adicionalmente, as ações judiciais desagregadas resultaram em decisões contraditórias sobre a mesma matéria.

• 3.2.4. Questões sobre o escopo da revisão judicial (2)

Conforme mencionado acima, há um dissenso entre os juízes sobre se é ou não possível revisar o aspecto material das decisões das agências, ou se os juízes deveriam estar limitados a anular essas decisões, ou até mesmo se eles devem somente estabelecer um prazo para a reconsideração da agência. Além de causar demora, esse dissenso cria incerteza no sistema e afeta as partes negativamente.

4. A REVISÃO JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS: UMA ANÁLISE QUALITATIVA

Ainda com base no estudo do CNJ, esta parte foca na análise do conteúdo de votos relativos à revisão judicial das agências regulatórias. Essa análise revela problemas adicionais, que serão brevemente ilustrados aqui: (i) a supervalorização de questões processuais, (ii) a falta de conhecimento técnico, (iii) influência do direito privado, e (iv) resistência em analisar o aspecto material da política regulatória, recorrendo-se ao formalismo.

• 4.1. SUPERVALORIZAÇÃO DE QUESTÕES PROCESSUAIS

Para evitar lidar com o mérito dos casos, que envolve questões de natureza técnica, os juízes tendem a focar em questões processuais. Um motivo possível

desse comportamento é que os juízes escolhem focar em questões com as quais estão mais familiarizados. Entre as questões processuais frequentemente analisadas, duas devem ser destacadas. A primeira é intolerância do Judiciário com relação à informalidade administrativa. A segunda é a falta de conhecimento do Judiciário sobre o processo específico de cada agência. A última se revela, às vezes, pela facilidade com que os juízes concedem liminares sem ouvir a outra parte (a agência). Isso ocorre mesmo quando o autor possui um caso fraco, tal como ao reclamar que a agência não seguiu o processo ao qual *não* estava obrigada — por exemplo, um autor obteve uma liminar alegando que a agência não informou a empresa da composição da comissão no momento em que o processo administrativo foi iniciado. Em outros casos, os juízes justificam a liminar porque há base para questionar a multa imposta pela agência, mas eles acabam por suspender os efeitos de toda a decisão administrativa (que frequentemente inclui a proibição de uma certa prática), sem fornecer razões para tanto.

● 4.2. FALTA DE CONHECIMENTO TÉCNICO

Os juízes possuem um baixo grau de conhecimento de questões regulatórias, e não possuem especialistas técnicos (economistas ou engenheiros) entre seus assessores. Conforme sugerido acima, essa deficiência é resolvida, de certa forma, com o trabalho de perícia técnica, o que causa uma morosidade ainda maior. Com mais frequência, a tarefa se resume a interpretar dados financeiros ou técnicos já presentes nas análises das agências, o que não deveria necessitar de produção de novos laudos técnicos. Não obstante, os juízes também não estão “equipados” para essa tarefa.

Essa limitação é bem ilustrada pelo caso do *Cartel dos Motoristas de Caminhão*. Neste caso, a alegação de conluio entre a associação nacional de empresas de transporte de cargas, pequenas empresas de transporte e o sindicato foi analisada na esfera judicial (justiça criminal) e na esfera administrativa (CADE), com resultados diferentes. Enquanto a decisão judicial condenou as pessoas envolvidas por cartel, um crime punível com prisão, o CADE extinguiu a acusação e arquivou o processo administrativo devido a provas insuficientes de conluio e a avaliação da eficiência econômica da prática e da

dinâmica do mercado. As questões que foram relevantes para a decisão do CADE não foram consideradas na análise judicial.

● 4.3. A INFLUÊNCIA DO DIREITO PRIVADO

A revisão judicial das agências regulatórias trouxe desafios que o Judiciário brasileiro não tinha experimentado no passado recente. Um desses desafios está enraizado na velha dicotomia entre os direitos público e privado. De fato, os juízes demonstram alguma dificuldade em lidar com questões de política pública e o papel das agências nas composições dos interesses públicos, privados e coletivos. Isso é demonstrado na frequente análise de questões regulatórias de acordo com os padrões do direito privado. Conforme retrata o exemplo abaixo, o Judiciário ainda enxerga a operação das agências como um mero estado de intervenção nas liberdades de agentes privados, conforme conceitualizado na economia clássica.

No chamado *Caso dos “Slots” de Aviação*, a agência para o setor, a ANAC, decidiu realocar “slots” (horários de saídas e chegadas de voos) de aeroporto de uma linha aérea que pediu falência para outras empresas em operação. A decisão foi questionada no Judiciário, e os tribunais concederam o direito de a empresa aérea manter seus “slots” em todos os níveis recursais. O Judiciário decidiu preservar os interesses da empresa sem considerar as consequências para o mercado regulado de serviços de linha aérea. Para fazê-lo, consideraram-se os “slots” como ativos da empresa, quando, na verdade, eles podem ser realocados a qualquer tempo de acordo com critérios definidos pela agência regulatória.

● 4.4. INSENSIBILIDADE AO RACIOCÍNIO REGULATÓRIO E O REFÚGIO NO FORMALISMO

Os juízes enfrentam certa dificuldade em entender, na prática, o papel do Estado e do próprio Judiciário num Estado Regulatório, uma novidade implantada pela Constituição Federal de 1988 e institucionalizada com a criação das agências regulatórias no início da década de 1990. Devido à cultura jurídica do país, o relacionamento entre as agências regulatórias e os

agentes regulados é ainda tomado de maneira formalística, seguindo as tradições do Direito Administrativo. Assim sendo, os juízes ainda estão preocupados em controlar os procedimentos de um ato administrativo, ao invés de engajarem a matéria da política para o setor e ponderar se um ato administrativo, em particular, é adequado para os objetivos da política divulgada pela própria agência reguladora.

Essas dificuldades e limitações são bem ilustradas por um caso que lida com a revisão judicial de uma Resolução da ANEEL, a qual buscou redefinir o conceito de “consumidor de baixa renda”, que se beneficia de uma tarifa mais baixa de eletricidade. De acordo com a nova resolução, o consumidor de baixa renda consumiria menos que 220 KWh/mês, possuiria uma conexão monofásica, estaria registrado em programas sociais federais e possuiria uma renda familiar *per capita* menor que R\$ 100,00/mês. Os autores argumentaram que uma porção significativa dos atuais consumidores de baixa renda perderia o benefício, já que eles não atendem os critérios impostos pela resolução. A agência e os distribuidores de energia alegaram que a nova definição corrige distorções no sistema, excluindo, por exemplo, os proprietários de casas de veraneio, que ficam fechadas por longos períodos. Em nenhum momento o Judiciário tratou da questão de como encontrar a melhor maneira para definir o critério que corrigiria as distorções sem excluir aqueles que realmente precisam do benefício. Ao contrário, a decisão se limitou a decidir em manter somente o requisito da conexão monofásica porque este é um aspecto estritamente técnico da resolução. Trabalhando com a suposição de que a ANEEL é uma agência regulatória dotada de discricionariedade técnica, a justiça decidiu que a ANEEL não tinha poderes para estabelecer outros requisitos, percebidos como não técnicos.

5. A COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DEVERIA ACABAR?

Apesar de focar nos problemas, o estudo do CNJ não deixou de apontar o lado positivo e válido da revisão judicial das agências regulatórias. De fato, dois casos ilustram revisões judiciais bem-sucedidas, uma devido a uma ação (o *Caso do Backhaul*) e outra devido a uma omissão (o *Caso VU-M*) pela agência de telecomunicações, a ANATEL. Esses casos levantam uma questão

importante: como o Brasil garante uma supervisão adequada de atos das agências regulatórias sem virar vítima dos problemas que parecem permear quase todas as intervenções judiciais em assuntos regulatórios? Após analisar esses dois casos que ilustram as virtudes da revisão judicial, esta parte discute a possibilidade de eliminar a competência exclusiva no Brasil.

No primeiro caso, o caso *Backhaul*, o Judiciário revisou mudanças na concessão de contratos de serviços de telefonia fixa.¹⁴ A agência substituiu o objetivo do serviço universal, que provia para a criação de Postos de Serviço de Telecomunicações,¹⁵ por outro objetivo: a criação de uma rede de suporte para banda larga (*backhaul*) em todas as municipalidades brasileiras.¹⁶ As empresas, que deveriam suportar os custos desse investimento em infraestrutura, questionaram um ponto: a supressão da cláusula de reversibilidade, que determinava que ativos de *backhaul* se tornariam propriedade do Estado ao final do prazo da concessão.

As autoras demonstraram que a cláusula de reversibilidade foi suprimida devido a um parecer do departamento jurídico da ANATEL, que a considerava como desnecessária. De acordo com o departamento, a reversibilidade de ativos seria óbvia e inquestionável. Entretanto, no processo de consulta pública anterior à mudança, muitas empresas questionaram e negaram a reversibilidade automática de ativos. Isso mostra que a questão era controversa e, de acordo com a autora, necessitava de regulação explícita. Uma liminar foi concedida, suspendendo todas as mudanças aos contratos de concessão, incluindo a supressão da cláusula de reversibilidade. Em resposta, a agência assinou um novo aditivo contratual estipulando que o *backhaul* é reversível.

O caso demonstra a importância da revisão judicial da matéria dos atos das agências regulatórias, seja na confecção de regras ou na adjudicação. Sem se engajar numa discussão mais substantiva sobre se a cláusula de reversibilidade reduz investimentos, o Judiciário deu voz às preocupações manifestadas por vários atores durante o processo de consulta pública, que não havia sido incorporado à decisão final.

O *Caso VU-M*, por sua vez, lida com a inação dos diretores da ANATEL em reduzir as taxas de interconexão para a rede de telefonia móvel. Essa redução buscava tornar essas taxas quase equivalentes aos custos para terminar uma ligação, conforme disposto na Lei Geral de Telecomunicações. A autora,

uma empresa de telefonia fixa prejudicada pelos altos custos, obteve uma liminar reduzindo o valor da tarifa. O Judiciário baseou sua decisão em relatórios produzidos pelo departamento técnico da agência, que apontou para os custos excessivos de interconexão na rede móvel desde 2005. Esses relatórios nunca foram conhecidos pelos conselheiros da ANATEL, que continuavam a ratificar aumentos da taxa. Após sucessivos recursos, a decisão inicial foi confirmada pelo STJ. A decisão final obrigou a ANATEL a emitir uma resolução anunciando a redução gradual da taxa, e forçou as empresas a revisarem seus contratos de interconexão.

Em ambos os casos, uma decisão de mérito foi emitida sem o Judiciário interferir com os poderes discricionários das agências. Esses são exemplos claros do controle de racionalidade e da coerência de raciocínio apresentados pela agência, que podem ser aplicados tanto para ações como para omissões por parte das agências. Tais casos tendem a fortalecer a agência como uma instituição.¹⁷ Adicionalmente, eles criam incentivos para agentes recorrerem ao Judiciário por motivos não oportunistas.

Esses casos são ainda exceções no Judiciário brasileiro. Os dados quantitativos e qualitativos do estudo do CNJ demonstram uma série de problemas com a revisão judicial das agências, no Brasil, incluindo disputas entre juízes sobre qual seu papel deva ser. Ademais, a percepção de pesquisadores, baseada nas informações obtidas em reuniões com altos representantes do Judiciário, é que há até um “desejo” entre os juízes de se verem desincumbidos dessa atividade, que é considerada muito “complexa”. Isso também ajudaria a reduzir o bem-conhecido acúmulo de processos do Judiciário.

Através de entrevistas, dois tipos de preferências, entre os membros do Judiciário, foram observadas. Um grupo sugeriu que os conflitos entre empresas concessionárias de serviços públicos e consumidores deveriam ser resolvidos pelas agências regulatórias e não pelo Judiciário.¹⁸ Em outras palavras, para alguns, a revisão judicial é um serviço fornecido pelo Judiciário com grande dificuldade e haveria uma preferência de não fornecer tal serviço. Em contraste, um segundo grupo valoriza a revisão judicial mesmo reconhecendo as dificuldades envolvidas. Este grupo acolhe propostas para melhorar a capacidade dos tribunais em exercer essa atividade.

Os problemas identificados no estudo do CNJ e as preferências de um grupo de juízes em não envolver a justiça em assuntos regulatórios levanta a seguinte questão: o Brasil deveria criar um sistema paralelo de justiça para casos administrativos? Dada a virtude e a importância dos casos nos quais o Judiciário exerceu supervisão efetiva dos atos ou omissões das agências, acredito que a resposta deveria ser negativa. Ademais, deve-se considerar que a revisão judicial cria obstáculos para a captura regulatória e pode melhorar a aplicação de regulações existentes. Considerando que a experiência do Judiciário com a revisão judicial das agências é bem recente, há espaço e interesse entre juízes para projetar reformas que tornem a revisão mais eficiente. Dados os problemas mencionados acima e suas causas possíveis, uma ideia seria a criação de varas especializadas dotadas de uma equipe de conselheiros técnicos (economistas e engenheiros, por exemplo) treinados para lidar com matérias econômicas e regulatórias. Entre outras, essa proposta é parte das conclusões do estudo do CNJ.

6. CONCLUSÃO

Este capítulo buscou relatar a análise feita pelo estudo do CNJ, uma análise quantitativa de um banco de dados com quase 1.400 casos de revisão judicial de decisões das agências regulatórias brasileiras. A análise quantitativa aponta para a excessiva demora nas análises dos casos e para a grande incerteza motivada pelas múltiplas mudanças de *status* durante o curso do processo judicial, da anulação ou confirmação das decisões das agências. Independentemente dessas inconveniências, as decisões finais foram, em sua maioria, favoráveis às agências.

Além de apresentar a análise, o estudo do CNJ buscou indicar as razões plausíveis para essas deficiências, coletadas a partir de uma investigação qualitativa dos casos. Isso foi complementado por entrevistas com advogados, juízes e advogados que trabalham para as agências. Os fatores que podem explicar as demoras excessivas incluem: (i) incentivos para os juízes priorizarem os casos mais simples; (ii) o entendimento frequentemente incorreto dos juízes de que os casos envolvendo as agências necessitam de laudos peri-

ciais; (iii) disputas entre juízes sobre o escopo da revisão judicial; e (iv) disputas sobre competência jurisdicional.

Com relação à incerteza jurídica, os seguintes fatores foram identificados: (i) a falta de diretrizes para a concessão de liminares em casos que questionam as agências regulatórias; (ii) a complexidade do sistema recursal no Brasil, tornando possível discutir a mesma questão várias vezes no mesmo caso; (iii) o potencial de múltiplas ações judiciais com o mesmo objeto; e, novamente, (iv) as disputas entre juízes sobre o escopo da revisão judicial.

Finalmente, alguns problemas recorrentes envolvendo a qualidade das decisões das agências foram identificados e ilustrados, a saber: (i) a ênfase excessiva em questões processuais; (ii) a falta de conhecimento técnico; (iii) a influência do direito privado; e (iv) a resistência em analisar a matéria das políticas regulatórias, valendo-se do formalismo.

Além de tudo, a avaliação da revisão judicial das agências regulatórias no Brasil é bem negativa. Existem demoras injustificáveis e incertezas excessivas causadas pelas constantes mudanças nas decisões, independentemente do alto grau de sucesso das agências ao final dos processos. Os juízes têm controvérsias sobre a competência jurisdicional, bem como sobre seu papel na revisão judicial, além de não estarem equipados para lidar com esse tipo de matéria. Existem diversas propostas para lidar com esses problemas, incluindo a criação de um sistema de justiça paralelo para casos administrativos. Alternativamente, a criação de varas especializadas pode ser uma solução mais prática e efetiva. Certamente, o assunto requer discussão adicional.

No momento, temos somente a certeza de que os juízes estão abertos às críticas e autoavaliações e querem implantar mudanças. Independentemente dos problemas atuais, isso é motivo para algum otimismo.

NOTAS

1 AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública.** São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 15 maio 2012.

2 O projeto analisou 11 Agências: a Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional do Cinema (ANCINE), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Petróleo (ANP), a Agência Nacional de Saúde (ANS), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

3 A pequena proporção de casos com decisão final (em relação a todo o universo de casos) se deve ao fato de que a maioria das agências regulatórias são uma criação relativamente recente no Brasil, surgindo na metade dos anos 1990, enquanto outras experimentaram uma recrudescência institucional durante esse período. Esse é o caso do CADE, criado em 1962, que ganhou condições efetivas de operação somente após 1994, com a promulgação da Lei federal n. 8.884/1994.

4 A Agência Nacional de Águas (ANA) e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) foram excluídas por não possuírem um número suficiente de casos com decisões finais transitadas em julgado.

5 Todavia, há uma grande variação dentro da amostra. As decisões do CADE, por exemplo, levaram 50% mais tempo que a média para as outras agências governamentais autônomas, perfazendo um total de 54 meses em média.

6 Isso é possível no Brasil devido à falta de um sistema de precedente judicial, discutido em maiores detalhes em: AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Op. cit.

1. A REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS: JURISDIÇÃO EXCLUSIVA?

7 Para uma análise detalhada de um caso no qual esse problema resta evidente, ver, neste volume: AZEVEDO, Paulo Furquim de. Revisão judicial de decisões antitruste: incentivos para acordos? In: PRADO, Mariana Mota (Coord.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 81-102.

8 BALLARD, Megan J. The Clash Between Local Courts and Global Economics: The Politics of Judicial Reform in Brazil. **Berkeley Journal of International Law**, v. 17, n. 2, p. 230-276, 1999; DAKOLIAS, Maria. **Court Performance Around the World: A Comparative Perspective**. World Bank Technical Paper, n. 430, jul. 1999; MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2004; ROSENN, K. S. Judicial Reform in Brazil. **NAFTA: Law and Business Review of the Americas**. Miami, v. 4, n. 2, p. 19-37, primavera 1998; SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**. Campinas, v. 10, n. 1, p. 1-62, maio 2004.

9 Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48. Essa decisão administrativa foi questionada na justiça através de múltiplas ações, cada uma proposta por uma das partes condenadas.

10 No Tribunal Regional Federal (TRF), a separação é estabelecida com as seguintes categorias: “feitos de maneira administrativa”, “aqueles relativos à invalidade ou anulabilidade de ato administrativo” e “multas administrativas”. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a separação é estabelecida entre a “nulidade ou anulabilidade de atos administrativos” (art. 9º, § 1º, II, do Regimento Interno do Tribunal), “multas de qualquer natureza” (art. 9º, § 1º, X, do Regimento Interno do Tribunal), “direito público em geral” (art. 9º, § 1º, XIV, do Regimento Interno do Tribunal).

11 Ver ROSENN, K. S. Op. cit.; MACHADO, Hugo de Brito. O processualismo e o desempenho do Poder Judiciário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Desafios do século XXI**. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 174-184; MACHADO, Agapito. A nova reforma do Poder Judiciário: PEC n. 45/04. **Revista CEJ**. Brasília, v. 9, n. 28, p. 64-70, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo06.pdf>>.

12 Para uma análise de como esse problema também existe nos juizados especiais cíveis, ver, neste volume: FERRAZ, Leslie Shériida. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Coord.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 183-207.

13 Esse caso não foi discutido no estudo do CNJ. Para mais detalhes, ver: AZEVEDO, Paulo Furquim de. Cooperativas e defesa da concorrência. In: KRUEGER, G. (Org.). **Cooperativas na ordem econômica constitucional**: cooperativas, concorrência e consumidor. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, v. 2, p. 53-72.

14 Ação Civil Pública (Processo n. 2008.34.00.011445-3).

15 Decreto n. 4.769/2003.

16 Decreto n. 6.424/2008.

17 Para uma discussão de outras decisões que seguem esse padrão, ver, neste volume: AITH, Fernando. Agências reguladoras de saúde e Poder Judiciário no Brasil: uma relação conflituosa e necessária para a garantia plena do direito à saúde. In: PRADO, Mariana Mota (Coord.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 209-230.

18 Para uma conclusão nesse mesmo sentido, vide, neste volume: FERRAZ, Leslie Shériida. Op. cit.