



FGV DIREITO SP

# O JUDICIÁRIO E O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

PESQUISA

acadêmica  
**LIVRE**

*Mariana Mota Prado*  
(Org.)

**LIVRE** *para*

*pensar*

*ler*

*copiar*

*partilhar*

A Coleção Acadêmica Livre publica obras de livre acesso em formato digital. Nossos livros abordam o universo jurídico e temas transversais por meio das mais diversas abordagens. Podem ser copiados, compartilhados, citados e divulgados livremente para fins não comerciais. A coleção é uma iniciativa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) e está aberta a novos parceiros interessados em fornecer acesso livre a seus conteúdos.

Esta obra foi avaliada e aprovada pelos membros de seu Conselho Editorial.

### **Conselho Editorial**

Flavia Portella Püschel (*FGV DIREITO USP*)

Gustavo Ferreira Santos (*UFPE*)

Marcos Severino Nobre (*Unicamp*)

Marcus Faro de Castro (*UnB*)

Violeta Refkalefsky Loureiro (*UFPA*)

 **FGV DIREITO SP**

acadêmica  
**LIVRE**

**PESQUISA**

# **O JUDICIÁRIO E O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO**

Mariana Mota Prado

*Organizadora*

*Alexandre D. Faraco*

*Bruno Meyerhof Salama*

*Caio Mario da Silva Pereira Neto*

*Diogo R. Coutinho*

*Fernando Aith*

*Ivar A. Hartmann*

*Juliano Souza de Albuquerque Maranhão*

*Leandro Molhano Ribeiro*

*Leslie Shérída Ferraz*

*Patrícia Sampaio*

*Paulo Furquim Azevedo*

*Ricardo Morishita Wada*

*Viviane Muller Prado*

 **Universidad de  
los Andes**  
Facultad de Derecho

 **IDRC | CRDI**

International Development Research Centre

Centre de recherches pour le développement international

**Canada** 

Este trabalho foi realizado com a ajuda de uma bolsa do Centro Internacional de Pesquisa para o Desenvolvimento, Ottawa, Canadá. As opiniões aqui expressas não representam necessariamente as do IDRC ou de seu Conselho de Administração.

Os livros da Coleção Acadêmica Livre podem ser copiados e compartilhados por meios eletrônicos; podem ser citados em outras obras, aulas, sites, apresentações, blogues, redes sociais etc., desde que mencionadas a fonte e a autoria. Podem ser reproduzidos em meio físico, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais.

A Coleção Acadêmica Livre adota a licença Creative Commons - Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional, exceto onde estiver expresso de outro modo.



**Editora**

Catarina Helena Cortada Barbieri

**Assistente editorial**

Bruno Bortoli Brigatto

**Tradução (inglês-português)**

Felipe Bocardo Cerdeira (introdução, capítulos 1 e 3)

Global Translations.BR (capítulos 4, 5, 8 e 9)

**Edição de texto**

Hugo Maciel de Carvalho

**Preparação e revisão**

ReviseReveja

**Projeto gráfico da coleção**

Ultravioleta Design

**Capa e editoração**

Negrilo Produção Editorial

**Imagem da capa**

Jaka Zvan (istockphoto.com)

**Conceito da coleção**

José Rodrigo Rodriguez

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP

O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro [recurso eletrônico] / Mariana Mota Prado (Organizadora). – São Paulo : FGV Direito SP, 2016.  
260 p. – (Coleção Acadêmica Livre)

ISBN: 978-85-64678-31-6

1. Agências reguladoras de atividades privadas – Brasil. 2. Poder regulamentar. 3. Poder Judiciário – Brasil. 4. Direito antitruste. I. Prado, Mariana Mota. II. Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 342.9(81)

Publicado em dezembro de 2016.

**FGV Direito SP**

**Coordenadoria de Publicações**

Rua Rocha, 233, 11º andar

Bela Vista – São Paulo – SP

CEP: 01330-000

Tel.: (11) 3799-2172

E-mail: [publicacoes.direitosp@fgv.br](mailto:publicacoes.direitosp@fgv.br)

# O JUDICIÁRIO E O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

## *sumário*

<b>INTRODUÇÃO</b>	7
<i>Mariana Mota Prado</i>	
<b>NOTAS</b>	22
PARTE 1	
<b>VISÃO GERAL</b>	
<hr/>	
<b>1. A REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS: JURISDIÇÃO EXCLUSIVA?</b>	25
<i>Juliano Souza de Albuquerque Maranhão</i>	
<b>NOTAS</b>	44
PARTE 2	
<b>ANTIGAS AGÊNCIAS REGULADORAS</b>	
<hr/>	
<b>2. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA REGULAÇÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS: CASO DA TRANSPARÊNCIA DA REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES NO BRASIL</b>	49
<i>Viviane Muller Prado</i>	
<b>NOTAS</b>	70
<b>3. REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES ANTITRUSTE: INCENTIVOS PARA ACORDOS?</b>	81
<i>Paulo Furquim Azevedo</i>	
<b>NOTAS</b>	101
<b>4. CRÉDITO BANCÁRIO E JUDICIÁRIO: CONDUTORES INSTITUCIONAIS DA SUPERLITIGÂNCIA</b>	103
<i>Bruno Meyerhof Salama</i>	
<b>NOTAS</b>	121

PARTE 3

NOVAS AGÊNCIAS REGULADORAS

---

**5. A REGULAÇÃO E O JUDICIÁRIO: O CASO DO SETOR DE ELETRICIDADE** 135

*Patrícia Sampaio e Ricardo Morishita Wada*

NOTAS 153

**6. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS REGULATÓRIAS DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL** 161

*Alexandre D. Faraco, Caio Mario da Silva Pereira Neto e Diogo R. Coutinho*

NOTAS 180

**7. ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSAMENTO DE DEMANDAS DE TELEFONIA: O DILEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO BRASIL** 183

*Leslie Shériida Ferraz*

NOTAS 201

**8. AGÊNCIAS REGULADORAS DE SAÚDE E PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: UMA RELAÇÃO CONFLITUOSA E NECESSÁRIA PARA A GARANTIA PLENA DO DIREITO À SAÚDE** 209

*Fernando Aith*

NOTAS 224

PARTE 4

INOVAÇÕES INSTITUCIONAIS

---

**9. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E AS MUDANÇAS INSTITUCIONAIS NO BRASIL** 233

*Leandro Molhano Ribeiro e Ivar A. Hartmann*

NOTAS 248

**SOBRE OS AUTORES** 255

# INTRODUÇÃO

**Mariana Mota Prado**

**E**ste livro dialoga com a crescente produção acadêmica sobre a importância das interconexões institucionais para o desenvolvimento de um país. Considerando que a década de 1990 foi marcada, em quase todo o mundo, por um processo de privatização que criou agências reguladoras para determinados setores da economia, esta publicação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) investiga se (e como) o ambiente institucional afeta e/ou determina as estratégias adotadas por diferentes grupos de interesse para influenciar a regulação e o funcionamento das agências reguladoras. Numa tentativa de oferecer uma contribuição a essa literatura, o livro foca especificamente no Judiciário e na sua interação com as agências reguladoras no Brasil.

Essa investigação é parte de um projeto de pesquisa intitulado “O Judiciário e ‘O Estado Regulador do Sul Global’”, financiado pelo International Development Research Centre (IDRC), do Canadá. Este projeto explorou o desenho institucional e os resultados das reformas regulatórias que se espalharam por vários países ao redor do mundo como parte de um pacote de liberalização, privatização e responsabilidade fiscal. O grupo de pesquisadores envolvidos no projeto tentou identificar as diferenças nos processos de reformas regulatórias no Sul global, identificando as características das reformas regulatórias em países em desenvolvimento. O projeto foi sobretudo uma tentativa de contrabalançar o fato de que os pressupostos teóricos da literatura sobre regulação e sobre o Estado Regulador continuam baseados primordialmente na experiência anglo-americana.

A primeira parte do projeto se concentrou na análise da criação e implementação de agências reguladoras independentes no Sul global, e o produto principal foi uma coletânea publicada sob o título “The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies” (“O surgimento do Estado Regulador do Sul Global: Infraestrutura e Desen-

volvimento em Economias Emergentes”).<sup>1</sup> A segunda fase do projeto teve por objetivo aprofundar essa análise investigando o relacionamento entre o Judiciário e as agências reguladoras no Sul global. Este livro é um dos produtos dessa segunda fase.

Por que focar no Judiciário? Dentre suas principais descobertas, a primeira fase do projeto mostrou que, às vezes, o Judiciário se torna parte do processo regulatório ao reformular regras ou reformar a estrutura de uma agência reguladora. Três estudos de caso incluídos no livro “The Rise of the Regulatory State of the South” ilustram isso. Na Indonésia, por exemplo, a Corte Constitucional limitou a habilidade do governo indonésio de reformar o setor elétrico. A Suprema Corte da Índia se inseriu no processo regulatório no setor de telecomunicações ao exigir satisfações do governo com relação à falta de uma agência reguladora. O resultado foi a rápida criação da primeira versão da Agência Reguladora de Telecomunicações da Índia. Na Colômbia, a Corte Constitucional colombiana adotou o Comentário 15 do CDESCR (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas) sobre o direito humano à água como uma plataforma para contrabalancear o consenso neoliberal predominante nas agências reguladoras independentes, o que, por sua vez, foi altamente influenciado pelo conhecimento e expertise produzidos no Banco Mundial nos anos 1990. Inspirada por esses estudos de casos, a segunda fase do projeto busca uma análise mais profunda e abrangente de como o Judiciário interage com as agências reguladoras em diferentes países do Sul global.

Para explorar o relacionamento entre o Judiciário e as agências reguladoras, esta coletânea centra-se no caso brasileiro. Ao focar num único país e em um período específico de tempo, os estudos de caso aqui apresentados mantêm constante uma série de variáveis, tais como o regime político, o sistema judicial, valores culturais e o nível de desenvolvimento econômico. Isso permite que os pesquisadores explorem as diferentes maneiras através das quais o Judiciário interagiu com as agências regulatórias nesse contexto, levando em conta que as diferenças observadas nos casos podem não ser explicadas por outras diferenças estruturais, como pode ser o caso de comparações entre diferentes países ou entre diferentes períodos de tempo.

## 1. ESCOPO DA PESQUISA

---

Esta coletânea oferece uma série de estudos de caso que descrevem, explicam e avaliam a função reguladora do Judiciário em diferentes setores da economia no Brasil.

Para *descrever* a função reguladora exercida pelo Judiciário, os autores foram convidados a investigar quando e como os grupos de interesse usam o Judiciário para influenciar o resultado do processo regulatório. Os autores exploraram essa questão no setor antitruste, de telecomunicações, de eletricidade, de planos de saúde, de acesso à medicação e tratamentos de saúde, de mercados de capitais e bancário. Ao colocar esses estudos setoriais lado a lado, a coletânea mostra que existe uma variação significativa na interação entre as agências reguladoras, os grupos de interesse afetados pela regulação, e o Judiciário brasileiro em cada um desses setores.

Para *explicar* a função reguladora do Judiciário no Brasil, os autores foram instados a perguntarem o que motiva a judicialização das disputas regulatórias (ou a falta dela) nos diferentes setores. Parece haver fortes elementos para sugerir que os interesses políticos de diferentes grupos de cada setor, combinados com certas características institucionais das agências e tribunais, determina quando e como as disputas regulatórias são levadas ao Judiciário. Assim sendo, esta publicação fornece suporte adicional para a ideia de que a política e o ambiente institucional no qual as agências estão imersas explicam as variações na dinâmica regulatória. Enquanto Morgan e Dubash<sup>2</sup> demonstram como isso acontece em vários países, este livro ilustra como isso também acontece em diferentes setores dentro do mesmo país.

Para avaliar a função reguladora do Judiciário, os autores foram convidados a analisar que tipo de consequências essa judicialização pode ter no sistema e nos resultados da regulação. Os estudos de caso mostram que o impacto da judicialização pode ser direto ou indireto, e inclui não somente mudanças de regras e regulamentação, mas também pode alimentar mudanças procedimentais e outros tipos de inovações institucionais.

Resumindo, esta coletânea visa explorar, em maior profundidade, o papel que o Judiciário tem exercido no Estado Regulador do Sul global convidando os autores a responderem três perguntas: (i) grupos de interesse específicos

recorrem ao Judiciário?; (ii) quando e como eles recorrem ao Judiciário?; e (iii) qual é o impacto (direto ou indireto) de litígios envolvendo agências reguladoras no sistema regulatório?

## **2. ESTRUTURA DA COLETÂNEA**

---

O **capítulo 1** oferece um panorama da judicialização de decisões administrativas das treze agências regulatórias. O capítulo se inicia com uma análise quantitativa dos padrões de litígios contra as agências reguladoras no Brasil, baseado em um banco de dados de 38.975 casos da Justiça Federal que ou foram decididos ou estavam *sub judice* em 2010. Isso é seguido por uma análise qualitativa que fornece um mapa dos benefícios e custos da judicialização contra as agências reguladoras no Brasil. O capítulo termina com uma discussão de possíveis soluções para alguns dos problemas identificados.

A seguir, a coletânea apresenta sete estudos de caso. Cada um desses estudos de caso discute padrões de litígios relacionados a uma ou duas agências usando análises quantitativa ou qualitativa. Três casos discutem a relação entre o judiciário e antigas agências reguladoras (**capítulos 2, 3 e 4**), e quatro casos discutem as agências novas (**capítulos 5, 6, 7 e 8**). As novas agências reguladoras, nove ao todo, foram criadas no Brasil entre 1996 e 2002, como parte de um programa muito ambicioso de privatização e liberalização. As que estão incluídas neste livro são: a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada em 1997; a Agência Nacional de Saúde (ANS), criada em 1999; e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada em 2000. Em contraste, as agências antigas foram criadas bem antes das reformas regulatórias dos anos 1990. As que estão incluídas neste livro são: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado em 1962; a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), criada em 1976; e o Banco Central do Brasil (BACEN), criado em 1964.

O **capítulo 1** mostra que estudos qualitativos e quantitativos se complementam, oferecendo contribuições distintas, mas igualmente valiosas, às análises empíricas. Por um lado, estudos quantitativos podem fornecer um bom panorama dos padrões e tendências que não foram abordados pelos

estudos de caso. Por outro lado, essas análises quantitativas podem não capturar algumas das nuances das decisões judiciais dada a natureza binária da análise. Por exemplo, estudos quantitativos podem classificar resultados como favoráveis ou desfavoráveis às agências. Apesar de relevante, essa informação não permite identificar os vários tipos de interação entre as agências e os tribunais. Por exemplo, decisões desfavoráveis às agências podem ser bem-fundamentadas ou completamente arbitrárias. As decisões bem-fundamentadas, por exemplo, podem ilustrar uma interação baseada no contraditório (onde há um diálogo significativo entre o Judiciário e as agências), como em casos onde a agência é uma das partes e o Judiciário, apesar de decidir contra a agência, emite uma decisão com justificativas amplamente articuladas e amparadas por outros casos. Em contraste, essas decisões desfavoráveis podem ser simplesmente arbitrárias e infundadas (onde não há diálogo). Da mesma forma, as decisões favoráveis podem indicar pelo menos dois tipos diferentes de interações. Uma é a interação cooperativa, onde o Judiciário é favorável às decisões das agências reguladoras e tenta reforçar a legitimidade da agência face aos grupos de interesse e outras esferas de governo. Outro tipo de interação é a deferência, que é caracterizada por um mero carimbo nas decisões das agências reguladoras. Diferentemente das interações cooperativas, a deferência é desprovida de um engajamento substantivo com a atividade regulatória. Enquanto os números agregados não podem revelar tais nuances, os estudos qualitativos podem. E essas distinções sobre o tipo de interação entre agências e o Judiciário têm consequências importantes na criação das políticas públicas, conforme Juliano Maranhão sugere em suas análises qualitativas. Por isso, conforme o primeiro capítulo desta publicação sugere, eles podem se complementar bem.

Com relação a questões normativas, o **capítulo 1** mostra que as instâncias inferiores do Judiciário revisam com mais frequência as decisões das agências reguladoras do que as instâncias superiores. Ao final, a agência ganha com mais frequência do que perde, mais isso custa caro devido aos numerosos recursos, ao longo tempo que se leva para chegar à decisão final e à incerteza gerada por essa constante revisão de decisões ao longo do processo de apelação. Neste contexto, uma solução possível oferecida por Maranhão é criar um ramo do Judiciário especializado em questões regulatórias. Todavia, isso

pode custar caro para alguns setores, conforme alguns dos estudos de caso mostram nesta coletânea.

### ● 2.1. ANTIGAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A primeira parte desta coletânea inclui estudos de casos de agências reguladoras que foram criadas antes das reformas de privatização dos anos 1990. Essas agências são o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Banco Central do Brasil (BACEN). Independentemente de serem mais antigas, essas agências passaram por mudanças significativas em anos recentes, tais como as que foram implementadas em 1994 e 2011 no CADE, e em 1997 e 2001 na CVM, bem como as mudanças no BACEN em 1985 e 1986. Conforme abordado no **capítulo 4**, o Banco Central não possuía capacidade reguladora antes de 1985 e, portanto, é difícil considerá-lo como uma agência reguladora de fato antes dessas reformas. Mudanças similares ocorreram no CADE e na CVM em períodos mais recentes (como indicado acima). Isso sugere que essas três agências reguladoras podem ser nominalmente antigas, mas possuem uma nova funcionalidade. Assim sendo, pode ser que não haja muita diferença entre elas e as agências novas criadas durante o processo de privatização. Entretanto, nenhum dos estudos apresentados aqui possui uma comparação intertemporal dessas agências antes e depois dessas reformas, deixando esta questão para futuras pesquisas.

Estudos quantitativos e qualitativos parecem identificar alguns dos padrões comuns relativos à operação atual das chamadas “agências antigas”. Um estudo recente da relação entre as agências reguladoras e a justiça no Brasil, por exemplo, mostrou que o CADE e a CVM são as agências com os níveis mais altos de transparência em seu processo de tomada de decisão e também são aquelas com os níveis mais altos de derrota no Judiciário.<sup>3</sup> Similarmente, os dois estudos de caso focados na CVM e no CADE, nesta coletânea (**capítulos 2 e 3**), identificaram pontos em comum entre as agências antigas. Essas duas agências adotaram mecanismos sofisticados de resolução alternativa de disputas que funcionam dentro da agência, na esfera administrativa, e não envolvem o Judiciário. Viviane Muller Prado (**capítulo**

2) mostra que os termos de compromisso entre a CVM e as empresas reguladas aumentaram nos últimos anos, tornando-se um instrumento cada vez mais relevante para resolver disputas relativas à regulação dos mercados de capitais. Nessa mesma linha, Paulo Furquim (**capítulo 3**) mostra que o CADE tem usado termos de compromisso para fusões com maior frequência nos últimos anos.

Os estudos de caso também indicam que *correlação* não implica *causalidade*, e o alto nível de transparência nos processos administrativos pode não estar relacionado com os altos níveis de derrota dessas agências no Judiciário. Certamente, conforme Muller Prado sugere (**capítulo 2**), a análise quantitativa dos casos judiciais contra a CVM desenvolvida por Maranhão et al.<sup>4</sup> não inclui casos envolvendo a elaboração de políticas públicas ou o desenho institucional e os poderes da agência. Ao invés disso, ela meramente contabiliza a judicialização das disputas judiciais sobre multas e taxas. Esses casos, todavia, são irrelevantes para avaliar como a transparência pode ter impacto na judicialização de disputas regulatórias. Considerando que a CVM possui, na verdade, baixos níveis de judicialização de disputas regulatórias, pode-se formular uma outra hipótese: níveis mais altos de transparência em processos administrativos e/ou o envolvimento real de partes interessadas no processo de criação de políticas ajudam a reduzir o número de disputas judiciais.

Quais são os incentivos que podem estar movendo o CADE e a CVM e os grupos de interesse que interagem com essas agências a buscar métodos alternativos de resolução de disputas? São iniciativas das próprias agências ou são meras respostas às demandas das empresas reguladas? Viviane Muller Prado (**capítulo 2**) chama a atenção para o fato de que, no caso da CVM, a natureza das atividades econômica e reguladora cria incentivos particulares para as empresas preferirem a resolução administrativa de conflitos. Uma disputa judicial pode colocar a empresa na mídia. Num setor que é altamente sensível a informações, isso pode ser muito problemático. Assim sendo, as empresas preferem evitar qualquer tipo de visibilidade, sempre que possível. Em contraste, no caso do CADE (**capítulo 3**), Paulo Furquim sugere que evitar o litígio (e os custos a ele associados) parece ser uma preocupação da

agência regulatória, mais do que das empresas. Dessa forma, nesse caso é a agência que está buscando a resolução administrativa de disputas.

Essas dinâmicas contrastantes possuem implicações importantes para uma análise das consequências potenciais do uso de mecanismos administrativos para resolver disputas regulatórias. Se a agência é quem está interessada em fazer isso acontecer, ela pode ser, às vezes, forçada a oferecer arranjos atrativos para as empresas, para convencê-las a assinar os acordos. Isto levanta uma pergunta interessante: seria a agência forçada a ser mais leniente com empresas do que ela seria se o litígio não fosse tão custoso? Ou estaria ocorrendo o oposto: se as empresas são aquelas interessadas em tais soluções administrativas, seriam elas que estariam fazendo concessões, ao invés da agência? Em outras palavras, está o quadro regulatório se tornando mais rígido ou mais leniente como resultado desses mecanismos alternativos de resolução de disputas? Nenhum dos estudos nesta publicação apresenta provas conclusivas com relação a essas possíveis consequências, mas ambos sugerem que essa pode ser uma questão fértil para uma pesquisa futura.

Curiosamente, o uso de mecanismos administrativos de resolução de disputa não foi abordado pelos estudos de caso das agências novas. A longevidade é uma variável que explica as diferenças entre as agências antigas e as novas? Ou essas diferenças se devem à dinâmica específica e às demandas singulares dos atores que operam nesses setores? É perigoso assumir que a longevidade de uma agência pode ser uma variável importante para entender como ela interage com agentes no setor. Por exemplo, enquanto o CADE e a CVM parecem operar com altos índices de transparência, o mesmo não se aplica ao BACEN (**capítulo 4**). Portanto, não se pode afirmar que essa é uma característica comum das agências antigas. Além de mostrar isso, o estudo do BACEN, feito por Bruno Salama (**capítulo 4**), sugere que há outros aspectos do comportamento das agências que parece ser mais ligado à estrutura do setor e aos interesses dos agentes que nele operam.

O **capítulo 4** se concentra em disputas entre consumidores e instituições financeiras, como um resultado de regulações impostas pelo BACEN. Salama mostra que há uma quantidade volumosa de litígios seguindo um padrão observado nas novas agências reguladoras. Isso pode sugerir que, em setores onde os consumidores são diretamente afetados pela regulação e têm a pos-

sibilidade de levar essas questões à justiça (o que é o caso da ANATEL e da ANEEL), o padrão de litígio pode ser diferente. Nessa linha, Salama identifica os fatores institucionais que parecem estar motivando esses litígios.

As conclusões desses três estudos de caso têm também importantes implicações para questões normativas. O **capítulo 3** sugere que o CADE pode se beneficiar muito da criação de uma jurisdição especial para casos regulatórios, os quais seriam depois levados diretamente aos tribunais superiores. Isso se mostra sensato no caso do CADE, mas seria útil para as outras agências? O caso da CVM sugere que dar mais visibilidade às decisões judiciais pode aumentar os incentivos para as empresas buscarem mais soluções administrativas para os conflitos. Isso pode potencialmente abrir espaço para abusos por parte da agência. Ademais, não é claro que tal proposta deva ser aplicável às novas agências reguladoras. Para avaliar tal aplicabilidade, precisamos primeiro responder uma série de questões. As novas agências estão enfrentando o mesmo conjunto de incentivos (reduzir os custos de litígio) que motivou o CADE a buscar esses sistemas alternativos de resolução de disputas? Se a resposta for negativa, por que o CADE estaria mais preocupado (ou seria mais afetado) com os custos de litígio do que as novas agências? Poderia a natureza da regulação e da atividade econômica regulada explicar por que as novas agências não parecem estar buscando o mesmo tipo de alternativas? Essas são perguntas que claramente merecem ser objeto de investigação, antes que esse tipo de proposta venha a ser seriamente considerada.

## • 2.2. NOVAS AGÊNCIAS

Os padrões de litígios, no caso das novas agências, parecem estar intrinsecamente conectados com os grupos de interesse que podem potencialmente levar as demandas à justiça (e realmente o fazem), e o ambiente institucional no qual esses grupos operam. Pelo menos três das novas agências incluídas neste livro têm impacto direto nos consumidores finais, e esses podem levar essas decisões diretamente ao Judiciário. Essas agências são a Agência Nacional de Saúde (ANS), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Esses setores geram

um grande volume de litígios de consumidores contra as empresas (impactando a regulação indiretamente) e contra o regulador (impactando a regulação diretamente). Isso contrasta com o litígio direto de consumidores e empresas contra a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que não é tão volumoso como nos outros dois casos. A segunda parte desta coletânea explora as diferenças entre o litígio direto e indireto nesses setores, e também pergunta se litígios envolvendo consumidores são diferentes daqueles envolvendo as empresas reguladas e porquê.

O **capítulo 5**, escrito por Patrícia Sampaio e Ricardo Wada, fornece um mapeamento de dois tipos diferentes de litígio no setor de eletricidade. Por um lado, eles exploram litígios de consumidores em juizados especiais de pequenas causas contra as empresas reguladas. Embora a agência reguladora não seja uma parte neste litígio, Sampaio e Wada mostram que o volume de litígios está relacionado com e acaba impactando o quadro regulatório do setor. Uma parte desses litígios é a simples execução das disposições regulatórias que são impostas pela ANEEL, mas não são seguidas pelas empresas. Outra parte, entretanto, destaca as numerosas tensões que existem entre a regulação setorial na esfera federal e a legislação de proteção ao consumidor. Ao tentar lidar com essas tensões, a justiça parece mais inclinada a proteger os consumidores do que a proteger o quadro regulatório ou ser deferente à agência. Ao mapear isso, o **capítulo 5** sugere que o Judiciário acaba influenciando o quadro regulatório, mesmo quando não está lidando com disputas que envolvem o regulador. Após essa análise focada no consumidor, o **capítulo 5** analisa casos nos quais a agência regulatória, a ANEEL, é uma das partes. A amostra de casos é bem pequena, confirmando a alegação dos autores de que a maior parte dos litígios do setor está focada na proteção ao consumidor. Apesar da amostra pequena, eles identificam uma tendência geral da justiça em ser deferente à agência, decidindo contra a ANEEL em somente 1/3 dos casos.

O **capítulo 6**, escrito a seis mãos por Diogo Coutinho, Alexandre Faraco e Caio Mario da Silva Pereira Neto, explora o caso da ANATEL. O capítulo se concentra nas disputas entre as empresas reguladas e a agência regulatória na Justiça Federal, e analisa quando e como as empresas de telecomunicações e consumidores tentam agregar suas demandas contra a agência. Para fazê-lo,

esses grupos usam organizações da sociedade civil (que foram criadas para outros propósitos) como veículos para apresentar ações coletivas contra a ANATEL. As organizações analisadas incluem a Abrafix, Acel e SindiTelebrasil. O estudo de caso analisa a efetividade dessas organizações em levar os litígios à justiça, comparando o sucesso relativo da indústria e das organizações de consumidores. Os casos contrastantes de demandas agregadas pela indústria e consumidores do mesmo setor (telecomunicações) levantam uma série de perguntas interessantes. Os incentivos para levar as disputas à justiça são diferentes para os consumidores e para a indústria? Os autores sugerem que a indústria parece usar essas organizações da sociedade civil para esconder sua identidade, e assim preservar sua reputação perante a agência reguladora. Em contraste, os consumidores têm usado essas organizações para legitimar suas demandas e torná-las mais efetivas. Assim sendo, os incentivos são claramente diferentes para esses grupos.

Outra questão levantada pelo **capítulo 6** é se os resultados são diferentes dependendo de qual grupo está litigando o caso. A evidência empírica é inconclusiva. O estudo não inclui uma análise de disputas judiciais de pessoas físicas sobre questões regulatórias, que também são relevantes. Os autores decidiram manter esse tipo de litígio fora de sua análise devido a problemas metodológicos complexos que poderiam surgir tanto na coleta quanto na análise desse tipo de litígio. Portanto, fica em aberto mais uma questão para pesquisa futura.

O **capítulo 7**, escrito por Leslie Ferraz, foca em demandas individuais atomizadas contra empresas de telecomunicações em juizados especiais de pequenas causas. Enquanto o **capítulo 6** ilumina a dinâmica política e os incentivos institucionais para demandas judiciais agregadas, esse capítulo mostra o outro lado da história: quando os consumidores decidem levar suas causas individuais à justiça. Em conjunto, os **capítulos 6 e 7** revelam informações interessantes sobre os padrões de litígio (agregação/atomização) no setor de telecomunicações. Esses estudos de caso mostram quando e por que um grupo grande e descentralizado (como consumidores) incorreria em custos significativos para se organizar politicamente e prefere buscar soluções individuais para as suas demandas. Ambos os estudos sugerem que as dimensões política e institucional nas quais esses grupos operam variam não somente

de país para país (conforme a primeira fase deste projeto indicou), mas elas também podem variar entre diferentes grupos interagindo com uma mesma agência e um mesmo setor.

O **capítulo 8**, escrito por Fernando Aith, compara a Agência Nacional de Saúde (ANS) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e sugere que os tribunais parecem estar mais propensos a revisar determinadas decisões administrativas do que outras, dependendo da parte litigante. Os tribunais se comportam de maneira diferente quando lidam com um consumidor “frágil” litigando contra uma agência “poderosa”, em contraste com litígios que envolvem as empresas reguladas e as agências, que são considerados atores de igual força. Aith também especula se os tribunais se comportam de maneira diferente com relação à ANS e à ANVISA, em comparação com outras agências. O raciocínio por trás da hipótese de que haveria um tratamento diferente reside no fato de que essas duas agências regulam assuntos de vida ou morte, ao contrário da regulação econômica nos casos do CADE, da CVM e da ANATEL. Entretanto, não há provas conclusivas para sustentar que sim ou que não. Finalmente, o **capítulo 8** contrasta o impacto da judicialização da regulação para essas duas agências. Aith indica que os litígios, no caso da ANS, foram mais efetivos em influenciar políticas regulatórias do que no caso da ANVISA. Tentando oferecer uma explicação para essa distinção, o autor mostra que o volume de litígios é muito maior no caso da ANS, onde vários casos de consumidores descontentes chegam à justiça a cada ano, forçando a ANS a revisar suas decisões periodicamente. A dinâmica é bem diferente no caso da ANVISA, onde os litígios são mais atomizados e menos volumosos.

O **capítulo 8** oferece comparações férteis com outros capítulos focados em litígios envolvendo consumidores, devido às diferenças nos setores analisados. O grande volume de litígios de consumidores contra empresas reguladas observado no caso da ANATEL também foi observado no caso da ANS, mas não no caso da ANVISA. Na última, os consumidores tendem a iniciar demandas judiciais contra a agência. Além de raro, esse tipo de judicialização é agregado e não individualizado. Ademais, as demandas judiciais de consumidores parecem promover mudanças regulatórias no caso da ANS (**capítulo 8**), mas o mesmo não é observado no caso da eletricidade (**capítulo 5**)

ou no caso de agências de telecomunicações (**capítulo 7**). Em contraste com o caso da ANS, os casos da ANATEL e da ANEEL mostram o quão significativo é o número de reclamações dos consumidores contra operadores de telecomunicações e empresas de distribuição de energia elétrica, o que inundou os juizados especiais de pequenas causas, seja na esfera estadual ou federal. Contudo, essas demandas individuais atomizadas não fazem com que essas agências alterem a regulação. O que poderia explicar essa diferença é um tema em aberto para futuras pesquisas.

O **capítulo 8** também distingue entre litígios que objetivam questionar a regulação existente e demandas judiciais que somente buscam forçar as empresas a cumprirem a regulação existente. Nesse contexto, Aith sugere que, em muitos casos, as demandas judiciais existem somente porque os consumidores não possuem um mecanismo administrativo para reclamar sobre o comportamento das empresas perante a agência. No mesmo sentido, o **capítulo 5** e o **capítulo 7** sustentam que a falta de uma instância administrativa para resolver as disputas entre os consumidores e as empresas de telecomunicações e eletricidade levou esses indivíduos a buscarem reparação na justiça. Assim sendo, os **capítulos 5, 7 e 8** apontam um conjunto interessante de resultados contrastantes (os litígios de consumidores impactam o quadro regulatório em um caso, mas não nos outros), mas ainda assim os autores dos três estudos sugerem a mesma solução para reduzir as demandas judiciais, que são percebidas como geradoras de grandes custos e de benefícios esparsos aos consumidores.

Além de propor um mecanismo administrativo de resolução de disputas, o **capítulo 8** mostra que o Judiciário poderia ser mais proativo em agregar essas demandas individuais, aumentando a pressão sobre a agência reguladora para lidar com o problema de cumprimento da regulação. Além de tornar a litigância mais efetiva, o Judiciário tem ainda outra razão para contemplar seriamente essas medidas: o acesso à justiça. O volume de casos contra empresas de telecomunicação reduz a capacidade do Judiciário de absorver demandas legítimas de outros indivíduos, reduzindo o acesso à justiça. Esse volume de casos desvia recursos e, às vezes, elimina o espaço de outras demandas legítimas. Há uma série de medidas que poderiam ser tomadas pelos tribunais para tentar parar essa corrida aos juizados de pequenas causas,

mas nenhuma dessas medidas foi tomada. Por que nada foi feito? O que está motivando essa inércia no Judiciário? Conforme Ferraz sugere, explorar os incentivos e motivações do Judiciário nesse caso parece ser vital para entender o que está acontecendo. Considerando que os juizados de pequenas causas são uma inovação institucional no Brasil (eles foram criados em 1995), poderíamos especular se a longevidade pode ser um fator relevante para explicar essa inércia: talvez ainda seja muito cedo para explorar reformas significativas nessa estrutura. A longevidade dos tribunais também poderia potencialmente explicar por que os litígios impactam a regulação no caso da ANS (**capítulo 8**), onde os casos são levados a “velhos” tribunais, mas não no caso da ANATEL e da ANEEL, onde os consumidores levam seus casos aos “novos” tribunais, i.e., juizados de pequenas causas (**capítulos 5, 6 e 7**)? Essa é ainda outra questão para uma pesquisa futura.

### ● 2.3. INOVAÇÕES INSTITUCIONAIS

O **capítulo 9**, escrito por Leandro Ribeiro e Ivan Hartmann, explora a criação do NAT (Núcleo de Apoio Técnico) no estado do Rio de Janeiro, como uma resposta ao grande volume de litígios relacionados ao acesso à medicação e tratamento, baseados no direito constitucional à saúde. O NAT é uma iniciativa da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, em cooperação com a justiça estadual. O NAT fornece assistência técnica aos juízes, quando eles precisam decidir casos de acesso a medicação ou tratamento, baseados no direito à saúde. O NAT é considerado como uma tentativa da Secretaria de Saúde estadual (que é normalmente a entidade judicialmente obrigada a fornecer mediação ou tratamento) para disponibilizar informações relevantes para os juízes para que esses possam melhor embasar suas decisões e reduzir alguns dos problemas que foram observados no passado.

Pode ser muito cedo para avaliar todas as consequências dessa inovação e seu impacto nos resultados das decisões judiciais, mas o **capítulo 9** indica que a inovação já está sendo implantada em outros estados e na esfera federal, levantando uma série de questões interessantes para uma pesquisa futura nessa área. Mais importante, o capítulo mostra como os litígios contra entes reguladores gerou soluções inovadoras na interação entre as agências regu-

ladoras, o poder executivo e o Judiciário. Grandes volumes de litígios contra as agências governamentais no setor de saúde instaram as partes demandadas a criarem uma nova estrutura institucional para tornar mais fácil a coordenação e tornar os litígios mais efetivos.

A partir de uma perspectiva normativa, o **capítulo 9** sugere que pode haver um conjunto de soluções para os problemas da judicialização das decisões regulatórias que residem fora das estruturas institucionais existentes. Enquanto algumas das propostas discutidas nos capítulos deste livro estão relacionadas a reformas nos processos judiciais ou administrativos, o estudo mostra como os atores relevantes não precisam necessariamente recorrer aos tribunais e como as agências vêm buscando soluções inovadoras baseadas na criação de novas instituições. Neste caso, a nova instituição foi uma mistura de um corpo técnico com um corpo judicial, o que foi necessário para permitir aos juízes a comunicação com funcionários especializados no setor de saúde. A questão para uma pesquisa futura é se tal solução pode ser aplicável para quaisquer outros setores regulados.

Em suma, a coletânea aqui apresentada fornece uma série de respostas interessantes às três questões inicialmente propostas (descrever, explicar e avaliar os padrões de judicialização das decisões das agências reguladoras no Brasil), mas também levanta uma série de outras questões que ainda precisam ser exploradas. O campo é fértil e merece atenção dos pesquisadores brasileiros, que podem contribuir não apenas para o debate acadêmico, mas também para o aprimoramento das instituições do país.

## NOTAS

**1** DUBASH, Navroz K.; MORGAN, Bronwen (Eds.). **The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies**. Oxford University Press, 2013.

**2** Ibidem.

**3** MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coords.). **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.

**4** Ibidem.

PARTE 1

**VISÃO GERAL**



# 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”),<sup>1</sup> 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,<sup>2</sup> 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,<sup>3</sup> conforme ilustrado na tabela abaixo, é uma questão para todas as agências.

**Tabela 1 - Proporção de casos com decisão final, por agência<sup>4</sup>**

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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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 técnicas 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.<sup>9</sup>

### ● 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> Conforme indicado previamente, há uma série de disputas sobre a capacidade dos juízes de revisar 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.<sup>12</sup>

A série de casos envolvendo a Unimed, uma cooperativa de serviços médicos e hospitalares, ilustra esse problema.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> A agência substituiu o objetivo do serviço universal, que previa para a criação de Postos de Serviço de Telecomunicações,<sup>15</sup> por outro objetivo: a criação de uma rede de suporte para banda larga (*backhaul*) em todas as municipalidades brasileiras.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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](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.

**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 Shérída. 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.

PARTE 2

## ANTIGAS AGÊNCIAS REGULADORAS



## 2. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA REGULAÇÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS: CASO DA TRANSPARÊNCIA DA REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES NO BRASIL<sup>1</sup>

Viviane Muller Prado

### 1. INTRODUÇÃO

---

**A**pós a crise financeira de 2008, o tema da remuneração dos administradores ganhou relevância e ficou evidente a sua relação com os estímulos dados aos gestores para correr ou não riscos excessivos.<sup>2</sup> Nos foros internacionais, houve forte pressão para que os reguladores criassem regras sobre remuneração dos executivos em companhias que acessam o mercado de capitais.

Essa pressão atingiu a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia competente para a regulação do mercado de valores mobiliários brasileiro. Dando seguimento à regulação que aperfeiçoou enormemente a transparência de companhias abertas brasileiras,<sup>3</sup> em 2008 a CVM propôs novo ato normativo exigindo a divulgação ao público dos valores da remuneração dos principais executivos das companhias abertas. Durante a audiência pública, houve grande resistência à proposta, dado que afetaria interesses particulares dos tomadores de decisão das grandes empresas brasileiras. Os posicionamentos contrários à norma apoiaram-se em argumentos culturais e de segurança pública. Após ouvir as manifestações, a CVM modificou a exigência e determinou a divulgação dos valores máximos, mínimos e médios das remunerações dos administradores, sem ligação direta entre nomes e números.

Alguns meses após a publicação da norma, uma associação de executivos acionou o Poder Judiciário e obteve liminar garantindo aos seus associados o direito à não publicidade de tal informação. Após muitos recursos judiciais, a decisão contrária à CVM foi mantida. Tal decisão apenas beneficia companhias e indivíduos filiados à associação autora da ação. Como resultado, atualmente há no Brasil companhias obrigadas a divulgar e outras que, utili-

zando-se do amparo judicial, não fornecem informação, ao mercado, sobre a remuneração de seus administradores.

Esse é o único caso nos últimos dez anos no qual o Poder Judiciário foi chamado a posicionar-se sobre a criação de normas administrativas da CVM relevantes para o aperfeiçoamento do quadro regulatório brasileiro.<sup>4</sup> Apesar de não ser possível, por sua singularidade, elaborar conclusões generalizantes da análise desse caso, há potencial em seu estudo para trazer elementos para refletir sobre as seguintes perguntas<sup>5</sup>: (i) Quando grupos de interesses vão ao Poder Judiciário? (ii) Como eles acessam o Poder Judiciário? e (iii) Qual é o impacto da litigância envolvendo as agências reguladoras (direta ou indiretamente) na regulação e no quadro regulatório?

Além disso, o caso nos fornece informações relevantes sobre como é vista pelo Judiciário a modernização na estrutura regulatória do mercado de capitais, com a importação de padrões internacionais — em especial quando há direitos individuais envolvidos.<sup>6</sup>

Este estudo está dividido em quatro partes. A primeira identifica o campo normativo da CVM e a sua atuação na criação de normas nos últimos anos, bem como a influência internacional na sua atividade normativa. A segunda trata da relação entre CVM e Poder Judiciário. A terceira analisa o caso da interferência do Judiciário na exigência da CVM para maior transparência da remuneração dos administradores de companhias abertas. Ao final, são apresentadas as conclusões que apontam que o Poder Judiciário não é usualmente chamado a opinar sobre a atividade normativa da CVM. O caso estudado demonstrou o potencial que existe por trás do seu poder de controle: a possibilidade da sua utilização para a manutenção do *status quo* no caminho evolutivo do nosso sistema regulatório do mercado de valores mobiliários.

## **2. A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS E O SEU PAPEL REGULADOR NO NOVO CENÁRIO DO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO**

---

A partir de 2004 houve crescimento significativo do mercado acionário como forma de financiamento da atividade produtiva no Brasil. A captação de recursos pelas empresas brasileiras via emissão de ações aumentou consi-

deravelmente, como mostram os números sobre o volume de ofertas públicas registradas na CVM e colocadas para negociação na BM&FBovespa. Em 2004, o volume da captação foi de R\$ 8,8 bilhões. Em 2007, as ofertas públicas somaram R\$ 70,1 bilhões. Em 2008, apesar da crise financeira mundial, o valor de captação chegou a R\$ 34,3 bilhões; e, em 2009, totalizou R\$ 46 bilhões. Em 2010, R\$ 74,4 bilhões, havendo queda em 2011 (R\$ 18 bilhões) e em 2012 (R\$ 13 bilhões).<sup>7</sup> Desde 2013 a captação no mercado de ações deixou de ser um veículo importante para o financiamento das empresas brasileiras. Apesar da redução do volume de captação, outra métrica interessante capaz de demonstrar a relevância do mercado de ações é a média do volume de negociação diário em 2004, que atingiu R\$ 1,2 bilhão, tendo ficado, nos últimos anos, em R\$ 7,4 bilhões (2013), R\$ 7,3 bilhões (2014) e R\$ 6,7 bilhões (até agosto de 2015).<sup>8</sup>

Nesses quase dez anos de crescimento do mercado acionário brasileiro, os investidores estrangeiros tiveram participação crucial, em especial, nas ofertas públicas iniciais de ações (IPO, na sigla em inglês). Em 2009, eles representaram 66,7% dos investidores participantes; em 2008, 65,6%; em 2007, 72,3%; em 2006, 72,8%; em 2005, 61,7%; e em 2004, 69,7%.<sup>9</sup> Sem os estrangeiros, as captações não seriam tão vultosas. Quanto ao volume negociado no mercado secundário, a participação dos investidores internacionais gira em torno de 35% desde 2005, chegando a 52% em 2015 (até o mês de agosto).<sup>10</sup>

Nesse mesmo período, os investidores institucionais nacionais, por sua vez, representaram aproximadamente entre 26% e 35% do volume negociado.<sup>11</sup> No mercado secundário, investidores estrangeiros e institucionais nacionais somaram, em 2012, 70% do volume de negociação diário. A forte participação desses investidores institucionais na BM&FBovespa começou no início dos anos 1990 e se mantém até os dias atuais.<sup>12</sup> Em suma, o crescimento recente do mercado de ações brasileiro foi dependente da grande participação de investidores estrangeiros e institucionais nacionais.

Esses investidores qualificados, por terem grande poder econômico e de decisão de investimento e desinvestimento, conseguiram impulsionar o aperfeiçoamento do quadro regulatório brasileiro. Mas essa influência não se deu por meio de ações de *lobby* desses investidores no processo legislativo. Ocorreu a partir de iniciativas de agentes locais interessados em atrair tais investidores

para fomentar o mercado. Um dos pontos sensíveis para atingir esse objetivo era o aperfeiçoamento da regulação do mercado de valores mobiliários.<sup>13</sup>

O pontapé das reformas deu-se com a criação de níveis diferenciados de governança corporativa, que poderiam ser adotados voluntariamente pelas empresas. Optou-se pela regulação privada diante da impossibilidade de modificação da legislação com vistas à adoção de padrões internacionalmente aceitos de governança corporativa.<sup>14</sup> A adesão às novas regras da Bolsa não se aplicou a todas as companhias brasileiras, mas somente àquelas que aderiram voluntariamente aos regulamentos de listagem de ações da BM&FBovespa em três modalidades: Novo Mercado, Nível 1 ou Nível 2. À regulação privada seguiram-se regras relevantes desenhadas e implementadas pela CVM e, ainda, por reformas nas leis das sociedades por ações e de mercado de capitais.<sup>15</sup> Um dos principais temas da reforma estatal dizia respeito ao campo de aperfeiçoamento do regime informacional (*full disclosure*).

Parte dessas reformas ocorreu com a atuação da CVM, que é a autarquia em regime especial<sup>16</sup> competente para regular, supervisionar, fiscalizar e punir os agentes que atuam no mercado de valores mobiliários brasileiro. Segundo a lei de criação da CVM, o principal objetivo é proteger os investidores, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados e fomentar a formação de poupança e investimento no mercado de valores mobiliários.<sup>17</sup> A CVM teve sua competência ampliada ao longo dos mais de trinta anos de sua existência. Atualmente, regula os mercados de ações, debêntures, quotas de fundos de investimentos em valores mobiliários, *commercial papers*, derivativos e contratos ou títulos de investimento coletivo.<sup>18</sup>

A atividade regulatória da CVM foi particularmente intensa nos últimos dez anos. No mercado de ações, teve e tem papel bastante importante na modernização do quadro regulatório atual, ao elaborar instruções normativas relevantes. Entre outros temas, reelaborou o regramento sobre a apresentação de informações a serem divulgadas pelas companhias emissoras, aproximando-o de padrões internacionais (Instrução CVM 480/2009); simplificou a emissão de valores mobiliários com esforços restritos (Instrução CVM 471/2008); adotou o padrão contábil internacional emitido pelo IASB (International Accounting Standards Board) (Instrução CVM 457/2007); disciplinou os vários tipos de oferta pública de aquisição de ações (Instrução CVM

361/2002); tratou da organização das bolsas, possibilitando transformação dessas em empresas e revisitando as questões da competência regulatória dos mercados organizados e sua relação com a CVM (Instruções CVM 461/2007 e 468/2008) e regulou empresas de classificação de risco (Instrução CVM 521/2012). Em 2014, ano relevante para a nova disciplina dos fundos de investimento, foi expedida a Instrução CVM 555, e, em 2015, houve a edição de novas regras para as reorganizações societárias (Instrução CVM 565/2015).

Várias destas regras administrativas encontram forte inspiração em padrões regulatórios internacionais ou em normas existentes em outros sistemas jurídicos.<sup>19</sup> Nos relatórios das audiências públicas da CVM, muitas vezes encontram-se referências aos princípios da IOSCO (International Organization of Securities Commissions), aos normativos da SEC (Securities and Exchange Commission norte-americana) e do Parlamento europeu, como é o caso da Markets in Financial Instruments Directive (MiFID), seja para explicar a origem e o conteúdo da nova norma, seja para justificar a importância da sua adoção.

Além da identificação da influência do padrão regulatório internacional, a CVM passa a ter importante participação nos foros internacionais. Em relação à IOSCO, é membro fundador e ordinário, em 2009 foi admitida como membro do Comitê Técnico<sup>20</sup> e atualmente também compõe o Comitê de Mercados Emergentes e o Comitê Executivo da instituição. De 2011 a 2012, a então presidente da CVM, Maria Helena Santana, presidiu o Comitê Executivo. A CVM também é membro do Inter-American Committee e de grupos de trabalho responsáveis pelo aperfeiçoamento na regulação dos fundos de investimento, além de participar do Financial Stability Board (FSB), em um dos três assentos destinados ao Brasil.<sup>21</sup>

Em suma, recentemente os investidores estrangeiros e institucionais passaram a ser os atores que fazem girar a roda do mercado de capitais brasileiro. Na parte regulatória, o Brasil participa do processo global de convergência regulatória, tanto com a adoção de padrões internacionais às novas regras da CVM quanto com a sua participação em foros internacionais. Entretanto, apesar de importante parte das reformas corresponder à internalização de regras sugeridas nos foros internacionais, dos quais a CVM participa, as eventuais disputas sobre essas regras são administradas pelo Poder Judiciário nacional, como se discutirá a seguir.

### 3. PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REGULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

---

No Brasil, o Poder Judiciário é a última instância decisória com competência para fiscalizar a atividade das agências reguladoras e, portanto, a atividade da CVM.<sup>22</sup> Essa competência de revisão *a posteriori* existe tanto sobre a atividade de criação de regras quanto sobre a de fiscalização e punição pela CVM.

A relação entre a CVM e o Poder Judiciário já foi objeto de pesquisa quantitativa realizada em 2010 para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).<sup>23</sup> O objeto do estudo foram as inter-relações entre o processo administrativo e o judicial a partir da análise de doze agências reguladoras brasileiras, entre elas a CVM.<sup>24</sup> Os resultados apontaram alta judicialização da atividade regulatória da CVM. Ela apareceu como a segunda agência reguladora no Brasil cujas decisões são levadas com maior frequência para a apreciação do Poder Judiciário, perdendo apenas para a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Segundo esse levantamento, à época da pesquisa (2010) havia 22.136 processos judiciais envolvendo a autarquia nas primeiras instâncias da Justiça Federal.

O resultado desse estudo foi considerado bastante contraintuitivo por aqueles que trabalham no mercado de valores mobiliários e acompanham a atividade regulatória da CVM. A razão para a estranheza é que, ao contrário do que sugeriam os números levantados pela pesquisa, a atividade regulatória da CVM parece não ser objeto de questionamento constante no Judiciário.

Ao revisitar os dados e a metodologia do estudo, é possível entender os altos números encontrados quanto à judicialização da CVM e explicar por que causaram estranheza. Os casos analisados não eram relacionados à principal atividade regulatória da CVM e ao cumprimento do seu papel na regulação do mercado de valores mobiliários. Todos os casos da amostra referem-se a um único tema: cobrança de taxa de fiscalização. Em geral, trata-se de taxa a ser paga, nos termos da Lei n. 7.940/1989, pelas pessoas físicas e jurídicas que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários — as companhias abertas, fundos e sociedades de investimento, administradores de carteira e depósito, consultores e analistas, agentes autônomos, auditores independentes e sociedades beneficiárias de incentivos fiscais obrigadas a registro na CVM.<sup>25</sup>

Este tema já foi muito questionado e debatido no Judiciário, levando o Supremo Tribunal Federal, em 2003, a editar a Súmula n. 665, expondo o entendimento de que “É constitucional a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei 7.940/1989”.

Em resumo, a matéria discutida nos casos levantados não tem ligação com as normas que disciplinam a atuação e conduta dos agentes do mercado de capitais e nem com a atividade punitiva da CVM. Trata-se de mera cobrança de tributo. Esses casos poderiam ter sido classificados como *não pertinentes*, conforme os critérios expostos no relatório,<sup>26</sup> pois não decorrem “da contestação de decisão regulatória”. Com essa mudança de classificação, e assumindo que a amostra é representativa da totalidade dos casos judicializados, seria possível concluir que não há participação relevante do Poder Judiciário na regulação do mercado de valores mobiliários.<sup>27</sup>

Além desse estudo ainda não existe, no Brasil, outra pesquisa empírica sobre o real papel do Poder Judiciário na regulação do mercado de valores mobiliários brasileiro. Nos últimos dez anos (ou seja, dentro do período de intensas reformas), o caso aqui discutido parece ter sido o único no qual se questionou uma norma da CVM perante o Judiciário no Brasil. Isso considerado, o objetivo deste estudo é analisar qualitativamente se e como o Poder Judiciário participa nesta nova era regulatória da CVM, a qual está em conexão com a internalização dos padrões internacionais para a regulação do mercado de valores mobiliários.

## 4. ANÁLISE DO CASO DA TRANSPARÊNCIA DA REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES

---

O estudo de um único caso encontra controvérsias sobre a sua validade e relevância para a produção de conhecimentos.<sup>28</sup>

A metodologia é defendida quando a intenção da pesquisa é aprender com as particularidades e detalhes de um único caso, sem pretender conclusões gerais ou a demonstração do potencial repetitivo do caso estudado.<sup>29</sup> A ênfase do estudo do caso único está na interpretação dos fatos,<sup>30</sup> considerando a sua complexidade.<sup>31</sup>

Neste texto, a escolha para análise encontra justificativa por se tratar do único caso no qual particulares questionaram o poder regulatório da CVM nos últimos dez anos. Não se trata, portanto, de exemplo escolhido aleatoriamente. Não se trata, também, de análise de decisão judicial ou jurisprudência sobre um tema.

O interesse no estudo do questionamento da transparência da remuneração dos administradores está na análise de todos os seus detalhes e na cadeia de fatos, desde a concepção da regulação do tema em foros internacionais até os efeitos da decisão liminar no sentido de não obrigar à divulgação dos salários. A partir da pesquisa, foi possível juntar informação sobre: (i) o mercado de valores mobiliários brasileiro, verificando-se o seu crescimento e a indispensável participação dos investidores estrangeiros e institucionais; (ii) a volumosa atividade regulatória da CVM, com algumas normas inspiradas em regras defendidas em foros internacionais; (iii) a modificação da norma internacional para acomodar os interesses de atores brasileiros, após manifestações em audiência pública da CVM; (iv) os argumentos trazidos por executivos de companhias abertas questionando o poder normativo da CVM, que exige a divulgação da remuneração dos administradores, sendo uma ação ajuizada individualmente e outra por meio de uma associação, bem como os contra-argumentos da CVM; (v) os fundamentos das decisões judiciais nas várias instâncias, tanto em fase liminar como em fase final; e, por fim, (vi) o surpreendente comportamento de algumas companhias, que se beneficiam da decisão judicial em não utilizar a liminar, e a resposta do mercado em algumas assembleias gerais. É nesse conjunto de informações que se buscam elementos para responder às perguntas da pesquisa acima colocadas sobre o papel do Poder Judiciário na regulação do mercado de capitais brasileiro. Ressalta-se que não se pretende afirmar como ele atua ou deve atuar, mas trazer elementos, a partir do caso, para refletir sobre sua potencialidade, a razão de ter sido chamado a se pronunciar e os efeitos da decisão judicial.

Sabe-se que nenhuma metodologia é perfeita, mas, para trazer pistas sobre o funcionamento do nosso sistema, a leitura do mercado sobre a decisão judicial e a atuação de um agente local (Judiciário) que não participa dos foros internacionais, a análise do único caso parece ser adequado método de pesquisa.<sup>32</sup>

● **4.1. O TEMA**

O caso versa sobre o questionamento no Poder Judiciário de norma da CVM que determina a divulgação pública da remuneração dos administradores das companhias abertas. Trata-se de ação judicial proposta pelo Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças – IBEF, associação civil sem fins lucrativos com sede no Rio de Janeiro, que congrega companhias abertas e seus administradores.

Como sugere a pesquisa quantitativa referida acima, não é usual o questionamento dos atos normativos da CVM no Poder Judiciário, salvo para o não pagamento de tributo. O caso em análise parece ser o único a contestar a atividade normativa da CVM desde os anos 2000. Isso levanta uma questão bastante relevante: o que ocorreu para que uma associação representativa de executivos de grandes companhias abertas buscasse o amparo do Poder Judiciário para proteger os seus direitos? A resposta está relacionada com o interesse que a norma atinge: o interesse particular dos administradores. A norma determina a publicidade dos valores dos seus salários. Ou seja, essa regulação possui uma particularidade: afeta direitos individuais — no caso, o alegado direito à privacidade. Isso poderia explicar por que os atores interessados recorreram ao Judiciário. O caso em análise levanta questão interessante sobre como o Poder Judiciário se posiciona na contraposição de direitos individuais e da regulação do mercado de valores mobiliários que justamente pretende aperfeiçoar as regras de governança corporativa brasileiras, com forte inspiração em padrões internacionais.

● **4.2. O DEBATE INTERNACIONAL SOBRE TRANSPARÊNCIA DA REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES**

Com a crise financeira internacional de 2008, a adequação da remuneração dos administradores tornou-se ponto de inquestionável importância para compreensão da origem da crise, nas instituições financeiras.<sup>33</sup>

A regulação internacional sobre o tema da adequação e transparência dos critérios e valores da remuneração dos administradores iniciou-se no Financial Stability Board (FSB). Em 2008, o Financial Stability Forum (FSF) recomen-

dou que “reguladores e supervisores atuassem junto com os participantes do mercado para mitigar os riscos originários das políticas de remuneração”.<sup>34</sup>

No ano seguinte, o FSB tornou público o seu Principles for Sound Compensation Practices,<sup>35</sup> cujo objetivo é “garantir uma governança efetiva de compensação, alinhando-a com a prudência na tomada de risco e na supervisão efetiva e o engajamento de terceiros afetados no desenvolvimento da atividade (*stakeholder*)”.<sup>36</sup> Entre medidas sugeridas para conhecer a relação entre remuneração e risco das companhias, o documento orienta a publicação das remunerações para a possível fiscalização pelos *stakeholders*; em especial, pelos acionistas.<sup>37</sup>

Na IOSCO, entidade que reúne os reguladores do mercado de valores mobiliários, por sua vez, recomendava-se, nas versões dos Objectives and Principles of Securities Regulation desde 1998, apenas a transparência financeira total, ao investidor, de todos os dados que pudessem afetar a sua decisão de investimento. Até 2010 não havia documento, entretanto, que sugerisse especificamente a ampla abertura da remuneração dos administradores de companhias abertas.

Em fevereiro de 2010, a IOSCO publicou documento novo, denominado Principles for Periodic Disclosure by Listed Entities.<sup>38</sup> Conforme esses princípios, entre as informações relevantes que devem ser dadas por empresas listadas estão os dados sobre a remuneração dos administradores. Esses dados são considerados relevantes para o investidor avaliar os incentivos criados a partir de tal uso dos seus recursos, bem como avaliar se tais incentivos estão alinhados com os interesses do investidor.<sup>39</sup>

#### ● 4.3. O DEBATE NACIONAL SOBRE TRANSPARÊNCIA DA REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES E AS NOVAS NORMAS DA CVM

A legislação acionária brasileira exigiu, desde 1976, que anualmente fosse deliberada a remuneração dos administradores em assembleia geral ordinária,<sup>40</sup> que “fixará o montante global ou individual dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado”.<sup>41</sup> Na prática,

as deliberações eram quanto ao montante global, isto é, o valor gasto com toda a estrutura administrativa, tanto para membros do conselho de administração quanto para diretores. Como se pode perceber, não havia nenhuma exigência de divulgar como “o bolo” era dividido, quais eram os montantes fixos e quais os valores variáveis.

Em 2008, mesma época da discussão do tema no FSF/FSB, a CVM colocou em audiência pública projeto de regulamentação administrativa que tornava mais rigorosas as regras sobre informações dadas ao mercado por companhias abertas (Edital de Audiência Pública n. 07/2008).<sup>42</sup> Um dos itens dessa regulamentação tratava da divulgação de dados sobre remuneração dos administradores, nos moldes da regulação discutida em foros internacionais.

A proposta inicial era a divulgação individual da remuneração de cada administrador.<sup>43</sup> No curso da audiência pública, houve um total de 33 manifestações sobre as novas regras de remuneração dos administradores, sendo que 7 foram favoráveis à divulgação individual da remuneração e 24 contrárias. Entre as 24 manifestações contrárias, 15 foram favoráveis à divulgação, mas de forma não individualizada, por órgão da administração.<sup>44</sup> Nessas, houve quem argumentasse que a divulgação individual, em tese, seria boa para o mercado de valores mobiliários, mas que ainda não era o momento de o Brasil adotar tal padrão de transparência, pois ela traria mais ônus que benefícios. Tais ônus estariam ligados a questões culturais,<sup>45</sup> concorrência desigual com sociedades de capital fechado e preocupações com segurança, dados os índices de violência no país.<sup>46</sup> Além disso, alguns argumentaram que a obrigação de divulgação da remuneração individualizada violaria o direito fundamental à intimidade e à vida privada, garantido pelo art. 5º da Constituição Federal.

Em resposta às críticas feitas pelos participantes na audiência pública, e para justificar a nova regra, a CVM fez expressa referência às melhores práticas internacionais.<sup>47</sup> Sobre a importância da transparência da remuneração individual, a autarquia citou países que adotam essa regra — França, África do Sul e Estados Unidos — e propôs o avanço gradativo deste ponto na regulação brasileira.<sup>48</sup> A resistência, todavia, persistiu.

Por fim, a CVM decidiu-se pelo caminho do meio. A nova regra passou a exigir que se divulgue a política de remuneração dos administradores, informando a composição da remuneração, os objetivos de cada um dos seus

elementos e as razões que justificam a composição da remuneração, para que ela seja apta a refletir a evolução dos indicadores de desempenho escolhidos e possa indicar se tal política se alinha à perspectiva de resultados de curto, médio e longo prazo. Além disso, exige a divulgação em relação a cada órgão da administração (mas sem identificar o que cabe a cada administrador individualmente), indicando os valores maior, menor e médio das remunerações pagas aos membros de cada órgão.<sup>49</sup> Para justificar a nova regra, CVM deu a seguinte declaração:

A CVM está certa de que este nível de transparência vai induzir o mercado a um debate sobre as políticas de remuneração, bem como suprir investidores com subsídios necessários para formularem questionamentos a emissores que adotem práticas menos sólidas que as desejáveis. Este debate será saudável e tende a melhorar as práticas de remuneração.<sup>50</sup>

Além do debate em foros empresariais e acadêmicos, um novo ator foi chamado para discutir a nova regra de governança corporativa no Brasil: o Poder Judiciário.

#### ● 4.4. PODER JUDICIÁRIO NA DISPUTA SOBRE A NOVA REGRA DA CVM QUANTO À TRANSPARÊNCIA DA REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES

O Judiciário foi acionado duas vezes para decidir sobre a constitucionalidade e a validade da exigência trazida pelas novas regras da CVM quanto à publicação dos valores da remuneração dos administradores. Uma ação foi ajuizada pelo IBEF do Rio de Janeiro, a qual ainda aguarda julgamento final. Em outro caso, uma empresa listada (Teka) levou, individualmente, a norma para apreciação do Poder Judiciário. Nesse caso, já há decisão final.

O IBEF muniu-se de pareceres de dois importantes juristas brasileiros, um da área de mercado de capitais (Nelson Eizirik) e outro da área constitucional (Luís Roberto Barroso). O entendimento desses juristas e os argumentos da petição inicial apontam a invalidade da norma, por três razões.

Primeiro, a CVM não teria competência para promulgar tal regra. O raciocínio é o seguinte: a Lei n. 6.385/1976, no art. 22, § 1º, confere competência à CVM para expedir normas sobre a “natureza das informações que devam divulgar” (item I) e sobre “informações que devem ser prestadas por administradores, membros do conselho fiscal, acionistas controladores e minoritários, relativas à compra, permuta ou venda de valores mobiliários emitidas pela companhia e por sociedades controladas ou controladoras” (item II). A partir desses dois dispositivos, concluem que a competência da CVM é exclusivamente nas matérias enumeradas no item II e nenhuma outra. Por consequência, a nova regra de divulgação estaria contrária ao princípio da hierarquia de normas.<sup>51</sup> Além disso, o tema das informações sobre remuneração já estaria disciplinado na Lei das S.A. (artigos 152 e 157) e não há qualquer determinação para divulgação pública de informações sobre remuneração dos administradores, as quais são de exclusivo interesse dos acionistas.<sup>52</sup> Se a lei não fez tal exigência, não caberia à CVM fazer.

Segundo, a nova regra estaria violando direitos individuais da intimidade, vida privada e sigilo de dados, previstos no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. Reconhece-se que os direitos individuais não são absolutos, mas, no caso, não existiria fundamento em outra norma constitucional para que houvesse restrição aos direitos individuais.<sup>53</sup> Fez-se também paralelo com a divulgação de remuneração dos funcionários públicos. Mas a conclusão é que a publicidade deste tipo de remuneração estaria justificada por viabilizar controle social por parte da população que paga tributos.<sup>54</sup> Já para a divulgação da remuneração dos executivos de companhias abertas, a informação adequada aos investidores do mercado de valores mobiliários não teria *status* constitucional, sendo um interesse menor se comparado à proteção do direito à intimidade e à privacidade.<sup>55</sup> A informação sobre remuneração é tratada em alguns momentos como mera curiosidade alheia.<sup>56</sup>

Terceiro, a petição inicial do IBEF sugeria que executivos seriam expostos a riscos, tendo em vista problemas sociais de segurança pública do país. Os juristas também argumentaram que a questão cultural não poderia ser desprezada, pois não haveria o costume de o brasileiro divulgar quanto ganha, chamando este tema de “tabu social”.<sup>57</sup>

A CVM, por sua vez, na sua defesa, trouxe argumentos de ordem econômica, como a importância da norma para a tomada de decisão sobre investimento. Indicou que a remuneração dos administradores relaciona-se com os incentivos financeiros dados aos administradores das companhias abertas e à tomada de risco.<sup>58</sup> Também defendeu a necessidade de o Brasil ter padrões de transparência mínimos adotados no mercado internacional, para evitar que o país ficasse em uma posição inferior no mercado de capitais internacional. Além disso, mencionou que a regra foi um “compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil em decorrência das reuniões de cúpula do G20 e perante a Organização Internacional das Comissões de Valores (IOSCO)”.<sup>59</sup>

O Judiciário se posicionou de maneira antagônica nas diversas instâncias, em decisões vinculadas aos inúmeros recursos processuais de que as partes lançaram mão.<sup>60</sup> Além disso, os efeitos imediatos da regra foram suspensos por meio de liminar no caso IBEF, sobre o qual ainda não há decisão final. Já no caso Teka, a última palavra do Judiciário foi favorável à CVM. Portanto, a concessão de liminares e a demora para a resolução do conflito pode acabar prejudicando a atividade regulatória, ainda que a decisão da agência reguladora prevaleça ao final.

Considerando-se que as decisões no caso IBEF foram apenas liminares (i.e., apenas julgaram se a decisão deveria ou não ter efeitos até o julgamento da ação), vale apontar a forma pela qual o Judiciário considerou, na análise preliminar, o elemento do *periculum in mora*. Ou seja, qual foi a justificativa para mostrar que havia a necessidade de sustação da regra para impedir a lesão ou o perecimento de direitos até o término do processo. Nas diversas decisões contrárias à divulgação da informação, que asseguram a liminar até os dias de hoje, entendeu-se a inadequação da norma com base em aspectos locais. Foi apontado o problema da divulgação de altas cifras em “um país de imensas desigualdades sociais e com alto índice de violências”<sup>61</sup> e afirmou-se, quanto à existência dessa regra em outros países, que “não é de molde a importar, automaticamente, normas sem a necessária adequação [...]”. Ademais, os danos aos direitos individuais constitucionalmente protegidos com a divulgação da informação seriam evidentes para os julgadores. Já os prejuízos para o mercado de valores mobiliários são ou negados ou considerados como algo de difícil verificação.

Nas decisões liminares favoráveis à transparência, cita-se a importância da regulação internacional para o aperfeiçoamento do quadro regulatório brasileiro, e abomina-se o interesse egoístico de guardar a informação. O drama local de segurança social é reconhecido, mas é alocado a todos os cidadãos brasileiros, em especial nos grandes centros urbanos. Portanto, o problema da segurança não seria exclusivo de executivos que teriam suas contas abertas ao grande público. Esse é o teor da decisão final, transitada em julgado, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no caso Teka, e no agravo de instrumento do caso IBEF, cujos efeitos estão suspensos até os dias de hoje.<sup>62</sup>

Atualmente, com base na liminar do caso IBEF (popularmente conhecida como “liminar IBEF”), aproximadamente 28%<sup>63</sup> das companhias abertas não divulgam informações sobre a remuneração dos seus administradores. Apesar de ainda não haver decisão definitiva neste caso, a demora da prestação jurisdicional final afeta o funcionamento do mercado. Não há dúvidas de que o Poder Judiciário tem o potencial de participar da regulação do mercado, ainda que não o faça, com frequência, por falta de demanda. Quanto ao seu conteúdo, as decisões liminares acenam para um entendimento de que direitos individuais se sobrepõem à política de elevar o nível de informações ao mercado, especificamente sobre a divulgação da remuneração dos administradores de companhias abertas.

## **5. A FUNÇÃO REGULADORA DO PODER JUDICIÁRIO NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO**

---

O caso proposto para análise dá algumas informações sobre as três perguntas explicitadas no início do texto: (i) Quando grupos de interesses vão ao Poder Judiciário? (ii) Como eles acessam o Poder Judiciário? e (iii) Qual é o impacto da litigância envolvendo as agências reguladoras (direta ou indiretamente) na regulação e no quadro regulatório?

### **• 5.1. QUANDO GRUPOS DE INTERESSES VÃO AO PODER JUDICIÁRIO?**

Nos últimos anos houve intensa atividade da CVM na criação de regras, em especial nas obrigações de transparência das companhias abertas, com as

Instruções CVM 400/2003 (Prospectos de Emissão) e 480/2009 (Formulário de Referência). De todas as novas informações exigidas, que foram muitas, a única questão levada ao Judiciário foi a divulgação dos números referentes à remuneração dos administradores. Essa informação, sem dúvida, é a única que atinge diretamente o interesse da alta cúpula na tomada de decisão das companhias abertas.

O caso sugere que o Judiciário, em temas do mercado de valores mobiliários, foi chamado a controlar a atividade regulatória da CVM quando direitos individuais de pessoas físicas foram colocados em xeque. Esta afirmação, no entanto, não pode vir desconectada do processo de evolução dos padrões de boa governança corporativa no Brasil, que também teve fortes inspirações nos foros internacionais.

Como mencionado acima, tal evolução iniciou-se de maneira voluntária para as companhias, com a iniciativa da BM&FBovespa de criar níveis diferenciados de governança corporativa. Não houve aderência a esses níveis por parte de todas as companhias, mas sim, principalmente, das companhias que estavam acessando o mercado pela primeira vez. Assim, há companhias listadas que ainda hoje se submetem apenas às exigências da legislação estatal societária de 1976. As reformas de padrões contábeis e de transparência da CVM, por sua vez, por serem normas estatais cogentes, aplicam-se a todas as companhias, inclusive àquelas que não guardam tanta simpatia com os padrões de governança corporativa defendidos internacionalmente. Estudo sugere que companhias que se beneficiam da “liminar IBEF” são aquelas que têm também fraca governança corporativa.<sup>64</sup>

Portanto, considerando que é incomum o questionamento, no Poder Judiciário, do poder normativo da CVM, a pergunta sobre quando o grupo de interesses vai ao Judiciário pode não ter relação apenas com a violação de direitos individuais. Vai além. Está combinada com o interesse de usar o mecanismo de mover a ação judicial com a intenção de garantir o *status quo*, i.e., manter opacidade frente à evolução regulatória. Aproveita-se a possibilidade da sensibilização do Poder Judiciário com a proteção de direitos individuais para proteger atores de efeitos individualmente sentidos de uma nova norma. E, por fim, aproveita-se também do sistema processual brasileiro, com várias instâncias de análise de uma mesma questão, para eventualmente pro-

telar a aplicação da regra e beneficiar-se, ainda que temporariamente, da não obrigação de cumpri-la. Isso decorre do fato de uma medida cautelar tender a se estender por um longo período de tempo de tramitação no Poder Judiciário.

### ● 5.2. COMO OS GRUPOS DE INTERESSE ACESSAM O PODER JUDICIÁRIO?

No caso analisado, houve duas vias escolhidas para acessar o Judiciário, sendo o resultado diferente em cada uma delas. A primeira via foi uma ação coletiva proposta pela associação de classe dos executivos filiados ao IBEF. Nessa ação, em sede liminar, manteve-se a possibilidade de manutenção do sigilo, considerando-se o efeito suspensivo que se deu ao recurso especial e ao recurso extraordinário. A segunda via foi uma ação individual proposta por uma empresa (Teka). O resultado definitivo foi a obrigatoriedade da divulgação. O apelo à proteção dos direitos individuais por apenas uma empresa não obteve resposta positiva, enquanto o ajuizamento de ação que afeta um grupo maior de empresas (assim é o caso IBEF) se beneficia em aguardar o juízo final sem se submeter à nova regra de transparência.

### ● 5.3. QUAL É O IMPACTO DA LITIGÂNCIA ENVOLVENDO AS AGÊNCIAS REGULADORAS (DIRETA OU INDIRETAMENTE) NA REGULAÇÃO E NO QUADRO REGULATÓRIO?

Essa é a pergunta mais interessante a ser respondida com o caso aqui analisado. Ela traz elementos para se pensar sobre dois pontos relevantes na regulação do mercado de capitais brasileiro. Primeiro, como uma instituição local (que não participa nos foros internacionais)<sup>65</sup> pode interferir no processo de internalização de padrões internacionais de regulação do mercado.<sup>66</sup> O segundo ponto relaciona-se com a ponderação a ser feita entre interesses individuais locais e políticas regulatórias que pretendem o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários.

Milhaupt e Pistor,<sup>67</sup> ao questionarem a efetividade dos transplantes dos padrões regulatórios, indicam que não se pode ignorar a participação de ins-

tituições locais no processo de convergência regulatória. As instituições locais servem à verificação de como esses padrões internacionais relacionam-se com outros interesses internos merecedores de proteção, bem como a verificar se as novas regras convivem em harmonia com o sistema jurídico.

Como acima demonstrado, os argumentos do IBEF e os pareceres dados por juristas brasileiros foram todos construídos para concluir pela negativa da possibilidade de a regra entrar no sistema brasileiro na forma como foi feita. Pretendeu-se desqualificar o poder normativo da CVM e apontar tecnicamente a incompatibilidade da regra administrativa com disposições constitucionais sobre direitos individuais.

No caso do IBEF, o Judiciário, a despeito de ainda não ter julgado definitivamente as questões técnicas, por estar em fase de juízo sumário em medida cautelar, fez uma escolha evidente pelos direitos individuais, ao sigilo, dos administradores. Verifica-se nas decisões que o direito individual de não ter devassada a vida financeira foi facilmente visualizado, o que inclusive justificou a concessão de medida liminar. O possível efeito da falta da informação para o mercado foi completamente ignorado e, até mesmo, incompreendido.<sup>68</sup>

Outra face desse mesmo posicionamento do Judiciário foi a relevância dada a aspectos locais (de segurança) e culturais (inexistência do hábito de revelar questões financeiras individuais). Isto nos faz refletir sobre os limites e a adequação da importação de regras globais para o sistema jurídico brasileiro.

Seja pela adequação do conteúdo da norma após a audiência pública, seja com a decisão liminar do Poder Judiciário, este caso demonstra que o transplante de regras aceitas internacionalmente, por si só, não é capaz de dizer como as coisas funcionarão. É preciso pensar em normas que poderão passar por instituições e terão que dialogar com outras regras e princípios do nosso sistema jurídico. O resultado pode não ter sido o desejado ou previsto no momento da edição da norma com inspiração exclusiva em mercados externos.<sup>69</sup> Os autores demonstram que padrões internacionais de governança corporativa ganham contornos próprios quando questionados em instituições locais.

Até a ocorrência desse caso, as discussões sobre boas práticas de governança corporativa restringiram-se a espaços fortemente relacionados com o funcionamento do mercado. Elas ocorrem no âmbito da BM&FBovespa, da CVM e em foros empresariais e acadêmicos. Além disso, as normas de boa

governança, em grande parte, têm caráter voluntário, uma vez que estão na regulação não estatal da BM&FBovespa e na adoção espontânea por algumas empresas listadas nos níveis tradicionais. Com a edição da Instrução CVM 480/2009, a obrigatoriedade tomou o lugar do simples voluntarismo da autorregulação e, em especial, quando se fala em transparência de certas informações, houve o alinhamento a discursos internacionais sobre a obrigatoriedade da divulgação da remuneração dos administradores.

Há outro ponto interessante que o caso revela. A liminar judicial que dá direito à não divulgação trouxe uma situação não esperada pela CVM: algumas empresas, embora beneficiadas pela liminar, prestam a informação, e outras não. Assim, com o recurso ao Judiciário, normas cogentes foram afastadas temporariamente, dando espaço a efeito similar ao voluntarismo do nosso modelo de autorregulação. Ou seja, por meio do Judiciário, uma série de empresas conseguiu tornar a regra opcional (ainda que temporariamente). Quem quiser prestar informação, embora não seja obrigado, pode voluntariamente fazê-lo.

Mas há mais um elemento interessante do caso. Sendo os mercados sensíveis à informação prestada, é possível que os próprios investidores façam a avaliação da omissão dos dados. De fato, uma das respostas do mercado foi a orientação de voto dada pelos acionistas em assembleia, no sentido de rejeitar os pacotes de remuneração em assembleias gerais de empresas que não divulgassem informações completas. Houve um caso, noticiado na mídia, de não aprovação da proposta de remuneração por quase 60% dos acionistas presentes. Uma das razões para a votação contrária seria a não divulgação dos salários.<sup>70</sup> A segunda resposta veio das próprias empresas. Apesar de protegidas pela decisão cautelar, algumas delas deixaram de usar a “liminar IBEF” e passaram a divulgar os dados sobre remuneração dos seus administradores. De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC),

O acompanhamento do percentual de empresas que se apoiaram na liminar do IBEF para a não divulgação das informações do item 13.11 do FR, referentes ao período de 2010 a 2013, aponta que houve uma redução da adesão das empresas a esta liminar

comparando-se os dados referentes a 2010 e a 2011. Depois disso, observa-se uma tendência de crescimento da adesão das empresas ao uso da liminar.

Além disso, afirma-se que:

Na análise da amostra classificada por tipo de controle, o mais alto percentual de empresas que se valeram da liminar em 2013 está entre as empresas de controle estrangeiro (31,6%), seguidas pelas empresas de controle disperso (25,0%). O percentual é nulo entre as empresas de controle estatal, sujeitas a leis de transparência mais rígidas.<sup>71</sup>

Essas duas respostas do mercado e das empresas apontam um limite do efetivo papel do Poder Judiciário de interferência na regulação do mercado de capitais, considerando a sensibilidade do mercado à informação e a existência de uma via reputacional relevante para as empresas que se financiam no mercado de valores mobiliários.

## 6. CONCLUSÃO

---

A partir da pesquisa realizada, é possível concluir que o Judiciário não participa constantemente da criação de regras administrativas da CVM. A análise do único caso relevante nos últimos dez anos, no entanto, demonstra que há potencial de interferência do Judiciário, com a possibilidade de proteção de interesses individuais em contraposição a políticas regulatórias para desenvolvimento do mercado de valores mobiliários, especialmente em sede liminar.

Outro ponto interessante que o caso demonstra é que a decisão judicial de proteção dos direitos individuais em prejuízo às políticas regulatórias da CVM pode ser mitigada por iniciativas dos participantes do mercado, sejam os investidores, sejam as próprias companhias listadas. Isso ficou demonstrado na resposta dos investidores que votaram contrariamente ao pacote de remuneração, em assembleias posteriores, em companhias que se utilizaram da

liminar para não divulgar os números dos salários dos seus executivos. Percebe-se a mitigação também no fato de algumas companhias terem deixado de se utilizar da liminar e de passarem a dar a informação ao mercado, assemelhando-se tal situação ao voluntarismo da autorregulação.

Por fim, o caso analisado indica que, no processo de internalização de padrões regulatórios internacionais, o Poder Judiciário pode ser a instituição local que faz a ponderação e analisa a adequação da regra ao sistema jurídico brasileiro.

## NOTAS

**1** Publicado anteriormente como: PRADO, Viviane Muller. Interferência do Poder Judiciário na regulação do mercado de valores mobiliários: caso da transparência da remuneração dos administradores no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 247-272. DOI 10.5380/rfdufpr.v61i1.43133.

**2** Para acesso aos principais estudos produzidos recentemente sobre este tema, ver: EUROPEAN CORPORATE GOVERNANCE INSTITUTE. **Executive Remuneration**. 30 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.ecgi.org/remuneration>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

**3** O ponto de partida para a modernização do regime de divulgação de ampla informação no Brasil iniciou-se com a Lei n. 10.303/2001 (que possibilitou que a CVM classificasse companhias em diferentes categorias, sujeitas a disciplinas diversas). Essa lei foi seguida por outros normativos: Instrução CVM 358/2002 (sobre divulgação de atos e fatos relevantes); Instrução CVM 400/2003 (sobre informações dadas para o registro de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários nos prospectos); Instrução CVM 480/2009 (sobre registro de emissores de valores mobiliários e informações que devem ser dadas ao mercado em documento denominado Formulário de Referência); Instrução CVM 481/2009 (informações das companhias dadas antes das assembleias gerais); Lei n. 11.638/2007 (regras sobre elaboração de demonstrações financeiras); Instrução CVM 457/2007 (determinou a adoção do IFRS para a elaboração de demonstrações financeiras). Para a reconstrução das reformas sobre o regime jurídico de *disclosure* no mercado de valores mobiliários brasileiro e a demonstração da sua importância para a modernização do nosso sistema, ver: PITTA, André Grünspun. **O regime de informação das companhias abertas**. Quartier Latin: São Paulo, 2013, p. 183-261.

**4** O questionamento da Instrução CVM 308/1999, que determinou o rodízio do Auditor Independente, é outro caso relevante, apesar de referir-se à regulação da CVM anterior aos anos 2000. Os demais questionamentos no Judiciário acerca da atividade normativa referem-se à cobrança de taxas impostas pela CVM aos agentes do mercado de valores mobiliários. Entendo que esta cobrança não é relevante para fins de verificar a participação do Poder Judiciário no núcleo duro da atividade de criação de normas da CVM que regulam condutas destes agentes.

**5** Essas perguntas foram formuladas no projeto de pesquisa denominado “Regulatory State of the South”, coordenado pelos professores Rene Urueña e Mariana Mota Prado.

**6** Sobre o papel do Judiciário na importação de modelos regulatórios internacionais, ver: DUBASH, Navroz K.; MORGAN, Bronwen. Understanding the Rise of the Regulatory State of the South. **Regulation & Governance**, v. 6, n. 3, p. 261-281, 5 jun. 2012; e URUEÑA, Rene. The Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia: The Case of Water Governance. **Regulation & Governance**, v. 6, n. 3, p. 282-299, set. 2012.

**7** Cf. BM&FBOVESPA. **Relatório anual**: 2012. Disponível em: <[http://ri.bmfbovespa.com.br/ptb/1694/RELATORIOANUAL2012PORTUGUESVFINAL\\_raster.pdf](http://ri.bmfbovespa.com.br/ptb/1694/RELATORIOANUAL2012PORTUGUESVFINAL_raster.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2015, p. 77.

**8** Dados sobre a média diária de negociação nas estatísticas da bolsa estão disponíveis em: BM&FBOVESPA. Diretoria de Relações com Investidores. **Apresentação mensal**: setembro 2015. Disponível em: <<http://ri.bmfbovespa.com.br/ptb/2147/Apresentao%20Mensal%20BVMF%20-%20Setembro%202015.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015, p. 24.

**9** Dados retirados de CREDIT SUISSE. **A guide to the Brazilian Economy**: 2009. 11 set. 2009. Disponível em: <<http://www.credit-suisse.com/researchandanalytics>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

**10** Números verificáveis no Relatório Anual 2010 da BM&FBovespa (BMF&BOVESPA. **Relatório anual**: 2010. Disponível em: <[http://ri.bmfbovespa.com.br/ptb/902/BMF\\_Bovespa\\_RelatorioAnual2010\\_final\\_grafica.pdf](http://ri.bmfbovespa.com.br/ptb/902/BMF_Bovespa_RelatorioAnual2010_final_grafica.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2015, p. 41) e nas estatísticas da BM&FBovespa (BMF&BOVESPA. Diretoria de Relações com Investidores. **Apresentação mensal...** Op. cit., p. 26).

**11** Ibidem.

**12** MATTOS FILHO, Ary Oswaldo; PRADO, Viviane Muller. Tentativas de desenvolvimento do mercado acionário brasileiro desde 1964. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda contemporânea**: direito e economia: 30 anos de Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012, t. 2, p. 191-237, p. 211-217.

**13** Cf. BMF&BOVESPA. Bolsa de Valores de São Paulo. **Estudos para o desenvolvimento do mercado de capitais**: desafios e oportunidades para o mercado de capitais brasileiro. Jun. 2010. Disponível em: <[https://www2.bmf.com.br/cimConteudo/W\\_Livros/mercado\\_capitais\\_desafios.pdf](https://www2.bmf.com.br/cimConteudo/W_Livros/mercado_capitais_desafios.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2015; e SANTANA, Maria Helena et al. **Novo Mercado and its Followers**: Case Studies in Corporate Governance Reform. Washington, DC: International

Finance Corporation, 2008. Disponível em: <<http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/e1162a8048a7e69ea787e76060ad5911/Novo%2BMercado%2Btext%2Bscreen%2B4-21-08.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

**14** Cf. GILSON, Ronald J.; HANSMANN, Henry; PARGENDLER, Mariana. Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union. *Stanford Law Review*, v. 63, n. 3, p. 475-537, mar. 2001. Os autores encontram no dualismo regulatório a alternativa para reformas quando não se mostra viável pensar em mudanças na legislação. O Brasil aparece como um caso de dualismo regulatório.

**15** Mencione-se a importância da Lei n. 11.368/2007, que reformou a disciplina das demonstrações financeiras das companhias abertas e sociedades de grande porte. Mediante essa legislação, adotaram-se no Brasil os padrões internacionais de demonstrações contábeis.

**16** A CVM foi criada pela Lei n. 6.385/1976, com o intuito de ser uma autarquia especializada na regulação do mercado de valores mobiliários, sucedendo o Banco Central do Brasil. Sua criação foi fortemente inspirada na Securities and Exchange Commission norte-americana. No campo da estrutura regulatória, as Leis n. 10.303/2001 e 10.411/2002 conferiram mais autonomia administrativa à CVM como instituição reguladora e fiscalizadora do mercado de valores mobiliários, aproximando-a da figura das agências reguladoras criadas a partir de privatizações em vários mercados.

**17** Atribuições explicitadas no art. 4º da Lei n. 6.385/1976 (Lei de Mercado de Capitais).

**18** Excluem-se da competência da CVM os títulos emitidos pelo poder público e também os títulos de responsabilidade de instituições financeiras (art. 2º da Lei n. 6.385/1976).

**19** Para a demonstração da influência dos padrões regulatórios internacionais na atividade regulatória da CVM, ver: PRADO, Viviane Muller; RACHMAN, Nora; COELHO, Alexandre R. Internalização dos padrões regulatórios no Brasil: o caso IOSCO. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET*. Brasília, v. 10, n. 2, p. 231-263, jul./dez. 2015.

**20** Além disto, a BM&FBovespa, a BM&FBovespa Supervisão de Mercado (BSM), a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA) e a CETIP são membros do Comitê Consultivo da IOSCO, juntamente com outras entidades autorreguladoras.

**21** Para saber mais sobre a atuação do Brasil em foros regulatórios internacionais, cf. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Relatório anual 2011**. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio\\_anual/anexos/Relatorio\\_Anuual\\_2011.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuual_2011.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2015.

**22** “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988, artigo 5º, inciso XXXV.

**23** Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**. São Paulo: USP, 2010. Relatório parcial de pesquisa. 2010. Disponível em: <<http://www.niajajuris.org.br/images/documentos/rfusp.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

**24** As doze agências reguladoras estudadas foram: ANAC, ANATEL, ANEEL, ANP, ANS, ANTT, ANVISA, CVM, ANA, ANCINE, ANTAQ e PREVIC.

**25** Cf. BRASIL. Lei n. 7.940, de 20 de dezembro de 1989. Institui a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 1989, artigo 3º.

**26** Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Op. cit., p. 117.

**27** Os números mais altos de judicialização apareceram em estados pouco representativos para o mercado de valores mobiliários (Amazonas, Goiás, Maranhão, entre outros), enquanto não há nenhum caso no estado do Rio de Janeiro, onde está sediada a CVM. Esses números sugerem o questionamento sobre se o sistema de busca do *site* dos tribunais federais é adequado para a realização da pesquisa de jurisprudência pretendida.

**28** Para uma síntese do debate sobre o estudo de caso único, ver (apesar de a reflexão ser em pesquisa em administração, os pontos trazidos são relevantes para pensar na pesquisa jurídica): MARIOTTO, Fabio Luiz; ZANNI, Pedro Pinto; MORAES, Gustavo Hermínio Salati Marcondes de. What is the Use of a Single-Case Study in Management Research? **Revista de Administração de Empresas**, v. 54, n. 4, p. 358-369, jul./ago. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-75902014000400358](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902014000400358)>. Acesso em: 6

fev. 2016. Sobre a utilização do método em um caso de pesquisa jurídica, ver: GHIRARDI, José Garcez; PALMA, Juliana Bonacorsi de; VIANA, Manuela Trindade. Posso fazer um trabalho inteiro sobre um caso específico? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178-190; e MACHADO, Maíra Rocha. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Bonetti (Orgs.). **Desenvolvimento nas ciências sociais**: o estado das artes: livro 1: direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI. Brasília: Ipea; Conpedi, 2013, p. 177-200. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_direito\\_desenvolvimento\\_brasil\\_vol01.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_direito_desenvolvimento_brasil_vol01.pdf)>. Acesso em: 6 fev. 2016.

**29** Nesse sentido, ver: MORICEAU, Jean-Luc. What Can We Learn from a Singular Case like Enron? **Critical Perspective on Accounting**, n. 16, p. 787-796, 2005, p. 794; e STAKE, Robert E. **The Art of Case Study Research**. London: Sage, 1995 (este autor dedica um capítulo à defesa da análise de um único caso. Afirma que: “*The real business of case study is particularization, not generalization*”).

**30** Robert Stake indica que se deve dar ênfase à interpretação (STAKE, Robert E. Op. cit., p. 8).

**31** Aqui está a justificativa de Yin para a realização do estudo de caso. Trata-se do “desejo de compreender fenômenos sociais complexos” (YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2005, p. 20).

**32** MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. **Law & Capitalism**: What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World. Chicago: University of Chicago Press, 2008. Os autores utilizaram no livro a metodologia do estudo de casos em diversos países, e advertem: “*No methodology is perfect, and we want to adress the limitations o fours up front*” (p. 10). Observam ainda o objetivo “*learn from the autopsy about a system*” (p. 11).

**33** Cf. BEBCHUK, Lucian A.; COHEN, Alma; SPAMANN, Holger. The Wages of Failure: Executive Compensation at Bear Stearns and Lehman 2000-2008. **Yale Journal on Regulation**, v. 27, p. 257-282, 2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1513522](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1513522)>. Acesso em: 14 jun. 2015.

**34** Formou-se um *Compensation Workstream Group* ao qual foi atribuída a tarefa de elaborar “*draft sound practice principles for large financial institutions*”.

**35** Cf. FINANCIAL STABILITY FORUM. **FSF Principles for Sound Compensation Practices**. 2 abr. 2009. Disponível em: <[http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r\\_0904b.pdf?page\\_moved=1](http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_0904b.pdf?page_moved=1)>. Acesso em: 14 jun. 2015.

**36** O FSB ainda complementa, sobre a implantação dos princípios: “*The benefits of sound compensation practices will be achieved only if there is determined and coordinated action by national regulators, facilitated if necessary by suitable legislative powers and supported by national governments*” (Item I).

**37** Na redação literal: “*Principle 9. Firms must disclose clear, comprehensive and timely information about their compensation practices to facilitate constructive engagement by all stakeholders. Stakeholders need to be able to evaluate the quality of support for the firm’s strategy and risk posture. Appropriate disclosure related to risk management and other control systems will enable a firm’s counterparties to make informed decisions about their business relations with the firm. [...]*”

**38** Cf. INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. **Principles for Periodic Disclosure by Listed Entities: Final Report**. Fev. 2010. Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD317.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

**39** Vide Letra d: *Compensation disclosure*.

**40** Cf. BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 dez. 1976, artigo 132.

**41** Cf. *Ibidem*, artigo 152.

**42** Cf. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Relatório de análise da Superintendência de Desenvolvimento do mercado (SDM) à audiência pública n. 07/2008**. 7 dez. 2009. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias\\_publicas/ap\\_sdm/anexos/2008/sdm0708-relatorio.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2008/sdm0708-relatorio.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2015. Ressalta-se que, nesta minuta, a CVM faz expressa referência ao modelo, sugerido pela IOSCO, de “*self registration system*” (*Adapting IOSCO International Disclosure Standards for Self Registration System*, março de 2001).

**43** No projeto colocado para audiência pública, a CVM indicava que gostaria de saber do mercado sobre a “conveniência e necessidade de se exigir que informações sobre a remuneração de administradores fossem prestadas de maneira individualizada (por administrador) ou por órgão da administração” (Item 11.8).

**44** Dados apontados no Relatório de Análise da Superintendência de Desenvolvimento do mercado (SDM) à audiência pública 07/2008.

**45** É interessante ler o argumento a ser refutado pela CVM, no Item 11.8. Cf. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Relatório de análise da Superintendência de Desenvolvimento do mercado (SDM) à audiência pública n. 07/2008**. Op. cit., p. 52-53. Sobre o aspecto cultural, cf. TANOUE, Luciana. O tabu da remuneração: os aspectos culturais, sociológicos e psicológicos que explicam a recusa dos administradores de companhias abertas em ter sua remuneração revelada. **Capital Aberto**, v. 7, n. 80, p. 32-36, abr. 2010.

**46** “Por fim, há o argumento da segurança. Há os que acreditem que, em um país com os índices de violência encontrados no Brasil, é temerária a ampla divulgação de informações sobre a remuneração individual de administradores” (Item 11.8).

**47** “As melhores práticas internacionais ditam que se deve buscar nível elevado de transparência nas informações sobre remuneração e programas de incentivos dos administradores (*Corporate Governance in Emerging Markets – Report from Emerging Markets Committee of the IOSCO*, Dezembro de 2007).” Cf. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Relatório de análise da Superintendência de Desenvolvimento do mercado (SDM) à audiência pública n. 07/2008**. Op. cit., p. 58. A referência mencionada pela CVM é a seguinte: INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. **Corporate Governance Practices in Emerging Markets: Report from the Emerging Markets Committee of the International Organization of Securities Commissions**. Dez. 2007. Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD261.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

**48** “Alcançar os padrões internacionais de transparência, inclusive em relação à divulgação da remuneração dos administradores, é processo inexorável para qualquer país que deseje desenvolver um mercado de valores mobiliários robusto”. Cf. *Ibidem*, p. 58.

**49** Esta forma de apresentar a remuneração foi uma proposta da AMEC e do IBGC. Cf. *Ibidem*, p. 59.

**50** Cf. *Ibidem*, p. 58.

**51** Resposta ao quesito 1º do Parecer de Nelson Eizirik, p. 22-26, e ideia exposta às p. 2-11 do Parecer de Luís Roberto Barroso.

**52** Parecer Nelson Eizirik, resposta ao quesito 2º.

**53** Parecer de Luís Roberto Barroso, p. 15.

**54** Parecer de Luís Roberto Barroso, p. 16.

**55** Parecer de Luís Roberto Barroso, p. 20.

**56** Parecer de Luís Roberto Barroso, p. 13. O presidente da Abrasca, Antonio Castro, manifestou-se no seguinte sentido: “Nos parece mais uma questão de curiosidade do que efetivamente de necessidade do investidor”. *Gazeta Mercantil*, 2 abr. 2009.

**57** Petição inicial, p. 19. (BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. **Ação de Procedimento Ordinário n. 2010.5101002888-5**: Petição Inicial. Autor: Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças – IBEF Rio de Janeiro. Réu: Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Juiz Firly Nascimento Filho. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/peticao-suspensao-in-480-cvm.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2015).

**58** Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1.210 – RJ (2010/0049852-0)**. Agravante: Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Agravado: Instituto Brasileiro dos Executivos de Finanças – IBEF Rio de Janeiro. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgado: 1 set. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16704801/agravo-regimental-na-suspensao-de-liminar-e-de-sentenca-agrg-na-sls-1210-rj-2010-0049852-0/inteiro-teor-16804460>>. Acesso em: 14 jun. 2015, p. 2-3. Literalmente: “permitir aos acionistas e aos potenciais investidores que compreendam, por meio delas [informações], toda a dinâmica de incentivos dados à administração, bem como avaliem a razoabilidade dos montantes e da concentração das recompensas, tudo isso cotejado com as informações divulgadas pelas demais companhias”.

**59** *Ibidem*.

**60** Para informações sobre os recursos, ver ficha do caso, disponível no site do Superior Tribunal de Justiça.

**61** Estudos que trabalharam este argumento da segurança e violência da decisão liminar do caso IBEF incluem: (a) ARGUELHES, Diego Werneck; PARGENDLER, Mariana. Custos colaterais da violência no Brasil: rumo a um direito moldado pela insegurança? **Revista Direito GV**, v. 9, n. 1, p. 269-298, 2013; (b) COSTA, Cristiano M. et al. Violence-Related Costs and Disclosure: Why Are Some Firms Unwilling to Disclose Executive's Compensation? In: 34. BRAZILIAN MEETING OF ECONOMETRICS, out. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ocs/index.php/sbe/EBE12/paper/view/3785/1460>>. Acesso em: 14 jun. 2015; e (c) BARROS, Lucas Ayres B. de C. et al. Facing the Regulators: Non-Compliance with Detailed Mandatory Compensation Disclosure in Brazil. **Emerging Markets Finance and Trade**, v. 51, n. sup. 2, p. S47-S61, 15 jun. 2015.

**62** Neste, as partes interpuseram recurso especial e recurso extraordinário e conseguiram efeito suspensivo, garantindo temporariamente o direito de não revelar a informação exigida pela CVM.

**63** Este percentual está apontado em BARROS, Lucas Ayres B. de C. et al. Op. cit., p. 32.

**64** Cf. BARROS, Lucas Ayres B. de et al. Op. cit. Esses autores apontam que as empresas que não seguem os padrões de *compliance* são listadas nos dois principais segmentos da BM&FBovespa. De toda forma, no relatório do IBGC (relatório 2012, p. 30), indica-se que as companhias listadas no Novo Mercado estão em menor número na utilização da liminar IBEF. Isto já aparecia no ano anterior.

**65** Conforme nota 20, acima, na IOSCO participam a CVM e outras SRO brasileiras (BM&FBovespa, ANBIMA e CETIP).

**66** Sobre o papel do Judiciário diante da importação de modelos regulatórios internacionais, ver: DUBASH, Navroz K.; MORGAN, Bronwen. Op. cit.; e URUEÑA, Rene. Op. cit.

**67** MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. Op. cit., p. 40.

**68** Neste sentido é a primeira decisão que deferiu a liminar. Cf. BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. **Ação de Procedimento Ordinário n. 2010.5101002888-5**. Autor: Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças – IBEF Rio de Janeiro. Réu: Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Juiz Firly Nascimento Filho. Julgado: 2 mar. 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-in-480-cvm.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015, p. 4. Na

segunda instância: BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. **Agravo de Instrumento 2010.02.01.002742-8**. Agravante: Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Agravado: Instituto Brasileiro dos Executivos de Finanças – IBEF. Interposto em face da decisão proferida pelo M.M. Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Juiz convocado: Marcelo Pereira da Silva. Julgado: 6 mar. 2013. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23479697/ag-agravo-de-instrumento-ag-201002010027428-trf2/inteiro-teor-111715185>>. Acesso em: 14 jun. 2015, p. 1. Na terceira e última instância: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1.210 – RJ (2010/0049852-0)**. Agravante: Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Agravado: Instituto Brasileiro dos Executivos de Finanças – IBEF Rio de Janeiro. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgado: 1 set. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16704801/agravo-regimental-na-suspensao-de-liminar-e-de-sentenca-agrg-na-sls-1210-rj-2010-0049852-0/inteiro-teor-16804460>>. Acesso em: 14 jun. 2015, p. 4.

**69** Isto não é algo exclusivo do Brasil. *Vide* os casos da Mannesman, na Alemanha; da Livedoor, no Japão; da SK Corporation, na Coreia; da China Aviation Oil, na China e em Cingapura; e da Yukos, na Rússia — todos narrados na obra MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. *Op. cit.*

**70** Cf. CARVALHO, Denise; TORRES, Fernando. Arrocho salarial. **Valor Econômico**. São Paulo, 4 maio 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/885631/arrocho-salarial>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

**71** Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Remuneração dos Administradores**: 2013. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Pesquisa%20Remuneracao%202013.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015, p. 6. Cf., ainda, JUSTIÇA proíbe CVM de imposição a companhias abertas. **R7 Notícias**, 23 maio 2013. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/economia/noticias/justica-proibe-cvm-de-imposicao-a-companhias-abertas-20130523.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.



### 3. REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES ANTITRUSTE: INCENTIVOS PARA ACORDOS?

Paulo Furquim de Azevedo

#### 1. INTRODUÇÃO

---

A revisão judicial é uma parte essencial das instituições de políticas de concorrência. Em países onde a agência de concorrência é parte do Executivo, a revisão judicial pode melhorar, mitigar ou modificar completamente a decisão administrativa e, como consequência, ser a última responsável pela aplicação da lei de concorrência.

A revisão judicial disciplina as ações das agências regulatórias da concorrência e, já que está menos sujeita a pressão de grupos de interesse, diminui a probabilidade de captura.<sup>1</sup> Ademais, verifica-se também a adjudicação por um corpo maior e a assistência de múltiplos graus na diminuição de erros do tipo I e II, ao melhorar a qualidade da decisão final.<sup>2</sup> Por outro lado, a revisão judicial pode mitigar diretamente a decisão administrativa, adiando a aplicação da lei de concorrência, e pode adicionar sinais conflitantes em agentes econômicos ao aumentar a incerteza jurisdicional.<sup>3</sup>

Este artigo investiga um efeito adicional da revisão judicial: os incentivos para induzir acordos (contratos *nolo contendere*) entre autoridades antitruste e empresas, seja em casos de fusões ou de conduta, como uma estratégia para evitar o Judiciário. O argumento central do artigo é que o custo de longos processos judiciais induz as partes a negociarem um acordo. Particularmente, as partes que mais sofrem com a incerteza do passivo judicial são aquelas que tendem a aceitar esse tipo de solução. Por outro lado, as partes que se beneficiam do protelamento da decisão antitruste preferem seguir com o processo judicial. Com o tempo, os tribunais tendem a tratar predominantemente de casos em que as partes buscam protelar a decisão administrativa, enquanto os acordos serão principalmente utilizados em casos onde o valor de encerrar a disputa judicial é mais alto.

O capítulo traz evidências quantitativas e qualitativas de que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), a autoridade concorrencial brasileira, reagiu estrategicamente à revisão judicial de suas decisões, fortalecendo regras de devido processo legal e incentivando acordos com empresas em atos de concentração ou processos administrativos. O efeito geral da revisão judicial na eficácia das políticas de concorrência é ambíguo. Os acordos tendem a reduzir os custos de litígio e antecipar a aplicação das políticas de concorrência. Por outro lado, as empresas que querem postergar as decisões da autoridade antitruste podem ganhar tempo, recorrendo judicialmente contra as decisões do órgão. Essa seleção adversa de casos que são levados aos tribunais distorce o papel da revisão judicial, que pode, sem intenção, mitigar ou até anular os efeitos positivos sobre a qualidade das decisões da agência.

O restante deste artigo se divide da seguinte maneira: a seção 2 fornece informações históricas sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sobre os incentivos para empresas e terceiros questionarem as decisões da autoridade reguladora; a seção 3 fornece evidência empírica sobre a revisão judicial de decisões antitruste no Brasil; a seção 4 investiga, em detalhes, as reações estratégicas à revisão judicial, particularmente os incentivos para a promoção de acordos em casos na esfera administrativa; finalmente, a seção 5 discute algumas implicações normativas.

## **2. A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA BRASILEIRA E A REVISÃO JUDICIAL: INFORMAÇÕES HISTÓRICAS**

---

Esta seção traz informações históricas sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sobre os incentivos para levar as decisões antitruste aos tribunais. A primeira parte da seção apresenta as particularidades do caso brasileiro, necessárias para entender a análise empírica das seções 3 e 4. A segunda parte desta seção explica por que uma empresa pode preferir um acordo ao invés de questionar a decisão no Judiciário e, assim, explica a demanda pela revisão judicial. Esses incentivos possuem um papel-chave na avaliação das consequências e implicações da revisão judicial de decisões antitruste.

### • 2.1. ASPECTOS INSTITUCIONAIS DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A política brasileira de defesa da concorrência é baseada primordialmente na esfera administrativa, tendo o CADE, uma autarquia administrativa independente, como sua autoridade de concorrência. Embora a agência tenha sido criada em 1962, pela Lei n. 4.137, foi somente com a promulgação da Lei n. 8.884, em 1994, que o CADE recebeu os meios e a capacidade para aplicar a política de concorrência. Portanto, a revisão judicial das decisões antitruste ganhou relevância após 1994, quando a autoridade de concorrência passou a atuar de modo mais restritivo às estratégias empresariais. Em 2012, a nova lei da concorrência (Lei n. 12.529) foi promulgada, com importantes mudanças na revisão de fusões e aquisições e na forma de organização da agência. A evidência empírica sobre a revisão judicial aqui apresentada neste estudo está principalmente relacionada à Lei n. 8.884/1994, lei prevalecente em quase todos os processos judiciais que contestaram decisões do CADE no período coberto por análise empírica. Ainda que tenha por referência dominante a legislação anterior, quando for apropriado, este artigo discutirá as prováveis implicações da nova lei de concorrência sobre a revisão judicial.

O CADE possui uma divisão interna, a Superintendência-Geral, que investiga casos de conduta e revisa fusões e aquisições. Quando a Superintendência-Geral encerra uma investigação, seu parecer é enviado ao tribunal administrativo do CADE, que é composto por sete conselheiros com mandatos de quatro anos. Esse tribunal toma a decisão administrativa final, que pode ser questionada na justiça por qualquer parte interessada (empresas, concorrentes, consumidores). Como os processos judiciais são geralmente sujeitos à revisão de pelo menos duas instâncias recursais, o escrutínio das decisões administrativas pode levar anos.

O CADE pode promover acordos na esfera administrativa e, como consequência, mitigar o conflito e a consequente judicialização de suas decisões.<sup>4</sup> Os acordos são contratos entre a autoridade de concorrência e os administrados, seja em casos de conduta (por exemplo, de réus em uma investigação antitruste) ou em casos de fusões (por exemplo, empresas que participam de uma fusão ou aquisição). Como um contrato, onde as partes livremente con-

cordam com os seus termos, os acordos devem ser estritamente preferidos, seja pelas empresas, seja pelo CADE, ao curso do processo no Judiciário. Para entender o que motiva as partes a celebrarem acordos com a autoridade concorrencial, são apresentados, a seguir, os incentivos que levam as partes a judicializar as decisões do CADE.

## • 2.2. POR QUE AS PARTES QUESTIONAM AS DECISÕES DO CADE?

Depois de uma parte sofrer algum tipo de constrição em uma decisão do CADE, ela pode decidir questioná-la, no Judiciário, por três motivos diferentes. Primeiro, a empresa pode avaliar que o CADE não decidiu de maneira apropriada ou, pelo menos, que o Judiciário interpretaria a lei de maneira diferente. Esse é o caso no qual há uma dissonância cognitiva entre a agência antitruste e as empresas sobre qual seria a decisão correta ou qual decisão prevaleceria ao final do processo. Essa é, tipicamente, uma razão legítima para acessar o Judiciário com o intuito de resolver um conflito entre as empresas e a autoridade sobre qual é a interpretação da lei de concorrência. Como consequência, motivadas por essa razão, as empresas possuem expectativas de que o Judiciário possa anular a decisão da agência, mas sem que tenham elevado grau de certeza sobre o resultado final.

As empresas também podem contestar judicialmente um caso administrativo com a finalidade de impedir abuso de poder da autoridade antitruste, um motivo processual legítimo para a judicialização. O desenho institucional que assegura o direito a um questionamento judicial tem como uma de suas funções primárias impor limites ao poder investido na agência regulatória. Como esse motivo de judicializar trata do controle de um claro abuso de poder, tanto o CADE quanto as empresas teriam elevada expectativa de que o Judiciário anule a decisão administrativa, de tal modo que o resultado da revisão judicial seria previsível. Por esse motivo, a autoridade tem incentivos adequados para não extrapolar os seus poderes a fim de evitar a anulação de seus atos pela justiça. Esse é um efeito latente e benéfico de uma revisão judicial eficaz, uma vez que a potencialidade de revisão judicial tem por efeito disciplinar os atos da autoridade. A ameaça de levar um caso de claro abuso de poder aos tribunais é crível, já que o desfecho desfavorável à autoridade administrativa

é previsível. Como consequência, dado que a possibilidade de revisão judicial é crível, a autoridade restringe suas ações *ex ante*. Desse modo, essa hipótese de judicialização, embora real e verossímil, é apenas raramente observada.

Finalmente, o terceiro motivo para uma parte judicializar uma decisão da autoridade não é legítimo, ainda que seja muito frequente. As empresas podem usar o Judiciário para postergar a aplicação de decisões antitruste, o que Fox e Trebilcock<sup>5</sup> chamam de “indevido processo legal”. O tempo entre a decisão administrativa e o final do trâmite judicial, quando a empresa terá que eventualmente cumprir a decisão da agência, é valioso em algumas situações. Por exemplo, uma empresa, condenada por adotar uma estratégia excludente para impedir a concorrência, pode lucrar com a revisão judicial da decisão do CADE se o *status quo* for preservado durante o processo judicial. Mesmo em casos onde a estratégia anticompetitiva deixou de ocorrer, a empresa condenada pode querer postergar o pagamento de multas. Isso é esperado quando os advogados ou os executivos preferem postergar o pagamento para um futuro distante, quando eles, provavelmente, não estarão mais trabalhando na empresa, ainda que tais custos venham a recair sobre os acionistas.

Vale salientar que as empresas podem querer postergar a aplicação da lei mesmo quando estão certas de que a justiça irá confirmar a decisão da autoridade antitruste. O interesse por uma revisão judicial irá depender, num caso extremo, somente do tempo necessário para obter uma solução judicial final, combinada com a possibilidade de obtenção de medidas liminares para suspender os efeitos da decisão administrativa até que uma decisão final seja alcançada. Visto se apoiarem em motivação ilegítima para a revisão judicial, este tipo de parte será aqui referenciado como “maus-litigantes”.

Os consumidores e os concorrentes podem também questionar uma decisão administrativa no Judiciário. Eles possuem incentivos para usar essa estratégia por dois motivos, que são análogos aos dois que induzem as empresas reguladas a levarem seus casos para os tribunais. Primeiro, eles podem avaliar que há uma dissonância cognitiva entre a autoridade administrativa e a judicial, de tal modo que esta última poderia, com alguma probabilidade positiva, anular as decisões da agência. Novamente, neste caso, o resultado final da revisão judicial é imprevisível, já que esta deve decidir sobre uma questão aberta ou controversa. Segundo, os consumidores e os concorrentes

podem usar o Judiciário para controlar as ações da agência para evitar sua captura por empresas reguladas. Como no caso de abuso de poder, um motivo para as empresas reguladas apelarem ao Judiciário é evitar que o comportamento da autoridade se desvie de sua finalidade, servindo aos interesses das empresas reguladas e não ao interesse da sociedade, um aspecto-chave do desenho institucional da regulação e revisão judicial. Quando a captura é clara e incontroversa, as agências, de um lado, e os consumidores ou concorrentes, de outro, possuem a mesma expectativa com relação à decisão judicial final. Em equilíbrio, antecipando que suas decisões podem ser questionadas no Judiciário, as agências irão se recusar a agir em favor de empresas reguladas e, quando a revisão judicial for perfeitamente eficaz, casos desse tipo não serão levados aos tribunais. Mais uma vez, esse é um efeito latente — e muito importante — de uma revisão judicial eficiente, que não é diretamente observado em casos judiciais.

Esses incentivos interagem com algumas características da revisão judicial, causando um efeito no funcionamento da política de concorrência, que é central para o argumento aqui desenvolvido. Quando a revisão judicial é muito custosa e demorada, as partes que buscam uma solução judicial por motivos legítimos (litigantes que procuram o Judiciário para resolver uma dissonância cognitiva na interpretação da lei num caso concreto ou para controlar o abuso de poder ou captura) irão preferir mecanismos alternativos para evitar o uso do Judiciário. Um desses mecanismos é encerrar a disputa na esfera administrativa. A agência e as empresas possuem incentivos para entrar em acordo, antecipando a decisão que esperam observar no Judiciário, o que as leva a desenhar um acordo que se aproxime da decisão final em todas as suas dimensões, tal como o montante das multas, ordens de desinvestimento e outras medidas correlatas.

Por outro lado, as partes que demandam uma revisão judicial por motivos ilegítimos (i.e., protelar a decisão administrativa) estariam tão mais propensas a levar o caso aos tribunais quanto mais tempo os procedimentos judiciais levarem. Essa interação entre os incentivos para ir aos tribunais e a duração da revisão judicial causa uma seleção adversa de litígios. Se a revisão judicial levar muito tempo, empresas que querem adiar as decisões administrativas (as más-litigantes) levariam seus casos aos tribunais quando o benefício em

fazê-lo ultrapasse os custos do litígio. Em contraste, as empresas que possuiriam razões legítimas para recorrer ao Judiciário tentarão mecanismos alternativos para evitar o tempo e os custos de utilizarem o Judiciário. Ademais, os consumidores e os concorrentes, que presumivelmente também não querem adiar a decisão administrativa, levarão menos casos ou nenhum caso ao Judiciário.

A próxima seção fornece evidências empíricas da judicialização de decisões antitruste no Brasil e explora a hipótese de um efeito indireto da revisão judicial sobre acordos entre o CADE e as empresas investigadas.

### **3. A REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES ANTITRUSTE NO BRASIL: EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS**

---

Foram coletados dados de todas as decisões do CADE, entre 2004 e 2010, num total de 734, em que a autoridade de concorrência impôs alguma restrição ou penalidade às partes, ou seja, casos onde as partes tinham motivo para demandar a revisão judicial. Depois, foram coletados os dados de todos os casos que foram revistos pelo Judiciário (365 casos). A base de dados contém informações sobre o tipo de caso antitruste (fusão, conduta unilateral ou cartel), o tempo de duração da decisão administrativa (uma indicação de complexidade), o tipo de restrição (multas, desinvestimento, cláusulas auxiliares etc.), se a decisão administrativa foi negociada por meio de um acordo ou não,<sup>6</sup> número de recursos em esfera administrativa, decisões judiciais nas diferentes instâncias (se elas confirmam, modificam ou invalidam a decisão administrativa) e outras variáveis de controle.

As estatísticas descritivas fornecem evidências iniciais dos efeitos da revisão judicial sobre a eficácia da política de concorrência. O tempo médio de todos os procedimentos judiciais envolvendo as decisões do CADE é de 54 meses (4 anos e 6 meses). Isso é consideravelmente maior que os padrões internacionais para questões de concorrência, que são particularmente sensíveis ao tempo. Uma pesquisa em 27 países, conduzida pela International Competition Network, em 2006, concluiu que somente três deles possuíam um tempo médio de revisão judicial maior que três anos.<sup>7</sup> A duração média dos processos judiciais é maior (110 meses, quase 10 anos) em casos em que

o Judiciário anula a decisão administrativa, o que presumivelmente requer uma análise mais profunda.

Esses números, entretanto, subestimam a duração realmente esperada de uma revisão judicial regular de uma decisão administrativa. Como a aplicação da política de concorrência é relativamente nova, os casos mais complexos ainda não foram concluídos. Isto significa que as médias apresentadas acima irão, certamente, aumentar, uma vez que os casos transitados em julgado tendem a ser justamente os casos mais simples e, por esse motivo, de menor duração.

A tabela 1 fornece evidências de alguns casos importantes ainda não concluídos, todos eles há mais de dez anos em curso. Dois casos são particularmente importantes: o caso do cartel do aço, condenado pelo CADE em 1999, e o caso da fusão Nestlé-Garoto, bloqueada em 2004 e ainda aguardando a decisão judicial. Neste último, é provável que os tribunais remetam o caso ao CADE para uma nova decisão depois de aproximadamente doze anos. Esse longo tempo restringe a eficácia das políticas de concorrência em casos de fusões — uma intervenção supostamente preventiva —, já que a concorrência é um processo dinâmico e os concorrentes podem experimentar destinos irreversíveis durante esse longo período de tempo. Como consequência, a concorrência foi provavelmente prejudicada pela postergação das decisões da autoridade de concorrência.

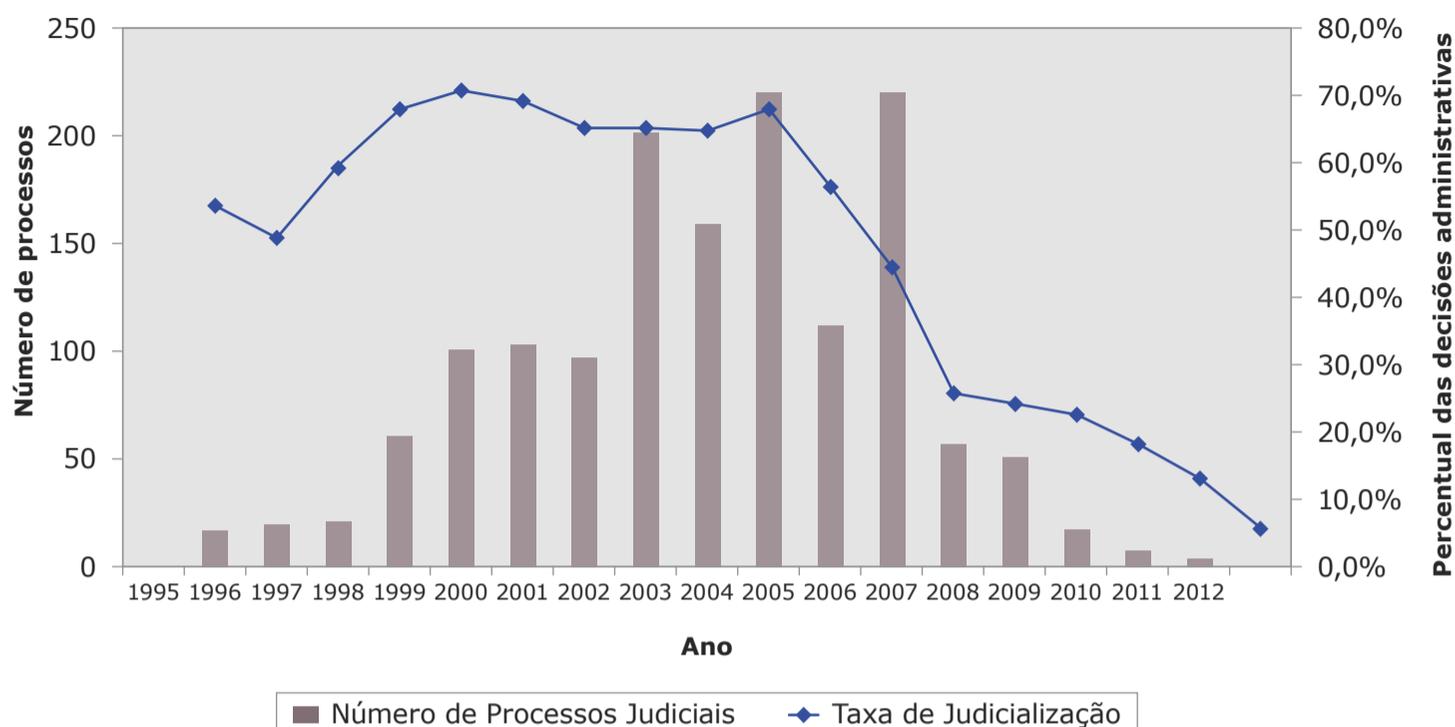
**Tabela 1 - Casos selecionados de revisão judicial ainda em curso**

<b>CASO</b>	<b>Descrição</b>
Cartel do Aço	Condenado pelo CADE em 1999; ainda está pendente de decisão judicial final. 24 liminares foram concedidas em nome da empresa. Até o presente momento, as empresas não pagaram qualquer multa.
Fusão Nestlé-Garoto	A fusão foi bloqueada pelo CADE em 2004. A vara de primeira instância reverteu a decisão; a segunda instância decidiu retornar o caso ao CADE. Após dez anos, o caso ainda está pendente de uma decisão judicial final.
Cartel das Britas	Condenado pelo CADE em 2005. Até agora somente uma empresa pagou a multa imposta (2,5 milhões de reais). Esse pagamento aconteceu após a revisão do montante, que fora reduzido mediante recurso administrativo.
Cartel do Ferro	A eficácia da decisão final do CADE foi obstruída por liminares durante seis anos. A decisão do CADE de 2005 ainda está sob revisão judicial. Nesse caso, o juiz determinou que as empresas apresentassem caução para a multa.

Com relação à intensidade de deferência judicial, os tribunais confirmaram, em média, 73,9% das decisões do CADE. Ademais, este montante vem aumentando desde meados dos anos 2000, sendo mais de 80% desde 2008. Esses números são consistentes com a hipótese de seleção adversa na revisão judicial, conforme mencionado na seção 2 deste capítulo. Quando a quantidade de tempo dos procedimentos judiciais é muito longa, as empresas que demandam os serviços da justiça são predominantemente as más-litigantes, que buscam simplesmente protelar a decisão administrativa. Elas levam suas causas aos tribunais, independentemente de saberem que irão perder a causa ao final do processo. A longa duração observada nos procedimentos judiciais e a alta taxa de deferência judicial são consistentes, em conjunto, com a predominância dos maus-litigantes na revisão judicial das decisões do CADE.

A figura 1 apresenta informações sobre o número de processos judiciais contra o CADE (barras) e a taxa de judicialização (linha), mensurada por meio da divisão do número de decisões judicializadas pelo número total de decisões do CADE que impuseram restrições aos administrados (e.g., remédios em atos de concentração, multas ou obrigações de fazer). Assim sendo, enquanto a barra representa o número absoluto de processos judiciais, a linha representa o número de processos judiciais como uma porcentagem do número total de decisões do CADE. A taxa de judicialização é apresentada em médias móveis de três anos. Esse procedimento reduz os efeitos de idiosincrasias anuais, mostrando as tendências de forma mais clara.

A figura 1 revela dois fatos relevantes. Primeiro, a taxa de judicialização das decisões do CADE foi extremamente alta nos primeiros dez anos desde a promulgação da Lei n. 8.884/1994, variando entre 60% e 70%. Isso significa que, em média, quase dois terços das decisões tiveram sua aplicação postergada por aproximadamente cinco anos. Isso pode ter efeitos substanciais nas políticas de concorrência, já que questões de concorrência são particularmente sensíveis ao tempo. Segundo, embora o número de recursos ainda fosse alto em 2007, a taxa de judicialização começou a cair consistentemente após 2005, atingindo em torno de 10% em 2012, com uma tendência de ainda maior queda.

**Figura 1 - Evolução da judicialização no CADE**

*Fonte: CADE e Tribunais Federais. Elaboração própria.*

Argumenta-se aqui que a grande queda na taxa de judicialização não foi devida a qualquer mudança no Judiciário, mas sim ao aumento no número de acordos promovidos pelo CADE, o que, por sua vez, fora induzido pela revisão judicial. A seguir, são apresentados, em maiores detalhes, os efeitos da revisão judicial nas ações da agência, analisando, em particular, a hipótese de aumento na ocorrência de acordos na esfera administrativa.

#### **4. OS EFEITOS DA REVISÃO JUDICIAL NAS AÇÕES DA AGÊNCIA**

A alta proporção de decisões do CADE levadas à justiça, nos primeiros dez anos da Lei n. 8.884/1994, tornou menos eficaz a lei de defesa da concorrência. Por conta desse efeito, esperava-se que a autoridade reagiria estrategicamente à probabilidade de ser revista pelo Judiciário. Esta seção traz evidências de dois tipos de reações, uma relacionada à qualidade dos procedimentos formais do CADE e a outra relacionada aos mecanismos alternativos de resolução de disputas.

O CADE tomou medidas para melhorar as regras administrativas internas de devido processo legal e evitar quaisquer vícios processuais em suas deci-

sões, reduzindo os motivos para as empresas recorrerem ao Judiciário. Essa estratégia iniciou-se em 2006, quando o CADE realizou audiências públicas para elaboração de seu regimento interno, que, claramente, emulava as rotinas e o jargão dos tribunais. A ideia básica era replicar, na esfera administrativa, todas as nuances entendidas pelo Judiciário como devido processo legal. Havia também um esforço para melhorar a comunicação com os juízes. O CADE promoveu seminários sobre políticas de concorrência com a finalidade de advocacia da concorrência. O primeiro ocorreu em 2006, coorganizado com a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), tendo os juízes como seu público principal e os conselheiros do CADE entre os palestrantes.

Em 2007, o CADE implantou sua política de acordos, também precedida por audiências públicas. Antes dessa política, à autarquia era permitido negociar acordos em fusões e em casos de conduta unilateral, mas não em casos de cartel. Isso foi mudado com uma emenda à lei de concorrência em 2007, que deu permissão ao CADE para também promover acordos em casos de cartel.

Além disso, até 2007, a agência não possuía uma política de acordos explícita. Ao substituir um sistema *ad hoc* de negociação, aumentou a previsibilidade de seus acordos e, mais importante, construiu, dentro da agência, a capacidade para negociar e desenhar o contrato apropriado. De fato, um comitê interno foi instituído para conduzir negociações com as partes e, como parte da política de acordos, a autarquia ofereceu treinamento formal em estratégias de negociação aos servidores públicos, particularmente para aqueles que atuavam no comitê interno de negociação.

A tendência de formalizar procedimentos de negociação também foi observada em outras jurisdições, tais como o Japão e a Comunidade Europeia, entre outros. Como consequência, não se pode atribuir essa tendência somente à custosa e morosa revisão judicial brasileira. Fóruns internacionais em questões de política de concorrência, tais como a OCDE e a International Competition Network, já disseminavam o conceito de procedimentos de negociação entre as sugestões de melhores práticas. Não obstante, as particularidades do Judiciário brasileiro criaram incentivos adicionais para que as partes resolvessem seus casos na esfera administrativa.

Para uma visão mais detalhada dos efeitos da revisão judicial nas ações do CADE, o restante desta seção responde as seguintes indagações: a) “Os

acordos, de fato, reduzem a judicialização?”; b) “Há evidência do uso intencional dos acordos para evitar a revisão judicial?”; e c) “Os acordos explicam a queda drástica da taxa de judicialização das decisões do CADE?”.

#### ● 4.1. OS ACORDOS REDUZEM A JUDICIALIZAÇÃO?

Os acordos são um processo negociado como uma alternativa ao processo adversarial de um julgamento. Por esse motivo, os acordos podem ser considerados substitutos diretos dos tribunais e, como tais, devem reduzir a judicialização das decisões da agência. Não obstante, terceiros podem questionar um acordo na justiça se consumidores ou concorrentes perceberem o acordo como sendo muito leniente com a parte sancionada. Como os acordos podem ser levados aos tribunais, é necessário investigar se eles realmente reduzem a judicialização e, assim sendo, poderiam ser usados, de forma estratégica, para evitar que as decisões da autarquia fossem levadas ao Judiciário.

Para responder esta questão, são utilizados os dados das decisões do CADE descritas na parte anterior. Conforme já mencionado, de 1994 a 2010, o CADE proferiu 734 decisões que impuseram restrições ou penalidades a representados em processos administrativos ou representantes em análise de atos de concentração, das quais 365 foram questionadas no Judiciário. Isso possibilitou a estimação de uma regressão *probit*, que estima a probabilidade de uma decisão administrativa ir parar no Judiciário, dadas as diversas características observáveis do caso, como, por exemplo, se a decisão foi negociada por meio de um acordo. A variável de interesse é justamente esta, já que o propósito da regressão é checar se os acordos são realmente associados a uma menor incidência de judicialização.

A tabela 2 fornece um resumo dos resultados econométricos, que corroboram, de maneira absoluta, a ideia intuitiva de que os acordos são uma alternativa ao Judiciário, consistente com a hipótese de uma resposta estratégica à revisão judicial. Controlando todas as características observáveis da decisão do CADE, o acordo possui um efeito forte e negativo na probabilidade de judicialização em duas especificações diferentes do modelo econométrico. No segundo modelo, a variável *dummy* divide os dados em antes e depois de 2005. Vale mencionar que o coeficiente para a variável é também significativo

e negativo, o que significa que a probabilidade de judicialização diminuiu após 2005, mesmo fazendo-se o controle para a ocorrência de acordos. Em síntese, a regressão indica que os acordos reduziram a judicialização, mas também que a taxa de judicialização foi menor após 2005, independentemente dos efeitos dos acordos. Dessa forma, responde-se positivamente à questão colocada no início desta seção: acordos reduzem a judicialização. Porém, os resultados também indicam que a queda de judicialização após 2005 não pode ser creditada exclusivamente à maior incidência de acordos. Esse resultado é explorado em maiores detalhes, num momento posterior, neste capítulo.

**Tabela 2 - Efeito na probabilidade da judicialização das decisões do CADE<sup>8</sup>**

Variáveis	Modelo I	Modelo II
Acordo	-0,7862** (0,3165)	-0,9655 *** (0,3153)
Variáveis de controle	Sim	Sim
Caso posterior a 2005	Não	-0,9082*** (0,1405)
Pseudo R2	0,2956	0,3526
N	734	734

#### ● 4.2. HÁ EVIDÊNCIA DO USO INTENCIONAL DE ACORDOS PARA EVITAR A REVISÃO JUDICIAL?

Quando o CADE resolve um caso por acordo, o conselheiro relator deve fundamentar por escrito a sua decisão, indicando se os termos do acordo são convenientes e apropriados. Isso fornece um material interessante para identificar se os acordos foram, intencionalmente, utilizados para evitar a judicialização, e assim coletar corroboração adicional para a hipótese de que o CADE os tem usado, de forma estratégica, para evitar o Judiciário.

Dois casos ilustrativos de 2006 e 2007, anteriores à política explícita de acordos do CADE, contêm alguns trechos que permitem concluir que a comissão, quando entrava em acordo num caso, tinha, de fato, a intenção de evitar o Judiciário.

O primeiro, o Processo Administrativo n. 08012.003048/2001-31, investigou uma conduta de recusa de venda no mercado de conteúdo para televisão por assinatura. A representada, Globosat, a provedora dominante de conteúdo de TV brasileira, foi acusada de, estrategicamente, recusar negociar o acesso ao seu canal de esportes (Sportv) com empresas de cabo que são afiliadas ao seu grupo econômico. A Sportv possuía a exclusividade de transmissão da vasta maioria de eventos esportivos, sendo uma peça essencial na concorrência entre as empresas de TV a cabo. Em 2006, o CADE e a Globosat chegaram a um acordo em que a última concordou em vender seu conteúdo de forma não discriminatória. Em seu voto, o conselheiro afirmou que o acordo seria

um meio efetivo de solucionar as questões arguidas nos autos, da forma menos custosa possível para as partes envolvidas. Afora isso, recai sobre o compromisso a vantagem da eficácia imediata e a garantia de cumprimento contínuo de obrigações favoráveis à concorrência no mercado envolvido, resultando, em última análise, em benefícios aos consumidores.

Embora o Judiciário não tenha sido mencionado nessa passagem, resta claro que os acordos (não recorrer ao Judiciário) são preferidos por conta de sua eficácia *imediata* de “obrigações favoráveis à concorrência” em oposição à morosidade usual de processos adversariais.

O segundo caso ilustrativo é o Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79, envolvendo um cartel na indústria de cimento. Um dos réus, a Lafarge, assinou um acordo para suspender o processo administrativo em troca de um pagamento de uma contribuição pecuniária (equivalente a uma multa) e algumas obrigações de fazer e de não fazer, como, por exemplo, a adoção de um programa de *compliance* antitruste. Esse foi o primeiro acordo em casos de cartel após a alteração da lei de concorrência, em 2007, que concedeu ao CADE a discricionariedade para negociar acordos com investigados em casos de cartel. Em seu voto, o conselheiro expressou a pergunta que guiou sua análise: “[celebrar o acordo] é preferível a continuar litigando contra a proponente até um julgamento definitivo por parte do Poder Judiciário?” Em seguida, ele afirmou que “o critério empregado na análise que conduziu a essa resposta

afirmativa está centrado no cálculo do valor presente da sanção esperada [no Judiciário]”. Esse conselheiro enquadra, explicitamente, o acordo como uma alternativa ao Judiciário e fornece alguns elementos que devem estar contemplados no acordo entre o CADE e a representada em um caso de cartel. Quando o conselheiro toma o valor presente da sanção esperada, no Judiciário, como uma referência para a sanção contida no acordo, ele reconhece que o resultado judicial é uma opção disponível aos réus, enquanto também mostra preocupação de que o montante a ser pago no acordo seja alto o suficiente para manter o seu efeito dissuasório. Essa declaração indica que o CADE não ofereceu uma punição reduzida em troca de um acordo para não levar sua decisão aos tribunais. Ao invés disso, ele tentou replicar qual seria o *valor presente da sanção esperada*.

Em acordos subsequentes envolvendo casos de cartel, o montante pago pelos representados era comparável às multas reais para casos similares, com algum desconto em casos onde as partes concordaram em colaborar com as autoridades com novas provas contra outros membros do cartel.<sup>9</sup> Pode-se argumentar que o que mitigou o nível de punição foi a revisão judicial; a política de acordos tenta somente antecipar o tempo da punição. Esse é o motivo de os acordos causarem uma seleção adversa em casos que são levados aos tribunais. Os representados que preferem uma solução negociada para o seu caso, em esfera administrativa, são exatamente aqueles que valorizam a extinção da pendência judicial e, assim, têm maiores incentivos para antecipar a decisão judicial final. Os representados que pretendem adiar a decisão administrativa irão preferir a continuidade do litígio judicial até a última oportunidade de recurso.

#### ● 4.3. OS ACORDOS EXPLICAM A DRÁSTICA QUEDA NA TAXA DE JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO CADE?

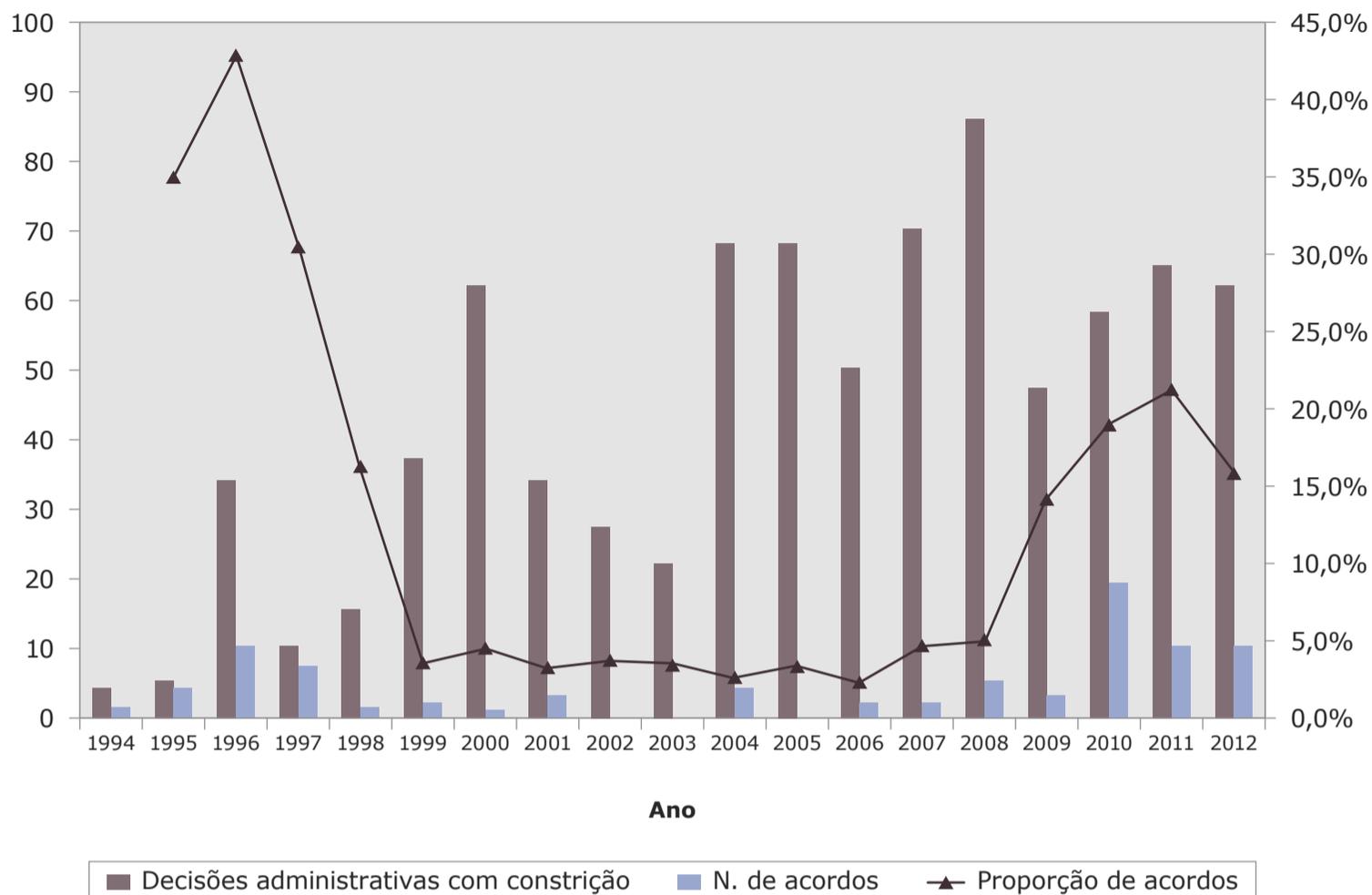
Conforme apresentado na seção anterior, há evidências de que a agência usou os acordos, deliberadamente, para evitar a judicialização de suas decisões. A questão remanescente é avaliar o quanto a política de acordos explica da diminuição drástica na taxa de judicialização mostrada na figura 1. As estimativas apresentadas na tabela 2 foram a primeira evidência de que os acordos

eram responsáveis pela diminuição na taxa de judicialização, mas não foram suficientes para explicar a sua totalidade. Os resultados indicaram que a taxa de judicialização foi menor depois de 2005, mesmo sem a nova política de acordos. Nesse momento, apresenta-se uma análise descritiva da evolução dos acordos ao longo do tempo, bem como da proporção de casos que foram resolvidos na esfera administrativa, ano a ano, para uma perspectiva mais precisa da dinâmica da política de acordos.

A figura 2 apresenta o número anual de decisões do CADE com alguma penalidade ou restrição aos representados ou requerentes em atos de concentração (barras cinza) e o número de casos encerrados por meio de acordos (barras azuis), desde a promulgação da Lei n. 8.884/1994.<sup>10</sup> A linha preta representa a proporção de decisões com acordos, em médias móveis de três anos. No início da aplicação da lei de concorrência, o CADE tinha poucas decisões, mas uma grande proporção de acordos. Aquele foi um tempo, como mostrado na figura 1, em que quase dois terços das decisões do CADE foram contestadas judicialmente. Parece que, no início, os administrados ainda testavam como o Judiciário interpretaria as atividades e decisões do CADE. Os acordos, até então, eram também qualitativamente diferentes, já que nenhum deles, mesmo em casos de cartel, incluía qualquer tipo de penalidade ou contribuição pecuniária, mas apenas a obrigação de restringir a participação dos representados em certas práticas de negócio e condutas anticoncorrenciais. Por exemplo, o caso do alegado cartel do suco de laranja terminou num acordo, em 1996, que encerrou as investigações sem qualquer multa, apenas restringindo as empresas de negociarem em conjunto com os produtores de laranjas.<sup>11</sup>

Após 1999, o CADE começou a aplicar a lei de concorrência de maneira mais contundente, com aumento no número de casos, e, ao mesmo tempo, observa-se uma redução na proporção dos acordos a menos de 5% do total. A quantidade de acordos começou a aumentar novamente em 2007, com a criação da comissão de negociação e uma política explícita de acordos.

Figura 2 - Acordos e judicialização



Fonte: CADE e Tribunais Federais. Elaboração própria.

Entretanto, em 2012, os acordos representaram apenas aproximadamente 20% dos casos. Dado que a taxa de judicialização era aproximadamente 10% no mesmo ano, estima-se que aproximadamente 70% das decisões do CADE foram cumpridas na esfera administrativa de modo unilateral, sem a realização de acordo com a autoridade de concorrência. Além disso, a proporção dos acordos começou a aumentar em 2007, dois anos após o início da queda na taxa de judicialização. Ambos os elementos indicam que somente os acordos não podem explicar toda a queda drástica da taxa de judicialização, mostrada na figura 1, uma evidência que corrobora os resultados da regressão *probit*, apresentada na tabela 2.

Os acordos, entretanto, são mais relevantes para a diminuição da judicialização do que é sugerido por sua pequena proporção frente às decisões do CADE. De um modo geral, os casos que são resolvidos por acordo são aqueles que seriam levados à justiça, envolvendo restrições mais substantivas.<sup>12</sup> Em

contraste, há um grande grupo de casos nos quais há restrições menores, tais como as cláusulas de não concorrência em atos de concentração. Estes somaram exatamente 50% das decisões do CADE, em 2012, e são de fácil cumprimento — requerem somente uma mudança pontual no contrato de aquisição. Ademais, a jurisprudência a esse respeito é abundante e incontroversa a favor do CADE. Conseqüentemente, não há margem para negociação. Finalmente, 24% das decisões restritivas do CADE, em 2012, foram relacionadas a multas por intempestividade em notificações de atos de concentração, para as quais o CADE possui uma resolução que clarifica a forma de cálculo da multa, o que reduz o espaço para controvérsias. Em consequência, mais da metade das decisões do CADE passíveis de serem objeto de acordo resultam, de fato, em uma solução acordada entre o CADE e os administrados.

Em suma, enquanto os acordos são uma parte importante da reação do CADE à revisão judicial, várias atividades relativas ao devido processo legal e à qualidade das resoluções do CADE também exerceram um papel-chave na diminuição da taxa de judicialização. Isso é o que provavelmente explica o início da diminuição da judicialização em 2005, dois anos antes do início da política de acordos. Mesmo os casos em que não há espaço para negociação, tais como as multas de intempestividade, foram cumpridos em esfera administrativa, sem que a decisão do CADE fosse contestada judicialmente.

## **5. COMENTÁRIOS FINAIS**

---

A experiência da revisão judicial de decisões antitruste, no Brasil, oferece um exemplo interessante da interação entre autoridades administrativas e o Judiciário. Nos primeiros dez anos de aplicação da lei de concorrência, quase dois terços das decisões da agência antitruste eram levadas à justiça, onde a decisão administrativa geralmente ficava sem efeito por aproximadamente cinco anos, em média, o que é particularmente grave dada a urgência das questões concorrenciais.

Este capítulo focou na reação estratégica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) à revisão judicial de suas decisões, o que acabou levando a uma redução drástica na taxa de judicialização enfrentada pela autoridade administrativa. É plausível que algumas medidas dentro

do órgão, relacionadas a seu regimento interno, transparência e devido processo legal, foram respostas à grande proporção de casos antitruste contestados judicialmente. Há também uma forte evidência para afirmar que a revisão judicial induziu acordos entre o CADE e administrados, como uma alternativa para evitar o uso do Judiciário. Enquanto o primeiro efeito é o resultado esperado e positivo da revisão judicial como um componente das instituições regulatórias, o segundo é um efeito não intencional da longa duração dos processos judiciais.

Uma vez que os acordos tomam a decisão judicial final como referência para suas sanções, não há motivos para acreditar que as agências foram mais lenientes com relação aos administrados. A revisão judicial, contudo, ainda mitiga a eficácia da lei de concorrência porque o acordo tem alguns limites: as partes somente acordam os seus termos quando estes são pelo menos tão preferíveis quanto o resultado judicial final. Conforme argumentado na seção 2, apenas os representados que valorizam uma solução antecipada irão concordar em solucionar seus casos por meio de acordo. Por outro lado, aqueles que buscam o Judiciário para protelar a decisão administrativa irão ainda preferir o litígio judicial. A consequência é uma seleção adversa de casos judiciais com, predominantemente, maus-litigantes indo aos tribunais.

Dinamicamente, como os litigantes que apenas buscam adiar a decisão administrativa são também aqueles com maior probabilidade de perderem seus casos, esse efeito adverso de seleção causa um aumento no grau de deferência judicial para com a agência. Ou seja, já que os litigantes legítimos tendem a solucionar os seus casos na esfera administrativa, o Judiciário irá, cada vez mais, tender a confirmar as decisões da agência.

De uma forma geral, a revisão judicial tem um efeito ambíguo na qualidade e aplicação das políticas de concorrência no Brasil. O cuidado com o devido processo legal e com a transparência das decisões são certamente características importantes da qualidade regulatória e podem resultar da ameaça de revisão judicial. A experiência do CADE é informativa sobre como uma agência pode melhorar os aspectos formais de seus processos se quiser garantir a efetividade de suas decisões.

A revisão judicial pode também, de modo não intencional, estimular a ocorrência de acordos entre a autoridade concorrencial e os administrados.

A morosidade da revisão judicial têm sido um forte incentivo para que as partes cheguem a um acordo e, assim sendo, evitem o custoso processo judicial. É plausível que uma parte que valorize muito a solução da pendência judicial prefira renunciar a seu direito de acesso à justiça em troca de uma solução mais célere. Além disso, os casos judicializados tendem a ser aqueles em que as partes têm maior interesse em protelar a decisão administrativa, mesmo sabendo que irão perder a causa ao final de um longo processo judicial. Esse efeito de seleção adversa do que é judicializado subverte o papel do Judiciário, cujos poderes deveriam ser empregados para adjudicar disputas legítimas e não para adiar um resultado previsível.

Em síntese, a interação complexa entre a autoridade antitruste e o Judiciário tem efeitos positivos sobre a qualidade das decisões da agência, mas reduz o acesso à justiça aos demandantes legítimos dos serviços judiciais e sobrecarrega o Judiciário com maus-litigantes.

A concorrência é uma matéria particularmente sensível ao tempo e, como tal, deveria receber um tratamento diferenciado com relação à duração da revisão judicial. Procedimentos judiciais mais céleres seriam suficientes para corrigir as distorções atuais, retirando os incentivos para os maus-litigantes contestarem judicialmente decisões administrativas que se sabe que serão confirmadas ao final do processo judicial.

## NOTAS

**1** ELHAUGE, E. R. Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? **Yale Law Journal**, v. 101, n. 1, p. 31-110, out. 1991; SEIDENFELD, M. Why Agencies Act: A Reassessment of the Ossification Critique of Judicial Review. **Ohio State Law Journal**, v. 70, n. 2, p. 251-321, 2009.

**2** EPSTEIN, L.; KING, G. The Rules of Inference. **The University of Chicago Law Review**, v. 69, n. 1, p. 1-133, inverno 2002; TREBILCOCK, M.; IACOBUCCI, E. Designing Competition Law Institutions. **World Law and Economics Review**, v. 25, n. 3, p. 361-394, 2002; COLE, Daniel H. Political Institutions, Judicial Review, and Private Property: A Comparative Institutional Analysis. **Supreme Court Economic Review**, v. 105, n. 1, p. 141-182, 2007.

**3** JACOBZONE, S.; CHOI, C.; MIGUET, C. Indicators of Regulatory Management Systems, **OECD Working Papers on Public Governance**. Paris, Working Paper 4, 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/38/10/39954493.pdf>>; FOX, E.; TREBILCOCK, M. The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project. **New York University Law and Economics Working Papers**. Paper 304, 2012.

**4** Esses acordos podem também ser judicializados. A hipótese aqui adotada é que as partes somente irão celebrar esse tipo de acordo quando preferirem não ir à justiça.

**5** FOX, E.; TREBILCOCK, M. Op. cit.

**6** Atualizamos os dados sobre o número de acordos e o número de decisões administrativas até 2012 para termos uma descrição mais clara da dinâmica da política de acordos.

**7** INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – ICN. **Competition and the Judiciary: A Report on a Survey on the Relationship Between Competition Authorities and the Judiciary**. Abr. 2006. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc594.pdf>>.

**8** Devido à restrição de espaço, os coeficientes e a descrição completa das variáveis de controle foram omitidos, e estão disponíveis mediante requerimento.

**9** AZEVEDO, P. F.; HENRIKSEN, A. L. Cartel Deterrence and Settlements: the Brazilian experience In: ZACH, R.; HEINMANN, A.; KELLERHALS, A. (Eds.). **The Development of Competition Law: Global Perspectives**. London: Edward Elgar, 2010, v. 1, p. 209-234.

**10** Neste artigo, toda vez que um número relacionado às decisões do CADE é mencionado, este se refere a casos que foram sujeitos a tutela, multas ou qualquer tipo de restrição às empresas.

**11** AZEVEDO, P. F. Entre o bagaço e o suco: a relação entre citricultores e indústria de suco de laranja. In: MATTOS, C. C. A. (Coord.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003, v. 1, p. 243-265.

**12** Esse foi, por exemplo, o caso da fusão entre a Sadia e a Perdigão, as duas maiores empresas de carne de aves e de suínos do Brasil, que resultou na BRFoods. Outros exemplos incluem o caso da exclusividade de operações consignadas do Banco do Brasil e vários casos de cartéis internacionais.

## 4. CRÉDITO BANCÁRIO E JUDICIÁRIO: CONDUTORES INSTITUCIONAIS DA SUPERLITIGÂNCIA

Bruno Meyerhof Salama

### 1. INTRODUÇÃO

---

Os níveis de litigância no mercado de crédito brasileiro são alarmantes. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que as instituições financeiras eram, em 2011, as maiores litigantes privadas do Brasil, estando envolvidas em 12,95% de todos os novos processos judiciais na Justiça Estadual e em 14,7% de todos aqueles levados perante os Juizados Especiais Estaduais<sup>1</sup> entre 1º de janeiro de 2011 e 31 de outubro de 2011.<sup>2</sup> Nos tribunais federais, a situação era apenas ligeiramente melhor, estando os bancos públicos envolvidos em 9,6% de todas as ações judiciais iniciadas no período destacado. Embora os temas litigados sejam muito variados, englobando inclusive numerosas ações sobre tarifas e perdas inflacionárias,<sup>3</sup> a questão mais comumente debatida tem sido a taxa de juros cobrada pelos bancos nas operações de crédito.<sup>4</sup>

Boa parte da literatura sobre a litigiosidade no mercado de crédito no Brasil está voltada à discussão sobre a existência de um alegado viés pró-devedor entre os julgadores, viés este que ocasionaria uma espiral de aumento ainda maior dos *spreads* no mercado de crédito.<sup>5</sup> Se as cortes favorecem os devedores, então é claro que os devedores irão frequentemente questionar seus débitos; esta é a hipótese. A literatura discutindo tal hipótese contém uma implicação normativa clara: lidar com níveis maciços de litígios nos mercados financeiros do Brasil exige aumento da certeza jurídica e estabelecimento de maior proteção ao credor, o que deve ser conseguido basicamente através de reformas nas leis processuais e de falência para agilizar a cobrança.

Um traço marcante desta literatura é abordar a maneira como os tribunais se comportam quando as disputas chegam a eles. Neste trabalho, nós seguimos caminho inverso. O que buscamos compreender são os determinantes institucionais da litigância no crédito bancário. Afora o viés pró-devedor, tema de

que aqui não nos ocupamos, o que explica a superlitigância com que se convive hoje?

Um problema complicado às vezes tem uma resposta simples; mas tal não é o que ocorre no presente caso. Nós atribuímos o litígio endêmico nos mercados financeiros brasileiros a um conjunto de circunstâncias políticas, econômicas e legais que aqui buscamos desvendar e explicar. Para tanto, abordamos o problema da superlitigância de maneira holística e estudamos não apenas por que os devedores confiam avassaladoramente nos tribunais como o espaço para confrontar instituições financeiras, mas também por que os tribunais parecem receptivos a tais demandantes.

Além disso, dado o escopo do livro em que este capítulo se insere, damos particular peso à formação do principal regulador do mercado de crédito brasileiro, o Banco Central do Brasil (Bacen); este é o tema da seção 2. A seção 3 explora os vetores econômicos, políticos e jurídicos da litigiosidade do mercado financeiro no Brasil. A seção 4 conclui.

## **2. A CONSTRUÇÃO DA ARQUITETURA INSTITUCIONAL DO REGULADOR DO CRÉDITO**

---

A construção institucional da regulação monetária no Brasil esteve sempre entre a cruz e a espada. A criação tardia e a posterior fraqueza institucional do Bacen explicam a persistência da ameaça inflacionária no período posterior à democratização. Este é um aspecto. O outro é que o Bacen fraco equilibra a economia brasileira com taxas de juros elevadas. Os juros altos e a perene ameaça inflacionária escasseiam e encarecem o crédito.

O crédito caro, por sua vez, fomenta o litígio. A intuição é simples: um juiz é muito mais propenso a invalidar uma disposição contratual numa operação de crédito em que a taxa *mensal* de juros é de 5% do que numa onde a taxa *anual* de juros é de 5%. Por motivos que se devem a noções profundamente enraizadas de equidade dos juízes,<sup>6</sup> os níveis surpreendentemente altos de taxas de juros predominantes nos mercados de crédito brasileiros criam um incentivo implícito para que os juízes intervenham na contratação privada. Este é o contexto no qual o litígio de crédito ocorre.

### • 2.1. A TRILHA PARA O BACEN SE TORNAR UMA AUTORIDADE MONETÁRIA (1964 A 1986)

O Bacen foi criado em 1964<sup>7</sup> como parte de um acordo político entre a equipe econômica do presidente Castelo Branco, que visualizava um banco central forte como uma parte importante da economia moderna brasileira, e a forte burocracia do Banco do Brasil (BB).<sup>8</sup> Criado em 1808, o BB foi o mais antigo e maior banco brasileiro à época, sendo responsável por muitas das funções geralmente associadas com um banco central.<sup>9</sup> O peso do BB constituiu, historicamente, óbice à criação de um Banco Central com autonomia técnica e operacional para gerir a política monetária.<sup>10</sup>

Um dos mais poderosos mecanismos que permitiam ao BB continuar como um agente poderoso na política monetária, depois de 1964, foi a “conta movimento”. Originalmente concebida para permitir que o BB e o Bacen equilibrassem suas operações futuras,<sup>11</sup> a conta conferiu ao BB acesso direto aos fundos do Bacen. Na prática, a conta movimento permitiu ao BB sustentar suas sempre crescentes operações de crédito erodindo o controle do Bacen sobre a expansão monetária desde o início.<sup>12</sup> O BB emprestava, o Bacen tinha que prover o dinheiro. Este foi o primeiro problema.

O outro problema é que, nos anos posteriores à sua criação, o Bacen foi, adicionalmente, sujeito aos objetivos políticos da administração militar.<sup>13</sup> Desde sua criação, o Bacen foi formalmente submetido ao Conselho Monetário Nacional (CMN),<sup>14</sup> uma entidade também criada em 1964 para estabelecer as diretrizes da intervenção estatal nos mercados financeiros. O plano original foi rapidamente abandonado. Por um lado, o escopo do CMN foi ampliado. Por exemplo, em 1969, o CMN se tornou responsável por gerenciar a política nacional de alimentos.<sup>15</sup> Por outro, o CMN passou por uma série de expansões, chegando a ter 16 membros em 1972.<sup>16</sup> Além disso, em 1974, o presidente Geisel revogou o mandato fixo dos diretores do Bacen,<sup>17</sup> tornando-os passíveis de demissão *ad nutum* (discricionária) pelo presidente.<sup>18</sup> Todas essas mudanças contribuíram para minar a capacidade do Bacen de agir como autoridade monetária, com o que o Bacen se consolidava como ator secundário na política econômica brasileira durante os anos 1970.<sup>19</sup>

A situação só começou a mudar no início da década de 1980, quando a reação política contra o regime militar e as altas taxas de inflação criaram uma grande demanda popular por estabilidade de preços.<sup>20</sup> Aquelas circunstâncias permitiram que políticos e legisladores buscassem soluções para fortalecer a autoridade do Bacen.<sup>21</sup>

Em 1986, seguindo um período de intensa luta política, reformas importantes foram implantadas.<sup>22</sup> Uma das medidas mais significativas foi a eliminação da “conta movimento”. Sem aquela lacuna, o Bacen teria um controle muito maior sobre a política econômica. Outro passo importante foi a criação do Tesouro Nacional.<sup>23</sup> Mais de vinte anos depois de sua criação, o Bacen tinha, finalmente, tomado um passo decisivo para se tornar uma autoridade monetária.

## • 2.2. CONSOLIDANDO A AUTORIDADE MONETÁRIA E REGULADORA

A Constituição de 1988 buscou consolidar as reformas de 1986 e concentrou, formalmente, a autoridade monetária nas mãos do Bacen.<sup>24</sup> Collor foi o primeiro líder democraticamente eleito após o fim do regime militar e a aprovação da Constituição de 1988. Ele reformou o CMN para diminuir o seu número de membros e a ele se credita permitir uma autonomia operacional maior para o Bacen, em comparação com períodos anteriores.<sup>25</sup>

A crise econômica e os escândalos de corrupção conduziram o vice Itamar Franco à presidência. Sob o governo de Itamar, a autonomia operacional do Bacen foi, num primeiro momento, retirada. Mas a tragédia inflacionária, que ainda afligia o Brasil, havia piorado durante a administração Collor.<sup>26</sup> A alternativa consensual para combater a inflação apresentada pela equipe econômica de Itamar, liderada pelo ministro da Economia, Fernando Henrique Cardoso, pedia por um Bacen independente e, assim, Itamar foi levado a reconsiderar sua decisão.

Em junho de 1994, a administração Itamar apresentou o Plano Real, introduzindo uma nova moeda corrente com o objetivo muito ambicioso de reduzir a inflação a níveis aceitáveis. Tudo foi apresentado sob a ideia de que o sucesso do Plano necessitaria de um CMN técnico e um Bacen com forte autonomia operacional. Para isolar o CMN de pressões políticas, seus membros

foram reduzidos a três (ministro da Economia, ministro do Planejamento e o presidente do Bacen), a composição mais sucinta desde sua criação.<sup>27</sup>

O surpreendente sucesso inicial do Plano Real catapultou o então ministro Fernando Henrique (ou “FHC”, como se tornou mais popular) para a vitória na eleição presidencial de 1994. Durante sua administração, FHC fortaleceu o quadro institucional necessário para assegurar o sucesso do Plano Real. Em 1996, o Bacen criou o Comitê de Política Monetária (Copom), um corpo técnico formado por seu presidente e diretores com a responsabilidade de estabelecer objetivos de política monetária e a meta de taxa de juros de maneira técnica, transparente e responsável.<sup>28</sup>

Em 1999, a administração FHC introduziu, formalmente, um regime de metas de inflação no Brasil. De acordo com o Decreto n. 3.088/1999, o CMN se tornou responsável por estabelecer a meta de inflação e um nível de tolerância, e o Bacen ficou encarregado de executar as políticas necessárias para atingir as metas. Os dispositivos do Decreto n. 3.088/1999 não impuseram qualquer limitação na liberdade do Bacen para perseguir a meta estabelecida pelo CMN,<sup>29</sup> representando, assim, um reconhecimento jurídico de sua ampla autonomia operacional, mesmo na falta de uma independência formal.

A transição da administração FHC para a administração Lula não modificou o quadro institucional da elaboração da política monetária brasileira. Por certo tempo, notadamente durante as eleições presidenciais de 2002, a preocupação era de que Lula abandonaria as políticas que trouxeram a estabilidade econômica se fosse eleito, o que causou alguma turbulência econômica. Mas ao fim e ao cabo, Lula se comprometeu a manter a estabilidade monetária, e manteve essa promessa respeitando a autonomia operacional que o Bacen possuía.<sup>30</sup>

As medidas econômicas contracíclicas postas em prática pelo governo brasileiro a partir da eclosão da crise de 2008 e, notadamente, a partir do governo Dilma, foram passo a passo restringindo a independência operacional do Bacen, com prejuízo evidente à disciplina monetária. A própria necessidade de observação das metas de inflação foi posta em questão, logo adiante levando à retomada da inflação,<sup>31</sup> que passou de 10% em 2015. De modo que a normalização da economia brasileira promovida com o Plano Real jamais se completou.

### • 2.3. A NORMALIZAÇÃO INCOMPLETA E AS LIMITAÇÕES INSTITUCIONAIS

As condições políticas, econômicas e institucionais para o Bacen exercer seus deveres legais não estavam presentes quando de sua criação em 1964. Suas atuais capacidades operacional e regulatória são o resultado de um processo lento e complexo de desenvolvimento institucional. Assim sendo, embora o Bacen tenha quase cinquenta anos de idade, ele compartilha duas características institucionais importantes com as novas agências que foram criadas no Brasil a partir de meados da década de 1990.

Primeiramente, a consolidação do Bacen como autoridade regulatória ocorreu somente na década de 1990, um período que coincide com a criação da maioria das novas agências regulatórias estudadas neste volume. Segundo, a consolidação da autonomia operacional do Bacen foi parte de uma agenda maior de liberalização que levou à criação de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil. No início da década de 1990, evidências começaram a emergir e estabelecer uma correlação entre a independência do Banco Central e a estabilidade de preços.<sup>32</sup> Como resultado, a independência do Banco Central se tornou parte de recomendação de políticas ativamente defendidas por organizações econômicas internacionais, especialmente o Fundo Monetário Internacional (FMI).<sup>33</sup>

Mas, diferentemente daquelas outras agências criadas na década de 1990, ao Bacen foi confiado aquilo que é provavelmente um papel com muito mais carga política: ser a autoridade monetária. Por causa disso, o “Bacen regulador” tem sido constantemente engolfado na luta por autonomia operacional do “Bacen autoridade monetária”. Foi somente no final da década de 1990 que o Bacen recebeu, formalmente, a responsabilidade primária de atingir as metas de inflação, o que, aliás, se pode atribuir também ao seu sucesso em lutar contra a inflação durante a primeira parte da década de 1990.<sup>34</sup>

O resultado dessa luta institucional intrincada é o que se pode caracterizar como uma “normalização incompleta” dos mercados de crédito brasileiros. Por um lado, o Bacen foi relativamente bem-sucedido em atingir a estabilidade de preços, com taxas de inflação que são gerenciadas e monitoradas de perto. Por outro lado, o Bacen foi forçado a manter taxas de juros anormalmente altas pela maior parte das duas décadas desde a criação do real por dois moti-

vos: para evitar pressões inflacionárias para as quais a política monetária estava “mirada”<sup>35</sup> e pelo fato de que a própria autonomia operacional do Bacen é altamente dependente do seu sucesso em conter a inflação.

As taxas básicas de juros altas estabelecidas pelo Bacen como resultado dessa dinâmica afetam, diretamente, os *spreads* cobrados por suas entidades reguladas nas suas operações de crédito.<sup>36</sup> Crédito caro e escasso aumenta o chamado “risco moral” — i.e., atrai litígio oportunista — e resulta em um *feedback* de seleção adversa — i.e., somente clientes de maior risco efetivamente buscam crédito junto a bancos. Isso, por sua vez, aumenta ainda mais os riscos enfrentados pelas instituições financeiras e leva a taxas de juros ainda maiores nas operações de crédito.<sup>37</sup>

Um cenário de normalização incompleta resultou em um ambiente de crédito escasso e caro. Estão assim dadas as condições institucionais que servem de base a mercados financeiros altamente litigiosos. Os altos níveis de litígios em operações de crédito no Brasil são, portanto, também função dos altos níveis de taxas de juros e *spreads* que têm sido praticados pelos bancos brasileiros nas últimas décadas.<sup>38</sup>

### 3. FATORES EXPLICATIVOS DA LITIGIOSIDADE DO CRÉDITO NO BRASIL

---

Esta seção explora como desenvolvimentos nos planos econômico, político e jurídico nas últimas duas décadas ajudaram a formatar e sustentar o atual cenário de “normalização incompleta” e elevada litigância dos mercados de crédito brasileiros. Nosso foco não é sobre o que o Judiciário faz quando é chamado a resolver disputas nos mercados de crédito, mas sim sobre como o Judiciário se tornou uma presença marcante no funcionamento do mercado de crédito brasileiro.

#### ● 3.1. PARA ALÉM DO SABER CONVENCIONAL SOBRE O PAPEL DO JUDICIÁRIO

As reformas implantadas como parte do Plano Real, no início da década de 1990, levaram à estabilidade de preços, controle da inflação e um sistema

financeiro reestruturado. Os elaboradores de políticas esperavam que tais medidas fossem por fim resolver o quebra-cabeça econômico do Brasil. Eles também previram que, com o tempo, duas outras distorções seriam eliminadas pelo Plano<sup>39</sup>: o nível baixo de oferta de crédito no Brasil como porcentagem do produto interno bruto e as taxas de juros e *spreads* extremamente altos cobrados dos clientes.<sup>40</sup> Em ambos os casos, as expectativas foram frustradas.<sup>41</sup>

Inicialmente sem sinal de melhoria significativa da oferta de crédito e dos níveis de preços com a chegada do final da década, os responsáveis pelas políticas iniciaram uma busca de explicações alternativas. Em 1999, o Bacen lançou esforços para melhor entender as causas dos grandes *spreads* e desenvolver recomendações para trazê-los a um nível sustentável.<sup>42</sup> De 1999 em diante, o foco do debate mudou dos fatores macroeconômicos para as falhas institucionais percebidas do Brasil, e a assim chamada “hipótese da incerteza jurisdicional” ganhou terreno nos debates de políticas. A hipótese afirmou que os dois principais culpados nos mercados de crédito brasileiros seriam o baixo nível de proteção aos credores e a ineficácia da justiça brasileira para assegurar uma execução de contratos tempestiva e previsível.<sup>43</sup>

O desenvolvimento daquelas explicações no Brasil coincidiu com o aumento da aceitação da literatura de Direito & Finanças em círculos internacionais de acadêmicos e legisladores.<sup>44</sup> A literatura de Direito & Finanças tenta explicar como a fraca proteção ao investidor afeta, negativamente, o desenvolvimento financeiro e o crescimento.<sup>45</sup> Ela também sustenta que a melhoria na execução de dívidas teria um impacto benéfico nas economias em desenvolvimento.<sup>46</sup> As recomendações de políticas do Bacen, a partir do final da década de 1990 em diante, acolheram as hipóteses subjacentes da literatura sobre Direito & Finanças de que as instituições jurídicas deveriam ser consideradas como um suporte, ou infraestrutura, para a atividade econômica.<sup>47</sup>

Como consequência, uma literatura influente começou a evoluir, no Brasil, para sustentar que direitos creditícios fracos e a incerteza jurisdicional poderiam explicar por que o crédito, no Brasil, continuava escasso e caro.<sup>48</sup> Este passou a ser saber convencional sobre a relação entre os tribunais e o crédito no Brasil. Essa literatura convenceu os responsáveis pelas políticas e, mais

importante, os responsáveis pelo Bacen<sup>49</sup> de que os tribunais brasileiros possuem um “viés anticredor” que causa a incerteza jurisdicional<sup>50</sup> e intervenção contraproducente em contratos privados.<sup>51</sup>

Aquela literatura, entretanto, negligenciou o que acreditamos ser uma questão fundamental: quais são os determinantes institucionais que levam as partes a litigarem com tanta frequência? Entender por que as partes em contratos financeiros vão ao Judiciário deve preceder uma tentativa de entender o que os tribunais fazem com as causas. Para tanto, não é preciso descartar o saber convencional sobre o funcionamento do mercado de crédito; mas é preciso aprofundá-lo. É o que passamos a fazer, a partir da estratégia analítica usada por nós em outro trabalho,<sup>52</sup> como segue.<sup>53</sup>

### • 3.2. ASPECTOS ECONÔMICOS

Durante as duas últimas décadas, o crédito continuava caro e escasso, mesmo nos momentos em que a inflação controlada convivia com relativa estabilidade macroeconômica. Nesta seção, exploramos dois fatores explanatórios para mostrar como esse processo afetou o tipo e a escala de litigância envolvendo as instituições financeiras: (a) os vários planos de estabilização econômica implantados desde o início da década de 1980 até 1994 e (b) os choques macroeconômicos que continuam a afetar a economia brasileira depois de 1994. Por conta de limitações editoriais, não nos foi possível estender a análise aos desdobramentos da crise pela qual passou o Brasil a partir do governo Dilma.

#### • 3.2.1. Planos econômicos: aprendendo a esperar o inesperado

Durante os anos 1980, a economia brasileira lutava com a desordem monetária e níveis estratosféricos de inflação.<sup>54</sup> A percepção entre os responsáveis pelas políticas econômicas era de que uma solução radical seria necessária, e tal crença levou à edição de diversos planos de estabilização econômica de grande escala.<sup>55</sup> Cada um desses planos buscava reiniciar a economia. Um dos aspectos comuns era a ingerência governamental nas relações jurídicas privadas.<sup>56</sup> Daí à litigância seria apenas um pequeno passo.

Os planos substituíram a moeda corrente, limitaram a capacidade de partes privadas para estabelecerem e ajustarem preços e confiscaram poupanças privadas, entre outras medidas.<sup>57</sup> Era natural que as controvérsias fossem parar no Judiciário, resultando em litígios em massa<sup>58</sup> com um componente distributivo proeminente que deu origem a uma cultura judicial na qual a intervenção nos contratos do mercado financeiro era vista como uma maneira para buscar soluções equilibradas.<sup>59</sup>

### ● 3.2.2. Desafios estruturais e choques macroeconômicos: estabilidade, mas não muita

Independentemente da estabilidade geral de sua economia a partir de 1994, o Brasil ainda enfrenta desafios estruturais e momentos ocasionais de incerteza macroeconômica que testam, continuamente, a resiliência de seus mercados de crédito e o apetite por risco das instituições financeiras.<sup>60</sup> Conforme reconhecido por estudos recentes, questões monetárias e fiscais podem ser os fatores mais significativos por trás do alto custo do crédito que tem prevalecido no Brasil, mesmo depois do sucesso do Plano Real.<sup>61</sup>

Sob o regime monetário implantado no Brasil de 1994 a 1999, o Bacen foi forçado a sustentar uma alta taxa básica de juros para evitar pressões inflacionárias. E já que a taxa básica de juros estabelecida pelo Bacen é usada pelo governo para obter crédito, que é considerado quase livre de riscos e não afeta os limites regulatórios de capital das instituições financeiras, emprestar ao governo é uma oportunidade de investimento extremamente atrativa para os bancos.<sup>62</sup>

Em consequência, os bancos se tornaram menos desejosos em fornecer crédito a entes privados, e somente fazem isso a um alto custo. Há quem se refira a esse problema como o componente de “custo de oportunidade” dos *spreads* bancários no Brasil.<sup>63</sup> Entre 2000 e 2005, a porcentagem média de operações de crédito ante os ativos totais dos bancos era de 32,4%, enquanto títulos e valores mobiliários representavam aproximadamente 29,3%.<sup>64</sup> Os títulos e valores mobiliários também representavam uma importante fonte de receita para os bancos durante o período, tendo uma média de 35,5% comparada com os 56,6% de intermediação financeira.<sup>65</sup>

Além das distorções estruturais, os choques macroeconômicos também contribuíram para o escasseamento do crédito pelos bancos privados brasileiros. No início de 1999, por exemplo, o Bacen se viu forçado a abdicar do controle sobre a taxa de câmbio entre o real e o dólar dos EUA, a qual vinha sendo gerenciada entre 1994 e 1999 como parte da estratégia de transferir poder monetário ao Bacen e diminuir a inflação.<sup>66</sup> Em 13 de janeiro de 1999, a pressão de mercado chegou a níveis insustentáveis e o Bacen parou de controlar a taxa de câmbio: em 31 de janeiro de 1999, o dólar americano já tinha subido 63,7%.<sup>67</sup>

A desvalorização repentina do real afetou inúmeros contratos, mas, principalmente, os contratos de *leasing* de automóveis, nos quais os montantes vencidos eram corrigidos com base na taxa de câmbio do dólar dos EUA. Literalmente da noite para o dia, os devedores viram suas dívidas crescerem mais de 50%.<sup>68</sup> Os devedores que não puderam renegociar suas dívidas não tiveram escolha a não ser recorrer à justiça, e uma onda de ações judiciais aconteceu (incluindo uma ação civil pública contra 26 importantes provedores de *leasing*).<sup>69</sup>

Menos de uma década depois, vem a crise dos *subprimes* americana, e embora seu efeito na economia brasileira tenha sido, num primeiro momento, moderado, as instituições financeiras reagiram emprestando menos e cobrando mais. No momento da eclosão da crise, as instituições financeiras enfrentavam a probabilidade de US\$ 25 bilhões em perdas com derivativos contratados com 3.000 empresas, e a incerteza sobre essas e outras perdas e questões sistemáticas levaram os bancos a aumentarem seus prêmios de risco.<sup>70</sup>

Mais adiante, a atuação do BNDES em meio a uma desastrada política anticíclica escasseou ainda mais o crédito no país, jogando o *spread* cobrado pelos bancos privados ainda mais para cima. Uma circunstância de todo con-dizendo com a noção de normalização incompleta, força econômica motriz da litigiosidade do mercado de crédito no Brasil.

### ● 3.3. ASPECTOS POLÍTICOS

Os aspectos políticos são também uma parte importante da litigiosidade do mercado de crédito no Brasil. Acreditamos que duas circunstâncias políticas

são relevantes para isso: (a) a centralidade do Judiciário na organização política pós-1988 e (b) a opacidade natural na elaboração de regras do CMN e do Bacen.

### ● 3.3.1. A centralidade do Poder Judiciário na organização política pós-1988 no Brasil

O fim da ditadura no Brasil trouxe uma confiança renovada nas profissões jurídicas como instrumento para desejadas transformações sociais e consolidação da democracia.<sup>71</sup> No novo contexto, ao Judiciário coube o papel de arbitrar os principais conflitos políticos e institucionais na República. O Judiciário era, assim, também, cada vez mais instado a envolver-se com a feitura das políticas públicas: ora negativamente, para servir como contrapeso; ora positivamente, para demandar ações. Em ambos os casos, o Judiciário passou a ter influência decisiva na moldura institucional do país. É como se o Judiciário estivesse sendo empurrado — algumas vezes, a contragosto; na maioria dos casos, nem tanto — a se tornar um ator importante e, em alguns casos, o ator principal no campo de elaboração de políticas públicas no Brasil.<sup>72</sup>

Oscar Vilhena Vieira, por exemplo, nomeia este sistema de “supremocracia”,<sup>73</sup> um jogo de palavras com as palavras “supremo” e “democracia” cujo objetivo é destacar como a expansão da autoridade dos tribunais tem sido especialmente presente no Brasil. Esse movimento tem impactos óbvios na resolução de disputas nos mercados crédito: na disposição política pós-1988, os tribunais estão prontos e desejosos por envolver-se também nas disputas entre os cidadãos e os bancos; especialmente quando os cidadãos possuem canais alternativos limitados para buscarem reparação.

### ● 3.3.2. O processo regulatório opaco

O exercício do poder regulatório pelo CMN e pelo Bacen muito se intensificou depois da promulgação da Constituição de 1988, como uma resposta ao requisito muito restritivo do seu artigo 192 de que uma única lei complementar fosse aprovada para regular todo o sistema financeiro. Desde então, o alto nível de consenso necessário para a aprovação de uma nova estrutura regulatória para o sistema financeiro brasileiro — mesmo depois das reformas

de 2003, que permitiram leis separadas — impediu o Congresso de substituir a Lei n. 4.595/1964. Como consequência, o CMN e o Bacen não tiveram escolha senão lidar com as necessidades práticas da regulação de uma economia grande e complexa que passava por um período de modernização intensa, especialmente depois de 1994, e fazê-lo sob um quadro jurídico que foi criado no início de um regime militar.<sup>74</sup> Sintomaticamente, essa situação fez surgir, no Brasil, preocupações sobre um suposto “déficit democrático” de regulação financeira de acordo com o qual os cidadãos e os grupos de interesse fora da indústria financeira não tiveram a oportunidade de externar suas preocupações ou demandar ação por parte do regulador.<sup>75</sup>

É claro que reconhecemos que o conteúdo altamente técnico da regulação financeira apresenta um sério problema de responsabilidade para os reguladores — não só no Brasil como em todos os lugares. Os desafios da elaboração de políticas financeiras frequentemente necessitam de uma burocracia altamente especializada que não é sempre capaz de lidar com segmentos mais amplos da sociedade de maneira significativa. Nosso objetivo aqui é apenas apontar que, no Brasil, os paradoxos naturais democráticos que afetam a regulação financeira em economias modernas agem como um incentivo adicional para as pessoas buscarem os tribunais como o lugar para discutir sua relação com a indústria.

#### ● 3.4. ASPECTOS JURÍDICOS

A Constituição de 1988 trouxe mudanças significativas ao ambiente jurídico brasileiro que contribuíram para o aumento na confiança nos tribunais como atores políticos importantes. Focaremos em três elementos: (a) a filosofia política dominante por trás da constitucionalização de direitos de 1988 e a ideia de que o direito tem uma “função social” explícita; (b) a reforma organizacional para aumentar a independência judicial e disponibilidade da revisão judicial; e (c) os resultados práticos de políticas a partir do esforço do Bacen e instituições financeiras para criar atalhos na execução de modo a renovar e acelerar os procedimentos de cobrança e falência.

### • 3.4.1. O constitucionalismo e as culturas jurídicas em conflito na regulação financeira

A Constituição de 1988 é conhecida, no Brasil, como a “Constituição Cidadã”. A expressão destaca a extensão em que o documento incorpora uma longa lista de aspirações jurídicas, políticas, sociais e econômicas para conferir poderes ao governo para buscar e realizar suas aspirações democráticas e de bem-estar social.<sup>76</sup> Ainda assim, o impacto mais significativo da Constituição de 1988 foi, provavelmente, a renovação — nem sempre para o melhor — da cultura jurídica do país.

Há pelo menos quatro maneiras pelas quais as ideias e aspirações políticas que permeiam a Constituição de 1988 permitiram o florescimento de uma cultura jurídica renovada. Primeiro, a maior abertura a aproximações “realistas” do direito, que articulam seus conceitos com saberes de ciências sociais. Segundo, uma forma de neoconstitucionalismo surgiu em que ganharam força os princípios jurídicos, agora tidos como detentores de força normativa. Terceiro, os direitos civil e comercial, tradicionalmente sujeitos à antiga lógica do direito privado, foram ganhando contornos cada vez mais próximos do tipo de visão até então preponderantes apenas no direito público. Quarto, todos os campos do direito, inclusive a legislação bancária, foram cada vez mais sendo compreendidos como dotados de “funções” subjacentes, que conduziriam sua interpretação e aplicação.<sup>77</sup>

Ora, não se poderia esperar que a nova cultura jurídica e política consagrada no arranjo constitucional de 1988 substituiria harmoniosamente a lógica da autoridade e controle político estreito sobre a elaboração de políticas monetárias e regulação financeira que prevalecera historicamente na regulação do mercado financeiro.<sup>78</sup> E isto dificilmente foi um fenômeno novo: a transição do governo autoritário do presidente Vargas para um regime democrático já havia causado contradições similares.<sup>79</sup>

Assim, à medida que o sistema financeiro brasileiro evoluiu, diferentes políticas regulatórias e correspondentes instrumentos legais foram promulgados, mas as políticas e instrumentos legais herdados dos regimes autoritários anteriores nem sempre foram substituídos. Em consequência disso, muitas leis e regulamentos sobreviveram ao seu momento político e econômico original

e permaneceram em vigor sob uma nova ordem constitucional. Sua interpretação e aplicação passaram a ser fontes de incerteza jurídica, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>80</sup>

#### ● 3.4.2. Independência judicial e padrões de revisão

Os tribunais receberam grandes poderes no novo regime constitucional, e assumiram rapidamente seu papel protegendo os cidadãos contra a ação arbitrária do governo e garantindo o cumprimento dos direitos consagrados na Constituição de 1988.<sup>81</sup>

Taylor usa duas variáveis para explicar a proeminência alcançada pelos tribunais brasileiros no processo de políticas sob o regime constitucional atual: independência judicial e revisão judicial.<sup>82</sup> Considerando a primeira variável, os juízes no Brasil desfrutaram de um alto nível de autonomia em relação aos tribunais superiores e outros ramos do governo, permitindo aos juízes bastante liberdade.<sup>83</sup> Com relação à segunda variável, o conjunto abrangente de direitos legais contidos na Constituição de 1988 e as regras extremamente favoráveis em vigor proporcionam aos cidadãos amplas oportunidades de recorrer aos tribunais para apresentar suas queixas e buscar seus direitos.<sup>84</sup>

É claro que todas essas características afetam a disposição dos cidadãos de recorrer aos tribunais quando se sentem injustiçados em suas relações com as instituições financeiras. A capacidade de discutir com base nos amplos princípios da lei e nas proteções constitucionais, o alto nível de critério e poder que podem ser exercidos até mesmo pelos juízes dos escalões mais baixos e a garantia de ampla possibilidade de revisão judicial tornam os tribunais um local muito mais atraente do que o ambiente hermético dos reguladores financeiros.

#### ● 3.4.3. Atalhos para execução legal

Conforme descrito acima, desde 1999 o Bacen tem exercido um importante papel na promoção de mudanças institucionais que protejam credores e agilizem a execução dos créditos. Mas muitas das soluções propostas pelo Bacen ao longo dos anos criaram exceções às regras gerais de direito privado

que só se aplicam às instituições financeiras. Um dos exemplos mais importantes é a ampliação do escopo e da aplicabilidade das estruturas fiduciárias nas transações de crédito.<sup>85</sup>

As estruturas fiduciárias nas transações de empréstimo permitem aos credores retomar sua garantia antes dos procedimentos de falência ou através de medidas legais facilitadas. Tradicionalmente aplicável apenas a bens móveis devido à Lei n. 4.728/1965, o conceito foi ampliado através de uma série de emendas legislativas para se aplicar a ações (Lei n. 6.404/1976), bens imóveis (Lei n. 9.514/1997), ativos substituíveis (Medida Provisória n. 2.160/2001) e direitos de crédito (Lei n. 10.931/2004).<sup>86</sup> As mudanças realizadas nos anos 2000 visaram proteger transações no mercado financeiro e de capitais.<sup>87</sup>

Beneficiando-se desse conceito, as instituições financeiras têm concedido crédito e vêm aceitando como garantia a cessão fiduciária dos recebíveis do devedor. Caso o devedor entre com pedido de recuperação judicial ou falência, a estrutura permite que as instituições financeiras tomem posse de tais recebíveis, que ficam excluídos do processo de recuperação ou da massa falida.

Os devedores contestaram a legalidade da estrutura nos tribunais. Eles argumentam que a estrutura elimina a recuperação ordenada de uma empresa porque os bancos confiscam qualquer receita que a empresa ainda consegue obter no curso do processo.<sup>88</sup> Embora exista ainda um alto nível de controvérsia, os tribunais tendem a reconhecer a legalidade da estrutura.<sup>89</sup>

Independentemente da posição que irá eventualmente prevalecer, toda vez que o Bacen ou os bancos tentam implantar uma nova solução legal para aumentar a proteção ao credor e agilizar a recuperação, tais soluções ficam sujeitas a testes judiciais. Muitas instituições financeiras contribuem ainda mais para este modelo de “tubo de ensaio”, frequentemente adotando estratégias maximalistas de elaboração contratual, inserindo proteções de legalidade questionável em seus acordos<sup>90</sup> e passando a executá-los de maneiras questionáveis.<sup>91</sup>

Conforme apontado por Falcão, Schuartz e Arguelhes, ao confiar em tais estratégias, os bancos efetivamente arcarão com parte da responsabilidade pela referida incerteza judicial. Ao moldar soluções legais baseadas em argumentos não testados em sua tentativa de abordar questões específicas, os bancos criariam expectativas normativas. A frustração das referidas expecta-

tivas é, de fato, uma mera consequência das rotinas normais da tomada de decisão judicial quando enfrentam fundamentos não testados e não o produto de incerteza “patológica”.<sup>92</sup>

Referida conduta tem consequências particularmente proeminentes num contexto em que os cidadãos e grupos de interesse não industriais não possuem canal disponível para participar significativamente na concepção ou negociação dessas soluções. Tais consequências são agravadas pelo fato de que os envolvidos podem não estar bem equipados para entender as implicações das soluções adotadas ou propostas.<sup>93</sup> Portanto, atores excluídos tendem a encontrar sua única maneira de sair deste enigma legal através dos tribunais. Neste processo de ação e reação estratégica institucional, as oportunidades para o aumento da litigiosidade só têm se ampliado. Assim se compõe o complicado quadro.

#### **4. CONCLUSÃO**

---

Os níveis atuais de litigância nos mercados financeiros brasileiros possuem raiz histórica e não podem ser atribuídos a um evento ou a um conjunto de eventos. Como tal, a explicação de por que o Judiciário termina por desenvolver um papel importante nos conflitos existentes pode ser encontrada em estruturas políticas, econômicas e jurídicas arraigadas que se cristalizaram nas últimas décadas enquanto o país implantou com sucesso uma política de transição para um regime democrático.

No Brasil, o colapso do regime militar e a consequente transição para uma democracia, durante os anos 1980, marcou a ascensão de duas ideias: o constitucionalismo e a regulação econômica. Sua coexistência é difícil.<sup>94</sup> Tal dificuldade é muito bem ilustrada pelos níveis explosivos de litígios que, agora, vêm dominando os mercados financeiros do Brasil em geral, e particularmente o mercado de crédito. Os cidadãos brasileiros estão atualmente em guerra com seus bancos e o Judiciário tem sido o campo de batalha.

Tomados em conjunto, os elementos descritos na seção 3 fornecem o que consideramos como uma forte hipótese institucional à questão de por que os cidadãos primeiro se valem dos tribunais para discutir os termos e condições de seu relacionamento contratual com instituições financeiras. Cada elemento

descrito na seção 3 não pode ser compreendido ou tratado isoladamente, mas em conjunto eles formam o contexto institucional que aumenta a litigiosidade, colocando um fardo significativo em todas as partes envolvidas, inclusive nas instituições financeiras.<sup>95</sup>

A principal lição deste capítulo é que a alta litigiosidade dos mercados financeiros é um impedimento para a total normalização da economia brasileira. O volume absoluto de ações judiciais pendentes perante a justiça, o aumento nas taxas de inadimplência e as características do Judiciário inevitavelmente levam a decisões inconsistentes, e algumas delas estão destinadas a serem pró-devedor. Mas advogar por medidas para aumentar a proteção ao crédito, diminuir os tempos de recuperação e lutar contra a inadimplência sem considerar os fatores macroeconômicos é uma maneira limitada e incompleta de se lidar com o problema.<sup>96</sup>

Atribuir as altas taxas de juros e altos *spreads* à incerteza judicial é também uma explicação incompleta. É claro que é verdade que a litigiosidade e a incerteza judicial levam as instituições financeiras a demandarem uma maior compensação de risco e, por sua vez, atraírem consumidores de maior risco. Contudo, os esforços reformistas serão mais efetivos e serão mais prováveis de trazer mudanças significativas se lidarem com as circunstâncias estruturais de fundo que realmente motivam a alta litigiosidade nos mercados financeiros.

## NOTAS

**1** Os juizados especiais no Brasil só podem julgar casos cujo valor envolvido seja igual ou inferior a quarenta salários mínimos. Em agosto de 2014, esse valor equivalia aproximadamente a US\$ 13.000,00.

**2** A pesquisa não inclui casos criminais, eleitorais e militares, bem como casos instaurados pelo Ministério Público. Ver BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014, p. 4-6.

**3** Em 2014, os contratos bancários em relações de consumo relativos a empréstimos consignados, expurgos inflacionários, planos econômicos e tarifas figuravam como o 20º assunto mais demandado entre todos os processos iniciados perante a Justiça Estadual naquele ano, e como 17º dentre as demandas levadas aos Juizados Especiais Estaduais no mesmo período. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números: 2015, ano-base 2014**. Brasília: CNJ, 2015, p. 98-100.

**4** JANTALIA, Fabiano. **Juros bancários**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

**5** Ver FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO, Luiz Fernando; LUNDBERG, Eduardo. Sistema judicial e mercado de crédito no Brasil. **Notas Técnicas do Banco Central do Brasil**, n. 35, maio 2003. Disponível em: <<http://www.bacen.gov.br/pec/notastecnicas/port/2003nt35sistemajudicialmercadocredbrasilp.pdf>>, p. 14-15; BRASIL. Banco Central do Brasil. **Economia bancária e crédito: avaliação de 5 anos do projeto juros e spread bancário**. 2004. Disponível em: <[http://www.BACEN.gov.br/Pec/spread/port/economia\\_bancaria\\_e\\_credito.pdf](http://www.BACEN.gov.br/Pec/spread/port/economia_bancaria_e_credito.pdf)>, p. 35-36; ARIDA, Pêrsio; BACHA, Edmar L.; LARA-RESENDE, André. Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco; GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (Eds.). **Inflation Target, Debt and the Brazilian Experience: 1999 to 2003**. Cambridge: Mit Press, 2005, p. 265-268; SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 254-255. *Mas ver:* FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, p. 79-112, 2006; GONÇALVES, Fernando M.; HOLLAND, Márcio; SPACOV, Andrei D. Can Jurisdictional Uncertainty and Capital Controls Explain the High Level of Real Interest Rates in Brazil? Evidence from Panel Data. **Revista Brasileira de Economia**, v. 61, n. 1, jan./mar. 2007,

p. 49; RIBEIRO, Ivan. Robin Hood vs. King John Redistribution: How Do Local Judges Decide Cases in Brazil? In: CONFERENCE OPEN MACROECONOMICS AND DEVELOPMENT, Aix-en-Provence, 2-3, jul. 2007. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=938174](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938174)>; SILVA, Ana Lúcia Pinto da; YEUNG, Luciana Luk-Tai; CARVALHO, Carlos Eduardo. A insegurança jurídica também é do devedor: seleção adversa e custo do crédito no Brasil. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 21-45 (contestando a percepção de que os tribunais brasileiros tendem a ficar do lado do devedor e promovem incerteza judicial).

**6** GORDLEY, James. Equality in Exchange. **California Law Review**, v. 69, n. 6, p. 1.587-1.656, dez. 1981 (para uma discussão geral sobre equidade nas trocas).

**7** Lei n. 4.595/1964.

**8** SANTOS, Fabiano; PATRÍCIO, Inês. Moeda e poder legislativo no Brasil: prestação de contas de bancos centrais no presidencialismo de coalizão. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 17, n. 49, p. 93-113, 2002, p. 93-98.

**9** Ver FRANCO, Gustavo H. B. Uma longa adolescência: fases da história monetária brasileira. In: MATTA, Roberto da (Org.). **Idéias e conseqüências**. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 28; p. 30; p. 40.

**10** Ver RAPOSO, Eduardo de Vasconcelos; KASAHARA, Yuri. Instituições fortes, moeda estável e Banco Central do Brasil autônomo. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 53, n. 4, p. 921-958, 2010, p. 921; p. 930-931.

**11** Ver NÓBREGA, Maílson Ferreira da. **O futuro chegou: instituições e desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Globo, 2005, p. 288-290; TAYLOR, Matthew. Institutional Development Through Policy-Making: A Case Study of the Brazilian Central Bank. **World Politics**, v. 61, n. 3, p. 487-515, maio 2009, p. 487; p. 498.

**12** TAYLOR, Matthew. Institutional Development... Op. cit., p. 498.

**13** Ver SANTOS, Fabiano; PATRÍCIO, Inês. Op. cit., p. 99.

**14** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Como interpretar as notas emitidas pelo Bacen e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 12, n. 46, p. 103-128, out./dez. 2009, p. 103; p. 114.

- 15** Artigo 2º do Decreto n. 65.769/1969.
- 16** Decreto n. 71.097/1972.
- 17** Artigo 5º da Lei n. 6.045/1974.
- 18** Ver RAPOSO, Eduardo de Vasconcelos; KASAHARA, Yuri. Op. cit., p. 938.
- 19** TAYLOR, Matthew. Institutional Development... Op. cit., p. 499-500.
- 20** Ibidem, p. 500.
- 21** Ver SOLA, Lourdes; KUGELMAS, Eduardo. Estabilidade econômica e o Plano Real como construção política e democratização: *statecraft*, liberalização econômica. In: SOLA, Lourdes; KUGELMAS, Eduardo; WHITEHEAD, Laurence (Eds.). **Banco Central, autoridade política e democratização: um equilíbrio delicado**. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 79.
- 22** Ver TAYLOR, Matthew. Institutional Development... Op. cit., p. 500.
- 23** Ver SANTOS, Fabiano; PATRÍCIO, Inês. Op. cit., p. 99.
- 24** TAYLOR, Matthew. Institutional Development... Op. cit., p. 503; ver também SANTOS, Fabiano; PATRÍCIO, Inês. Op. cit., p. 99.
- 25** Ver RAPOSO, Eduardo de Vasconcelos; KASAHARA, Yuri. Op. cit., p. 941.
- 26** Ibidem, p. 951.
- 27** Artigo 8º da Lei n. 9.069/1995.
- 28** Ver SANTOS, Fabiano; PATRÍCIO, Inês. Op. cit., p. 100-101.
- 29** TAYLOR, Matthew. Institutional Development... Op. cit., p. 509.
- 30** Ibidem.
- 31** Ver, e.g., MODÉ, Leandro; GERBELLI, Luiz Guilherme. Analistas criticam “abandono” do tripé macroeconômico. **O Estado de São Paulo**, 30 abr. 2013; LORENZO, Francine de. Tripé Econômico está e Continuará de Pé, diz Delfim Netto. **Jornal Valor Econômico**, 25 out. 2012; LANDIM, Raquel. O câmbio hoje é tão fixo quanto na minha época.

**O Estado de São Paulo**, 14 out. 2012; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O governo Dilma frente ao “tripé macroeconômico” e à direita liberal e dependente. **Novos Estudos – CEBRAP**, n. 95, p. 5-15, mar. 2013.

**32** Para uma pesquisa da literatura sobre independência do Banco Central e estabilidade de preços, ver ARNONE, M.; LAURENS, B. J.; SEGALOTTO, J. F. The Measurement of Central Bank, Autonomy: Survey of Models, Indicators, and Empirical Evidence. **IMF Working Paper**, n. WP/06/227. Mas ver também BARRO, Robert J. Determinants of economic growth: a cross-country empirical study. **National Bureau of Economic Research Working Paper**, n. 5698, ago. 1996, p. 61-64 (questionando empiricamente a existência da correlação).

**33** Ver CROWE, Cristopher; MEADE, Ellen E. Central Bank Independence and Transparency: Evolution and Effectiveness. **European Journal of Political Economy**, v. 24, n. 4, p. 763-777, dez. 2008; ver também RAPOSO, Eduardo de Vasconcelos; KASAHARA, Yuri. Op. cit., p. 925-927.

**34** TAYLOR, Matthew. Institutional Development... Op. cit., p. 504.

**35** Ver FRANCO, Gustavo H. B. **O desafio brasileiro**: ensaios sobre o desenvolvimento, globalização e moeda. São Paulo: 34, 1996, p. 78-79; ver também OREIRO, José Luiz da Costa et al. Determinantes macroeconômicos do *spread* bancário no Brasil: teoria e evidência recente. **Economia Aplicada**, v. 10, n. 4, p. 609-634, out./dez. 2006, p. 609; p. 618.

**36** Ver SEGURA-UBIERGO, Alex. The Puzzle of Brazil High Interest Rates. **IMF Working Paper**, n. WP/12/62. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp1262.pdf>>, p. 3-4.

**37** Ver SILVA, Ana Lúcia Pinto da; YEUNG, Luciana Luk-Tai; CARVALHO, Carlos Eduardo. Op. cit. Vale a pena frisar como a seleção adversa afeta o mercado de crédito brasileiro. Altas taxas-base de juros aliadas a altos *spreads* tornam o crédito extremamente caro para os clientes. Devido a isso, o crédito só se torna atrativo para clientes envolvidos em atividades de maior risco, que esperam obter maiores ganhos que lhes permitirão liquidar empréstimos caros. Em resultado disso, somente tomadores de maior risco buscarão e obterão crédito, aumentando o risco enfrentado pelas instituições financeiras e, portanto, os preços por elas cobrados pelo crédito (Ibidem, p. 38-40); ver também SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, v. 15, n. 57, p. 157-170, jul./set. 2012, p. 165-166.

**38** BANCO MUNDIAL. **Interest Rate Spread**. Disponível em: <[http://data.worldbank.org/indicator/FR.INR.LNDP?end=2015&start=1988&view=chart&year\\_high\\_desc=true](http://data.worldbank.org/indicator/FR.INR.LNDP?end=2015&start=1988&view=chart&year_high_desc=true)>. Acesso em: 08 set. 2016 (Brasil com *outlier* na comparação internacional dos *spreads* bancários médios).

**39** Ver OREIRO, José Luiz da Costa et al. Op. cit., p. 610; ver também FABIANI, Emerson Ribeiro. **Direito e crédito bancário no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28.

**40** Ver GONÇALVES, Fernando M.; HOLLAND, Márcio; SPACOV, Andrei D. Op. cit., p. 50.

**41** Ver PAULA, Luiz Fernando de; LEAL, Rodrigo de Mendes. Custo do crédito no Brasil: uma avaliação recente. **Indicadores Econômicos FEE**, v. 34, n. 2, p. 91-102, set. 2006, p. 91; p. 93. Ver também BRASIL. Banco Central do Brasil. **Relatório anual**: 2007, v. 43, p. 55; BRASIL. Banco Central do Brasil. **Relatório anual**: 2010, v. 46, p. 50; e BRASIL. Banco Central do Brasil. **Relatório anual**: 2014, v. 50, p. 46.

**42** Ver FABIANI, Emerson Ribeiro. Op. cit., p. 32.

**43** Ibidem. Ver também ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar L.; LARA-RESENDE, André. Op. cit., p. 268. Em outro artigo de nossa autoria, apontamos que o debate na literatura econômica sobre as causas das altas taxas de juros no Brasil está reunido em torno de cinco grandes teorias: “a fragilidade das contas públicas, a tese de eficácia reduzida da política monetária, a hipótese Bresser-Nakano, a teoria do efeito de convecção, e finalmente a ‘incerteza jurisdicional’”. SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência... Op. cit., p. 164. Para análise mais detalhada das cinco grandes teorias, ver MODENESI, André de Melo; MODENESI, Rui Lyrio. Quinze anos de rigidez monetária no Brasil pós-Plano Real: uma agenda de pesquisa. **Revista de Economia Política**. São Paulo, v. 32, n. 3, p. 389-411, jul./set. 2012, p. 8-15. No entanto, somente a hipótese de incerteza jurisdicional provou ser um ponto fértil de partida para que os formuladores de políticas desenvolvam recomendações práticas para reforma institucional, e, portanto, atingiu um nível maior de influência.

**44** Ver LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. The Economics Consequences of Legal Origins. **Journal of Economic Literature**, v. 46, n. 2, p. 285-332, 2008; ver também FABIANI, Emerson Ribeiro. Op. cit., p. 54.

**45** Ver LA PORTA, Rafael et al. Law and Finance. **Journal of Political Economy**, v. 106, n. 6, p. 1.113-1.155, dez. 1998, p. 1.152.

**46** Ver DJANKOV, Simeon et al. Debt Enforcement Around the World. **Journal of Political Economy**, v. 116, n. 6, p. 1.105-1.149, 2008. Mas um organismo crescente e influente de literatura emergiu desde o final dos anos 1990, o qual questiona as conclusões do projeto Law & Finance (Direito & Finanças) focalizando os resultados questionáveis dos transplantes legais nas economias em desenvolvimento e em transição. Esta literatura crítica enfatiza substitutos funcionais e argumenta, por exemplo, que as instituições eficazes são muito mais importantes para o desenvolvimento em longo prazo do que a mera adoção de regras estrangeiras. Ver PISTOR, Katharina; RAISER, Martin; GELFER, Stanlislaw. Law and Finance in Transition Economies. **Economist of Transition**, v. 8, n. 2, p. 325-368, 2000.

**47** Ver FABIANI, Emerson Ribeiro. Op. cit., p. 124.

**48** Ver PINHEIRO, Armando Castelar; CABRAL, Celia. Mercado de crédito no Brasil: o papel do Judiciário e outras instituições. **Ensaio BNDES**. Rio de Janeiro, n. 9, dez. 1998. Disponível em: <[http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ensaio/ensaio9.pdf](http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ensaio/ensaio9.pdf)>; AITH, Marcio. O impacto do Judiciário nas atividades das instituições financeiras. In: CASTELAR, A. (Org.). **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009, p. 103-112. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/zz9q9/pdf/castelar-9788579820199-07.pdf>>; ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar L.; LARA-RESENDE, André. Op. cit.; JANTALIA, Fabiano. Op. cit.

**49** Desde 1999, o BACEN defende reformas institucionais e legais para reduzir os *spreads* e incentivar o crescimento dos mercados de crédito, tais como a criação de uma nota de crédito bancária para agilizar a recuperação da dívida, a extensão do regime de venda fiduciária para abranger ativos intangíveis e substituíveis, a reforma da legislação sobre falências, a extensão dos empréstimos sobre a folha de pagamento para trabalhadores do setor privado, dentre outros. Ver COSTA, Ana Carla A.; MELLO, João M. P. de. Judicial Risk and Credit Market Performance: Microevidence from Brazilian Payroll Loans. In: EDWARDS, Sebastian; GARCIA, Marcio G. P. (Eds.). **Financial Market Volatility and Performance in Emerging Markets**. Chicago: University of Chicago Press, 2008; FABIANI, Emerson Ribeiro. Op. cit, p. 59; SILVA, Ana Lúcia Pinto da; YEUNG, Luciana Luk-Tai; CARVALHO, Carlos Eduardo. Op. cit., p. 32-33; JANTALIA, Fabiano. Op. cit., p. 166-167.

**50** Ver ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar L.; LARA-RESENDE, André. Op. cit., p. 273.

**51** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência... Op. cit., p. 162.

**52** Ibidem.

**53** É necessária uma breve nota metodológica: optamos por lidar com cada um desses aspectos separadamente apenas para fins de clareza. Essa escolha de nenhum modo deverá ser interpretada como uma sugestão de que os efeitos de cada aspecto possam ser isolados e tratados separadamente. De fato, eles existem em conexão estreita um com o outro e criam pressões mutuamente reforçadoras que contribuem para o fenômeno.

**54** Ver FRANCO, Gustavo H. B. Auge e declínio do inflacionismo no Brasil. Rio de Janeiro: PUC-RJ. Departamento de Economia. **Texto para Discussão**, n. 487, set. 2004, p. 8-9; SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência... Op. cit., p. 161.

**55** Entre 1979 e 1991, as autoridades brasileiras implantaram dez planos de estabilização econômica e inúmeras iniciativas de controle salarial e de preços, e nenhum deles teve êxito no combate à inflação no longo prazo. Ver CASTRO, Marcus Faro de; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 1990. Revista de Sociologia e Política, n. 18, p. 109-129, jun. 2002, p. 122; FRANCO, Gustavo H. B. Auge e declínio... Op. cit., p. 8-9.

**56** Ver DURAN, Camila Villard. O Supremo Tribunal Federal, os planos econômicos de estabilização e a construção da moldura jurídica do poder monetário. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 4, n. 1, p. 195-224, jun. 2010.

**57** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência... Op. cit., p. 161; CASTRO, Marcus Faro de; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Op. cit.; WALD, Arnoldo. **O novo Direito Monetário: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39-43.

**58** De acordo com a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), entidade sindical de instituições financeiras, desde o início de 2009 havia mais de 550.000 ações em andamento instauradas por reclamantes que postulavam compensação por perdas associadas a planos de estabilização introduzidos entre 1986 e 1991. Ver CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. **CONSIF protocola ação no Supremo Tribunal Federal em defesa da constitucionalidade dos planos econômicos**, 5 mar. 2009. Disponível em: <[http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Press%20release05\\_03\\_09.pdf](http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Press%20release05_03_09.pdf)>. O BACEN estima que, caso os reclamantes tenham ganho de causa

nesses processos, as instituições financeiras do Brasil enfrentarão uma conta de R\$ 105 bilhões, e, portanto, o BACEN requereu que os tribunais brasileiros julguem improcedentes tais ações. Ver BRASIL. Banco Central do Brasil. Petição PGBC-2222/2010, **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 4, n. 1, p. 289-311, jun. 2010, p. 293.

**59** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência... Op. cit., p. 161.

**60** Ver PAULA, Luiz Fernando de; LEAL, Rodrigo de Mendes. Op. cit., p. 100; OLIVEIRA, Giuliano Contento; CARVALHO, Carlos Eduardo. O componente “custo de oportunidade” do *spread* bancário no Brasil: uma abordagem pós-keynesiana. **Economia e Sociedade**. Campinas, v. 16, n. 3, p. 371-404, dez. 2007, p. 400.

**61** Ver OREIRO, José Luiz da Costa et al. Op. cit.; GONÇALVES, Fernando M.; HOLLAND, Márcio; SPACOV, Andrei D. Op. cit.; MANHIÇA, Félix Antonio; JORGE, Caroline Teixeira. O nível da taxa básica de juros e o *spread* bancário no Brasil: uma análise de dados em painel. Rio de Janeiro: IPEA. **Texto para Discussão**, n. 1.710, fev. 2012.

**62** Ver OREIRO, José Luiz da Costa et al. Op. cit.

**63** OLIVEIRA, Giuliano Contento; CARVALHO, Carlos Eduardo. Op. cit., 394.

**64** Ibidem, p. 394.

**65** Ibidem, p. 396

**66** TAYLOR, Matthew. Institutional Development... Op. cit., p. 506.

**67** Ver SOUZA, Sergio R. S.; TABAK, Benjamin M.; CAJUEIRO, Daniel O. Investigação da memória de longo prazo da taxa de juros no Brasil. **Revista Brasileira de Economia**, v. 60, n. 2, p. 193-209, abr. 2006, p. 203.

**68** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência... Op. cit., p. 162.

**69** Ver VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. **DADOS – Revista De Ciências Sociais**, v. 48, n. 4, p. 777-843, 2005, p. 820-821; PALHARES, Cinara. Evolução da proteção jurídica do consumidor de crédito no Brasil. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 318-360, p. 341.

**70** Ver FREITAS, Maria Cristina Penido de. The Effect of the Global Crisis in Brazil: Risk Aversion and the Preference Liquidity in the Credit Market. **Estudos Avançados**, v. 23, n. 66, p. 125-145, 2009, p. 137.

**71** Ver VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes. (Coords.). **Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: 1850-1930**. São Paulo: Saraiva, 2010. Ver também SALAMA, Bruno Meyerhof. Oportunidades para bacharel em Direito são muitas. **Conjur**, 17 fev. 2012. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-17/apesar-competicao-oportunidades-bacharel-direiro-são>>. Acesso em: 1º set. 2014.

**72** Sobre este tópico, ver PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. **Tulane Law Review**, v. 90, n. 2, p. 439-470, 2015.

**73** Ver VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Este fenômeno de judicialização da política é ligado ao reconhecimento do Judiciário como um importante ator político. No entanto, existem abundantes perguntas sobre a legitimidade das decisões judiciais que impactam a política pública, os interesses reais das classes que estão executando, bem como os custos que representam para os orçamentos públicos. Sobre este tópico, ver também HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

**74** De 1965 a 1988, o CMN e o BACEN promulgaram uma média anual de 124 regulamentos. De 1989 a 2012, esse número aumentou em quase dez vezes, para uma média de aproximadamente 1.221 regulamentos a cada ano. ROCHA, Jean Paul C. Veiga. **A capacidade normativa de conjuntura no Direito Econômico: o déficit democrático da regulação financeira**. 204 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 34 (fornecendo dados sobre regulamentos promulgados de 1965 a 2003). Informações sobre regulamentos promulgados de 2004 a 2012 foram obtidas da ferramenta de pesquisa de regulamentos no site do BACEN: <<http://www.BACEN.gov.br/?BUSCANORMA>>.

**75** Ibidem, p. 23.

**76** Dentre a longa lista de direitos garantidos na Constituição de 1988 estão os direitos a moradia, educação, lazer, salário mínimo e aposentadoria (artigo 7º). Ela ainda contém um dispositivo para proteger os trabalhadores contra os efeitos da automação (artigo 7º, inciso

XXVII). Ela também estipula que a propriedade privada deve ser usada de modo a cumprir sua “função social” (artigo 5º, inciso XXIII).

**77** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência... Op. cit., p. 166-169. Ver também SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia.** São Paulo: Malheiros, 2014, p. 377-386; SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo – RDA.** Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013. Ver também SALAMA, Bruno Meyerhof. The Art of Law & Macroeconomics. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 74, p. 131-177, inverno 2012.

**78** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Como interpretar... Op. cit., 109-110.

**79** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 13, n. 50, p. 157-184, out./dez. 2010.

**80** Em sua primeira importante decisão após a Constituição de 1988, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal acolheu a lógica da regulação financeira. A controvérsia envolveu a limitação de taxas de juros a 12% ao ano, que tinha sido inserida na Constituição de 1988, e exemplificou o tipo de “populismo legislativo” que tomou conta dos políticos brasileiros na década de 1980. Em sua decisão, o Supremo Tribunal Federal acolheu uma opinião vinculativa emitida pelo Advogado-Geral da União e assinada pelo presidente Sarney argumentando que a limitação não teve efeito imediato. A opinião e a decisão emitidas pelo Supremo Tribunal Federal reconheceram que a aplicação integral da limitação teria causado efeitos desastrosos no sistema financeiro porque, essencialmente, nenhuma transação de crédito existente ficaria adimplente. Mas a lógica do sistema financeiro nem sempre prevaleceu. Em um caso de referência decidido em 2006, o Supremo Tribunal afirmou a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à relação entre os bancos e seus clientes, incluindo contratos de crédito. Ao fazer isso, o Supremo Tribunal desconsiderou os argumentos do banco de que as particularidades das transações de crédito não deveriam se sujeitar aos princípios de proteção ao consumidor do CDC. Ver ROCHA, Jean Paul C. Veiga. Op. cit., p. 135 (detalhando a controvérsia sobre a limitação da taxa de juros a 12%); PALHARES, Cinara. Op. cit., p. 330-331 (detalhando a discussão sobre a aplicabilidade do CDC); DURAN, Camila Villard. Op. cit. (resumindo a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre regulação financeira).

**81** TAYLOR, Matthew. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Stanford: Stanford University Press, 2008.

**82** Ibidem, p. 18.

**83** Ibidem, p. 44.

**84** Ibidem, p. 44-45.

**85** Ver também SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade...** Op. cit., p. 341-343.

**86** FABIANI, Emerson Ribeiro. Op. cit., p. 66-67.

**87** Ibidem, p. 68-69.

**88** DJANKOV, Simeon et al. Op. cit., p. 1.146-1.147 (alegando que as nações em desenvolvimento tentam emular as desenvolvidas e criar regimes sofisticados de falência que acabam falhando em salvar empresas endividadas em um percentual alarmante de 80% das vezes).

**89** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Recuperação judicial e trava bancária. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 16, n. 59, p. 13-24, jan./mar. 2013; STJ mantém trava bancária em recuperação judicial. **Consultor Jurídico**, 17 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-17/turma-stj-mantem-trava-bancaria-processo-recuperacao-judicial>>. Ver também SALAMA, Bruno Meyerhof; SILVA FILHO, Osny da. Elasticity, Incompleteness, and Constitutive Rules. **The CLS Blue Sky Blog**, 30 jul. 2013.

**90** Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência... Op. cit., p. 165-166.

**91** “Para o tomador de crédito, a incerteza advém de diversas fontes: (i) porque o banco consegue adotar posições que não estão descritas ou estão insuficientemente descritas no acordo inicial (taxas adicionais, exigências de reciprocidade); (ii) porque o banco pode fazer exigências indevidas se o devedor enfrentar dificuldades de pagamento; (iii) porque o banco pode negar renovação de crédito ou estipular condições muito desfavoráveis para a renovação; (iv) e, finalmente, porque o tomador do crédito possui menor conhecimento das consequências reais de quebrar o contrato”. SILVA, Ana Lúcia Pinto da; YEUNG, Luciana Luk-Tai; CARVALHO, Carlos Eduardo. Op. cit., p. 23.

**92** FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, p. 79-112, 2006.

**93** HOCHSTETLER, Kathryn. Civil Society and the Regulatory State of the South. *Regulation & Governance*, v. 6, n. 3, p. 362-370, 2012, p. 369.

**94** Para uma discussão de como essa coexistência ocorreu em uma jurisdição diferente, ver URUEÑA, Rene. The Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia: The Case of Water Governance. **Regulation & Governance**, v. 6, n. 3, p. 282-299, set. 2012.

**95** O tamanho de tais custos para as instituições financeiras propriamente ditas pode ser percebido por um anúncio recente do BB de uma decisão de não recorrer (ou até mesmo desistir de recursos já protocolizados) de decisões desfavoráveis, que serão provavelmente mantidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa medida é parte de uma estratégia maior para reduzir o número de ações judiciais nas quais o BB está atualmente envolvido (850.000, o maior litigante nos tribunais brasileiros), e fomentar o uso de métodos não litigiosos de resolução de disputas com seus clientes. Ver BB adota política de desistência de ações judiciais. **Consultor Jurídico**, 7 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-07/banco-brasil-adota-politica-desistencia-acoes-judiciais>>. Ver também AITH, Marcio. Op. cit., p. 105-106.

**96** Ver OREIRO, José Luiz da Costa et al. Op. cit., p. 631; ver também AFONSO, José Roberto; KOHLER, Marcos Antonio; FREITAS, Paulo Springer de. Evolução e determinantes do spread bancário no Brasil. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. **Texto para Discussão**, n. 61, ago. 2009, p. 32.

## PARTE 3

# NOVAS AGÊNCIAS REGULADORAS



## 5. A REGULAÇÃO E O JUDICIÁRIO: O CASO DO SETOR DE ELETRICIDADE

Patrícia Sampaio  
Ricardo Morishita Wada

### 1. INTRODUÇÃO

---

A quantidade de disputas judiciais envolvendo o setor de eletricidade brasileiro, direta ou indiretamente, é significativa.<sup>1</sup> A hipótese discutida neste capítulo é a de que a alta taxa de litigiosidade do setor é liderada por demandas consumeristas, baseadas no Código de Defesa do Consumidor, e não por discussões regulatórias, relativas à validade e aplicação da regulação expedida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Ainda assim, o Judiciário já desempenhou um papel importante em questões regulatórias específicas, as quais abordaremos na segunda parte deste texto. Para discutir essa hipótese, o capítulo está organizado da seguinte maneira:

Inicialmente, apresentamos dados sobre litígios envolvendo o setor de eletricidade. A seguir, comentamos as mudanças regulatórias experimentadas na década de 1990, um fenômeno que ocorreu em paralelo ao processo de redemocratização da sociedade brasileira e ao fortalecimento do direito do consumidor. Apesar de a litigiosidade do setor envolver algumas discussões relacionadas à regulação setorial, incluindo, mas não se limitando, à ANEEL,<sup>2</sup> as disputas de massa (nas quais a regulação setorial não parece possuir um papel central) seriam quantitativamente as principais causas para o alto grau de litigiosidade do setor. Tais queixas são baseadas no princípio constitucional de defesa do consumidor e sua legislação regulamentadora — em especial, o Código de Defesa do Consumidor. Adiante, o capítulo apresenta algumas decisões judiciais relativas, especificamente, à regulação da eletricidade. Ao final, concluímos que reduzir a litigiosidade do setor requereria uma maior cooperação entre as instituições dedicadas à defesa do consumidor e a ANEEL. Embora as decisões da agência não sejam, com frequência, objeto de disputas judiciais, sugerimos que um papel mais efetivo da agência reguladora em

controlar e monitorar as atividades das concessionárias de serviços públicos tenderia a reduzir os litígios em massa de consumidores, a causa principal do problema de litigiosidade do setor de eletricidade.

## **2. BREVE HISTÓRIA DO SETOR DE ELETRICIDADE BRASILEIRO**

A partir da década de 1930, o setor de eletricidade foi desenvolvido basicamente com investimentos públicos e pelo fornecimento direto de serviços por empresas estatais.<sup>3</sup> O país foi sempre muito dependente da hidroeletricidade, graças à presença de inúmeros rios e quedas d'água.<sup>4</sup>

Contudo, na década de 1980, o modelo estatal mostrou sinais de esgotamento, causado por crises econômicas internacionais, degradação das contas internas do país e a incapacidade do poder público de se manter como a fonte primária de investimentos no setor.<sup>5</sup> Logo após a aprovação da nova Constituição Federal (1988), o governo iniciou, na década de 1990, uma reforma que objetivava privatizar as atividades não estratégicas e delegar a prestação de serviços públicos ao setor privado. No caso da eletricidade, a decisão foi delegar a distribuição da eletricidade para o setor privado através de contratos de concessão, mantendo os poderes concedente e regulatório do Estado.

Como consequência do processo de reformas, a maior parte do setor de distribuição foi desestatizado através de leilões públicos para celebração de contratos de concessão, o que concedeu a investidores privados o direito de prestar esse serviço público por um prazo pré-determinado. Ao mesmo tempo, a agência reguladora setorial (ANEEL) foi criada com autonomia face ao Poder Executivo. Essa autonomia foi caracterizada: pela (i) ausência de subordinação hierárquica ao Ministério de Minas e Energia (MME); por (ii) uma estrutura colegiada em sua mais alta instância (a Diretoria Colegiada); e pela (iii) concessão de mandatos com prazo fixo a seus diretores, com a proibição de exoneração imotivada. A ANEEL tem poderes regulatórios e de fiscalização sobre os agentes operando no setor de eletricidade.<sup>6</sup>

Os setores de geração e transmissão de eletricidade foram menos afetados pela privatização. Na geração, os investimentos privados focaram principalmente em projetos *greenfield*, e a participação de empresas estatais continua predominante.<sup>7</sup> Da mesma forma, os ativos existentes de transmissão também

não foram privatizados. Todavia, na virada do século, licitações para outorga de direitos de construção, operação e manutenção de novas linhas de transmissão se tornaram uma estratégia comum para expandir a rede.<sup>8</sup>

O país passou por um período de racionamento entre junho de 2001 e fevereiro de 2002, quando o governo impôs um limite de consumo para todos os consumidores. Esse evento, seguido pela derrota do partido do governo nas eleições federais de 2002, explica por que o processo de privatização não avançou mais nos setores de geração e transmissão. É também um dos motivos pelos quais a regulação setorial foi modificada em 2003-2004, em uma tentativa de aumentar a estabilidade do setor.

Em 2004, a Lei n. 10.848/2004<sup>9</sup> ordenou a desverticalização da distribuição: as empresas de distribuição foram proibidas de possuir e operar ativos de geração e de transmissão.<sup>10</sup> A lei também exigiu que os distribuidores contratasse toda a sua demanda de energia através de leilões a serem organizados pela ANEEL — o Ambiente de Contratação Regulada (ACR). Paralelamente, foi organizado um mercado (o Ambiente de Contratação Livre – ACL), no qual a compra e venda de eletricidade pode ser negociada bilateralmente, ao invés de ser comprada ou vendida em leilões. A participação no ACL está restrita aos consumidores eletrointensivos.<sup>11</sup> Os consumidores residenciais, por outro lado, são clientes cativos das concessionárias de distribuição: eles não podem escolher de quem comprar a eletricidade. Esse relacionamento é regulado por uma série de normas reguladoras e pelo contrato de concessão entre a empresa e o governo federal, que estabelece os requisitos mínimos com relação à qualidade do serviço e as tarifas máximas que podem ser cobradas dos usuários finais.

Para entender as causas de litigiosidade envolvendo o setor de eletricidade, é necessário considerar que a ANEEL, mesmo dotada de autonomia, é parte da Administração Pública federal. Assim sendo, ela está sujeita a princípios constitucionais, tais como o princípio da legalidade, que determina que um agente administrativo somente pode agir se obrigado ou autorizado por lei. Dessa forma, as diretrizes das políticas públicas são definidas em leis votadas pelo Congresso Nacional. Guiados por essas leis,<sup>12</sup> a Presidência da República, o MME e o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) formulam

políticas concretas, que são então detalhadas ou completadas pelas regras promulgadas pela ANEEL.<sup>13</sup>

Neste contexto, muitas disputas sobre o quadro jurídico setorial estão conectadas a assuntos constitucionais ou legais, ou ainda a decisões do Poder Executivo, incluindo o MME e o CNPE. Assim sendo, focar exclusivamente na revisão judicial dos atos administrativos da ANEEL seria fornecer um panorama incompleto da litigiosidade setorial. Uma porção significativa da regulação é estabelecida por leis, medidas provisórias, resoluções do CNPE e decretos presidenciais que podem, igualmente, estar sujeitos a disputas judiciais. Adicionalmente a essas várias disposições regulatórias, o direito do consumidor é extremamente importante para litígios relacionados ao setor de eletricidade. Esse é o assunto que trataremos a seguir.

### **3. A EMERGÊNCIA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO DO PAÍS**

---

Junto com o processo de privatização, houve a consolidação da legislação de proteção e defesa do consumidor no Brasil. Liderado pelo poder público, esse processo foi iniciado na segunda metade da década de 1970,<sup>14</sup> inspirado no movimento da sociedade civil norte-americana, atingindo seu ápice duas décadas mais tarde, com a promulgação da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990 (Lei n. 8.078/1990).

A Constituição elevou a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental e princípio fundador da ordem econômica.<sup>15</sup> Tal constitucionalização dos direitos do consumidor foi inovadora e foi acompanhada: (i) pela descentralização e privatização dos serviços públicos; (ii) pelo processo de redemocratização com eleições diretas; (iii) pela participação popular no processo político; (iv) pelo reconhecimento, inclusão e expansão dos direitos sociais; e (v) pelo fortalecimento de instituições como o Judiciário e o Ministério Público.

Toda uma estrutura executiva foi criada para a aplicação dos recém-criados direitos do consumidor. Enquanto os modelos europeus existentes, principalmente o francês, tinham centralizado a aplicação do direito do consumidor na esfera federal, a Constituição brasileira de 1988 adotou um modelo des-

centralizado. Estados, municípios, o Distrito Federal e o governo federal são responsáveis pela proteção dos direitos do consumidor, através de demandas judiciais ou pela adoção de ações administrativas, tais como audiências, mediação de conflitos e supervisão de reclamações de consumidores. Esse modelo se baseia na hipótese de que os estados e os municípios estão mais perto dos cidadãos e, assim sendo, devem ter o papel primário na aplicação de leis de proteção do consumidor.<sup>16</sup>

As leis de proteção e defesa do consumidor foram também consideradas inovadoras por criarem modificações nas regras de direito público e privado. Entre as modificações significativas no sistema de responsabilidade civil, há a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, a regulação de ofertas e propaganda de produtos, a proibição de práticas abusivas, proteções específicas para contratos de consumo, regras processuais especiais para ações coletivas e individuais de consumidores, sanções administrativas e a criação de novas categorias de comportamentos puníveis.

A legislação foi a estratégia escolhida para garantir a proteção efetiva dos consumidores, mas o legislador adotou padrões e princípios gerais, ao contrário de uma lista definida de comportamentos puníveis. De fato, a legislação fornece todo um conjunto de princípios e valores para guiarem o juiz. As disposições coibindo as práticas abusivas, por exemplo, consideram qualquer ato “manifestamente excessivo” como sendo abusivo.<sup>17</sup> Não há indicação explícita do que seja “manifestamente excessivo”, o que está dentro da discricionariedade do juiz, ao analisar o caso concreto, para avaliar a existência do excesso e determinar se há abuso contra os consumidores. No caso específico relativo à cobrança pela emissão de boletos bancários por instituições financeiras, por exemplo, não havia regulação proibindo ou autorizando a cobrança, mas o Superior Tribunal de Justiça decidiu que tal cobrança é abusiva.<sup>18</sup> Houve também inovações para garantir o acesso dos consumidores à justiça, junto com mecanismos de inversão do ônus da prova, eleição de foro (permitindo ao consumidor ajuizar a causa no foro de seu domicílio), obrigações de fazer e mecanismos para as ações coletivas.

Adicionalmente, foram feitas reformas judiciais. Em 1995, os chamados Juizados Especiais Cíveis (JECs) foram criados para simplificar os processos judiciais, garantir decisões mais céleres e facilitar o acesso à justiça. Esses

juizados podem adjudicar disputas de até quarenta vezes o salário mínimo vigente (aproximadamente R\$ 35.000,00), o que muito favoreceu os consumidores brasileiros, pois forneceram um acesso mais direto, simplificado e rápido ao Judiciário.<sup>19</sup>

O novo quadro jurídico para a defesa do consumidor, a reformulação dos mecanismos de acesso à justiça, a criação de entidades de proteção do consumidor e o estabelecimento de procedimentos judiciais mais simplificados, rápidos e de baixo custo contribuíram muito para a ampliação do acesso e a popularização dos direitos do consumidor.<sup>20</sup> A lesão aos direitos dos consumidores produziu um número crescente de causas nas esferas judicial e extrajudicial. As indústrias de massa têm, desde então, figurado em papel de destaque como réis dos casos nos JECs.

#### **4. LITÍGIOS DE CONSUMIDORES ENVOLVENDO O SETOR DE ELETRICIDADE**

---

A ANEEL não está na lista dos 100 maiores litigantes do Judiciário, ao contrário das agências de outros setores, como óleo e gás (ANP), telecomunicações (ANATEL), saúde suplementar (ANS), transportes terrestres (ANTT), vigilância sanitária (ANVISA) e aviação civil (ANAC).<sup>21</sup> Isso significa que os atos e decisões da ANEEL não estão entre as matérias mais discutidas no Judiciário brasileiro, mesmo considerando que a ANEEL foi parte em 6.558 processos judiciais desde sua criação, baseado em informações disponíveis na Justiça Federal.<sup>22</sup>

Em contraste, as empresas que operam no setor de eletricidade, especialmente as concessionárias de distribuição — como a Light, Coelba, Eletropaulo e Elektro —, estão na lista dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual.<sup>23</sup> Nossa hipótese é que essa realidade esteja associada a disputas envolvendo consumidores e empresas de eletricidade, nas quais a regulação setorial pode aparecer como pano de fundo, mas não é questionada diretamente. Por exemplo, havia um debate jurídico sobre se a suspensão do serviço de eletricidade devido à falta de pagamento pelo consumidor era uma violação das leis de proteção ao consumidor e do princípio constitucional da dignidade humana.<sup>24</sup> A questão foi levada ao Judiciário repetidas vezes, apesar de a suspensão ser

expressamente autorizada pela Lei Geral de Concessões e Permissões de Prestação de Serviços Públicos<sup>25</sup> e por resoluções da ANEEL.<sup>26</sup>

Esses tipos de causas envolvendo consumidores e empresas de eletricidade podem ser propostos individualmente e, assim, possuem uma alta probabilidade de serem replicados rapidamente, sobrecarregando o Judiciário. Ilustrativas dessa situação são as ações judiciais no estado do Rio de Janeiro. Nos últimos cinco anos, a maior empresa de eletricidade do estado do Rio de Janeiro (em termos de quantidade de clientes) foi a segunda empresa mais acionada nos JECs em todo o estado, com 110.737 ações judiciais.<sup>27</sup> Em 2011, 14 distribuidoras de eletricidade figuraram no ranking dos 100 maiores litigantes dos JECs pelo país.<sup>28</sup>

Em 2013, o mesmo padrão foi observado em uma pesquisa envolvendo determinados JECs.<sup>29</sup> Cobrindo os estados do Amapá, Ceará e Rio de Janeiro, o estudo mostra que o direito do consumidor é a matéria mais adjudicada pelos Juizados Especiais Cíveis. No Amapá, causas de consumidores representaram 78,57% do total de todos os processos adjudicados; no Ceará elas representaram mais da metade de todas as ações judiciais (51,38%); e, no Rio de Janeiro, elas representaram quase todas as ações judiciais, ou 92,89%.

As quantidades mudam, contudo, ao analisarmos essas porcentagens por setor. No caso da eletricidade, as ações judiciais envolvendo direito do consumidor representam apenas 1,4% das causas no JECs do estado do Amapá; 3,57% no Ceará e 10,48% no Rio de Janeiro. Isso representa o quarto maior setor em termos de porcentagem de causas nos JECs desses três estados, atrás dos setores de varejo, finanças e telecomunicações. Para explicar a variação, o estudo sustenta que há uma “concentração do perfil da demanda em feitos envolvendo relações de consumo — que pode ser relacionado ao papel das agências reguladoras frente ao papel do Poder Judiciário nessa matéria”.<sup>30</sup>

Em suma, as disputas de consumidores no setor de eletricidade são responsáveis por um montante significativo de processos judiciais. Medidas processuais e substantivas para expandir o acesso à justiça têm contribuído para esse aumento, paralelamente à privatização de uma grande parte do setor de distribuição (processar e obter perdas e danos de empresas privadas parece mais fácil que lutar contra empresas estatais ou contra o governo agindo como fornecedor de serviços).

Todavia, em que pese a relevância da proteção ao consumidor, a litigiosidade impõe um risco considerável ao processo regulatório. O Judiciário parece não enfatizar o papel do regulador nesse processo, o que é evidenciado pelo fato de que raramente encontramos referências explícitas às normas de regulação setorial em decisões envolvendo consumidores.<sup>31</sup> Diferentemente das normas regulatórias, que são geralmente técnicas e complexas, as normas de proteção e defesa do consumidor permitem uma interpretação casuística (fático-dependente) e pragmática. Os tribunais também estão mais familiarizados com a resolução de disputas individuais do que em lidar com interesses coletivos (embora as ações coletivas também sejam comuns em casos de proteção ao consumidor). Isso contrasta com o escopo coletivo do processo de elaboração de regras regulatórias e o papel da agência setorial responsável por produzir e aplicar tal regulação.

## **5. LITÍGIOS ENVOLVENDO A REGULAÇÃO SETORIAL**

---

Independentemente do número significativo de causas relacionadas ao consumidor, eventualmente as decisões regulatórias setoriais também são questionadas na justiça. De fato, houve decisões importantes dos tribunais superiores relacionadas ao quadro regulatório do setor de eletricidade. A análise desses precedentes, entretanto, conforme discutido abaixo, mostra que, em termos quantitativos, o foco primário dessas disputas não parece residir na discussão da legalidade ou constitucionalidade das decisões da ANEEL.

### **• 5.1. LITÍGIOS PERANTE OS TRIBUNAIS SUPERIORES**

A competência jurisdicional primária do Supremo Tribunal Federal (STF) envolve disputas sobre violações da Constituição Federal. Dessa forma, é raro encontrar decisões dessa corte relacionadas a atos de agências reguladoras, já que as decisões e regulações das agências setoriais são geralmente atos administrativos baseados em lei ordinária.

Contudo, conforme discutido anteriormente, a regulação do setor de eletricidade vai além dos atos da ANEEL; uma grande parte da regulação aplicável é encontrada em leis ordinárias. Dessa forma, esses casos somente podem

ser levados ao STF com base na violação da Constituição Federal por tais leis, conforme ilustrado abaixo.

Um caso importante decidido pelo STF referiu-se ao programa de racionamento de energia elétrica imposto à sociedade em 2001. Devido a uma grave seca atrelada à ausência de fontes alternativas de energia e limitações no sistema de transmissão, o país experimentou restrições na oferta de eletricidade. Como consequência, o governo federal impôs, por meio de uma medida provisória, uma diminuição no consumo: cada unidade residencial que consumisse mais que 100 kWh/mês foi obrigada a reduzir seu consumo em 20%, com a ameaça de suspensão do serviço por até três dias para aqueles que não respeitassem a limitação do governo.<sup>32</sup> Adicionalmente à redução, para aqueles cujo consumo excedesse 200 kWh/mês, uma sobretarifa de 50% seria adicionada à conta. Depois de 500 kWh/mês, a sobretarifa seria de 200%.<sup>33</sup>

Em resposta ao Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica (PERCEE), várias ações judiciais foram levadas a diferentes tribunais por diferentes tipos de usuários (residenciais, comerciais e industriais), buscando obter uma liberação da obrigação de obedecer ao programa. Eles alegavam que a natureza compulsória do programa e a sobretarifa violavam os limites do planejamento estatal e princípios constitucionais como a proteção ao consumidor e a dignidade da pessoa humana.<sup>34</sup> Eles também questionavam sua legalidade com base no direito tributário, argumentando que a sobretarifa deveria ser entendida como um tributo, sendo que novos tributos não podem ser criados via medida provisória. Um contexto de insegurança jurídica emergiu devido a decisões judiciais divergentes, algumas concedendo e outras negando os pedidos dos usuários.<sup>35</sup>

Devido a essas decisões conflitantes na justiça de primeira instância, o Presidente da República levou a matéria ao STF, requerendo que a constitucionalidade do programa de racionamento fosse confirmada.<sup>36</sup> O primeiro ministro a votar a matéria julgou inconstitucional o programa, sustentando que o Estado havia violado a Constituição Federal de 1988 ao instituir um programa de redução compulsória do consumo de eletricidade. De acordo com a Constituição, o planejamento estatal das atividades econômicas é meramente indicativo para a iniciativa privada, e questões administrativas não

poderiam ser impostas a pessoas de direito privado, já que elas prejudicariam o direito ao consumo desse serviço essencial.

Os outros ministros, entretanto, discordaram. A maioria do Tribunal decidiu que o princípio da solidariedade social demanda que, em momentos de crise, direitos individuais possam ser restringidos, contanto que isso seja feito de maneira proporcional e razoável para que seja assegurado um fornecimento mínimo do serviço a toda a população. A parte interessante dessa decisão é o potencial para o legislador ou o chefe do Poder Executivo, via medidas provisórias, como era o caso aqui, restringir temporariamente os direitos dos consumidores de um serviço público que estão em dia com suas obrigações relativamente à empresa (sem contas pendentes de pagamento, por exemplo), de modo a assegurar que todos tenham acesso ao serviço público em um momento de escassez. É importante notar que a decisão do STF vinculou as instâncias inferiores e a Administração Pública nas esferas federal, estadual e municipal.

Outra questão interessante relativa à regulação da eletricidade decidida pelo STF envolveu potenciais conflitos federalistas, relacionados à proteção dos consumidores do serviço de eletricidade.

A Constituição Federal determina que o governo federal tem a capacidade exclusiva para legislar sobre matérias de energia elétrica, enquanto tanto os estados como o governo federal podem legislar sobre direito dos consumidores. Baseado nesse poder de legislar sobre produção e consumo, algumas assembleias legislativas estaduais, tais como as dos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e do Distrito Federal, proibiram as concessionárias de distribuição de energia elétrica de cortar o serviço de eletricidade por falta de pagamento pelo consumidor. Em contraste com essas legislações estaduais, a lei federal de concessões públicas e a regulação da ANEEL permitem, expressamente, a suspensão do serviço no caso de falta de pagamento, após notificação escrita prévia emitida pela concessionária.<sup>37</sup>

O STF foi instado a determinar a inconstitucionalidade dessas leis estaduais em mais de uma ocasião, e o Tribunal decidiu que o poder para disciplinar as empresas fornecedoras de serviços de energia elétrica é exclusivo do governo federal.<sup>38</sup> Em suma, o STF decidiu, em várias ocasiões, que a competência legislativa concorrente em questões de defesa do consumidor não

pode ser invocada pelo legislador estadual para modificar ou contradizer a legislação federal sobre o setor de eletricidade.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, é a segunda mais alta corte do país e a mais alta instância para matérias não constitucionais. Na maioria dos casos, o STJ não tem poderes para rever a avaliação dos fatos, ou seja, ele não analisa as provas, mas somente questões de direito.

O STJ entende que discussões envolvendo a interpretação e aplicação das normas reguladoras editadas pela ANEEL (sendo atos administrativos) está além do escopo do Tribunal, porque essas resoluções não se adequam ao conceito de “lei ordinária”.<sup>39</sup> Além disso, o Tribunal estabeleceu que a agência reguladora não precisa estar envolvida em ações judiciais relativas a disputas entre consumidores e concessionárias, já que isso é um problema contratual e não uma violação dos poderes normativo ou judicante da ANEEL.<sup>40</sup>

Independentemente dessas restrições, o STJ, até o momento, tem exercido um papel fundamental na regulação setorial, já que o Tribunal tem competência para decidir se a agência reguladora violou o princípio da legalidade no exercício de sua capacidade normativa.

Nesse sentido, há poucas questões relacionadas ao setor de eletricidade que foram tratadas pelo STJ. Um primeiro tema seria se há ilegalidade nos atos normativos da agência regulatória. De acordo com nosso conhecimento, houve apenas duas matérias nas quais o STJ anulou uma regulação no setor de eletricidade.<sup>41</sup> Em um caso, relacionado a descontos especiais em contas de eletricidade, o STJ anulou a resolução da ANEEL que impôs obrigações que foram consideradas adicionais àquelas impostas pela lei federal que rege a matéria. Neste caso, a lei ordinária<sup>42</sup> estabeleceu descontos especiais para consumidores exercendo atividade de irrigação e/ou aquicultura. A Resolução n. 207/2006 da ANEEL, por sua vez, condicionou o desconto a pagamentos tempestivos. Essa resolução foi considerada ilegal pelo STJ.<sup>43</sup> No segundo caso, o STJ decidiu que aumentos de tarifa de eletricidade determinados por portarias do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE, o predecessor da ANEEL) eram ilegais porque contrariavam o congelamento de preços estabelecido por decretos-lei (que possuem o *status* de leis ordinárias) naquele mesmo ano.<sup>44</sup>

O STJ também analisou disputas relativas a definições regulatórias de fraude de consumidor. A regulação da ANEEL<sup>45</sup> costuma autorizar as empresas a interromper serviços no caso de qualquer manipulação ilegal do medidor (tais como o desvio de energia ou qualquer outro procedimento para maquiar o consumo efetivo). Independentemente dessa autorização, algumas decisões judiciais sustentaram que a norma da ANEEL violava o devido processo legal, já que a interrupção era um ato unilateral baseado na inspeção do medidor pela empresa.<sup>46</sup> Por outro lado, as empresas sustentaram que elas tinham poder para fiscalizar o uso, pelos consumidores, de equipamentos para medir o consumo. O Tribunal decidiu que a suspensão do serviço devido à manipulação fraudulenta do medidor de consumo seria legal,<sup>47</sup> mas, posteriormente, a regulação da ANEEL foi modificada; atualmente, ela dispõe que a prova de irregularidade no consumo não deve depender somente do relatório emitido pela empresa de distribuição, mas também envolver outros meios de prova, tais como fotografias, vídeos e laudos periciais.

O STJ também decidiu que a legislação federal que autoriza a suspensão do serviço por falta de pagamento é legal, contanto que haja notificação prévia ao consumidor. O tribunal estava preocupado com o potencial “efeito dominó” que seria causado por decisões que determinassem que a falta de pagamento não pudesse ser punida com a suspensão do serviço.<sup>48</sup> Similarmente, o Tribunal mencionou, em outra ocasião,<sup>49</sup> que a continuidade do serviço sem o efetivo pagamento viola o princípio da igualdade e causa enriquecimento ilícito. Por motivos parecidos, mesmo entidades da Administração Pública podem ter o serviço suspenso por falta de pagamento, exceto os serviços essenciais.<sup>50</sup> O Tribunal também estabeleceu que a suspensão do serviço somente é possível para a cobrança da dívida atual. No caso de dívidas passadas, a empresa pode ingressar com uma ação judicial para obter o pagamento, mas não pode suspender o serviço.<sup>51</sup> O STJ também considera uma violação dos princípios de proteção ao consumidor suspender o serviço quando há uma disputa judicial sobre uma dívida alegada pela distribuidora, já que constituiria constrangimento ilegal.<sup>52</sup>

Em outro caso interessante, o STJ teve que decidir se uma concessionária era obrigada a ter um escritório de atendimento ao consumidor em municípios onde o serviço de eletricidade era oferecido. A demanda foi protocolizada

pelo Ministério Público depois que a concessionária decidiu fechar alguns escritórios em áreas do interior de um estado. Em sede de recurso, o STJ eventualmente decidiu que a manutenção do relacionamento do consumidor com a concessionária somente por telefone não seria adequada e requisitou que a concessionária abrisse escritórios de atendimento ao consumidor em todas as cidades mencionadas na ação judicial.<sup>53</sup>

Com relação a potenciais abusos por empresas de eletricidade, o STJ decidiu que as empresas de eletricidade e outros fornecedores de serviços públicos devem devolver pagamentos realizados pelos consumidores em razão de cobranças indevidas pelas concessionárias, acrescidos de igual montante (ou seja, o total de duas vezes o que foi pago em excesso), conforme indicado numa disposição do Código de Defesa do Consumidor com relação a pagamentos indevidos.<sup>54</sup> O pagamento extra só pode ser isentado em casos de erro justificável. O STJ decidiu que o ônus da prova do erro justificado pertence ao prestador de serviços, e o STJ não irá rever as decisões de instâncias inferiores sobre esse assunto, já que ele não decide questões de fato ou de prova.

Finalmente, o STJ também decidiu que a empresa privada que está sujeita a regulação setorial por uma agência reguladora independente (tal como o caso das distribuidoras, que estão sujeitas à regulação da ANEEL) pode também ser multada (e processada, no caso do não pagamento da multa) por entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Sob a visão do STJ, não há *bis in idem*, ou dupla apenação, no caso de uma empresa já sujeita a regulação setorial também ser multada por uma entidade de defesa do consumidor devido a uma violação ao Código de Defesa do Consumidor. O entendimento do STJ é que a regulação setorial e a proteção do consumidor são esferas jurídicas autônomas.<sup>55</sup>

## ● 5.2. LITÍGIOS ENVOLVENDO A AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL)

A ANEEL é uma agência reguladora federal e seus atos normativos e decisões podem ser questionados na Justiça Federal, com possibilidade de recurso aos cinco Tribunais Regionais Federais (os chamados TRFs), cuja competência é estabelecida pelo critério territorial. Dessa forma, uma análise

abrangente da situação de revisão judicial das decisões da ANEEL requereria avaliar as decisões de todos os cinco TRFs.

No entanto, a pesquisa apresentada nesta seção baseia-se somente na jurisprudência do TRF da 1ª Região (TRF1), que inclui o Distrito Federal, onde a ANEEL está sediada. Entretanto, as ações também podem ser protocolizadas no domicílio da empresa, o que significa que a ANEEL pode ser parte em litígios propostos nos outros TRFs. Portanto, as decisões analisadas aqui devem ser consideradas de valor somente a partir de uma perspectiva qualitativa, e não tanto de uma perspectiva quantitativa, já que elas não representam o universo de todas as decisões exaradas pelos TRFs com relação aos atos da ANEEL.

A ANEEL não é uma litigante muito frequente no TRF1. Em nossa pesquisa, encontramos 21 decisões nas quais atos da ANEEL são efetivamente discutidos, considerando decisões de mérito e decisões interlocutórias.<sup>56</sup> Entre elas, os atos da ANEEL foram mantidos em 14 ocasiões e anulados em 7 casos. Apesar de o universo de casos ser bem pequeno e, assim, não nos permitir extrapolação dos resultados quantitativos, a matéria dos casos fornece material interessante com relação às questões discutidas e às decisões tomadas pelo TRF1. Isso nos permite fazer alguns comentários iniciais sobre a relação entre a ANEEL e o Judiciário.

Em questões técnicas, existe uma tendência a se respeitar a decisão da agência reguladora.<sup>57</sup> A título ilustrativo, veja-se que o TRF1 decidiu manter a decisão da ANEEL relativa a mudanças na compensação financeira para duas usinas hidrelétricas, com base no fato de que a agência havia realizado estudos técnicos que levaram ao reconhecimento de que as duas usinas eram parte do mesmo reservatório, ligadas por um canal.<sup>58</sup>

Em outro caso complexo, uma empresa contestou o valor que a ANEEL autorizou a empresa a considerar como créditos derivados do pagamento de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), relativo ao combustível adquirido para a geração de eletricidade em áreas isoladas. O TRF1 negou o pedido da empresa, com base no fato de que a ANEEL tinha usado os dados fornecidos pela própria empresa de geração de energia para efetuar o cálculo. De acordo com o Tribunal, tais dados foram apresentados em atendimento às exigências da Resolução n. 303/2008 da ANEEL. A decisão refor-

çou ainda mais a noção de que as práticas da ANEEL possuem presunção (relativa) de legalidade.<sup>59</sup>

Também houve uma série de decisões em outras questões técnicas que ainda foram favoráveis à agência. O TRF1 confirmou a legalidade da resolução da ANEEL que obriga as empresas de distribuição a enviar um Relatório Mensal Padronizado para a agência reguladora.<sup>60</sup> O Tribunal decidiu ainda que as empresas poderiam cobrar a “taxa de religação”, conforme autorizado pela agência reguladora, reconhecendo a faculdade da ANEEL de elaboração de regras relativas a tarifas.<sup>61</sup> O Tribunal também decidiu, em sede liminar, que a agência reguladora não agiu *ultra vires* ao autorizar a instalação de linhas de transmissão exclusivas por um produtor independente de energia elétrica.<sup>62</sup> Confirmou-se, ainda, a faculdade da ANEEL de desapropriar imóveis (apreensões) para instalações de equipamento elétrico por uma empresa de serviços públicos.<sup>63</sup> Finalmente, o Tribunal confirmou a legalidade dos critérios fixados pela ANEEL para determinar quais clientes de baixa renda pagariam uma tarifa reduzida, declarando que a agência regulatória não tinha agido *ultra vires*.<sup>64</sup>

As decisões acima mostram deferência por parte do Poder Judiciário com relação às decisões do órgão regulador setorial. Por outro lado, quando se entendeu que a ANEEL tinha agido *ultra vires*, o Tribunal não teve dúvidas em anular a decisão da agência. Por exemplo, o TRF1 anulou uma decisão na qual a ANEEL pretendia desapropriar terras e usá-las para assentamento de populações que seriam deslocadas devido à construção de uma usina elétrica. O Tribunal decidiu que a agência não tinha poder de decisão sobre assuntos relacionados a reforma agrária e reassentamento.<sup>65</sup> Igualmente, apesar de reconhecer o poder de desapropriação da agência, o Tribunal declarou inválidas as tentativas de desapropriação de terras do governo municipal sem a prévia e necessária autorização legislativa.<sup>66</sup>

O TRF1 também anulou decisão da ANEEL de converter um pedido de mediação por um agente setorial em julgamento de recurso administrativo. O Tribunal interpretou que a decisão administrativa tinha violado o devido processo legal porque a ANEEL não deu oportunidade prévia ao oponente para se defender.<sup>67</sup> Da mesma forma, o Tribunal anulou uma decisão individual

de um servidor da ANEEL que suspendeu os efeitos de uma resolução da diretoria da ANEEL com efeitos retroativos.<sup>68</sup>

Em suma, o Judiciário supervisiona os atos da ANEEL, derrubando aqueles que violam normas gerais (como nos casos das desapropriações) ou setoriais ou, ainda, que violam o devido processo legal.

## **6. ALGUNS COMENTÁRIOS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA**

---

Em vista do acima exposto, a primeira conclusão a que se pode chegar é que a legislação de proteção e defesa do consumidor, de um lado, e a desestatização do setor de distribuição de eletricidade, de outro, aumentaram o nível de litigiosidade relacionada ao setor elétrico. A maioria dessas demandas não discute se as regras da ANEEL violam a lei ou a Constituição Federal. Ao invés disso, elas se concentram na proteção ao consumidor e se baseiam na alegada violação do Código de Defesa do Consumidor. Na maior parte desses casos, a ANEEL nem sequer é parte na ação.

Portanto, embora empresas de distribuição de energia elétrica figurem entre os maiores litigantes do país, a agência reguladora não figura nesse rol. Isto não significa que as políticas públicas do setor não tenham sido alvo de judicialização. Controvérsias emblemáticas afetaram a regulação da eletricidade desde a privatização, tais como a suspensão potencial do serviço por falta de pagamento, fraudes na mensuração do consumo, ou mesmo a grande controvérsia envolvendo o racionamento da energia elétrica em 2001.

Nos casos relativos a litígios de massa, a regulação setorial ainda não parece exercer um papel central em muitas disputas, devido à primazia conferida pelos tribunais às leis de proteção ao consumidor. Sendo assim, a agência reguladora termina por ser substituída pelo Poder Judiciário — e, em particular, pelos JECs — como a figura proeminente na resolução de disputas entre clientes e fornecedores de serviços.

Quais são as razões disso? Uma hipótese é que a agência regulatória talvez não seja o foro apropriado para a mediação de tais conflitos, sendo responsável pela elaboração de normas e por decidir sobre assuntos técnicos ou setorialmente complexos, mas não disputas individuais de consumidores.

Outra hipótese plausível seria que a ANEEL deveria exercer este papel de resolver controvérsias entre consumidores e provedores de serviços porque é a entidade que detém a especialização técnica setorial, sendo responsável pela supervisão da qualidade do serviço fornecido pelas concessionárias, mas que falhou em exercer este papel, já que não está devidamente preparada para tal tarefa.

Uma terceira hipótese é que a ANEEL é o foro adequado e possui os meios necessários para realizar essa mediação, mas carece de legitimidade. Em resultado disso, as entidades de proteção ao consumidor e consumidores individuais não confiariam no regulador, preferindo recorrer ao Poder Judiciário.

Independentemente das razões para o arranjo verificado hoje, faz-se necessário ponderar se o modelo atual, onde se espera que a última palavra sobre as decisões regulatórias sensíveis seja dada pelo Judiciário, é o mais eficiente. Conforme acima indicado, este sistema pode ser caro, especialmente se levarmos em conta o tempo e a incerteza jurídica gerada no processo em busca de uma decisão final para a contenda. Os casos são decididos um a um, por diferentes juízes, e muitos deles podem percorrer até três ou quatro níveis (primeira instância, tribunais de justiça, e algumas vezes chegar ao STJ e/ou ao STF), aumentando o risco de decisões contraditórias.

Desse modo, acreditamos que o Judiciário não deveria ser o ator mais importante na tomada de decisões regulatórias de natureza geral e estrutural. A intervenção excessiva pelo Judiciário nas decisões dos ramos Legislativo e Executivo pode entrar em conflito com a separação dos poderes, uma vez que carece de legitimidade democrática para tomar decisões políticas fundamentais.

Não obstante isso, um argumento semelhante poderia em princípio ser levantado com relação às agências reguladoras, pois elas não estão diretamente subordinadas ao escrutínio do voto popular. Assim, existe uma maior necessidade de que a agência reguladora expanda gradualmente a sua legitimidade através de instrumentos como consultas e audiências públicas, procedimentos claros e transparentes, análise de impacto regulatório (AIR), monitoramento e responsabilização efetiva de suas atividades perante a população. A ANEEL realmente possui iniciativas ao longo dessas linhas: possui regras claras sobre

realização de consultas e audiências públicas, análise de impacto regulatório, divulgação de agenda regulatória anual e mecanismos para responsabilização.<sup>69</sup>

Uma etapa significativa nesse sentido foi feita com a aprovação da Resolução Normativa da ANEEL tornando obrigatória a análise de impacto regulatório (AIR) antes de decisões importantes pelo órgão regulatório.<sup>70</sup> O objetivo básico da AIR é o de definir claramente o problema, os setores potencialmente afetados, as possíveis soluções alternativas e os custos e benefícios (financeiros ou outros) da implantação das diferentes possibilidades regulatórias. Caso, através desse processo, a agência reguladora seja capaz de traduzir as diferentes possibilidades e as consequências potenciais de cada uma em dados e linguagem acessíveis para a sociedade em geral, ela poderá ganhar apoio dos grupos afetados por suas decisões reguladoras, especialmente os consumidores. Desse modo, a AIR poderá vir a constituir um instrumento crítico na legitimação democrática do processo de tomada de decisões importantes na esfera das questões regulatórias.

## **7. CONCLUSÃO**

---

A intervenção do Poder Judiciário para salvaguardar a constitucionalidade e a legalidade dos atos administrativos é uma parte fundamental do sistema de freios e contrapesos estabelecido na Constituição, sendo inerente ao Estado de Direito e à democracia. Se os consumidores não se reconhecerem como agentes relevantes no processo regulatório, suas demandas continuarão a ser transformadas em ações judiciais individualizadas que atrasam a construção de um ambiente regulatório forte, criando o risco de soluções desiguais, altos custos de transação e um Poder Judiciário cada vez mais congestionado. Adicionalmente, no longo prazo, a intervenção judicial excessiva pode trazer uma impressão de insegurança jurídica e pode atrasar investimentos necessários em infraestrutura.<sup>71</sup> É um grande desafio estabelecer mecanismos de participação no processo regulatório, mas a coordenação dos atores relevantes para a construção de consensos parece ser cada vez mais indispensável em uma sociedade democrática.

## NOTAS

**1** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Síntese de dados do Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis: Relatório Descritivo**. 2013.

**2** Em um sentido amplo, a regulação do setor elétrico pode envolver o Poder Legislativo, o Presidente da República, o Ministério de Minas e Energia (MME), dentre outros. Este capítulo foca na ANEEL e não investiga decisões judiciais envolvendo outros agentes governamentais e privados que exercem papéis importantes na estrutura institucional do setor, tais como o MME, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) ou o Tribunal de Contas da União (TCU), sendo o último um órgão externo que supervisiona os atos da ANEEL, especialmente com relação a questões financeiras e orçamentárias. Outrossim, nossa análise não abrange assuntos que possuem grande importância para o funcionamento do sistema, mas que não poderiam ser considerados competência da agência reguladora, como disputas envolvendo tributação. Por outro lado, além dos poderes da ANEEL de elaboração de normas e de julgamento de casos, também abordamos disputas legais que envolvem leis e medidas provisórias (que possuem o mesmo *status* legal que as leis promulgadas pelo Congresso, exceto pela sua duração) que disciplinam o setor elétrico. Também levamos em conta o fato de que o papel da ANEEL não se limita à defesa do consumidor e, portanto, as decisões que envolvem outros assuntos também estão sujeitas a litígio.

**3** Em 1934, o Código de Águas foi a primeira lei ordinária federal a prever uma estrutura jurídica federal para disciplinar a geração de energia hidrelétrica. Em 1945, foi constituída a empresa estatal federal CHESF. Em 1962, a Eletrobrás foi criada como a controladora federal do setor. A visão estatista somente perdeu força em meio ao processo de reforma estatal ocorrido nos anos 1990. Para um histórico do setor elétrico brasileiro, ver LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. O setor elétrico em uma visão introdutória. In: LANDAU, Elena (Coord.). **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Para um histórico dos últimos vinte anos do setor (1992-2012), ver LANDAU, Elena; DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia. O Estado e a iniciativa privada no setor elétrico: uma análise das duas últimas décadas: 1992-2012. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (Orgs.). **Parcerias público-**

**privadas:** experiências, desafios e propostas. Rio de Janeiro: LTC, 2013. Esses dois artigos serviram de base para a seção 2 deste capítulo.

**4** Atualmente, cerca de 67% da matriz elétrica do país é hidráulica (ANEEL, Auditoria Nacional da Energia, 2013). Esse percentual foi maior no passado, pois o país se empenhou na última década para diversificar sua matriz, com investimentos em usinas termelétricas (de diferentes fontes, tais como gás natural, óleo combustível, carvão, biomassa) e parques eólicos.

**5** PINHEIRO, Armando Castelar. *Regulatory Reform in Brazilian Infrastructure: Where do We Stand?* Rio de Janeiro: IPEA, **Texto para Discussão**, n. 964, 2003.

**6** Com relação a semelhanças e diferenças entre as agências reguladoras brasileiras e as comissões independentes norte-americanas, ver PRADO, Mariana Mota. *The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil.* **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 41, n. 2, p. 435-503, 2008.

**7** A maioria das concessões de geração e transmissão de energia elétrica detidas pelas empresas estatais foi renovada em setembro de 2012, conforme autorização da Medida Provisória n. 579/2012, subsequentemente convertida na Lei n. 12.783/2013. Com relação às consequências associadas a essa decisão de renovar as concessões, ver LANDAU, Elena; DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia. *Op. cit.*

**8** O sistema elétrico brasileiro é operado de maneira unificada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), uma associação civil que opera por delegação da ANEEL e é responsável pelo despacho centralizado dos geradores de eletricidade e ativação das linhas de transmissão. Apenas 1,7% de todos os consumidores de energia estão fora do Sistema Interligado Nacional (SIN). Estes são sistemas isolados localizados nas regiões Amazônicas (OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. **O que é o SIN:** Sistema Interligado Nacional. Disponível em: <[http://www.ons.com.br/conheca\\_sistema/o\\_que\\_e\\_sin.aspx](http://www.ons.com.br/conheca_sistema/o_que_e_sin.aspx)>. Acesso em: 19 ago. 2016). O SIN consiste em mais de 1250 mil quilômetros de linhas de transmissão (OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. **Dados relevantes:** 2014. Disponível em: <[http://www.ons.org.br/download/biblioteca\\_virtual/publicacoes/DADOS2014\\_ONS/index.html](http://www.ons.org.br/download/biblioteca_virtual/publicacoes/DADOS2014_ONS/index.html)>. Acesso em: 19 ago. 2016).

**9** A Lei n. 10.848/2004 originou-se da conversão da Medida Provisória n. 144/2003. Em caso de urgência e significância, o Presidente da República é autorizado a emitir medidas provisórias, que possuem força jurídica de lei e entram em vigor imediatamente após a sua

publicação, mas que precisam ser votadas no Congresso Nacional dentro de 120 dias de sua emissão. A MP n. 144/2003 foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI n. 3090); o pedido feito na ação de concessão de liminar foi negado pela maioria dos ministros. Essa decisão não será analisada neste capítulo porque a discussão se limita à possibilidade de o assunto ser incluído numa medida provisória, e não sobre a constitucionalidade de seu mérito. Quando este capítulo foi terminado, o mérito da ADI ainda estava aguardando julgamento.

**10** Isto envolveu a separação das empresas de energia elétrica em no mínimo duas diferentes entidades, pois não há nada que impeça o mesmo grupo econômico de deter ativos de geração, transmissão e distribuição. Não obstante, o “*self-dealing*” (negociação entre empresas do mesmo grupo empresarial) foi proibido, de modo que um distribuidor não pode adquirir energia diretamente dos geradores que são membros do seu grupo econômico, mas deve participar de um sistema de aquisição de energia por meio de leilões promovidos pelo governo.

**11** No Brasil, “consumidores livres” são considerados aqueles com uso superior a 3.000 kW. Os “consumidores especiais” são aqueles com demanda contratada superior a 500 kW, e possuem a prerrogativa de contratar livremente com os geradores que produzem energia através de fontes consideradas incentivadas (usinas eólicas, de biomassa, solares, pequenas centrais hidrelétricas).

**12** ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

**13** No Brasil, o fornecimento de eletricidade é uma atividade administrada pelo governo federal, representado pelo Presidente da República e pelo MME, com a assessoria do CNPE na tomada de decisões estratégicas sobre assuntos energéticos. Os poderes do CNPE incluem tanto o setor de eletricidade quanto o de petróleo e gás, sendo o Conselho composto por nove Ministros de Estado, um representante dos Estados e do Distrito Federal, um representante especializado em energia da sociedade civil, um representante especializado em energia das universidades, o presidente da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e o secretário executivo do MME.

**14** TASCHNER, Gisela Black. **Proteção do consumidor**: um estudo comparativo internacional. São Paulo: EASEP, 1995.

**15** Ver art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal.

**16** A descentralização foi reconhecida e estabelecida nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal e no artigo 55 do Código de Defesa do Consumidor.

**17** Art. 39, V, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

**18** Recurso Especial n. 794.752.

**19** Os JECs não têm competência para julgar casos relacionados a pensão alimentícia, falência, impostos, de interesse para a Fazenda, acidentes de trabalho, resíduos, o estado e capacidade das pessoas, ou propriedade.

**20** WADA, Ricardo Morishita; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Direito do Consumidor: os 22 anos de vigência do CDC.** São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

**21** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes.** Op. cit. O CNJ é um órgão com jurisdição sobre questões de natureza administrativa e financeira do Poder Judiciário, e também possui atribuição para fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

**22** 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](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2012.

**23** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes.** Op. cit.

**24** Artigos 1º, III; 5º, XXXII; 170, V, Constituição Federal.

**25** Art. 6º, § 3º, II, Lei n. 8.987/1995.

**26** Inicialmente pela Resolução 456/2000 (art. 90), posteriormente revogada pela Resolução 414/2010 (ver art. 171 e segs.).

**27** RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **30 maiores litigantes no Juizado Especial Cível.** Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

**28** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes.** Op. cit.

**29** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Síntese de dados...** Op. cit.

**30** Ibidem.

**31** Um estudo realizado pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) mostrou que, de um universo inicial de 900 decisões proferidas pelas varas cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entre 2010 e 2012, só havia referência expressa à regulação setorial ou à ANEEL em cerca de 9% (nove por cento) dos casos. A pesquisa considerou a citação das normas da ANEEL nas ementas dos acórdãos como representando a importância atribuída pelos órgãos julgadores à regulação setorial como razões para decidir (FGV DIREITO RIO; ANEEL. **Programa de prevenção, tratamento e redução de litígios de consumo no setor elétrico**. 2013. Projeto de Pesquisa & Desenvolvimento). Essa pesquisa foi uma avaliação preliminar e seus resultados devem ser considerados com cautela, mas parece ser uma primeira indicação de que a regulação setorial não é um fundamento básico para a sentença dos juízes, ao decidirem casos cotidianos de consumidores envolvendo empresas de energia elétrica.

**32** Levaria de quatro a seis dias para suspensões subsequentes.

**33** Também houve regras de redução compulsória de consumo para clientes comerciais e industriais e fornecedores de serviços.

**34** De acordo com o art. 174 da Constituição Federal, o planejamento estatal é “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

**35** Visando provar a existência de controvérsia jurisprudencial, que é um elemento necessário para se instaurar uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, o Presidente declarou que já tinha havido 127 ações contestando a Medida Provisória quando ele submeteu o assunto ao STF, com 28 liminares concedidas e 9 indeferidas (Relatório do Ministro do STF Nery da Silveira, p. 4). A maioria dessas ações foi instaurada por entidades que representavam consumidores e por consumidores individualmente; uma ação foi instaurada pelo Ministério Público Federal.

**36** ADC 9-6. Tendo sido estabelecido através de medida provisória, o programa em questão tinha força material de lei e, portanto, poderia contestar o controle de constitucionalidade pelo STF.

**37** Há ressalvas na regulação e na jurisprudência, como casos envolvendo dívidas pretéritas ou domicílios com pessoas dependentes de aparelhos vitais.

**38** ADI 2299/MC, ADI 2337/MC, ADI 3343/DF. As três ações foram instauradas pelos governadores dos respectivos estados cujas Assembleias Legislativas aprovaram as leis — Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Distrito Federal.

**39** AgRg no REsp 948.928/MG, DJe 13 fev. 2009.

**40** “A ANEEL não precisa ser incluída como ré de uma ação em que se discutem tarifas de energia elétrica” (AgRg no AREsp 135.494/RS).

**41** A pesquisa dos termos “ANEEL” + “Resolução” + “ilegal” apresentou apenas sete resultados. A pesquisa por “ANEEL” + “ilegal” retornou quinze resultados. Após leitura cuidadosa, encontramos apenas dois casos em que o mérito das decisões tomadas pela agência reguladora foi discutido. Pesquisa feita no site <<http://www.stj.jus.br>> em 11 de julho de 2013.

**42** Lei n. 10.438/2002.

**43** AgRg no REsp 1.326.847/RN, DJe 20 nov. 2012.

**44** REsp 744.515/GO, DJe 30 set. 2008. O congelamento de preços foi imposto na ocasião pelos Decretos-Lei n. 2.283 e 2.284. Antes da Constituição Federal de 1988, o Presidente tinha poderes para promulgar decretos com força de lei. A Constituição Federal atual não permite a emissão deste tipo de norma. A ilegalidade apontada pelo STJ durou até a emissão da Portaria DNAEE n. 153/1986. Há outros precedentes nessa matéria, decididos de modo semelhante, tais como os REsp 313.704, 247.511 e 503.374.

**45** Resolução 456/00, atualmente revogada pela Resolução 414/2010.

**46** AgRg no AREsp 243.389/PE, DJe 04 fev. 2013.

**47** REsp 1.076.485/RS, DJe 27 mar. 2009.

**48** Nesse sentido: REsp 257.084/MG, DJ 17 out. 2005; REsp 960.156/RS, RDJe 08 set. 2009; AgRg no REsp 969.928/RS, DJ 12 nov. 2007.

**49** REsp 793.422/RS, DJ 17 ago. 2006.

**50** REsp 721.119/RS, DJ 15 maio 2006; REsp 588.763/MG, DJ 5 set. 2005. Similarmente, os serviços a indivíduos que dependem de dispositivos elétricos para sua sobrevivência não podem ser suspensos.

**51** AgRg no AgRg no AREsp 59.058, j. em 02 fev. 2012; AgRg no AREsp 30322, j. em 25 out. 2011; AgRg no Ag 1.338.585, DJe 09 nov. 2010.

**52** AgRg no EDcl no Ag 1.377.519/RS, DJe 13 maio 2011.

**53** É interessante observar que o Ministério Público requereu que a ANEEL se tornasse parte na demanda dessa ação.

**54** AgRg no REsp 1.210.193; REsp 964.455.

**55** Portanto, uma empresa distribuidora poderá ser autuada pelo PROCON, conforme afirmado pelo STJ no AgRg no REsp 476.062, DJe 28 abr. 2014.

**56** A pesquisa foi feita a partir de uma chave de pesquisa unificada disponível no site <<http://www.justicafederal.jus.br>>. Acessado em: jul. 2013. O conjunto de decisões exclui os casos envolvendo ilegitimidade passiva, ausência de interesse de agir, prescrição, disputas entre órgãos judiciários sobre competência, e produção de provas.

**57** Ver, sobre este assunto, neste volume: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. A revisão judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva? In: PRADO, Mariana Mota (Coord.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 25-46, onde se observa que essa seria uma tendência observável em todos os setores regulados analisados neste livro.

**58** TRF1, Sexta Turma, AG s/n, e-DJF1 12 dez. 2012.

**59** Um excerto da ementa dessa decisão merece ser transcrito: “Se a ANEEL, para apurar o valor devido pela agravante, tomou como base as informações que a geradora de energia lhe havia entregado, consoante exigidas pela Resolução Normativa/ANEEL n. 303/2008, e nessas informações a geradora informou o ICMS que tinha direito a se creditar, resta ausente a verossimilhança na alegação de ilegalidade na decisão administrativa que homologou o passivo exigido referente à parcela de ICMS incidente sobre os combustíveis adquiridos pela agravante para a produção de energia elétrica, restituído pelo fundo CCC-ISOL, pois os valores ora exigidos foram apurados em razão de informações prestadas pela própria agravante. [...] 3. A lei goza, no ordenamento jurídico brasileiro, da ‘presunção’ de constitucionalidade, assim como os atos administrativos gozam da presunção de legalidade, que nenhum julgador pode, monocraticamente, afastar com duas ou três linhas em exame de mera delibação. Como a matéria é de reserva legal, a jurisprudência não respalda o precário e temporário afastamento, por medida liminar, de

norma legal a não ser em ação própria perante o STF. A presunção da constitucionalidade das leis é mais forte e afasta a ‘eventual’ relevância do fundamento, notadamente se o vício não é manifesto ou flagrante. 4. Ausentes os requisitos do art. 273 do CPC. 5. Agravo de instrumento não provido.” (TRF1, 7ª Turma, AG 00345503620124010000, e-DJF 31 out. 2012).

**60** TRF1, 5ª Turma, AMS 20034000008300, DJ 10 jun. 2003.

**61** TRF1, 7ª Turma, AG 200301000087180, DJ 03 ago. 2004. Um excerto da decisão afirma: “Estando a ANEEL autorizada a criar normas atinentes ao setor elétrico (Lei 9.427/96), legal é o dispositivo autorizador da cobrança do serviço de religação (Resoluções 456/00 e 457/00).”

**62** AG s/n, TRF1, 5ª Turma, e-DJF1 20 ago. 2010.

**63** TRF1, AC 200143000020070, 4ª Turma, DJ 09 fev. 2006.

**64** TRF1, AC 200434000137175, 7ª Turma, e-DJF1 07 out. 2011.

**65** TRF1, REO 20084000206109, 3ª Turma, e-DJF 31 jan. 2013.

**66** TRF1, AG 200501000553611, 4ª Turma, DJ 23 jan. 2006; AG 200501000553745, 4ª Turma, DJ 14 dez. 2005; AG 200501000536680, 4ª Turma, DJ 07 nov. 2005.

**67** TRF1, AR na AC 20033000074559, 4ª Turma Suplementar, e-DJF1 11 dez. 2012.

**68** TRF1, AG 200201000408705, 5ª Turma, DJ 21 set. 2005.

**69** Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME 349/1997.

**70** Resolução Normativa n. 540/2013

**71** Sobre este assunto, ver, neste volume: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Op. cit.

## 6. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS REGULATÓRIAS DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL<sup>1</sup>

Alexandre D. Faraco  
Caio Mario da Silva Pereira Neto  
Diogo R. Coutinho

### 1. INTRODUÇÃO

---

No século XXI, a busca pela implementação de mecanismos eficientes de regulação tornou-se parte da agenda central de governos dos mais diversos países. No entanto, essa agenda apresenta peculiaridades conforme o estágio de desenvolvimento de cada país. Se em países industrializados desenvolvidos a construção e a implementação de um arcabouço regulador são empreitadas de grande fôlego e de longo prazo, em países em desenvolvimento os obstáculos enfrentados são ainda mais complexos e desafiadores em vista das conhecidas limitações e gargalos que obstam a efetividade da ação reguladora.

Em termos concretos, a empreitada regulatória se traduz em esforços de construção e aperfeiçoamento jurídico-institucional das agências e órgãos reguladores, mas também de suas relações com outros órgãos e instâncias direta ou indiretamente ligados à regulação. Parte dessas relações se dá de forma cooperativa e parte ocorre como resultado de tensões e antagonismos envolvendo a definição de tarefas, competências e atribuições. Nesse contexto, no caso brasileiro, consultas públicas, audiências públicas, reuniões técnicas, procedimentos e rotinas de comunicação, processos administrativos e ações judiciais são instâncias ou pontos de veto (*veto points*) pelos quais a regulação é a todo o tempo questionada, reformulada, ajustada ou confirmada por órgãos como ministérios, comissões parlamentares, tribunais de contas e pelo Poder Judiciário. Ou seja, o desenho do arcabouço regulatório vai muito além da análise estática de legislações setoriais e da regulamentação infralegal, exigindo uma compreensão do processo dinâmico de interações institucionais que delimitam o espaço regulatório.<sup>2</sup>

Como parte de um projeto de investigação mais amplo, a pesquisa que originou este ensaio teve como escopo o mapeamento e a compreensão da dinâmica de relações existentes entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) — autoridade reguladora do setor de telecomunicações no Brasil — e o Poder Judiciário, a quem o direito brasileiro atribui competência geral para rever quaisquer atos praticados no âmbito dos órgãos reguladores (cf. art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Em especial, procurou-se identificar que questões ou temas regulatórios têm sido levados à análise da Justiça Federal brasileira por entidades representativas dos interesses de agentes regulados e de consumidores e em que extensão dizem respeito a medidas de política pública (*policy*) propostas ou adotadas pela ANATEL. Por medidas de *policy* entendemos a concepção, edição e aplicação de normas destinadas a fornecer diretrizes e objetivos setoriais ou a criar obrigações de diferentes naturezas para uma pluralidade de atores, incluindo os agentes regulados e o próprio regulador. Medidas de *policy* se distinguem das medidas de *enforcement* cotidiano da regulação, manifestadas, no Poder Judiciário, sob a forma de processos discutindo questões de natureza essencialmente sancionatória e punitiva.

Compreender o modo como os juízes e tribunais brasileiros enfrentam questões de *policy* no campo das telecomunicações pareceu-nos, nesse sentido, uma forma de compreender como a ação reguladora do Estado brasileiro, forjada em seu atual formato institucional a partir das reformas liberalizantes iniciadas na década de 1990, tem se constituído e moldado nos últimos anos. Ademais, entendemos que essa análise microssetorial pode contribuir para uma compreensão mais ampla de como, após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, o país passou a assistir a um crescente influxo de judicialização da política.<sup>3</sup>

Também nos interessa procurar compreender em que medida a criação de órgãos reguladores independentes à moda das *agencies* norte-americanas e europeias tem redesenhado a noção de separação de poderes no país. Assim, em que medida os papéis atribuídos à tecnocracia e ao Judiciário têm promovido um rearranjo na divisão de tarefas entre os poderes estatais? A pesquisa nos pareceu, por fim, útil por permitir uma discussão sobre o modo como as cortes brasileiras enxergam seu próprio papel na construção dos espaços de

atuação da tecnocracia, dos grupos empresariais e dos cidadãos, discussão que pode ser feita (de forma incompleta, é verdade) por meio das lentes pelas quais são vistos os embates que ocorrem entre interesses de grupos empresariais, de um lado, e interesses de associações ou entidades de defesa de interesses de consumidores, de outro.

Após quinze anos de existência, a ANATEL paulatinamente se afirma, não sem dificuldades e percalços, como o regulador das telecomunicações brasileiras. Dentre os distintos governos e fases pelos quais a agência passou nesse período — momentos de concepção, estruturação, aprendizado, disputas e avaliação —, observamos, na esteira do mencionado processo de judicialização da política, um crescente aumento da discussão judicial de suas medidas de *policy* e de suas decisões regulatórias cotidianas (como regra, exemplificadas por procedimentos administrativos de natureza punitiva).<sup>4</sup>

Os litígios observáveis nesse campo, em geral, têm diferentes composições de partes: (i) regulado *versus* regulador; (ii) consumidores *versus* regulador; (iii) consumidor *versus* regulado (e.g., juizados especiais); (iv) regulador *versus* órgãos de supervisão (e.g., TCU). Na pesquisa realizada, nos atemos aos dois primeiros tipos de litígio (regulado *versus* regulador; consumidores *versus* regulador) quando envolveram entidades representativas — isto é, organizações de classe ou de representação de grupos de interesse — de consumidores e regulados. Tais litígios buscam, como regra, tematizar de forma coletiva questões regulatórias, uma vez que essas entidades galvanizam interesses econômicos e prioridades políticas de seus membros.

A opção pelas demandas judiciais de autoria coletiva — em detrimento das demandas individuais de empresas e consumidores — deve-se à abrangência que, em regra, caracteriza as pretensões das associações organizadas. Em outras palavras, as ações judiciais originárias de entidades organizadas costumam refletir demandas de interesse geral do setor regulado e não desta ou daquela empresa individualmente considerada. Isso, em especial no caso das empresas de telecomunicações, não é trivial na medida em que várias delas competem entre si e, em diversos litígios, estão em situação adversarial. Por isso, quando se mobilizam em torno de suas associações de classe, vocalizam demandas de forma supostamente mais homogênea, de modo a traduzir, de forma privilegiada e com suporte técnico sofisticado, os interesses do

“mercado”. Por outro lado, no caso dos consumidores, as associações assumem papel central na discussão de direitos transindividuais cuja demanda individualizada é limitada por motivos de ordem jurídica ou econômica.

O texto que segue apresenta os resultados da pesquisa de decisões judiciais realizada. Para poder adequadamente contextualizá-los, o trabalho começa por descrever, em linhas gerais, os principais aspectos institucionais pertinentes à organização do setor de telecomunicações e ao papel nele exercido pela ANATEL (seção 2). Em seguida, indica, em uma nota metodológica, como foi feita a pesquisa e formado o banco de ações judiciais analisadas (seção 3). Por fim, descreve e analisa os dados coletados (seção 4).

## **2. ASPECTOS INSTITUCIONAIS DA ORGANIZAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL**

---

As atividades de telecomunicações são atribuídas pela Constituição brasileira à União Federal (art. 21, XI). No texto constitucional vigente não há especificação ou maior detalhamento quanto ao regime jurídico pelo qual devem ser organizadas tais atividades e não há previsão de restrição à atuação de empresas privadas.<sup>5</sup>

Na prática, isso significa que a prestação dos serviços de telecomunicações só pode ocorrer por particulares que receberem autorização ou delegação do governo federal. Atualmente, as principais regras vigentes quanto à outorga dessas autorizações e delegações, assim como os contornos do regime jurídico associado a elas, estão previstos na denominada Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997 — a “LGT”). Os serviços de telecomunicações são organizados em ambiente de concorrência e não há, em princípio, restrição ao número de empresas que podem obter outorgas para operar em cada mercado. Também se constitui em um pilar do marco regulatório das telecomunicações brasileiras o objetivo de universalização — acesso físico e fruição econômica — dos serviços ofertados.

Há, nas regras de regulação estipuladas pela LGT, regimes distintos de prestação dos serviços. Em seu art. 63, a lei estabelece que a prestação dos serviços de telecomunicações pode se dar em dois regimes jurídicos: o público e o privado. O regime privado é bastante próximo àquele das atividades eco-

nômicas prestadas em regime de mercado. A regra é a liberdade de ação dos agentes econômicos e mínima intervenção do Estado na vida privada, inclusive no tocante à fixação do preço. Entretanto, mesmo no regime privado, a LGT permite o estabelecimento de algumas limitações ou a imposição de encargos que não seriam normais em um regime competitivo de mercado. Mas isso tem caráter excepcional e deve observar a existência de vínculos de necessidade e adequação com certas finalidades devidamente especificadas, assim como gerar um proveito proporcional à privação imposta (cf. art. 128 e incisos, LGT).

O regime público, por seu turno, nos termos do parágrafo único do art. 63 da LGT, tem como característica essencial a “atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”. A noção de continuidade traduz a necessidade de determinadas atividades não sofrerem interrupções em sua prestação e estarem sempre à disposição de seus usuários. Nos termos da LGT, “Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso” (art. 79, § 2º).

A meta de universalização implica tornar certas atividades acessíveis a todos os integrantes da sociedade. Nos termos da LGT,

Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público (art. 79, § 1º).

A LGT exige que a universalização seja perseguida como política pública pelo menos com relação ao serviço telefônico fixo comutado (“STFC” ou, na terminologia cotidiana, a telefonia fixa), destinado ao uso do público em geral (parágrafo único do art. 64). Concomitantemente, a lei estabelece a possibilidade de, a qualquer tempo, o Poder Executivo, por meio de decreto, vir a submeter outros serviços ao regime público e, portanto, ao objetivo de universalização (art. 18, I). A Lei n. 9.998/2000 ampliou

a referência legal aos serviços a serem objetos da política de universalização por meio do uso de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust).

Mesmo em relação aos serviços prestados em regime público, a LGT almejou criar um ambiente de concorrência. A distinção entre regimes jurídicos não insula ou protege aqueles que têm obrigações de continuidade e universalização da concorrência de empresas que atuam no regime privado, sem o mesmo tipo de obrigação (art. 65). Isso é factível porque, ao contrário do que historicamente se verificava no setor, o cumprimento de metas de universalização não depende (ou pelo menos não deveria depender) de estruturas de subsídios cruzados.

As fontes de financiamento das metas de universalização deverão ser “neutras em relação à competição” (art. 80, § 1º, da LGT). Isso implica que tais fontes não deverão: (i) provocar distorções nos preços (i.e., não deverão dissociá-los completamente dos seus respectivos custos, o que afasta a ampla utilização de subsídios cruzados); nem (ii) onerar desproporcionalmente determinados agentes econômicos que atuam no setor, comprometendo sua competitividade em face dos demais.

A LGT faz referência a duas fontes possíveis: (i) os orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios; (ii) um fundo (Fust) constituído para tal finalidade e para o qual contribuirão as prestadoras de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado (art. 81). A criação do Fust foi apenas mencionada na LGT, tendo sido objeto de posterior lei específica (a já citada Lei n. 9.998/2000), a qual estabeleceu uma contribuição que incide à alíquota de um por cento sobre a receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações em geral (cf. art. 6º, inciso IV).

Apesar de previsão bastante sofisticada de mecanismos de financiamento neutros em relação à competição, o fato é que a política de universalização atual está baseada substancialmente em obrigações impostas às concessionárias de STFC, o que tende a ser um mecanismo menos neutro e a gerar distorções no mercado.<sup>6</sup> Assim, por exemplo, desde sua criação, o Fust arrecadou mais de R\$ 12 bilhões,<sup>7</sup> mas apenas uma parcela *ínfima* desses valores foi aplicada em políticas públicas; a maior parte continua sendo acumulada no fundo, sem destinação específica.

Além de definir os regimes jurídicos de prestação dos serviços, a LGT criou a ANATEL, órgão independente ao qual se atribuiu ampla competência de regular o setor. A independência da ANATEL em relação ao governo é garantida pela previsão na LGT de que sua atuação se dará sem subordinação hierárquica. Os conselheiros que integram seu órgão diretor também possuem mandatos fixos e estabilidade no cargo que ocupam — o que, em termos práticos, limita as possibilidades de sua remoção ou constrangimento por questões políticas.

A ANATEL tem competência para conceder as outorgas dos serviços aos particulares e fiscalizar sua prestação. A LGT ainda lhe confere extensos poderes para regular o setor como um todo. O conjunto efetivo de normas ao qual as empresas estão submetidas tem, portanto, origem em atos administrativos — denominados resoluções, quando editados pelo Conselho Diretor — da ANATEL.

Embora a LGT reserve ao Poder Executivo algumas decisões sobre políticas setoriais — como a aprovação das metas de universalização —, na prática, é a atuação da agência que define o que será priorizado e a forma de realizar os objetivos gerais estabelecidos na legislação. Há, como resultado disso, permanente possibilidade de conflitos entre a agência, os agentes regulados e os consumidores. Tais conflitos tendem a ser judicializados quando não solucionados no âmbito da agência, eis que no sistema jurídico brasileiro não é possível impedir que decisões de órgãos reguladores sejam objeto de revisão judicial.

### **3. FORMAÇÃO DO BANCO DE AÇÕES JUDICIAIS**

---

A pesquisa realizada procurou identificar ações judiciais em que são partes, de um lado, a ANATEL e, de outro, três das mais importantes e atuantes entidades de proteção ao consumidor, além de quatro das mais importantes e atuantes associações civis de defesa dos interesses de empresas de telecomunicações no Brasil hoje. Assim, o estudo teve por foco os litígios judiciais em que figuraram como partes antagônicas quaisquer dentre as sete associações selecionadas e a ANATEL.

As entidades de defesa do consumidor selecionadas para análise são as seguintes:

- Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec);
- Procons; e
- Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (ProTeste).

Foram selecionadas as seguintes associações de defesa dos interesses de empresas de telecomunicações:

- Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado (Abrafix);
- Associação Nacional das Operadoras Celulares (Acel);
- Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindiTelebrasil); e
- Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (TelComp).

Em relação ao material de análise, foram adotadas como recorte as ações judiciais já finalizadas ou em trâmite na Justiça Federal em que se opõem, como partes, a ANATEL e uma ou mais das entidades civis selecionadas. Considerando que qualquer ação que tenha a ANATEL como parte atrai a competência da Justiça Federal, entendemos que este é o foro adequado para a pesquisa.

O primeiro esforço para levantamento exaustivo das ações de interesse dividiu-se em duas etapas:

- Pesquisa, no Diário Oficial da União, das ocorrências do nome de cada uma das associações selecionadas, em combinação com o termo “ANATEL”, desde 1997 (ano de criação da agência) até 15 de novembro de 2012. Dentre as ocorrências, foram identificadas ações judiciais de interesse potencial para a pesquisa, isto é, ações envolvendo possíveis questões de *policy*; e

- Pesquisa complementar nos bancos de dados de cada um dos Tribunais Regionais Federais, a partir dos nomes e números de inscrição das associações no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), de eventuais ações entre as partes de interesse que não tenham sido detectadas por meio da pesquisa no Diário Oficial da União.

As ações identificadas, juntamente com os respectivos recursos interpostos ao longo da marcha processual, foram organizadas em planilhas específicas, separadas de acordo com a associação litigante. Inicialmente, foram extraídas das ações as seguintes informações básicas: tipo de ação, número, autor (recorrente), réu (recorrido), parte interessada, data de distribuição e *link* de acesso na Internet.

Ao todo, foram identificadas e dispostas nas planilhas 48 ações judiciais, assim distribuídas entre as entidades pesquisadas:

- Idec: 7 ações;
- Procon: 26 ações;
- ProTeste: 5 ações
- Abrafix: 5 ações;
- Acel: 1 ação;
- TelComp: nenhuma ação.
- SindiTelebrasil: 4 ações.

Posteriormente, passou-se à busca por petições e decisões judiciais disponíveis em formato eletrônico relacionadas a cada um dos processos identificados no primeiro passo da pesquisa. Para tanto, foram utilizados os mecanismos disponíveis para busca de decisões nos sítios eletrônicos dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões em que se organiza a Justiça Federal brasileira.

Existem limitações às pesquisas jurisprudenciais elaboradas com base em bancos de dados eletrônicos. O sucesso da busca por material depende da qualidade e agilidade com que petições e decisões são disponibilizadas em meio eletrônico pelos diferentes juízos. Em relação a esse aspecto, deve-se destacar:

- Exceção feita ao Supremo Tribunal Federal (STF), não se encontram disponíveis para consulta eletrônica geral, nos demais juízos, as petições iniciais, respostas e recursos (isto é, as peças processuais e arrazoados produzidos por autores e réus, as partes do processo). Nos casos em que esse material se encontra nos bancos de dados, o acesso costuma ser restrito às partes e aos procuradores, por meio de senhas de acesso, das quais não dispomos.
- As decisões proferidas nos processos não são disponibilizadas imediatamente nas páginas eletrônicas dos juízos. Isso porque há, com variações, lapsos de tempo por vezes longos atrasando a publicação da decisão em versão eletrônica. Em alguns casos, sobretudo em primeira instância, o inteiro teor das decisões sequer é disponibilizado.

Como consequência, o material que constitui o banco de dados da presente pesquisa é formado exclusivamente por decisões, dada a restrição de acesso às manifestações das partes. Ainda, há processos em que todas as decisões se encontram disponíveis para consulta, ao passo que em outros não foi possível encontrar qualquer decisão disponível. Dentre as decisões, incluem-se provimentos de primeira instância e provimentos recursais, sobretudo em agravos e apelações.

Note-se, diante disso, que o universo de decisões pesquisadas se ressentem das mazelas e fragilidades do Judiciário brasileiro no que diz respeito à publicação em meio eletrônico de suas decisões. Tal limitação, lamentavelmente, acomete todos os setores regulados e tribunais brasileiros, não apenas o setor de telecomunicações.

## **4. ANÁLISE DO BANCO DE AÇÕES JUDICIAIS**

---

### **• 4.1. TEMAS IDENTIFICADOS**

Dentro do período pesquisado, foram identificadas 48 ações judiciais de caráter coletivo, 38 envolvendo entidades representativas de consumidores e 10 envolvendo entidades representativas das empresas reguladas. Constata-se, em primeiro lugar, que há diversidade significativa quanto aos temas discuti-

dos. O número de assuntos deve ser ainda maior, pois não foi possível identificar com precisão o tema central motivador de 12 ações.

As ações propostas pelas entidades representativas de consumidores discutem questões pontuais cujo impacto é diretamente aferível pelo consumidor. A maior parte (23 ações) busca reduzir a cobrança por serviços e questiona itens cobrados pelas empresas ou critérios de cobrança utilizados por elas. Exceto por duas ações da ProTeste, os temas não envolvem discussões mais complexas sobre aspectos estruturais da política pública setorial — i.e., questões que possam ter impacto direto e amplo sobre o modelo de organização setorial e as políticas formuladas pela ANATEL.

O amplo uso de ações coletivas de consumidores em temas sobre a cobrança dos serviços pode ser explicado pelo baixo incentivo econômico para ações individuais. Os valores envolvidos são de pequena monta, quando considerado cada consumidor isoladamente, e podem não justificar os custos diretos e indiretos associados à propositura de medidas judiciais. O perfil das ações, as quais estão distantes de discussões mais centrais à regulação do setor, que não são diretamente perceptíveis pelos consumidores dado seu elevado grau de complexidade técnica, sugere também a existência de severa assimetria de informações entre regulador e consumidores.

Do lado das empresas, além do número menor de ações identificadas, também se nota o pouco uso de ações coletivas para discutir a implantação de políticas setoriais. A parcela mais significativa (três ações) trata da cobrança de taxas e encargos setoriais. São duas também as ações que abordam temas que podem ser vistos como estruturais para as políticas formuladas pela ANATEL.

O número menor de ações promovidas pelas associações de empresas, com poucas tratando de temas de *policy* relevantes, sugere a dificuldade de consenso em temas e propostas regulatórias, os quais muitas vezes envolvem interesses divergentes entre as empresas. Ao mesmo tempo, ao contrário do que se verifica em relação aos consumidores, os incentivos econômicos envolvidos tendem a ser suficientes para justificar os custos de ações individuais.

A tabela abaixo sumariza a temática das ações identificadas ao longo da pesquisa:

Objeto	Consumidores	Empresas
1. Indexador de reajuste tarifário do serviço de telefonia fixa comutada (STFC)	6	
2. Assinatura mensal do STFC	7	
3. Tarifação de ligações interurbanas do STFC	5	
4. Prazo de validade de crédito pré-pago do serviço móvel	1	
5. Repasse de PIS/Cofins na tarifa	3	
6. Cobrança de <i>roaming</i> no serviço móvel	1	
7. Fornecimento de informações na conta telefônica	3	
8. Obrigação de disponibilizar lista telefônica impressa	1	
9. Cláusulas dos contratos de concessão do STFC		1
10. Obrigatoriedade de cliente contratar provedor de acesso à Internet	1	
11. Bens reversíveis do STFC (*)	1	
12. Licitação de radiofrequência (*)		1
13. Backhaul (*)	1	1
14. Temas tributários		3

(\*) temas estruturais, i.e., com impacto significativo no próprio desenho da política setorial.

Os seis primeiros itens da tabela acima descrevem ações voltadas a questionar critérios de cobrança dos serviços. Embora em um sentido amplo ou em tese possam ser vistas como questões de *policy*, na prática, as ações não abrangem propriamente aspectos centrais das políticas implantadas pela ANATEL. Elas, na realidade, estão voltadas à discussão de questões pontuais, perceptíveis diretamente pelos consumidores a partir de suas contas telefônicas, mas que não envolvem avaliação mais complexa sobre a organização do setor e sua regulação. Observação análoga pode ser feita em relação aos itens 7, 8 e 10, que tratam de questões secundárias à prestação dos serviços.

Em relação às ações das associações empresariais, o item 9 trata de tema de *enforcement* e não propriamente de *policy*. Refere-se a questionamento de cláusula do contrato de concessão que permitia à ANATEL realizar fiscalização sigilosa e sem prévia intimação da empresa. As ações de natureza tributária também podem ser enquadradas nessa categoria, pois tratam apenas

da cobrança, pela ANATEL, de determinados tributos e encargos setoriais fixados em lei — e não por ato da agência. O órgão regulador somente recebe a competência legal para arrecadar esses valores e, por isso, as ações são movidas contra a ANATEL.

#### ● 4.2. TEMAS ESTRUTURAIS

Há três temas que envolvem aspectos que consideramos efetivamente estruturais de políticas formuladas no âmbito da ANATEL: *backhaul*, bens reversíveis e licitação de radiofrequência. Diferentemente dos demais assuntos objeto de judicialização, os temas estruturais traduzem questões, controvérsias e propostas de *policy* em sentido literal. Por essa razão, a seguir descrevemos (de forma resumida) o núcleo das controvérsias instaladas no Judiciário, bem como o entendimento adotado pelos juízes.

##### ● 4.2.1. *Backhaul*

O tema do *backhaul* envolve tanto ação do lado dos consumidores — ProTeste — como das empresas concessionárias de STFC — Abrafix. *Backhaul* designa a infraestrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao *backbone* das operadoras.

A ANATEL pretendeu incluir a expansão do *backhaul* entre as metas de universalização das concessionárias de STFC. Isso possibilitaria destinar à expansão dessa infraestrutura recursos voltados à universalização dos serviços.<sup>8</sup> Para tanto, a agência elaborou e encaminhou proposta ao Ministério das Comunicações de substituir a implantação dos chamados Postos de Serviços de Telecomunicações (PST),<sup>9</sup> prevista como meta no Decreto n. 4.769/2003, pela implantação de *backhaul*. A alteração foi aprovada pelo Decreto n. 6.424/2008.<sup>10</sup>

A ProTeste questionou a alteração das metas, pois o *backhaul* não teria relação direta com o STFC, único serviço que deveria ser objeto de universalização.<sup>11</sup> O processo foi extinto sem solução de mérito, pois os Decretos n. 4.769/2003 e n. 6.424/2008 foram revogados pelo Decreto n. 7.512/2011, que aprovou novo plano de metas de universalização. Mas, no curso do pro-

cesso, foi proferida liminar sobre questão nova trazida pela ProTeste e isso parece ter influenciado a posterior atuação da ANATEL na elaboração do plano aprovado pelo Decreto n. 7.512/2011. Segundo a autora relatou nos autos do processo, a ANATEL teria deixado de incluir nos aditivos aos contratos de concessão, que tratariam da inclusão das metas de *backhaul*, o caráter reversível da infraestrutura. Bens reversíveis são aqueles essenciais à prestação do serviço em regime público. Nos termos da LGT, tais bens devem retornar à posse da União quando da extinção da concessão (art. 102).

Afastar o *backhaul* desse regime significaria admitir a possibilidade de esses bens permanecerem com as empresas privadas mesmo após o término da concessão para a prestação de serviços em regime privado. O juiz, em análise sumária, convenceu-se da plausibilidade do argumento e suspendeu os termos aditivos em questão. Posteriormente, o Decreto n. 7.512/2011 expressamente consignou que o “*backhaul* para atendimento dos compromissos de universalização” se incluiria entre as infraestruturas sujeitas ao regime de reversibilidade (art. 27).

Já a ação da Abrafix quanto à mesma política questionava a fixação de valores máximos para a comercialização de *backhaul* no mercado de atacado (i.e., para outras operadoras), mas não a inclusão da infraestrutura entre as metas de universalização.<sup>12</sup> O pedido de antecipação de tutela foi indeferido e posteriormente foi proferida sentença julgando improcedente o pedido. Na implantação do novo plano de metas de universalização, a ANATEL manteve a previsão de valores máximos para a comercialização de *backhaul* nos mercados de atacado.<sup>13</sup>

#### ● 4.2.2. Bens reversíveis

O outro tema de ação proposta pela ProTeste diz respeito aos bens reversíveis, discussão que, como visto, também esteve presente na ação do *backhaul*.<sup>14</sup> A qualificação de bens constitui assunto que suscita questões-chave sobre a definição de direitos de propriedade em temas regulatórios no setor de telecomunicações. A entidade questionava proposta de nova regulamentação para os bens reversíveis, objeto da Consulta Pública n. 52/2010, a qual flexibilizaria a alienação e substituição desses bens pelas empresas. Além disso, pretendia

que fossem determinadas à agência a elaboração e apresentação de inventário desses bens reversíveis. Há, em relação a esse segundo ponto, discussão quanto à deficiência de medidas de fiscalização e *enforcement* da agência em relação a tais bens.

A própria questão da possibilidade de substituição e alienação poderia ser vista também como algo pertinente apenas à forma de fiscalização das concessionárias. Mas optou-se aqui por considerar esse tema também como de *policy*, dadas as divergências que existem no setor quanto ao que estaria no rol de bens reversíveis, o que é exemplificado pela própria ação da ProTeste no caso do *backhaul*. Medidas que alteram os critérios para autorizar a alienação ou a substituição desses bens acabam por envolver essa discussão mais ampla.

Na sentença, o juiz de primeiro grau julgou improcedente a impugnação à Consulta Pública n. 52/2010, mas sem se aprofundar na discussão sobre a temática dos bens reversíveis. Apenas observou que há a necessidade de se permitir às empresas a substituição desses bens. Por outro lado, julgou procedente o pedido de que a agência disponibilizasse os inventários dos bens reversíveis. A ANATEL apelou dessa decisão e o recurso ainda não havia sido julgado quando da conclusão da pesquisa.

#### ● 4.2.3. Licitação de radiofrequência

O terceiro tema de natureza estrutural de relevância refere-se à ação ordinária proposta pela Abrafix com a finalidade de suspender os efeitos da cláusula 4.2.1 do Edital n. 002/2006/SPV-ANATEL, lançado com vistas à outorga de autorização de uso de blocos de radiofrequências nas faixas de 3,5 Ghz e 10,5 Ghz, faixas estas destinadas à implementação da tecnologia de transmissão de dados conhecida como Wimax.<sup>15</sup> Referida cláusula estabelecia que as empresas titulares de concessão do STFC não poderiam apresentar propostas na licitação.

O objetivo da ANATEL com isso era criar regra de regulação assimétrica para fomentar a concorrência nas redes de acesso local, âmbito no qual as concessionárias são consideradas empresas dominantes. Com a proibição, o

uso das radiofrequências para a oferta de acesso local a partir da tecnologia Wimax seria garantido a novos entrantes ou a concorrentes de menor porte.

A Abrafix obteve decisão liminar que suspendeu a cláusula do edital, a qual foi depois confirmada em três oportunidades pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região. As decisões analisam o tema de forma bastante sumária e não aprofundam a discussão quanto ao impacto concorrencial da restrição sobre o mercado de telecomunicações.

A ANATEL acabou por cancelar a licitação antes do término do processo, o qual foi então extinto sem julgamento do mérito por perda de objeto. De qualquer forma, o próprio cancelamento da licitação pode ser visto como o resultado da interação entre agência e Judiciário, na medida em que a liminar inviabilizou a condução da licitação e, com o passar do tempo, os contextos regulatório e mercadológico se alteraram tanto que não faria mais sentido insistir no certame tal qual desenhado originalmente.

#### ● 4.3. LIMINARES, DECISÕES E TEMPO DOS PROCESSOS<sup>16</sup>

As ações analisadas em regra contemplam pedidos de liminares — i.e., pedidos para que o juiz profira decisões provisórias, suspendendo ou modificando efeitos de ato ou norma da agência, com base nos argumentos e evidências trazidos pelas partes no início do processo.

O juiz brasileiro normalmente analisa esses pedidos em curto espaço de tempo e os defere quando se convence da forte plausibilidade do direito invocado e da existência de provas inequívocas quanto aos fatos alegados, além da existência de riscos de prejuízos irreparáveis se a decisão não for proferida de imediato.

No conjunto de ações analisadas foram identificadas 11 liminares contrárias à ANATEL que não foram alteradas em sede de recursos. Todavia, em 7 ações nas quais houve a concessão de liminares contrárias à ANATEL, o resultado da sentença não confirmou a liminar concedida. Esses dados sugerem certa deferência do Judiciário às decisões do órgão regulador e a dificuldade de se obter liminares em temas que não são corriqueiros para os juízes de formação e prática generalistas que tratam dessas questões.<sup>17</sup>

No sistema processual brasileiro, decisões liminares são, vale dizer, centrais para a estratégia de quem move a ação, pois, por diversas circunstâncias estruturais ao Poder Judiciário e em razão da especificidade da matéria objeto de regulação pela ANATEL, os processos demoram muito para terminar. Não deferida a liminar, é significativo o risco de a futura decisão judicial tornar-se inócua ou perder o seu objeto, tendo em vista as mudanças nas circunstâncias do caso.

Das ações consideradas na pesquisa, 39 tinham sentenças já proferidas, ainda que parte delas estivesse sujeita a recurso. Dessas sentenças, pelo menos 10 julgaram o processo sem resolução de mérito, por questões de ordem processual ou em razão da perda do objeto. Houve ainda 2 que simplesmente homologaram pedidos de desistência feitos pela parte autora. O tempo médio para o encerramento dos processos foi de quatro anos e seis meses.

A importância das liminares é confirmada pela análise detalhada das ações que envolviam temas estruturais do setor. As duas que produziram impacto na formulação de políticas da ANATEL foram posteriormente extintas por perda de objeto. No caso da ação da ProTeste sobre *backhaul*, a questão que motivou a liminar — ausência de previsão expressa do caráter reversível dos bens — foi depois contemplada no novo plano de metas de universalização. Em relação à licitação das radiofrequências, a liminar inviabilizou a sequência do processo e a ANATEL acabou por cancelá-lo.

Se as liminares podem ser instrumentos pontualmente relevantes para alterar decisões de *policy* da agência, pois o tempo do processo poderia tornar inócua a futura sentença, ao mesmo tempo geram um padrão de análise bastante superficial das complexas questões setoriais. As decisões são tomadas em prazos curtos e com informações limitadas. A fundamentação delas em geral não aprofunda as discussões subjacentes às políticas setoriais e seu impacto mais geral sobre a organização dos serviços. Dessa perspectiva, o Judiciário consegue influenciar o rumo de certas políticas, mas é limitado o que acrescenta ao debate quanto ao mérito.

## 5. CONCLUSÕES

---

O presente ensaio procurou sistematizar pesquisa sobre as decisões judiciais em ações coletivas no setor de telecomunicações. Nosso foco foram litígios envolvendo (i) consumidores e regulador e (ii) regulados e regulador, com vistas a identificar como o Poder Judiciário tem reagido diante de questionamentos sobre temas de política pública setorial (*policy*).

Apesar das limitações das ferramentas de pesquisa via Diário Oficial da União e sítios eletrônicos da Justiça Federal, conseguimos identificar 48 ações judiciais, sendo a grande maioria proposta por entidades de proteção e defesa do consumidor. Além disso, a maior parte das ações identificadas, seja de consumidores, seja de operadoras, tratou de temas pontuais e de impacto lateral na política de telecomunicações (e.g., consumidores reclamando de cobranças específicas, empresas reclamando de cobranças tributárias).

No que tange às poucas ações sobre questões estruturais, notamos certa dificuldade de atuação do Poder Judiciário em virtude da elevada complexidade técnica dos temas. Ainda assim, especialmente quando houve decisões liminares nestas ações, elas influenciaram os rumos da política setorial. Foi o caso das ações sobre o *backhaul* e sobre a licitação de radiofrequências para Wimax: a primeira parece ter contribuído para uma alteração normativa que esclareceu o regime de reversibilidade do *backhaul*; enquanto a segunda acabou levando a ANATEL a cancelar as licitações propostas.

A pesquisa também identificou certa deferência do Poder Judiciário à ANATEL, constatável especialmente pelo número de decisões finais que reverteram liminares contrárias à agência. Isso também pode ser fruto da elevada complexidade técnica dos litígios contra a agência. No entanto, tal deferência não é necessariamente positiva, na medida em que pode ampliar demasiadamente o espaço de discricionariedade da agência.

Nesse ponto, talvez fosse auspicioso que o Judiciário desenvolvesse uma análise mais profunda de devido processo legal de natureza material, elevando as exigências de justificativas da ANATEL para implementar determinada política regulatória. Em outras palavras, sem se substituir à agência, o Judiciário poderia contribuir de forma efetiva para que a agência buscasse apresentar justificativas mais robustas para suas políticas.

Em todo caso, a presente pesquisa tem claras limitações, considerando o foco exclusivo em ações coletivas e o número limitado de ações identificadas. Uma análise mais abrangente deveria avaliar também ações individuais, questionando aspectos de política regulatória (*policy*), e buscar as manifestações das partes, além das decisões judiciais, de forma a construir um banco de dados mais completo e permitir uma análise mais profunda.

## NOTAS

**1** Publicado anteriormente como: FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 265, p. 25-44, jan./abr. 2014. Os autores agradecem a Fillipi Marques Borges e Ricardo Soley Foster Filho pelo auxílio com a pesquisa de jurisprudência e com a tabulação dos dados.

**2** Para uma análise mais ampla da dinâmica de interação institucional que delimita o espaço das agências reguladoras, vide PEREIRA NETO, C. M. S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: proposta de sistematização. In: SUNDFELD, C. A. (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 140-185.

**3** Sobre a judicialização da política ver, entre outros, VIANNA, L. W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999; MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57, p. 113-133, 2002; TAYLOR, M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**, Stanford: Stanford University Press, 2008.

**4** No âmbito da ANATEL, os processos sancionadores são geralmente denominados Processos Administrativos por Descumprimento de Obrigação ou, simplesmente, “Pados”.

**5** Originalmente e até 1995, a regra constitucional exigia a prestação por empresas sob controle estatal. O texto vigente é o seguinte: “Art. 21. Compete à União Federal: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.”

**6** Para uma análise do distanciamento entre a política de universalização prevista na LGT e aquela implementada nos últimos anos, ver PEREIRA NETO, C. M. S.; ADAMI, M. P. O desafio da universalização de telecomunicações: um balanço após 15 anos de LGT. In: GUERRA, Sérgio. (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, v. 1, p. 189-225.

**7** BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual: 2011**. 31 maio 2012.

- 8** Sobre a universalização, ver seção 2.
- 9** Corresponde ao conjunto de instalações de telefones e terminais de acesso à Internet de uso público.
- 10** Nos termos da LGT, as metas de universalização constam de planos elaborados pela ANATEL e aprovados pelo Poder Executivo mediante decreto.
- 11** Ação Civil Pública n. 2008.34.00.011445-3, 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.
- 12** Ação Ordinária n. 14904-93.2010.4.01.3400, 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.
- 13** Resolução n. 598/2012, artigo 38.
- 14** Ação Civil Pública n. 29346-30.2011.4.01.3400, 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.
- 15** Ação Civil Pública n. 29346-30.2011.4.01.3400, 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.
- 16** Assim como em relação à identificação dos temas, não foi possível identificar com precisão as decisões e os respectivos conteúdos de todas as ações que formam o banco de dados. É possível que haja número maior de liminares e sentenças, além daquelas aqui relatadas.
- 17** Como regra, os tribunais brasileiros não são organizados de acordo com a especialização regulatória setorial ou técnica de seus membros.



# 7. ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSAMENTO DE DEMANDAS DE TELEFONIA: O DILEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO BRASIL<sup>1</sup>

Leslie Shériida Ferraz

## 1. INTRODUÇÃO

---

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados no âmbito da Justiça estadual brasileira para cuidar de um tipo específico de demandas: simplificadas, cotidianas, de baixo valor econômico e impacto restrito às partes litigantes, solucionadas preferencialmente pela conciliação e propostas exclusivamente por pessoas físicas.<sup>2</sup>

Contudo, estudos empíricos têm evidenciado que, a despeito de sua índole, os Juizados Especiais têm processado enorme volume de demandas relacionadas a empresas de telefonia, que, invariavelmente, integram os *rankings* das mais demandadas.

Minha hipótese é a de que se trata de um indicativo de que a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a agência que regula o setor, não está agindo a contento, sendo inábil na imposição das regras de qualidade dos serviços de telefonia previstas nos contratos de concessão.<sup>3</sup>

De sua sorte, como os Juizados não foram criados para solucionar problemas dessa natureza, acabam produzindo respostas inadequadas. Isso ocorre, conforme irei demonstrar, porque as demandas de telefonia não se amoldam à estrutura simplificada e conciliatória dos Juizados Especiais Cíveis — sobretudo por ocultarem, não raro, um agregado de demandas que deveriam ser tratadas de forma coletiva, unificada e regulada, para se obter uniformidade e potencializar o seu alcance. Essa política impede a melhoria generalizada nos serviços de telefonia, além de comprometer a própria capacidade de processamento dos Juizados.

O artigo obedecerá à seguinte estrutura: inicialmente, traçarei breve panorama sobre as finalidades e o funcionamento dos Juizados Especiais, buscando

pontuar a sua real vocação. Em seguida, apresentarei alguns dados empíricos acerca da participação das demandas de telefonia nesta arena simplificada.

Com base nos dados apresentados, farei uma análise crítica da atuação dos Juizados, explicitando seu dilema: viabilizar o acesso individual à Justiça por intermédio de uma política que acaba justamente prejudicando este acesso, além de comprometer, em última análise, a correta regulação dos serviços de telefonia em nosso país.

## **2. FINALIDADES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

---

Considerados a mais radical inovação do processo civil dos últimos anos,<sup>4</sup> os Juizados Especiais foram criados para facilitar o acesso à justiça, por meio da instituição de cortes simples, ágeis, acessíveis e adequadas ao tratamento de causas de menor valor ou complexidade.

A ideia-chave era facilitar o acesso à justiça, a partir da constatação de que causas de pequena expressão econômica não estavam sendo levadas à apreciação do Poder Judiciário — quer pela descrença generalizada nesse órgão, quer pela desproporção entre o valor reclamado e os custos processuais, quer pela desinformação e/ou alienação da população brasileira.<sup>5</sup> Pretendia-se, assim, criar sistema apto a solucionar os conflitos cotidianos de forma pronta, eficaz e sem muitos gastos.

Ao lado de sua finalidade principal — promover o acesso à justiça —, pretendia-se alcançar, também, outros objetivos com a criação das Pequenas Causas, como o resgate da credibilidade popular no Judiciário,<sup>6</sup> a promoção da cidadania<sup>7</sup> e a mudança de mentalidade dos operadores de direito, estabelecendo-se, aos poucos, uma cultura judiciária menos burocratizada e mais informal, centrada na conciliação.

Para atingir seus fins, o sistema foi dotado de algumas características destinadas a neutralizar os óbices do acesso à justiça. Tencionando transpor as barreiras econômicas, estabeleceu-se que as custas, em primeiro grau, seriam gratuitas e a contratação de advogado, facultativa. Na tentativa de eliminar a burocracia e a sacramentalidade típicas do Judiciário, a lei fixou os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade como nortes das Pequenas Causas.

Além dos mencionados princípios — que autorizam o juiz a flexibilizar procedimentos —, fortaleceu-se o papel do magistrado, muito mais ativo, com amplos poderes na condução do processo, instrução probatória e decisão.<sup>8</sup>

A criação de um sistema recursal próprio<sup>9</sup> viabilizou a instituição de um procedimento célere e, sobretudo, desvinculado da justiça comum.<sup>10</sup>

Por fim, para que a prestação jurisdicional fosse adequada aos tipos de demanda solucionadas nos Tribunais de Pequenas Causas, instituiu-se nova modalidade de prática judiciária, adequada às demandas de menor valor e/ou complexidade, calcada essencialmente na lógica da composição amigável em detrimento da decisão judicial.

Nesse contexto, verifica-se que a criação das Pequenas Causas está em consonância com o movimento de acesso à justiça efetivo preconizado por Cappelletti,<sup>11</sup> que reclama pelo reconhecimento das diversas espécies de direitos e seu tratamento por meio de estratégias apropriadas, aderentes à sua natureza.<sup>12</sup>

Com efeito, na lição de Kazuo Watanabe, não se pode pensar em uma mesma Justiça para todo e qualquer tipo de conflito. Ao revés, a multiplicidade de conflitos de configurações variadas requer a estruturação da Justiça de forma a corresponder adequadamente às exigências características de cada tipo de litígio.<sup>13</sup>

Assim, é preciso ter em mente a premissa de que os Juizados foram estruturados para solucionar, de forma adequada, uma categoria bastante específica de interesses: cotidianos, de baixo valor ou complexidade e, sobretudo, *de impacto restrito aos litigantes*.

Nesse contexto, é evidente que o sucesso dos Juizados depende da adequação das demandas à sua natureza. Os Juizados são inaptos, por exemplo, a processar ações coletivas, que, por envolverem interesses que extrapolam a esfera das partes litigantes, não podem ser solucionadas por acordo.<sup>14</sup> Ademais, em razão da sua simplicidade procedimental e flexibilização probatória, não há como processar ações complexas nas Pequenas Cortes.

Por isso, trabalho com a premissa de que, para que as Pequenas Causas possam prestar serviço jurisdicional de qualidade, é imperioso que apenas solucionem os tipos de conflitos para os quais foram criados, já que eventuais

distorções na sua atuação podem comprometer sua capacidade de processamento.

No tocante ao seu funcionamento, os Juizados Especiais Cíveis contam com uma procura extremamente significativa: no ano de 2012, foram 4.244.564 novas ações em todo o país. Em alguns estados, o número de ações distribuídas nesta arena simplificada é próximo ou até mesmo superior ao número de demandas do juízo comum, como é o caso do Acre, do Amapá e do Rio de Janeiro.<sup>15</sup>

As pequenas causas apresentam pesada carga de trabalho: em 2012, foram 3.472 casos por juiz. Seu congestionamento atinge níveis de 52% — ou seja, seu acervo mais que dobra a cada dois anos.<sup>16</sup> Na última aferição realizada no Brasil, em 2006, o tempo médio de um processo em tramitação nos Juizados, que deveria durar cerca de três meses, chegava a levar praticamente dois anos.<sup>17</sup>

Ironicamente, em razão da sua boa acessibilidade, os Juizados passaram a ser extremamente demandados, mas sua estrutura simplificada não foi capaz de suportar tamanha procura. Assim, embora seu principal objetivo — ampliar o acesso à Justiça — tenha sido atingido, uma análise mais aprofundada das Pequenas Causas explicita um sistema congestionado, lento e, não raro, inefetivo.<sup>18</sup>

### **3. DEMANDAS DE TELEFONIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: BREVE ANÁLISE EMPÍRICA**

---

As pequenas causas, no Brasil, são, por excelência, cortes de consumo. A pesquisa nacional realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, em 2006, sob minha coordenação, já apontava que, a par das peculiaridades locais, os Juizados cuidavam, predominantemente, de ações de consumo (37,2%).<sup>19</sup>

No mesmo sentido, o Relatório sobre o Perfil das Maiores Demandas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) concluiu que, naquele estado, os Juizados Especiais Cíveis apresentam a chamada “distribuição concentrada”, isto é, poucas empresas que cuidam de direitos do consumidor

são responsáveis pela maioria das ações em tramitação na Justiça daquele estado.<sup>20</sup>

Mais recentemente, a pesquisa realizada pelo DIEST/Ipea em 2012 também confirmou a predominância de demandas de consumo nos Juizados Especiais, conforme apresentado na tabela 1, a seguir:

**Tabela 1 - Tipo de conflito conforme registrado no processo por UF (2012)**

<b>Conflito</b>	<b>AP</b>	<b>CE</b>	<b>RJ</b>
Acidente de trânsito	2,20%	5,81%	0,79%
Direitos de vizinhança	1,10%	5,50%	0,79%
Relação de consumo	78,57%	51,38%	92,89%
Outros	18,13%	37,31%	5,53%

*Fonte: DIEST/Ipea<sup>21</sup> [grifos da autora]*

Entre as demandas de consumo, as empresas concessionárias de telefonia ocupam lugar de destaque. Já em 2006, a pesquisa do CEBEPEJ apontava que as demandas relacionadas a conflitos dessa natureza ocupavam a primeira posição nos Juizados, com picos de mais de 40% em capitais como Fortaleza e Macapá.<sup>22</sup>

De sua sorte, a tabela 2 apresenta dados produzidos pelo TJRJ, único do país a divulgar estatísticas apuradas acerca dos principais demandados nos Juizados Especiais em seu *site*. Todas as empresas de telefonia integram a lista “Top 30: maiores litigantes” do estado, que é liderada pela empresa Telemar:

**Tabela 2 - Ranking de empresas mais acionadas:  
Justiça estadual do Rio de Janeiro**

Concessionária	Relatório TJRJ (Rio de Janeiro)
	Juizados Especiais Cíveis (RJ)
TELEMAR	1 <sup>a</sup>
CLARO*	4 <sup>a</sup>
BRASIL TELECOM*	4 <sup>a</sup>
OI	9 <sup>a</sup>
VIVO	12 <sup>a</sup>
NEXTEL	17 <sup>a</sup>
TIM	18 <sup>a</sup>
EMBRATEL	20 <sup>a</sup>

*Fonte: TJRJ<sup>23</sup>*

\*Operadas pelo mesmo grupo no Rio de Janeiro (BCP S/A).

A tendência apresentada pelo tribunal fluminense confirma-se em todo o país. De acordo com os relatórios produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as empresas concessionárias de telefonia ocupam a 5<sup>a</sup> posição entre os setores mais demandados da Justiça estadual, conforme apresentado na tabela 3:

**Tabela 3 - Os 10 setores mais demandados na Justiça estadual brasileira**

Posição	Setor	Participação (%)
1º	Bancos	12,95
2º	Setor público municipal	9,25
3º	Setor público estadual	4,85
4º	Setor público federal	3,11
5º	Telefonia	2,38
6º	Seguros/previdência	0,93
7º	Comércio	0,92
8º	Indústria	0,44
9º	Serviços	0,42
10º	Transportes	0,18

*Fonte: CNJ<sup>24</sup> [grifos da autora]*

Além da importante representação na Justiça estadual do país, as demandas de telefonia causam impacto muito grande nos Juizados Especiais, como pode ser visto na tabela 4, a seguir.

**Tabela 4 - Ações contra empresas de telefonia (Brasil)**

Concessionária	Relatório CNJ (Brasil)
	Juizados Especiais Cíveis (BR)
TELEMAR	2 <sup>a</sup>
OI	8 <sup>a</sup>
TIM	9 <sup>a</sup>
VIVO	10 <sup>a</sup>
CLARO*	11 <sup>a</sup>
EMBRATEL	22 <sup>a</sup>
BRASIL TELECOM*	28 <sup>a</sup>
NEXTEL	51 <sup>a</sup>

*Fonte: CNJ<sup>25</sup>*

Em todo o país, confirma-se a predominância de demandas de telefonia nos Juizados Especiais: as principais concessionárias — Telemar, Oi, Tim, Vivo, Claro, Embratel, Brasil Telecom e Nextel — figuram entre as empresas mais acionadas nas pequenas causas.<sup>26</sup>

Em síntese, pode-se afirmar que as demandas relativas às concessionárias de telefonia:

- Apresentam expressiva participação na Justiça brasileira, ocupando a 5ª posição no *ranking* dos setores mais litigantes das Justiças Estadual, Federal e Trabalhista;
- O ajuizamento dessas ações tem enorme relevância no acervo dos Juizados Especiais Cíveis.

O que justificaria este comportamento?

Como observa Marc Galanter, a prevalência de determinadas demandas, em arenas específicas, em detrimento de outras, pode ser justificada pela presença ou ausência de alternativas mais ou menos eficientes de lidar com os litígios.<sup>27</sup>

Defendo a tese de que há anteparos sucessivos na proteção dos direitos. Se um anteparo (no caso, o administrativo) falha, o próximo (no caso, o judicial) é acionado. Assim, inicialmente, reputo o grande volume de ações contra empresas de telefonia nos Juizados como decorrência da inabilidade da tutela administrativo-regulatória (e, como demonstrarei adiante, judicial-coletiva) em solucionar os problemas decorrentes da má prestação de serviços,<sup>28</sup> deixando saldo residual para os Juizados.

De sua sorte, não se podem ignorar os fortes incentivos ao consumidor para utilização dos Juizados Especiais: nenhum custo de acesso no primeiro grau, baixo risco e alta perspectiva de ganhos<sup>29</sup> — aliados à grande popularidade dos Juizados, à ineficácia dos serviços de atendimento ao cliente (SAC) e ouvidorias das empresas e, por fim, à atuação dos advogados, que preferem adotar a via judicial, já que também podem formular, nesta arena, pedidos indenizatórios de danos morais.<sup>30</sup>

A pesquisa do Ipea aponta que os consumidores, em regra, não procuram a agência reguladora na tentativa de solucionar amigavelmente o conflito:

apenas 0,79% no Rio de Janeiro, e nenhum caso no Ceará ou Amapá, conforme apresentado na tabela 5:

**Tabela 5 - Tipo de tentativa de composição extrajudicial por UF (2012)**

Tentativa	AP	CE	RJ
SAC	0,55%	0,31%	21,84%
Procon	2,20%	1,53%	2,11%
Ouvidoria	0,00%	0,00%	0,26%
Diretamente com o prestador	26,65%	29,97%	69,21%
Diretamente com o devedor	42,86%	5,81%	0,00%
Agência reguladora	0,00%	0,00%	0,79%
Outros	1,92%	8,26%	2,63%
Não se aplica	4,67%	21,10%	1,05%
Não informado	9,62%	29,05%	6,84%
Não houve	14,01%	3,98%	8,68%

*Fonte: DIEST/Ipea<sup>31</sup>*

Do ponto de vista das empresas, a pulverização de demandas individuais nos Juizados parece mais vantajosa — daí a recusa em resolver o problema quando procurada diretamente pelo consumidor. Se a determinação da agência reguladora significa mudança de comportamento generalizado, a solução individualizada das questões pelos Juizados Especiais atende aos seus interesses.

Primeiro, é preciso considerar que nem todos os indivíduos lesados reclamam pelos seus direitos. Entre os que buscam uma reparação na Justiça, muitos são levados, em função da morosidade, a desistir, renunciar ou firmar acordos em valores menores aos que fariam jus.<sup>32</sup> O pior é que esta morosidade decorre justamente do congestionamento gerado pela enxurrada de demandas idênticas e repetitivas — decorrentes, por seu turno, da má prestação de serviços, gerando perverso círculo vicioso.

Por outro lado, após um tempo, essas empresas podem começar a sentir os impactos da gestão de um contencioso de massa, mudando suas políticas

e aproximando-se dos consumidores na tentativa de firmar acordos e reduzir o número de demandas.<sup>33</sup> Contudo, não se podem ignorar os malefícios causados aos Juizados Especiais com esta política, que tem sua capacidade de processamento seriamente comprometida.

Nesse contexto, é importante nos debruçarmos na questão dos Juizados Especiais e dos impactos causados pela litigância de consumo e de massa nesta arena diferenciada.

Anote-se que a criação das Cortes de Pequenas Causas deu-se justamente na época em que o movimento dos consumidores tomava força entre nós, e o próprio Código era gestado, na década de 1980. Assim, quando a Lei dos Juizados foi elaborada, estavam sendo traçados os primeiros contornos da sociedade de consumo e de massa no Brasil e, sobretudo, da proteção legislativa ao consumidor.<sup>34</sup>

Nos Estados Unidos, quando as *small claims courts* foram criadas, na década de 1920, o perfil da sociedade era bastante diverso do atual. É certo que a prosperidade econômica começava a gerar importantes mudanças na comunidade americana — cada vez mais urbanizada, assistindo à proliferação de grandes companhias e a intenso fluxo imigratório —, mas a sociedade de consumo e de massa estava longe de se manifestar em sua inteireza.<sup>35</sup>

Apenas nas décadas de 1960 e 1970, justamente quando surgiu a *mass consumption society* e se consolidou o movimento do consumidor, é que a procura pelas *small claims courts* cresceu de forma vertiginosa. Nesse período, surgem as primeiras pesquisas empíricas que diagnosticam a prevalência de demandas de consumo nas pequenas cortes americanas, que passaram a ocupar posição de destaque nos debates jurídicos daquele país.<sup>36</sup>

Como é de se imaginar, a desproporção entre a demanda e a capacidade de processamento das Pequenas Causas comprometeu a sua atuação, gerando insatisfação generalizada de seus usuários, em razão do enorme volume de casos em andamento, grande demora, altos custos e complexidade.

Naquele período, os Juizados americanos já não se diferenciavam substancialmente do Juízo comum e haviam se tornado extremamente burocratizados e inacessíveis.<sup>37</sup>

Como se não bastasse, os maiores usuários das *small claims courts* eram as empresas, que promoviam ações de cobrança contra consumidores inadim-

plentes.<sup>38</sup> Assim, embora criados para prover justiça ao cidadão comum, sobretudo o de mais baixa renda, os Juizados, perversamente, passaram a ser utilizados contra os supostos beneficiários do sistema.<sup>39</sup>

Por esses motivos, iniciam-se, em 1969, movimentos de reforma das *small claims courts*. Enquanto alguns estados simplesmente ignoraram as críticas, outros realizaram mudanças significativas em seu sistema, de modo a aperfeiçoar os pequenos tribunais, com destaque para Nova York, Nebraska — que passou a vedar a atuação de advogados e a simplificar o procedimento para agilizar a conclusão das demandas — e Filadélfia, que criou um sistema de assessoramento, pelos servidores, às pessoas que quisessem atuar *pro se* e instituiu julgamentos noturnos para evitar perda de trabalho.<sup>40</sup>

Quanto a Nova York, na década de 1970, as *small claims courts* estavam completamente abarrotadas, com 140 mil casos em atraso, alguns aguardando julgamento há uma década.<sup>41</sup> Para resolver o problema, foram adotadas diversas medidas, como: mutirões; simplificação procedimental; criação de cortes especializadas no julgamento de determinadas matérias (como despejo), confiando-se às *small claims courts* apenas a solução de causas de cobrança de pequenos valores em dinheiro; e aumento do poder dos juízes, que passaram a ter papel mais ativo na condução dos processos.

Apesar das diferenças estruturais, é surpreendente perceber a similitude entre a experiência americana e a brasileira: inicialmente criados com finalidades diversas, adequadas ao perfil da sociedade da época de sua gestação, acabaram por se verter na principal arena para solucionar os problemas dos consumidores, que se multiplicavam em paralelo ao surgimento da sociedade de massa.

De fato, quando as *small claims courts* foram criadas — e, igualmente, quando os Juizados de Pequenas Causas foram concebidos — não era possível prever a enorme dimensão que as relações de consumo tomariam nas respectivas sociedades nem os problemas que decorreriam desse novo panorama social — e os impactos que causariam na Justiça do cidadão comum. Com atraso, a sociedade de massa se instituiu entre nós e produziu, como nos Estados Unidos da América, os mesmos efeitos desastrosos nos Juizados.

No Brasil, a explosão da sociedade de consumo contou com relevante catalisador: a privatização de serviços essenciais. Com efeito, quando o Estado

transferiu a prestação de serviços de fornecimento de água, energia elétrica e, no caso em estudo, telefonia, para empresas privadas, tais serviços, que antes não tinham esse caráter, foram vertidos em bens de consumo.<sup>42</sup>

No caso específico da telefonia, as empresas concessionárias ampliaram consideravelmente a malha telefônica do país, mas não conseguiram, em contrapartida, observar os padrões de qualidade exigidos nos contratos de concessão. Como pode ser visualizado nos *rankings* de litigiosidade apresentados anteriormente, isso tem promovido o ajuizamento de milhares de ações individuais de idêntico objeto nos Juizados Especiais brasileiros.

Pode-se afirmar, portanto, que, no Brasil, os consumidores lesados pelas empresas concessionárias em seus direitos tendem a buscar uma solução individualizada nos Juizados Especiais. Seria essa a solução mais correta (individual)? Seria essa a arena mais indicada (Juizados)?

Vejam os. A sociedade contemporânea, com suas complexas interações sociais, produziu, entre tantos outros, um tipo de conflito bastante peculiar: conflitos metaindividuais, que extrapolam a clássica noção de interesses pessoais, atingindo grupos ou até mesmo toda a coletividade.<sup>43</sup> No que toca à natureza, grande parte desses conflitos refere-se a direito do consumidor. Por seu turno, os direitos ou interesses do consumidor podem ser tutelados judicialmente de forma individual (no juízo comum ou nos Juizados Especiais Cíveis) ou coletiva (apenas no juízo comum), em se tratando de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, descritos na tabela 6, a seguir.

**Tabela 6 - Tutela judicial de direitos/interesses individuais e coletivos**

Interesse	Natureza	Titular	Nexo	Exemplo	Forma de solução
Individual	Divisível	Indivíduo lesado	–	Roupa estragada na lavanderia	Necessariamente individual
Individual homogêneo	Divisível	Indivíduos lesados	Origem comum do dano	Indenização movida por familiares de vítimas de acidente aéreo	Individual ou preferencialmente agregada
Coletivo	Indivisível	Grupo, categoria ou classe de pessoas	Relação jurídica base entre as pessoas ou o causador do dano (prévia ao incidente)	Contestação do reajuste do plano de saúde X	Necessariamente agregada
Difuso	Indivisível	Pessoas indeterminadas	Circunstâncias de fato	Propaganda abusiva	Necessariamente agregada

*Fonte: Elaboração própria.*

Como se depreende do quadro acima, as demandas de consumo podem assumir caráter difuso, coletivo, individual homogêneo ou essencialmente individual. Desse modo, é perfeitamente possível que demandas de consumo que ocultam interesses individuais homogêneos ou até coletivos sejam indevidamente distribuídas<sup>44</sup> — e, o que é pior, inadvertidamente aceitas —, nos Juizados.

É justamente nesse ponto que reside o problema do processamento de demandas de consumo e, mais especificamente, de telefonia, nos Juizados Especiais Cíveis, que pode ser ilustrado por um estudo de caso realizado em 2007 pelo CEBEPEJ sob a minha coordenação, tratando da contestação da tarifa básica de assinatura de telefonia no estado de São Paulo.<sup>45</sup>

Para contestar a assinatura compulsória, 26 demandas coletivas foram distribuídas no Juízo comum — tanto por instituições de defesa do consumidor como pelo Ministério Público — com o fim de suspender o pagamento, considerado indevido.

A par desse fato — que, por si só, demonstra a inabilidade dos operadores de lidarem com a tutela coletiva —, milhares de dezenas de ações individuais foram iniciadas nos Juizados Especiais da capital, causando um verdadeiro colapso no sistema.

Visitando o Juizado Especial competente para julgamento das demandas em face da concessionária (Santo Amaro, São Paulo), apurei que não havia sequer espaço físico para acomodar as milhares de petições idênticas que haviam sido distribuídas. Segundo o magistrado, a dificuldade de processamento das novas demandas era física, e não jurídica: não havia estrutura material e humana para autuar tantos processos.

De fato, o impacto foi tão grande que algumas medidas foram tomadas pelo Tribunal de Justiça paulista para possibilitar o seu processamento, como a dispensa da defesa pela empresa de telefonia, que disponibilizava uma contestação padrão em seu *website* — já que se tratava de *demandas rigorosamente idênticas*.

Para mim, este comportamento reflete a irracionalidade da administração da justiça e, mais especificamente, dos Juizados: ao invés de se repelirem demandas coletivas nos Juizados, tomam-se medidas pontuais para facilitar o processamento de referidas demandas, totalmente inadequadas à estrutura simplificada das Pequenas Cortes.

Pela legislação vigente, entendo que o magistrado pode extinguir a ação de caráter coletivo ajuizada indevidamente nos Juizados Especiais (denominada por Kazuo Watanabe de “pseudoindividual”) sem julgamento de mérito. Para isso, deve partir da premissa de que o acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira<sup>46</sup> deve ser qualificado — isto é, adequado, tempestivo e efetivo,<sup>47</sup> e, portanto, é preciso que o Poder Judiciário dê respostas adequadas à natureza das diversas demandas que lhe são apresentadas.

Desse modo, baseado no fato de que a demanda é inadequada à estrutura simplificada do Juizado, o magistrado pode extinguir o processo sem julgamento de mérito (art. 485, VI, do Código de Processo Civil). Com efeito, nesse caso, faltaria uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir — expresso no binômio necessidade e adequação. E mais: para que não haja prejuízo, a lei determina que o juiz remeta as peças processuais ao Ministério Público (legitimado para propor a ação coletiva), para que, se for o caso, ajuíze

a demanda adequada (art. 7º, Lei n. 7.347/1985). Assim, o acesso à Justiça estaria garantido, pela via mais apropriada.

Contudo, embora essa tese seja perfeitamente plausível no ordenamento jurídico brasileiro, ela não tem vingado entre nós. No Brasil, interpreta-se — de forma equivocada, em minha opinião — o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal como uma impossibilidade de rejeição a qualquer demanda ajuizada no Judiciário.

Em emblemático caso, já citado, envolvendo a contestação da assinatura básica de telefonia — em que houve a coexistência de milhares de ações individuais (propostas, predominantemente, nos Juizados Especiais) e, ainda, de diversas demandas coletivas, propostas por organizações, Ministério Público e órgãos municipais de defesa do consumidor — o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que:

- a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva;
- a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e
- não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente.<sup>48</sup>

Nesse caso, formulou-se um pedido de reunião das demandas coletivas para julgamento único e, ainda, suspensão das ações individuais até que a questão fosse decidida. Esta proposta, embora, em meu entender, seja totalmente racional,<sup>49</sup> foi rejeitada pelo STJ, alegando haver “autonomia das demandas individuais”. Com isso, a Justiça brasileira — e, principalmente, os Juizados — amargaram vários anos de congestionamento para solução desta questão nas mais diversas arenas e instâncias.

Vale registrar que, de acordo com o estudo de caso realizado pelo CEBEPEJ em 2007, todos os operadores do sistema entrevistados (juízes, advogados, promotores e representantes de associações de consumidores) informaram que sua maior dificuldade não era analisar a questão material (cobrança de assinatura básica), mas cuidar agregadamente de questões de caráter coletivo. Segundo eles, empecilhos na legislação processual,<sup>50</sup> aliados à dificuldade dos operadores do sistema de compreenderem o funcionamento da tutela coletiva, eram o principal entrave para o processamento da demanda.<sup>51</sup>

Outro exemplo que ilustra a inaptidão dos administradores da justiça em formular políticas e estratégias adequadas tange à indenização dos danos dos consumidores de serviços de transporte de aviação decorrentes do chamado “caos aéreo”.

Como existe uma agência específica para esse setor — a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) —, seria natural que o problema fosse resolvido nessa arena, pela imposição de multas e/ou pela recusa em conceder licenças e permissões exigidas pela lei para funcionamento das companhias aéreas.<sup>52</sup> Contudo, em vez disso, foram criados Juizados Especiais em aeroportos brasileiros, para estimular o tratamento atomizado de um problema de caráter indiscutivelmente coletivo.

Tanto o caso da assinatura básica quanto o caso do “caos aéreo” explicitam a dificuldade do sistema judicial brasileiro em tratar de demandas de caráter coletivo. Isso resulta em demandas individualmente ajuizadas e artesanalmente solucionadas pelos Juizados Especiais Cíveis.

Em suma, acredito, com base nos dados apresentados, que as demandas de telefonia tenham grande expressão nos Juizados Especiais em decorrência:

- da inabilidade da tutela administrativo-regulatória em solucionar os problemas decorrentes da má prestação de serviços, deixando saldo residual para a Justiça e, mais especificamente, para os Juizados;
- dos grandes incentivos proporcionados ao consumidor pelas pequenas causas;
- da incapacidade do sistema judicial brasileiro em tratar das questões de telefonia de forma coletiva e unificada.

#### **4. O DILEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO PROCESSAMENTO DE DEMANDAS DE TELEFONIA: GARANTIA DO ACESSO INDIVIDUAL À JUSTIÇA VS. COMPROMETIMENTO DO ACESSO QUALIFICADO À JUSTIÇA**

---

A qualidade da prestação jurisdicional depende diretamente da pertinência da tutela que lhe é deferida.<sup>53</sup> Nesse contexto, emerge a necessidade de o

Judiciário aprender a lidar com a diversidade e com a especialização,<sup>54</sup> prevendo mecanismos apropriados para a solução dos diversos tipos de demanda.<sup>55</sup>

Como bem observa Carlos Alberto de Salles, a efetividade da tutela deve, além das finalidades de produção, atentar para a formulação de um juízo sobre a adequação do procedimento ou provimento à determinada situação de fato.<sup>56</sup>

Avaliando as finalidades para as quais os Juizados foram criados (facilitar o acesso à justiça pela instituição de uma Corte simples, rápida, informal e barata) e a natureza das demandas que envolvem telefonia (não raro, envolvem questões que reclamam por solução agregada, e a prova disso é o perfil repetitivo das demandas envolvendo estas empresas), reputo ser evidente a inadequação da estrutura simplificada e conciliatória disponibilizada pelos Juizados.

Em virtude das distorções e dos graves impactos, Cappelletti chega a defender que as ações de consumo — e, no caso específico em estudo, de telefonia — não deveriam ser processadas nos Juizados Especiais Cíveis<sup>57</sup>:

Há um defeito fundamental [...] nas tentativas, embora interessantes, de resolver o problema da proteção do consumidor no plano do procedimento simplificado das “pequenas causas”. A verdade é que, corretamente vista, a “causa” do consumidor é um agregado, não raro gigantesco, de potenciais pequenas causas; portanto, ela só pode ser eficazmente resolvida como uma “causa gigante”, não como pequena causa.<sup>58</sup>

No mesmo sentido, Richard Abel acredita que, em termos de políticas públicas, os Juizados Especiais Cíveis são a pior saída para resolver as demandas de consumo (e, no caso, de telefonia). Segundo Abel, esse mecanismo é perverso, pois, ao resolver as demandas de forma individual, desorganiza os conflitos e, portanto, evita sua agregação — o que frustra a tentativa de responsabilização coletiva<sup>59</sup> e, sobretudo, a reparação a todos os indivíduos lesados.

Nesta linha de raciocínio, Kazuo Watanabe lembra que, nas demandas que surgem das relações da economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo não atua apenas como instrumento de solução

de litígios, mas, sobretudo, de mediação de conflitos sociais. Por tal razão, além de comprometer a facilitação do acesso à justiça, a fragmentação banaliza a demanda e suprime o peso político reclamado por esse tipo de conflito.<sup>60</sup> O problema se agrava se considerarmos que se trata de um setor regulado, que reclama por providências da agência, no caso, a ANATEL.

Assim, os Juizados Especiais enfrentam grave dilema: (i) garantir o acesso à justiça — de forma individual e atomizada — formulando, assim, uma política pública inadequada e nociva, além de comprometer sua própria capacidade de processamento, ou (ii) repelir as demandas inadequadas à sua estrutura simplificada e conciliatória, relegando os problemas de índole coletiva às soluções mais adequadas, quais sejam, tutela administrativo-regulatória ou judicial-coletiva (que, por seu turno, não funcionam de forma satisfatória entre nós).

## NOTAS

**1** Publicado anteriormente como: FERRAZ, Leslie Shériida. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. **Revista CNJ**, v. 1, p. 54-61, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/1e1621f54a699dc3746f7a86160a2c77.pdf>>.

**2** O polo ativo, que era apenas composto por pessoas físicas e condomínios, foi ampliado, passando a abarcar microempresas, organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) e sociedades de crédito ao microempreendedor (art. 8º, § 1º, Lei n. 9.099/1995).

**3** Os contratos de concessão preveem regras acerca da cobrança da conta de telefone; número mínimo de chamadas completadas; tempo máximo para restauração da linha e de conserto de telefones públicos, tempo máximo de espera de atendimento, presencial e não presencial etc. Contudo, embora venha aplicando multas contra as empresas concessionárias (discutidas judicialmente pelas empresas), tudo indica que a ANATEL não está conseguindo fazer valer as regras estabelecidas, levando os consumidores a procurarem soluções na Justiça e, mais especificamente, nos Juizados Especiais. Os contratos podem ser acessados em: <<http://www.anatel.gov.br>>.

**4** WHELAN, Christopher J. (Ed.). **Small Claims Courts: a Comparative Study**. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 1.

**5** DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In: WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 51-74.

**6** WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 1-7, p. 1-3; p. 7.

**7** DINAMARCO, Cândido Rangel. A lei das pequenas causas e a renovação do processo civil. In: WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 196-207, p. 198.

**8** Artigos 5º e 6º da Lei n. 9.099/1995.

- 9 Órgão colegiado composto por três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição.
- 10 Isso significa que as decisões proferidas pelo colégio recursal não podem ser revistas pelo Tribunal de Justiça do estado, nem, por proibição constitucional, pelo STJ. A única instância que poderia rever uma decisão seria o STF, em casos excepcionalíssimos de lesão a direito constitucional.
- 11 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12-13; p. 72.
- 12 FRIEDMAN, Lawrence M. Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State. In: CAPPELLETTI, Mauro (Ed.). **Access to Justice and the Welfare State**. Florença: European University Institute, 1981, p. 251-271, p. 251; p. 266-267.
- 13 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135, p. 132.
- 14 Vide, a respeito, FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 122-134.
- 15 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**: 2013, ano-base 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio\\_jn2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf)>. Acesso em: 1 ago. 2014.
- 16 Ibidem.
- 17 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário; CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS. **Juizados Especiais Cíveis**: estudo. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <<http://www.cebepej.org.br/pdf/DJEC.pdf>>. Acesso: 1 ago. 2014.
- 18 Vide, a respeito do funcionamento detalhado dos Juizados no Brasil, o livro de minha autoria: FERRAZ, Leslie S. **Acesso à Justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

**19** BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário; CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS. **Juizados Especiais Cíveis**. Op. cit. Outros estudos, realizados no Rio de Janeiro e em São Paulo, também detectaram a predominância de ações de consumo nos Juizados Especiais: CUNHA, Luciana Gross. **Juizado especial: criação, instalação e funcionamento e a democratização do acesso à justiça**, 2004. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo. Versão atualizada pela autora em 2006, p. 28 et seq.

**20** RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Perfil das maiores demandas judiciais do TJERJ**, 7 jul. 2004. Disponível em: <[www.stf.gov.br/noticias/imprensa/relatorio.doc](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/relatorio.doc)>. Acesso em: 15 nov. 2012.

**21** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis**: relatório de pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013\\_diagnostico\\_sobre\\_juizados.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf)>.

**22** BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário; CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS. **Juizados Especiais Cíveis**. Op. cit., p. 27.

**23** RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **30 maiores litigantes no Juizado Especial Cível**. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/MaisAccionadas>>. Acesso em: 15 nov. 2012. Critérios de busca: últimos doze meses nos Juizados Especiais Cíveis e na Justiça comum estadual cível.

**24** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2013, p. 8.

**25** Ibidem, p. 8-33. Estes dados referem-se ao percentual de processos em relação ao total de processos ingressados entre 1º jan. 2011 e 31 out. 2011 no 1º grau.

**26** Ibidem.

**27** GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 36, p. 103-145, fev. 1993.

**28** Isso seria feito pela imposição de multas e proibição de exercer determinadas atividades, ou, até mesmo, em casos mais graves, na suspensão de todas as atividades da concessionária até que o serviço seja restabelecido a contento. O problema é que as multas impostas pela ANATEL são contestadas na Justiça — podendo demorar mais de uma década para ser decidida a sua validade. Quanto à suspensão dos serviços, algumas operadoras chegaram a ser proibidas de vender novas linhas até que os serviços atingissem determinado padrão de qualidade. Contudo, conforme foi noticiado pela mídia, mesmo com a proibição expressa da ANATEL, *chips* de novas linhas continuavam a ser vendidos, em total descaso com a ordem imposta pela agência. Vide, entre outros: APESAR de proibição, chips de celular são vendidos em revendas e bancas. **G1**, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2012/07/apesar-de-proibicao-chips-de-celular-sao-vendidos-em-revendas-e-bancas.html>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

**29** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Edital CNJ n. 01/2009**: demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil. Porto Alegre: PUC-RS, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf)>. Acesso: 1 nov. 2012, p. 52 et seq.

**30** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Edital CNJ n. 01/2009**: diagnóstico sobre as causas de aumento de demandas judiciais cíveis, mapeamento de demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça. São Paulo: Direito GV, 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_fgv\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf)>. p. 100 et seq.

**31** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis**: relatório de pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013\\_diagnostico\\_sobre\\_juizados.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf)>.

**32** Vide, a respeito do enorme volume de desistência nos Juizados Especiais: FERRAZ, Leslie S. Op. cit., p. 141-159.

**33** Conclusão da pesquisa “Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil”. Op. cit., p. 10.

**34** Em 1976, o governo de São Paulo criara o Procon (Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor); já antes da Constituição, que fortaleceu o sistema de consumo no Brasil, estava sendo discutido o Projeto de Código de Defesa do Consumidor. Em 1987, foi fundado o IDEC

(Instituto de Defesa do Consumidor); em 1989, a Comissão de defesa do consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, e, finalmente, em 1990, foi editado o Código de Defesa do Consumidor.

**35** STEELE, Eric H. The Historical Context of Small Claims Courts. **American Bar Foundation Research Journal**, v. 6, n. 2, p. 295-376, abr. 1981.

**36** WELLER, Steven; RUNKHA, John C.; MARTIN, John A. American Small Claims Courts. In: WHELAN, Christopher J. (Ed.). **Small Claims Courts: a Comparative Study**. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 5-23, p. 5.

**37** Ibidem, p. 5; DEEMER III, Paul C. et al. Special Project: Judicial Reform at the Lowest Level: A Model Statute for Small Claims Courts. **Vanderbilt Law Review**, v. 28, p. 711-794, 1975, p. 723-726.

**38** Nos Estados Unidos, inicialmente, as empresas podiam litigar nas *small claims courts*.

**39** DEEMER III, Paul C. et al. Op. cit., p. 723-726.

**40** DEEMER III, Paul C. et al. Op. cit., p. 726-727; STEELE, Eric H. Op. cit., p. 355-6.

**41** CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 23-36, p. 33.

**42** Embora não existam dados quantitativos que corroborem esta hipótese, os dados existentes, relativos apenas ao estado de São Paulo, apontam para crescimento significativo no número de ações ajuizadas no período pós-privatizações, sugerindo correlação entre este processo e a explosão de litigiosidade (FERRAZ, Leslie S. Op. cit., p. 60-61). Na verdade, o simples fato de as empresas concessionárias de telefonia figurarem entre os principais demandados é um forte indicativo do impacto causado nos Juizados pela privatização.

**43** GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 117.

**44** WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 811.

**45** BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. **Tutela judicial dos interesses metaindividuais:** ações coletivas. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: <<http://www.cebepej.org.br/admin/arquivos/37d2eb26b555e0d79b3ae989da1b3215.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2008, p. 59-88.

**46** Art. 5º, XXXV, CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

**47** WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **As garantias do cidadão na justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993, p. 19-51.

**48** STJ, Conflito de Competência CC n. 47.731/DF, relator Min. Teori Zavascki.

**49** Um caso de sucesso neste sentido é o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ao enfrentar a questão de milhares de ações repetitivas ajuizadas para pleitear o reajuste inflacionário das cadernetas de poupança em razão das perdas decorrentes de planos econômicos do governo, suspendeu todas as ações individuais em tramitação nos Juizados. Completando a estratégia, informou-se o Ministério Público, para ajuizar ações coletivas em face dos oito bancos envolvidos; estas ações coletivas tiveram prioridade no julgamento, sendo decididas em prazo mínimo. Uma vez julgadas as demandas de classe, o mesmo resultado foi aplicado para todas as ações individuais dos Juizados, que voltaram a tramitar em fase de execução.

**50** No tocante aos obstáculos processuais, merece destaque a entrevista com um advogado que atuou ativamente no caso da telefonia. Para ele, “a falta de legislação específica e falta de clareza na legislação [...] geram incerteza quanto à regulação jurídica de temas como competência, conexão e abrangência dos julgamentos em sede coletiva. Isso colaboraria para a existência de visões diferentes quanto a esses fenômenos por parte dos vários juízos chamados a decidi-los, impedindo a reunião dos processos e gerando dúvidas quanto à abrangência e limites de cada ação coletiva. Nesse contexto, todas as defesas acabam precisando ser apresentadas de modo idêntico inúmeras vezes diante de inúmeros juízos, gerando decisões contraditórias e liminares que, apesar de serem rapidamente revogadas, sucedem-se no tempo, consumindo recursos importantes tanto da empresa obrigada a defender-se quando do próprio Poder Judiciário. A sugestão apresentada para esse problema seria no sentido de consolidarem-se mudanças legislativas capazes de permitir a reunião de processos coletivos repetitivos e idênticos em um mesmo juízo claramente determinável, para defesa única, instrução única e decisão única, com

efeitos *erga omnes*, sem limitação de abrangência.” (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. **Tutela judicial...** Op. cit., p. 77).

**51** A inclusão da disciplina “tutela coletiva” nas faculdades de Direito brasileiras é recente e, ainda assim, restrita a poucas universidades.

**52** KÖTZ, Hein. Public Interest Litigation. In: CAPPELLETTI, Mauro (Ed.). **Access to Justice and the Welfare State**. Florença: European University Institute, 1981, p. 85-117, p. 112.

**53** PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97, p. 84.

**54** FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, Centro de Estudos, n. 38, p. 139-154, dez. 1992, p. 145.

**55** WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça... Op. cit., p. 132.

**56** SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41-42.

**57** Por mais absurdo que possa parecer, há quem defenda a inserção da tutela coletiva nos Juizados Especiais Cíveis (RODRIGUES, Geisa de Assis. **Juizados Especiais Cíveis e ações coletivas**. Rio de Janeiro: Forense, 1997).

**58** CAPPELLETTI Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 27.

**59** ABEL, Richard L. (Ed.). **The Politics of Informal Justice**: v. 1: The American Experience. New York: Academic Press, 1982.

**60** WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...** Op. cit., p. 787.



# 8. AGÊNCIAS REGULADORAS DE SAÚDE E PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: UMA RELAÇÃO CONFLITUOSA E NECESSÁRIA PARA A GARANTIA PLENA DO DIREITO À SAÚDE

Fernando Aith

## 1. INTRODUÇÃO

---

Uma das maiores inovações da Constituição brasileira de 1988 foi o reconhecimento de direitos sociais, tais como o direito à educação e à saúde. A obrigação do Estado brasileiro com relação aos direitos sociais requer que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário protejam os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição.<sup>1</sup> No âmbito da saúde, os artigos 196 a 200 da Constituição brasileira obrigam o Estado — ou seja, o Poder Executivo federal, estadual e municipal — a organizar um sistema universal de saúde pública. Esse sistema deve oferecer, gratuitamente e sem discriminação de qualquer tipo, cuidados médicos e serviços de saúde para todos os seres humanos em território brasileiro, incluindo vacinação, inspeção sanitária, cirurgias, hospitais públicos, controle de doenças etc.<sup>2</sup>

Além de impor obrigações ao Estado, a combinação dos artigos 5º, XXXV, e 196 da Constituição também assegura o direito à saúde como um direito individual e pessoal, que pode ser aplicado pelo Judiciário. Várias leis e regulamentos visam proteger esse direito, reforçando a proteção constitucional.<sup>3</sup> Os brasileiros podem buscar proteção judicial desse direito sempre que for violado, seja esta violação patrocinada pelo setor privado ou público. De fato, nas últimas duas décadas, o número de ações judiciais demandando serviços de saúde tem aumentado substancialmente, seja contra o Estado, responsável pelo sistema público brasileiro, seja contra a iniciativa privada, em especial no campo da saúde privada complementar.<sup>4</sup>

O Brasil também criou duas agências reguladoras conectadas com o setor da saúde. Em 1999, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a ANVISA, a agência reguladora governamental que lida com alimentos e

medicamentos em todo o território brasileiro (Lei n. 9.782/1999). Em 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde (ANS), que é responsável por regular o setor privado de saúde, especialmente os planos e seguros privados de saúde (Lei n. 9.961/2000). Ambas as agências, a ANS e a ANVISA, buscam proteger o direito à saúde no país através da regulação de serviços privados de saúde e fiscalização de produtos e serviços que podem ter um impacto nos indicadores de saúde.

Essas agências têm sido responsáveis por um expressivo conjunto de disputas judiciais no Brasil, conforme este capítulo irá explorar em maiores detalhes. O setor privado de saúde suplementar foi avaliado pelos consumidores brasileiros como o pior setor econômico do país por onze anos consecutivos.<sup>5</sup> A insatisfação dos consumidores de planos e seguros privados de saúde, no Brasil, é a principal causa de litígios de saúde contra empresas e, às vezes, contra a própria ANS. A regulação de alimentos e medicamentos (que envolve a elaboração de políticas, adjudicação e aplicação) também se provou extremamente delicada e representa um desafio importante para a administração da saúde pública. As atividades da ANVISA possuem impactos na economia e na saúde e também têm sido levadas aos tribunais no Brasil. Ambas as formas de regulação requerem um equilíbrio entre o interesse público (proteger a saúde e melhorar os indicadores de saúde) e os interesses privados daqueles envolvidos nas atividades, direta ou indiretamente, relacionadas ao setor de saúde.<sup>6</sup>

Este capítulo introduz, em sua primeira parte, as duas agências nacionais reguladoras do setor saúde criadas no Brasil e o quadro jurídico que informa e guia o litígio de direitos à saúde na justiça. Na segunda parte, o artigo discute como questões regulatórias estão sendo tratadas na justiça, mostrando que a justiça tem, frequentemente, melhorado o fornecimento de serviços de saúde ou protegido o interesse público. A parte final deste artigo sustenta que a relação entre a justiça e as agências reguladoras de saúde, no Brasil, é geralmente positiva, já que torna os reguladores mais responsáveis.

## 2. O QUADRO JURÍDICO DA SAÚDE NO BRASIL: DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E AGÊNCIAS REGULADORAS

---

O direito à saúde é há muito tempo reconhecido pelo direito internacional. Em 1946, a Constituição da Organização Mundial da Saúde estabeleceu a saúde como um direito da pessoa humana e uma responsabilidade do Estado.<sup>7</sup> Vinte anos depois, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>8</sup> reafirmou a saúde como sendo um direito humano e declarou que, para promovê-la, os países deverão priorizar políticas de saúde específicas.<sup>9</sup> Além disso, o direito à saúde foi reconhecido na Conferência Internacional sobre Serviços Básicos de Saúde<sup>10</sup> e na Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde.<sup>11</sup> Esses documentos jurídicos estabelecem que a saúde é a mais importante meta social do mundo, exigindo que todos os países adotem medidas para atender as necessidades de saúde da população, promovendo políticas públicas de saúde e políticas públicas intersetoriais. Mais recentemente, a Comissão sobre Determinantes Sociais de Saúde<sup>12</sup> e a Declaração Política do Rio sobre Determinantes Sociais da Saúde<sup>13</sup> estipularam que a melhoria da saúde global depende de sistemas justos e eficazes de saúde e de ações de políticas coordenadas e intersetoriais que envolvam outros setores além do setor da saúde.

O Brasil ratificou todos os instrumentos legais internacionais mencionados<sup>14</sup> e também incorporou a saúde como um direito universal em sua Constituição de 1988, estabelecendo-a como um dever do Estado brasileiro. O artigo 196 da Constituição também exige que o Estado, para garantir o direito à saúde, desenvolva políticas sociais e econômicas visando reduzir os riscos de doenças e promover igual acesso aos serviços básicos de saúde pública.<sup>15</sup> Para cumprir este dever, o artigo 198 da Constituição criou um sistema de saúde pública denominado Sistema Único de Saúde do Brasil, que é universal e oferece serviços de saúde gratuitamente para promover, proteger e reabilitar a saúde da população em todo o território brasileiro.

Ao mesmo tempo, o artigo 199 da Constituição brasileira permite a operação de diferentes tipos de empresas de saúde privadas, que oferecem assistência médica particular para os que preferem não fazer uso do setor público.

A relação entre os sistemas de saúde público e privado no Brasil é complexa, envolvendo tanto parcerias quanto concorrência.

Após as reformas reguladoras realizadas no país no final dos anos 1990 (a maioria das quais ligada a planos de privatização ambiciosos),<sup>16</sup> o setor de saúde começou a ser supervisionado por duas agências reguladoras, criadas nos anos de 1999 e 2000: a ANVISA e a ANS.<sup>17</sup> A função básica dessas duas agências reguladoras brasileiras é a de proteger o direito à saúde de acordo com os poderes previstos pelo Congresso.

### ● 2.1. A AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada como uma instituição independente, vinculada ao Ministério da Saúde.<sup>18</sup> O objetivo institucional da ANVISA é promover e proteger a saúde da população. Para tanto, ela emite normas, controla e supervisiona produtos, substâncias e serviços ligados à saúde.<sup>19</sup>

A jurisdição reguladora da ANVISA abrange diversos setores econômicos: drogas para uso humano, suas substâncias ativas e outros suprimentos; alimentos, incluindo bebidas, água engarrafada, seus suprimentos, embalagens, limites de contaminantes orgânicos, limites de agrotóxicos e limites de drogas veterinárias; cosméticos, produtos de higiene e perfumes; equipamentos e materiais médicos e hospitalares; equipamentos e materiais odontológicos e hemoterápicos; produtos ligados a diagnóstico; órgãos e tecidos humanos e animais para transplantes; charutos, tabaco e outros produtos para fumo e produtos que envolvam qualquer possibilidade de risco para a saúde. Em suma, a ANVISA é uma agência reguladora atípica devido à sua jurisdição de regulamentação transversal, com impactos regulatórios sobre diversos setores econômicos, o que proporciona um grande potencial para litígio nos tribunais.

### ● 2.2. A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma agência independente, vinculada ao Ministério da Saúde. Ela regula o setor de saúde privado (também conhecido como setor suplementar da saúde), estabelecendo

normas e fiscalizando e controlando empresas privadas que oferecem serviços de saúde. Sua função inclui controle de preços e supervisão da qualidade e eficiência dos serviços. Diferentemente da ANVISA, a jurisdição da ANS não é transversal. Em vez disso, ela se concentra em um único setor econômico.

O setor privado de seguros de saúde conta com 1.538 empresas no Brasil<sup>20</sup> e abrange os serviços oferecidos por médicos, dentistas e outros profissionais de saúde, hospitais, laboratórios e clínicas médicas. Essa rede de serviços oferece serviços de saúde a 47,9 milhões de pessoas,<sup>21</sup> tendo um orçamento de mais de US\$ 42 bilhões ao ano.<sup>22</sup> Apesar de possuírem serviços gratuitos de saúde pública, os cidadãos brasileiros adquirem planos de saúde particulares como uma alternativa de acesso a serviços de saúde, pois o sistema público é caracterizado por apresentar sérios problemas de acesso e qualidade.<sup>23</sup>

### **3. OS LITÍGIOS CONTRA A ANS E A ANVISA: EXIGINDO A SAÚDE NA JUSTIÇA**

---

O novo *status* do direito à saúde no sistema internacional de direitos humanos e no Brasil possibilitou às pessoas recorrer aos tribunais para proteger essa garantia constitucional reconhecida.<sup>24</sup> Esse fenômeno e suas consequências têm aparecido em importantes artigos acadêmicos.

Gloppen e Roseman<sup>25</sup> exploraram em que circunstâncias o litígio pelo direito à saúde é uma boa coisa, e para quem. Eles incluem no universo do litígio pelo direito à saúde casos que: apresentam reivindicações baseadas em um direito constitucional à saúde (ou direito relacionado) ou um direito humano à saúde internacionalmente reconhecido; se referem a acesso a instalações de saúde, bens e serviços (inclusive medicamentos); ou dizem respeito a pré-condições de saúde, tais como direitos à alimentação, água, saneamento, condições de trabalho seguras e saudáveis e um ambiente saudável.<sup>26</sup>

A principal preocupação de Gargarella foi entender como os tribunais poderiam lidar adequadamente com as preocupações da população pobre e de indivíduos e comunidades marginalizados.<sup>27</sup>

Malcolm Langford<sup>28</sup> também estudou o tema analisando jurisprudência sobre direitos sociais. O estudo demonstra a variedade de direitos sociais que foram objeto de litígio; mostra como os tribunais abordaram as violações

desses direitos e estabelecem responsabilização pela promoção e proteção de, entre outros direitos, saúde, educação e moradia.<sup>29</sup>

Gauri e Brinks<sup>30</sup> concluem que os efeitos do litígio pelos direitos sociais apresentam saldo positivo. Com a possibilidade de litígio, os bens sociais podem ser redistribuídos para aqueles que deles necessitam, mesmo que aqueles que recorrem aos tribunais e se beneficiam de seus julgamentos não sejam, em geral, das elites (que não precisam recorrer a serviços de saúde pública) nem os mais vulneráveis e excluídos (que normalmente não têm acesso aos serviços públicos), mas as classes média e média baixa, relativamente privilegiadas.<sup>31</sup>

No Brasil, podemos identificar dois tipos principais de litígio baseados no direito à saúde. O primeiro tipo de litígio é baseado no direito constitucional à saúde e demanda por acesso aos serviços públicos de saúde, tais como cirurgias, medicamentos, próteses e outros. Vou chamar este tipo de litígio pela saúde de “litígio direto pelo direito à saúde”, que é uma referência às ações judiciais nas quais os cidadãos requerem o fornecimento direto de determinados serviços de saúde pública pelo Estado, com base em um direito constitucional, tais como cirurgias, diagnósticos, medicamentos, próteses, entre outros. O litígio em busca de serviços de saúde pública é muito intenso no Brasil. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), somente na área da saúde, o país possui mais de 240.000 (duzentos e quarenta mil) ações em tramitação nos tribunais brasileiros.<sup>32</sup>

Esse tipo de litígio, no entanto, pode ser diferenciado do que eu chamarei de “litígios indiretos pelo direito à saúde”, que podem ou não se basear nos direitos constitucionais à saúde, mas são instaurados ou contra uma agência reguladora de saúde ou uma parte privada, e têm como fundamentos jurídicos a regulação infralegal criada por uma agência reguladora no setor da saúde.

Quando analisamos o fenômeno brasileiro dos litígios indiretos pelo direito à saúde, especialmente litígios ligados às competências da ANS e da ANVISA, uma questão importante é em que medida os problemas levantados pela literatura sobre litígio direto pela saúde se aplicam a esses casos. Por exemplo, Gauri e Brinks mostram que a relação entre o Poder Executivo e os tribunais no litígio direto é ao mesmo tempo tensa, uma vez que é mediada por um processo judicial que sintetiza um conflito, e positiva, na medida em

que costuma forçar o Executivo a rever suas decisões e normas a fim de proteger os interesses e atender as necessidades da população. Neste contexto, o litígio pela saúde e a participação dos tribunais cria um ambiente que possibilita uma discussão democrática mais rica, resultando normalmente em algum tipo de melhoria do regulamento da saúde e sua eficácia. A questão é se o mesmo pode ser dito sobre o litígio indireto pelo direito à saúde. Na próxima seção, argumento que a resposta é positiva. Normalmente as decisões tomadas pelos tribunais nos casos da ANS ou da ANVISA identificam um problema concreto relacionado à eficácia do direito à saúde e forçam um debate mais amplo e mais profundo sobre as políticas e medidas regulatórias da saúde para proteger o direito à saúde.

#### **4. OS TRIBUNAIS E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA RELAÇÃO CONFLITUOSA**

---

Recentemente, houve um número crescente de estudos relativos a ações contra empresas privadas que vendem seguros de saúde privados e planos de saúde no Brasil.<sup>33</sup> Tais estudos mostram a lacuna existente entre os direitos declarados nas leis federais para proteger consumidores de seguros de saúde privados e a fraca regulação e supervisão feitas pela ANS sobre as empresas de seguros de saúde privados. Quando os consumidores sentem que a agência reguladora não protege seus direitos legais, eles recorrem aos tribunais para resolver seus problemas e suas necessidades de serviços de saúde.

A ANVISA também tem uma relação conflituosa com os tribunais.<sup>34</sup> Como veremos abaixo, o número de ações contra a ANVISA passou de 10, em 1999, para 141, em 2007, um aumento de 1.310%.<sup>35</sup> O litígio envolvendo as competências regulatórias da ANVISA é relacionado a disputas sobre a aplicação de determinados dispositivos reguladores a setores ou empresas específicos, e a disputas envolvendo questões regulatórias sobre a supervisão da saúde que a ANVISA não conseguiu resolver usando os mecanismos regulatórios.

Esta seção apresentará uma comparação entre o litígio contra essas duas agências para mostrar como os tribunais vêm se comportando de modo diferente com relação à ANS e à ANVISA, e para demonstrar que o impacto do litígio tem sido muito diferente em cada um desses setores.

#### ● 4.1. A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS) E O PODER JUDICIÁRIO

Embora a ANS tenha sido criada para regular um setor privado que comercializa seguros de saúde privados, os conflitos entre consumidores e empresas vêm sendo mais frequentemente decididos pelo Judiciário ao invés de administrativamente (i.e., através de intervenções da ANS). Isso pode ser atribuído ao fato de que o setor de seguros de saúde privados ainda não está bem regulamentado: não há uma definição clara das responsabilidades das empresas e nenhuma aplicação eficaz das penalidades legais contra as empresas que violam as regras. Essas e outras falhas de regulação têm levado os cidadãos a buscar resolver seus problemas nos tribunais e não com ou dentro da agência reguladora.

Em um amplo estudo sobre os casos judiciais relativos ao setor privado de saúde no Brasil, Scheffer<sup>36</sup> analisou as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos anos de 2009 e 2010. Os resultados fornecem um retrato abrangente de como o Judiciário lida com ações relativas a empresas privadas de seguros de saúde, considerando que 44,8% da população do Estado de São Paulo é coberta por planos privados de seguro de saúde, totalizando 6,8 milhões de pessoas ou 15% do total de consumidores no país.<sup>37</sup> Em 782 ações analisadas, 88% das decisões foram favoráveis aos consumidores e obrigaram as empresas a oferecer os serviços de saúde que haviam negado.<sup>38</sup> Somente 7% foram favoráveis às empresas de seguro de saúde e os outros 5% foram parcialmente favoráveis aos consumidores.

Scheffer<sup>39</sup> mostra que os principais temas demandados nas ações e discutidos e decididos pelo Judiciário são: contratos abusivos que não oferecem o plano-referência de assistência à saúde estipulado pela Lei n. 9.656/1998; tratamentos de emergência; reembolso pelas empresas das despesas de saúde do consumidor; fixação de preços, especialmente para pessoas idosas; o período que o paciente pode permanecer no hospital; cobertura de doenças como a AIDS e doenças mentais, e cobertura de partos, próteses, câncer e outras.

Portanto, parte das intervenções judiciais impõe obrigações adicionais a empresas privadas de seguro de saúde, além daquelas impostas pela ANS. Esse foi o caso nas decisões relativas a tratamentos de emergência, período de

permanência do paciente no hospital e coberturas de serviços básicos de saúde de diferentes enfermidades. A outra parte das intervenções judiciais executa obrigações existentes (criadas pelas leis de saúde, de proteção aos consumidores e do idoso ou pelos regulamentos da ANS) que as empresas estão deixando de cumprir, tais como a necessidade de oferecer plano-referência de assistência à saúde, o reembolso ou a fixação de preços para idosos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Brasil, a segunda mais alta corte do país, hierarquicamente inferior apenas ao Supremo Tribunal Federal, tem decidido sobre uma ampla gama de questões ligadas a regulação do setor de saúde suplementar. Vale mencionar algumas dessas decisões, uma vez que oferecem uma janela para as principais discussões regulatórias existentes. Uma importante decisão é a proibição de períodos fixos pré-determinados para cobertura de hospitalização.<sup>40</sup> Algumas empresas, por exemplo, limitaram a trinta dias o período em que as despesas de hospitalização seriam cobertas pelo contrato e existe ainda uma grande quantidade de ações que questionam essas cláusulas. Os tribunais consideraram este tipo de limitação uma restrição contratual abusiva, apesar do fato de que a própria ANS as autorizou inicialmente. A posição adotada pelo STJ é que o risco dos custos de um longo prazo de hospitalização deve ser considerado como parte do risco assumido pelas empresas privadas de seguro de saúde.

Uma segunda importante intervenção do Superior Tribunal de Justiça sobre o setor privado da saúde foi a edição da Súmula 469,<sup>41</sup> que obriga as empresas privadas de seguro de saúde a cumprir o Código de Defesa do Consumidor.<sup>42</sup> Isto significa que a liberdade contratual dessas empresas está limitada pelo Código, que possui disposições intrusivas. Um exemplo é a proibição de exigir dos consumidores um ônus exagerado de prova para demonstrar que um produto ou serviço está defeituoso; outro é a proibição de colocar no mercado produtos que não estão conformes com as normas legais.<sup>43</sup>

Uma terceira decisão foi a proibição de aumento de preços de planos de saúde para idosos, especialmente depois dos 60 anos, conforme estabelecido no Estatuto do Idoso brasileiro.<sup>44</sup> Os ministros do Superior Tribunal de Justiça também entenderam que a cirurgia plástica relativa a intervenções bariátricas deve ser considerada como parte do tratamento coberto pelas empresas que vendem planos de saúde.<sup>45</sup> Essas decisões foram tomadas contrariando os

regulamentos da ANS, que possuíam normas distintas ou foram simplesmente omissos sobre essas questões.

É importante observar que, na maioria dos casos em que o tribunal superior decide sobre a regulação do setor privado da saúde, conforme indicado nos exemplos acima, a ANS muda seu regulamento nesse sentido, incluindo novos procedimentos e novas patologias em sua estrutura regulatória. O melhor exemplo deste tipo de efeito, além dos acima citados, é a limitação do período de hospitalização por planos de saúde privados, que foi inicialmente permitida pela ANS (no máximo trinta dias). Após a decisão do STJ, esta limitação agora está proibida pela agência.<sup>46</sup>

Em outras palavras, a intervenção judicial pode ter um efeito positivo importante, ajudando o desenvolvimento regulatório, já que suas decisões forçam as agências reguladoras a fazer os ajustes necessários para aplicar a lei de forma mais eficaz ou a adaptar seu regulamento à luz de novas considerações que emergem do processo de litígio nos tribunais. Não obstante, as decisões judiciais também podem ter efeitos negativos sobre o setor privado da saúde, impactando o saldo atuarial das empresas, o equilíbrio dos contratos e, conseqüentemente, afetando preços, qualidade e acessibilidade dos serviços.<sup>47</sup>

#### ● 4.2. A AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA) E O PODER JUDICIÁRIO

As intervenções dos tribunais sobre a regulação da ANVISA também estão começando a aumentar, já que a regulação da agência tem exercido um impacto econômico maior sobre os diferentes setores nos anos recentes.

Alguns estudos mostram que as empresas reguladas, a sociedade civil e os cidadãos estão cada vez mais cientes de seus direitos e mais bem informados sobre as limitações legais e competências das agências da saúde. Uma consequência dessa maior consciência sobre os direitos à saúde e os poderes da ANVISA é um número elevado de demandas judiciais questionando as decisões regulatórias adotadas pela agência, quer sejam regras gerais ou decisões específicas relativas a empresas ou grupos de interesse específicos.

Delduque<sup>48</sup> analisou as ações contra a ANVISA propostas no Distrito Federal no período de 1999 e 2007, indicando que o número de ações contra

a regulação da ANVISA aumentou de 10, em 1999, para 141, em 2007, um aumento de 1.310%. Empresas privadas instauraram mais de 85% das ações; sindicatos são responsáveis por 5% das ações; e 5% foram instauradas por organizações não governamentais. A maioria das ações contra a ANVISA está relacionada à aplicação de determinadas disposições regulatórias a empresas específicas. Estas incluem concessões, multas, controles de preços, interdição de uma atividade ou, ainda, a proibição sobre comercialização de certas drogas ou produtos ligados à saúde no Brasil.<sup>49</sup>

O estudo de Delduque também mostra que a ANVISA ganhou a maioria das ações, i.e., em contraste com a ANS, neste setor os tribunais são mais cautelosos para decidir contra as decisões da agência reguladora. Uma explicação potencial é que a supervisão da saúde e as medidas sanitárias envolvem questões mais técnicas e delicadas que podem não ser inteiramente compreendidas pelos tribunais, tornando os juízes mais inclinados a decidir a favor da agência. Outra hipótese é que as consequências de uma decisão que derrube este tipo de regulação envolvem mais riscos à saúde pública para a sociedade. Uma decisão equivocada poderia causar muita publicidade contra os tribunais (e.g., se os consumidores morrerem após utilizar um produto que tinha sido proibido pela ANVISA, mas que teve sua venda autorizada por um tribunal). Uma terceira hipótese é que as razões que orientam as decisões judiciais para ambos os setores se baseiam em um único princípio: reduzir o número de mortes ou prejuízo potencial causado aos consumidores.

O Judiciário também tem sido usado para resolver conflitos relativos à regulação que não poderiam ser resolvidos pelos procedimentos administrativos da ANVISA. Dois bons exemplos são as discussões judiciais sobre as normas criadas pela ANVISA limitando a propaganda de alimentos infantis<sup>50</sup> e criando limites para a comercialização de alguns medicamentos de venda livre.<sup>51</sup> As duas regras foram derrubadas pelo Judiciário. Conforme demonstrado nesses dois casos, apesar do alto nível de deferência relatado por Delduque, os tribunais ainda fazem algumas intervenções significativas sobre a regulação da supervisão da saúde, obrigando a agência a rever alguns de seus atos.

No caso relativo à limitação de propaganda de alimentos infantis, a resolução promulgada pela ANVISA em 2010 gerou uma quantidade significativa

de discussões judiciais. Grupos de interesse estiveram dos dois lados, defendendo tanto a legalidade quanto a ilegalidade da norma. Defendendo a resolução da ANVISA havia algumas organizações importantes da sociedade civil, tais como o Instituto Alana e o Instituto Brasileiro de Proteção ao Consumidor. Contra a resolução, no entanto, houve poderosos grupos econômicos, como a Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas Não Alcoólicas, a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação e o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. A discussão judicial ainda está em andamento, e os grupos que advogam contra a resolução da ANVISA obtiveram uma liminar suspendendo os efeitos da Resolução RDC n. 24/2010.<sup>52</sup> Embora não esteja certo se o processo judicial irá resolver o conflito regulatório, está claro que sua própria existência obriga as agências reguladoras a explicar aos tribunais (e à sociedade) suas decisões regulatórias. Só isso já pode ser considerado um resultado positivo do litígio (aumento da transparência), mas ao mesmo tempo cria tensão entre essas duas instituições.

Outro bom exemplo da relação tensa entre a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e os tribunais é a Resolução n. 44/2009, que limitou a venda de drogas de venda livre no Brasil. Essa norma foi atacada pelas duas maiores federações de farmácias e drogarias (FEBRAFAR e ABRAFARMA) no Brasil. No total, a Resolução n. 44 foi contestada em mais de 70 ações, e diversos autores obtiveram liminares suspendendo os efeitos da norma e temporariamente autorizando a venda de medicamentos de venda livre. A pressão exercida pelo setor regulado contra a Resolução n. 44 fez com que a ANVISA recuasse e revisasse a resolução. A agência acabou promulgando uma nova Resolução em 2012, restaurando o *status quo* de antes de 2009, i.e., liberando a venda das drogas de venda livre.

Em suma, o litígio tem dois resultados possíveis. Se a agência vencer, a legitimidade de sua ação fica fortalecida e os regulamentos devem passar a ter mais eficácia. Caso a agência perca, o controle judicial pode ser uma via importante para evitar decisões arbitrárias ou simplesmente erros, bem como garantir o Estado de Direito e a eficácia da regulação da supervisão da saúde. Pela mesma indicação, no entanto, o litígio pode ser um modo que os grupos poderosos têm de retardar a execução das normas e forçar as agências a recuar na regulação de interesse público, conforme o demonstra o exemplo dos

medicamentos de venda livre. No geral, no caso das agências de saúde, isto parece ser a exceção, não a regra.

Para ampliar a legitimidade de sua regulação e produzir regras melhores, a ANVISA submeteu recentemente à consulta pública uma resolução proposta visando estabelecer “boas práticas regulatórias” na agência. A resolução proposta estabelece procedimentos que devem ser seguidos pelas autoridades da ANVISA antes de publicar uma nova regra. Essa consulta pública<sup>53</sup> é um bom exemplo de como as agências reguladoras da saúde vêm sendo pressionadas pelos tribunais a adotar práticas regulatórias mais democráticas, responsáveis e transparentes.

Em suma, o litígio relacionado a ambas as agências de saúde parece sugerir que a interação entre o Judiciário e as agências reguladoras de saúde no Brasil é positiva, já que obriga os reguladores a discutir publicamente os fundamentos das decisões regulatórias, abrindo tal discussão a grupos de interesse afetados pela decisão. Também é louvável que tal discussão ocorra sob o escrutínio de juízes, advogados, promotores e outros preocupados com o Estado de Direito, conforme discutido em maiores detalhes na próxima seção.

## **5. UMA RELAÇÃO MAIS SAUDÁVEL ENTRE OS TRIBUNAIS E AS AGÊNCIAS REGULADORAS DE SAÚDE NO BRASIL?**

---

As agências reguladoras de saúde no Brasil foram criadas com uma ampla gama de poderes de regulação, incluindo o poder de promulgar normas que podem mudar o regime jurídico e devem ser seguidas pelo setor regulado. Além disso, as agências reguladoras de saúde têm o poder de impor obrigações que interferem com determinados direitos e liberdades, tais como livres iniciativas econômicas.

As decisões das agências reguladoras são regras gerais, dirigidas à sociedade, ou regras específicas, dirigidas a uma empresa específica. Ambas devem ser legitimadas pelo devido processo. Quando o processo regulatório é mais democrático e estimula a participação do setor regulado e da sociedade civil, as agências reguladoras de saúde tendem a reunir mais evidência técnica e científica. Isto deve ajudá-las a justificar suas decisões nos tribunais.

Considerando que qualquer regra promulgada pelo Poder Executivo (incluindo aquelas promulgadas pelas agências reguladoras) pode ser discutida nos tribunais,<sup>54</sup> o litígio dos atos das agências reguladoras de saúde é inevitável. Toda vez que uma pessoa ou um grupo de interesse ou empresas reguladas acharem que seus direitos legais foram violados por uma decisão tomada pela ANVISA ou pela ANS, terão o direito de discutir a decisão no tribunal. No entanto, o número crescente de ações diretamente envolvendo agências reguladoras de saúde, ou envolvendo temas associados aos seus setores regulados, levanta a questão de se as agências reguladoras de saúde devem desenvolver práticas administrativas para evitar esses conflitos e/ou resolvê-los administrativamente. A ideia é que somente em caso de falha dos mecanismos administrativos o Judiciário seja acionado para ajudar.<sup>55</sup>

Outra questão que pode reduzir o litígio é vigilância melhor e mais eficiente. Claramente, as tentativas da ANS de garantir o cumprimento de suas regras pelas empresas no setor privado de saúde não foram eficazes. Isto gera judicialização acionada simplesmente para executar as regras existentes, conforme demonstra Scheffer.<sup>56</sup>

Às vezes a ANS cria inovações regulatórias polêmicas que afetam negativamente as empresas privadas, os consumidores e/ou os profissionais. Essa insatisfação — algumas vezes gerada por interesses muito particulares — ainda é uma terceira fonte de litígio. Na última década, as ações relacionadas à fixação de preços, mínimos obrigatórios, diferenciação de consumidores por idade, foram parte das disputas que chegaram aos tribunais. Esse tipo de litígio tanto pode levar à captura regulatória (via tribunais) ou pode detê-la. Distinguir quais demandas merecem proteção, neste contexto, exige um diálogo aberto entre o Judiciário e as agências reguladoras. As iniciativas discutidas em outro capítulo<sup>57</sup> podem ser um modo interessante de promover tal diálogo.

Embora existam algumas diferenças nos tipos de ações judiciais e intervenção judicial no caso da ANS e da ANVISA, os desafios e as soluções potenciais seguem na mesma direção. O Judiciário deveria resolver os conflitos sempre que: a ANVISA violar regras processuais (especialmente as que exigem consulta aos acionistas); não puder justificar sua decisão com bases técnicas; e estiver sendo capturada por grupos especiais de interesse. Embora

o Judiciário pareça estar fazendo isso, seu papel pode certamente ser melhorado.

A relação entre as agências reguladoras de saúde no Brasil e as intervenções judiciais na saúde se tornou um fato comum no sistema do Estado de Direito brasileiro. Os tribunais são a última salvaguarda que os cidadãos e as empresas possuem para contestar as intervenções regulatórias. O debate judicial pode levar à melhoria nos procedimentos e na substância da estrutura regulatória. O caso brasileiro mostra que a revisão judicial das agências reguladoras é uma garantia importante contra o uso abusivo do poder pelas autoridades das agências e também contra os riscos à saúde que podem surgir de um regulamento equivocado ou fraco. Há espaço para melhorias, mas as coisas, em geral, parecem estar indo na direção correta.

## NOTAS

**1** DALLARI, S. G. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário, Brasil**, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>>. Acesso em: 27 nov. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p9-34>.

**2** AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

**3** Essas incluem as seguintes leis federais: 8080/1990, que organiza o sistema público de saúde; 8.142/1990, que estabelece mecanismos de financiamento e participação democrática no sistema público de saúde; 9.656/1998, que cria e organiza o setor de saúde suplementar, organizando o modo como seguros e planos privados de saúde devem operar; dentre outros.

**4** MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 101-107, fev. 2007; CUNHA, C. M. et al. **A judicialização da saúde suplementar: uma análise econômica**. 2011. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/pos/wp-content/uploads/2013/02/E4-D-09.pdf>>; DELDUQUE, Maria Célia. **Controle judicial da política pública de vigilância sanitária: a proteção da saúde no Judiciário**. 2010. 258 fls. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-08122010-140717/pt-br.php>>. Acesso em: 30 abr. 2013; OLIVEIRA, J. A. D. **Demandas jurídicas por coberturas assistenciais: estudo de caso: CASSI**. 2010. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; TRETTEL, D. B. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010; VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007. Para uma discussão detalhada deste litígio, ver, neste volume: RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar. A judicialização do direito à saúde e as mudanças institucionais no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Coord.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 233-254.

**5** INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Direito à saúde. **Revista do IDEC**, n. 165, p. 29-31, maio 2012.

**6** BARRETO, M. L. O conhecimento científico e tecnológico como evidência para políticas e atividades regulatórias em saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 9, n. 2, p. 329-338, 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n2/20388.pdf>>. Acessado em: 30 abr. 2013.

**7** ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constitution of the World Health Organization**. 1946. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

**8** ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>.

**9** O artigo 12 do Pacto reconhece o direito de todos a “usufruir o mais alto padrão possível de saúde física e mental”. Os Estados devem proteger o direito à saúde garantindo que todos dentro de sua jurisdição tenham acesso às determinantes subjacentes de saúde, tais como água limpa, saneamento, alimentação, nutrição e moradia, e, através de um sistema abrangente de serviços básicos de saúde, que estejam disponíveis a todos sem discriminação, sendo economicamente acessíveis a todos. O mesmo artigo exige que os Estados adotem medidas específicas para melhorar a saúde de seus cidadãos, incluindo redução da mortalidade infantil e aperfeiçoamento da saúde infantil, melhoria da saúde ambiental e do ambiente de trabalho, prevenção, controle e tratamento de doenças epidêmicas, e para criar condições para garantir acesso igual e oportuno a serviços médicos para todos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Covenant...** Op. cit.).

**10** ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Declaração de Alma-Ata**. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE. Alma-Ata, União Soviética, 1978.

**11** ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Carta de Ottawa**. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE PROMOÇÃO DA SAÚDE, 1. Ottawa, Canadá, 1986.

**12** JONG-WOOK, L. Public Health is a Social Issue. **The Lancet**, v. 365, n. 9.464, p. 1.005-1.006, mar. 2005.

**13** ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Rio Political Declaration on Social Determinants of Health**. Rio de Janeiro, 19-21 out. 2011. Disponível em: <<http://www.who.int/sdhconference/declaration/en>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

**14** Conforme estipulado na Constituição brasileira, artigo 5º, parágrafos 3º e 4º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros derivados do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais nos quais a República Federativa do Brasil seja parte. Ainda, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes a emendas constitucionais. O Brasil ratificou a Constituição da OMS (1948) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992), que se tornaram parte do direito privado brasileiro, e também assinaram as Declarações das mencionadas Conferências da OMS, que exercem uma influência conceitual na interpretação da lei sobre assuntos da saúde.

**15** BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

**16** Para maiores detalhes, ver, neste volume: PRADO, Mariana Mota. Introdução. In: PRADO, Mariana Mota (Coord.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 7-22; FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Coord.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 161-181; 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.

**17** Criado pelas Leis n. 9.782/1999 e 9.961/2000, respectivamente.

**18** Para discussão detalhada das garantias institucionais de independência para agências regulatórias no Brasil, ver PRADO, Mariana Mota. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei n. 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? **Revista de Direito Público da Economia – ROPE**. Belo Horizonte, v. 6, n. 22, p. 115-139, abr./jun. 2008.

**19** De acordo com a Lei n. 9.782/1999, a ANVISA certifica todos os produtos e serviços sob a sua jurisdição (artigo 7º, IX), bem como licencia as indústrias e serviços ligados à saúde, incluindo importação e exportação desses produtos (artigo 7º, XV). Sem as certificações e licenças da ANVISA, ninguém pode produzir ou comercializar quaisquer produtos relacionados à saúde no Brasil. É importante observar que o conceito de “produtos relacionados à saúde” é aberto e quem decide quais produtos relacionados à saúde estarão sob a jurisdição da ANVISA

é a própria ANVISA. Ver, por exemplo, o processo judicial contra o regulamento da ANVISA de propaganda de alimentos infantis (Processo n. 42882-45.2010.4.01.3400, 16ª Vara Federal do Distrito Federal, proposto pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA contra o regulamento da ANVISA sobre o assunto).

**20** BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos**. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/numeros-do-setor/1624-nova-edicao-do-caderno-de-informacao-da-saude-suplementar-junho-2012>>.

**21** Ibidem.

**22** SCHEFFER, M. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005.

**23** PAIM, J. et al. The Brazilian Health System: History, Advances and Challenges. **The Lancet**, v. 377, n. 9.779, p. 1.778-1.797, 21 maio 2011. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(11\)60054-8/fulltext#article\\_upsell](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(11)60054-8/fulltext#article_upsell)>.

**24** YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. (Eds.). **Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?** Harvard University Press, 2011.

**25** GLOPPEN, S.; ROSEMAN, M. J. Introduction: Can Litigation Bring Justice to Health? In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. (Eds.). **Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?** Harvard University Press, 2011, p. 1-17.

**26** Ibidem.

**27** GARGARELLA, R. Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights? In: BESSON, S.; MARTI, J. L. (Eds.). **Deliberative Democracy and its Discontents**. Aldershot: Ashgate, 2006, p. 233-252.

**28** LANGFORD, M. (Ed.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. New York: Cambridge University Press. 2008.

**29** Ibidem.

**30** GAURI, V.; BRINKS, D. (Eds.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

**31** Ibidem.

**32** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. 26 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

**33** ANDRADE, E. I. G. A judicialização da saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. **Revista Médica de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 18, n. 4, supl. 4, p. S46-S50, 2008; SCHEFFER, M. A exclusão de coberturas... Op. cit.; PIRES, D. S.; AGUIAR, L. C.; SOUZA, J. M. (Coords.). **Judicialização da saúde suplementar**. Belo Horizonte: UNIMED-BH, 2008; TRETTEL, D. B. Op. cit.; SOUZA, M. H. S. C. et al. A intervenção do Poder Judiciário no setor de saúde suplementar: tutelas antecipadas como instrumento de garantia da assistência à saúde no Brasil. **Divulgação em Saúde para Debate**. Rio de Janeiro, n. 37, p. 44-60, jan. 2007; CUNHA, C. M. et al. Op. cit.

**34** DELDUQUE, Maria Célia. Op. cit.; BAIRD, Marcello Fragano. **O lobby na regulação da propaganda de alimentos da ANVISA**. 2012. 183 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-22102012-121046/pt-br.php>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

**35** DELDUQUE, Maria Célia. Op. cit.

**36** SCHEFFER, M. Judicialização da assistência médica suplementar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE EPIDEMIOLOGIA, 8., Anhembi, 14 nov. 2011.

**37** BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Op. cit.

**38** SCHEFFER, M. Judicialização da assistência... Op. cit.

**39** Ibidem.

**40** “O seguro de saúde privado não pode fixar limites de gastos com hospitalização”. Superior Tribunal de Justiça, REsp 361.415.

**41** “Planos de saúde privados são regulados pelo Código de Defesa do Consumidor”. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 469, REsp 267.530.

**42** Código de Defesa do Consumidor, Lei federal n. 8.078/1990.

**43** Por exemplo, é proibido comercializar planos de saúde com menos serviços do que os definidos pela lei como o mínimo contemplado pelo plano de saúde legal de referência.

**44** Superior Tribunal de Justiça, REsp 989.380. Seguro e planos de saúde privados não podem aumentar os preços dos contratos de pessoas com idade superior a 60 anos.

**45** Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.136.475.

**46** “Seguro privado de saúde não pode fixar limites de gastos com hospitalização”. Superior Tribunal de Justiça, REsp 361.415.

**47** PIRES, D. S.; AGUIAR, L. C.; SOUZA, J. M. (Coords.). Op. cit.; REZENDE, P. R. V. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais**. 2011. 134 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/Premio2012/1lugardireito.pdf>>.

**48** DELDUQUE, Maria Célia. Op. cit.

**49** Ibidem.

**50** BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução de Diretoria Colegiada n. 24, de 15 de junho de 2010**. Disponível em: <<http://www.brasilsus.com.br/legislacoes/rdc/104537-24.html>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

**51** BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução da Diretoria Colegiada n. 44, de 17 de agosto de 2009**. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2009/pdf/180809\\_rdc\\_44.pdf](http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2009/pdf/180809_rdc_44.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013; BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução da Diretoria Colegiada n. 41, de 26 de julho de 2012**. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0041\\_26\\_07\\_2012.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0041_26_07_2012.html)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

**52** Processo em discussão na 6ª Câmara do 1º Tribunal Regional Federal, decisão emitida pelo Juiz Jirair Aram Megueriam. Para uma discussão sobre os impactos negativos potenciais

de tais liminares, ver, neste volume: PRADO, Viviane Muller. Interferência do Poder Judiciário na regulação do mercado de valores mobiliários: caso da transparência da remuneração dos administradores no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Coord.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 49-79.

**53** BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Consulta Pública n. 13**. Op. cit.

**54** Artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira.

**55** Para uma discussão similar envolvendo o CADE e a CVM, ver, neste volume: PRADO, Viviane Muller. Op. cit.; e 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.

**56** SCHEFFER, M. Judicialização da assistência... Op. cit.

**57** Ver, neste volume: RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar. Op. cit.

PARTE 4

## INOVAÇÕES INSTITUCIONAIS



# 9. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E AS MUDANÇAS INSTITUCIONAIS NO BRASIL<sup>1</sup>

Leandro Molhano Ribeiro

Ivar A. Hartmann

## 1. INTRODUÇÃO

---

A judicialização do direito à saúde, no Brasil, pode estar gerando inovações institucionais no sistema. Essa judicialização teve efeitos inesperados, tal como interromper a contingenciamento orçamentária de recursos públicos da saúde. Para lidar com tais efeitos, muitas autoridades públicas envolvidas direta ou indiretamente com o sistema público de saúde brasileiro criaram uma série de inovações institucionais. Essas inovações buscam (i) minimizar os efeitos orçamentários da judicialização e/ou (ii) diminuir o número de litígios envolvendo o sistema público de saúde. Este capítulo destaca dois casos demonstrativos: o das Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde e o do Núcleo de Apoio Técnico (NAT). O capítulo fornece, ainda, uma descrição dos núcleos de apoio técnico aos juízes e mostra as tentativas, ainda preliminares, de institucionalizar formas extrajudiciais de resolver litígios envolvendo a saúde.

Acreditamos que as experiências com resolução de conflitos e com os núcleos de apoio técnico, mencionadas anteriormente, ilustram as transformações graduais causadas por fatores institucionais internos que podem levar, a médio e a longo prazo, a profundas modificações nas atribuições de diferentes entidades, causando, de fato, fortes inovações.<sup>2</sup> Os núcleos de apoio técnico não diminuem o número de casos levados ao Judiciário, mas eles podem alterar os resultados de ações judiciais envolvendo a saúde, no Judiciário, reduzindo seus impactos orçamentários. As iniciativas de acordos, por outro lado, têm como objetivo a potencial redução no número de ações judiciais. Todavia, conforme mostramos em algumas iniciativas, o processo de acordo admite a participação direta do Judiciário para lidar com as causas daqueles que falham em transigir.

Essas inovações são ainda recentes e sujeitas a mudanças. Assim sendo, pode ser muito cedo para discutirmos seu impacto potencial. Não obstante, nossa conclusão especula a possibilidade de essas inovações atingirem as metas e objetivos para as quais foram criadas enquanto ocasionam outros problemas. Particularmente, as experiências dos acordos extrajudiciais e dos núcleos de apoio técnico operam dentro da lógica de judicialização existente no Brasil. Isso pode, potencialmente, prejudicar sua capacidade de promover mudanças a médio e a longo prazo no sistema.

## **2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**

---

No Brasil, a *judicialização da saúde* é usada para descrever a reivindicação judicial do direito constitucional a serviços de saúde por pessoas que não podem obter bens e serviços do sistema público de saúde.<sup>3</sup> Nos últimos dez anos, o número dessas ações judiciais, somente no Supremo Tribunal Federal, passou de 3.800 casos.<sup>4</sup>

Esse nível de judicialização da saúde somente é possível porque a Constituição de 1988 adotou um sistema de forte revisão judicial dos direitos das pessoas. O direito ao serviço básico de saúde foi inicialmente interpretado pelos tribunais como um direito social não judicializável,<sup>5</sup> mas essa interpretação foi mais tarde revista pela literatura e depois pelos tribunais<sup>6</sup>. Além de garantir um direito individual à saúde, a Constituição também obrigou o Estado a criar e manter um sistema de saúde universal, que foi estabelecido pela Lei federal n. 8.080/1990, sendo denominado SUS (Sistema Único de Saúde). Ele visa oferecer assistência universal e integral, despida de qualquer tipo de discriminação e sob “descentralização política e administrativa”.<sup>7</sup>

O SUS é administrado pelo governo federal e pelos governos estaduais e municipais.<sup>8</sup> Os municípios fornecem serviços de saúde, os estados coordenam as ações de saúde e o governo federal regula e financia o sistema. O SUS foi um passo importante na descentralização da saúde no Brasil, já que ele também instituiu os critérios para a distribuição de recursos federais entre os estados e os municípios.<sup>9</sup> Na década de 1990, houve mais descentralização da saúde, através das Normas Operacionais Básicas (NOB-SUS).<sup>10</sup> Desde

então, o ônus financeiro do fornecimento direto de bens e serviços de saúde é basicamente executado pelos estados e pelos municípios brasileiros.<sup>11</sup>

O Brasil possui uma política de assistência farmacêutica também.<sup>12</sup> A Política Nacional de Medicamentos, criada em 1998, estabelece planos, programas e atividades relativas à assistência farmacêutica para todos os níveis de governo (federal, estadual e municipal). A Política veio como consequência do diagnóstico de “fornecimento desigual de medicamentos em nível ambulatorial”,<sup>13</sup> que se dizia impactar, negativamente, os resultados da saúde. A Política determina que o Ministério da Saúde deve atualizar continuamente a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, que define quais drogas são fornecidas gratuitamente no sistema público de saúde.<sup>14</sup> Esses são os direitos “considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população”.<sup>15</sup> A política de assistência farmacêutica também é descentralizada. A Relação Nacional forma a base da organização das relações estaduais e municipais, que estão baseadas no perfil epidemiológico regional. Os estados e municípios são responsáveis por financiar essas drogas e também por entregar o medicamento incluído em todas as três relações (nacional, estadual e municipal).

É dentro dessa estrutura jurídica que as demandas judiciais por bens e serviços de saúde ganharam força no Brasil, com um sério impacto sobre os estados e municípios brasileiros. Suas principais características são as seguintes:

- As demandas judiciais são individuais, não coletivas;
- A maioria dos casos pede o fornecimento de drogas através do SUS;<sup>16</sup>
- As demandas apresentam taxa de sucesso de 90%;<sup>17</sup>
- Sentenças favoráveis não são baseadas em avaliações médicas independentes, mas em receitas dos médicos pessoais dos reclamantes. Tais receitas podem conter drogas que nem sequer foram aprovadas para comercialização no Brasil. Além disso, uma grande parte das decisões é constituída de liminares, que requerem entrega imediata das drogas.<sup>18</sup>

### 3. A INOVAÇÃO INSTITUCIONAL COMO UMA RESPOSTA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

---

Na grande maioria dos casos, o governo é forçado a cumprir ordens judiciais mesmo que não façam parte do plano da Administração. Isto tem dois efeitos sobre o sistema: as decisões impactam a *alocação de recursos orçamentários* dentro do sistema de saúde pública e sobre a própria *gestão da assistência farmacêutica*.<sup>19</sup> Tais efeitos ocorrem principalmente em estados e municípios porque eles são os provedores dos principais bens e serviços de saúde ordenados pelos tribunais. Numa tentativa de recobrar o controle sobre os gastos orçamentários e sobre a gestão da assistência farmacêutica, ocorreram observações informais de uma ampla variedade de inovações no Brasil.<sup>20</sup> Discutimos em maiores detalhes duas inovações que não foram analisadas pela literatura especializada até agora, e foram implantadas em diversos estados brasileiros: os núcleos de apoio técnico aos juízes, focados em litígios ligados à saúde, e algumas experiências com composição extrajudicial ligada à saúde.<sup>21</sup>

#### ● 3.1. CONTEXTO HISTÓRICO: O FÓRUM NACIONAL DO JUDICIÁRIO PARA A SAÚDE

Em 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ),<sup>22</sup> um órgão de fiscalização do Judiciário, criou um grupo de trabalho para estudar e propor respostas concretas para o problema associado a litígios relacionados à saúde.<sup>23</sup> Baseado no trabalho deste grupo, em 2010, o CNJ aconselhou os tribunais brasileiros a adotar uma série de medidas para orientar os juízes em litígios relacionados à saúde. Uma das recomendações principais foram parcerias entre tribunais estaduais e médicos ou profissionais de saúde para fornecer aos juízes apoio técnico para ajudar a decidir os casos. Além disso, o CNJ também recomendou que os juízes se empenhassem em basear suas sentenças em laudos médicos que descrevessem a doença do paciente e indicassem os medicamentos necessários,<sup>24</sup> “com denominação genérica ou o princípio ativo, produtos, órteses, próteses e suprimentos gerais acompanhados da posologia exata”, e evitassem conceder medicamentos não registrados na ANVISA (a agência sanitária regulatória brasileira), “exceto em situações

previstas em lei”. A Recomendação CNJ n. 31, de 30 de março de 2010, recomendava aos juízes que consultassem os gestores do sistema de saúde pública antes de conceder liminares.<sup>25</sup>

Em 2010, o CNJ também criou o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde — também denominado Fórum da Saúde.<sup>26</sup> Seu objetivo principal é monitorar e propor alternativas para minimizar os efeitos negativos da judicialização.<sup>27</sup> Em novembro de 2010, o Fórum recomendou a criação de Comitês Executivos Estaduais.<sup>28</sup> Esses Comitês apresentam um programa bianual de atividades, propondo medidas para a prevenção e solução de ações judiciais. Em junho de 2011, os Comitês Estaduais recomendaram que os tribunais estaduais e regionais federais permitissem que médicos e farmacêuticos prestassem suporte técnico aos juízes em suas decisões. O CNJ acatou a recomendação<sup>29</sup> e também orientou os tribunais a aconselhar os seus juízes a contatar, quando possível, as agências regulatórias de saúde (ANS e ANVISA),<sup>30</sup> o Conselho Federal de Medicina (CFM) e o Conselho Federal de Odontologia (CFO), de modo que essas instituições pudessem — dentro de seus campos de especialização — emitir pareceres sobre as demandas dos reclamantes (e.g., drogas, materiais, órteses, próteses e tratamentos experimentais). Os Comitês Estaduais também propuseram a criação de um “Núcleo de Apoio Técnico a Juízes”, baseado na experiência do Rio de Janeiro.<sup>31</sup>

Em 2011, o Fórum recomendou que os tribunais interagissem com outras partes interessadas para evitar a judicialização da saúde (e.g., adotando diretrizes de orientação para profissionais jurídicos e médicos, instituindo câmaras de mediação e acordo). O Fórum também recomendou que os tribunais apoiassem decisões anteriores via disseminação das melhores práticas e a criação de departamentos do Poder Executivo para ajudar os juízes com informações técnicas/médicas.

As duas inovações descritas abaixo derivaram dessas recomendações.

### ● 3.2. NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO EM AÇÕES RELACIONADAS À SAÚDE (NAT)

Conforme anteriormente indicado, o CNJ e o Fórum da Saúde recomendaram a criação de acordos para fornecer informações técnicas para auxiliar os

processos de tomada de decisão de juízes devido ao volume crescente de ações relacionadas à saúde — em outras palavras, o fenômeno da judicialização.<sup>32</sup>

Essas recomendações foram inspiradas pela experiência pioneira do Núcleo de Apoio Técnico em Ações Relacionadas à Saúde no Estado do Rio de Janeiro (NAT). O NAT começou em 2009 como uma parceria entre a Secretaria de Estado da Saúde do Rio de Janeiro (SES/RJ) e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ) com a meta de assessorar os juízes nas seguintes ações relacionadas à saúde: pedidos de medicamentos, suplementos dietéticos, material de saúde, órteses, próteses e tratamento médico. O NAT está sob a proteção da assessoria jurídica da SES/RJ e do departamento de avaliação e acompanhamento de projetos especiais (DEAP) do gabinete do desembargador do TJ/RJ. Sendo um departamento criado por uma parceria entre dois ramos — o Poder Executivo estadual e o Judiciário —, o NAT trabalha com uma estrutura organizacional que está em conformidade com as normas, regras e procedimentos formais e informais de ambos. O NAT atualmente compreende um gerente-geral e quatro funcionários, uma equipe de assistentes coordenada por um médico e dois farmacêuticos e um centro técnico composto por nove farmacêuticos, três enfermeiros e três nutricionistas. Os relatórios emitidos pelo NAT meramente fornecem informações técnicas aos juízes.

As recomendações do CNJ e do Fórum da Saúde refletem um entendimento de que o NAT é uma *solução institucional* apta a racionalizar decisões judiciais relativas a serviços básicos de saúde. Diversos estados brasileiros vêm estabelecendo departamentos inspirados no NAT para assessorar os juízes em ações relacionadas à saúde. Exemplos incluem grupos judiciais de trabalho sobre saúde no Tribunal estadual da Bahia e em centros de atendimento nos estados da Bahia, Mato Grosso, Minas Gerais, Piauí, Pernambuco e Espírito Santo. Também há propostas para lançar núcleos de apoio similar em diversos outros estados brasileiros. A tabela abaixo fornece uma comparação entre essas iniciativas.

**Quadro 1 - Núcleo de Apoio Técnico em Ações Relacionadas à Saúde (NAT)**

Ano	Estado	Partes Interessadas	Objetivos
2011	Mato Grosso do Sul	Justiça estadual, secretaria estadual da saúde, secretaria municipal da saúde de Campo Grande (capital)	Estabelecimento do Centro Técnico da Saúde para assessorar os juízes em suas decisões relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, hospitalizações, tratamentos clínicos e cirúrgicos. O centro é administrado por dois médicos, dois farmacêuticos, um enfermeiro e um funcionário do tribunal.
2012	Pernambuco	Justiça estadual, secretaria estadual da saúde	Estabelecimento do NAT – Pernambuco. O núcleo é operado por um ortopedista e quatro farmacêuticos. Pode ser acionado pelos juízes em casos onde acharem conveniente, especialmente para obter esclarecimentos sobre assuntos médicos e farmacêuticos e informações técnicas sobre a droga solicitada. De acordo com a Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco, 943 ações requisitando medicamentos foram propostas em 2011.
2012	Espírito Santo	Justiça estadual, secretaria estadual da saúde.	Segue as mesmas diretrizes e princípios da assessoria técnica aos juízes, especialmente com ações de pedidos de drogas. Essas aumentaram de 487, em 2009, para 587, em 2010.
2012	Minas Gerais	Justiça estadual, secretaria estadual da saúde	A secretaria se comprometeu a fornecer informações diretamente aos juízes com relação a drogas, exames e tratamentos médicos em geral, com o objetivo de assessorá-los na tomada de decisão.
2012	Acre	Justiça estadual, secretaria estadual da saúde	O acordo estipula que técnicos experientes do SUS fornecerão informações técnicas relativas a drogas, exames, hospitalizações e tratamentos médicos, sempre que solicitado pelos juízes, e também pelos promotores e defensores públicos.

O NAT não apenas vem sendo copiado em outros estados como suas tarefas vêm sendo ampliadas. Por exemplo, desde fevereiro de 2012, o NAT tem assessorado os tribunais federais do Rio de Janeiro, além dos tribunais estaduais. Existem também projetos de cooperação entre o NAT e a Defensoria Pública estadual e federal do Rio de Janeiro. Como foi inicialmente

estabelecido para assessorar juízes estaduais, o NAT ampliou lentamente o seu alcance devido à demanda por seus serviços pelas instituições acima mencionadas.

### ● 3.3. PROPOSTAS PARA ACORDOS EXTRAJUDICIAIS

O estado do Rio de Janeiro está para criar a Câmara de Conciliação de Litígios relacionados à Saúde, a fim de apresentar uma solução extrajudicial para litígios ligados à saúde. Esta é uma parceria entre a Defensoria Pública estadual e federal, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria Estadual de Saúde, o Procurador municipal da cidade do Rio de Janeiro, a Secretaria de Saúde e Defesa Civil municipal e a justiça estadual do Rio de Janeiro. Essas instituições assinaram o acordo de constituição da Câmara em junho de 2012 e, de acordo com informações divulgadas pela imprensa, foi uma iniciativa do Procurador-Geral do Estado e da justiça estadual. Seu objetivo é “desjudicializar” alguns dos assuntos e conduzir essas demandas para uma solução administrativa, desatando a burocracia e agilizando a solução dos problemas de nossos clientes”.<sup>33</sup> Como ela irá efetivamente desempenhar esta função, vamos ter que aguardar.

Neste caso, o Rio de Janeiro está seguindo uma inovação iniciada em outro estado brasileiro (Rio Grande do Norte), denominada “SUS Mediado”. O programa começou quando a Secretaria de Estado de Saúde, a Defensoria Pública e as Procuradorias do Estado e Federal concordaram em criar mecanismos extrajudiciais para tratar de questões da saúde, tais como acesso a medicamentos.

## **4. IMPLICAÇÕES TEÓRICAS DOS CASOS DE INOVAÇÃO INSTITUCIONAL NO BRASIL**

---

Esses casos ilustram um aspecto-chave da judicialização da saúde no Brasil: seu efeito indireto sobre instituições judiciais. Embora uma grande parte da literatura sobre judicialização da saúde se concentre no contencioso como um instrumento de mudança social e reforma política na saúde, Prado<sup>34</sup> focaliza efeitos indiretos da judicialização sobre o sistema de saúde e sobre

outras instituições, como, por exemplo, o Judiciário. A autora correlaciona esta preocupação com uma questão mais ampla sobre mudança institucional. Na medida em que as instituições em geral são resistentes a mudanças, Prado pergunta se a judicialização da saúde poderia ter “o potencial para desestabilizar um sistema de dependência histórica, em que as instituições formais e informais se tornam autorreexecutórias e devem permanecer por um longo período, apesar de serem disfuncionais”<sup>35</sup>. Apresenta a hipótese de que a judicialização da saúde no Brasil poderia, potencialmente, ter os seguintes efeitos: promover transformações políticas isoladas no sistema de saúde; estimular mudanças institucionais no sistema de saúde; e, finalmente, induzir mudanças institucionais fora do sistema de saúde. O terceiro tipo de mudança se refere a transformações nas entidades que não pertencem ao sistema de saúde. Prado destaca especificamente mudanças que a judicialização poderia causar no Judiciário.

Partindo dessas hipóteses, podemos considerar o significado institucional da criação do Fórum da Saúde, do NAT e de algumas experiências de composição extrajudicial como reações à judicialização da saúde.

1. As inovações aqui descritas não parecem revelar um impacto da judicialização da saúde sobre políticas isoladas dentro do sistema de saúde.
2. Essas inovações possuem um efeito sobre as instituições do sistema de saúde. Primeiro, à medida que os tribunais partem para colaborar com outras instituições que participam diretamente do sistema de saúde, tais como secretarias de estado da saúde, por exemplo, uma nova instituição é criada dentro desse sistema. Este é o caso dos NATs, o sistema institucional híbrido desenvolvido para auxiliar os juízes em suas decisões sobre saúde. O problema é que o NAT não muda o modo como o sistema de saúde opera no fornecimento de seus serviços. Assim, a segunda hipótese pode ser mais claramente ilustrada pelo caso das iniciativas de composição extrajudicial — em que o Judiciário será incorporado em uma estrutura administrativa de tomada de decisão do sistema de saúde pública. Caso essas experiências proliferem e se tornem importantes, será gerada no sistema de saúde do Brasil uma nova

solução institucional para resolver disputas — que não é inteiramente administrativa nem inteiramente judicial.

3. Essas inovações parecem indicar uma mudança nos procedimentos judiciais relativos a petições de bens e serviços de saúde dentro do próprio Judiciário. No entanto, isto não é uma mudança direta, como no caso dos exemplos apresentados por Prado, ou seja, um tribunal — superior — determinando que os procedimentos judiciais sejam alterados. Ao invés disso, as inovações foram recomendadas pelo CNJ e adotadas pelos tribunais voluntariamente. No entanto, a implantação do NAT significa a adoção de novos procedimentos dentro dos tribunais, pelos quais os juízes começam a ser aconselhados e as decisões começam a ser influenciadas por um parecer técnico emitido regular e sistematicamente pela equipe de uma secretaria de saúde. A adesão a esta prática poderia causar mudanças significativas na dinâmica das determinações judiciais. Tais mudanças poderiam, por sua vez, efetivar transformações substantivas também.<sup>36</sup>

Embora as hipóteses apresentadas por Prado nos permitam classificar as mudanças observáveis que ocorreram até agora no sistema, pode haver outras mudanças ainda a ser analisadas, conforme descrevemos abaixo.

#### ● 4.1. MUDANÇAS

Esses novos espaços para tomada de decisões e diálogo entre as partes interessadas — o estabelecimento e institucionalização de núcleos de apoio técnico e as experiências ainda emergentes de composição extrajudicial — refletem um processo de mudança institucional que poderia, potencialmente, exercer efeitos mais amplos do que os observados até agora. Essas experiências poderiam, assim, fazer com que casos interessantes sejam usados para analisar o processo mais amplo de mudança e inovação institucional.

A literatura sobre mudança institucional foi enriquecida com novas formulações sobre os processos pelos quais modificações graduais de instituições são implantadas ao longo do tempo. Conforme advertem Mahoney e Thelen,<sup>37</sup> em um artigo dedicado à teoria da mudança institucional gradual, a literatura

especializada implanta teorias para explicar por que os diversos tipos de configurações institucionais básicas aparecem em certos casos e em certos momentos e por que instituições específicas são extintas e substituídas por outras. Mas a literatura permanece superficial no que tange a teorias que expliquem o desenvolvimento gradual de instituições existentes. Ao contrário, a literatura focalizou principalmente a mudança causada por fatores externos, baseada na premissa de que as instituições dispõem de fortes mecanismos de reprodução, que onerariam ou tornariam difíceis as mudanças provocadas por fatores endógenos às instituições.<sup>38</sup>

Um dos principais fatores que explicam a resiliência das instituições é o legado de seus próprios resultados. Desse modo, por exemplo, estudos sobre políticas de previdência social mostram que partidos de esquerda foram fundamentais para o estabelecimento de políticas universais de assistência social. Tais políticas, uma vez implantadas, se tornam um ponto focal de disputa política, mas dificilmente chegam a sofrer restrições — mesmo em governos de centro ou de direita — devido ao seu apelo eleitoral e à pressão de seus beneficiários.<sup>39</sup> No geral, o legado criado pelas instituições afeta as preferências dos que desempenham um papel dentro delas, solidificando interesses de saída e a estrutura de oportunidade das ações desses atores (o que eles podem fazer, quando e como), consolidando uma estrutura de ação composta tanto de *pontos* quanto de *atores* com poder de veto sobre as mudanças.<sup>40</sup> Portanto, para alguns autores, independentemente das motivações dos atores políticos, as mudanças institucionais tendem a ser *incrementais*. Mesmo que as mudanças formais sejam raras, isto não significa que a instituição sofreria modificações internas ao longo do tempo.<sup>41</sup> Para outros autores, as mudanças sequer seriam graduais; ao contrário, constituiriam eventos esporádicos gerados por fatores externos ou por eventos críticos. De acordo com essa visão, mudanças institucionais mais profundas seriam explicadas predominantemente por fatores externos e, dificilmente, ou nunca, seriam causadas por atores “internos”.<sup>42</sup>

Considerando a evidência empírica sobre mudança institucional e com o debate institucional acima mencionado em mente, Thelen<sup>43</sup> sugere que, (a) em muitos casos, as instituições são resistentes até mesmo a mudanças externas, isto é, solavancos não estimulam a inovação em determinadas situações, e que

(b) mudanças graduais causadas por fatores internos na estrutura institucional podem levar, no médio e longo prazos, a alterações profundas nas atribuições das instituições, provocando inovação substancial. Para a autora, o surpreendente a respeito das instituições é que ao longo do tempo elas parecem mudar muito e muito pouco. Esta contradição aparente pode ser explicada pelo fato de que as instituições são formalmente resilientes ao longo do tempo, mas suas atribuições, os atores que tomam parte nas mesmas, ou mesmo as crenças e concepções sobre o que eles devem fazer, na verdade mudam, juntamente com todo tipo de mudança social, política e cultural a que certas comunidades estão sujeitas.

Com essa perspectiva em mente, Thelen<sup>44</sup> sugere que a análise da mudança institucional recai sobre os mecanismos causais que a produzem. Isto, por sua vez, direciona a análise para a ação e interação de importantes atores dentro das instituições. Observamos, assim, um esforço desta literatura para superar a dicotomia da inovação institucional *versus* reprodução institucional, focando na persistência institucional em face dos choques externos e mudança institucional dentro das próprias instituições. Para separar esta oposição, Thelen enfatiza a possibilidade de crises ou “*pontos de mudança*” serem gerados endogenamente e nos convida a ponderar as formas pelas quais novos problemas e soluções se apresentam a atores importantes dentro de uma determinada estrutura institucional como produtos do passado e não como acidentes históricos. Sua proposição é que as instituições sejam concebidas não apenas como restrições aos engajamentos de atores importantes, mas também como recursos estratégicos que podem ser mobilizados por eles como respostas às mudanças no contexto social, econômico e político.

Analiticamente, à medida que tenta superar o contraste inovação-reprodução, Thelen introduz uma concepção de mudança institucional através de *estratificação* e *conversão*. O primeiro caso — *estratificação* — envolve, por parte dos atores importantes, a renegociação de alguns elementos de um grupo de instituições. Isso poderia ocorrer em contextos em que, enfrentando a falta de suporte para alterar radicalmente ou substituir uma instituição específica, determinados atores começam a negociar com atores oponentes para adicionar novas instituições ao arranjo existente como uma solução de um problema emergente. Os “inovadores”, assim, se acomodam com as estruturas e práticas

preexistentes. Já a *conversão* significa o processo pelo qual as instituições designadas para determinados objetivos são usadas para outros fins. Esses conceitos são úteis para descrever as mudanças observadas no Brasil. As experiências propostas pelo Fórum da Saúde e, até agora, aquela com os NATs, parecem ser tanto mudança institucional através de *estratificação* — e.g., os novos espaços criados dentro do Judiciário — quanto através de *conversão* — e.g., o Judiciário desempenhando um papel em composições extrajudiciais. A judicialização da saúde parece, portanto, ter induzido mudanças endógenas no sentido indicado pela literatura.

Uma vez que classificamos essas mudanças como tal, e tendo a discussão acadêmica sobre mudança institucional em mente, podemos especular que o processo de judicialização da saúde no Brasil poderá impulsionar mudanças adicionais na estrutura institucional do sistema de saúde. Conforme apontamos antes, o Judiciário poderia, usando as iniciativas propostas no Fórum da Saúde e implantadas no NAT, bem como experiências de composição extrajudicial existentes, modificar a estrutura do fornecimento de bens e serviços de saúde. Isto se deve à entrada direta de um novo ator na tomada de decisão — o Judiciário — ou, considerando que novos caminhos para interações são estabelecidos, às interações entre os atores da saúde. Os efeitos de longo prazo de tal participação e das interações que possam surgir entre eles poderiam alterar em muito o arranjo institucional do sistema de saúde.

A literatura sobre mudança institucional por fatores endógenos sugere que o foco da análise seja dirigido à ação e interação dos atores internos às instituições. O modelo analítico para explicar as decisões de políticas públicas pode levar em conta: (1) o modelo de racionalidade envolvido, se racionalidade limitada (devido à falta de informação) ou não; e (2) o contexto de tomada de decisão, se ambíguo (marcado pela ambivalência; diversas maneiras possíveis de se tomar uma decisão) ou não.<sup>45</sup> De acordo com a classificação do modelo de racionalidade e do contexto de ação, a abordagem teórica ao entendimento do processo para escolher alternativas de políticas públicas (ou alternativas institucionais) pode ser baseada na escola racional (o ator possui informações para orientar suas ações e o contexto não é de ambiguidade) ou em outros modelos quando a racionalidade for limitada e existir de fato ambiguidade no contexto de tomada de decisão.<sup>46</sup>

Um fato interessante é que a escolha de uma alternativa institucional pode ser marcada pela racionalidade limitada em um contexto de ambiguidade, mas sua institucionalização poderia levar a superar a limitação, bem como a ambiguidade. Isto significa que a ação, interação e estratégia dos atores que participam da criação e institucionalização de uma inovação podem se transformar ao longo do tempo, sugerindo que os fatores endógenos para explicar a transformação são, em si mesmos, variáveis, de acordo com fases específicas da mudança institucional. Em que medida essas proposições teóricas ocorreram com o processo de criação dos NATs e as experiências de composição extrajudicial ainda está por ser explorado.

#### ● 4.2. PERSISTÊNCIA

Embora as iniciativas propostas e implantadas pelo Judiciário para desviar os efeitos indesejados da judicialização da saúde — especialmente sobre o próprio orçamento planejado da saúde e a gestão da assistência farmacêutica — pareçam indicar uma mudança no arranjo institucional do sistema de saúde pública, uma característica essencial do fornecimento de bens e serviços de saúde parece persistir e até se fortalecer: a lógica da judicialização.

Esta lógica está aparentemente presente em todas as iniciativas propostas e implantadas descritas na terceira seção deste capítulo. No caso dos NATs, o objetivo oficialmente declarado não é o de deter ou mesmo reduzir o número de ações relacionadas à saúde — embora uma redução no número de reclamantes bem-sucedidos pudesse, possivelmente, desencorajar outras pessoas de buscar os tribunais. No caso das experiências de composição extrajudicial planejadas pelo Judiciário, um efeito intrigante poderia ocorrer: um tipo de “contaminação” deste processo pelo comportamento judicializado das entidades nele envolvidas.

Tal “contaminação” poderia ser deduzida e adaptada a partir de uma definição de judicialização postulada por Tate e Vallinder em um livro dedicado à análise da expansão do Judiciário em diversos países que se tornou uma referência importante sobre o assunto.<sup>47</sup> Os autores dividem analiticamente o conceito de judicialização — neste caso, a judicialização da política, que se refere a: (1) um fenômeno de transferência “mais dramático”: decisões

normativas pelo legislador ou pela Administração fluem para o Judiciário, algo que ocorre principalmente por meio de mecanismos de revisão constitucional; e (2) um fenômeno “menos dramático”, pelo qual métodos de tomada de decisão e resolução de conflitos comparáveis a tribunais são incorporados por diferentes departamentos administrativos. Este segundo significado possível de judicialização é o que achamos importante aqui.

O que observamos no Brasil é a incorporação de métodos e procedimentos judiciais a fim de resolver conflitos de interesse, com o risco, caso esses métodos e procedimentos não sejam seguidos, de uma ação ser instaurada demandando benefícios de saúde. Em outras palavras, o Judiciário não apenas está desempenhando diretamente um papel na resolução extrajudicial de conflitos, mas seu *modus operandi* lança uma sombra sobre os outros atores. Parece que, apesar do desejo dos governos federal, estadual e municipal de aplicar um torniquete no sangramento orçamentário da judicialização da saúde, esforços neste sentido tiveram um papel paradoxal em tornar a lógica da judicialização ainda mais onipresente.

## 5. CONCLUSÃO

---

O ambiente institucional atual no contexto do fornecimento de serviços básicos de saúde no Brasil é muito peculiar: a justiciabilidade total do direito individual à saúde levou os poderes Judiciário e Executivo a se adaptarem aos novos fenômenos do alto volume de contencioso com impactos significativos sobre a prática judicial e gestão orçamentária do Estado.

A análise das inovações implantadas em resposta a isso mostrou que diferentes elementos da teoria institucional atual devem ser emprestados de diferentes teorias, criando uma charada que não apresenta necessariamente uniformidade. A mudança institucional no Executivo e no Judiciário fez com que os departamentos existentes se adaptassem e novos emergissem. A persistência, por outro lado, significou que a lógica da judicialização está embutida na nova configuração institucional. Esperamos ter demonstrado, acima de tudo, que a judicialização da saúde no Brasil e suas reações institucionais apontam para a necessidade de novos desenvolvimentos na literatura sobre o projeto institucional.

## NOTAS

**1** Uma versão em inglês deste artigo foi publicada como: MOLHANO, Ribeiro Leandro; HARTMANN, Ivar. Judicialization of the Right to Health and Institutional Changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, n. 3, p. 35-52, set./dez. 2016. Os autores gostariam de agradecer a Thaís Barberino por sua ajuda com a coleta de dados e assessoria nas pesquisas.

**2** THELEN, K. How **Institutions Evolve**: The Political Economy of Skills in Germany, Britain, the United States and Japan. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; e MAHONEY, J.; THELEN, K. **Explaining Institutional Change**: Ambiguity, Agency, and Power. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

**3** A judicialização da saúde no Brasil abrange principalmente o fornecimento de drogas — mas ela diz respeito também a quaisquer bens ou serviços que deveriam ser fornecidos pelo Estado, como, por exemplo, leitos hospitalares ou assistência médica.

**4** Dados coletados pelo “Projeto Supremo em Números”, da FGV Direito Rio mostram que, até 2009, 3.801 casos referentes a ordens judiciais de fornecimento de drogas chegaram ao Supremo Tribunal. Ver ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar. A. Law in the Books and Books in the Court: Are Social Rights Literature and Judicial Practice on the Same Page in Brazil? **Annuaire International des Droits de L’Homme**, v. 7, p. 15-38, 2014. Um estudo financiado pelo Ministério da Justiça brasileiro encontrou 232 decisões do Supremo Tribunal sobre o direito à saúde entre janeiro de 2009 e agosto de 2010. SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto (Coords.). **Democracia**: separação de poderes e o papel do Judiciário brasileiro para a eficácia e efetividade do direito à saúde. Porto Alegre: PUC-RS, 2010, p. 13.

**5** Esta visão foi representada principalmente pelo renomado estudioso constitucional José Afonso da Silva, que argumentou que tais normas constitucionais eram de natureza meramente programática. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

**6** Um dos primeiros a defender a justiciabilidade dos direitos sociais foi TORRES, R. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 42, p. 69-78, 1990. Para uma descrição abrangente dos argumentos mais comumente utilizados em favor de direitos sociais executáveis pelos tribunais

no Brasil, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

**7** O artigo 7º estabelece os seguintes princípios e diretrizes para o SUS: “I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo.”

**8** Deve-se observar que o sistema federativo brasileiro é constituído pelo governo federal, os estados e os municípios, diferentemente de outras repúblicas federativas onde a federação se compõe exclusivamente do governo federal/central e dos estados.

**9** Os critérios importantes são perfis demográficos e epidemiológicos, as características da rede de serviços básicos de saúde, desempenhos técnicos, econômicos e financeiros anteriores, os níveis de participação no orçamento da saúde e a existência de um plano de investimento e reembolso dos serviços de saúde financiados por outras entidades governamentais.

**10** RIBEIRO, L. Federalismo, Governo local e políticas sociais no Brasil entre 1996 e 2004. In. HOCHMAN, Gilberto; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). **Federalismo e políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 151-177.

**11** No final dos anos 1990 e início dos anos 2000, dois desenvolvimentos apontaram na direção do governo federal recuperando sua capacidade de induzir ao uso de fundos do SUS: o Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC) e a Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS). A intensa descentralização da saúde pública no Brasil, no entanto, permanece.

**12** Lei n. 8.080/1990, artigo 6º.

**13** BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política nacional de medicamentos**, 2001, p. 11.

14 Ibidem, p. 12.

15 Ibidem, p. 12.

16 PEPE, V. et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 15, n. 5, p. 2.405-2.414, 2010.

17 HOFFMANN, F.; BENTES, F. Accountability and Social and Economic Rights in Brazil. In: GAURI, V.; BRINKS, D. (Eds.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 100-145.

18 Ibidem.

19 Como no caso da execução de qualquer direito individual negativo ou positivo. Dados sobre a execução do direito à saúde ajudam a melhor entender os problemas de alocação de recursos relativos a este direito individual em particular. Uma entrevista com o Secretário de Estado da Saúde de São Paulo, Giovanni Guido Cerri, exemplifica este aspecto: de acordo com ele, o valor gasto em ações ligadas à saúde seria suficiente para construir um hospital por mês. Ver: BASSETTE, Fernanda. “Judicialização” da saúde é uma distorção, diz secretário. **O Estado de São Paulo**, 2 dez. 2011. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,judicializacao-da-saude-e-uma-distorcao-diz-secretario,805981>>; ver: FERRAZ, O. The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities? **Health and Human Rights Journal**, v. 11, n. 2, 2009. De acordo com a Procuradoria Geral da República e o Ministério da Saúde (BRASIL. Procuradoria Geral da República; Ministério da Saúde. **Intervenção judicial na saúde: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>), as despesas do Ministério da Saúde com a compra de medicamentos, equipamentos e outros materiais em resultado de ações passaram de 171 mil reais em 2003 para 47 milhões em 2008 e depois para quase 244 milhões em 2011.

20 PRADO, M. The Debatable Role of Courts in Brazil’s Health Care System: Does Litigation Harm or Help? **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 41, n. especial 1: Symposium: Global Health and the Law, primavera 2013.

21 O CNJ iniciou recentemente uma discussão sobre a implantação de uma nova alternativa institucional: o estabelecimento de tribunais especializados em saúde no Brasil. Um

tribunal especial para assuntos de saúde foi criado no Rio Grande do Sul e, de acordo com relatórios do Judiciário estadual, contribuiu para a redução da judicialização da saúde no estado. Ver: VASCONCELOS Frederico. Vara especializada em saúde: exemplo gaúcho. **Folha de São Paulo**, 28 maio 2013. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/05/28/vara-especializada-em-saude-exemplo-gaucha>>.

**22** O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional n. 4,5 em 30 de dezembro de 2004, e iniciou suas atividades em 14 de junho de 2005. A meta principal do CNJ é controlar a gestão administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres profissionais dos juízes. Sobre o CNJ, ver RIBEIRO, L.; PAULA, C. Conselho Nacional de Justiça. In: BELOCH, Israel et al. (Coords.). **Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

**23** Decreto n. 650/2009. O próprio decreto surgiu em resultado de uma audiência pública organizada pelo Supremo Tribunal em maio de 2009, na qual mais de 50 especialistas — advogados, defensores públicos, promotores, juízes, professores, médicos, técnicos da área de saúde, gestores e usuários do SUS — discutiram problemas relacionados ao direito à saúde no Brasil, identificando como um dos principais problemas o número elevado de ações instauradas no país.

**24** Ao invés de emitir decisões não suportadas por laudos médicos sólidos.

**25** As outras medidas propostas foram que os juízes “verificassem junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) se os reclamantes participam de programas experimentais de pesquisas de laboratórios de medicamentos, em cujo caso os laboratórios devem assumir a continuação do tratamento”; “determinassem, ao decidir se concedem liminares no contexto das políticas públicas existentes, que o beneficiário seja registrado nos respectivos programas”; “incluíssem a legislação da lei da saúde como um assunto independente no programa de Direito Administrativo dos concursos públicos para juiz, de acordo com a lista de assuntos obrigatórios estabelecida pela resolução n. 75/2009 do CNJ”; “promovessem, para fins de conhecimento operacional prático, visita aos juízes nos conselhos de saúde municipal e estadual, bem como às unidades de saúde pública ou às afiliadas ao SUS, instalações de fornecimento de medicamentos e hospitais com instalações para tratamento de câncer”.

**26** Compreende um Comitê Executivo Nacional, representantes dos comitês estaduais de saúde — que, por sua vez, são compostos por juízes e funcionários públicos judiciais dos tribunais estaduais — e do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do

Ministério da Saúde, e funcionários da saúde estadual e municipal. Pesquisadores da lei da saúde e sociedade civil também fazem parte do Fórum.

**27** Art. 2º da Resolução n. 107. A resolução, assim, coloca sob as responsabilidades do Fórum: (i) a proposta de soluções para melhorar as ações relativas à assistência à saúde, incluindo o fornecimento de medicamentos e outros produtos em geral, tratamentos e acesso a leitos hospitalares; e (ii) o monitoramento das ações relacionadas ao SUS. O Fórum deve, ainda, propor ativamente: (i) medidas que visem otimizar as rotinas judiciais, organizar e estruturar unidades judiciárias especializadas; e (ii) medidas visando prevenir ações relacionadas à saúde. Além disso, o Fórum deve estudar e propor quaisquer outras medidas que possam ser consideradas pertinentes ao cumprimento de seus objetivos.

**28** Estes são formados por um membro do Ministério Público (Federal ou Estadual), um membro da Defensoria Pública (Federal ou Estadual) ou da Ordem dos Advogados do Brasil, um administrador e um especialista de saúde.

**29** Recomendação do CNJ n. 36.

**30** Para uma descrição detalhada, 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. 209-231.

**31** Câmara Técnica de Apoio ao Magistrado: sugestão do Comitê Nacional. 5ª Recomendação. FÓRUM DO JUDICIÁRIO PARA A SAÚDE, 1., 2-3 jun. 2011, Brasília. **Reunião**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/recomendacoes\\_do\\_I\\_encontro\\_de\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/recomendacoes_do_I_encontro_de_saude.pdf)>.

**32** Recomendação n. 31/2010: “os tribunais de recursos e tribunais regionais federais devem propor acordos visando disponibilizar suporte técnico por um médico e farmacêuticos para auxiliar os juízes nas avaliações dos assuntos médicos descritos pelas partes em ações relacionadas à saúde, observando as peculiaridades regionais.” Em 2011, esta recomendação foi reiterada pelo Fórum Nacional da Saúde, que sugeriu especificamente a criação de *núcleos de apoio técnico aos juízes*, com um formato institucional semelhante ao existente no Estado do Rio de Janeiro. Ver nota 9, supra.

**33** BRASIL Defensoria Pública da União. **Convênio prevê Câmara de Resolução de Litígios de Saúde no RJ**. 15 jun. 2012. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8597&catid=79&Itemid=220](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8597&catid=79&Itemid=220)>.

**34** PRADO, M. Op. cit.

**35** Ibidem, p. 3.

**36** A judicialização do direito à saúde também pode afetar a relação entre o Executivo e o Judiciário. Ver OLIVEIRA, V.; NORONHA, L. Judiciary-Executive Relations in Policy Making: the Case of Drug Distribution in the State of São Paulo. **Brazilian Political Science Review**, v. 5, n. 2, p. 10-38, 2011. Os autores realizaram pesquisa empírica dos documentos da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo e das decisões do Supremo Tribunal e do CNJ e concluíram que a relação entre o Judiciário e o Executivo é, a princípio, de confronto, mas posteriormente se torna complementar: “O Executivo respondeu ao ativismo judicial criando políticas mais eficientes e proporcionando mais acesso a medicamentos para seus cidadãos; o Judiciário continua pressionando pelas distribuições de novos medicamentos e suprimentos médicos, mas agora presta mais atenção a assuntos técnicos defendidos pelos administradores do Executivo [...]” Ibidem, p. 33-34.

**37** MAHONEY, J.; THELEN, K. Op. cit.

**38** PIERSON, P. **Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

**39** Ver HUBER, E.; STEPHENS, J. **Development and Crisis of the Welfare State: Parties and Policies in Global Markets**. Chicago: The University of Chicago Press, 2001; e PIERSON, P. **Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Cambridge Studies in Comparative Politics.

**40** Ver TSEBELIS, G. **Veto Players: How Political Institutions Work**. Princeton: Princeton University Press, 2002; e IMMERGUT, E. Institutional Constraints on Policy. In: MORAN, Michel; REIN, Martin; GOODIN, Robert. E. **The Oxford Handbook of Public Policy**, Oxford: Oxford University Press, 2006. De acordo com a definição clássica de Tsebelis, um ator é um ator com poder de veto se sua concordância for um requisito para a mudança do *status quo*.

**41** BAUMGARTNER, F.; JONES, B. **Agendas and Instability in American Politics**. 2. ed., Chicago: Chicago University Press, 2009.

**42** DIERMEIER, D.; KREHBIEL, K. Institutionalism as a Methodology. **Journal of Theoretical Politics**, v. 15, n. 2, p. 123-144, abr. 2003.

**43** THELEN, K. Op. cit.

**44** Ibidem.

**45** Ver ZAHARIADIS, N. Comparing Three Lenses, of Policy Choice. **Policy Studies Journal**, v. 26, n. 3, p. 434-448, set. 1998.

**46** Basicamente, neste caso a literatura aponta para o uso do “modelo de fluxo múltiplo” de Kingdom (KINGDOM, J. **Agendas, Alternatives, and Public Policies**. Boston: Addison-Wesley Educational, 1995).

**47** TATE, C. Neal; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

## **SOBRE OS AUTORES**

**Mariana Mota Prado (organizadora)** é professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto. É bacharela em direito pela Universidade de São Paulo e obteve seu mestrado (LL.M.) e doutorado (J.S.D.) pela Universidade de Yale. Foi pesquisadora visitante no Departamento de Ciência Política do MIT e professora visitante no CTLS (Centre for Transnational Legal Studies) em Londres; na FGV Direito RJ; na Faculdade de Direito do ITAM, no México; na Faculdade de Direito da Universidade de Los Andes, na Colômbia; e na Faculdade de Direito da Universidade de Porto Rico. Sua pesquisa é especialmente focada em reformas institucionais no Brasil, e uma de suas publicações mais recentes é um livro em coautoria com Michael Trebilcock, intitulado “Advanced Introduction to Law and Development” (Edward Elgar, 2014).

**Juliano Souza de Albuquerque Maranhão (capítulo 1)** é professor da Faculdade de Direito na Universidade de São Paulo. É bacharel em direito pela mesma instituição, onde, mais tarde, completou seu doutorado e livre-docência. Desenvolveu estudos de pós-doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e na Universidade Utrecht, na Holanda. Também foi pesquisador visitante nas Universidades de Miami (Estados Unidos), Leipzig (Alemanha) e Maastricht (Holanda). Possui 14 anos de experiência profissional em direito regulatório e antitruste. Publicou diversos artigos, livros e vários trabalhos sobre lógica e argumentação, concorrência e direito regulatório nas principais revistas de direito no Brasil e no exterior.

**Viviane Muller Prado (capítulo 2)** é professora e diretora do Centro de Pesquisas em Mercado e Investimentos da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Obteve seu doutorado em direito pela Universidade de São Paulo e seu bacharelado em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Foi Pesquisadora Convidada do Instituto Max-Planck para Direito Comparado e Direito Privado Internacional, em Hamburgo, e no Unidroit – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, em

Roma. Antes de iniciar sua carreira como docente, trabalhou com direito societário em São Paulo. Sua pesquisa foca em direito societário brasileiro e na regulação de valores mobiliários.

**Paulo Furquim Azevedo (capítulo 3)** é professor e coordenador do Centro de Estudos em Negócios do Insper. Possui doutorado em economia pela Universidade de São Paulo, e bacharelado em administração pública pela FGV. Foi Conselheiro do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) de 2006 a 2009. Foi também professor visitante do MIT, em 2012; pesquisador visitante da Universidade da Califórnia em Berkeley, entre 1994 e 1995; e professor da Universidade de São Paulo, da Universidade Federal de São Carlos e da Escola Paulista de Economia da FGV. Tem publicado extensivamente sobre regulação, política de concorrência, contratos entre empresas, coordenação vertical e “direito e economia”. Também trabalhou em diversos casos antitruste, seja como consultor ou como assistente técnico.

**Bruno Meyerhof Salama (capítulo 4)** é professor da Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas em São Paulo. Possui mestrado (LL.M.) e doutorado (J.S.D.) pela Universidade da Califórnia em Berkeley e bacharelado em direito pela Universidade de São Paulo. É também Professor Honorário da Universidade de San Martín de Porres, no Peru. Antes de iniciar sua carreira como docente, advogou em direito bancário e societário pelo escritório Sullivan & Cromwell LLP, em Nova York, e, antes disso, no escritório Pinheiro Neto Advogados, em São Paulo. É membro da OAB e do New York State Bar. Recebeu diversos prêmios internacionais e bolsas de pesquisa e publicou no Brasil e no exterior sobre tópicos relacionados a direito bancário e societário, “direito e economia” e “direito e desenvolvimento”.

**Patrícia Sampaio (capítulo 5)** é professora da Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV) no Rio de Janeiro e na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Graduou-se na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e possui mestrado e doutorado pela Universidade de São Paulo (USP). É pesquisadora no Centro de Pesquisas em Direito e Economia na Faculdade de Direito da FGV, no Rio

de Janeiro (CPDE/FGV). Sua pesquisa se concentra na intersecção entre o direito da concorrência e a regulação de serviços públicos. Publicou diversos livros e artigos nas áreas do direito da concorrência, regulação de serviços públicos e direito administrativo. É também advogada no Rio de Janeiro.

**Ricardo Morishita Wada (capítulo 5)** é diretor de Pesquisas e Projetos no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em Brasília. É bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, possui mestrado em direito pela Universidade de São Paulo (USP) e é candidato ao doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor de direito na Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV) no Rio de Janeiro. É membro-consultor da Comissão de Proteção ao Consumidor do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do Comitê de Energia, e membro convidado da Comissão Permanente sobre Acidentes de Consumo e do Comitê Nacional de Defesa do Consumidor para Assuntos Legislativos, ambos no Ministério da Justiça. É também ex-diretor do Departamento de Proteção ao Consumidor do Ministério da Justiça (2003-2010).

**Alexandre Ditzel Faraco (capítulo 6)** é professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Possui bacharelado em direito pela Universidade Federal do Paraná, doutorado e livre-docência pela Universidade de São Paulo. Foi pesquisador visitante do Instituto Max-Planck para Direito Comparado e Direito Privado Internacional, em Hamburgo, e na Faculdade de Direito de Yale. Sua pesquisa concentra-se em “direito e economia de redes” e direito da concorrência. É autor e coautor de oito livros sobre essas matérias, incluindo “Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e Internet” (Fórum, 2009) e “Temas atuais de direito da concorrência” (Singular, 2012).

**Caio Mario da Silva Pereira Neto (capítulo 6)** é professor de direito econômico na Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas em São Paulo. É bacharel em direito pela Universidade de São Paulo e possui mestrado (LL.M.) e doutorado (J.S.D.) pela Faculdade de Direito de Yale (EUA), onde também atuou como pesquisador do Information Society Project. Também

atuou como consultor do Banco Mundial avaliando as alterações propostas ao quadro regulatório da indústria de infraestrutura e assessorou governos em política de concorrência. Foi diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, onde era responsável pela coordenação entre as autoridades antitruste brasileiras (Secretaria de Direito Econômico (SDE), Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). É autor de diversos artigos, publicados no Brasil e no exterior, sobre assuntos relacionados ao direito antitruste e à regulação econômica.

**Diogo R. Coutinho (capítulo 6)** é professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pesquisador sênior do Cebrap (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento). Possui doutorado em direito pela Universidade de São Paulo e mestrado (M.S.) pela London School of Economics and Political Science. Sua pesquisa concentra-se em “direito e desenvolvimento”, direito administrativo, concorrência e políticas regulatórias.

**Leslie Shéri da Ferraz (capítulo 7)** é professora na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. É bacharela, mestre e doutora em direito pela Universidade de São Paulo. Em 2001, foi pesquisadora visitante da Università degli Studi di Firenze (Itália); e, em 2007 e 2011, foi pesquisadora convidada da Fordham University, em Nova York (EUA). Desde 2003, desenvolve pesquisa jurídica empírica no Brasil, patrocinada pelas Nações Unidas, pela Fundação Ford, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e pelo Ministério da Justiça. Coordenou projetos de pesquisa sobre Acesso à Justiça, Juizados Especiais de Pequenas Causas, Ações Coletivas, Direito Processual, Reforma do Direito Tributário, e Justiça Itinerante, entre outros. Uma de suas mais importantes publicações é “Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil” (FGV, 2010).

**Fernando Aith (capítulo 8)** é professor assistente na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP). É também membro do Conselho Deliberativo do Núcleo de Pesquisa de Direito da Saúde e Sanitário da Universidade de São Paulo. Obteve o bacharelado e o mestrado em direito pela

Universidade de São Paulo, e o doutorado pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Também possui um Diplôme d'Études Approfondies (DEA) de Droit Médical et de La Santé pela Paris 8, França. Possui diversas publicações nas áreas do direito da saúde e direito sanitário.

**Leandro Molhano Ribeiro (capítulo 9)** é professor das Faculdades de Direito e de Economia da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro. Possui bacharelado em ciências sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), mestrado em ciências sociais pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ (1999) e doutorado em ciências políticas pelo IUPERJ. Pesquisa políticas públicas, instituições políticas e análise de processo de tomada de decisão.

**Ivar A. Hartmann (capítulo 9)** é professor e pesquisador da Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro, onde coordena o projeto “Supremo em Números”. É bacharel e mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre, (PUC-RS), possui outro mestrado (LL.M.) pela Faculdade de Direito de Harvard e é candidato ao doutorado pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Sua pesquisa foca em direito cibernético, direitos fundamentais da pessoa e métodos empíricos.



acadêmica  
**LIVRE**

ISBN 978-85-64678-31-6

