

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 137

janeiro/março – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial

ANTONIO FONSECA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Três noções fundamentais. 2.1. Em torno da segurança jurídica. 2.2. Noção de interesse público. 2.3. Devido processo legal. 3. Instrumentos de planificação jurídica. 3.1. Importância das Guidelines. 3.2. Prova científica e percepção estatística. 3.3. Princípios de discricção administrativa. 4. Papel discricionário. 4.1. Função seletiva. 4.2. Função estrutural. 4.3. Função controle. 4.4. Discricionariiedade técnica? 5. Papel político: influências externas. 5.1. Tarefas extramandato. 5.2. Colaboração institucional. 5.3. Prestação de contas ao Executivo ou Legislativo. 5.4. Outras conexões institucionais. 5.5. Doutrina da State Action. 5.6. Aspecto da revisão judicial. 5.7. A agência e a mídia. 5.8. Aspecto da função promocional. 6. Justiça administrativa: à cata de um modelo.

1. Introdução

Um sistema de justiça confiável teria contribuído para o sucesso das colônias inglesas. As colônias luso-espanholas que não alcançaram igual nível de prosperidade eram dotadas de um sistema de decisão criticado pelos homens de negócios da época¹. Isto sugere que no período pré-industrial, tanto quanto nas modernas democracias, os sistemas de justiça administrativa e judicial são indispensáveis à legitimação do controle estatal.

Antonio Fonseca é PhD em Direito pela Universidade de Londres (Queen Mary & Westfield College), mestre em Direito pela UnB, procurador regional da República e advogado licenciado, conselheiro do Cade.

O texto, na sua versão inicial, foi adotado nas aulas ministradas pelo autor no Curso de Política da Concorrência sob a direção da FGV/CADE, nas cidades de Brasília e Rio de Janeiro, 1977.

¹Na sua obra *A Causa da Riqueza das Nações*, Adam Smith sublinha que as colônias inglesas conseguiram melhores resultados, comparados com os obtidos pelas colônias luso-espanholas, porque, ao contrário destas, dispunham, entre outras coisas, de um sistema confiável de administração da justiça. O autor sugere que os comerciantes tinham a segurança de que suas questões encontrariam uma solução justa.

A legitimidade do Estado está associada ao direito, cujo escopo e estrutura têm a forma que os juízes dão. Por isso, as cortes asseguram a vitalidade do Estado democrático, mediante o desempenho de um papel multifacetado no desenvolvimento do direito, na preservação do interesse público e segurança jurídica – pré-condições para uma estabilidade necessária aos investimentos e fomentação das relações de comércio. Os tribunais administrativos participam dessa mesma realidade.

Este trabalho discute o papel dos tribunais administrativos ou agências² e o controle das suas decisões. O objetivo é contribuir para uma proposta de modelo de justiça administrativa, que opere com interesses, normas, ações e reações. A partir da qualificação dessa realidade (natureza do problema), espera-se estabelecer alguns pressupostos que permitam formular a proposta. A hipótese é que um modelo de justiça administrativa deve incorporar um conjunto de valores, instrumentos de ação e comprometer-se. O entrelaçamento desses elementos definirá os papéis que os tribunais administrativos desempenham e qualificará o controle das suas decisões.

No desenvolvimento do trabalho, a experiência judicial é observada como um paralelo, bem assim a atuação de agências autônomas de outras jurisdições é considerada. O autor tem o benefício das experimentações pessoalmente realizadas como conselheiro do Cade e da experiência de duas décadas de efetiva atuação profissional perante juízos singulares e cortes judiciais. O trabalho não discute o sistema judicial em geral nem em particular, apenas, repita-se, toma-o como paradigma, o que permite lançar mão das lições que o mesmo sistema oferece.

O desenvolvimento do direito passa por um papel discricionário e político que qualifica a função dos tribunais administrativos³. À parte a discussão sobre se juízes podem ou não criar,

²A noção de agência abrange uma concepção e um modelo jurídico. A concepção de agência funda-se em três elementos: autonomia (poder de auto-organização), independência dos seus membros e observância do devido processo legal como instrumento necessário à justa prestação administrativa. Autarquia especial é o modelo jurídico adequado, mas não exclusivo.

³Segundo Richard A. Posner, esse misto de papel discricionário e político é uma combinação de “legislative, litigative, and enforcement functions”, delegadas pelo Congresso. *Economic analysis of Law*. 4. ed. Little Brown, 1992. p. 605.

é indiscutível a assertiva de que os tribunais não se limitam a dizer o direito⁴. Essa função é fundamental para estabelecer um ambiente de segurança jurídica, garantir um processo justo e zelar pelo interesse público. Essas três noções básicas são discutidas no item 2.

O item 3 explora os instrumentos necessários ao planejamento das ações do tribunal ou agência administrativa. Sem um planejamento adequado, a definição de papéis e sua realização ficam prejudicadas. O item 4 discute o papel discricionário e o item 5, o papel político. Ambos se completam e dão a gravidade dos encargos da entidade. Isso está sintetizado no item conclusivo, que busca avaliar e explicar os elementos da hipótese acima indicada.

2. Três noções fundamentais

A segurança jurídica atrai a idéia de previsibilidade das conseqüências decorrentes da aplicação das leis e regulamentos. Esse objetivo é, de certo modo, frustrado pela impossibilidade de se regulamentar plenamente todas as condutas humanas. Em obséquio a elas, a segurança jurídica é temperada com um ideal de justiça objetiva ou do caso concreto, comprometida com um direito dinâmico. A noção de interesse público suscita no aplicador do direito um comprometimento com o interesse da sociedade como um todo e contra os privilégios indevidos de elites, grupos ou indivíduos. O devido processo legal é uma apologia à ampla defesa e ao contraditório e responde a uma demanda de como aplicar o direito. Essas noções fundamentais são objetos de uma breve reflexão a seguir desenvolvida.

2.1. Em torno da segurança jurídica

Quanto mais o direito se torna certo, pela previsibilidade das conseqüências da incidência da norma ao caso concreto, mais gera condições de segurança. Onde o direito é claro e delimitado, garante o chamado câmbio das expectativas, isto é, propicia ao cidadão prever as conseqüências dos atos ou ações próprias ou de terceiros⁵.

⁴ FONSECA, Antonio. Técnica jurídica e função criadora da jurisprudência. *Rev. Inf. Legisl.* Brasília, v. 19, n. 75, p. 137-176, jul./set. 1982.

⁵ A reflexão sobre segurança jurídica segue o texto encontrado em *Direito Tributário : atitude científica e pensamento jurídico equitativo*, do autor, publicado em *R.T.J.E.*, v. 74, p. 9-28.

A organização da sociedade supõe a idéia de direito e está associada à noção de ordem e segurança. Essa noção é tão profunda que se revela conata à convivência humana. Segurança jurídica e certeza são, pois, postulados básicos que fazem parte da ordem jurídica positiva em todas as suas manifestações.

O postulado da certeza exige clareza na definição dos comportamentos humanos pela norma jurídica. Uma regra clara (conteúdo formal) tende a ser estável. É impossível, todavia, regulamentar todos os comportamentos humanos, muito menos fazê-lo de forma adequada. Isso acusa a existência de omissões, imprecisões, ambigüidades e contradições. Enfrentando este problema, o princípio da plenitude ou unidade da ordem jurídica tende a criar recursos interpretativos de modo a buscar sempre uma norma de decisão para um caso concreto, mas é um mito supor que a legislação oferece solução para toda controvérsia. Há situações em que a incidência de uma norma é certa. Em outras situações, a aplicação da mesma norma pode ser negada ou afirmada. É possível distinguir, portanto, um núcleo de certeza e uma margem de dúvida ou ambigüidade na aplicação de uma norma⁶.

Corolário da segurança é a sistematização do ordenamento jurídico, segundo o qual as normas estão subordinadas umas às outras pelo seu conteúdo (racionalismo material) e pela hierarquização de competências (racionalismo formal). A crença de que uma norma pode complementar outra alimenta a idéia de uma ordem plena. A esse respeito, a segurança cumpre um sentido racional ou lógico. Relacionar uma norma com outras, porém, nem sempre é possível. A tarefa exige habilidade de especialista, capaz de realizar adequada avaliação dos resultados.

Ainda que o conteúdo formal da norma continue o mesmo, concepções podem mudar com o tempo. Essa mudança pode ser de tal ordem que um direito certo, hoje, pode se tornar incerto amanhã. Um direito incerto é apto a gerar injustiça na sua aplicação. Daí a certeza do direito ter um sentido funcional. A ordenação de comportamentos traduz, também, um compromisso do legislador com a justiça, ou do tribunal com a equidade (justiça do caso concreto). O direito, assim, aspira a realizar valores mais altos na hierarquia axiológica.

⁶ JACKSON, Bernard S. *Law, fact and narrative coherence*. p. 144.

Usando do seu poder de subsunção, o juiz adapta a norma à exigência do justo, particularmente falando, para atender adequadamente a uma necessidade humana específica ou a uma política pública. Não se sabe em que medida o sistema jurídico constitui uma ordem pronta ou dada ao juiz. Pelo mister de julgar, o juiz tem um poder que lhe é próprio de reelaborar a lei. Isso dá ao direito um caráter dinâmico e permite um inevitável vaivém da segurança à equidade e da equidade à segurança.

A segurança, como se disse, está associada a uma imagem estática do direito. Esse lado conservador está em luta permanente com o caráter dinâmico do direito. Suposto que a realização da justiça é um compromisso inerente ao direito, é possível afirmar que a busca da segurança qualifica um conflito da justiça consigo mesma. Tudo isso torna a aplicação do direito uma tarefa desafiante, sobretudo quando a aplicação é inspirada no interesse público.

2.2. Noção de interesse público

A despeito da sua natureza intangível, interesse público é uma noção central para teoria jurídica e aplicação ou execução do direito. O seu conteúdo, *a priori* indefinido, é uma constante dor-de-cabeça para os tribunais, em qualquer ramo do direito e, em particular, no campo do direito da concorrência. Nesta breve reflexão, o interesse público é contrastado com o interesse privado. Não se busca estabelecer um conceito. O propósito é refletir sobre o processo de seleção dos critérios, para definir interesse público como elemento de legitimidade das decisões⁷.

O interesse público é elevado à categoria de fundamento de aceitação geral quando o legislador, dispondo sobre a generalidade das situações, invoca-o e quando os tribunais fazem dele ingrediente da racionalidade judicial. A esse respeito, o processo legislativo e os casos concretos são, de alguma forma, expressivas fontes de identificação do interesse público.

A imprecisão ou ambigüidade de conceito pode ensejar manipulação das normas. A invocação do interesse público sem critérios pode

⁷ A presente discussão acompanha o texto correspondente ao item 7.2.1, "reflections on public interest", capítulo 7 (*Adjudication on Non-Voluntary Licences over UK Patentes*) da tese de doutorado do autor, "Limiting Intellectual Property, the Competition Interface", Queen Mary and Westfield College, Unversidade de Londres, 1996.

servir a propósitos pouco convenientes ao bem comum. Segue-se que o parlamento e as cortes, ao estabelecerem o interesse público como optativo político ou judicial, têm o dever de assegurar que o interesse da sociedade como um todo não seja explorado por grupos particulares na busca de ganhos privados às expensas do público.

Há uma relação entre interesse individual e interesse público. Indivíduos ou grupos de indivíduos podem perseguir variados interesses. Nem todos esses interesses podem pertencer à sociedade como um todo. Essa observação leva ao pressuposto de que a sociedade é capaz de ter seus próprios interesses. A questão é como distinguir os interesses do público como um todo daqueles interesses reduzidos à esfera individual.

Pode-se argumentar que a reunião dos interesses individuais representaria o interesse da própria sociedade. Para que a afirmação se torne verdade é necessário que os interesses antagônicos desses mesmos indivíduos ou grupos de indivíduos sejam excluídos, ou que os indivíduos ou grupos desistam dos seus interesses conflitantes para afirmar os interesses comuns ou da coletividade. A assertiva pode ser possível em princípio, mas ninguém a reivindicaria como uma verdade universal. O que é de fato reclamado como pertencente à sociedade ou correspondente ao interesse público não passa da materialização do interesse de uma maioria contra o interesse de uma minoria. A partir dessas colocações, pode-se inferir os riscos da construção da noção de interesse público: a possibilidade que grupos imponham seus interesses sobre outros.

Se é certo que não há outra forma de estabelecer o interesse público senão pela regra da maioria, o processo como instrumento de decisão ganha um papel vital na teoria jurídica e no modo como o interesse público é oficialmente estabelecido. O reconhecimento do interesse público como elemento-chave significa que a implementação das políticas públicas deve produzir um benefício para sociedade. Fora desse objetivo, não há legitimidade possível. Ademais, a maneira como interesse individual e interesse público são relacionados é também uma questão de representação. Ao isolar e legalizar um interesse em particular, o legislador se vale

de todo um conjunto de informação que pode estar viciada e, assim, ele pode estar favorecendo a dominação ou repressão de grupos.

O caráter representativo do interesse público exige uma articulação de elementos que confere um sentido democrático ao processo legislativo e, ao mesmo tempo, permite uma justificação de interesses que vão além da esfera individual. Esse mecanismo descreve a conversão de optativos políticos em optativos jurídicos, destinados a repelir a usufruição individual de ocasionais benefícios. Tanto o parlamento ao fazer escolhas (optativos legais) ou ao tomar suas decisões, quanto às cortes ao operá-las, têm um objetivo comum: cuidar para que o interesse público não seja dirigido para o privilégio de uma elite. Até onde o quadro legal é capaz de garantir tal objetivo é um assunto da alçada das cortes ou tribunais administrativos. Em circunstâncias particulares, o que é bom para a sociedade como um todo deve corresponder ao interesse público.

Freqüentemente, os tribunais têm de aplicar conceitos imprecisos ou abertos. Noções, tais como, bem comum, liberdade de comércio e interesse dos consumidores, reúnem considerável força intelectual que apelam para a sensibilidade dos juízes. O desenvolvimento de tais conceitos exige um mínimo de racionalidade. Ao desincumbir-se dessa tarefa, a autoridade realiza uma política legal que não é dela, mas do parlamento. Segue-se que não cabe aos tribunais sobrepujar os optativos legais. Embora as autoridades administrativas e os tribunais sejam dotados de um mandato que lhes confere razoável liberdade de construção dos conceitos, essa franquia é limitada. Esse sentido de limitação governa toda a atuação do aplicador da norma e recebe uma qualificação particular, à luz do devido processo legal.

2.3. Devido processo legal

De origem americana, o instituto do devido processo legal tem conteúdo variável. O seu significado depende da cultura de cada país.

No Brasil, a Constituição Federal oferece os fundamentos do devido processo legal e a legislação ordinária os implementa. Esses fundamentos estão descritos a seguir.

Fundamentos Constitucionais do Devido Processo Legal

“Artigo 5º (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...)”

“Artigo 93 (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias e a seus advogados, ou somente a estes; (...)”

O princípio pode ser subdividido em dois aspectos: formal e substancial. Isto significa que a garantia processual, isto é, cumprimento de certas formalidades essenciais à ampla defesa e ao contraditório, é um requisito necessário à observância ou à aplicação adequada (*enforcement*) do direito. Isso se aplica também ao direito de concorrência e, assim, define um devido processo antitruste. Não se pretende esgotar toda a dimensão do instituto, o que escaparia do objetivo do presente trabalho. Deseja-se apenas estabelecer suas características mais notáveis⁸ descritas abaixo .

DIREITO DE SER OUVIDO

A audiência do administrado, além de fletir um princípio de justiça, traduz uma garantia de eficácia, porque não somente assegura ao interessado o conhecimento dos fatos e a possibilidade efetiva da sua participação útil no processo, como proporciona melhor recepção e cumprimento da decisão administrativa. Nesta linha situa-se o magistério de Agustín

⁸ Cf. discussão em Liquidação extrajudicial: multicrod, devido processo legal, por A. C. Fonseca da Silva. *RTFE* n. 66, p. 137-176.

A. Gordillo⁹, segundo o qual:

“El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros, y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia principio éste indiscutible en la doctrina y en la práctica – entonces es meridiano que la voz del afectado, aún en el más claros de los casos, aporta siempre un elemento más de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito ú oportunidad del acto”.

O princípio radica no direito natural, já inscrito na parêmia jurídica *nemo debet inauditus demnari* (ninguém deve ser condenado sem ser ouvido), designado, às vezes, por justiça natural e teria sido observado pelo Criador, que, antes de condenar Adão e Eva, os ouviu (Gênesis, 3, 9-19). A dimensão da regra permite desdobramentos vários, como a publicidade do processo administrativo, oportunidade de exposição de razões pelo administrado e administrado, expressa consideração dos argumentos e das questões propostas, dever de a administração decidir expressamente a sua decisão e direito de defesa por profissional habilitado.

A publicidade do processo diz respeito ao chamamento do interessado para se defender. As partes (administração e administrado) são colocadas em condições de se contrariarem. Descarta-se qualquer atuação em segredo, salvo circunstâncias excepcionálistimas justificadas pelo resguardo de situações. A publicidade compreende não somente o conhecimento das atuações administrativas, como também o exato conteúdo ou alcance da impugnação, de modo a permitir a formulação de defesa.

As razões de direito e de fato visam confortar um juízo de convicção. Há uma oportunidade adequada em que elas poderão ser oferecidas, variando segundo a modalidade ou o fim do processo. A sua exposição de ordinário deve preceder a de pronunciamento administrativo; a precedência atende a uma questão de utilidade. É desejável que o pronunciamento administrativo não ocorra muito distante da época do oferecimento das razões do administrado.

Desde que as questões e os argumentos suscitados se revelem pertinentes, a decisão deve

⁹ *RPD* 10, 1.19.

tocá-los, considerando-os expressamente. O silêncio ou a omissão da autoridade constitui falha em detrimento do direito de ser ouvido. Deve a decisão, portanto, ferir todos os fundamentos da defesa.

O dever de a administração decidir expressamente os requerimentos atende ao postulado de que todo pedido deve merecer uma resposta, seja em nível de impugnação ou de recurso, pedido de consulta, reconsideração ou de diligências. Tratando-se de pedidos plúrimos, formulados por meio de um só instrumento, tem a administração o dever de decidir expressamente cada um deles. A autoridade julgadora deve fundamentar a sua decisão, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes do processo. Isso exige uma indicação objetiva dos motivos formativos do convencimento.

Enfim, o direito de ser ouvido, na sua plenitude, não dispensa a defesa do administrado por profissional habilitado. A esse aspecto, não é necessário que a defesa seja feita por advogado. Entretanto, qualquer que seja o representante do administrado, quando este próprio não patrocinar a sua defesa, a ele é assegurado o acesso a todo expediente a fim de poder praticar todos os atos procedimentais indispensáveis a uma defesa eficaz.

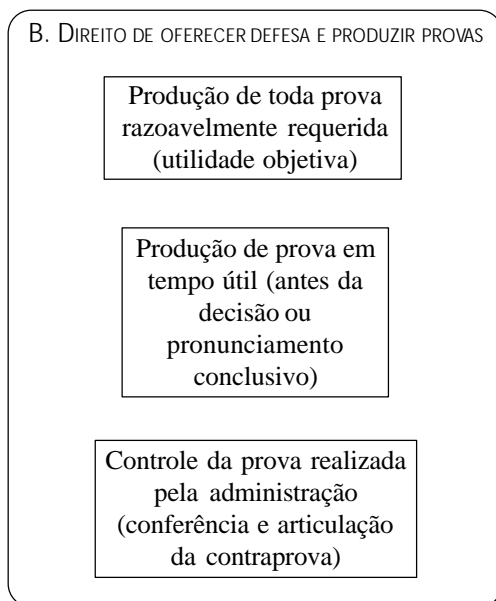
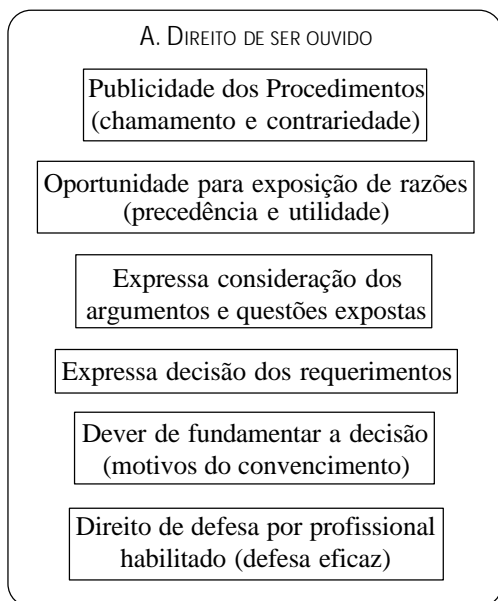
DIREITO DE OFERECER DEFESA E PRODUZIR PROVAS

A prova é dirigida à formação do convencimento do julgador. As diligências, perícias, quaisquer meios lícitos de prova compreendem-se no âmbito do contraditório, sem o qual o processo perde a sua legitimidade. O direito em destaque consiste em que: (a) toda prova razoavelmente requerida seja produzida; (b) a produção da prova deva ocorrer em tempo útil, tendo de ordinariamente preceder a decisão da controvérsia; e (c) o controle da produção da prova seja realizado pela administração.

Caberá à defesa requerer as provas que desejar produzir, ou por elas protestar, sempre atendendo a uma exigência de utilidade, objetivamente demonstrada ou deduzida das circunstâncias. A autoridade poderá, em despacho fundamentado, indeferir as que considerar impraticáveis, prescindíveis ou inúteis. Essa faculdade, porém, encontra limites, devendo a recusa atender a preceito de lei ou à razão de lógica jurídica. Se o escopo da prova é a procrastinação desarrazoada do feito, é evidente o seu descabimento.

A prova deferida merece ser produzida antes de um pronunciamento conclusivo sobre a matéria controvertida. O preceito de oportunidade aplica-se a toda prova cuja produção seja factível.

Síntese do devido processo legal CF, arts. 5º - LIV, LV, LVI, LX e 93 - IX



O direito de controlar (conferir, fiscalizar) a realização da prova, por fim, é conferida aos interessados para garantir a lisura dos procedimentos. Pretende-se, assim, evitar a realização de provas com preterição de formalidades legais essenciais ou por expediente fraudulento ou espúrio; presta-se ainda a orientar a articulação da contraprova.

Estes são os traços mais frisantes do devido processo legal. São um feixe de direitos, deveres e faculdades cuja operacionalidade atende a ditames lógicos e éticos, a exigências de oportunidade e utilidade, requisitos que se impõem enquanto “meios” e “recursos” inerentes ao contraditório e à ampla defesa.

3. Instrumentos de planificação jurídica

Parece estranho a idéia de planificar, ou dispor em planos, a ação jurídica do Estado. Essa ação jurídica envolve uma série de atribuições¹⁰ que melhor seriam desempenhadas se submetidas a um sentido de planejamento, que é obrigatório para a administração pública. O plano é um conceito fundamental associado ao desenvolvimento racional das ações reguladoras do poder estatal. O sentido de planificação jurídica aqui empregado é de ordenação de objetivos e de estratégia para cumpri-los, de acordo com uma linha ótima escolhida, dos quais a administração de uma justiça administrativa não pode prescindir. Essa exigência de planejamento administrativo pode variar de acordo com a complexidade do papel ou mandato conferido à agência ou tribunal administrativo.

Assume-se que o regulamento (*Guidelines*), a prova científica e os princípios ou regras de bom aviso, que limitam o poder discricionário, fazem parte de um instrumental necessário à estruturação de uma política da concorrência eficiente. Sem esses instrumentos, o teste de desempenho dessa política estará prejudicado pela falta de critérios objetivos.

3.1. Importância das *Guidelines*

De ordinário, guias (*Guidelines*) ou instruções não são vinculantes. No seu sentido amplo, elas podem abranger o regulamento ou regimento do órgão, de considerável valor para o desenvolvimento e aplicação transparente do direito. Como instrumentos de política legal,

¹⁰ Confirmam-se, por exemplo, os artigos 7º a 9º da Lei nº 8.884/94.

as *Guidelines* estabelecem categorias e regras que orientam um padrão de teste legal, instruindo um público-alvo e oferecendo um modelo de interpretação que pode ser considerado ou aproveitado pelos juizes. As *Guidelines* são importantes, como elementos de planificação jurídica e de transparência, bem como pelo seu caráter instrutivo¹¹.

O guia gera na autoridade uma atitude diante de situações jurídicas chaves. As tarefas desempenhadas no dia-a-dia são facilitadas, propiciando uma economia de meios (princípio dos meios eficientes). Isso permite que técnicos e pessoas que militam no foro administrativo possam prever como a autoridade agirá naquelas situações. Aplicando um meio eficiente e previsível, a autoridade se habilita a fazer um balanço de ganhos e perdas.

Há vários outros benefícios relacionados a programa de treinamento, montagem de orçamento e organização pelos técnicos da execução coordenada de atividades. O planejamento não é uma preocupação jurídica imediata. A abordagem do planejamento, todavia, coloca em foco a necessidade de se organizar as atividades de aplicação do direito ou execução das decisões como exigência de administração eficiente ou racionalização do desempenho da agência de concorrência. Ao estabelecer prioridades e alternativas, a autoridade organiza sua atuação e procura a solução mais eficiente de problemas, evitando esforços desnecessários ou contraproducentes.

A agência de concorrência desenvolve métodos de trabalho distintos daqueles normalmente aplicados pelos órgãos judiciais. Para desempenhar suas tarefas eficientemente, a autoridade antitruste, conservando sua independência, mantém conexões com outras agências governamentais, homens de negócios, associações de defesa da concorrência, órgãos internacionais e com a mídia visando informar ao público e difundir a cultura da concorrência. Essa interface exige respostas planejadas. A habilidade da agência para agir eficientemente deve refletir um papel avançado da burocracia estatal, em contraste com aquela visão que normalmente o público tem de uma máquina burocrática pesada e negligente.

Quanto ao aspecto da transparência, vale ressaltar que, sem guia ou regulamento, o órgão tende a atuar com base em padrões de com-

¹¹ Sobre o assunto, ver “Tese” do autor, capítulo 6, seção 6.3, tópico *the guideline approach*.

portamento hauridos de experiência não-escrita e conhecidos apenas por um reduzido número de funcionários. O aprendizado de situações passadas pode ser válido se ajudar a estabelecer paradigmas que sirvam de base para decisões futuras. Na ausência de guia não institucionalizado, critérios não-escritos são confinados ao conhecimento de poucos funcionários ou técnicos. Valiosas informações terminam não sendo compartilhadas com superiores. Essas informações podem ser importantes para a política ou estratégia do órgão. A falta de critérios na produção e gerência de dados relevantes impede o adequado tratamento e disseminação da informação. Corre-se o risco de se produzir decisões mal informadas.

O papel instrutivo do regulamento pode ser encarado do ponto de vista dos destinatários das regras da concorrência. A adequada orientação ajuda os homens de negócio e as associações de comércio a observarem o direito, ou pode encorajar os agentes a evitar atividades de risco, deter condutas aventureiras e ainda criar fortes expectativas de se estar trilhando rota legal. Evitam-se, assim, condenação em multas, dispendiosas disputas e o risco de se ter um ato ou contrato anulado.

Um guia interpretativo pode esclarecer pontos obscuros de dispositivos vagos, ou estabelecer condições para aplicações de conceitos ou regras rígidas, eliminando restrições impróprias e evitando discussões desnecessárias. Onde a lei permite mais de uma interpretação, o guia pode fazer uma escolha possível que pode ser observada pelo Judiciário. A esse respeito, o guia ou regulamento pode facilitar não somente o trabalho de consultoria privada, como também ser usado como canal de legítimos anseios de grupos.

O guia, enfim, pode ser alterado de tempo em tempo para operacionalizar uma nova política. Esse senso de flexibilidade é uma característica que muito se atende ao direito moderno da concorrência, comprometido com um processo competitivo dinâmico e baseado numa realidade econômica de difícil percepção.

3.2. Prova científica e percepção estatística

Em diversos campos do conhecimento, a experiência humana é expressa em dados dispostos estatisticamente. Elementos de estatísticas têm sido usados para descrição de uma realidade ou elaboração de inferências que, por vezes, influenciam a percepção dos juízes. A

freqüência do uso de estatísticas nos tribunais levou o juiz Holmes, da Suprema Corte americana, a afirmar que algum conhecimento de estatística não é um dever, é apenas uma necessidade¹². Estatística é realmente importante? Do ponto de vista do processo administrativo ou judicial, uma questão geralmente suscitada é sobre a justa avaliação por juízes, advogados e técnicos dos modelos estatísticos, e se tais modelos asseguram o devido tratamento dos dados em questão.

O uso de estatística tem contribuído para o discurso racional envolvendo assuntos de interesse público. Esse uso tem sido feito por economistas, cientistas sociais, geneticistas, epidemiologistas, engenheiros, físicos, biólogos e outros profissionais, atuando como testemunhas ou técnicos dentro das respectivas especialidades. Os juízes nem sempre têm disposição e habilidade para apreciar números. Isso pode ser uma deficiência dos cursos jurídicos que ainda não descobriram os números como instrumentos de argumentação jurídica. Daí, muita estatística pode atrapalhar o tratamento da prova. Com a devida assistência, os tribunais administrativos e judiciais são capazes de avaliar bem a prova estatística. Mas a falta da assistência adequada pode fazer que bons modelos estatísticos sejam sumariamente rejeitados, ou que deficientes modelos sejam acolhidos sem a devida crítica. A reflexão a seguir tenta ressaltar as virtudes e vicissitudes de algumas técnicas estatísticas, capazes de impressionar e atribuir crédito a pressupostos jurídicos nem sempre adequadamente avaliados.

A prova científica caracteriza-se pela busca do conhecimento ou verdades gerais, mediante a descoberta ou revelação das leis fundamentais da natureza e do modo como elas operam e interrelacionam-se. Isso cria uma atitude que coloca um grupo de profissionais, tais como técnicos, advogados, membros do Ministério Público e juízes em contato com o mundo físico e seus fenômenos, gerando observações imparciais e experimentações sistemáticas. Guardadas as devidas precauções, isso é perfeitamente adequado à exigência de motivação das decisões, desde que sejam criados modelos de análises com a formulação adequada de hipóteses. No processo administrativo antitruste, o resultado de uma prática ou conduta é

¹² FINKELSTEIN, Michael O., LEVIN, Bruce. *Statistics for Lawyers*. Prefácio VIII e IX. Springer-Verlag, 1990.

particularmente crucial, independentemente da sua valoração subjetiva, sendo a prova técnica, neste setor da administração pública, de extrema necessidade¹³.

O tratamento científico da prova não garante necessariamente a solução ótima de um problema jurídico, mas pelo menos permite manejá-lo de forma racional, mediante o emprego de diversas técnicas envolvendo amostragem, combinação ou comparação, descrição, contagem ou computação, probabilidade, inferências e regressão. Como se disse, o instrumental estatístico ou matemático pode contribuir para o processo de investigação e convencimento, mas pode também ser usado inescrupulosamente para obscurecer ou reduzir o impacto de evidências ou fatos determinantes. Daí é preciso que todo modelo seja submetido a uma avaliação crítica, em que, por exemplo, permita-se testar uma dada hipótese contra uma outra alternativa, estabelecendo-se, ao final, a hipótese nula ou falsa.

A seguir, alguns exemplos de estudos estatísticos envolvendo questões legais:

- Um interessante experimento realizado no início da década de 60, em que foram usados métodos de estatística descritiva, procurou responder se uma pessoa, com evidentes laços com a comunidade local, uma vez presa e depois solta sem fiança, retornaria para responder à acusação. O resultado foi um sucesso surpreendente: apenas 1% (3/250) dos recomendados para livramento condicional naquela base não retornou. Esse resultado passou a ser observado pela Justiça dos Estados Unidos. Um significativo dado revelado pelo estudo foi que um número desproporcionalmente grande daqueles recomendados para livramento (60%) foram absolvidos. Um estudo estatístico de regressão múltipla sugeriu que, depois de considerados outros fatores, o fator prisão, antes do processo sozinho, aumentou a probabilidade de condenação. O sistema de fiança com base nesse estudo foi contestado, sem sucesso. A Corte de Apelação de New York estabeleceu: “Não é porque a fiança é exigida que o acusado afinal

¹³ É cada vez mais verdadeira a assertiva de que é impossível se desenvolver uma política de concorrência consistente e eficiente sem um serviço de pesquisa sistemática. A falta desse serviço e da capacidade de avaliação crítica da prova emprestada enfraquecem as decisões da agência.

é condenado. É pela probabilidade de ele ser condenado que a fiança é exigida”¹⁴.

- Uma associação nacional de produtores de ovos encomendou uma propaganda afirmando que não havia evidência científica autorizada e segura de que o consumo de ovos, mesmo em quantidade discreta, aumentava o risco de ataque de coração. A FTC abriu um processo para retirar a propaganda sob o fundamento de que ela era falsa e enganosa. No processo, o pessoal da FTC introduziu dados preparados pela OMS relatando consumo de colesterol e taxas de doenças das coronárias em 40 países. Peritos que atuaram como testemunhas da FTC usaram método de descrição estatística.

- O Departamento Americano de Justiça adota o Herfindahl Índice para selecionar as concentrações a serem investigadas. O índice é calculado pelo somatório do quadrado das participações no mercado de cada firma. Varia de 0 a 10.000. O índice abaixo de 1.000 não oferece preocupação. Abaixo de 1.800 representa uma concentração moderada. Acima de 1.800 a concentração é alta, indicando um estado de alerta¹⁵.

- Probabilidade matemática tem sido discutida em comparações de cabelo humano. Fios de cabelo encontrados no local do crime ou na vítima são comparados com cabelos de pessoas suspeitas.

- Amostragem estatística é largamente usada por contabilistas em auditorias. Num determinado caso, um contabilista não conseguiu detectar nenhuma das 17 faturas fraudulentas num grupo de 100 faturas. Isso gerou um processo por negligência.

- Acusado de estupro, um homem de cor negra, em 1961, foi condenado à pena de morte, no Estado de Arkansas. A vítima era uma mulher de cor branca. Em *habeas corpus*, o

¹⁴ FINKELSTEIN, LEVIN, op. cit., p. 8. Como este, os demais exemplos são da mesma obra.

¹⁵ Na jurisdição americana, o HHI é um indicador útil do potencial de efeito competitivo da operação de concentração, sugerindo aprofundamento da análise ou não, conforme o índice seja superior ou inferior a 1800. Cf. Horizontal Merger Guidelines (1992) do Departamento de Justiça e da FTC americanos, item 1.5, em *ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments*, 3. ed. Apêndice F, vol. 2, 1992. O referido índice não tem função na prática de avaliação de concentração pelo CADE. A Lei nº 8.884/94 adota padrão próprio (artigos 20 § 3º e 54 § 3º).

condenado alegou que a pena foi aplicada de modo racialmente discriminatório. O argumento baseou-se num estudo de um sociólogo da Universidade de Pennsylvania. Segundo esse estudo, que examinou as sentenças de estupro numa amostra representativa de 19 condados daquele Estado, “as variáveis críticas na determinação da sentença de morte foram a raça do condenado e a raça da vítima”¹⁶.

- Inferência estatística para duas proporções tem sido usada para estudo dos efeitos do baixo nível de radiação de fornos de microondas. A questão é se os microondas causam câncer. Os estudos têm sido conduzidos em ratos.

- Pesquisa para medir confusão entre consumidores, nos casos de infringimento de marcas, tem suscitado problemas de amostragem. Uma empresa, titular da marca Dominó para identificar o produto açúcar, processou outra empresa (Domino’s Pizza Inc.) que usava a mesma palavra para identificar pizzas. Pesquisa realizada em dez cidades do leste dos Estados Unidos, em duas das quais o serviço de pizza Dominó era fornecido, entrevistou 525 pessoas, todas donas de casa envolvidas nos seus afazeres domésticos, responsáveis pelas compras de mercearia. Durante a entrevista, uma caixa de pizza Dominó era exibida. Parte das entrevistadas revelou acreditar que a empresa que produzia pizza produzia também outros produtos. Desse grupo, um percentual acreditava que a empresa de pizza também produzia açúcar. O padrão de amostragem foi submetido a críticas.

O uso da pesquisa científica contribui, portanto, para a aplicação racional do poder discricionário na formulação e operacionalização das políticas públicas.

3.3. Princípios de discricção administrativa

Os princípios que orientam o exercício da discricção administrativa encerram limitações de duas ordens: legal ou estatutária e judicial. Construídas pelo legislador ou pelos tribunais, essas limitações comunicam um dever de justificar as decisões, um senso de adequação de motivos e um dever/poder de atuar quando necessário. Os princípios que decorrem da estrutura reguladora guardam correlação entre si e podem ser assim estabelecidos¹⁷.

¹⁶ Idem, p. 189.

¹⁷ Os princípios discutidos decorrem da jurisprudência ou dos textos legais. Ver “tese” do autor, capítulo 7.4 (*principles of judicial discretion* : a summary).

Ao exercitar seu poder discricionário, a autoridade pode fazer tudo, não proibido por lei, para implementar um objetivo legal específico. Desse modo, a autoridade realiza dupla função, de guardiã da ordem econômica e de curador do direito individual à livre concorrência. A agência de concorrência se faz intérprete da política do legislador e a implementa em primeiro grau. A tarefa de completar o direito envolve opções. As escolhas que a autoridade faz não são propriamente suas, mas do legislador.

Um outro princípio é que a autoridade não pode impor restrições ou encargos inconsistentes com a política legal, nem sua discricção pode gerar desnecessário embaraço ou ônus sobre a propriedade privada. Outra limitação estabelece que a autoridade não deve fixar critérios ou políticas tão rígidas que inviabilizem o exercício da discricção no caso concreto. Isso reclama um sentido prático e de flexibilidade na formulação de instruções destinadas a regular as situações mais ou menos gerais.

O dever de considerar os objetivos legais é uma exigência de motivação das decisões. Mediante a declaração de razões, a autoridade pode demonstrar que uma abordagem racional foi procedida, numa decisão em concreto, contra uma atitude de capricho ou preconceito. A discricção do caso individual deve-se fundar na razão, resgatada da observação ou experiência, ou ainda de diretrizes técnicas.

Para exercitar discricção adequadamente, diz outro princípio, deve-se dispensar adequada consideração ao mérito e aos fatos do caso individual, isto é, exige-se tratar os pontos-chaves de maneira racional, desenvolvendo-se argumentos informados. Racionalmente razoáveis são aqueles argumentos conclusivos e determinativos de respostas coerentes.

O dever de atuar, enfim, para atender a uma necessidade, decorre da percepção de que a autoridade possui um poder-dever de dar as respostas corretas para acudir a um interesse legalmente protegido. Essa proteção é definida a partir da Constituição, consolidada nas leis e implementada pelo regulamento. Dar uma resposta adequada a um interesse juridicamente relevante passa por um processo de justificação legalmente permissível. Isso revela o caráter interativo ou complementar dos princípios que orientam o poder discricionário da autoridade.

A observação óbvia é que não existe um poder discricionário ilimitado. O grau de dis-

crição é função do enunciado das disposições legais. Uma vez revelada, a discricção poderá ser corrigida pela mesma autoridade ou por outra. Não se sabe ou não se pode afirmar, *a priori*, até onde uma discricção originária poderá ser alterada ou substituída por um poder discricionário superveniente ou posterior. O certo é que, ordinariamente, a discricção administrativa, de primeiro grau ou extrajudicial, não deve ser perturbada, a não ser para reparar erros *in decidendo* que fazem a decisão original inconsistente com as letras ou objetivos legais, ou ainda com os interesses individuais legalmente protegidos. Vale esclarecer, finalmente, que à autoridade judicial não cabe dizer como a autoridade administrativa deve exercer sua discricção. Em suma, a discricção administrativa não pode, em princípio, ser substituída pela discricção judicial, a menos que esta seja um imperativo à reparação de um direito individual ou coletivo judicialmente exigível¹⁸.

4. Papel discricionário

Grande responsabilidade recai sobre as agências ou tribunais administrativos encarregados de decidir sobre assuntos que afetam a propriedade privada. A esses órgãos é conferido um poder discricionário que lhes permite se equipar. Tal poder é mais ou menos amplo, dependendo da complexidade do mandato, e deve ser usado tendo em vista a realidade mutante do mercado e as necessidades da sociedade consumidora. Nesse sentido a discricionariade é necessária, mas delicada pelo potencial de abuso que esse poder oferece.

O poder discricionário é aqui explorado sob quatro ângulos ou diferentes tipos de escolhas: seleção das situações de risco e seu tratamento; estruturação dos procedimentos de atuação; controle de qualidade dos serviços prestados pela agência (auto controle) e opções técnicas adotadas em cada caso.

¹⁸A propósito, vale conferir a doutrina do controle judicial na tradição do *common law*. Em seu manual, Wade & Bradley escrevem: "Judicial control cannot be a substitute for administrative or political control of the 'merits' or 'expediency' of official decisions. Nor are the judges responsible for the efficiency of the administration. But the courts ensure that decisions made on political or other grounds conform to the law and that certain basic standards of fair procedure are observed". p. 626.

4.1. Função seletiva

Como foi dito, poder discricionário é o poder para fazer escolhas entre várias possibilidades de ação ou omissão. Particularmente no domínio da concorrência, é instrutivo dirigir a atenção do leitor sobre como a União Européia tem usado o poder de selecionar as situações sobre as quais o direito é aplicado¹⁹. Como se sabe, o direito da concorrência na União é materializado nos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma que descrevem com certa amplitude os acordos privados, práticas concertadas e abusos de posição dominante capazes de gerar efeitos adversos ao comércio no interior da União ou entre os Estados-membros. O amplo escopo dos dispositivos levaram a União a adotar uma política seletiva, estabelecendo situações que estariam cobertas e outras não alcançadas pelos artigos 85 e 86²⁰. Isso somente foi possível depois de se adquirir suficiente experiência nos casos concretos, que atingiram um volume preocupante.

Por volta de 1963, algo em torno de 37.000 casos de conduta aguardavam julgamento. A primeira tarefa da Comissão foi agrupar os casos por categorias de práticas restritivas. A análise dessas práticas tornou possível a definição das condições objetivas de exclusão de certos acordos. Depois de decidir um certo número de casos dentro de cada categoria, a Comissão passou a regular bloco de isenções (*group exemptions*). A primeira categoria disciplinada foi a de certos acordos de exclusividade, em que se concentrava o maior número de processos.

Em 1967, a Comissão entendeu que havia adquirido bastante experiência no trato dos acordos de exclusividade e expediu o Regulamento 67/67-CEE. Com base nesse Regulamento, mais de 13.000 casos foram informalmente encerrados naquele ano. Em dezembro de 1972, os casos de conduta somavam apenas 2.873 processos. Hoje há regulamentos com disposições específicas sobre acordos de distribuição exclusiva ou compra exclusiva aplicáveis

¹⁹O resumo a seguir é baseado no relato de Karl Mathias Meessen, in Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice in Europe and America*. Universidade de Illinois, 1976.

²⁰Posner apóia essa atividade seletiva sob o fundamento (*assumption*) de que "the agency acts as a rational maximizer, comparing the expected returns and expected costs of alternative uses of its resources". Op. cit., p. 602.

a fornecimento de cervejas, postos revendedores de combustíveis e veículos automotivos.

Outros regulamentos em vigor disciplinam acordos, tais como transferência de tecnologia e *know-how*, *joint-venture*, pesquisa e desenvolvimento, e franquia. De modo geral, esses regulamentos modelam uma estrutura de acordo não considerado danoso à concorrência, sendo desnecessária sua apresentação e exame. As empresas são livres para adotar a estrutura de acordo com o que mais atender às necessidades do seu negócio, ficando obrigadas, todavia, a submeter à apreciação qualquer contrato fora da modelagem preestabelecida.

Os critérios de seleção que a Comissão adotou na década de 60 incluíam denúncias sobre as quais havia representação formal ou que eram objeto de litígio nas cortes dos Estados-membros, casos não notificados, casos sobre o art. 86 e casos sobre práticas restritivas notificadas antes de o mesmo artigo entrar em vigor. Numa etapa posterior, os critérios foram estabelecidos de acordo com a natureza e importância das condutas ou seu impacto no mercado comum. A política então esboçada procurava contemplar todos os setores econômicos, considerando as situações como precedentes para interpretação dos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma²¹.

A estruturação ou construção do direito atendia a uma exigência de ordem pública. Ao perseguir tal intento, a política comunitária, de alguma forma, sacrificava interesses individuais. Com o objetivo de obter alguma isenção para os seus casos, as empresas apresentavam contratos para apreciação. A falta de apreciação dentro de um certo período de tempo provocava um dilema para as empresas. Esse prazo podia variar de três a quatro anos ou chegar a uma década. Se o contrato contendo cláusulas restritivas era afinal isentado (*exempted*) ou aprovado (*cleaned*), tudo bem. Uma decisão em sentido oposto era, todavia, um risco incômodo para a empresa que ousasse aplicar um contrato pendente de apreciação.

Os regulamentos de isenção terminam padronizando certos tipos de acordos e, ao mesmo tempo, produzem uma base legal que permite à Comissão tomar uma decisão individual e possibilitam às empresas prever as consequências da sua atuação.

4.2. Função estrutural

Além dos regulamentos que definem uma descrição seletiva, uma agência ou tribunal administrativo recorre a um conjunto de regras de procedimento que estruturam o poder discricionário. Os instrumentos que incorporam essas regras são vários, mais ou menos vinculativos, tais como regimentos, resoluções, portarias ou decisões individuais. Embora sem poder vinculativo, certas publicações, tais como boletins, cartilhas, relatórios administrativos, declarações oficiais ou artigos veiculados em publicações oficiais podem ter algum caráter informativo da linha de pensamento sobre como o órgão estrutura os seus procedimentos.

Sem a rigidez de um código de processo, os instrumentos procedimentais disciplinam a posição processual de pessoas, empresas e, menos freqüentemente, órgãos governamentais que de alguma forma se relacionam com o tribunal ou agência e estão sujeitos às suas decisões. A falta de normas procedimentais sobre a estruturação do poder discricionário pode gerar custos adicionais e uma insegurança para os agentes ou seus representantes. Isso pode ser constatado no cotidiano de uma agência. É comum os representantes dos agentes fazerem visitas a funcionários encarregados de determinados serviços, em busca de orientação da atuação do órgão. Essa informação é refletida na estratégia de apresentação de defesa ou esclarecimento de situações.

Estruturar o poder discricionário, em suma, representa limitar o exercício desse poder. A insegurança pela falta dessas normas decorre da possibilidade de tratamento diferenciado dispensado aos agentes, que ficam sujeitos a maior ou menor experiência da autoridade. Ademais, a falta de normas de procedimentos freqüentemente leva a atrasos na condução e decisão dos casos, provocados por longas discussões casuístas. Em se tratando de colegiado, pode ocorrer que cada membro, com atribuições específicas, imprima sua velocidade e o rumo que entender adequados.

A estruturação do poder discricionário envolve a ordenação de atividades, tais como: investigação, realização de audiências, tomada de depoimentos orais, produção de documentos e ordem dos julgamentos. Uma regulamentação mínima desses itens, geralmente, é estabelecida em lei que, todavia, atribui aos tribunais administrativos o necessário poder para

²¹ MEESSEN, op. cit., p. 92.

se organizarem e desenvolverem a regulamentação daquelas atividades.

4.3. Função controle

Todo órgão que reivindica uma porção de autonomia tem o dever de desenvolver um auto-controle, de modo a assegurar a qualidade do serviço oferecido à sociedade. Disso decorre um poder de revisão das próprias decisões e de tomar medidas reparadoras contra ações e omissões ilícitas de servidores pouco qualificados para as funções.

Pelo menos numa determinada fase inicial da experiência de uma agência, a aplicação e desenvolvimento do direito da concorrência submetem-se a um *blend* de erros e acertos. A reflexão sobre decisões passadas contribui para aperfeiçoamento de decisões futuras. A correção de imperfeições é, por vezes, resultado da mudança de linha de pensamento ou do modo como situações pouco conhecidas são tratadas. Uma decisão que reflita uma correção de rumo não afeta, necessariamente, decisões passadas. No entanto, sempre que se mostre útil pelos seus resultados práticos, uma decisão poderá ser revista.

A questão que se coloca no trato da revisão é a dos limites do poder revisional. Em princípio, a revisão pode ser de ofício ou a pedido. Aqui não se cuida de discorrer sobre a revisibilidade das decisões administrativas. Cumpre apenas observar que a consumação de uma situação de fato, com a consolidação de um direito individual, ordinariamente interdita a revisão de ofício. Exceção se dá quando o beneficiário da decisão original concorreu para o vício, motivo da revisão.

Uma falha grave na administração do serviço força a autoridade competente a investigar o assunto adequadamente e produzir uma resposta motivada. O estatuto dos servidores estabelece o procedimento e as penas adequadas que poderão ser adotadas no caso de uma falta disciplinar, que não exclui a aplicação de outras sanções administrativas e penais.

A função controle dos tribunais ou agências administrativas é particularmente importante e necessária em face do escopo do poder discricionário seletivo. Se o tribunal goza da faculdade de estabelecer o que pode ou deve investigar ou o que não deve, está-se diante de uma porta aberta para todo tipo de abuso, inclusive discriminações injustas e expedientes de captura ou corrupção. Isto é particularmente

sério quanto à justiça administrativa aplicada à política da concorrência. A esse respeito, as considerações a seguir se valem novamente das lições de Karl Matthias Meessen sobre os sistemas americano e europeu.

Referindo-se aos dois sistemas de adjudicações, Karl Meessen escreve:

“Discretion with respect to initiating an enforcement proceeding is much broader and much less controlled, both in Europe and in America. The great discretionary power in both instances is the power not to enforce, either in general, against class of parties, or against a particular party. And, of course, discretion not to enforce intrinsically involves discretion to discriminate – a power very dangerous to justice”²².

A possibilidade de escolha sobre o que investigar pode eventualmente traduzir na opção de condenar ou não condenar. Quando se trata de investigação e condenação, a cautela da agência é redobrada. Nisso reside um risco de negligência com um interesse público que é remetido a um contexto de barganha: os casos aparentemente sem importância, que se deixa de investigar ou são submetidos a uma investigação simples, são compensados com o tempo e os recursos poupados para profunda investigação dos casos importantes. Para que isso assegure uma maximização da eficiência na utilização dos meios disponíveis é necessário um controle severo dos resultados. Refletindo sobre a política seletiva e a utilização de recursos humanos na Europa, Karl Meessen aduz:

“The affirmative decision is reviewed by at least twenty officers with university degrees, but the negative decision rests mainly with the individual official and comes to the attention of only a small number of officials. Mr. Meessen explicitly says he was unable to determine whether the power to delay has ever been abused. The European system may thus provide less than adequate protection against possible abuse of the discretionary power not to enforce”²³.

O potencial de abuso se agrava na proporção da deficiência de controle. A crítica que a esse respeito recai sobre o serviço da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Americano é esta:

²² Ibidem, p. 96-97.

²³ Ibidem, p. 97.

“The discretionary power of nonenforcement is enormous and little protected. No one outside the Department of Justice supervises or reviews decisions not to investigate or decisions not to prosecute. Such negative decisions are secretly made. No systematic reporting of them to anyone is required. The officers who make the decisions may have private conferences with parties under investigation, and those parties do not always limit their presentations to facts and arguments; they may use influence of various kinds - influence that is typically known only to the officers with whom they are dealing. The potential for abuse is almost unlimited. If abuse occurs, the possibility of its detection or correction is slight, usually almost nonexistent”²⁴.

À administração também cabe estabelecer mecanismos de avaliação dos resultados. Isso permite detectar falhas e gera oportunidade de reparação. Avaliar resultados revela um comprometimento com o controle de qualidade da justiça administrativa. Afora o auto controle ou controle interno, existe o controle externo, de ordinário realizado pelo poder judiciário e/ou pelo parlamento, este quando provido pelo quadro legal.

O controle judicial decorre da regra segundo a qual nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída do conhecimento do Poder Judicial, cuja função tem o escopo, essencialmente, de podar excessos da autoridade, proteger a concorrência e os direitos e garantias individuais enquanto categorias de bens jurídicos tutelados. Diz-se que os juízes enquanto órgãos judiciais estão formados na proteção de direitos, não na proteção do interesse geral que representa a concorrência. Isso leva à discussão sobre o preparo do Judiciário para decidir as questões sobre o assunto em apreço. Esta é uma preocupação desprezível que somente poderá se tornar num fato sério se o padrão das decisões da agência administrativa for um fiasco. Todo juiz poderá tornar-se um perito em matéria de concorrência, desde que ele tenha oportunidades para desenvolver sua capacidade de compreensão. A falta de perícia é preenchida por bons assistentes técnicos.

4.4. Discrecionabilidade técnica?

A técnica está cada vez mais presente na formulação das políticas públicas e na aplica-

²⁴ *Ibidem*, p. 98.

ção do direito administrativo²⁵. Alguns exemplos incluem as políticas de meio ambiente, fiscal, financeira, indígena, defesa da concorrência, defesa do consumidor e de desapropriações para reforma agrária. O grau de precisão da técnica varia. A variação pode determinar sua rejeição como elemento de apoio ou tornar a sua revisão ou controle excessivamente oneroso. Enquanto sua contribuição é de indiscutível valia no domínio da aplicação do direito público, o uso da técnica é objeto de interminável controvérsia. Questiona-se a existência de discrecionabilidade técnica a qualificar uma decisão administrativa e a possibilidade de revisão desta pelo Judiciário. O ponto que se deseja firmar é que não há propriamente uma discrecionabilidade técnica a se confundir com uma decisão administrativa. Esta, em face de uma alegação de lesão de direito, é sempre passível de revisão pelo Judiciário.

O direito ou regulamento pode admitir alguma liberdade de escolha mais ou menos variável, mas tal exercício nunca toma caráter ilimitado. O exercício de funções administrativas normalmente envolve a escolha entre duas ou mais ações possíveis por parte da autoridade²⁶. O legislador pode prever que a administração busque opções para realizar a função administrativa e vincular o administrador a uma ação específica ou deixá-lo livre para fazer a opção técnica que entender adequada.

A técnica não é uma figura autônoma, isto é, que vale por si. Ela pode indicar um comportamento da autoridade na busca do melhor resultado na aplicação do direito público. Daí Régis de Oliveira²⁷ afirma: a técnica pode ser um “antecedente ou pressuposto, fornecendo

²⁵ A prova do fato ou direito dependente de conhecimento técnico especializado deverá sempre ser realizada, assegurada a livre manifestação do ponto de vista do perito.

²⁶ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, discrecionabilidade “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. – *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. Malheiros, 1992. p. 48.

²⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. Revista dos Tribunais, 1992. p. 92-93.

elementos para o exercício do poder discricionário.” Ele acrescenta categoricamente:

“Não se pode falar em discricionari-
idade técnica. Se algum ato necessita de
regras técnicas para ser editado, são elas
anteriores a sua emanção. (...) “Pode
ocorrer que a própria lei determine a
colheita de parecer técnico para a reali-
zação de determinada atividade. Em tal
hipótese, estar-se-á diante do ato vincu-
lado”²⁸.

O entendimento é confirmado por outros
clássicos do Direito Administrativo.

Com arrimo em Ranalletti, Rafael Bielsa²⁹
escreve:

“En general, la actividad puramente
técnica es considerada como actividad
libre de la Administración. Y se com-
prende que cuando tal actividad no se la
refiere a derechos o a intereses legítimos
de los administrados, no puede hablarse
ni de actividad reglada ni de actividad
discrecional. Sin embargo, adviértase
que la calificación de una cuestión o de
un problema de orden técnico supone
necesariamente operaciones en las cua-
les la consideración o la valoración del
interés colectivo está subordinada a pre-
ceptos o reglas de orden científico”.

Linaires³⁰ sugere que um ato fundado numa
política técnico-científica que carece de objeti-
vidade racional não é juridicamente razoável.
Ele acrescenta:

“cuando se trata de normas generales
dictadas en base a la técnica menos pre-
cisa, como por ejemplo la técnica de las
ciencias culturales, la determinación del
error de la normación política genérica
y, por ende, de la irrazonabilidad jurí-
dica de la norma individual, es más difi-
cil”.

Isso pode criar nos juízes uma resistência à
anulação do ato. O autor se pergunta se o com-
portamento da autoridade realizado mediante
um ato fundado em razões técnicas é ou não
discricionariade técnica e se esse poder é ou
não controlável pelo Judiciário. Ele entende que
esse comportamento encerra um “arbitrio polí-

²⁸ Ibidem.

²⁹ *Derecho Administrativo*. 4. ed. Ateneo, 1947.
v. 563.

³⁰ LINARES, Juan Francisco. *Poder discrecional
administrativo*. Abeledo-Perrot, [s.d.].p. 275-
277.

tico-administrativo, y luego de valoración ju-
rídica”. A segunda indagação não é respondi-
da, mas o autor sugere ainda que a valoração
jurídica está condicionada por um “positivo
sentido de justicia para el caso”.

Como se observa, a decisão administrativa
que adota uma opção técnica é sempre resulta-
do de uma valoração, do contrário deixaria de
ser um julgamento. Esta conclusão em nada se
altera pela imprecisão da técnica, que nem sem-
pre revela a solução ideal. Segundo Bandeira
de Mello³¹,

“a providência ideal em muitas situações
é objetivamente incognoscível. Poder-se-á
tão-somente saber que será uma que se
contenha dentro de um número limitado
de alternativas e que se apresente como
razoável no caso concreto”.

A decisão vale por si, isto é, independen-
tamente da técnica que ela embute. O seu con-
teúdo valorativo, em tese, pode sempre ser re-
visto. Assim, é equivocada a generalização se-
gundo a qual as decisões de agências como o
Cade somente se sujeitariam à revisão judicial
nos seus aspectos formais. A agência tem o di-
reito público de formular sua política, pautada
por ingredientes técnicos e na busca de objeti-
vos de eficiência e bem-estar. Os agentes eco-
nômicos são sujeitos de direitos e obrigações
na ordem concorrencial. Ademais, certas en-
tidades estão legitimadas a zelar pelo direito da
coletividade a uma concorrência sustentável.
Onde esses direitos entram em conflito, o Ju-
diciário tem o poder constitucional de apreciar
e, em sendo identificada qualquer lesão, ado-
tar a reparação adequada.

A revisibilidade pode ser abordada sob o
prisma da natureza da justiça administrativa,
se está empenhada na busca da verdade ou se
suas decisões guardam algum caráter político.
No primeiro caso, a revisão judicial poderá ser
feita amplamente, de acordo com o entendi-
mento do juiz. No segundo caso, a corte judi-
cial estaria limitada no seu poder de revisão.
Todavia, nunca se sabe precisamente se a deci-
são administrativa baseou-se em motivos téc-
nicos ou políticos³².

A experiência judicial revela que as cortes
tendem a não alterar elemento da discricção
administrativa quando ele não é capaz de afetar
direitos legalmente exigíveis. Essa parece

³¹ MELLO, op. cit., p. 43.

³² POSNER, op. cit., p. 610.

ser uma posição acertada que respeita a autoridade da agência pela sua especialização. Isto não exclui o poder-dever do Judiciário de, escrutinando o mérito da discricionariedade administrativa, examinar eventual lesão de direito e, sendo o caso, repará-la.

O Judiciário não está preocupado com o mérito da política adotada pela autoridade, mas com a proteção dos direitos individuais³³, nos termos das questões submetidas a exame. Comprometidos com esse *mínus*, os juízes reivindicam para si, sempre que podem, avaliar a adequação da técnica³⁴. Aqui como alhures, eles acreditam que a sua valoração, quando possível, tem por fim “evitar que sob a aparência de técnica se disfarcem o exagerado arbítrio ou a injustiça notória³⁵.” Por tudo isso, o presente estudo não considera a discricionariedade técnica como um papel dos tribunais administrativos.

5. Papel político: influências externas

As cortes, como as agências autônomas, não tomam parte em questões políticas porque desejam. O papel de árbitro ou juiz em sentido amplo, que elas eventualmente podem desempenhar no trato dessas mesmas questões, decorre das falhas do Parlamento e/ou do Executivo em responderem adequadamente às demandas políticas. Ao organizar, desenvolver ou aplicar sua política, a agência se depara com situações que a colocam em interface com outras fontes de poder, capaz de afetar as decisões. Aqui se procura explorar aspectos da relação institucional, estabelecer a natureza dessa relação e as lições de atuação adequada, sem

³³ A Agência também tem o dever de observar os direitos individuais. Mas esses direitos são frequentemente contrastados com a função da primeira, que realiza um desígnio estatal. Segue-se que, no exercício da sua potestade, a agência – enquanto estado administração fazendo justiça com as suas próprias mãos – está destituída da vocação de garantir os direitos individuais.

³⁴ Particularmente na década de 70, o então Tribunal Federal de Recursos enfrentou tormentosas questões a respeito de censura de peças de artes, obras literárias, filmes, notícias de jornais e músicas. Os motivos da interdição decretada pelo órgão técnico de censura eram pouco objetivos ou racionais. A Corte não chegou a criar uma política judicial própria, mas sempre apreciou o mérito da questão.

³⁵ AZEVEDO, apud LEAL, Vitor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Forense, 1960. p. 244.

o propósito de traçar um código de conduta, a qual, em última instância, determina um papel político.

Uma agência ordinariamente persegue uma política pública, mas o papel político por ela desempenhado que aqui se explora é aquele que decorre do seu relacionamento com outras fontes de poder. As suas decisões não são políticas, mas freqüentemente são contaminadas pelas influências externas³⁶. As situações que se vêem a seguir revelam os traços desse papel.

5.1. Tarefas extramandato

Juízes administrativos são convidados, embora pouco freqüentemente, a tomar parte em comissões instituídas pelo governo do dia para investigar assuntos específicos, geralmente de interesse político, podendo sobre ele opinar. Dependendo da reputação da agência administrativa, a presença de seus membros nessas comissões pode agregar prestígio a elas. O efeito pode ser contrário: a indicação de algum membro poderá fortalecer a reputação da agência. O risco na realização dessa tarefa extramandato decorre do proveito político que dela o governo tira. O resultado desse benefício poderá minar a autonomia da agência.

Richard Posner sugere que uma agência administrativa é uma forma de judiciário “dependente”, estabelecido “to promote the interest group politics rather than allocative efficiency”³⁷. Isto não é necessariamente uma verdade perseguida pela justiça administrativa, mas de algum modo ocorre ou pode ocorrer na prática. A possibilidade de a agência ou seus membros servirem a uma política de interesse de grupos torna-se mais factível na participação em comissões *ad hoc* cujos membros ordinariamente não gozam de autonomia política. A conclusão da comissão poderá representar simplesmente o pensamento do grupo político que sustenta o governo. Nessa hipótese, a participação da agência por meio dos seus membros, sobretudo sem especificação clara de papel, poderá representar um comprometimento político-partidário, capaz de falsear os objetivos da agência.

³⁶ A susceptibilidade da agência a influências políticas é um fato também ilustrado pelo rápido *turnover* dos seus membros conforme observado por POSNER, *op. cit.*, p. 605.

³⁷ *op. cit.*, p. 605.

5.2. Colaboração institucional

Fala-se em modernização do Estado para capacitá-lo a responder adequadamente às necessidades da sociedade e aos desafios de um mundo em mudança. Parece inserir-se nesse largo objetivo a articulação dos órgãos do estado. A colaboração entre eles deve estar acima de qualquer interesse político-partidário. O quadro constitucional encoraja essa colaboração, mas a força dos interesses individuais frequentemente conspira contra a sinergia que os órgãos são capazes de produzir.

A harmonia entre os poderes é um dos fundamentos da República. De fato, harmonia pode ser traduzida na oportunidade que os poderes têm de desenvolver uma articulada colaboração. Protocolos de cooperação são instrumentos de aplicação prática do comando da harmonia que, politicamente, acusa a ausência de poder absoluto na República: todos os órgãos, em menor ou maior grau, estão em relação de interdependência. Isso qualifica um comprometimento com a colaboração, como elemento de maximização da eficiência administrativa e promotor de um relacionamento político, capaz de resgatar a sintonia dos instrumentos de regulamentação.

5.3. Prestação de contas ao Executivo ou Legislativo

Em princípio, as agências de concorrência devem prestar contas ao Executivo ou ao Legislativo, de acordo com a experiência legal e institucional de cada jurisdição. No sistema parlamentar, a prestação de contas é em última instância feita ao Parlamento. No sistema presidencialista, a tendência é se fazer a prestação perante o Executivo, particularmente à unidade administrativa à qual a agência está vinculada. No primeiro sistema, não há observação relevante. No segundo sistema, um embaraço pode ser criado com insinuações de prestação de contas ao Legislativo fora da previsão legal. Um afago político da espécie pode não trazer conseqüências, mas nunca se sabe das intenções e dos possíveis efeitos que a atitude, em princípio inocente, pode gerar³⁸. Há o risco de

³⁸ Vale aqui repetir a observação de Castañeda: "competition policy is only one component of general economic policy. It does not happen in a vacuum and it is essentially a high-risk activity that must be distanced from politics as much as possible". op. cit.

as influências políticas, presentes no Congresso, poderem ser transmitidas à agência³⁹.

Particularmente no sistema presidencialista, Executivo e Congresso podem disputar o controle da agência, seja diretamente sobre os seus ou indiretamente sobre o *chairman*. Se esse controle sempre existirá, como um fato natural do sistema, cumpre regulamentá-lo adequadamente. Cumpre observar, contudo, que o controle político, sob o ponto de vista da teoria jurídica, deve "garantir que as operações constituam um instrumento que irá promover a consecução de objetivos definidos como pública"⁴⁰.

5.4. Outras conexões institucionais

Acordos de cavalheiros anticoncorrenciais e a possibilidade de recurso impróprio se converteram em dois problemas cruciais que afetaram a defesa da concorrência brasileira na década de 90. Os primeiros diziam respeito a acertos de preços, ainda no tempo de inflação alta, que alguns órgãos do governo estabeleciam. Tais tratativas nitidamente contribuíam para formação de cartéis privados. Embora ilegal a conduta, a grande dificuldade da agência sempre foi penalizar as empresas privadas; sob a pressão das autoridades, a elas não restava alternativa senão seguir a orientação, ou porque não dizer, imposição oficial. Isso ocorreu particularmente nos setores de medicamentos e alimentos. Uma política institucional deve advogar a busca de aliados no governo⁴¹.

Situação peculiar se criou com um recurso administrativo contra a primeira decisão do Cade no caso Gerdau⁴² para o titular da Pasta da Justiça. O argumento que ornava o recurso

³⁹ A especulação é recolhida da experiência de Posner que sugere serem os órgãos administrativos encarregados da aplicação do direito público parte de um processo político. op. cit., p. 602 e 605.

⁴⁰ Para uma reflexão teórica e crítica sobre o assunto, conferir "Dever de prestar contas e responsabilidade administrativa: concepções alternativas", por Daisy de Asper e Valdés. *R. Inf. Legisl.* v. 25, n. 99, p. 29 a 56.

⁴¹ Cf. Catañeda que escreve: "Government day-to-day issues create many opportunities for anticompetitive action. Competition policy must be part of the basic creed of key government officials not only to undo entrenched anticompetitive arrangements already affecting social welfare, but also to stop new legislation/regulation/decisions that go against competition principles". op. cit.

⁴² AC 16/94 - requerentes Grupo Gerdau, Korf GmbH

dizia com o devido processo legal. Conato a este, como acreditava o recorrente, a revisão da decisão no âmbito administrativo seria uma exigência constitucional. Minou-se a autonomia da agência e, mais do que isso, pôs-se em risco a sua existência institucional. O episódio, que mostrou a ousadia do *lobby* político, não foi totalmente exaurido, visto que o precedente pode encorajar semelhante ação no futuro. Como o recurso nunca foi julgado, a omissão da autoridade ministerial desautoriza o precedente, lembrando que a sua invocação em situação concreta poderá outra vez converter-se em fonte de crise política.

A assistência do governo quanto a acertos de preços não é um acontecimento impossível. O assunto continua com um viés político, no sistema brasileiro de defesa da concorrência. Com efeito, a instrução dos processos de condutas sobre o tema fica a cargo de órgãos que atuam sob a orientação de autoridades políticas⁴³. A legislação atual deixa margem para conclusão de compromisso tomado pelo órgão que dirige a instrução visando à cessação de prática de aumentos excessivos ou injustificados de preços. A menos que medidas estruturais eficientes façam parte desses compromissos, o termo de cessação poderá ocasionalmente se converter em instrumento de controle de preço. A resistência eventualmente oferecida pelo Cade a um tal procedimento é sempre fonte de conflito. A eliminação deste é um desafio ao sistema.

⁴³ A instrução sob a orientação de autoridades políticas mais o fato de o presidente do Cade ser o canal político da agência caracterizam a natureza semipolítica da defesa da concorrência. Esta realidade torna inócua a distinção entre órgão de governo e órgão de estado algumas vezes bradada para atribuir ao Cade um *status* que, se verdadeiro, somente existe no plano formal. A defesa da concorrência ganha traços de política de Estado, enquanto objetivos básicos do consórcio estatal. Mas na medida em que os órgãos que implementam essa política se contaminam de interesses do governo do dia, a defesa da concorrência se identifica com o mesmo governo. Isto não é um exercício de interpretação, é um fato. O comando de uma política da concorrência partilhado com autoridades políticas é criticável pela dificuldade de se estabelecer uma estratégia comum de ação, consistente e duradoura, embora o modelo seja juridicamente acomodável. Esclareça-se que o fato de uma autoridade ser qualificada como canal político não é necessariamente um demérito; o mérito dela está na qualidade do seu trabalho que, em se tratando de julgamento, deve atender à exigência do devido processo legal.

5.5. Doutrina da *State Action*⁴⁴

A política da concorrência frequentemente gera atrito com outras políticas de governo, desafiando a legalidade e/ou conveniência da atuação de outras autoridades governamentais, notadamente em setores submetidos à regulamentação econômica. Isso exige uma delicada articulação e nem sempre a agência está preparada para fazer essa interface institucional.

Variando conforme a cultura legal de cada jurisdição, o poder da agência de constranger autoridades públicas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa pode ser reconhecido quando, num setor regulamentado, o regulamento é inadequado ou omisso, ou ainda a autoridade não exerce adequadamente a supervisão prevista em lei ou regulamento. Como resultado, o órgão governamental termina contribuindo para a adoção de conduta ofensiva à concorrência por parte dos agentes que desenvolvem certa atividade econômica regulamentada. A agência da concorrência, geralmente, enfrenta grandes dificuldades para adotar medidas corretivas da falha de mercado cujo cumprimento, não raramente, depende da boa-vontade da autoridade regulamentadora. A repercussão política decorrente de um atrito ou conflito administrativo recomenda um esforço discreto, senão diplomático, em busca de um resultado que minimize os custos, reservando os remédios judiciais para as situações extremas.

5.6. Aspecto da revisão judicial

A revisão judicial se realiza em resposta às questões trazidas ao exame da corte sem preocupação com os amplos objetivos de uma política previamente estabelecida. Os remédios buscados na revisão judicial visam corrigir ações ilegais, não prescrições para futura conduta da administração⁴⁵.

A justiça administrativa tende a se orientar pelos princípios da economia (eficiência dos meios), velocidade nas decisões, capacidade de adaptação à variação de condições, flexibilidade nas técnicas formais, pouca aderência ou vinculação aos seus precedentes e formação eclética dos membros do colegiado. Ademais,

⁴⁴ Sobre o desenvolvimento dessa doutrina na jurisdição americana, ver *ABA Antitrust Section*, op. cit., v. 2, cap. 11.

⁴⁵ MCELLOWNEY, John. *Administrative justice*. In: BLACKBURN, Robert. *Rights of Citizenship*. Mansell, 1994. p. 159.

a justiça administrativa combina prática com teoria, busca uma abordagem multidisciplinar e se submete a uma revisão interna e externa. Há uma crença de que esse formato é mais adequado à defesa do interesse público do que a rigidez do sistema judicial.

A diversidade de estrutura da justiça administrativa e do sistema judicial nem sempre é compreendida. Pelo contrário, às vezes é motivo de críticas. É importante que a agência tome emprestado alguns predicados das cortes judiciais, mas não deve se judicializar. O Judiciário tem um papel indiscutível, mas se a agência se converte, em todos os sentidos, numa corte judicial ela perde a essência da advocacia da concorrência⁴⁶ e se submete a uma forma de controle muito particular. O fato destacável é que o controle judicial continua insubstituível pela capacidade de as cortes contribuírem para manutenção dos altos padrões de administração pública que a agência deve perseguir.

A conotação política que se desponha no relacionamento da agência com o Judiciário decorre da interação entre as instituições. O controle judicial abre a perspectiva de correção de uma política da concorrência, por exemplo, desenvolvida autonomamente mas contaminada com padrões de administração pública, que inclui a vocação natural para formular políticas e aplicá-las. Ao mesmo tempo o Judiciário, que é chamado a decidir um grande número de ações privadas sobre o mesmo assunto abordado pela agência, termina contaminado dos conceitos e praxes que a mesma agência desenvolve. Em suma, é inevitável que

⁴⁶ O sumário da Conferência sobre política da concorrência, realizada pelo Banco Mundial em 1996, conceitua advocacia da concorrência como “the ability of the competition office to provide advice, influence and participate in government economic policy formulation and decision-making, promoting more competitive industry structures and firm behaviours. It is a function that needs to be strengthened and formally embodied in a competition law. Competition offices should be able to ‘proactively’ foster competition by lowering barriers to entry, promoting deregulation and trade liberalisation. A competition advocacy function will also tend to foster greater accountability and transparency in government economic decision making and give rise to sound economic management and business principles in both the public and private sectors”. (*Competition policy in a global economy: a latin american perspective*. World Bank, OECD : Buenos Aires, 28-30 out. 1996. p. 45).

a influência da agência se projete na jurisprudência judicial ou na própria discricção judicial.

5.7. A agência e a mídia

A propaganda constitui a base financeira mais importante da imprensa. Isso pode gerar comprometimentos e afetar a precisão na apresentação das notícias e a responsabilidade do debate de um modo geral. Os grandes comissionadores da propaganda privada são os grupos de pressão que têm uma grande capacidade de influenciar as forças de mercado. Não é surpresa que eles usem a mídia, que depende deles, para canalizar os seus interesses. Essa realidade deturpa as reais funções política, social e cultural da imprensa⁴⁷.

É certo que a dependência da mídia em relação aos grupos de pressão é de alguma forma mitigada pela regulamentação estatal e pelo compromisso formal, induzido pelo regulamento, de imparcialidade no tratamento justo e equilibrado da informação. A experiência, todavia, tem revelado que esses valores, em si vulneráveis, têm se submetido a uma permanente tensão entre as funções da imprensa, enquanto entidade, e os seus interesses comerciais. O resultado é uma manipulação da imagem, que poderá ganhar proporções gramáticas, episodicamente, e produzir um sentimento esquizofrênico de amor e ódio a refletir a relação da agência com a mídia. Tudo, porém, não está perdido.

A imprensa tem um lado positivo, que é a possibilidade de melhorar o desempenho da agência. A atuação desta é rotineiramente acompanhada por repórteres que oferecem o benefício do esclarecimento à sociedade sobre decisões que afetam a configuração de mercado. As notícias plantadas na imprensa, porém, nem sempre correspondem fielmente à política da agência. Essa assimetria pode ser resultado da falta de especialização dos repórteres ou é produto dos interesses, nem sempre revelados, que estão por trás do noticiário. Qualquer que seja o diagnóstico, a mensagem é de cautela da agência ao se envolver com a imprensa.

A cautela não deve ser lida como atitude hostil à mídia, que deve ser utilizada para passar a mensagem correta e, sempre que possível, responder aos anseios da sociedade como um todo. O risco ou custo desse relacionamento deve necessariamente ser avaliado regularmente, tendo em vista a política da agência e o

seu mandato legal. Acima de tudo, é extremamente odioso e contrário aos desígnios legais o uso da imprensa para satisfazer os desejos pessoais da autoridade que, em vaidosas manifestações de fins inconfessáveis, lança-se a uma política de *marketing* da instituição, que se confunde com a promoção da imagem pessoal⁴⁸. Uma tal conduta, além de incompatível com os fins perseguidos pela agência, revela um despreparo da autoridade.

5.8. Aspecto da função promocional

Uma questão atual que tem suscitado comentários é saber se, na aplicação da política da concorrência, há espaço para um papel conciliatório da agência. Em caso positivo, indaga-se qual seriam os limites dessa função e os riscos dela decorrentes. Para responder positivamente à indagação, o texto emprega a expressão *função promocional*⁴⁹ como subtítulo para desviar os preconceitos em torno das palavras *conciliação*, *negociação*⁵⁰ ou *transação*.

A conciliação se desponta como um traço marcante do direito moderno⁵¹, sendo um instituto de larga aceitação no direito brasileiro⁵².

⁴⁷ BLUMLER, Jay G. (ed.). *Television and the public interest: vulnerable values in West European Broadcasting*. Sage, 1992.

⁴⁸ Uma política da concorrência baseada em imagem (*marketing-based policy*) pode se converter em fraude à sociedade.

⁴⁹ A expressão foi inspirada no direito promocional de Norberto Bobio, *Dalla struttura alla funzione: studi del teoria del Diritto*. 1977.

⁵⁰ Sobre o processo de negociação ou *bargain* no controle das concentrações na União Européia, ver Damien Neven, Robin Nuttall e Paul Seabright. *Merger in Daylight*. CEPR, 1993. p. 78, 151/152, 154, 160, 204 e 225.

⁵¹ No âmbito do direito internacional vale conferir os princípios de cooperação relativos à política antitruste. Um sumário desses princípios, destacando-se o *positive ou discretionary comity*, pode ser encontrado em *Limiting Intellectual Property, the Competition Interface*, tese do autor, seção 6.3.2. Ainda, James R. Atwood, 1991 Fordham Corporate Law Institute, capítulos 4 e 6 (ed. Hawk). Na Suíça, a Comissão de Cartéis tem um papel mediador em casos de pequena importância; ela adota uma política seletiva nas investigações relativamente aos processos de concentração. Cf. *Competition policy in OECD countries: 1989-1990*: OECD Report. 1992. p. 252-253.

⁵² A base jurídica é formada a partir da Constituição Federal, que prevê para órgãos públicos atribuições conciliatórias ou de transação, nos termos

Embora restrita, a sua aplicação estende-se ao trato das relações de direitos indisponíveis. A transação, como elemento da conciliação, é plena nas relações de direitos disponíveis e parcial nas de direitos indisponíveis, naquilo que não contrariar a lei⁵³.

Outras leis esparsas adotam a conciliação sob outros títulos jurídicos. O “compromisso de ajustamento de conduta” é previsto na Lei de Ação Civil Pública⁵⁴, sendo largamente aplicado em matéria do consumidor⁵⁵. O “compromisso de cessação de prática” e o “compromisso de desempenho” são instrumentos previstos na Lei de Concorrência⁵⁶. Na área criminal, a transação penal é de alguma forma admitida nas penas alternativas, na extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes da denúncia por crimes fiscais⁵⁷, bem assim no *sursis* processual a respeito de pequenas infrações penais⁵⁸. Tudo isso representa formas modernas de composição no direito público.

O sentido de transação ou barganha admitida pela ordem jurídica acima desenhada põe a agência, em situações peculiares, na posição de sugerir condições que permitam a empresa ou empresas aproveitar a oportunidade para exercitar sua generosidade e abreviar a investigação. Esse envolvimento da agência é parte da advocacia da concorrência, mas não deve prejudicar o múnus a ela atribuído de proteger a concorrência ou o mercado⁵⁹. Não se deve,

da lei (art. 98). O CPC é um instrumento legal ordinário que contempla o assunto com amplitude: artigos 121-IV, 277, 331, 447 parágrafo único, 448, 449, 585-II e 1122.

⁵³ Algumas leis especiais: Lei de Alimentos (artigos 6º, 9º e 11 parágrafo único), Lei de Divórcio (artigo 3º §§ 2º e 3º), Lei dos Juizados Especiais, artigos 2º, 8º § 2º, 22 e 24), Lei de Gerenciamento Costeiro (L. 7.661/88 - matéria de lesões ambientais, art. 7º).

⁵⁴ Lei 7.347/85, art. 5º § 6º acrescentado pelo art. 113 do CDC (*Código de Defesa do Consumidor*).

⁵⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. p. 240-248.

⁵⁶ Lei. 8.884/94, artigos 53 e 58.

⁵⁷ Lei 8.137/90, art. 14 hoje revigorado.

⁵⁸ Lei 9.099/95, artigos 89 e 90.

⁵⁹ A defesa do mercado não se confunde necessariamente com protecionismo. O conceito de mercado pode ser estabelecido como um feixe de relações jurídicas entre fornecedores e consumidores, bem como produtores ou distribuidores de bens e serviços entre si. Essas relações revelam, frequentemente, interesses conflitantes subordinados a leis

todavia, perder a consciência dos riscos inerentes à atividade conciliatória.

Certamente, o desempenho de uma função promocional como aqui definida expõe a agência às influências de grandes agentes, que podem usar a mídia como um veículo de pressão, prestígio e poder. Na prática, essa influência poderá ocorrer pelos destaques na imprensa e, dessa forma, canalizar forças políticas para reduzir o papel da agência ou neutralizar suas ações com base em critérios não-jurídicos, podendo ainda comissionar a cobertura da imprensa de modo a angariar a opinião pública. Tudo isso sugere que a agência deve adotar uma atuação discreta, mas não renunciar a sua vocação promocional, no sentido de envidar os melhores esforços para promover o direito. A agência deve, sim, mostrar-se refratária às pressões, já que não há como eliminá-las, e não se submeter aos seus encantos⁶⁰. Daí a ação promocional é desenvolvida no contexto de uma relação jurídica de subordinação e não de co-ordenação.

A conciliação poderá, pois, ser admitida por liberalidade, não em todos os casos, mas naqueles em que a autoridade, no exercício da sua atividade de advocacia da concorrência, perceber que eventual efeito adverso é passível de reversão por mais de um meio sem acarretar ônus indevido a um ou mais agentes envolvidos. As condições impostas devem corresponder ao dano ou potencial de dano objetivamente identificado, guardando um senso de proporcionalidade. Das mesmas condições não devem resultar prejuízo para terceiros ou para coletividade, tampouco ofensa à concorrência. Respeitados tais requisitos, a conciliação tende a reduzir os custos do processo, abreviando soluções e oferecendo rápidas e transparentes

econômicas que fazem parte de um processo dinâmico. Esse processo pode ser incentivado, no sentido de que, observando-se regras éticas e de eficiência, se possa maximizar a satisfação dos agentes envolvidos nas suas posições ativas e passivas. Daí, proteger o mercado significa zelar pelos interesses dos agentes envolvidos e pela manutenção do equilíbrio desses interesses. Enquanto um bem jurídico em si, esse processo de troca e de produção de bens e serviços pode ser considerado parte integrante do patrimônio nacional. Em síntese, proteger o mercado significa assegurar respeito pelo consumidor e pugnar por uma concorrência livre e sustentável.

⁶⁰ O perfil dos membros da agência exige notável saber e reputação ilibada testados pelo Senado. Isso é adequado às adversidades da posição.

respostas⁶¹ às falhas de mercado. A função promocional, que supera o sentido de conciliação, enseja, enfim, que as empresas explorem todas as possibilidades de realização do direito da concorrência. Esse exercício exploratório não dispensa a orientação da agência, sobretudo nas jurisdições em que a cultura da concorrência é bastante insipiente⁶² e o serviço de defesa da concorrência padece de estrutura adequada. Mediante a função promocional, a agência assume um papel positivo na busca dos melhores resultados na aplicação do direito.

6. Justiça administrativa: à cata de um modelo

Ao cabo da exposição, percebe-se que uma agência da concorrência está envolvida em dois tipos de interesses: interesses externos e interesses internos. Para qualificar a realidade observada, esses dois conjuntos de interesses estão sob o controle de dois outros conjuntos de elementos. São eles as normas e as ações-reações.

Os interesses externos representam as expectativas criadas pelas forças do mercado, incluindo agentes, pessoal do governo, imprensa, políticos e todos os indivíduos que de uma forma ou de outra se relacionam com o serviço de defesa da concorrência. Os interesses internos estão representados pela atuação dos membros da agência e seu *staff* qualificado. Nem todos os interesses são legítimos. São ilegítimos aqueles interesses que estão fora de um padrão legal ou regulamentar preestabelecido. As ações expressam a atuação dessas mesmas pessoas no sentido de verem os seus interesses atendidos.

A partir desse quadro, alguns pressupostos podem ser estabelecidos:

- a multiplicidade de interesses determina

⁶¹ Confirmam-se as *remarks* de Gabriel Castañeda, especificamente a do tipo *fix-it-first possibilities*, sob o título *Elements for competition Law Inforcement: Seminário sobre Política da Concorrência e Reformas Econômicas. OCDE, Banco Mundial, CADE e IBRAC, Rio de Janeiro, 10-13.7.97.*

⁶² A experiência tem revelado que muitas firmas se envolvem em condutas ilegais não porque desejam, mas porque desconhecem o direito e princípios da concorrência. Diante dessa realidade, o órgão atua como um agente catalisador, capaz de encorajar atitudes proconcorrenciais (*competition compliance action*).

uma tendência a conflitos;

- os conflitos tomam a feição de disputas, nas quais vencem os mais fortes ou a maioria, dependendo dos instrumentos de ação utilizados;

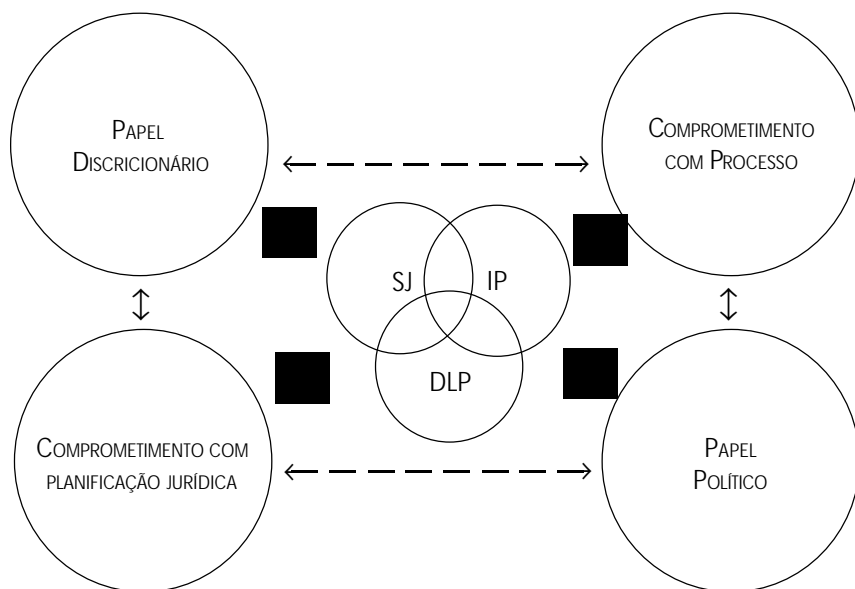
- os interesses legítimos devem ser respeitados;

- o respeito aos interesses depende de limites adequadamente definidos, fora dos quais nenhuma composição é possível;

- a justiça administrativa contém uma proposta de composição ou equilíbrio dos interesses qualificados, função que lhe exige o desempenho planejado de diferentes papéis.

A expectativa é que quanto mais claras ou previsíveis forem as regras do jogo, maior a probabilidade de a agência realizar os objetivos que perseguem. Isto é, uma suposição e uma defesa que permeia todo o texto. A regulamentação adequada das condições formais e a declaração de valores que ornaram essas condições formam a melhor resposta aos desafios da justiça administrativa. Essa estrutura analítica permite construir um modelo de justiça administrativa que incorpora um conjunto de princípios básicos, comprometimentos com processo e com a planificação jurídica, capazes de assegurar o desempenho eficiente de um duplo papel: discricionário e político.

Modelo de justiça administrativa



Os princípios segurança jurídica, interesse público e devido processo legal formam a estrutura da justiça administrativa. Apesar de sua relativa objetividade, esses pilares são uma forma de tratamento racional e justo dos interesses básicos que movimentam o processo de decisão, no seu mais amplo sentido. Mais do que uma crença, isto está refletido na legislação e na prática ou experiência diária dos tribunais administrativos que, diferentemente das cortes judiciais, estão subordinados ao comando constitucional do planejamento obrigatório das ações jurídicas.

Os instrumentos de planificação jurídica representam um comprometimento da justiça administrativa com o planejamento. Esse comprometimento é guiado por dois princípios: vigilância (*surveillance*) e justificação. Nesse particular, cumpre destacar a opinião do autor alhures⁶³ defendida:

“Surveillance is necessary to the extent that it makes state action effective by capturing the best opportunity to act,

⁶³ Tese, final do capítulo 2, sob o destaque “Guidance to the state catalyst function”.

while of process of justification makes the implementation of the legal policy, in a particular situation, reasonably acceptable to the parties concerned”.

O planejamento acusa as falhas na organização da agência e busca estabelecer mecanismos de controle da qualidade do serviço ou dos resultados.

O resultado da planificação tende a refletir um ajustamento de interesses internos conflitantes, compostos pela maioria dos membros da agência⁶⁴. A expectativa é que as preferências individuais não devem boicotar a resolução da maioria, mas é crucial identificar e registrar, por meio de instrumentos adequados, o produto da vontade dessa mesma maioria, do contrário perde-se o escopo dos compromettimentos da agência, inabilitando-a ao desempenho do seu papel discricionário e político.

Formular, desenvolver e aplicar uma política legal é sempre um convite a abusos, pela possibilidade de se varar os limites da ação administrativa, que deve se pautar pelo governo da lei. Isso é tanto mais verdadeiro na presença de uma advocacia arrojada⁶⁵ da concorrência, que representa um formidável poder nas mãos de altos oficiais a quem a lei confere autonomia e independência de ação. Daí o desempenho dos papéis centrais da agência dever ser orientado por rígidos freios intrínsecos mesmos à estrutura da justiça administrativa, como resultados de compromettimentos.

O papel discricionário representa um compromettimento com a qualidade da administração da justiça, ou seja, com a eficiência, organização e controle do serviço de aplicação do direito. Preocupar-se com a qualidade é buscar um modelo que seja capaz de combater injustiças⁶⁶. Isso não estaria completo sem o devido tratamento ao papel político.

⁶⁴ Vale lembrar, como paralelo, a dinâmica interna da Suprema Corte americana envolvida nos conflitos dos seus membros sob a influência de lobistas e da imprensa, segundo o relato de Bob Woodward & Scott Armstrong, *Por Detrás da Suprema Corte*. Tradução Torriero Guimarães. 2. ed. Saraiya, 1985. p. 88-89, 102, 117, 222-239, 556-60. Tradução de: The brethren, inside the Supreme Court.

⁶⁵ Isto é, eficiente, incentivadora, rápida, simples e transparente.

⁶⁶ A preocupação com as injustiças cometidas pela justiça administrativa motivou os trabalhos de pesquisa em seis países organizado pelo professor norte-americano Kenneth Culps Davis. Para ele “the clusters of injustice in all six countries lie in the administrative application of governmental power

O elemento político se revela nas relações da agência com os outros setores do governo, o Parlamento e setores influentes da sociedade. O papel político nem sempre é ostensivamente assumido. Mas a consciência da sua existência e da sua delicada natureza permite a agência avaliar constantemente os seus riscos e benefícios⁶⁷, bem assim se preparar para exercer o seu papel com personalidade e sem faltar com os seus compromettimentos institucionais.

Como todo o cidadão, os membros de uma agência gozam da livre manifestação do pensamento e de crença, inclusive a política. Em razão da profissão, os juizes administrativos, como os togados, devem se abster de revelar seus pendores políticos, mas isso não retira deles a capacidade natural de pensar, formar suas convicções políticas e agir ou fazer escolhas inspirados nelas. Esse fato da natureza humana é tão forte e inegável que determina a necessidade crucial de uma agência revelar sua linha de pensamento, indicando, de forma transparente, os princípios que orientam sua política, organização e atuação do órgão⁶⁸.

Bibliografia

- ANTITRUST Law Developments. 3. ed. *American Bar Association*, 1992. v. 2.
- BARAK, Aharon. *Judicial Discretion*. Yale University Press, 1989.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires : El Ateneo, 1947. v. 1.
- BLUMLER, Jay G.(Ed.). *Television and the public interest: vulnerable values in West European Broadcasting*. Sage, 1992.

in the absence of systematic fact-finding and beyond the reach of previously existing law that controls the result”. Ele acrescenta: “the strongest need and the greatest promise for improving the quality of justice to individual parties in the entire legal and governmental system are in the areas where decisions necessarily depend more upon discretion than upon rules and principles and where formal hearings and judicial review are mostly irrelevant”. op. cit., p. 1-3.

⁶⁷ De um modo geral, as autoridades da concorrência aceitam que é importante para a efetividade do seu trabalho que a agência mantenha uma interface política.

⁶⁸ Este é o *rationale* dos dispositivos que definem a competência do Plenário do Cade, sobretudo os incisos XIX, XX e XXI do art. 7º e art. 51 da Lei nº 8.884/94.

- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del Diritto*. Ed. di Comunità, 1977.
- CASTAÑEDA, Gabriel. *Elements for competition law enforcement: outline for remarks: palestra no Seminário sobre Concorrência e Reformas Econômicas*. Organização conjunta de OCDE, Banco Mundial, CADE e IBRAC, Rio de Janeiro, 10-13 Julho 1997.
- DIREITO da concorrência nas comunidades europeias : regras aplicáveis às empresas. 1994. v. 1A.
- DAVIS, Kenneth Culp (Ed.). *Discretionary justice in Europe and America*. University of Illinois, 1976.
- FINKELSTEIN, Michael O., LEVIN, Bruce. *Statistics for lawyers*. Springer-Verlag, 1990.
- SILVA, A. C. Fonseca da. Direito Tributário : atitude científica e pensamento jurídico equitativo. *R.T.J.E.* v. 1. 74, p. 9-28.
- . *Limiting intellectual property: the Competition Interface*. Universidade de Londres, 1996. Dissertação (Doutorado) – Universidade de Londres, 1996.
- . Liquidação extrajudicial: multicred, devido processo legal. *R.T.J.E.* v. 66, p. 61-80.
- . Técnica legislativa e função criadora da jurisprudência. *R.I.L.*, n. 75, p. 137-176, jul./set. 1982.
- JACKSON, B. S. Law, *fact and narrative coherence*. DC Publications, 1988.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Forense, 1960.
- LINARES, Juan Francisco. *Poder discrecional administrativo*. Abeledo-Perrot, [s.d].
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo*. 6. ed. Revisa dos Tribunais, 1994.
- McELDOWNEY, John. Administrative justice. In: BRAKBURN, Robert. *Rights of citizenship*. Mansell, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. Malheiros, 1992
- NEVEN, Damien et al. *Merger in daylight*. CEPR, 1993.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of Law*. 4. ed. Little Brown , 1992.
- WADE, E.C.S., BRADLEY, A. W. *Constitutional and Administrative Law*. 10. ed. Longman, 1988.
- WALTAMAN, Jerold L., HOLLAND, Kenneth H. (Ed.). *The political role of law courts in modern democracies*. St. Martin' Press, 1988.
- VALDÉS, Daisy de Asper. Dever de prestar contas e responsabilidade administrativa: concepções alternativas. *R.I.L.*, n. 99, p. 29-56, jul./set. 1988,
- WHITE, Robin. *Lawyers and the courts*. In *Rights of Citizenship*, BLACKBURN, Roberto. Mansell, 1994
- WOODWARD, Bob, ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. Tradução Torrieri Guimarães. 2. ed. Saraiva, 1985.
- COMPETITION policy in a global economy: a latin american perspective : interpretative summary of the conference, 28-30 de outubro de 1996, Buenos Aires.