

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS  
INSTITUTO DE CIÊNCIA POLÍTICA  
MESTRADO EM CIÊNCIA POLÍTICA

**JUDICIÁRIO E POLÍTICA REGULATÓRIA - UM ESTUDO DE CASO  
SOBRE O PAPEL DAS CORTES E DOS JUÍZES NA REGULAÇÃO DO  
SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES**

ORIENTADOR: Prof. Dr. PAULO DU PIN CALMON

ALUNO: ALVARO PEREIRA SAMPAIO COSTA JÚNIOR 2005/43543

**BRASÍLIA**

**2007**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
INSTITUTO DE CIÊNCIA POLÍTICA  
MESTRADO EM CIÊNCIA POLÍTICA

**JUDICIÁRIO E POLÍTICA REGULATÓRIA - UM ESTUDO DE CASO  
SOBRE O PAPEL DAS CORTES E DOS JUÍZES NA REGULAÇÃO DO  
SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES**

ALVARO PEREIRA SAMPAIO COSTA JÚNIOR

*Dissertação apresentada ao Instituto de Ciência  
Política da Universidade de Brasília como parte do  
requisito parcial para a obtenção do título de  
Mestre em Ciência Política*

BRASÍLIA

MARÇO/2007

**Alvaro Pereira Sampaio Costa Júnior**

**JUDICIÁRIO E POLÍTICA REGULATÓRIA - UM ESTUDO DE CASO  
SOBRE O PAPEL DAS CORTES E DOS JUÍZES NA REGULAÇÃO DO  
SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Mestrado do Departamento de Ciência Política da Universidade de Brasília, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: \_\_\_\_\_  
Prof. PhD. Paulo Du Pin Calmon  
Departamento de Ciência Política, Universidade de Brasília - UnB

\_\_\_\_\_  
Prof. PhD. Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira  
Departamento de Direito, Universidade de Brasília - UnB

\_\_\_\_\_  
Prof. PhD. Lucio Remuzat Rennó Junior  
Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas (CEPPAC) - Unb

## **AGRADECIMENTOS**

Antes de tudo, a Deus pela força. Ao meu pai, parceiro eterno, pela torcida incondicional. A minha mãe e a meus irmãos pelo apoio e compreensão. À Andréa, minha mulher, pelo amor e pela companhia.

Aos colegas da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em especial o Diretor de Secretaria Antônio Carlos Guimarães Júnior, pela paciência, sem a qual não teria sido possível finalizar este trabalho.

Ao professor e orientador Paulo Carlos Du Pin Calmon, fonte inesgotável de inspiração intelectual desde 1997, pelos estímulos e pela orientação. Aos demais membros da banca, pelas valiosas sugestões. À professora Rebecca Abers, pelas aulas ministradas no Mestrado da Ciência Política que contribuíram sobremaneira para a conformação da pesquisa.

À assistente de pesquisa Jamile Buzaid, pela competência e pela disposição incansável em contribuir para o andamento da pesquisa. A todos aqueles que concorreram em alguma medida para a finalização do processo: Annanda Aires, Andrezza Assis, Nelson Carvalho, Thalita Bezerra, Aydê de Paiva, Ivan Ribeiro, Rafael Silva e aos servidores da Secretaria da Pós-Graduação do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília.

## RESUMO

Cortes e juízes têm atuado como implementadores negativos ou positivos de políticas públicas, justificando a consolidação de uma agenda de pesquisa em torno do Judiciário. Assentada no pressuposto teórico da abordagem neo-institucionalista de que os resultados regulatórios dependem da dotação institucional dos países, incluindo as instituições do sistema de justiça, a dissertação, na forma de estudo de caso, analisa o impacto da intervenção do Judiciário nas políticas de regulação do setor de telecomunicações brasileiro. Adota como estratégia metodológica a construção de um modelo heurístico voltado para capturar os custos de transação envolvidos no processo de revisão judicial das opções regulatórias. Os resultados obtidos indicam que, no episódio da discussão da majoração tarifária em 2003/2004, um conjunto de instituições garantiu um maior grau de centralização na tomada de decisões e de controle da cúpula do sistema de justiça sobre as cortes inferiores, a despeito do diagnóstico quanto ao funcionamento do Judiciário brasileiro centrado na hipótese da incerteza jurisdicional e na dispersão das fontes de poder. O equilíbrio, com baixa incidência de custos de transação, resultou da combinação, de um lado, do papel das instituições subjacentes ao processo de tomada de decisões e do marco regulatório do setor de telecomunicações e, de outro, de uma postura dos juízes da cúpula do Judiciário Federal voltada para (i) o predomínio da regra do cumprimento obrigatório dos contratos regulatórios; (ii) a consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações; (iii) a legitimação da atuação das agências reguladoras; (iv) a intervenção mínima do Judiciário na política regulatória. A pesquisa aponta ser fundamental o esforço continuado na identificação das preferências da cúpula do sistema de justiça em relação à regulação, tendo em vista que a engenharia institucional promovida pela reforma do judiciário, ainda em andamento, vem inclinando a balança de poder em favor da hierarquia mais alta da estrutura do Judiciário.

Palavras-chave: Judiciário, Políticas Públicas, Regulação, Telecomunicações, Judicialização, Custos de Transação, Incerteza Jurisdicional, Matriz Institucional, Atores com poder de veto, Pontos Institucionais de Veto, Reforma do Judiciário.

## ABSTRACT

Courts and judges have acted as negative or positive implementers of public policies, justifying the consolidation of an agenda of research around Judiciary. Based on the theoretical presupposition of the neo-institutionalist approach that the regulatory results depend on the institutional endowment of countries, including justice system institutions, this dissertation, as a case study, analyzes the impact of the intervention of Judiciary in the regulatory policies of Brazilian telecommunication sector. It adopts as methodological strategy the construction of a heuristic model directed to capture the transaction costs involved in the process of judicial revision of regulatory options. The results obtained indicate that, in the episode of discussion on tariff increase in 2003/2004, a group of institutions guaranteed a bigger degree of centralization in the decision-making process and control of lower courts by higher courts, despite the diagnosis about the performance of Brazilian judicial system centered in the hypothesis of jurisdictional uncertainty and in the dispersion of power sources. The balance, with a low incidence of transaction costs, resulted from the combination, on the one hand, of the role of institutions underlying the decision-making process and of the regulatory landmark of telecommunication sector and, on the other hand, from a behavior of the judges in the higher level of Federal Judiciary as for (i) the predominance of mandatory fulfillment rules of regulatory contracts; (ii) the consideration of causality relation between legal uncertainty and negative macroeconomic impacts in the investment environment of telecommunication sector; (iii) the legitimation of regulating agencies performance; (iv) the minimum intervention of judiciary in regulatory policy. This research points to be basic the continual effort to identify preferences of superior courts related to regulation, considering that the institutional engineering accomplished by judicial reform, still in progress, goes on inclining the balance of power in favor of the highest hierarchy of judiciary structure.

**Keywords:** Judiciary, Public Policies, Regulation, Telecommunication, Judicialization, Transaction Costs, Jurisdictional Uncertainty, Institutional Matrix, Veto players, Institutional Veto Points, Judicial Reform.

## LISTA DE FIGURAS

---

<b>Figura 1.1</b> – Os níveis do ambiente regulatório.....	21
<b>Figura 1.2</b> - Modelo das Atitudes ( <i>Attitudinal Model</i> ).....	35
<b>Figura 1.3</b> - Modelo da Interação Estratégica entre os Poderes.....	39
<b>Figura 2.1</b> – Estrutura do Poder Judiciário no Brasil.....	54
<b>Figura 3.1</b> - Modelo Espacial das Atitudes na Revisão Judicial da Política Regulatória: escala liberal-intervencionista.....	103
<b>Figura 4.2</b> - Modelo Teórico da Mudança Institucional no Caso Banespa.....	119
<b>Figura 4.3</b> - Modelo teórico final sobre a Mudança Institucional do Caso Banespa.....	125
<b>Figura 5.1</b> - Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos na majoração tarifária em 2003/2004.....	147
<b>Figura 5.2</b> – As preferências dos atores e das organizações envolvidas no episódio da majoração tarifária.....	148
<b>Figura 5.3</b> - Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos na majoração tarifária em 2003/2004 (1º cenário).....	162
<b>Figura 5.4</b> - Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos quanto à majoração tarifária em 2003/2004 (2º cenário).....	174
<b>Figura 5.5</b> – Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos quanto à majoração tarifária em 2003/2004 (4º cenário).....	201
<b>Figura 5.6</b> – Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos quanto à majoração tarifária em 2003/2004 – Equilíbrio Final.....	207
<b>Figura 5.7</b> – Equilíbrio no período compreendido entre 11/09/2003 e 1º/07/2004.....	210
<b>Figura 5.8</b> – Equilíbrio no período compreendido entre 1º/07/2004 até 2007.....	211

## LISTA DE TABELAS

---

<b>Tabela 1.1</b> – Um Sumário das Conclusões da Teoria Econômica da Regulação.....	11
<b>Tabela 1.2</b> - Tipologia Parcial dos Possíveis Objetivos Operacionais perseguidos pelos Juízes..	32
<b>Tabela 2.1</b> - Legitimidade para revisão dos atos das agências reguladoras.....	54
<b>Tabela 4.1</b> – Novo desenho institucional do marco regulatório da Dupla Suspensão.....	114
<b>Tabela 4.2</b> - Os Impactos Macroeconômicos da Decisão Judicial contra a privatização do Banespa.....	116
<b>Tabela 4.3</b> - Resultado da Liminar (ADI - 2251) .....	121
<b>Tabela 4.4</b> – As mudanças no Subsistema Institucional das liminares contra o Poder Público..	125
<b>Tabela 4.5</b> - O Subsistema Institucional das Liminares contra o Poder Público reformado.....	127
<b>Tabela 5.1</b> - Distribuição segundo a origem das ações.....	142
<b>Tabela 5.2</b> - Distribuição das Ações segundo os Requerentes.....	143
<b>Tabela 5.3</b> – Resultado da Liminar.....	152
<b>Tabela 5.4</b> – Análise dos Resultados no 1º Cenário Institucional.....	158
<b>Tabela 5.5</b> – Análise dos Resultados no 2º Cenário Institucional.....	171
<b>Tabela 5.6</b> – Análise dos Resultados no 3º Cenário Institucional.....	179
<b>Tabela 5.7</b> – Julgados após decisão do STJ.....	196
<b>Tabela 5.8</b> – Análise dos Resultados no 4º Cenário Institucional.....	198
<b>Tabela 6.1</b> - Os custos de transação decorrentes da descentralização.....	226



## LISTA DE GRÁFICOS

---

<b>Gráfico 5.1</b> – Resultado da Liminar.....	153
<b>Gráfico 5.2</b> - Liminares Concedidas.....	154
<b>Gráfico 5.3</b> - Razões de Decidir.....	156
<b>Gráfico 5.4</b> – Razão de Decidir.Predominante.....	156
<b>Gráfico 5.5</b> – Síntese dos efeitos na variável dependente.....	215
<b>Gráfico 5.6</b> – Hipótese da Incerteza Jurisdicional <i>versus</i> Caso examinado.....	217
<b>Gráfico 6.1</b> – Os custos de transação decorrentes da descentralização.....	227
<b>Gráfico 6.2</b> – Sentenças da Justiça do RS (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica).....	228
<b>Gráfico 6.3</b> – Acórdãos do TJRS (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica).....	229
<b>Gráfico 6.4</b> – Sentenças e Acórdãos no âmbito do TJRS (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica).....	230
<b>Gráfico 6.5</b> – Sentenças da Justiça do DF (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica).....	230
<b>Gráfico 6.6</b> – Acórdãos do TJDF (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica).....	231
<b>Gráfico 6.7</b> – Sentenças e Acórdãos no âmbito do TJDF (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica).....	231

## LISTA DE SIGLAS e ABREVIATURAS

---

ADC.....	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI.....	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIMC.....	Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF.....	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGR.....	Agravo Regimental
AGU.....	Advocacia-Geral da União
ANATEL.....	Agência Nacional de Telecomunicações
BACEN.....	Banco Central do Brasil
BANESPA.....	Banco do Estado de São Paulo
CDC.....	Código de Defesa do Consumidor
CPC.....	Código de Processo Civil
CPI.....	Comissão Parlamentar de Inquérito
CT-01 (CT1).....	Custos Transacionais de primeira ordem ou primeira dimensão
CT-02 (CT2).....	Custos Transacionais de segunda ordem ou segunda dimensão
FHC.....	Fernando Henrique Cardoso
INPC.....	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
IPCA.....	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
IGP-DI.....	Índice Geral de Preços (Disponibilidade Interna)
LGT.....	Lei Geral de Telecomunicações
JE.....	Juízes Eleitorais
JM.....	Juízes Militares

JT.....	Juízes do Trabalho
MP.....	Ministério Público
MPF.....	Ministério Público Federal
OAB.....	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC.....	Projeto de Emenda à Constituição
PCdoB.....	Partido Comunista do Brasil
PR.....	Partido da República
PT.....	Partido dos Trabalhadores
SELIC.....	Sistema Especial de Liquidação e de Custódia
SL.....	Suspensão de Liminar
SS.....	Suspensão de Segurança
STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
STM.....	Superior Tribunal Militar
TRE.....	Tribunal Regional Eleitoral
TSE.....	Tribunal Superior Eleitoral
TRT.....	Tribunal Regional do Trabalho
TST.....	Tribunal Superior do Trabalho
TRF.....	Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

---

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>PARTE I – REFERENCIAL TEÓRICO.....</b>	<b>08</b>
<b>CAPÍTULO 1: REFERENCIAL TEÓRICO SOBRE O JUDICIÁRIO E O PROCESSO REGULATÓRIO.....</b>	<b>09</b>
1.1 Das teorias sobre a atuação dos grupos de interesse para a agenda centrada no papel da dotação institucional na atividade regulatória.....	11
1.2 O Novo Institucionalismo Econômico.....	13
1.3 A Abordagem Neo-Institucionalista e o Processo Regulatório.....	18
1.3 O Lugar do Judiciário na Construção do Ambiente Regulatório.....	13
1.4 Ambiente Regulatório, Custos de Transação e o Judiciário.....	24
1.5 Modelos de Tomada de Decisões no Âmbito do Judiciário.....	29
1.5.1. Modelo Legalista.....	32
1.5.2 Modelo das Atitudes ( <i>Attitudinal Model</i> ).....	34
1.5.3 Modelo da Interação Estratégica ( <i>Separation-of-powers Model</i> ).....	37
1.5.4 A proposta neo-institucionalista.....	40
<b>PARTE II - DESENHO DA PESQUISA E METODOLOGIA.....</b>	<b>43</b>
<b>CAPÍTULO 2: HIPÓTESES.....</b>	<b>44</b>
2.1 O olhar sobre as instituições do sistema de justiça: uma perspectiva centrada na incidência dos custos transacionais.....	47
2.1.1 O modelo dos atores com poder de veto ( <i>veto players</i> ) e a relação com os custos de transação.....	50
2.2 O olhar sobre as preferências dos magistrados: uma perspectiva centrada no viés anticredor da Justiça brasileira.....	57
2.3 Regulação e sistema judicial brasileiro.....	60
2.4 Uma proposta de tipologia dos custos de transação envolvidos na revisão judicial da política regulatória – acessando a variável dependente.....	63
2.4.1 Custos decorrentes da configuração institucional do sistema de justiça (custos de 1ª ordem).....	64
2.4.1.1 Pontos Institucionais de Veto.....	64
2.4.1.2 Os mecanismos institucionais de reforço dos precedentes.....	64
2.4.1.3 Mecanismos Institucionais de Controle Jurisdicional Hierárquico.....	65
2.4.1.4 Prerrogativas Institucionais para os Presidentes das Cortes.....	66
2.4.2. Custos decorrentes do viés anti-credor na tomada de decisões (custos de 2ª ordem).....	66
2.4.2.1 Comportamento voltado para a regra do cumprimento obrigatório dos contratos ( <i>pacta sunt servanda</i> ).....	67

2.4.2.2	Comportamento voltado para a consideração dos efeitos econômicos sobre o setor regulado.....	67
2.4.2.3	Comportamento voltado para a legitimidade do poder exercido pelas agências reguladoras.....	68
2.4.2.4	Comportamento voltado para o ativismo nas políticas públicas.....	68
2.5	As hipóteses para o estudo de caso.....	69
2.5.1	A Matriz Institucional.....	72
2.5.2	O Papel das Preferências das Cortes e dos Juizes.....	75
2.5.3	Efeitos das Mudanças Institucionais voltadas para controlar o processo decisório no âmbito do Judiciário.....	79
<b>CAPÍTULO 3: DESENHO DA PESQUISA E METODOLOGIA.....</b>		<b>83</b>
3.1	Estudo de Caso na Análise do Impacto das Decisões Judiciais no Processo Político.....	84
3.2	Análise Qualitativa e Quantitativa das Decisões Judiciais.....	89
3.2.1	O Modelo da Incidência dos Custos de Transação de Execução de Contrato.....	92
3.3	Modelo Espacial das Atitudes na Revisão Judicial da Política Regulatória.....	102
3.4	Institucionalismo como uma Metodologia.....	106
<b>PARTE III – ANÁLISE E RESULTADOS.....</b>		<b>109</b>
<b>CAPÍTULO 4: O SUBSISTEMA INSTITUCIONAL DA CONCESSÃO DE LIMINARES CONTRA O PODER PÚBLICO – UMA NARRATIVA ANALÍTICA DO CASO BANESPA.....</b>		<b>110</b>
4.1	A engenharia institucional do instituto da dupla suspensão.....	111
4.2	O jogo da implementação da política de privatizações – o caso Banespa.....	113
4.3	O jogo da mudança das regras do jogo – a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.225.....	119
4.4	o STF e a relação entre o programa nacional de desestatização e o contexto da dívida líquida do setor público.....	122
4.5	Acessando a variável independente – o subsistema institucional das liminares contra o poder público.....	123
4.6	Análise e Resultados.....	130
<b>CAPÍTULO 5: A REVISÃO JUDICIAL DO REAJUSTE TARIFÁRIO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA EM 2003/2004.....</b>		<b>136</b>
5.1	O conflito de interesses na discussão sobre a majoração tarifária da telefonia fixa.....	138
5.2	Os custos de custos de transação de execução de contrato no primeiro cenário institucional.....	149
5.2.1	– Os custos de transação de primeira ordem – CT-01 (a).....	149
5.2.2	- Os custos de transação de segunda Ordem – CT-02(a).....	152
5.2.3	Análise e Resultados.....	157
5.3	Os custos de transação de execução do contrato no segundo contexto institucional.....	163
5.3.1	Os custos de transação de execução do contrato de 1ª ordem (CT-01).....	163
5.3.2	Os custos de transação de execução de contrato de segunda ordem (CT-02).....	167
5.3.3	Análise e Resultados.....	169
5.4	Os custos de transação e o terceiro contexto institucional.....	175
5.4.1	Os custos de transação de execução do contrato de 2ª ordem (CT-02).....	176

5.4.2 Os custos de transação de execução do contrato de 1ª ordem (CT-01) .....	176
5.4.3 Análise e Resultados.....	178
5.5 Os custos de transação e o quarto cenário institucional.....	181
5.5.1 Os custos de transação de execução do contrato de 1ª ordem (CT-01).....	181
5.5.2 Os custos de transação de execução do contrato de 2ª ordem (CT-02) .....	183
5.5.3 Análise e Resultados.....	196
5.6 O Judiciário e o novo arranjo contratual dos serviços de telefonia - o caso IST.....	202
5.7 Modelos de comportamento judicial.....	205
5.8 Síntese dos resultados.....	213
<b>CAPÍTULO 6: A CONTROVÉRSIA SOBRE A COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA.....</b>	<b>221</b>
6.1 – Breve notícia sobre a questão de fundo.....	221
6.2 – Conflito de Competência no STJ e a descentralização da tomada de decisões.....	222
6.3 – A revisão judicial da cobrança da assinatura básica.....	227
6.4 – A tomada de decisões no STJ.....	232
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>236</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS: PARA ALÉM DE UMA ABORDAGEM CENTRADA NOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....</b>	<b>248</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>251</b>
<b>ANEXO 1: Cálculo das Posições dos Atores no Modelo Espacial das Atitudes.....</b>	<b>262</b>
<b>ANEXO 2: Cálculo de CT-01 por Cenário Institucional Analisado.....</b>	<b>263</b>
<b>ANEXO 3: Cálculo dos Custos de Transação de Execução de Contrato de segunda ordem no Segundo Cenário Institucional.....</b>	<b>264</b>
<b>ANEXO 4: Acórdãos e Sentenças no âmbito da Justiça do Rio Grande do Sul.....</b>	<b>266</b>
<b>ANEXO 5: Acórdãos e Sentenças no âmbito da Justiça do Distrito Federal.....</b>	<b>269</b>
<b>ANEXO 6: Processos analisados relativos ao episódio da majoração tarifária.....</b>	<b>271</b>

## INTRODUÇÃO

---

Na seara das políticas de regulação, as análises predominantes, de natureza econômica, se concentram principalmente no nível das regras mais específicas que norteiam a atividade regulatória. A atenção é voltada para os resultados concretos das políticas em si, tais como da política de definição das tarifas, das metas de universalização, da entrada e saída de concorrentes, dentre outras.

Gradativamente, entretanto, novos estudos vêm indicando ser importante não apenas as políticas em si, mas também a dotação institucional do país sobre a qual se dá o processo de formulação e implementação das políticas públicas, uma vez que é no âmbito do Estado que os agentes detentores de poder de agenda e de veto definem as normas e as regras com impacto sobre a trajetória da regulação (Mattos e Mueller, 2006). Essa nova orientação, capitaneada pelos estudos de Levy e Spiller (1996) e Noll (1999), deslocou o foco da análise do nível das regras mais específicas do ambiente regulatório para o âmbito da arena estatal onde as deliberações das instituições políticas e judiciais, que refletem a trajetória política do país, influenciam o processo regulatório, uma vez que determinam a quem cabe o poder de agenda, as arenas decisórias, as instâncias de influência dos vários atores e os mecanismos adotados no processo de agregação de preferências durante a definição e execução das políticas públicas (Calmon e Diniz, 2002).

Essa literatura, fortemente marcada pelos ensinamentos da escola neoinstitucionalista, reserva ao Judiciário um papel determinante na conformação da capacidade regulatória do país, a partir principalmente da resolução do problema da credibilidade, uma vez que, ao garantir a estabilidade dos compromissos e o cumprimento dos contratos, além de evitar a expropriação regulatória em decorrência do oportunismo governamental, sinaliza aos investidores que as instituições regulatórias não serão manipuladas indevidamente, tornando seguro o retorno esperado com a aplicação de grandes somas de recursos. Especificamente ainda no setor de telecomunicações, caracterizado pelos investimentos de longo prazo de maturação, especificidade dos ativos e custos de difícil recuperação, o Judiciário exerce esse papel de forma proporcionalmente maior.

O Estado brasileiro, principalmente ao longo da Era Cardoso (1995-2002), experimentou sucessivas ondas de reformas de cunho econômico, político e administrativo. Buscou-se a implementação de políticas voltadas para a consolidação da economia de mercado no país e para

a recuperação da capacidade governativa do Estado a partir de um novo modelo de intervenção fundado essencialmente na conformação de um Estado regulador. O país quebrou monopólios constitucionalmente estabelecidos, promoveu abertura comercial e financeira, vendeu a maioria de suas estatais e criou novos formatos organizacionais, como as agências executivas e as agências reguladoras.

Em que pese o relativo sucesso da adoção de alguns modelos regulatórios, em muitos casos contemplando uma série de instrumentos importados e adaptados da experiência de países com tradição na área regulatória, a trajetória da construção do ambiente regulatório brasileiro tem sido marcada por conflitos entre os órgãos reguladores e outras organizações do sistema político e judicial, refletindo as incompatibilidades do novo modelo com a tradição do funcionamento das instituições políticas e legais do país.

Nesse sentido, por exemplo, no âmbito do setor de telecomunicações, especialistas vêm se reunindo em fóruns de discussão para alertar que o conflito entre a justiça e as agências reguladoras - em especial a ANATEL - ainda está longe de uma solução favorável. A onda de liminares estaria prejudicando o estabelecimento da competição no setor de telecomunicações.

A literatura que analisa o impacto do funcionamento do sistema de justiça brasileiro no processo político, ainda que escassa, indica que as cortes e os juízes atuam de forma insuficientemente voltada para garantir os contratos e os direitos de propriedade, para moderar a instabilidade das regulações públicas e para impedir expropriações contratuais por parte de agente econômicos e políticos. Ao contrário, como argumentam os teóricos da hipótese da incerteza jurisdicional (Arida, Bacha e Lara-Resende, 2004), a configuração das instituições políticas e judiciais do país afeta de maneira negativa o lado da oferta do crédito, quer em razão dos gargalos do sistema judicial que provoca morosidade na entrega da prestação jurisdicional, quer em razão da existência do que os autores identificaram como um viés anti-credor dos tomadores de decisão no âmbito do sistema político e judicial.

Na seara regulatória, esse viés seria refletido numa postura em defesa da parte mais fraca da relação entre os fornecedores do serviço (empresas de telecomunicações) e o grupo dos consumidores. Aliado à dotação institucional subjacente ao sistema de justiça brasileiro, marcada, segundo essa literatura, pela descentralização do processo decisório, pelo alto grau de independência dos juízes e pela ausência de institutos para o reforço dos precedentes, o Judiciário



funcionaria, *a contrario sensu*, como uma fonte para o incremento dos custos e da incerteza regulatórias.

Três episódios recentes a seguir ajudam a compreender o impacto das cortes no processo regulatório, influenciando o momento da implementação e alterando muitas das opções de regulação estabelecidas pela ANATEL, no exercício de sua competência delegada pelo marco legal do setor:

I - No dia 11/09/2003, o Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal deferiu liminar assegurando a aplicação da variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, em substituição ao IGPDI, para o reajuste máximo das tarifas dos serviços públicos de telefonia de assinatura e habilitação não residenciais e tronco; crédito telefônico, serviço de longa distância nacional; serviço de longa distância internacional e tarifas de interconexão. Por decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, todas as ações que versavam sobre a matéria seriam julgadas, em primeiro grau, pelo referido Juiz. Por 12 votos a três, a Corte Especial do STJ suspendeu a liminar, decidindo que o reajuste das tarifas de telefonia fixa de junho de 2003 teria como indexador o IGPDI, apurado pela Fundação Getúlio Vargas. A maioria acompanhou o entendimento do Ministro-Presidente, cujo voto apontou risco de insegurança jurídica na manutenção do IPCA, afastando os investidores e aumentando o risco-Brasil.

II - Em ação civil pública, o Ministério Público Federal solicitou que a Brasil Telecom S/A se abstinhasse de efetuar a cobrança de tarifas de assinatura básica residencial, ficando a critério de cada consumidor o pagamento ou não do valor, proibida a suspensão do serviço em caso de inadimplência. Indeferida a liminar pelo Juiz de primeiro grau em Bonito (MS), no sentido de ser sobrestada a cobrança da assinatura básica, o Ministério Público interpôs agravo de instrumento, provido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (TJ/MS) com a antecipação da tutela requerida: interromper a cobrança da assinatura básica até a decisão final da demanda. Indeferidos os recursos manejados posteriormente pela ANATEL, foi pedida a suspensão da liminar ao Ministro-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Edson Vidigal. Considerando o risco inverso à população, em razão da má prestação dos serviços por falta de investimentos como resultado direto do não recebimento, pela concessionária, da contraprestação pecuniária criada não pela empresa, mas pela própria Administração no próprio contrato de concessão, o Presidente do STJ deferiu a suspensão da liminar.

III – Em decisão proferida em sede de ação civil pública iniciada pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor - PROTESTE, a juíza da 32ª Vara Cível de São Paulo obrigou a Telefônica a implantar, em 120 dias, a contar da publicação de sua decisão, o sistema técnico de tarifação e de cobrança de chamadas locais realizadas para telefones fixos, discriminado, em cada uma delas, a data, horário e locais da mesma, o tempo de duração de cada uma e o número chamado individualmente, sob pena de multa diária de R\$ 10,00 em favor de cada consumidor, por se tratar de ação civil pública. A Telefônica recorreu da decisão.

Os exemplos demonstram que os juízes não estão hesitando em se substituir ao regulador na definição da política regulatória, não se limitando tão-somente à análise da legalidade e da constitucionalidade dos casos levados a sua apreciação. Além disso, ao menos nos dois primeiros exemplos, parece haver uma atitude de um dos órgãos da cúpula do sistema de justiça, no caso o Superior Tribunal de Justiça – STJ, voltada para uma postura marcada pela auto-contenção regulatória em contraste com o ativismo verificado na magistratura de primeiro grau.

Considerando a escassez de estudos sobre o tema, e tendo em vista a limitação dos existentes à divulgação das preferências sobre os membros do sistema de justiça colhidas de *surveys* e pesquisas de opinião, esta dissertação, por intermédio de um estudo de caso, se ocupará em analisar a intervenção dos juízes e das cortes brasileiras na atividade regulatória, especificamente na regulação dos serviços públicos em telecomunicações, a partir das decisões proferidas por eles, os juízes, no contexto do processo de revisão judicial das políticas do setor. Além do esforço em iniciar um processo de identificação da distribuição de preferências no âmbito do sistema de justiça brasileiro a respeito dos temas regulatórios judicializados, outro objetivo da dissertação consiste em verificar se os efeitos da participação do Judiciário extrapolam o papel a ele reservado pela literatura em tão-somente contornar o problema da garantia dos compromissos críveis (*credible commitments*), apesar de o estudo não prescindir de enfatizar essa função, considerada essencial para a capacidade regulatória do país.

Em razão, então, da preocupação primária quanto ao papel do Judiciário na garantia de um ambiente regulatório estável e livre do oportunismo dos demais agentes do sistema político, proporcionando a redução de importantes custos de transação envolvidos no ambiente da formulação e implementação das políticas de regulação, a pesquisa, a partir de um estudo de caso explanatório, recorrerá a um modelo heurístico elaborado para explicar os processos causais responsáveis pela redução gradativa dos custos de transação à proporção que a demanda foi

encaminhada da base para a cúpula da estrutura do sistema judiciário. Para efeitos analíticos, a incidência dos custos de transação de execução de contrato, tratada como a variável dependente da pesquisa, será desagregada em duas dimensões: (i) custos da primeira dimensão, envolvendo as dificuldades decorrentes do desenho do sistema de justiça fragmentado e com dispersão das fontes de poder; (ii) custos da segunda dimensão, relacionados à postura dos tomadores de decisão condizente ou não com a regra do cumprimento obrigatório dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Optou-se, então, em analisar o episódio do reajuste das tarifas dos serviços de telefonia em 2003/2004, não apenas por conta de sua inegável repercussão na agenda regulatória do país, mas também por causa de seu resultado contra-intuitivo em relação ao diagnóstico que encara a participação do Judiciário no setor de telecomunicações como fonte para a retração dos investimentos no setor. O Judiciário, especificamente uma das organizações de sua cúpula, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, não apenas decidiu em favor da regra do cumprimento obrigatório dos contratos, como também impediu a expropriação regulatória por parte do Executivo, garantido a redução dos custos de transação na implementação da política tarifária do setor de telecomunicações.

Serão testadas as seguintes hipóteses para explicar o resultado final do jogo da implementação da política tarifária em 2003/2004, com relativa baixa incidência de custos transacionais do tipo “execução de contrato”: (i) – a matriz institucional; (ii) a intensidade das preferências das cortes e dos juízes; (iii) – as mudanças institucionais promovidas pelo Executivo voltadas para controlar o processo de tomada de decisões no âmbito do Judiciário.

Além da desagregação dos custos de transação em duas dimensões principais, outro elemento fundamental do sucesso da aplicação do modelo heurístico diz respeito à técnica do *process-tracing* (George e Bennett, 1997, 2004). A lógica do *process-tracing* está em enfatizar como fonte das *inferências causais*, mais do que as *explicações causais* subjacentes aos testes estatísticos de covariância em estudos com amostras consideráveis, *os processos ou mecanismos intervenientes (causal mechanisms)* por meio dos quais as variáveis explanatórias previamente determinadas produzem seus efeitos próprios. Num processo complexo como a revisão judicial da política regulatória, acredita-se que tal técnica contribuirá para uma explicação mais aprofundada dos elos causais que foram sendo estabelecidas até o equilíbrio final alcançado, estável e contra-intuitivo em relação à previsão da literatura que se ocupa sobre o tema.

De forma complementar, foi elaborado um modelo espacial destinado a interpretar o comportamento das cortes e dos juízes no Brasil em atenção aos modelos desenvolvidos na ciência política norte-americana: *modelo legal*, *modelo atitudinal*, *modelo da interação estratégica* e *modelo neo-institucionalista*. As importantes diferenças em relação aos sistemas de justiça de ambos os países desautorizam, é verdade, uma aplicação direta desses modelos ao caso brasileiro. Não obstante, adaptados à realidade brasileira, não deixam de constituir-se em mais uma fonte de explicação para um fenômeno tão complexo como a participação do Judiciário no processo político.

Assim sendo, o primeiro capítulo desta dissertação se ocupa em apresentar a literatura assentada no neo-institucionalismo que foi evoluindo da perspectiva centrada na atuação dos grupos de interesse para aquela com ênfase na dotação institucional dos países e da abordagem marcada por uma preocupação com as regras mais específicas da atividade regulatória para outra preocupada também com o papel das instituições políticas e legais na evolução do ambiente regulatório. Ademais, serão apresentados, em caráter introdutório, os modelos de comportamento das cortes e juízes elaborados na ciência política norte-americana, com o propósito já de colher elementos para uma aplicação ao caso brasileiro.

O segundo capítulo apresenta a hipótese da incerteza jurisdicional adaptada à seara regulatória, bem como as hipóteses causais com capacidade de explicar o motivo pelo qual, no episódio da majoração tarifária dos serviços de telefonia, a intervenção final do Judiciário refuta, em alguma medida, a leitura de um sistema de justiça que constitui fonte inesgotável de custos transacionais *ex post*. A crença é a de que, apesar da oferta de mecanismos institucionais que implicam a descentralização da tomada de decisões, há, por outro lado, uma série de outros institutos com capacidade de inclinar a balança de poder em favor da cúpula do sistema de justiça, ainda mais se for considerada a gradativa implementação da reforma do judiciário que, dentre outros objetivos, vem promovendo uma verdadeira engenharia institucional no âmbito do sistema de justiça com inegáveis mudanças em termos da distribuição de poder na estrutura judiciária brasileira. Além disso, sugere-se que já há uma distribuição de preferência na hierarquia mais alta do Judiciário brasileiro sensível à regra do cumprimento obrigatório dos contratos, aos efeitos em termos de retração econômica no setor de telefonia decorrente da mudança das regras do jogo, à necessidade de se legitimar a atuação das agências reguladoras, bem como à idéia de que o Judiciário não deve se imiscuir nas opções de política regulatória.

A formatação da pesquisa é apresentada no terceiro capítulo. Três foram as preocupações fundamentais que nortearam o desenho metodológico desta dissertação. A primeira, a dificuldade em estabelecer uma estratégia de estudo de caso com capacidade de fornecer generalização analítica (Yin, 2005). Segundo, os problemas decorrentes da análise do processo político a partir da intervenção do Judiciário nos episódios. E, por fim, a utilização do institucionalismo não apenas como uma escola teórica, mas como uma metodologia de pesquisa que busca apontar as instituições como as variáveis independentes dos fenômenos examinados. Espera-se que estes desafios tenham sido contornados com a criação de um modelo heurístico que contempla ao mesmo tempo o método do *process-tracing* (George e Bennett, 1997, 2004) e a identificação dos custos de transação à proporção que o contexto institucional é modificado, explicando não apenas o caso examinado, mas com capacidade de ser aplicado em qualquer outro na seara regulatória.

Ora, se uma das variáveis institucionais explicativas dos resultados verificados no caso examinado é o subsistema jurídico-processual das liminares contra o Poder Público, o quarto capítulo se ocupa em estudar o processo de mudança institucional empreendido pelo Poder Executivo que conformou esse microssistema legal. O caso revela como o Poder Executivo, seguindo o legado histórico de intervenção nas políticas públicas brasileiras, conseguiu impor suas preferências também no âmbito das regras da tomada de decisões no Judiciário.

O quinto capítulo é o próprio estudo de caso em si sobre o processo de revisão judicial da majoração tarifária em 2003/2004, com a aplicação do modelo desenhado para capturar as mudanças na variável dependente *vis à vis* as alterações do ambiente institucional.

O último capítulo apenas introduz um outro estudo de caso acerca da controvérsia sobre a cobrança da assinatura básica que vem se arrastando nas cortes brasileiras desde 2004 sem uma solução pacífica até o presente momento. Embora os dados preliminares coletados desautorizem qualquer estratégia de generalização analítica, a pesquisa aponta, ao menos, um caminho seguro para posteriores estudos preocupados com a validade externa por meio da replicação.

**PARTE I –  
REFERENCIAL TEÓRICO**

## CAPÍTULO 1: REFERENCIAL TEÓRICO SOBRE O JUDICIÁRIO E O PROCESSO REGULATÓRIO

---

Os casos escolhidos para exame nesta dissertação – a controvérsia sobre o reajuste das tarifas telefônicas e sobre a cobrança da assinatura básica dos serviços de telefonia - envolvem aspectos com repercussão direta sobre o orçamento doméstico dos consumidores, sobre o caixa das empresas concessionárias dos serviços de telefonia e, mais indiretamente, sobre o fluxo de investimentos privados para o país e sobre as variáveis macroeconômicas sensíveis à alocação desses recursos, como, por exemplo, a taxa do risco-país e o montante dos investimentos diretos estrangeiros (IED).<sup>1</sup>

Conquanto seja extremamente útil analisar os resultados das políticas em si, interessa para os fins da pesquisa o aspecto institucional subjacente ao fenômeno da transferência dos conflitos regulatórios do espaço das agências reguladoras para a arena do sistema de justiça, bem como os efeitos da participação das cortes e dos juízes no processo de implementação da política regulatória brasileira *vis à vis* o papel determinante das estruturas e das instituições do processo de tomada de decisões (McCubbins, Noll e Weingast, 1989, 2006, 2007). Assim, esta dissertação busca destacar o papel das instituições do sistema político, especialmente àquelas integrantes do sistema de justiça, no processo de implementação de políticas no Brasil, incluindo a investigação do impacto sobre o desenho final da política, em termos de conteúdo e de forma.

Esse debate é tanto mais complexo quanto se percebe que contempla não apenas a configuração institucional do modelo das agências reguladoras, mas também a do próprio sistema judiciário. Por isso, esse capítulo se presta ao exame da literatura ocupada com a conexão entre o papel do sistema judicial - entendido como um conjunto de atores, regras, instituições e regimes decisórios – e a performance do processo regulatório, especialmente no setor de telecomunicações.

A idéia é de formação de uma agenda de pesquisa voltada para o exame das causas e dos efeitos da participação do Judiciário na regulação dos serviços públicos de telecomunicações, energia e saúde, buscando sugerir uma metodologia capaz de ao mesmo tempo preencher duas lacunas no que se refere ao campo de análise de políticas públicas no Brasil: uma propriamente

---

<sup>1</sup> Foge aos objetivos desta pesquisa o exame da correlação entre o grau de intervenção judicial nos assuntos regulatórios e o montante de investimentos privados no setor em pauta. Não obstante, tal estratégia contribuiria para testar empiricamente a tese difundida de que o Judiciário constitui uma arena incrementadora do risco regulatório.

afeita ao estudo sistemático sobre a implementação de políticas regulatórias, área tão incipiente quanto à dos exames dos processos de implementação de forma geral. A outra, sobre o papel do Poder Judiciário nessa fase da implementação, especialmente para investigar o alcance e a extensão real de sua interferência no desenho da política.

Para auxiliar nas questões centrais levantadas pela dissertação, a revisão de literatura será apresentada de forma lógica e gradual, acompanhando a evolução da agenda dos estudos de regulação da perspectiva centrada no papel dos grupos de interesse para a estratégia analítica centrada na importância da matriz institucional.

Em primeiro lugar, a abordagem dos grupos de interesse é apresentada, uma vez que qualquer análise sobre o processo regulatório não pode prescindir de uma leitura acerca do conflito entre os atores e as organizações sociais e políticas envolvidas nas atividades de regulação.

Em seguida, acompanhando a percepção de que os resultados regulatórios decorrem não apenas da interação entre os grupos de pressão, mas também de fatores institucionais presentes na sociedade que condicionam o comportamento dos agentes, oferecendo oportunidades e restringindo alternativas, serão apresentados os principais argumentos teóricos da nova economia institucionalista.

De forma mais específica, buscando a constituição de um instrumental analítico próprio para o exame da relação entre o contexto institucional e os resultados regulatórios, a ênfase recairá nos estudos capitaneados por Levy e Spiller (1994) e Noll (1999), que chamaram a atenção para o papel da dotação institucional dos países na performance da atividade regulatória.

Dentre as instituições indicadas como estratégicas para a boa condução da atividade regulatória, as atinentes ao sistema de justiça ganham destaque, especialmente porque contribuem para a garantia dos compromissos críveis (*credible commitment*). Assim sendo, a revisão de literatura contempla o exame do papel do Judiciário na evolução do ambiente regulatório, especialmente porque o estudo de caso da dissertação pode ser interpretado mais como um episódio de conflito entre as organizações do sistema de justiça e as agências reguladoras do que como captura dos reguladores por grupos de interesse.

Finalmente, é fundamental delimitar ainda mais o escopo da análise para alcançar o processo de tomada de decisões na esfera judicial, destacando-se os modelos existentes acerca do comportamento dos juízes.



## 1.1 Das teorias sobre a atuação dos grupos de interesse para a agenda centrada no papel da dotação institucional na atividade regulatória

Apesar de não ser objetivo desta dissertação examinar as diferentes teorias sobre regulação econômica, é importante salientar que grande parte dos estudos da área se concentrava nas relações entre regulador e regulado, enfatizando a atuação dos grupos de interesses e situações que envolviam a captura das instituições regulatórias do Estado pelo interesse privado (Bentley, 1908, Truman, 1951, Bernstein, 1955, citados por Posner, 1974).<sup>2</sup>

Stigler<sup>3</sup>, citado por Bruna (2003, p.51), numa vertente mais econômica, indica que objetivo primordial da teoria da regulação econômica é identificar: (i) os indivíduos e os grupos sociais que irão receber benefícios e os que irão suportar os custos da atividade estatal regulatória; (ii) os efeitos da regulação sobre a alocação de recursos na economia. Sua tese é a de que a “ação regulatória é resultado da interação de interesses privados orientados exclusivamente pela busca da maximização de seus benefícios: interesses das indústrias reguladas demandando regulação para protegerem-se da competição de outras firmas; e interesses do regulador disposto a atender a essas demandas, ofertando regulação em troca de apoio político (Mattos et all, 2004, p. 15).<sup>4</sup> Nesse sentido, com um olhar atento sobre a contraposição entre as falhas de mercado e as falhas de governo e sobre as noções de custos de informação no mercado político em Downs<sup>5</sup> e dos custos de organização das ações coletivas em Olson<sup>6</sup>, conclui que a regulação estatal acaba por ser adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício<sup>7</sup>” (Stigler, 1971, p.23).<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Bentley, A.F. (1908), *The Process of Government*. Chicago: University of Chicago Press. Truman, D.B. (1951), *The Government Process: Political Interests and Public Opinion*. New York, Knopf. Bernstein, M. (1955), *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton: Princeton Univ. Press.

<sup>3</sup> Stigler, George J. (1994), *The Theory of Economic Regulation*, 44 Adm.L. Rev. 245, *Administrative Law Anthology*, Anderson Publishing Co., p. 399.

<sup>4</sup> O fundamento para a economia política da regulação de Stigler é a caracterização dos políticos e dos eleitores como maximizadores de utilidade e do mercado político como algo similar ao mercado econômico, mostrando a adesão de sua teoria à visão do processo político-eleitoral apresentado em Downs (1957).

<sup>5</sup> Downs, no seu clássico *a Teoria Econômica da Democracia* (1957), defende a idéia principal de que os cidadãos, assim como em sua vertente de agentes econômicos na esfera privada, agem “racionalmente” no que se refere à esfera público. Este axioma implica, por exemplo, que cada cidadão vota no partido que ele acredita que lhe proporcionará o maior número de benefícios em comparação com os demais. No mundo real, todavia, há incerteza e a falta de informação que impedem até mesmo ao mais inteligentes e bem-informados dos eleitores a agirem conforme o modelo. Além da incerteza, há erros, informações falsas e ignorância.

<sup>6</sup> A lei de Olson pode, numa apertada síntese, ser assim enunciada: *quanto maior o grupo, mais longe ele ficará do ponto ótimo de provisão do benefício coletivo, uma vez que será menos provável que ele aja para obter até mesmo*

Peltzman (1989)<sup>9</sup> buscou demonstrar algumas das fragilidades da generalização empírica da tese de captura do regulador pela indústria. Ele sustenta, por sua vez, que a autoridade regulatória não é capturada por um único interesse econômico. Como os consumidores podem oferecer votos ou dinheiro, a pura proteção dos fornecedores não será, em geral, a estratégia política dominante. Os políticos, maximizadores de utilidades, alocam benefícios entre os grupos de maneira ótima (1989, p. 89).

Em outras palavras, a tese de Peltzman, assentada numa visão de democracia pluralista, é a de que o jogo regulatório pode ser entendido numa perspectiva vetorial em que grupos de interesses, tanto no lado da oferta quanto no da demanda, se organizam para pressionar o sistema político em prol de benefícios concentrados ou contra custos concentrados. O equilíbrio representaria o saldo da pressão marginal exercida por ganhadores e perdedores ou, nas palavras de Fiani (2004), esse equilíbrio resultaria de uma solução de compromisso entre produtores e consumidores.<sup>10</sup>

Becker, por sua vez, argumenta que a perda do bem-estar social constitui uma limitação a políticas regulatórias ineficientes (*Apud* Peltzman, 1989, p. 91-93). Nesse modelo, a perda do bem-estar social equivale ao ganho do ganhador menos a perda do perdedor em decorrência da mudança nos níveis de produção induzida pelo regulador, estimulando, então, um jogo de

---

*uma quantidade mínima desse benefício* (Olson, 1965, p. 47). Haverá, então, um incentivo para que os membros dos grupos para os quais o custo de produzir qualquer quantidade do bem coletivo excede os benefícios sem comportem como caroneiros (*free-riders*). A atitude do carona, nesse contexto, é própria dos indivíduos racionais e auto-interessados que, conquanto reconheçam desejável a obtenção de um benefício coletivo, não se dispõem a incorrer no custo para produzi-lo, uma vez que esperam que outros indivíduos o façam. Assim, predominará ou a indiferença ou a estratégia do **free-riding** pela qual o indivíduo usufrui dos benefícios auferidos pela ação do grupo sem ter incorrido nos custos para a sua obtenção. Assim sendo, afirmou o autor que é “nos grupos menores, caracterizados por um considerável grau de desigualdade – isto é, em grupos de membros de “tamanho” desigual ou desigual grau de interesse pelo benefício coletivo – que há a probabilidade maior de que o benefício coletivo seja provido, já que quanto maior o interesse da parte de cada membro pelo benefício, maior a probabilidade de que cada membro obtenha uma porção tão significativa do ganho total trazido pelo benefício que saia ganhando ao se esforçar para que o benefício seja provido mesmo que tenha que arcar com todo o custo sozinho (1965: p. 46).”

<sup>7</sup> Em revisão de literatura sobre a teoria da regulação econômica, Fiani (2004) aponta ser errônea a interpretação disseminada de que Stigler teria afirmado que a regulação visa sempre beneficiar a indústria. Isso ocorreria na maior parte dos casos, mas não sempre.

<sup>8</sup> Para uma revisão crítica da teoria econômica da regulação de Stigler, ver Peltzman (1989) in Mattos *et al*, 2004, pp.85-89.

<sup>9</sup> O famoso artigo de Peltzman data de 1976: Peltzman, Sam. Toward a more general theory of regulation. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 19, p. 211-240, 1976. Não obstante, o texto utilizado nesta dissertação, de autoria do mesmo autor, apresenta revisão da literatura sobre a teoria econômica da regulação, incluindo seu famoso texto mencionado.

<sup>10</sup> Posner (1974), por exemplo, chama a atenção para a estratégia dos subsídios cruzados, comum na experiência regulatória norte-americana, pela qual o Estado assegura a prestação compulsória de serviços para determinados consumidores a preços mais baixos em troca de ganhos elevados obtidos a partir da taxaço de setores mais abastados, incluindo sobre a renda dos fornecedores.

pressões dos grupos de interesse no processo político. Perdas marginais de bem-estar social crescentes induziriam ao enfraquecimento dos ganhadores em relação aos perdedores. Sendo motivada pela correção de externalidades, a regulação serviria neste modelo principalmente à promoção do bem-estar social, apesar de o equilíbrio político implicar alguma perda de bem-estar (Peltzman, 1976, p. 92; Fiani, 2004, p. 97).

Peltzman (1976) apresentou um sumário das conclusões da teoria econômica da regulação que merece transcrição, uma vez que confirma uma perspectiva teórica tributária do equilíbrio resultante da atuação de grupos de interesses no processo político.

**Tabela 1.1 – Um Sumário das Conclusões da Teoria Econômica da Regulação**

<b>I</b>	Grupos compactos e bem organizados tenderão a beneficiar-se mais da regulação do que grupos maiores e difusos. Em decorrência, a regulação penderá por beneficiar mais os produtores, uma vez que geralmente eles são mais bem organizados se comparados com os consumidores. A coalizão dominante deve, também, contudo, incluir algumas categorias de consumidores.
<b>II</b>	A política regulatória procurará preservar uma distribuição politicamente ótima de recursos entre os membros dessa coalizão. Com isso, ao longo do tempo, essa política buscará neutralizar mudanças nessa distribuição ótima decorrente de alterações nas condições de demanda ou de custos. Em um certo momento, um mecanismo de subsídios cruzados será implantado de forma que os recursos oriundos dos preços pagos por certos consumidores subsidiarão os preços a serem pagos por consumidores com custos de fornecimento mais elevados.
<b>III</b>	Uma vez que os benefícios políticos oriundos da regulação são decorrentes de sua capacidade de distribuir riqueza, o processo regulatório será sensível a perdas de bem-estar. Políticas que reduzam o montante de riqueza disponível para distribuição serão evitadas, dado que, ao se manter as demais condições inalteradas, elas reduzem os ganhos políticos que podem advir da regulação.

Fonte: Peltzman (1976)

## 1.2 O Novo Institucionalismo Econômico

Todos os modelos acima, em maior ou menor medida, ignoram o fato de que a atividade regulatória não ocorre num vácuo institucional nem resulta de um processo no qual há interações não apenas entre grupos de interesse, mas também entre vários outros agentes reguladores com objetivos políticos próprios. Estas interações ocorrem, por sua vez, sob

condicionamento de um aparato institucional que (i) oferece oportunidades de ação, (ii) define responsabilidades, (iii) restringe caminhos (Fiani, 2004).

Esta pesquisa busca examinar, de forma mais geral, as relações entre a dotação institucional de um país, especialmente as instituições do sistema de justiça, e a performance da atividade regulatória, reclamando, então, uma metodologia que contemple o papel das instituições na imposição de constrangimentos e no oferecimento de oportunidades no desenvolvimento do ambiente regulatório. Nesse sentido, uma primeira filiação teórica da pesquisa se dá com os trabalhos desenvolvidos por North (1993,2005), cuja definição de instituições, conquanto com certo grau de abstração, foi aplicada de forma específica no campo da economia.

*Grosso modo*, North aponta a centralidade da formação e da evolução das instituições nos níveis de crescimento econômico dos países, com a clara intenção de investigar as grandes distâncias observadas entre os países pobres e ricos. Credita às diferenças entre as matrizes institucionais, mais do que às variáveis como acesso à capital e à tecnologia, as causas desse fosso econômico.

Pode-se inferir que, no modelo das instituições à North, o estoque de capital físico e humano, tratado por muitos autores como o fator causal do desenvolvimento econômico das nações, é, na verdade, uma variável interveniente, sendo o arcabouço institucional a variável independente que oferecerá os estímulos para o acúmulo desse estoque, ou, com sinal trocado, as barreiras para a consecução desse mesmo fim.

De acordo com Gala (2003), em revisão de literatura sobre as teorias desenvolvidas por North, conceito-chave no pensamento do autor é o de *instituições eficientes*. “Uma matriz institucional eficiente será aquela capaz de estimular um agente ou uma organização a investir numa atividade individual que traga retornos sociais superiores a seus custos sociais”. Isso acontece quando o arranjo institucional está associado a um bem estabelecido sistema de direitos de propriedade e a um conjunto de mecanismos de coerção (*enforcement*) voltado para a garantia do primeiro. Essa matriz estimularia, por sua vez, os atores individuais e organizacionais a se lançarem em atividades economicamente produtivas, gerando acumulação de capital e de conhecimento.

North (1993, 2005) enfatizou, então, o papel estruturador da interação humana fornecido pela matriz institucional, uma vez que funciona ao mesmo tempo como a limitação imposta aos

atores e como o conjunto de regras fornecedoras dos incentivos para as trocas, sejam elas políticas, sociais ou econômicas, em ambientes marcados por risco e/ou por incerteza.<sup>11</sup> Função primordial da matriz institucional é a redução das incertezas, fornecendo regularidade e estabilidade nas trocas diárias, determinando a estrutura de incentivos e as condições para as interações humanas e reduzindo os custos de transação.

Na tipologia dos custos de transação, há, fundamentalmente, aqueles, numa perspectiva *ex ante*, inerentes à dificuldade da especificação dos atributos de valor e qualidade do produto subjacentes às transações realizadas no sistema econômico (*measurement*), e os concernentes, numa perspectiva *ex post*, ao monitoramento do desempenho dos agentes envolvidos nas negociações à garantia do cumprimento dos contratos (*enforcement*).

O arcabouço institucional inclui **regras formais** (leis, códigos positivos, regimentos, etc), **informais** (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto-impostos), bem como os mecanismos responsáveis pela aplicabilidade daquelas (**mecanismos de coerção**) (North, 2005: p. 48).

A conexão da teoria com a política ocorre principalmente em razão do papel do Estado em definir as regras formais e o sistema de direitos de propriedade, bem como em prover os mecanismos de *enforcement* da sociedade. Não obstante, o autor reconhece a existência de altos custos transacionais de *measurement* e *enforcement* no contexto do mercado político.

Em relação ao primeiro tipo, eles decorrem principalmente do ambiente de assimetria de informações refletido tanto na dificuldade dos governantes e dos governados em avaliar de forma fidedigna as perdas e os ganhos inerentes à aprovação de uma legislação ou um regulamento no contexto de uma determinada política quanto no monitoramento das atividades dos governantes por parte dos governados. No que se refere ao segundo, os custos decorrem da dificuldade de prover compromissos críveis (*credible commitment*) nas negociações marcadas por escolhas intertemporais e baseadas em contratos não-escritos. Esses custos estariam no cerne da imperfeição dos mercados políticos, implicando, por via de consequência, a formação de instituições econômicas ineficientes.

Da conexão entre política e economia, North apresentou uma noção mais completa da matriz institucional. Ela então comporta (*i*) a estrutura política responsável pela definição das

---

<sup>11</sup> A essência do conceito de instituições em North repousa em seu papel de reduzir a incerteza e estruturar o relacionamento entre diferentes indivíduos.

regras para a agregação das escolhas sociais (processo decisório, sistema eleitoral, policy-making), (ii) a estrutura de direitos de propriedade conformadora dos incentivos econômicos e (iii) a estrutura social (normas e convenções) responsável pelos incentivos informais na economia. Como essa matriz reflete o acúmulo de crenças de uma sociedade durante um período de tempo específico, a mudança dessa estrutura usualmente ocorre de forma incremental, sujeita aos constrangimentos impostos pelo passado, num típico processo de *path-dependence*.

Além da preocupação do papel das instituições nos macro-processos econômicos inerentes à atividade regulatória, a pesquisa encara o processo de regulação como uma interação entre vários atores, reclamando, por outra via, um olhar sobre o papel das instituições no que North definiu acima como “a estrutura política responsável pela definição das regras para a agregação das escolhas sociais”. Neste sentido, a estratégia de pesquisa se concentra também no exame mais detido sobre os micro-processos políticos de tomada de decisões afeitas à atividade regulatória, implicando, também, uma postura de pesquisa tributária de um programa neo-institucionalista mais amplo que extrapola da vertente específica econômica para alcançar o campo da política.

Assim sendo, da aplicação específica no ambiente econômico para o campo dos processos políticos, o neo-institucionalismo abriu uma nova avenida na ciência política, se desenvolvendo como reação às revoluções do comportamentalismo e da escolha racional. As variáveis institucionais são incorporadas às análises políticas não com o imperativo de romper com as antigas estratégias, mas com o intuito de enriquecê-las, tornando mais sistemática a articulação entre as **estruturas** (regras, regimes, valores), **os processos** (história, caminhos) e **os resultados** (Goodin e Klingemann, 1999) no mundo político e social.

*Grosso modo*, o novo institucionalismo e suas diversas escolas chamam a atenção para a centralidade das instituições na organização da vida política e do ambiente social (Rocha, 2004), entendidas ora como regras, incentivos e constrangimentos para o comportamento humano, fornecendo regularidades em situações repetitivas (North, 1993, 2005), ora como um conjunto de constrangimentos e/ou oportunidades para o comportamento individual no contexto da interação estratégica nos processos de escolha social, promovendo estabilidade no processo decisório (Weingast, 1998, 2002, Krehbiel e Diermeier, 2001), ora como um conjunto de procedimentos, protocolos, normas e convenções formais e informais inerentes à estrutura organizacional da comunidade política (Pierson e Skocpol, 2002 ; Hall e Taylor, 2003), ou ora ainda como sistemas

de símbolos, esquemas cognitivos e modelos que fornecem padrões de “significação” que guiam os processos políticos, econômicos e sociais (March e Olsen, 1989). Se o mantra das diversas vertentes é que “as instituições importam”, seria natural que houvesse uma clara definição dessa categoria.

Cada uma das correntes, entretanto, apresenta uma definição específica (Haal e Taylor, 2003), adaptada à agenda de pesquisa respectiva. Não obstante, consenso compartilhado entre elas é a noção de instituições como as “regras do jogo” de uma sociedade.

Crescente, também, o consenso de que as instituições importam para os processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas. Dossiê publicado na Revista Brasileira de Ciências Sociais em 2003 apresentou diagnóstico indicando a escassez de acúmulo de conhecimento no campo da análise das políticas públicas, notadamente nas fases de avaliação e implementação (Faria, Souza, Arretche, 2003). Inspirados na análise de Mello<sup>12</sup>, os artigos apontaram a ausência de um fortalecimento vertical da produção da área, notadamente sob o prisma analítico, predominando estudos setoriais que destacam aspectos determinantes de políticas públicas específicas.

A adesão crescente das análises contemporâneas ao arcabouço teórico da agenda neo-institucionalista tem sido responsável, por sua vez, pelo incremento do rigor teórico-metodológico desse campo de análise, até bem pouco tempo preso a narrativas pouco pautadas em tipologias de políticas públicas. Todavia, essa adesão não ocorre sem custos, uma vez que nem sempre é clara a articulação entre a análise da política pública e o papel das instituições (Souza, 2003).

Fundamental, então, a busca da articulação entre a análise do processo de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas e o papel das instituições. A atividade política não ocorre num vácuo, mas inserida num macrocontexto institucional que oferece constrangimentos e oportunidades para as interações entre os atores com interesses distintos sobre determinada política.

Instituições, por exemplo, são responsáveis por determinar quem tem acesso ao processo de decisão sobre políticas públicas. Nesse sentido, pontuou North (2005, p. 52): “*the scaffolds*

---

<sup>12</sup> Mello, M. A. (1999), “Estado, governo e políticas públicas”, in Sergio Miceli (1970-1995): *Ciência Política*, São Paulo/Brasília, Sumaré/Capes.

*humans erect not only determines the economic and political game but also determine who have access to the decision-making process”.*

Nesse sentido, esta dissertação busca saber como as instituições afetam o andamento do processo de implementação da política regulatória do setor de telecomunicações. De forma mais geral, a preocupação está em saber como elas fornecem os estímulos ou os constrangimentos para a conformação do ambiente regulatório do setor. De forma mais específica, a análise se volta para o exame do papel das instituições inerentes aos processos decisórios com repercussão sobre a regulação das telecomunicações.

### **1.3 Abordagem Neo-Institucionalista e o Processo Regulatório**

Toda a atividade regulatória, como indicam Baldwin & Cave (1999, citados por Roxo, 2005, p. 37)<sup>13</sup>, “deveria ser observada de maneira dinâmica – não apenas como um conjunto de leis e regras –, mas também incorporando um arcabouço institucional, decisões políticas e governamentais, procedimentos, *enforcement*, monitoramento, estratégias, configurações sobre indivíduos e firmas, níveis de recursos, grupos de indivíduos com preferências, culturas, disciplinas, idéias, incentivos e expectativas próprios.”

Nesse sentido, considerando a complexidade da atividade regulatória, é conveniente se recorrer ao conceito de ambiente regulatório, entendido como o espaço no qual ocorrem as interações estratégicas entre as diversas organizações envolvidas nos processos de regulação. Para efeitos analíticos, a literatura desagregou o ambiente regulatório em três níveis hierárquicos distintos: *(i) nível macro; (ii) nível intermediário; (iii) nível micro.* (Levy e Spiller, 1996; Noll, 1999)

No nível micro, encontrar-se-iam as normas afeitas à forma de obter e processar informações, os procedimentos e os modelos que orientam as decisões sobre a fixação dos preços, dos subsídios, das tarifas, da entrada e saída das empresas-participantes, as regras que norteiam o controle e punição das empresas, dentre outras [Noll (2000), *apud* Calmon e Diniz (2002)]. São as regras que conformam a **estrutura de incentivos regulatórios** responsáveis pela

---

<sup>13</sup> Baldwin, R; Cave, M. (1999), *Understanding Regulation - Theory, Strategy and Practice*. Oxford :Oxford University Press.



atividade-fim do processo regulatório voltadas para facilitar os investimentos privados, para regular de forma eficiente o sistema de preços e para promover a entrada de novos arranjos tecnológicos e serviços. Neste nível, predominam as próprias empresas reguladas e os contratos regulatórios firmados entre elas e o Estado.

Já no nível intermediário, predomina o sistema de regras que organiza o funcionamento dos órgãos responsáveis pela regulação, envolvendo, dentre outros elementos, a delegação de autoridade do sistema político a essas organizações. Contempla as regras de **governança regulatória** concernentes ao grau de independência das agências em relação aos demais órgãos do setor público, a determinação de mecanismos que reduzam a possibilidade de captura da agência por interesses privados, a forma de financiamento de suas atividades, a maneira como seus membros são escolhidos, dentre outras [Noll (2000), *apud* Calmon e Diniz (2002)]. Neste nível, a ênfase recai nos órgãos reguladores e nas suas relações com os demais agentes econômicos e políticos envolvidos na atividade regulatória.

Finalmente, o nível macro do ambiente regulatório compreende as instituições do sistema político e do sistema de justiça. Compreende o marco legal e constitucional que regulamenta as relações econômicas e políticas da sociedade, as normas de direito comercial e administrativo, as regras do funcionamento do sistema judicial, os mecanismos de representação de interesses e o sistema de agregação de preferências durante a formação e a implementação das políticas públicas (Idem). No nível macro, predomina a própria estrutura do Estado, composta pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e pelo sistema de freios e contrapesos subjacente ao desenho institucional das relações entre eles.

Levy e Spiller (1996) e Noll (1999) chamaram a atenção para o fato de que a literatura tem negligenciado o papel do funcionamento das instituições do sistema político e do sistema de justiça (nível macro) no tratamento do problema regulatório. A literatura criticada pelos autores se limita a analisar a regulação como um problema de desenho em dois componentes: (1) estrutura dos incentivos regulatórios – **nível micro** e (2) estrutura de governança subjacente a todo o processo (*governança regulatória*) – **nível intermediário**. Além disso, os esforços analíticos estariam demasiadamente concentrados na relação entre a performance econômica e a estrutura dos incentivos regulatórios, limitando-se ao nível micro do ambiente regulatório.

Uma das conclusões principais da pesquisa comparativa empreendida por Levy e Spiller (1996) apontou a insuficiência de estudos sobre o papel da *governança regulatória*, nível

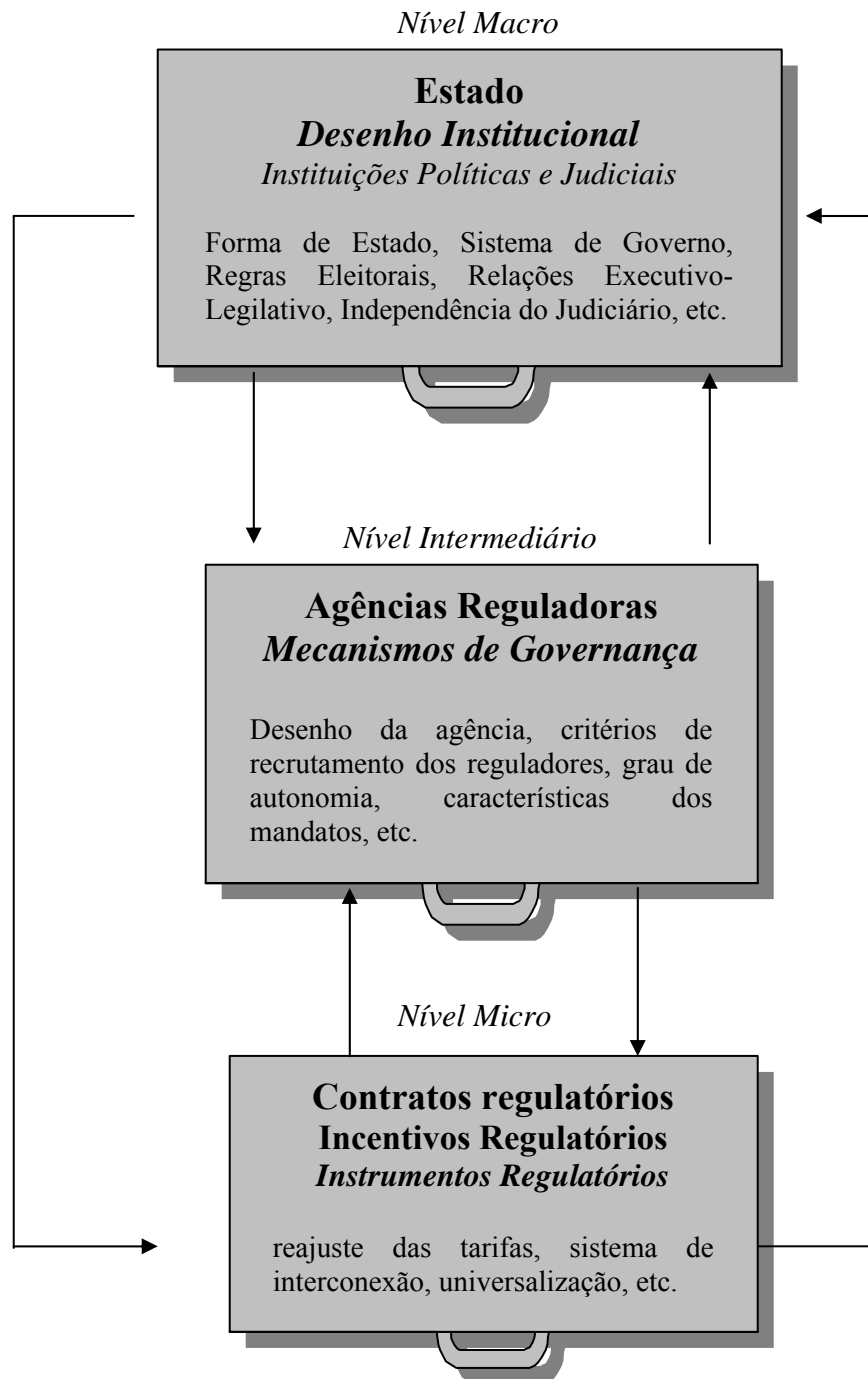
intermediário descrito acima. Os autores avançam indicando que, se, por um lado, sem uma adequada estrutura de governança os impactos positivos dos incentivos regulatórios não ocorreriam, por outro, a *governança regulatória* depende do grau de desenvolvimento institucional de uma nação, avançando, então, no nível macro do ambiente regulatório.

Seguindo explicitamente North, os autores destacam cinco elementos da dotação institucional de um país, determinantes da performance da atividade regulatória, tratados como variáveis exógenas (independentes), embora haja a ressalva de que não são variáveis estáticas:

- (i) *as instituições legislativas e executivas*: os mecanismos formais de recrutamento dos parlamentares e dos *policymakers* e da relação entre eles, de formulação e implementação das leis e regulamentos e de relacionamento entre as duas esferas de poder. Dentre esses, destacam-se os mecanismos institucionais reguladores da separação entre os poderes, as competências constitucionalmente estabelecidas dos poderes, os poderes institucionais conferidos ao Legislativo e ao Executivo, as regras partidárias e eleitorais, a estrutura federativa, etc.
- (ii) *as instituições judiciais* voltadas para recrutamento dos juízes, para a configuração do processo decisório interno das Cortes e para o estabelecimento dos mecanismos de resolução de disputas entre as partes privadas e entre estas e o Estado;
- (iii) *normas e regras informais* aceitas tacitamente com capacidade de constranger a ação dos indivíduos e das organizações;
- (iv) *os interesses sociais e da ideologia*;
- (v) *as capacidades administrativas do país*.

A teoria de Levy e Spiller (1996) está representada graficamente na Figura abaixo. Noll (1999) identifica o espaço da dotação institucional como o **nível macro** do processo regulatório, uma vez que constituído pelas organizações e instituições legais e políticas que, por meio de deliberações individuais e coletivas, influenciam o processo regulatório. As transformações que ocorrem no nível macro afetam a definição e a implementação das instituições regulatórias, implicando, por via de consequência, mudanças na estrutura do órgão regulador que, por sua vez, definem o estilo de regulação. Em última análise, o estilo de regulação adotado apresentará impactos no campo mais restrito da atividade regulatória adstrito à implementação dos contratos regulatórios.

**Figura 1.1 – Os níveis do ambiente regulatório**



Fonte: Elaboração própria a partir de Levy e Spiller (1996), Noll (1999), Mueller e Mattos (2006)

O autor ressalta que esse processo de deliberação coletiva - no âmbito das instituições do sistema de justiça, do Parlamento e dos demais órgãos onde há agregação coletiva das preferências individuais relativas a opções de política regulatória - está sujeito ao mecanismo do *path-dependence*, com importantes implicações para a conformação do ambiente regulatório.

A conexão com a teoria do *path-dependence* estaria na forma como a estrutura do processo decisório afeta as escolhas políticas. Considerando o contexto da instabilidade inerente aos processos de decisão coletiva<sup>14</sup>, as instituições subjacentes ao processo de tomada de decisões, incluindo aquelas que definem os poderes de agenda, as arenas decisórias, os mecanismos de agregação de preferências, seriam responsáveis por restringir o “*winset*” em relação a uma política regulatória estabelecida (*status quo*). Nesse sentido, discorreu Noll (1999):

*...the important point is that institutions, or the structure and process of decision-making (McCubbins, Noll, and Weingast, 1989<sup>15</sup>), constrain the feasible set of policies, and in some cases can make the outcome stable (equilibrium). The structure and process of government is complex, and includes how citizens influence government officials (e.g, the representation system) and how these officials (including elected officials, their political appointees, civil servants, and judges (grifei)) resolve their disagreements in making policy decisions.<sup>16</sup>*

Calmon e Amaral (2002), interpretando Noll (2000), explicam que as regras dos processos decisórios, que evoluem com a história política do país, estabelecem importantes restrições “nas alternativas institucionais e organizacionais durante o processo de construção e evolução do ambiente regulatório. Tais restrições afetam, de maneira marcante, a capacidade regulatória do país, condicionando a possibilidade de responder aos problemas fundamentais da regulação”, a saber: (i) o problema da definição de tarifas em um contexto de assimetria de informações, garantindo o equilíbrio entre a taxa de retorno das empresas e a capacidade de pagamento dos

---

<sup>14</sup> A constatação de que um grupo de indivíduos racionais pode produzir decisões coletivas irracionais teve impacto sem precedentes no estudo da ciência política. A questão básica consistia em saber se poderia existir uma regra clara capaz de traduzir a racionalidade individual em racionalidade coletiva, especialmente para grupos grandes e com um número de alternativas consideráveis. Este enigma ficou conhecido como o **Paradoxo de Condorcet**, segundo o qual há possibilidade de intransitividade em decisões coletivas realizadas por maioria, em opções apresentadas em pares. A conclusão fundamental é a de que, apesar de as preferências individuais serem conhecidas, a decisão social pode ser intransitiva e indeterminada. Assim sendo, à proporção que aumenta o número de alternativas e de votantes incrementa a possibilidade de haver intransitividade. Neste particular, quem controla a agenda, define o resultado final (Bonchek e Shepsle, 1997).

<sup>15</sup> Trata-se do emblemático texto constante da bibliografia desta dissertação.

<sup>16</sup> “...o importante é que as instituições, ou a estrutura do processo de tomada de decisões, criam constrangimentos à escolha sobre as alternativas de políticas e, em alguns casos, torna o resultado final estável (em equilíbrio). A estrutura do processo de tomada de decisões governamentais é complexa e contempla a forma como os representados influenciam os representantes (por exemplo, sistema representativo) e como esses membros do Estado (congressistas, burocratas, servidores, juízes) resolvem seus conflitos na tomada de decisões.” Trad: autor.

consumidores, de modo a permitir a expansão do setor; (ii) o problema da barreira de entrada concernente ao fomento da competitividade entre as empresas atuantes no setor; (iii) o problema da credibilidade (*credible commitment*) relativo à sinalização aos investidores de que não haverá expropriação regulatória por parte das instituições responsáveis pela regulação do setor e das outras instituições do sistema político.

A questão relativa à credibilidade diz respeito à necessidade e à capacidade das autoridades governamentais de assegurar o respeito aos contratos e às regras do jogo e a não-interferência de forma arbitrária no processo regulatório. Mueller e Pereira (2002) argumentam inclusive que, no Brasil, o motivo principal da disseminação das agências reguladoras independentes, com a criação de uma série de salvaguardas institucionais voltadas para reduzir a probabilidade de comportamento oportunista governamental, foi a necessidade de adquirir credibilidade frente aos *players* do processo regulatório, tendo em vista o histórico político do país repleto de eventos de moratórias de pagamentos de dívida, confisco de ativos, uso de tarifas para controle da inflação, recusa ao cumprimento de contratos, desrespeito a direitos de propriedade intelectual, etc.<sup>17</sup> Ainda nessa direção pontuou Mello (2001):

A credibilidade é uma questão fundamental na criação das agências regulatórias porque os investimentos associados à privatização das empresas de utilidade pública são de grande valor e o retorno recuperável em um horizonte temporal de grande magnitude. Em outras palavras, tais investimentos apresentam *sunk costs* bastante elevados e implicam escolhas intertemporais. A abdicação por parte de um governo de sua capacidade de reverter decisões tomadas no passado (por ele próprio ou por seus sucessores) é variável central na tomada de decisão por parte das empresas. A globalização financeira recente converte a estratégia de auto-incapacitação em um imperativo de sobrevivência econômica por parte de países. A delegação de poder decisório a agências regulatórias reduz a probabilidade de “expropriação administrativa” de rendas, nas várias formas que isso pode assumir: congelamento de preços, reestatização, entre outras.

A delegação das tarefas regulatórias para as agências reguladoras não garante automaticamente a eliminação dos focos de oportunismo governamental, mas, de acordo com a literatura, reduz substancialmente a probabilidade de ocorrerem (Mueller e Mattos, 2006). Como afirmam Pires e Goldstein (2001) “essas instituições (as agências) têm a função de melhorar a

---

<sup>17</sup> O modelo desenvolvido pelos autores, na linha dos achados empíricos dos trabalhos de McCubbins, Noll e Weingast (1989, 2007) sobre a organização administrativa das agências, se propõe a capturar um *trade-off* básico no modelo institucional brasileiro entre a necessidade de o governo sinalizar credibilidade para os investidores, por um lado, e o desejo de manter o controle sobre a implementação das políticas no setor, notadamente em face da assimetria de informações gerada com a atividade delegatória, num típico problema principal-agente entre políticos e agências.

*governança regulatória*, sinalizando o compromisso dos legisladores de não interferir no processo regulatório e tranquilizando os investidores potenciais e efetivos quanto ao risco, por parte do poder concedente, de não cumprimento dos contratos administrativos, além de reduzir o risco regulatório e os ágios sobre os mercados financeiros.”

#### **1.4 Ambiente Regulatório, Custos de Transação e o Judiciário**

Os trabalhos pioneiros de Coase (1960), Williamson (1985), North (1993; 2005), e de outros analistas inspirados pela Nova Economia Institucionalista, reconheceram o papel de uma série de custos transacionais na explicação da não obtenção dos resultados de eficiência alocativa do mercado preconizada pela escola neoclássica. Numa perspectiva contratualista, esses custos refletem a dificuldade *(i)* da especificação dos atributos subjacentes às transações realizadas no sistema econômico relativos ao valor dos bens e serviços e à força de trabalho, *(ii)* do monitoramento eficiente do desempenho dos agentes na implementação dos acordos num contexto de assimetria informacional, e *(iii)* da garantia do cumprimento dos contratos.

Na taxionomia dos custos de transação, interessa para os fins desta pesquisa a dimensão *ex-post* concernente ao custo de execução obrigatória do contrato, indicando uma chave para o estudo do desempenho do sistema judicial dos países. O grau de risco e incerteza em relação ao cumprimento do acordo entre as partes determina os custos de transação. Sobre o tema, se pronunciou North (1993, p. 50):

Lo cierto es que no podemos dar por sentado el cumplimiento obligatorio. Es, y sempre ha sido, el obstáculo crítico para aumentar la especialización y la division del trabajo. El cumplimiento obligatorio no significa ningún problema cuando el cumplir de acuerdos beneficia los intereses de la otra parte. Pero sin sanciones institucionales, la conducta de autointerés excluirá el intercambio complejo, porque la falta de certidumbre de la otra parte hallará que le conviene atenerse al convenio. El costo de la transacción reflejará la incertidumbre, pues incluirá un premio de riesgo, cuya magnitud traerá consigo la probabilidad de defección de la otra parte y el costo consiguiente para la primera parte. A lo largo de la historia, el monto de esta suma ha evitado en gran medida, un intercambio complejo y por lo tanto ha limitado las posibilidades de crecimiento económico.

Quando os custos de transação advindos da necessidade de as partes investirem em instrumentos para garantia dos acordos excedem a taxa de retorno esperada no negócio, eles

impedem interações sociais e atividades produtivas de qualquer natureza. Não há incentivos para a realização de contratos nesse contexto.

Um mercado eficiente, então, seria consequência de instituições que, em determinado momento, oferecem avaliação e execução contratuais de baixo custo. Para o alcance de uma eficiência duradoura, urge haver instituições econômica e politicamente flexíveis dotadas da capacidade de se adaptarem às novas oportunidades. Essas instituições devem oferecer incentivos para a aquisição de conhecimentos e instrução, promover inovações e estimular a disposição de correr riscos, bem como desestimular a quebra de contrato.

Por sua função de garantir a proteção adequada dos direitos de propriedade e a execução de contratos, os sistemas jurídico e legal, incluindo o Judiciário, a organização encarregada da interpretação e aplicação das leis, passaram a ocupar um papel de destaque entre as instituições responsáveis por criar um arcabouço sólido para o desempenho econômico das nações.

Na atividade de regulação dos serviços públicos, os contratos regulatórios são aqueles firmados entre as empresas e o Estado, seja como poder concedente, seja como poder regulador, abrangendo os contratos de concessão, de permissão, de autorização e as regras ou procedimentos do mercado (Sidak e Spulber, 1998<sup>18</sup>, citado por Santana, 2005). No contexto da regulação das telecomunicações, marcado pela presença de investimentos de longo prazo de maturação, ativos específicos e custos irrecuperáveis, os contratos regulatórios são incompletos e intertemporais, uma vez que contemplam um intervalo de tempo considerável entre a formulação e a execução dos arranjos. Ainda sobre os custos de transação inerentes aos contratos regulatórios, discorreu Santana (2005):

Como os contratos são, por natureza, incompletos, quando a relação bilateral envolve investimentos específicos, o maior ou o menor poder de barganha das partes (motivadas pela assimetria de informações, seleção adversa (Laffont e Tirole, 1998; Stadler e Castrillo, 1997) ou, de forma geral, pelo oportunismo (Grossman e Hart, 1986; Hart, 1995; Joskow, 1991 e 2003b)) é uma relevante fonte de ineficiência *ex-ante* e *ex-post*, reduzindo o nível de investimento no primeiro caso e aumentando os custos totais da transação no segundo. Em muitos casos, uma entidade, o governo, pode ter mais de um papel em uma dada governança econômica (e.g.: acionista controlador de empresas e formulador do *design* do modelo institucional), o que pode lhe garantir um poder não desprezível na negociação *ex-post* de direitos residuais. A propósito, como diz Hart (2002), o governo não precisa ser o proprietário para criar instrumentos que influencie no desempenho ou conduta de uma empresa. Em um ambiente de contratos

---

<sup>18</sup> Sidak, J.G. e Spulber, D.F., “Deregulatory takings and the regulatory contract”, Cambridge University Press, London 1998.

incompletos basta que o governo possua poder (autoridade) para realocar os direitos residuais. Isso é típico de setores que atuam sob a égide de um contrato regulatório.

Em razão das características específicas do ambiente regulatório, especialmente daqueles onde há um processo recente de desregulamentação, marcado por incertezas e contingências provenientes das alterações das regras do jogo e da necessidade de constantes adaptações institucionais, os investimentos dos agentes privados dependem de uma boa percepção quanto ao funcionamento de um sistema judicial capaz de assegurar a execução dos contratos, punindo quem os viola e compensando as vítimas. Assim, torna-se possível inferir uma relação entre o padrão de funcionamento de um sistema judicial e a intensidade dos custos de transação relativos à execução obrigatória de acordos. No contexto regulatório, e mais especificamente no setor de telecomunicações, essa relação torna-se mais evidente.

Na linguagem de North (1993), o Judiciário pode constituir-se num mecanismo para cumprimento de contratos e, por via de conseqüência, num agente atenuante de custos de transação. Ele equivaleria à terceira parte coercitiva de uma relação entre dois agentes. No caso dos contratos regulatórios, o Estado-Juiz representaria o poder de coerção para o cumprimento dos acordos firmados entre o Estado e as empresas.

Assim sendo, especialmente no setor de telecomunicações, dependente da proteção de ativos específicos, não é difícil perceber a centralidade do Judiciário. Constitui organização encarregada de promover a estabilidade do ambiente regulatório por intermédio, especialmente, da garantia do “compromisso crível” (*credible commitment*).

Além disso, o Judiciário deve exercer importante papel de mediador dos conflitos inerentes à atividade regulatória. A interação entre política e processo regulatório pode ser interpretada como uma competição entre “múltiplos principais”, cada qual com seus objetivos próprios (Estache e Martimort, 2000: pp. 53-58). Por isso, a questão do desenho institucional subjacente ao ambiente regulatório assume papel central (Noll, 1989; Estache e Martimort, 2000; McCubbins, Noll e Weingast, 1989, 2007; Mueller e Pereira, 2002, Mueller e Mattos, 2004, Fiani, 2004). Ela não é apenas responsável por assegurar o fluxo das informações necessárias aos agentes reguladores, o controle sobre o poder discricionário dos *policymakers*, mas também um processo decisório no qual árbitros externos, neutros e imparciais, sejam responsáveis por intervir nos conflitos regulatórios.



Não obstante, não é qualquer sistema judicial que serviria como um eficiente sistema de freios e contrapesos no contexto da atividade regulatória. Pinheiro (2000) elaborou um modelo no qual sugere ser um bom sistema judicial aquele capaz de reunir as seguintes qualidades: “baixo custo de acesso e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e prazo”.

O **custo** *ex-ante* depende do valor das taxas de acesso, dos gastos durante o litígio, da probabilidade de vencer e da distribuição dos custos entre vencedores e perdedores. Há, entretanto, um *trade-off* evidente aqui entre a necessidade de se oferecer acesso amplo à justiça e, ao mesmo tempo, garantir a celeridade e a presteza na resolução das demandas.

No modelo do autor, a **previsibilidade** das decisões judiciais contempla tanto a variância do resultado em si, como o tempo necessário para se alcançar uma decisão. A previsibilidade é alta quando a probabilidade de se vencer é próxima do zero ou um e a variância do tempo consumido para se obter a resposta no sistema de justiça é pequena. Cortes e juízes podem ser imprevisíveis por diversos motivos, como a própria precariedade na definição das leis e dos contratos, a assimetria de informações em torno da matéria discutida e a própria insegurança quanto ao tempo necessário para a tomada de decisões definitiva.

Sistema judicial **justo** significa probabilidade de vitória próxima a um para o lado certo e a zero para o lado errado.<sup>19</sup> A parcialidade é comprometida pela corrupção, pela politização (favorecimento de setores, grupos, categorias) e pela falta de dependência em relação ao Governo quando em litígio.

O quarto e último elemento é a **agilidade**. Seguindo o raciocínio do autor, amparado num modelo que busca derivar a utilidade de se recorrer ao Judiciário, o valor esperado do ganho e da perda das partes será tanto mais baixo quanto maior for a taxa de juros, criando dois tipos de problemas conexos. Da perspectiva da parte que busca garantir, por exemplo, algum direito de propriedade, a morosidade reduz o valor presente do ganho líquido (recebimento esperado menos os custos), mesmo em economias com baixa inflação, de forma inversamente proporcional à taxa de juros. Por outro lado, essa situação gera um incentivo de sinal trocado, uma vez que a perda da parte faltosa em recorrer ao Judiciário, mesmo com baixa probabilidade de vitória, é também inversamente proporcional à taxa de juros. Por isso, algumas firmas e companhias procuram o

---

<sup>19</sup> Como qualquer modelo, a tentativa do autor é de simplificação da realidade do sistema de resolução de disputas no âmbito do Judiciário, no qual não há garantia de que a decisão proferida seja a próxima da verdade, em que pese não haver corrupção, politização ou falta de independência.

Judiciário para adiar o pagamento de algum tributo, em que pese a probabilidade de vitória ser próxima de zero.

Pinheiro (2000, 2001) sustenta que o bom judiciário acima descrito contribuiria para o crescimento econômico *(i)* protegendo a propriedade intelectual e por via de consequência estimulando o desenvolvimento tecnológico, *(ii)* reduzindo os custos de transação, permitindo, desta forma, a organização da produção de forma mais especializada e eficiente, *(iii)* protegendo os investimentos em ativos específicos<sup>20</sup> do comportamento oportunista, aumentando a produtividade em geral, e, por fim, *(iv)* coibindo o comportamento oportunista do governo na condução da política econômica, viabilizando assim um maior volume de investimento pelo setor privado.<sup>21</sup>

Levi e Spiller (1996) apontam que somente um Judiciário forte e independente seria capaz de limitar o poder discricionário da administração, reduzindo os custos de transação. A força e a independência do sistema judicial, por sua vez, são função de um bem estabelecido conjunto de regras e leis de direito administrativo e constitucional, de uma tradição de decisões judiciais de respeito aos contratos, aos direitos de propriedade e mais uma vez à tradição do *rule of law*.<sup>22</sup> Os autores não deixam de enfrentar a problemática questão de como medir esses atributos do sistema judicial considerados como fatores determinantes da boa governança regulatória. Um Judiciário independente e forte combinaria proibidade com um histórico de decisões contrárias aos interesses do governo.

Schuck (2000) considera independente um Judiciário no qual as decisões são tomadas com base na aplicação de leis gerais em oposição à inclinação político-partidária ou mesmo à qualquer motivação de natureza política. Noll (1989), no que se refere ao ambiente institucional da nação (**nível macro**), enfatiza o grau de *enforcement* e estabilidade resultante do sistema

<sup>20</sup> A área de telecomunicações é exemplo de setor que envolve ativos bastante específicos, exigindo um judiciário forte, sem o qual não haverá incentivos para que os agentes privados realizem investimentos de longo prazo (Levy e Spiller, 1996).

<sup>21</sup> As propostas de reforma do sistema judicial para os países latino-americanos, elaboradas por organismos multilaterais como o Banco Mundial, sugerem que o funcionamento do sistema judicial deve pautar-se pela combinação ótima de atributos como *agilidade*, *previsibilidade*, *imparcialidade* e *custo de acesso*, criando um ambiente propício para as decisões de produção, investimento e contratação em geral dos agentes do mercado (Pinheiro, 1998; Koerner, 1999; Pinheiro, 2001, 2002, 2003).

<sup>22</sup> Essa expressão é definida pelo *Oxford Dictionary of Law* como: 1. Supremacia da Lei; 2. Característica atribuída à Constituição do Reino Unido pelo Prof. Dicey (1885). Compreende três conceitos: a absoluta predominância de um direito regular, de forma que o governo não pode atuar de forma arbitrária contra os cidadãos; sujeição igualitária de todos (inclusive funcionários públicos) à legislação ordinária administrada pelas Cortes de justiça; e o fato de que as liberdades individuais dos cidadãos são formuladas e protegidas por uma lei ordinária em preferência à legislação abstrata da Constituição. Martin (1997, p. 413.).

judicial adotado. Importa saber se tal sistema garante o cumprimento dos contratos, obedece aos princípios de universalidade e imparcialidade (*rule of law*) ou se protege o direito de minorias.

A preocupação decorre da constatação de que todo processo regulatório é inerentemente conflituoso, sujeito à influência política dos atores interessados que, movidos por interesses heterogêneos, podem promover ações com vistas à expropriação regulatória. Assim sendo, o processo de revisão judicial representa um componente fundamental da relação entre desenho institucional e resultados finais. Tendo em vista o conflito subjacente de interesses entre Presidente, Congresso, empresas concessionárias e usuários dos serviços, a existência de um Judiciário independente e forte é condição *sine qua non* para a solução dos problemas relacionados com o oportunismo dos agentes.

Schuck (2000), todavia, lembrou que a independência do Judiciário pode trazer também custos para a atividade regulatória. Com um olhar principalmente na experiência norte-americana, ele aponta que juízes independentes estariam propensos a um comportamento centrado em suas próprias preferências políticas. Com o devido cuidado de reconhecer limitações consideráveis à aplicação à experiência brasileira, esta pesquisa contempla também uma análise sobre os modelos de processo decisório desenvolvidos pela ciência política norte-americana, voltados para entender principalmente o comportamento dos juízes das altas cortes, especialmente os da Suprema Corte norte-americana, mas também, por extensão, os magistrados das cortes inferiores e das cortes intermediárias.

A crença é a de que a diversidade analítica de tais modelos pode, em alguma medida, contribuir para a compreensão sobre o comportamento judicial no Brasil. Além disso, um dos eixos da discussão acerca do papel do Judiciário nos processos de regulação diz respeito ao modelo do sistema de justiça esperado para funcionar como um balizador para o direcionamento de investimentos nos setores regulados. Isso implica analisar não apenas o Judiciário como instituição, mas como uma organização formada por atores que decidem em face de um conjunto variado de incentivos.

## **1.5 Modelos de Tomada de Decisões no Âmbito do Judiciário**

Ora, como apontado por Krehbiel e Diermeier (2001), nas teorias institucionalistas, a conexão crucial entre *instituições* e *resultados* é o *comportamento*. Baum (1997), em revisão de

literatura sobre o campo da análise política do Judiciário nos Estados Unidos, reconheceu o predomínio do individualismo metodológico nas análises empreendidas por diversos autores, incluídas as explicações sobre decisões coletivas no âmbito das Cortes.

Não significa dizer, entretanto, que os estudos ignoravam elementos relativos à ambiência coletiva sobre a qual operam os juízes, tais como a interação com outros colegas e com agentes externos e a *própria relação com o arranjo institucional subjacente a sua atividade*. As abordagens fundadas no processo de agregação das preferências individuais no espaço de decisão coletiva contribuem também para a compreensão dos estudos inscritos nessa rubrica (Baum, 1997, p. 7-8).

A metodologia de explicação centrada na escolha racional de juízes enfatiza a relação entre os objetivos desses atores e o respectivo comportamento no ambiente decisório. Em outras palavras, importa saber o “quê” buscam os magistrados e “como” se comportam para a realização da meta. Mesmo quem não acredita numa identificação consistente por parte dos indivíduos do caminho ótimo para maximização da própria utilidade considera central para a análise do comportamento dos mesmos os objetivos por eles perseguidos (Idem, p. 11-13).

Baum (1997) criou, então, uma tipologia para tentar ilustrar os possíveis objetivos perseguidos pelos juízes no exercício da magistratura, classificando-os como *objetivos operacionais*, uma vez que adstritos às metas e às aspirações com capacidade de influenciar o comportamento desses atores tão-somente no contexto institucional em que atuam, embora muitas das fontes das motivações sejam exógenas. O autor não deixou de reconhecer as imensas dificuldades em comprovar empiricamente as motivações das atitudes dos juízes envolvidos no processo de tomada de decisões. Além disso, lembrou que mais próximo da realidade é a coexistência de mais de um desses objetivos, algo que não impede, contudo, que haja a possibilidade de se identificar algum padrão dominante.<sup>23</sup>

Pela tabela abaixo, possível perceber um quadro de referências de objetivos almejados pelos juízes com base em motivações de ordem pessoal, política e estritamente jurídica.

Desse quadro de referências, o autor apresentou o estado da arte dos estudos sobre o comportamento judicial no contexto norte-americano, identificando três questões principais na agenda de pesquisa:

---

<sup>23</sup> Favetti (2002) foi pioneiro em apresentar a tipologia de comportamento judicial sugerida por Baum (1997).

- (i) **A discussão sobre se os juízes se comportam orientados para chancelar seus objetivos relacionados com o aspecto legal-político subjacente às demandas (Tabela 1.2 – I), ou para alcançar outros objetivos (Tabela 1.2 – II – V).** Aqui surge a metáfora da pirâmide, segundo a qual os objetivos operacionais dos juízes vão se tornando mais homogêneos à proporção que ocupam os níveis mais altos do sistema. Nesse sentido, há também uma crença compartilhada por muitos dos analistas da área consistente na identificação de um comportamento dos *justices* da Suprema Corte norte-americana voltado predominantemente, e para alguns exclusivamente, para a chancela da *legal policy*.
- (ii) **A discussão sobre o mix entre a busca pela “boa política” (*good policy*) e pela “boa lei” (*good law*).** Se há, por um lado, relativa concordância quanto à idéia de que juízes, quando decidem, fazem mais do aplicar a lei, sendo influenciados por questões políticas, por outro, há grande discordância quanto ao peso relativo das injunções de natureza política no processo de tomada de decisões. Há quem defenda, num extremo, uma postura de auto-contenção, e, em outro, de ativismo. Entre os extremos haveria posições intermediárias, sendo possível, pela idéia do predomínio, identificar juízes voltados mais para a chancela do conteúdo legal (*law-minded judges*) e outros mais orientados para decidir conforme as preferências sobre as políticas públicas (*policy-minded judges*).
- (iii) **A discussão sobre a existência de um comportamento estratégico por parte dos juízes, especialmente no âmbito das altas Cortes, tendo em vista a adesão à idéia de que na cúpula a busca pela chancela da “boa política” (*good policy*) é, no mínimo, mais freqüente do que em outras ambientes.** O debate sobre a existência do comportamento estratégico está associado com os contrastes entre voto sincero e voto estratégico. Juízes votam de forma sincera quando não consideram o impacto de suas decisões sobre a própria corte onde atua, sobre Cortes mais altas ou sobre ainda o governo como um todo. O voto estratégico, por sua vez, é dado pelo juiz cujo comportamento é o de justamente tentar obter um resultado o mais próximo possível de sua escala de preferências em atenção à repercussão de sua decisão no âmbito daquelas instituições mencionadas.

Apesar da diversidade de abordagens e pesquisas sobre esses temas, o autor apontou que predominam as conclusões confirmadoras, por exemplo, da motivação dos juízes da Suprema Corte voltada para a chancela não apenas do conteúdo legal-político (*legal policy*), mas de um viés em favor das preferências sobre o conteúdo da política pública. Além disso, nesse espaço, apesar das disputas acadêmicas, os estudos que defendem a idéia do comportamento estratégico por parte dos *justices* da Suprema Corte norte-americana passaram a ocupar posição de destaque na literatura sobre o comportamento do Judiciário.

*Grosso modo*, as três principais abordagens da ciência política norte-americana a respeito do papel das Cortes judiciais no processo de policy-making se diferenciam principalmente em razão dos conflitos acima identificados por Baum.

**Tabela 1.2 - Tipologia Parcial dos Possíveis Objetivos Operacionais perseguidos pelos Juízes**

<b>I – Conteúdo Legal (“legal policy”)</b>	<i>Interpretação exata da lei (“legal accuracy”)</i>
	<i>Interpretação clara e consistente da lei (“legal clarity”)</i>
	<i>Políticas preferidas em conformidade com a hierarquia de preferências dos juízes sobre políticas públicas (“good policy”)</i>
<b>II – Imagem pessoal em relação às suas audiências</b>	<i>Popularidade e respeito na comunidade jurídica</i>
	<i>Popularidade e respeito na comunidade como um todo</i>
	<i>Poder fora da corte</i>
<b>III – Carreira</b>	<i>Manutenção da atual posição no âmbito do Judiciário</i>
	<i>Promoção para uma corte superior</i>
	<i>Assegurar posições atrativas num meio extra-judicial</i>
<b>IV – Vida na Corte</b>	<i>Boas relações com outros juízes e outros membros do Judiciário</i>
	<i>Poder no âmbito da corte</i>
	<i>Limitação da quantidade de trabalho</i>
	<i>Acesso a recursos de poder nas Cortes, como poder de nomeação</i>
<b>V – Padrão de vida</b>	<i>Rendimentos</i>
	<i>Conforto</i>

Fonte: Baum (1997, p. 17).

### 1.5.1. Modelo Legalista

A primeira, **o modelo legalista**, sustenta que os juízes escolhem uma alternativa, dentre as possíveis que se apresentam, com base na aplicação dos estatutos, das leis, dos princípios gerais do direito e dos precedentes aos casos concretos (Segal e Spaeth, 2002; Baum, 2006). Institucionalmente, as Cortes, são estruturadas para funcionar como um sistema voltado para oferecer soluções em termos de decisões judiciais a partir do processamento de uma série de *inputs* legais.

As decisões judiciais resultariam de um processo de coordenação entre a identificação do caso no presente, a interpretação dos estatutos, das leis e dos regulamentos que funcionam como centro de gravidade da matéria em debate e o cotejo com as deliberações realizadas no passado.

No caso norte-americano, a intenção dos pais da Constituição seria também considerada como uma imagem forte no processo de tomada de decisões.

Os autores dessa corrente desconfiam do papel ativo exercido pelas Cortes e juízes no processo de formulação e implementação das políticas públicas sugerido pelas análises do comportamento judicial principalmente no âmbito da ciência política. Herman Pritchett, citado por Segal e Spaeth (2002), resumiu assim o espírito da corrente:

*“Political scientists, who have done so much to put the “political” in “political jurisprudence” need to emphasize that it is still “jurisprudence”. It is judging in a political context, but it is still judging; and judging is still different from legislating or administering. Judges makes choices, but they are not the “free” choices of congressmen...There is room for much interpretation in the texts of constitutions, statutes, and ordinances, but the judicial function is still interpretation and not independent policy making.”<sup>24</sup>*

No que se refere ao processo de tomada de decisões no âmbito da Suprema Corte norte-americana, a crença do comportamento orientado para o processo de policy-making é confrontada com a idéia de que os membros da mais alta corte se comportam em função das expectativas institucionais e legais em torno de suas posições. Por isso, o processo de tomada de decisões seria pautado principalmente pelo respeito aos precedentes e a outros recursos legais a sua disposição.

Os críticos do modelo legalista apontam que os argumentos desenvolvidos pela escola estão mais preocupados em oferecer uma explicação racional e legitimadora para o processo decisório no Judiciário do que propriamente apresentar uma leitura fiel da realidade. Algumas razões são apontadas para demonstrar que a postura passiva sugerida pelos legalistas destoa da realidade empírica (Segal e Spaeth, 2002).

Dentre estas, o fato de que há precedentes que sustentam, na maioria dos casos, os dois lados de uma controvérsia judicial. Além disso, as situações sob litígio variam muito no conteúdo, dificultando a identificação de algum caso com o respectivo precedente a ser seguido.

---

<sup>24</sup> “Cientistas políticos que têm se esforçado para incluir o viés político na jurisprudência política precisam enfatizar que tudo não passa de “jurisprudência”. É julgar num contexto político, mas ainda é julgar; e julgar é diferente de legislar e de administrar. Juízes fazem escolhas, mas eles não são agentes livres como os congressistas...Há espaço para muita interpretação no texto das constituições, dos regulamentos e dos estatutos, mas a função judicial é apenas interpretação e não um processo independente de tomada de decisões políticas.” Trad: autor.

Assim sendo, em lugar de se tornar um constrangimento ao comportamento orientado para a chancela de determinadas políticas públicas, o precedente pode se tornar apenas mais um elemento no qual o juiz faz uso de modo a votar conforme seu ponto ideal no espectro político.

### 1.5.2 Modelo das Atitudes (*Attitudinal Model*)

Numa versão posterior do artigo vencedor do “*Franklin L. Burdette Pi Sigma Alpha Award*”, conferido pela Associação Norte-Americana de Ciência Política, em 1995, Jeffrey A. Segal<sup>25</sup>, de forma sintética, sustentou que, de acordo com o *modelo attitudinal*, juízes tomam decisões de forma sincera conforme suas respectivas ideologias e valores (1997, p. 28). Considerações estratégicas e institucionais não entram no cálculo da decisão. Em outro artigo no qual divide a autoria com outros estudiosos do tema, pronunciou:

*In general, these approaches argue that political actors possess ideological attitudes – a set of “interrelated beliefs that describes, evaluate, and advocate action with respect to an object or situation”- that guide their decision making (Rohde and Spaeth 1976,75,76). As applied to Supreme Court justices, this model holds that justices are goal-directed actors who want case outcomes to reflect as closely as possible their particular policy preferences. They achieve this goal by voting their raw (sincere) preferences (see, e.g, Segal and Spaeth 1993). Spaeth et al (1998, p. 802).*<sup>26</sup>

Pelo modelo das atitudes (*attitudinal model*), as decisões judiciais resultariam fundamentalmente do voto sincero dos juízes assentado em suas preferências ideológicas. Juízes seriam livres para decidir em conformidade com suas próprias atitudes e valores em razão da natureza insulada do processo decisório judicial, livre dos constrangimentos de fatores exógenos e do controle deles sobre a agenda das cortes (Maltzman, Spriggs II, Wahlbeck, 1999).

Com o amadurecimento da perspectiva da escolha racional nos anos 70, o modelo passou a contemplar a aplicação dos pressupostos do comportamento econômico no processo de tomada de decisões no Judiciário. Nesse sentido, passou a assumir que juízes, como quaisquer outros

<sup>25</sup> O título original do artigo “*Marksist (and neomarksist) models of Supreme Court decision making: separation-of-powers games in the positive theory of law and courts*” faz referência ao não publicado, mas bastante influente trabalho de BRIAN MARKS, primeiro estudioso a incluir as Cortes no jogo da separação de poderes norte-americano.

<sup>26</sup> “No geral, estas abordagens afirmam que atores políticos possuem atitudes ideológicas – um conjunto de crenças relacionadas que descrevem, avaliam e defendem ações com relação a um objeto ou situação - que orientam o processo de tomada de decisões deles . Aplicado aos membros da Suprema Corte, este modelo sustenta que estes são atores que buscam um resultado o mais próximo possível de suas respectivas preferências.”Tradução: autor.

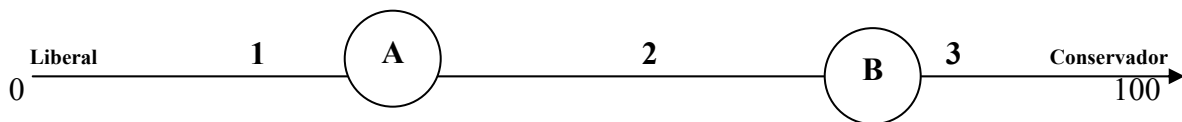


atores sociais, agem com a finalidade de maximizar a própria utilidade, decidindo algum caso de acordo com a posição mais próxima ao seu ponto ideal, ponto que, por definição, representaria o seu maior ganho de utilidade (Shepsle e Bonchek, 1997; Segal, 1997; Spiller, Richman e Bergara, 1999; Segal 1999; Segal e Spaeth; 1993, 2002).

Sob o prisma do modelo das atitudes, os casos apresentados nas cortes podem ser inscritos numa escala unidimensional ideológica. Tradicionalmente, denomina-se *j-points* os pontos nos quais eles se posicionam. Juízes, também, ocupam um lugar nesse mesmo espaço chamado de *i-points*, ou pontos de indiferença (*pi*). Em síntese, se estamos falando de uma dimensão espacial do tipo conservador-liberal, sendo a posição mais à direita a mais conservadora, um magistrado identificado como liberal decidirá favoravelmente os casos inscritos à esquerda do seu (*pi*), e atuará no sentido de obstruir qualquer um à direita. No âmbito de uma instância decisória coletiva, deve prevalecer a opção mais próxima a do eleitor mediano do tribunal.<sup>27</sup>

No exemplo abaixo, uma versão simplificada do modelo, suponha que os números representem os pontos ideais de três juízes a respeito, por exemplo, de uma política de liberalização do aborto. Tendo em vista uma escala política do tipo liberal-conservador, suponha ser o juiz (1), o de tendência liberal, o (2), de tendência mais moderada e o juiz (3), o mais conservador. Considere que as duas letras representem os dois resultados possíveis decorrentes da deliberação judicial coletiva quanto ao conteúdo ideológico da política pública (*j-points*).

**Figura 1.2 - Modelo das Atitudes (*Attitudinal Model*)**



Fonte: Elaboração própria

Como, pela versão mais pura do modelo, os juízes votam de forma a cancelar o resultado o mais próximo possível dos seus pontos ideais, sem considerações estratégicas ou institucionais, fácil prever que a escolha social será **B**, se prevalecente a regra majoritária simples. O Juiz 2 seria o eleitor mediano da Corte e a política **B** a opção mais próxima de seu ponto ideal. Assim, a

<sup>27</sup> Ver Baum (1997, p. 37-38).

escolha social depende da relação entre, por um lado, os pontos ideais de cada um dos juízes e, por outro a distância entre esses mesmos pontos e a posição de cada uma das alternativas de política públicas disposta no modelo espacial (*j-points*).

Na seara dos estudos centrados na perspectiva das atitudes, pelos menos em relação à Suprema Corte Norte-Americana, há um relativo consenso em torno da idéia da proeminência dos objetivos políticos (*policy goals*) no processo de tomada de decisões. Assim, Rodhe e Spaeth<sup>28</sup>, citados por Segal e Spaeth (2002, p. 92), sustentam que cada um dos ministros da Suprema Corte-Americana possui preferências em relação às questões políticas migradas das arenas tradicionais para o âmbito do Tribunal. As decisões dos magistrados, então, refletiriam a posição mais próxima possível de suas preferências sobre políticas públicas.

O roteiro metodológico das pesquisas com viés voltado para o modelo das atitudes toma como ponto de partida a construção de um índice capaz de medir a posição política dos juízes, em termos, por exemplo, da dicotomia liberal-conservador, a partir da análise de conteúdo de artigos de jornais e revistas de autoria dos *justices* antes de exercerem a magistratura. Em seguida, o objetivo é medir a força da correlação entre esse índice e a posição ideológica do voto de cada um dos membros da Suprema Corte.

As críticas em relação à escola surgem, de um lado, pelos autores que advogam que os juízes das altas cortes também buscam uma interpretação da lei de maneira clara, precisa e coerente. O modelo das atitudes (*attitudinal model*), centrado nas atitudes e nos valores dos juízes, superestimaria estes atributos em detrimento de outros objetivos operacionais dos juízes, como a preocupação com a interpretação mais sistemática das leis e regulamentos (*good law*).

O maior adversário, entretanto, do modelo é a abordagem centrada no comportamento estratégico dos juízes. De certa forma, o modelo foi introduzido acima, com a apresentação do *setter-model* e do modelo da separação dos poderes. Não obstante, tendo em vista a linha evolutiva dos estudos sobre o comportamento do judiciário, convém revisitar os pressupostos principais dessa vertente.

---

<sup>28</sup> Rohde, David W. ; Spaeth, Harold J. *Supreme Court Decision Making*. São Francisco: W. H. Freeman, 1976. No original: “the primary goals of Supreme Court justices in the decision-making processes are *policy goals*. Each member of the Court has preferences concerning the policy questions faced by the Court, and when the justices make decisions they want the outcomes to approximate as nearly as possible those policy preferences”.

### 1.5.3 Modelo da Interação Estratégica (*Separation-of-powers Model*)

O modelo da **interação estratégica entre os poderes** repousa na premissa do comportamento estratégico dos juízes, segundo o qual, na relação *com outras Cortes, com os próprios colegas de tribunal e com as outras organizações do sistema político*, os juízes se comportariam de forma instrumental, pois levariam em conta a reação potencial daqueles em relação às suas decisões. Como via de mão dupla, os outros agentes não prescindiriam de prever a interferência dos juízes em determinada política (Bonchek e Shepsle, 1997; Weingast, 1998, 2002; Epstein e Knight, 1998, Spiller, Bergara e Richman, 1999, Segal e Spaeth, 2002, Baum, 2006).

O desenvolvimento do modelo ocorreu, em grande parte, com a apropriação de aspectos metodológicos e de pressupostos da escolha racional (Segal e Spaeth, 2002). Além da centralidade do comportamento maximizador dos juízes, entendido nesse sentido como qualquer outro ator político, a escola avança ao analisar os processos de escolha coletiva no âmbito das Cortes a partir da lógica do equilíbrio, pela qual uma decisão judicial seria estável numa situação em que não haveria incentivos para qualquer um dos atores alterar unilateralmente seu voto sem que houvesse alterações na posição dos demais com potencial de gerar perdas significativas de sua própria utilidade, demonstrando a preferência da abordagem por equilíbrios à Nash<sup>29</sup>.

Fora os pressupostos da racionalidade, assim como no modelo das atitudes (*attitudinal model*), a abordagem parte da premissa segundo a qual juízes possuem preferências estáveis acerca de políticas ao longo de um espectro ideológico sobre o qual decidem com o intuito de escolher as alternativas mais próximas possíveis ao respectivo ponto ideal. Assim, importam também as preferências sobre políticas dos atores judiciais no processo de tomada de decisões.

O ponto de ruptura com a abordagem anterior é o aspecto relativo ao cálculo mais preciso dos juízes acerca das conseqüências das próprias decisões em atenção a um contexto interdependente em relação a outros atores com poder de veto. A ênfase agora recai no constrangimento provocado na escolha dos juízes em razão da existência das preferências de

---

<sup>29</sup> Pindyck e Rubinfeld (2005) definem o equilíbrio de Nash como um conjunto de estratégias (ou ações) no qual *cada jogador faz o melhor que pode em função das ações de seus oponentes*. Como não há incentivos para que o jogador se desvie de seu equilíbrio de Nash, as estratégias serão estáveis.

outros atores (Executivo, Legislativo, Outras Cortes). Eles buscarão maximizar a própria preferência política em atenção aos movimentos de múltiplos atores políticos com poder de veto.

Baum (2006) explica que predomina, no contexto desse modelo, um comportamento prospectivo dos magistrados, tendo em vista que são capazes de dissimular a preferência real em nome de um resultado no longo prazo. Por exemplo, se um juiz da segunda instância, no bojo do julgamento de uma apelação, pretende assegurar o máximo possível o sistema de defesa da liberdade de expressão, ele deve assumir uma posição mais moderada do que a real para obter maioria no Tribunal ou para inibir a reação do Legislativo via aprovação de um novo estatuto legal menos pró-liberdade de expressão do que o *status quo*.

Cortes e juízes surgem, então, como atores políticos com capacidade de influenciar de maneira mais consistente, mesmo a partir de um comportamento reativo, o jogo da formulação e implementação das políticas públicas. Shepsle e Bonchek (1997, p.424-428) descreveram os movimentos de um possível jogo da seguinte maneira:

*1º momento - Formulação de uma política via processo legislativo. O output resultante da interação Executivo-Legislativo corresponde ao novo status quo – SQ' – em comparação com a situação anterior – SQ.*

*2º momento – Executivo mobiliza recursos (burocracia e dinheiro) em prol da implementação da nova política.*

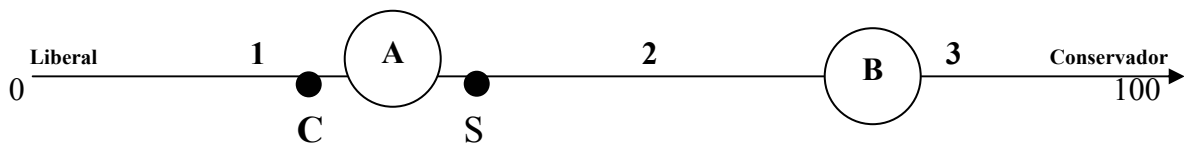
*3º momento – Judiciário mantém a política ou oferece obstrução a sua implementação com base no exame de constitucionalidade e/ou no exame da legalidade.*

*4º momento – A depender do resultado anterior, o Legislativo pode propor uma emenda, ou uma nova legislação – SQ''.*

A figura abaixo mostra o mesmo espectro anterior com a inclusão do ponto ideal da Câmara (C) e do Senado (S). Com base no modelo das atitudes (*attitudinal model*), a escolha social seria B, uma vez que os juízes 2 e 3 preferem B à A e não há nenhuma ordem de consideração quanto à preferência do eleitor mediano do Congresso. A sofisticação no comportamento sugerida pelo modelo da interação estratégica é a de que, num contexto interdependente da separação de poderes, o juiz 2 seria capaz de antecipar a reação do Congresso via nova legislação numa posição mais próxima de seu ponto ideal. Assim, se é verdade que ele prefere B à A, por outro lado, prefere A à C e, pelo pressuposto da transitividade da ordenação de preferências, prefere B à C.

Assim sendo, num típico equilíbrio de Nash, a melhor estratégia para o juiz 2, tendo em vista as possíveis respostas dos outros atores com poder de veto, seria votar junto com o juiz 1, implicando um novo resultado social: A. Sob o prisma ideológico, esse enigma político poderia ser explicado pelo fato de que, ante o contexto político-institucional pró-liberal, não seria possível para o Juiz 2 chancelar a política mais conservadora sem que houvesse uma reação legislativa que trouxesse uma perda ainda maior de sua utilidade. Para evitar um novo *status quo* mais próximo à esquerda, ele assumiu uma posição mais liberal do que a real.

**Figura 1.3 - Modelo da Interação Estratégica entre os Poderes**



Fonte: Elaboração própria

Considere, ainda, o intervalo  $[C,S]$  como o *Ponto de Pareto* do Congresso no qual se pode afirmar que nenhuma política inscrita nesse segmento sofreria obstrução por parte de qualquer uma das duas casas legislativas. A decisão da Corte foi a mais próxima possível do *Ponto de Pareto* do Congresso e a menos distante possível do seu ponto ideal. O ponto ideal do Senado, casa revisora, assegura que a Câmara não atuaria no sentido de propor um novo *status quo* mais liberal quanto ao conteúdo da matéria, tendo em vista a probabilidade de veto daquele.

Vale ressaltar que, caso o eleitor mediano do tribunal estivesse inscrito no segmento  $[C,S]$ , não faria diferença usar o modelo attitudinal ou o presente para se prever o resultado político. Dito de outro modo, no modelo da separação dos poderes, magistrados votam de forma sincera apenas quando seus respectivos pontos ideais encontram-se inscritos no segmento representativo do *Ponto de Pareto* do Congresso (Segal, 1997, p.31).

O exemplo acima constitui apenas uma das variações dentre outras tantas possibilidades oferecidas pelo modelo da interação estratégica entre os poderes. Situações políticas reais podem envolver um número maior de dimensões sobre aspectos da política, a existência do veto do Executivo, a existência do veto de uma Corte superior e assim por diante. Não obstante, demonstrou como podem variar as implicações políticas da interferência das Cortes no processo

de policy-making em função do modo como operam os juízes no processo de tomada de decisões. Além da simplicidade, as virtudes de tais modelos residem na possibilidade de serem testados empiricamente, ou na linguagem popperiana, são modelos que estão sujeitos ao critério da falsificabilidade.

Para os fins da pesquisa, é importante atentar ainda para o fato de que, de acordo com Baum (2006), o comportamento estratégico pode se manifestar sob diferentes formas, além da chancela de alguma política pública (*good policy*), reconhecidamente o objetivo operacional predominante nos estudos influenciados pela perspectiva estratégica. Baum problematiza ao afirmar que eles podem agir com vistas, por exemplo, a cancelar alguma posição doutrinária (*good law*). Ou, ainda, se comportam de forma não-sincera buscando equilibrar ambas as motivações (*good law* e *good policy*).

#### **1.5.4 A abordagem neo-institucionalista**

Em que pese as diferenças e a possibilidade de haver uma série de modelos combinando elementos de cada uma das correntes apresentadas, notadamente no que se refere à existência, ou não, de um comportamento mais sofisticado dos juízes, todos entendem as decisões coletivas judiciais como o resultado da agregação das preferências dos juízes como atores individuais. São modelos centrados no equilíbrio induzido pelas preferências dos juízes (**EIP**).

A atenção às variáveis institucionais no processo de tomada de decisões nas Cortes resulta do sucesso histórico da aplicação dos modelos centrados no equilíbrio induzido pelas estruturas (**EIE**) no ambiente legislativo. Em contraste com as teorias da escolha social que sugeriam a instabilidade inerente aos processos de decisão coletiva, os trabalhos sob a epígrafe do **EIE**, como os de Shepsle (1979), divulgaram regularidades empíricas indicadoras da previsibilidade e da estabilidade dos resultados decorrentes da escolha coletiva.

A chave para o entendimento do enigma estava na identificação do papel dos procedimentos e dos arranjos institucionais criados no ambiente legislativo com o escopo de promover a eficiência a partir da divisão e especialização do trabalho, bem como para gerar coordenação, cooperação e comunicação num contexto que seria marcado pelos problemas clássicos da ciência política, tais como o da intransitividade das decisões coletivas, o dos ciclos de maioria, o da cooperação, o da ação coletiva e o da provisão de bens públicos. Nesse sentido,

o sistema de comissões, por exemplo, foi identificado como o eixo estruturador das atividades legislativas do Congresso norte-americano capaz de explicar o estabelecimento de uma ordem mínima que assegurava a estabilidade das decisões coletivas tomadas naquele contexto.

O avanço dos modelos centrados no equilíbrio induzido pelas estruturas, marcado pela preocupação com os constrangimentos impostos aos atores individuais engajados em processos de escolha coletiva, convergiu para a consolidação do neo-institucionalismo. Em pouco tempo, o mantra de que as intuições importam (*institutions matter*) ultrapassou a seara dos estudos das legislaturas e redesenhou a agenda da ciência política como um todo.

Nos estudos sobre o Judiciário, a escola apontou uma nova direção às análises centradas na abordagem *attitudinal* ou simplesmente legalista. A contribuição do neoinstitucionalismo para a análise do processo de tomada de decisões no Judiciário parte da convicção de que há muito a se ganhar em termos de potencial explicativo do comportamento judicial, ao se enfatizar menos as preferências políticas de alguns juízes e mais (i) as características das cortes como organizações atuantes sobre um determinado contexto institucional, (ii) o relacionamento delas com outras organizações do sistema político, e (iii) o constrangimento provocado por esses fatores institucionais nos valores e atitudes, dando forma, direção e significado ao comportamento dos magistrados. Estudos centrados apenas em preferências políticas individuais dos juízes, sem atenção ao contexto institucional sobre o qual operam, seriam inevitavelmente incompletos (Gilmman e Clayton, 1999).

O arranjo institucional atinente à atividade judiciária, composto por regras formais e informais, exógenas e endógenas, próprias de uma estrutura organizacional, constitui o fator determinante da agregação de preferências dos atores judiciais (Brace e Hall<sup>30</sup>, *apud* Hurwitz, 1998, p. 5). Em suma, abraçar a abordagem neoinstitucionalista para os estudos sobre o Judiciário significa reconhecer o papel tanto das preferências quanto dos constrangimentos institucionais, internos e externos, nos equilíbrios provenientes do processo de tomada de decisões nas cortes (Maltzman, Spriggs II, Wahlbeck, 1999).

Tendo em vista que a transposição de um modelo das atitudes puro sangue para o caso brasileiro esbarraria em dificuldades decorrentes da própria fragmentação do seu sistema político-

---

<sup>30</sup> Brace, Paul e Hall, Melinda Gann. “*Integrated models of judicial dissent.*” **The Journal of Politics**, v. 55, p. 914-31, 1993.

partidário e eleitoral (Taylor, 2005), mais uma razão para a aplicação da abordagem neoinstitucionalista na análise do impacto do Judiciário brasileiro no processo de policy-making.



**PARTE II–  
DESENHO DA PESQUISA E  
METODOLOGIA**

## CAPÍTULO 2: HIPÓTESES

---

A literatura apresentada no capítulo anterior, fortemente marcada pelas proposições da nova economia institucionalista, reserva ao Judiciário e ao estoque das instituições legais de um país uma função primordial na evolução do ambiente regulatório. O bom Judiciário para essa vertente do neo-institucionalismo é aquele capaz de exercer principalmente um papel reativo no processo regulatório, coibindo o comportamento oportunista de outros agentes do sistema político em direção à expropriação regulatória, desestimulando o descumprimento dos contratos e punindo as partes desertoras.

O presente capítulo se propõe a apresentar o diagnóstico acerca do desempenho das instituições do sistema de justiça brasileiro na seara regulatória, tendo em vista o fato de que as análises indicam que, no Brasil, *a contrario sensu*, a intervenção do Judiciário no processo regulatório, em lugar de contribuir para a estabilidade regulatória, tem sido fonte inesgotável de custos na regulação dos serviços públicos. Em outras palavras, ao invés de agente redutor de custos de transação *ex post* na atividade regulatória, a participação do Judiciário, em razão do desenho institucional do sistema de justiça brasileiro e de uma atitude das cortes e dos juízes insuficientemente voltada para a garantia dos contratos, incrementa os custos de transação.

Considerando a precária acumulação de conhecimentos acerca do papel do nível macro no ambiente regulatório brasileiro, especialmente sobre o impacto das deliberações do Judiciário nos processos de regulação, até mesmo em razão da contemporaneidade do tema, esta pesquisa busca justamente ocupar essa lacuna, esperando contribuir para a consolidação de uma promissora agenda de pesquisa. Como não há muitos estudos ainda sobre a área, e tendo em vista a possibilidade de adequação das proposições à arena regulatória, a pesquisa recorrerá às análises já empreendidas sobre o impacto do sistema de justiça brasileiro no ambiente econômico de forma geral.

Nesse sentido, por exemplo, Arida, Bacha e Lara-Resende (2004) introduziram o conceito de **incerteza jurisdicional**, a fim de explicar a manutenção das altas taxas de juros no Brasil, após a estabilização da inflação empreendida pela implementação do Plano Real em 1994. A idéia central é a de que a incerteza sobre a estabilidade e o cumprimento dos contratos financeiros

firmados sob a jurisdição brasileira<sup>31</sup> deprime a formação de mercados com instrumentos de crédito de longo prazo, seja em reais ou seja em dólar. Essa redução da oferta de crédito explicaria o incremento da taxa de juros.

Bacha (2004), em outra oportunidade, assim resumiu a relação de causalidade entre a incerteza dos agentes privados e a realidade das altas taxas de juros, destacando ainda uma importante idéia subjacente à tese da incerteza jurisdicional<sup>32</sup>: a existência de um viés anticredor no país.

A tese é que o mercado financeiro interno de longo prazo é pequeno devido à resistência dos agentes privados em aplicarem sua poupança em instrumentos financeiros de longo prazo sujeitos à jurisdição brasileira. A incerteza jurisdicional reflete um viés anticredor difícil de quantificar, manifestando-se no risco de atos do Príncipe mudando o valor dos contratos financeiros durante sua vigência ou por ocasião de sua cobrança, ou de decisões das Cortes desfavoráveis ao credor até mesmo por sua demora. (grifo meu) Associa-se ao conceito de “impunidade civil” do devedor, mas enfatiza fraquezas jurisdicionais mais amplas, no sentido do poder do Estado, em sua soberania, de fazer leis e administrar a Justiça. Como a incerteza jurisdicional é difícil de ser quantificada, especialmente para prazos mais longos, ela não pode ser compensada por um prêmio de risco. Por isso, tem por consequência a quase inexistência de uma oferta privada voluntária de financiamento de longo prazo na jurisdição interna.

A **incerteza jurisdicional** apresenta duas dimensões. Na perspectiva *ex-ante*, ela envolve o risco de o Estado alterar o valor do contrato antes de sua execução. O risco de uma interpretação desfavorável do contrato do ponto-de-vista do credor, por parte das cortes e dos juízes, diz respeito à perspectiva *ex-post* (Arida *et al.*: 2004).

Na perspectiva *ex-post*, eleita como prioritária nesta pesquisa, a idéia do risco associado, por exemplo, às decisões das cortes desfavoráveis ao credor, até mesmo por sua demora, demonstram dois aspectos fundamentais do arcabouço teórico sugerido pelos autores. Um, mais

<sup>31</sup> Em prefácio à obra de Pinheiro e Saddi (2005), Edmar Lisboa Bacha, um dos autores do paper supramencionado, explicou que o termo “jurisdição” referia-se ao poder do Estado, no exercício de sua soberania, de legislar e administrar a Justiça. Bom lembrar que, no sentido jurídico, jurisdição equivale ao poder de dizer o direito, restrito ao Poder Judiciário. Os autores emprestam ao termo um significado mais abrangente, tendo em vista que fazem referência ao histórico brasileiro dos atos provocados tanto no âmbito do Executivo e Legislativo, quanto no do Judiciário, como a manipulação de índices de reajuste, as mudanças de padrão monetário, o congelamento de ativos financeiros, a anulação judicial de cláusulas de reajuste cambial, os atos normativos da Receita Federal alterando a taxa de contratos em andamento, etc.

<sup>32</sup> A hipótese da **incerteza jurisdicional** foi apresentada como rival de outras explicações bastante disseminadas nos meios acadêmico e financeiro: (1) conservadorismo da política monetária: necessidade de altas taxas de juros para compensar os riscos da desvalorização do real, (2) desajuste fiscal: as altas taxas de juros refletem o risco da manutenção das altas taxas de gastos públicos; (3) sucessivos choques internos e externos: NASDAQ, crise do apagão, 11 de setembro, crise Argentina, crise da eleição de Lula em 2002, todos esses eventos demandariam uma alta taxa de juros para compensar o risco da instabilidade política e econômica. Para ver mais detalhes, Arida *et al.* (Op cit: pp. 2-3).

evidente, é a idéia do viés anticredor, como se houvesse uma distribuição de preferências, no âmbito dos centros decisórios político-institucionais, incluindo evidentemente as cortes judiciais, predominantemente voltada para desfavorecer o lado da oferta do crédito no país.

O outro, menos explícito, diz respeito ao debate, devidamente introduzido no primeiro capítulo, inspirado na Nova Economia Institucionalista, sobre o papel do estoque das instituições de um país na promoção do desenvolvimento econômico. Nesse sentido, o sistema judicial e legal, e todas as organizações e instituições a ele vinculadas, surge como um fator determinante da garantia de taxas satisfatórias e continuadas de crescimento econômico, tendo em vista o seu papel de proteger de forma adequada os direitos de propriedade e o cumprimento dos contratos.

Conquanto o foco da dissertação recaia na hipótese da incerteza jurisdicional, sem a preocupação ainda de verificar alguma proposição rival, é digno de nota que alguns trabalhos já apontam uma forma alternativa, ou complementar, de analisar o impacto do funcionamento do sistema de justiça nos níveis de desenvolvimento econômico, especialmente para a análise das experiências nos países subdesenvolvidos. Nesse sentido, Glaeser, Sheikman e Shleifer (2003) sugerem que, se, por um lado, os estudos comprovam que as instituições que asseguram os direitos de propriedade conduzem ao crescimento econômico, por outro, eles ignoram o fato de que o nível de desigualdade de um país compromete os resultados de eficiência econômica por meio de um mecanismo que eles chamam de *subversão institucional*.

Por esse mecanismo, os ricos e politicamente influentes subvertem o funcionamento das instituições legais, políticas e regulatórias em seu próprio benefício, uma situação identificada pelos autores como redistribuição do *King John*. Ela é oposta à redistribuição à *Robin Hood*, a outra face da moeda, quando as instituições favorecem a parte mais fraca nas relações sociais, algo em alguma medida defendido, por exemplo, por Bacha *et all* na hipótese da incerteza jurisdicional.

O foco de Glaeser *et all* (2003) é sobre os efeitos dos níveis de desigualdade no contexto do funcionamento do sistema de justiça. Por meio de recursos como suborno, lobby e enormes gastos com advogados contratados para atrasar o andamento dos processos, haveria uma probabilidade maior de os atores com maior poder econômico e/ou político influenciarem as decisões judiciais em seu próprio benefício.<sup>33</sup> No contexto da atividade regulatória, a relevância

---

<sup>33</sup> No auge de mais uma crise de denúncias de envolvimento de juízes dos mais variados níveis do Judiciário brasileiro na venda de decisões e sentenças para o favorecimento de setores específicos da sociedade, no caso em

do teste da hipótese residiria nas conclusões que poderia conduzir quanto aos resultados do processo de subversão institucional na atividade regulatória: poderia ser verificada a proposição de que essa desigualdade estaria contribuindo para a consolidação de um modelo voltado para assegurar a renda das firmas reguladas em detrimento do interesse público, tendo em vista as decisões judiciais voltadas para favorecer a parte mais forte (Idem: p.3-4).

Esta dissertação se ressentirá de testar a hipótese alternativa de Glaeser et *all* (2003), menos por sua relevância para os estudos sobre judiciário e regulação, algo explicitamente demonstrando no parágrafo anterior, mais pelas dificuldades de se construir no momento, de escassez de tempo e de recursos, um modelo capaz de contemplar as variáveis passíveis de operacionalização que conduzam à verificação da hipótese da *subversão institucional*.<sup>34</sup>

## 2.1 O olhar sobre as instituições do sistema de justiça: uma perspectiva centrada na incidência dos custos transacionais

Como visto, uma das faces da hipótese da incerteza jurisdicional está associada à questão da dotação institucional do país, razão pela qual será identificada nesta dissertação como a hipótese da incerteza jurisdicional em sentido amplo (*lactu sensu*). Há uma percepção de que a configuração das instituições políticas e judiciais do país afeta de maneira negativa o lado da oferta do crédito do país, não apenas em razão de uma atitude anti-credor dos atores políticos relevantes, mas também em face dos gargalos do sistema. No que se refere ao sistema judicial, a morosidade na entrega da prestação jurisdicional reforçaria o grau de incerteza jurisdicional.

Documentos recentes do Banco Mundial, preocupados com a criação de um clima de investimentos em que os agentes do mercado tenham oportunidades e incentivos para investir de maneira produtiva, contribuindo para o crescimento e para a redução da pobreza, denunciam a

---

questão de bicheiros e donos de bingo, aumenta a percepção de comprometimento da eficiência do sistema judicial brasileiro por problemas de corrupção.

<sup>34</sup> Ribeiro (2006) foi pioneiro em testar explicitamente e empiricamente as duas hipóteses. A partir da análise de 168 decisões judiciais, em 16 Estados brasileiros concluiu que: “a) Os juízes favorecem a parte mais poderosa. Uma parte com poder econômico ou político tem entre 34% e 41% mais chances de que um contrato que lhe é favorável seja mantido do que uma parte sem poder; b) Uma parte com poder apenas local tem cerca de 38% mais chances de que uma cláusula contratual que lhe é favorável seja mantida e entre 26% e 38% mais chances de ser favorecido pela Justiça do que uma grande empresa nacional ou multinacional, um efeito aqui batizado de subversão paroquial da justiça. c) Nos Estados Brasileiros onde existe maior desigualdade social há também uma maior probabilidade de que uma cláusula contratual não seja mantida pelo judiciário. Passando-se, por exemplo, do grau de desigualdade de Alagoas (GINI de 0,691) para o de Santa Catarina (0,56) tem-se uma chance 210% maior de que o contrato seja mantido.”

existência de um sistema judicial nos países latino-americanos com o sinal trocado no que se refere à agilidade, à previsibilidade, à imparcialidade e ao custo de acesso.

Nesses países, incluindo o Brasil, a complexidade dos procedimentos judiciais retarda o mercado de crédito e eleva o custo das operações financeiras (Banco Mundial, Um Melhor Clima de Investimento para Todos, 2005). Ainda, sob o prisma dos custos de transação inerentes a um sistema judicial ineficaz, o documento apontou:

O impacto de um Judiciário que funciona bem se estende além do número de casos que ele resolve. Quanto mais rápida e previsível a decisão do Judiciário, mais hábeis serão as firmas em antecipar o resultado de qualquer disputa. À medida que a previsibilidade e a rapidez aumentam, o número de disputas entra em declínio, pois a ameaça real de obter êxito nos tribunais em caso de descumprimento dos contratos incentivam as partes a honrarem suas obrigações. As negociações ocorrem à sombra do Judiciário e das leis cujo cumprimento ele impõe. Quanto mais forte esse efeito, menor o risco e maior o número de transações e mais baixos seus custos.

Assim sendo, o sistema judicial é encarado como problemático por aqui, tendo em vista a existência de uma série de elementos de fragilidade institucional responsáveis pela inibição do interesse do capital privado no Brasil. Dentre outros fatores, tais como a elevada carga tributária, foram eleitos como vilões: a instabilidade do marco regulatório, a falta de autonomia das agências reguladoras e a intervenção do Judiciário no cumprimento dos contratos. Não parece coincidência que o fortalecimento das agências reguladoras e a redução do ativismo do Judiciário nas políticas públicas apareçam juntos no diagnóstico da agenda microeconômica para o Brasil.

Koerner(1999, p.17-18), em artigo sobre o processo de aprovação da reforma do judiciário brasileiro distinguiu e analisou pelo menos três correntes principais que se formaram em torno da discussão travada no Congresso Brasileiro entre 1992 e 2005: *(i) corporativo-conservadora*; *(ii) judiciário democrático* e *(iii) judiciário mínimo*<sup>35</sup>. Segundo o autor, esta última representava a posição do Governo Cardoso (1995-2002), tendo em vista os projetos de lei em tramitação no período de discussão da reforma. O autor assim resumiu o espírito dessa vertente:

---

<sup>35</sup> Para a primeira corrente, a crise do Judiciário poderia ser solucionada mediante apenas alguns ajustes na organização judiciária e na legislação processual no sentido de modernizar e racionalizar os serviços. A atividade jurisdicional é avaliada por essa corrente do ponto de vista técnico e individualista, não havendo necessidade, por exemplo, de controle externo. A vertente do *Judiciário democrático*, por sua vez, é crítica do controle da cúpula judicial sobre a carreira e atividade judicante, a forma de organização do Judiciário e do sistema processual tendente à exclusão dos pobres do acesso à Justiça e as medidas tendentes à centralização do processo decisório judicial.

O principal objetivo da reforma judiciária deve ser adaptar o Judiciário às condições da globalização, reduzindo os custos e o tempo dos litígios judiciais para favorecer o crescimento econômico. A reforma do Judiciário faz parte do projeto global de reforma do Estado, compondo a segunda rodada de mudanças estruturais do país: a primeira foi a da estabilização da economia, com a mudança das regras que orientam a atividade econômica, e a segunda, a da mudança das instituições...O problema central do Judiciário brasileiro concentrar-se-ia na questão da baixa eficiência gerencial, vindo a seguir alguns problemas de força. A ineficiência acarretaria importantes custos econômicos, tais como: desestímulo à inovação tecnológica(...)custos para as firmas, em virtude de riscos e custos de contratos privados(...)a limitação dos investimentos externos do país(...)Enfim o baixo desempenho do Judiciário atingiria a efetividade da política econômica(...)A solução seria “a presença de um Judiciário independente, forte e eficiente, que sirva como garantia contra o oportunismo do Executivo, ao mesmo tempo que lhe dê maior flexibilidade na condução da sua política.

Viera (2004) acrescenta a corrente da **governabilidade judicial** segundo a qual o Judiciário constitui uma das organizações do Estado, devendo colaborar nos processos de mudanças propostos pelos demais Poderes do sistema político, em especial pelo Executivo. Sobre a corrente, ainda afirmou:

Para estes, a crise decorre da fragmentação e da falta de hierarquia do Judiciário, que provoca incertezas nos campos político e econômico. Tendo como pano de fundo um projeto de liberalização econômica, flexibilização e redução das esferas de intervenção do Estado, cabe ao Judiciário facilitar as mudanças e não criar obstáculos por intermédio de concessão massiva de liminares ou mesmo bloqueando medidas de grande interesse governamental em nome da defesa de direitos ou de princípio da Constituição.

Uma forma de se perceber a percepção dos gestores quanto ao funcionamento do sistema de justiça é compreender as propostas por eles formuladas para a sua reforma. A estratégia de mudança institucional da corrente do *judiciário mínimo*, e mais explícita ainda da corrente da *governabilidade judicial*, consistiria em promover mudanças no âmbito das regras atinentes ao processo de tomada de decisões no sistema judicial e ao equilíbrio de poderes entre instâncias superiores e inferiores, redefinindo o desenho institucional do Judiciário e seu papel político. O resultado esperado consistiria numa inclinação da balança de poder em favor da cúpula do Judiciário, como contraponto ao excessivo poder conferido a juízes da primeira instância (Arantes e Kerche, 1999; Arantes, 2001b).

Sob o prisma da análise econômica, a percepção, então, é a de que o sistema judicial brasileiro é ineficiente, caro e imprevisível, contribuindo não apenas para que não haja redução

dos custos transacionais nas transações econômicas, mas para que ocorra, justamente, o seu incremento, tendo em vista a interferência regular no andamento dos contratos.

### **2.1.1 O modelo dos atores com poder de veto (*veto players*) e a relação com os custos de transação**

Na esfera política, sob a ótica da análise de políticas públicas<sup>36</sup>, parte-se do pressuposto de que, em decorrência do desenho institucional favorável ao recurso de minorias contra decisões políticas majoritárias, a interferência do Judiciário no processo político dificulta a governabilidade, uma vez que implica incremento dos custos de transação políticos (Arantes e Kerche, 1999; Arantes 2001a; Couto e Arantes, 2002; Favetti, 2002, Costa Jr, 2003). Dependendo da concordância do Judiciário para a implementação de determinada política pública implica maior dispersão de poder no contexto decisório com o acréscimo de novas possibilidades institucionais de veto (Tsebelis, 1997, 2002; Almeida, 1999; Arantes e Kerche, 1999; Taylor, 2004, 2005).

Tsebelis (1997, 2002) desenhou um modelo para a análise comparada de políticas públicas, no qual a ênfase recaiu na lógica do conceito de *veto player*, em diferentes contextos institucionais. Um ator com poder de veto seria aquele – institucional (Executivo, Legislativo, Judiciário) ou partidário – capaz de bloquear a adoção de uma política. Na relação com o que chama de “estabilidade das políticas”, entendida como ausência do potencial de mudança de políticas existentes, três atributos dos atores com poder de veto receberam o tratamento de variáveis independentes: número, congruência e coesão. Em síntese, ele buscou demonstrar como a “estabilidade das políticas” está relacionada com o “(1) número de atores envolvidos; (2) com sua incongruência (divergência de posições políticas) e (3) com a coesão interna de cada um deles. Quanto **maior** o número, incongruência e coesão interna desses agentes, **menor** a probabilidade de mudança, ou **maior** a “estabilidade da política existente”.

---

<sup>36</sup> Além do próprio North, outros autores advogam a transposição da abordagem dos custos transacionais do mundo da economia para a esfera do processo político (Dixit, 1996). No mercado político, as partes dos contratos são os cidadãos (indivíduos ou grupos de interesse), de um lado, e políticos (parlamentares ou partidos políticos), ou administradores (agências reguladoras, etc), de outro. O objeto do contrato firmado entre governantes e governados pode envolver a formulação e implementação de um determinado programa governamental.



Taylor (2004) lembra que raramente o Judiciário aparece na literatura dos atores com poder de veto e, quando isso ocorre, é tratado como um único ator com poder de veto (*single veto player*). O próprio Tsebelis (2002) considera o Judiciário mais como um potencial ator com poder de veto do que como efetivo, atuando como *veto player* apenas no âmbito do controle da constitucionalidade.

A pesquisa, então, se filia à corrente que sugere ser mais profícua a análise do impacto do Judiciário brasileiro no processo político a partir do entendimento desse Poder menos como um único ator com poder de veto, mais como um sistema que oferece múltiplos pontos de veto institucionais à disposição dos atores com poder de veto (Taylor, 2004, p.6-7). Uma série de regras e mecanismos institucionais proporciona aos *veto players* um conjunto expressivo de pontos de veto que, se acionados, são capazes de retardar, ou mesmo alterar, o processo de implementação de uma política pública específica, constituindo uma chave para a análise do modelo dos atores com poder de veto sob a ótica da incidência dos custos de transação econômicos e políticos.

A respeito do desenho das instituições do sistema de justiça brasileiro, propiciador de uma série de pontos institucionais de veto, Arantes e Kerche (1999, p. 38) afirmaram que “...com essa engenharia institucional garantimos os direitos das minorias políticas mas com custos para a governabilidade, pois a **dispersão de fontes de poder e as possibilidades institucionais de veto** (grifo meu) tornam o processo de tomada de decisão política uma *via crucis*, com todos os efeitos que essa analogia é capaz de sugerir”. Nesse sentido, Arantes (2001a, p.4) assevera, ainda, que “...esse sistema afeta a governabilidade do país, na medida em que atos de governo ou legislativos de algum impacto dificilmente deixarão de ser revisados judicialmente no varejo das instâncias inferiores do Judiciário, sem que o Supremo Tribunal possa dar-lhe solução definitiva no atacado”.

A Constituição de 1988 concorreu, também, para o aumento das possibilidades institucionais de veto. Ela (i) ampliou a comunidade de intérpretes da Constituição (Viana et al, 2003) e (ii) fortaleceu os instrumentos processuais de controle da sociedade sobre as políticas públicas, descentralizando a tomada de decisões.

Sobre o primeiro item, basta ressaltar que a referida carta ampliou o rol de atores legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Em relação ao segundo, Arantes (1999) destacou algumas mudanças institucionais propiciadoras da conformação de uma arena judicial permeável aos conflitos da esfera da formulação e da implementação das políticas públicas, com incremento do grau de dispersão das fontes de poder e dos pontos institucionais de veto. A normatização de direitos coletivos e difusos, acompanhada da emergência e revitalização de instrumentos processuais responsáveis por garanti-los, constitui fonte para o ativismo político dos juízes, uma vez que fornece mecanismos para a interferência direta desses atores nas políticas públicas.

A Constituição de 1988, sem dúvidas, consolidou essas inovações processuais, notadamente a ação civil pública, regulamentada desde 1985 pela Lei nº 7.347. Além disso, fortaleceu o Ministério Público, principal promotor dessa modalidade processual, conferindo-lhe maior autonomia e independência funcional em relação ao Poder Executivo. De defensor do Estado, o MP passou a fiscal da lei e guardião da sociedade.

Sob a ótica de quem decide, surgiram, da margem de discricionariedade conferida ao magistrado em sede de ação civil pública, impactos decisivos no curso de programas governamentais. Nesse particular, Mancuso<sup>37</sup>, citado por Arantes (1999) se pronunciou:

Assim, a Lei da Ação Civil Pública permite ao juiz, dentre outras coisas, dar efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte (art. 14). Permite também a concessão de medida cautelar não apenas de caráter preventivo (como é da nossa tradição jurídica) mas também dotada de conteúdo *executório*, ou seja, a cautelar pode antecipar uma obrigação de fazer ou não fazer (coisa que, tradicionalmente, só é determinada com a sentença final), a fim de afastar o risco de grave lesão a tais direitos (art. 4). O alto grau de discricionariedade conferido ao juiz pela Lei nº 7347/85 pode ser medido, ainda, pela possibilidade que ele tem de ampliar os limites do pedido da obrigação de fazer ou não fazer, se entender que a tutela do interesse ameaçado ou violado assim o requer, como também pela sua ampla margem de definição das medidas cominatórias (que visam obrigar o réu ao cumprimento da sentença), como o valor de multa diária a partir da decisão judicial até o seu efetivo cumprimento.

Não se deve esquecer também a ação popular, chancelada pela Constituição de 1988, mas consagrada no texto constitucional desde a Carta Magna de 1934. Por meio dela, “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas

---

<sup>37</sup> Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores. Lei 7347/85 e legislação complementar*. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

judiciais e do ônus da sucumbência ( art.5º, LXXIII )”.

Como apontou Ferreira Filho (1998, p. 68), a possibilidade de trazer para o espaço do Judiciário a discussão não apenas sobre legalidade, mas também sobre **lesividade**, incontestavelmente “abriu caminho para que o juiz descesse ao mérito da decisão governamental.” Além disso, assim como na ação civil pública, a possibilidade da concessão de liminares com efeito suspensivo em face dos atos impugnados aumentou ainda mais a interferência desses atores nas opções governamentais.

A figura abaixo ilustra a estrutura descentralizada do Poder Judiciário brasileiro, oferecendo múltiplos pontos de veto institucionais e dispersão das fontes de poder. Na Justiça Comum, federal ou estadual, as ações podem ser movidas em uma das centenas de varas federais ou estaduais indicadas. Como visto, cada uma dessas instâncias de primeiro grau pode atuar como um ator com poder de veto em razão da oferta de mecanismos institucionais acima mencionados que podem ser revertidos em controle sobre a implementação de políticas públicas.

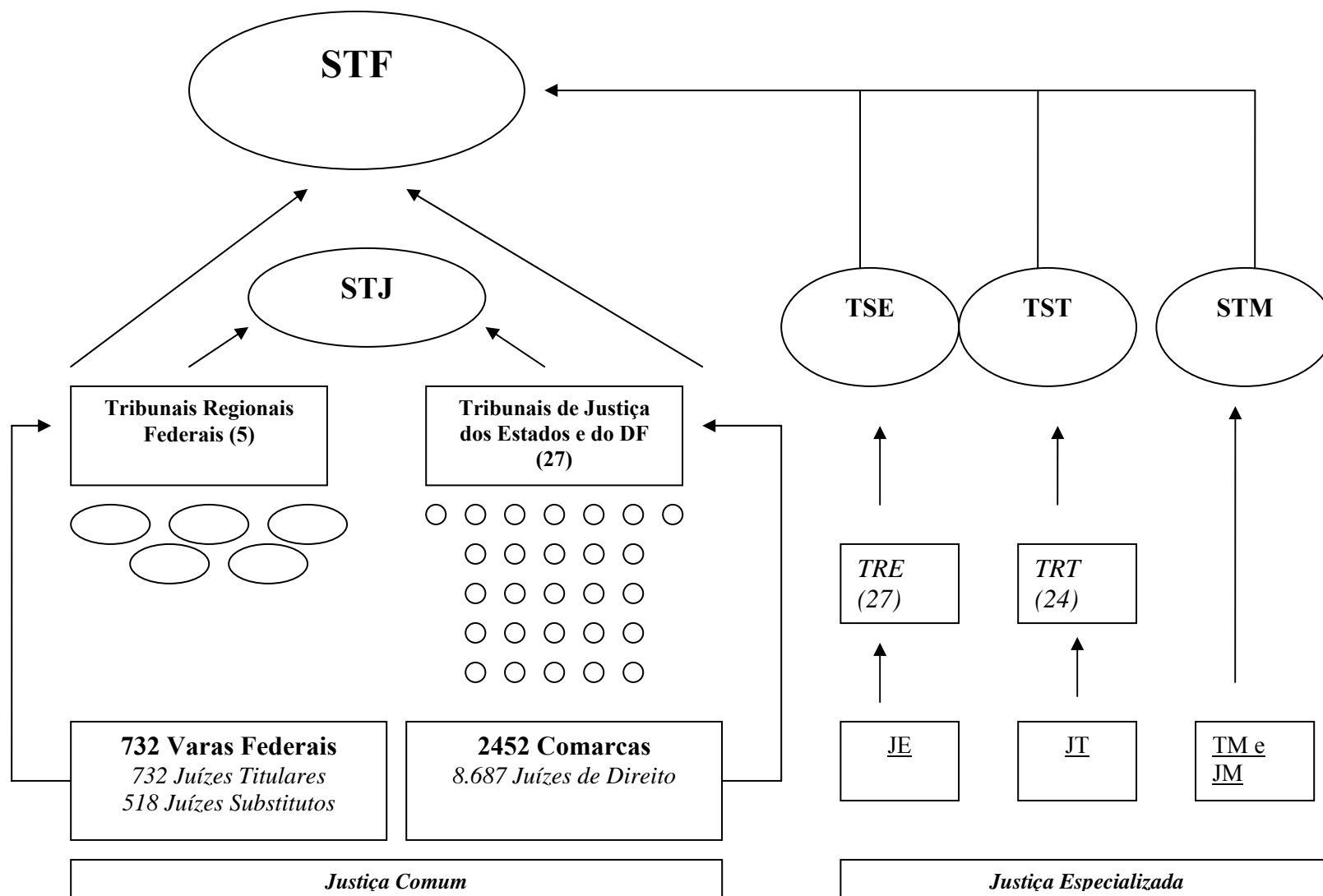
Em sede de recurso de apelação, os casos podem ser levados, a depender da instância originária, ou para uma das cinco Cortes Regionais, ou para uma das 27 Cortes Estaduais. É comum, no plano federal, a divergência de entendimento entre os cinco Tribunais Regionais Federais e, no plano estadual, entre os 27 Tribunais de Justiça. Por exemplo, no caso da assinatura básica, localizada atualmente no âmbito da justiça estadual, a jurisprudência dominante sobre a questão é divergente entre os Tribunais de Justiça.

Ainda, dependendo da natureza da matéria em discussão, se infraconstitucional ou constitucional, a demanda pode ser encaminhada, respectivamente, ou para o Superior Tribunal de Justiça – STJ, ou para o Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de recurso especial (STJ) ou recurso extraordinário (STF).

Os custos associados à existência de pontos institucionais de veto não existem por si só, mas, como visto, decorrem de regras que conferem um considerável grau de independência para os juízes, seja na relação com os outros poderes, seja na relação com outros juízes, de mesma posição hierárquica ou superior.

Como ilustração, a Justiça especializada contempla os ramos eleitoral, trabalhista e militar, respectivamente composta por juízes e tribunais eleitorais (Tribunais Regionais Eleitorais nos estados e o Tribunal Superior Eleitoral), juízes e tribunais trabalhistas (Tribunais Regionais do Trabalho nos estados e o Tribunal Superior do Trabalho) e os juízes e tribunais militares.

Figura 2.1 – Estrutura do Poder Judiciário no Brasil



Fonte: Constituição de 1988, Diagnóstico do Poder Judiciário (Ministério da Justiça, 2004), Site do Conselho da Justiça Federal, [www.justicafederal.gov.br](http://www.justicafederal.gov.br)

No que se refere à interação com os outros poderes, especialmente com o Executivo, a independência dos juízes, notadamente os da primeira instância, decorre principalmente da evolução institucional do sistema de recrutamento para o ingresso na carreira da magistratura. Se já houve época em que os juízes de primeiro grau eram nomeados pelo Presidente da República<sup>38</sup>, os eventos no contexto do pós-autoritarismo no Brasil, especialmente a promulgação da Constituição de 1988, blindaram o sistema de recrutamento dos juízes com regras de cunho meritocrático.

Em relação aos juízes federais, por exemplo, o ingresso na carreira se dá mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelo Tribunal Regional Federal de cada Região e com participação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em todas as fases (CF, art.93, I). O ingresso na carreira por meio de concurso público havia, entretanto, sido recepcionado pelo art. 20 da Lei nº 5.010, de 30/05/1966, sob a égide do regime militar. Entretanto, a Carta de 88 introduziu o critério meritocrático com a promoção de entrância para entrância dos Juízes pela antigüidade e pelo merecimento, alternadamente (CF, art.93, II), eliminando, por via de consequência, o recrutamento político.

O ambiente de incerteza gerado por esse quadro institucional, permeado por custos de transação econômicos e políticos, decorreria da combinação desse conjunto de incentivos à postura independente dos juízes com a oferta de mecanismos institucionais à disposição dos cidadãos e de organizações selecionadas pelas regras vigentes para controlar as políticas públicas.

Além disso, como argumentam Couto e Arantes (2002, 2006), a Carta brasileira de 1988 incorporou dispositivos que apresentam características de políticas governamentais, com fortes implicações para o funcionamento do sistema de justiça. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no exercício do controle de constitucionalidade, tem sido provocado a decidir cada vez mais ações relativas a questões típicas de gestão governamental do que propriamente de ordenamento constitucional.

A Carta brasileira de 1998 caracteriza-se por ter consagrado formalmente como norma constitucional (*polity*) diversos dispositivos que apresentam, na verdade, características de políticas governamentais (*policy*), não sem fortes implicações para o funcionamento do sistema político brasileiro. Em primeiro lugar, a constitucionalidade da *policy* tem feito com que os governantes do dia se vejam diante da necessidade de modificar o ordenamento constitucional

---

<sup>38</sup> No período militar (1964-1985), notadamente em razão do Ato Institucional nº2, publicado no DOU de 27/10/1965, segundo a qual os juízes seriam nomeados pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos indicados na forma da lei pelo Supremo Tribunal Federal.

para poder implementar parte de suas plataformas de governo. Da mesma forma, os governos têm tido dificuldades de lidar com inúmeros problemas, surgidos da conjuntura e rapidamente mutáveis, em decorrência do engessamento prévio a que foi submetida a agenda governamental pelo constituinte. Por fim, mas não menos importante, esse tipo especial de Constituição teve impacto sobre o funcionamento do sistema de justiça, na medida em que o Supremo Tribunal Federal – (STF) – corte responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e demais outros atos normativos – tem sido provocado a julgar ações relativas a questões que pouco tem a ver com *polity* e cada vez mais com a *policy*. (Couto e Arantes, 2002).

Os custos de transação para o Governo decorrem não apenas do fato de que o STF tem sido provocado como instância final de decisão a respeito das *policies*, mas principalmente porque juízes federais de primeira instância, pela via do controle difuso de constitucionalidade, ou pela via das ações populares e das ações civis públicas, foram provocados para se pronunciar sobre a constitucionalidade e a legalidade de programas governamentais. Questões como as privatizações, novos impostos, reajustes salariais, planos de racionamento de energia, entre tantos outros casos, ensejaram longas batalhas judiciais baseadas em interpretações divergentes da Constituição. As divergências apresentaram relevância política na medida em que produziram impacto na implementação de programas governamentais.

Esse cenário disfuncional fica completo com a visão de alguns autores quanto à tendência de *judicialização da política* no Brasil, notadamente no aspecto relativo ao processo crescente de revisão judicial das políticas públicas após a Constituição de 1988, sugerido por um bom número de trabalhos no país (Castro, 1997), (Teixeira, 1997), (Almeida, 1999), (Vianna *et all*, 1999), (Colombo, 2002), (Carvalho, 2004). Poucas foram as reformas aprovadas no contexto da redefinição do papel do Estado no Brasil que, em maior ou menor grau, não sofreram vetos provenientes do sistema de justiça. A política regulatória, situada no contexto das políticas pós-privatizações, tem sido alvo também das estratégias de atores que buscam principalmente nas instâncias originárias do sistema de justiça alguma decisão favorável contra atos normativos baixados pelas agências reguladoras.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Não é objetivo deste trabalho analisar a hipótese da existência do fenômeno da judicialização da política no Brasil, em que pese reconhecer ser um debate profícuo no campo dos estudos sobre o Judiciário brasileiro. Convém ressaltar, por exemplo, que alguns trabalhos têm buscado problematizar essa questão, enriquecendo o debate teórico-metodológico. Carvalho (2004) chamou a atenção para o fato de que a literatura brasileira tem tratado os dados de forma linear, sem uma perspectiva comparada baseada em algum critério quantitativo mais elaborado, como, por exemplo, o manejo de alguma medida comparativa que poderia ser a razão entre o número de leis elaborados no Parlamento e as que foram encaminhadas para a revisão judicial. Outros estudos, como o de Oliveira (2005), avançaram de modo significativo no tema, ao sugerir que não se pode falar em judicialização da política sem que se complete um ciclo de três fases: a) ajuizamento da ação (politização da justiça); b) julgamento do pedido de liminar;

Não há, por enquanto, a preocupação com a construção de alguma medida quantitativa capaz de comprovar a existência do fenômeno da judicialização no campo da política regulatória, em que pese haver dados indicando a representatividade dos conflitos judiciais sobre a matéria nas cortes brasileiras, especialmente após a decisão do STJ que deslocou a competência do litígio sobre a cobrança da assinatura básica do âmbito da justiça federal para a estadual.

Assim sendo, a judicialização da política regulatória aqui não é o fenômeno a ser analisado, mas o pré-requisito para o estudo do impacto do Judiciário no processo regulatório. Farão parte da amostra da pesquisa as decisões de questões regulatórias que foram judicializadas, no sentido de que foram deslocadas da arena decisória das agências ou do Congresso para as cortes judiciais.

## 2.2 O olhar sobre as preferências dos magistrados: uma perspectiva centrada no viés anticredor da Justiça brasileira

Além dos problemas decorrentes do próprio desenho institucional do sistema de justiça, o outro aspecto da hipótese da incerteza jurisdicional diz respeito ao suposto viés anticredor na atitude dos juízes brasileiros, refletido nas decisões judiciais voltadas para atender aos anseios de grupos sociais menos privilegiados em detrimento do cumprimento dos contratos. É a hipótese da incerteza jurisdicional em sentido estrito (*strictu sensu*).

Arida, Bacha e Rezende (2004) citam uma pesquisa conduzida por Lamonier e Souza (2002), baseada em 500 entrevistas, representando nove diferentes setores de atividade e as cinco

---

e c) julgamento do mérito (judicialização da política propriamente dito). Por esse conceito, concluiu que, ao menos nos casos das privatizações, “os juízes têm se eximido de adotar uma postura política e de promover uma interferência judicial em âmbitos eminentemente políticos, o que pode ser verificado pelo resultado das ações impetradas: nenhuma das ações conseguiu barrar a venda de uma empresa estatal.” Nesse sentido, esta dissertação fará uso do termo tão-somente para identificar um dos aspectos levantados por Vallinder (1995) que identificou um movimento duplo e distinto subjacente ao processo de judicialização da política: (1) de um lado, a transferência do centro de controle das políticas públicas do espaço decisório do Executivo e Legislativo para o Judiciário via expansão dos poderes de legislar e executar leis à disposição dos magistrados; (2) de outro, a adoção crescente de procedimentos de tomada de decisão típicos do sistema judicial pelas arenas dos outros Poderes. Esta dissertação fez opção pelo sentido mais estrito do termo, identificando judicialização da política como o ponto (1). Além disso, ao fazer referência ao fato de que houve, por exemplo, a judicialização da questão relativa à cobrança da assinatura básica o faz no sentido de que ocorreu de fato a transferência da discussão sobre o tema da arena política tradicional para o Judiciário.

grandes regiões do país, sobre as percepções e avaliações da “elite”<sup>40</sup> brasileira acerca do passado recente e da situação atual do Brasil, bem como sobre desafios futuros do país. Dela, foi possível verificar que, por exemplo, ante o dilema entre a idéia de que “os contratos devem ser respeitados, independentemente de suas repercussões sociais” e “o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem contratos”, 48 % dos entrevistados optaram pela defesa dos contratos, superando, entretanto, a parcela de 36% dos entrevistados que indicaram uma tendência em favor dos segmentos sociais menos privilegiados.<sup>41</sup> Não obstante, apenas 7%<sup>42</sup> do segmento do Judiciário escolheu a opção pró-contratos, reforçando a hipótese do viés anticredor principalmente no âmbito do sistema de justiça.

Lisboa *et all* (2002), em documento circulado como “A Agenda Perdida: diagnósticos e propostas para a retomada do crescimento com justiça social”, centrado também num conjunto de reformas na esfera da microeconomia, chamaram de “politização da Justiça” a tendência de alguns magistrados em proteger grupos considerados a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais. De forma semelhante ao sugerido por Arida *et all*, esse viés é considerado um dos fatores determinantes dos elevados *spreads* praticados no mercado de crédito.

Pinheiro (2000), em pesquisa com empresários do setor industrial e financeiro sobre os custos econômicos do mau desempenho do sistema judicial, atestou que esses agentes econômicos consideram um dos problemas da justiça brasileira, ao lado da morosidade, um certo grau de tendenciosidade nas decisões judiciais. Em alguns estados, seria notório o viés em favor dos trabalhadores nas disputas trabalhistas, em outros, em favor dos devedores, influenciando de algum modo o volume dos negócios conduzidos nessas jurisdições.

O economista José Alexandre Sheinkman apresentou uma estimativa segundo a qual o Brasil possui um mercado informal 40% superior ao de países com a mesma faixa de geração de

---

<sup>40</sup> No entender de Lamonier e Souza (2002), o conceito de elites se refere “a pessoas que intervêm no processo decisório nacional, seja como protagonistas diretos, seja como formadores de opinião, seja como articuladores de demandas e pressões suscetíveis de exercer impacto significativo na formação da política pública.”

<sup>41</sup> Assim foi formulada a questão para os entrevistados: “Na aplicação da lei, existe freqüentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas. Uns dizem que os contratos devem ser respeitados, independentemente de suas repercussões sociais. Outros afirmam que o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem contratos. Com qual dessas afirmações o Sr. (a) concorda mais” (Lamonier e Souza: p. 20, Tabela 17).

<sup>42</sup> Os autores incluíram no segmento do sistema de justiça juízes e membros do Ministério Público, classificação que mereceria uma discussão metodológica em outro espaço.



riqueza (Valor, São Paulo, 22.jun.2004). No cerne do problema, além da burocracia e dos impostos, a falta de acesso ao crédito por firmas de pequeno porte e pessoas de baixa renda. A restrição ao crédito, por sua vez, decorre da morosidade da justiça, tendo em vista a insegurança quanto ao endosso das garantias das operações financeiras pelo Judiciário.

Assim como no exemplo italiano por ele estudado, a interferência dos juízes, no Brasil, seria contaminada por conta do que ele chama de "ativismo do judiciário", relacionado diretamente com o grande número de liminares concedidas em todo o Brasil, criando dúvidas sobre o cumprimento de contratos.

Pesquisa conduzida por Pinheiro (2001), com 741 juízes de todo o país, demonstrou também essa atitude pouco assentada no princípio do respeito aos contratos. Questionados sobre o *trade-off* entre respeitar contratos, independentemente de suas repercussões sociais, ou tomar decisões que violem contratos, na busca por justiça social, uma ampla maioria dos entrevistados optou pela segunda alternativa (73,1%).

Pela pesquisa, foi também possível constatar que os magistrados reconhecem o peso das injunções políticas no processo de tomada de decisões. Por exemplo, quando a matéria discutida diz respeito à regulação de serviços públicos, incluindo os setores de eletricidade, telecomunicações, rodovias, ferrovias, portos, água e saneamento, 133 (17,9%) juízes entenderam pesar muito o aspecto político nas decisões judiciais, enquanto 241 (32,5%) consideraram ser algo freqüente esse viés. Apenas 7,4 % pensaram não haver influência alguma no trato dessas questões e 20,9 % responderam ser pouco freqüente esse fenômeno.<sup>43</sup>

Alguns estudos apontam que a cultura legal do país, marcada por um processo educacional com ênfase na aplicação do direito positivo civil, apresenta fortes implicações no processo político. As conclusões de Taylor (2005), por exemplo, decorrem da idéia de que os juízes aqui são treinados, por um lado, para privilegiar princípios em detrimento das conseqüências de suas decisões, e, por outro, para aplicar a lei como escrita, em lugar de buscar a intenção do legislador ou de medir o impacto de suas deliberações sobre o conjunto da nação. Esse dogmatismo, combinado com alguns legados institucionais, como a ausência de mecanismos institucionais para reforço dos precedentes, o extenso catálogo de direitos individuais, coletivos e difusos contemplados na Constituição de 1988 e o incremento da independência dos juízes, transforma a experiência decisória no varejo do sistema judicial um espaço no qual diferentes

---

<sup>43</sup> 21,2% dos entrevistados não sabiam ou não quiseram responder.

juízes, atuando sob circunstâncias díspares, emprestam interpretações diversas para casos concretos similares.

### **2.3 Regulação e sistema judicial brasileiro**

Uma série de decisões judiciais proferidas nos últimos anos, envolvendo os mais variados temas sobre a atividade regulatória no Brasil – reajustes das tarifas dos serviços de telefonia, energia e transportes, cobrança das taxas de assinatura básica nos serviços de telefonia, corte no fornecimento dos serviços por inadimplemento, exigência do detalhamento das contas telefônicas – indica um cenário bastante ativo de interferência do Judiciário brasileiro na atividade regulatória, notadamente no setor de telecomunicações.

No seminário “Estabilidade Econômica e o Judiciário”, promovido pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) do Rio de Janeiro, levantamento feito pelo então secretário geral da Telefônica, Gustavo Fleichman, em setembro de 2006, demonstrou que as três concessionárias de telefonia fixa que atuam no país - Brasil Telecom, Telefônica e Telemar - contabilizam juntas aproximadamente 350 mil processos judiciais cíveis no Judiciário brasileiro. Dessas, 78% - ou cerca de 273 mil - têm como assunto o questionamento da cobrança da assinatura básica ou a exigência de discriminação dos pulsos telefônicos mesmo em ligações locais (Valor Econômico, *Teles têm 273 mil ações contra assinatura e pulso*, 04 set. 2006, Legislação e Tributos).

Os casos foram apontados como exemplos de desrespeito aos contratos que afasta investimentos de estrangeiros no Brasil. Para piorar a situação, o encaminhamento das demandas reforça a idéia da dispersão das fontes de poder e das inúmeras possibilidades de veto no âmbito do sistema de justiça, uma vez que cada tribunal estadual e federal tem uma posição a respeito dos assuntos. Como ressaltado pelo próprio executivo, a respeito, por exemplo, da controvérsia sobre a cobrança da assinatura básica, "o de Santa Catarina é contra a cobrança, já o de São Paulo é favorável", diz. "Mas não em Guaratinguetá (no Vale do Paraíba, no Estado de São Paulo), onde há uma turma recursal que entende que não é devida a cobrança da assinatura básica" (Idem).

Não é difícil perceber que o diagnóstico acima mostrado quanto à inconveniência da interferência do Judiciário nas políticas públicas vale também para o campo específico da política

regulatória, área em que a taxa de investimentos depende do estabelecimento de compromissos críveis (*credible commitments*) por parte dos atores envolvidos. Pinheiro (2005) assim se pronunciou sobre os riscos inerentes à intervenção do Judiciário na atividade regulatória:

Esses riscos são compostos por uma atitude do Judiciário insuficientemente voltada para moderar a instabilidade das regulações públicas e fazer respeitar os contratos e os direitos de propriedade. Em especial, os magistrados têm interferido na regulação do meio ambiente, da defesa da concorrência, dos serviços públicos, do direito do consumidor e dos mercados de crédito, aluguel e serviços privados, acrescentando mais uma camada de discricionariedade às leis e às decisões do Executivo. A estrutura monocrática do Judiciário, em que cada juiz pode decidir independentemente da jurisprudência, eleva o risco e o custo regulatório.

Pela visão desses autores, o sistema judicial brasileiro, marcado por alto grau de descentralização e baixa taxa de reforço dos precedentes, em lugar de constituir-se numa variável institucional a oferecer um “compromisso crível” (*credible commitment*) para os operadores e investidores dos setores regulados, forneceria incentivos para o comportamento oportunista *ex-post*, inclusive dos seus próprios atores, por meio inclusive de “expropriações regulatórias”, na forma, por exemplo, de uma alteração na política tarifária (Mueller e Mattos, 2006).

O aumento do custo e do risco regulatório não decorreria tão-somente da estrutura institucional do sistema de justiça, mas também, como visto acima, de uma crença na hipótese da existência de um viés anti-credor nas decisões judiciais. Adaptada à questão regulatória, essa tendência decisória se traduziria num comportamento pró-consumidor, ou, com sinal trocado, num viés anti-investidor, por parte dos magistrados.

Na mesma pesquisa de Pinheiro (2001) relatada acima, os juízes foram questionados sobre a possibilidade de revisão do mérito dos atos das agências reguladoras. Ao menos no âmbito da amostra da pesquisa, há indicação de uma postura ativista dos magistrados diante das questões regulatórias. Uma ampla maioria convergiu para a discordância total ou para a tendência à discordância em relação à idéia de que as decisões tomadas pelo colegiado das agências (ANATEL, ANEEL e outras) só poderiam ser revistas no que se refere à legalidade, sem adentrar no mérito.

**Tabela 2.1 - Legitimidade para revisão dos atos das agências reguladoras**

Questão 22)As agencias reguladoras de serviços públicos(ANATEL,ANEEL e outras) têm a atribuição de julgar conflitos entre concessionárias e destas com os consumidores.Propõe-se que nesses casos o Judiciário respeite as decisões tomadas pelos colegiados dessas agencias,limitando-se a garantir o respeito às normas processuais e evitando q o conteúdo da disputa seja julgado outra vez.O (A) Sr (a) concorda com essa proposta?		
	Freq.	%
<b>Concorda inteiramente</b>	33	4.5
<b>Tende a concordar</b>	123	16.6
<b>Tende a discordar</b>	172	23.2
<b>Discorda inteiramente</b>	375	50.6
<b>Não sabe / não tem opinião formada a respeito</b>	20	2.7
<b>Não respondeu</b>	18	2.4

Fonte: Pinheiro (2001b).

Pires e Goldstein (2001, p. 35-38), a partir do estudo de dez casos relacionados com a regulação de serviços públicos<sup>44</sup>, com participação das agências reguladoras específicas, identificou quatro problemas principais no modelo institucional brasileiro: (i) coordenação insuficiente entre as diversas agências; (ii) indefinição de suas respectivas competências; (iii) **falta de eficácia das decisões das agências**; (iv) inadequações nos contratos e regras.

A possibilidade de revisão judicial dos atos das agências reguladoras foi encarada como de impacto negativo no ambiente regulatório, reclamando uma reforma institucional capaz de “disciplinar os incentivos que as partes têm atualmente para solicitar que o Judiciário intervenha e atrase as decisões comerciais”. No seminário “O Judiciário e a regulação dos mercados”<sup>45</sup>, no painel “A revisão judicial dos atos administrativos das agências reguladoras”, foram discutidas propostas com a finalidade de retirar do juízo de primeiro grau a competência originária para julgar matérias que envolvam as agências reguladoras, concedendo foro privilegiado para essas autarquias especiais na segunda instância.

<sup>44</sup> Os autores apresentaram uma estrutura metodológica para avaliar a regulação dos serviços públicos centrada nos trabalhos de Artana, Navajas e Urbiztondo (1998) que sugeriram a adoção do seguinte caminho na análise das principais decisões das agências reguladoras: a) as intervenções se basearam nos termos estabelecidos nos contratos originais ou em suas posteriores modificações; b) as referidas decisões foram motivadas por um evento inesperado e/ou imperfeições contratuais; c) as decisões foram questionadas pelas empresas (ou outras partes interessada), como essas controvérsias foram resolvidas e quem esteve envolvido nesse processo.

<sup>45</sup> Informações disponíveis no site do Conselho da Justiça Federal, [www.justicafederal.gov.br](http://www.justicafederal.gov.br).

## **2.4 Uma proposta de tipologia dos custos de transação envolvidos na revisão judicial da política regulatória – acessando a variável dependente**

Assim sendo, para os fins da pesquisa, a incidência dos custos transacionais sobre a política regulatória será tratada de forma específica, referindo-se tão-somente à categoria dos custos de transação *ex-post*, especificamente os custos de execução do contrato. Esses custos de transação específicos decorrem do esforço de garantir o cumprimento de contratos num ambiente regulatório que envolve investimentos de grande magnitude com retorno num horizonte temporal significativo, implicando dificuldades de reversibilidade (*sunk costs*) e de direcionamento para outras áreas (*asset specificity*).

Uma abordagem centrada nos custos de transação *ex-post*, no contexto da atividade regulatória, levando em consideração a centralidade do processo de revisão judicial dos atos das agências reguladoras, deve contemplar os elementos expostos a seguir, reunidos em duas dimensões principais<sup>46</sup>.

### **2.4.1 Custos decorrentes da configuração institucional do sistema de justiça (custos de 1ª ordem)**

Os custos provenientes do desenho institucional subjacente ao processo de tomada de decisões no âmbito do Judiciário brasileiro estão associados principalmente ao incremento do grau de descentralização que provoca, aumentado a probabilidade de controle *ex post* das políticas públicas pelas cortes e pelos juízes singulares. Em muitos casos, esse controle é exercido mediante a interrupção, a alteração ou mesmo a anulação de atos concernentes às políticas públicas já em fase de implementação, impondo alteração na distribuição de custos e benefícios para os agentes envolvidos com a atividade regulada pela ação pública, como são exemplos os processos de regulação dos serviços públicos. Os elementos seguintes expõem a

---

<sup>46</sup> Essa forma de abordagem dos custos de transação envolvidos na revisão judicial da política regulatória foi parcialmente inspirada no projeto de pesquisa de Calmon (2006) que sugere uma análise do impacto da incidência de custos transacionais econômicos e políticos nas atividades relacionadas à formulação, implementação e avaliação de programas governamentais, especialmente as propostas de mudança no regime orçamentário e estabelecimento de novos sistemas avaliativos e de “gestão por resultados”.

relação entre a dotação institucional e a intensidade de custos de transação do tipo execução de contrato.

#### 2.4.1.1 *Pontos Institucionais de Veto*

A seção 2.1.1 demonstrou como a abordagem centrada na existência de pontos institucionais de veto contribui para a análise dos efeitos da intervenção do Judiciário no processo político sob a ótica dos custos de transação de execução de contrato. No que se refere ao modelo desenhado nesta dissertação, voltado para capturar a intensidade dos custos de transação envolvidos no processo de revisão judicial das opções regulatórias, cada instância de primeiro grau, federal ou estadual, competente para julgar a matéria envolvida na discussão, será tratada como **um ponto institucional de veto**. E a relação com a variável dependente, os custos de transação de execução do contrato, é diretamente proporcional, uma vez que aumenta a probabilidade de surgir alguma decisão favorável à alteração do *status quo*.

Em relação aos custos de transação de execução do contrato, no contexto da atividade regulatória, essa dotação institucional significa possibilidade de juízes em todo o país rediscutirem aspectos quanto ao mérito das políticas regulatórias vigentes, em grande parte assentadas em contratos firmados pelas firmas com o Poder Público. O quadro ficaria incompleto sem a consideração sobre as regras que buscam impor, então, alguma coordenação num ambiente marcado por dispersão das fontes de poder. Nesse sentido, é fundamental um olhar sobre os mecanismos institucionais para o reforço dos precedentes.

#### 2.4.1.2 *Os mecanismos institucionais de reforço dos precedentes*

Impróprio concluir que a ausência das súmulas de efeito vinculante no quadro jurídico-processual brasileiro, somente regulamentadas no ano de 2007, significava a inexistência de qualquer constrangimento institucional destinado ao reforço dos precedentes dos Tribunais Superiores. Nesse sentido, o instituto da reclamação, voltado para a cassação de decisões contrárias a entendimentos consolidados tanto no STF quanto no STJ, constitui-se em instrumento para tal fim. Não obstante, a sua existência é sintoma, por outro lado, da ausência de

mecanismos que obriguem os juizes das instâncias inferiores a decidir em conformidade com os precedentes judiciais.

Além disso, o Código de Processo Civil brasileiro prevê, por exemplo, uma regra de trancamento de quaisquer recursos manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou **contrários à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior** (CPC, art. 557), o que não significa que o controlador da agenda (Presidente do Tribunal ou Relator do Recurso), a quem cabe o juízo de admissibilidade, seja obrigado a fazer uso dele, deixando de submeter à matéria à respectiva Turma ou ao Plenário da casa. Tão importante quanto a existência de tais recursos é investigar a regularidade com a qual esses mecanismos à disposição das cortes superiores são acionados pelos controladores de agenda.

Por isso, inegável ser a existência de uma súmula vinculante, ou de uma súmula impeditiva de recursos, fator com mais eficiência na redução de custos de transação de execução de contratos. A existência de tais regras institucionais reduziria a incerteza quanto aos efeitos da revisão judicial de políticas públicas.

Por exemplo, no estudo de caso específico da revisão tarifária, anterior à emenda constitucional da Reforma do Judiciário, se já houvesse um mecanismo mais eficaz de reforço dos precedentes, não teria sido possível a continuidade da concessão de liminares contra a majoração tarifária após a manifestação do STJ sobre a matéria. Nesse sentido, a relação desse atributo com a variável dependente é inversamente proporcional.

#### 2.4.1.3 *Mecanismos Institucionais de Controle Jurisdicional Hierárquico*

Outro indicador escolhido pelo pesquisador para figurar como um parâmetro com impacto sobre a variável dependente é a existência de poderes institucionais à disposição das cortes superiores voltados para mitigar o impacto das decisões proferidas pelas cortes inferiores. É uma extensão do atributo anterior, mas não pode ser confundido com o mesmo, uma vez que um sistema pode, por um lado, contemplar mecanismos típicos de controle das cortes superiores sobre as inferiores, como o é a regra institucional da suspensão das liminares, na ausência, por outro lado, de institutos de reforço dos precedentes. Mais uma vez, quanto maior a existência desses mecanismos, menor a incidência dos custos de transação.

#### 2.4.1.4 Prerrogativas Institucionais para os Presidentes das Cortes

Num cenário institucional marcado pela descentralização do processo decisório, pelo alto grau de independência dos juízes e pela ausência de institutos para o reforço dos precedentes, os custos de transação poderiam ser mitigados mediante a existência de prerrogativas institucionais com capacidade de dotar a experiência da tomada de decisões de características que busquem o equilíbrio da balança de poderes entre as instâncias inferiores e a cúpula.

Nesse sentido, destacam-se os poderes à disposição dos Presidentes dos Tribunais, inclusive das Cortes intermediárias (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados), como (i) a regra de trancamento de recursos, acima explicada, espécie de *gatekeeping-power*, (ii) o poder para suspender liminares e sentenças proferidas nas instâncias imediatamente inferiores a sua, e (iii) a prerrogativa de determinar o imediato cumprimento das decisões proferidas no âmbito das reclamações.

Os atributos mencionados acima envolvem custos de transação a respeito da previsibilidade quanto ao cumprimento de regras, de contratos e de acordos firmados no âmbito da execução de alguma política pública.<sup>47</sup>

#### 2.4.2. Custos decorrentes do viés anti-credor na tomada de decisões (custos de 2ª ordem)

Ora, a análise centrada tão-somente na dotação institucional do Judiciário ficaria incompleta sem a combinação com uma estratégia visando à identificação das atitudes dos tomadores de decisão com o propósito de saber se são voltadas ou não para a regra do cumprimento de contratos. Como visto, no contexto da atividade regulatória, a percepção de que uma cláusula contratual pode ser revertida, ou substancialmente modificada, gera um ambiente de incerteza, comprometendo as decisões dos *players* envolvidos nas atividades dos setores regulados.

---

<sup>47</sup> Numa futura pesquisa, sugere-se um avanço no sentido de quantificar com maior rigor o índice proposto na pesquisa, buscando uma associação dos atributos institucionais acima apresentados com parâmetros como o tempo consumido numa discussão judicial e os recursos mobilizados. O primeiro pode ser medido da primeira decisão tomada no sentido de reverter ou modificar substancialmente o desenho inicial da política até o momento em que tenha sido proferida uma decisão definitiva. Uma forma de medir os recursos mobilizados pelas partes na experiência da contestação judicial pode ser a quantidade de recursos judiciais manejados para garantir uma decisão favorável ao restabelecimento do *status quo*.



#### 2.4.2.1 – *Comportamento voltado para a regra do cumprimento obrigatório dos contratos (pacta sunt servanda)*

Do ponto de vista do credor (investidor), de nada adiantaria um sistema hiperconcentrado, com regras de dotação de efeito vinculante das decisões, se o juiz médio da cúpula do Judiciário considera a regra do cumprimento obrigatórios dos contratos apenas uma dentre tantas outras que deve ser levada em consideração na tomada de decisões. Ao contrário, tal realidade implicaria altíssimos custos de transação de execução do contrato, uma vez que aumentaria a incerteza sobre como a cúpula do sistema de justiça, a quem caberia dar uma palavra final a ser obrigatoriamente seguida pelos demais órgãos do Judiciário e da administração pública, comporia um conflito marcado por um *trade-off* entre algum princípio ou norma legal e a regra do cumprimento dos contratos.

Nesta dissertação, as decisões judiciais serão examinadas com o propósito de identificar a chancela do juiz quanto à regra do cumprimento obrigatório dos contratos. Por mais que haja outras considerações nas razões de decidir, a simples referência à necessidade de cumprimento dos contratos já é um forte indício da direção que será tomada na decisão. Por motivos óbvios, quanto menor a atitude voltada para a garantia do cumprimento dos contratos, maiores os custos de execução do contrato.

#### 2.4.2.2 *Comportamento voltado para a consideração dos efeitos econômicos sobre o setor regulado*

Acredita-se que, no contexto da revisão judicial dos contratos regulatórios, a postura do juiz voltada para alguma calibragem no que se refere aos impactos macroeconômicos de suas decisões favorecia o lado das firmas. Não no sentido da subversão institucional em Glaeiser *et all* (2003), mas da proteção do fluxo de investimentos em setores dependentes de grandes inversões em tecnologia e em recursos humanos, como é o caso do setor de telefonia. Em outras palavras, uma visão mais global do juiz neste aspecto constituiria um constrangimento à decisão pela alteração do *status quo*, uma vez que tais mudanças implicam incremento do ambiente de risco e incerteza para as firmas, afetando, por via de consequência, a taxa de investimentos.

#### *2.4.2.3 Comportamento voltado para a legitimidade do poder exercido pelas agências reguladoras*

Quanto maior for o entendimento de que às agências reguladoras cabe a adoção das medidas necessárias para a regulação do setor correspondente, inclusive por meio da expedição de normas e regulamentos abstratos e gerais com capacidade de interferir na esfera dos direitos dos atores e organizações envolvidos no processo regulatório, menor a probabilidade de uma decisão voltada para a alteração do conteúdo desses regulamentos. Nesse sentido, quanto menor for essa probabilidade, menor a incidência dos custos de transação de execução do contrato.

Por poder normativo das agências reguladoras, entenda-se a competência exercida por meio da edição de normas gerais e abstratas que podem ser veiculadas mediante regulamentos, resoluções, instruções, portarias, dentre outros instrumentos, a fim de promover o desenvolvimento do ordenamento setorial correspondente (Aragão, 2002, p. 42; Macedo, 2005, p. 152; Rezio, 2005, p.109-110; Barroso, 2005, p. 15-16).

Como são novidades institucionais, natural que haja posturas diversas quanto ao papel que elas devem exercer no contexto regulatório. Ao menos na amostra pesquisada por Pinheiro (2002), já indicada em oportunidade anterior, uma boa maioria dos juízes entendeu ser possível a revisão dos atos baixados pelas agências reguladoras, inclusive nos casos em que não houvesse ofensa à legalidade.

#### *2.4.2.4 Comportamento voltado para o ativismo nas políticas públicas*

O último parâmetro diz respeito ao controle das políticas públicas pelo Judiciário. Quanto mais à vontade estiver o juiz para se substituir ao regulador, maior a incidência dos custos de transação de execução do contrato, tendo em vista a possibilidade de alteração dos contratos regulatórios.

Por fim, conquanto não esteja diretamente relacionada com o processo de revisão judicial das políticas regulatórias, a taxa dos custos de transação será tanto menor quanto maior a coesão no âmbito do Estado a respeito das políticas públicas. A idéia é a de que o Estado não é uma estrutura monolítica capaz de dirigir o processo de formulação e implementação de políticas públicas de forma homogênea. Há conflitos entre ministérios, secretarias de governo, agências

reguladoras, agências de defesa da concorrência, comissões legislativas, grupos de interesse, etc. O conflito entre o Ministério das Comunicações e a ANATEL no episódio da revisão tarifária dos serviços de telefonia é ilustrativo da divergência entre estruturas de poder no âmbito do mesmo Estado.

## **2.5 As hipóteses para o estudo de caso**

Como visto, sob o prisma da matriz institucional, o Judiciário brasileiro é visto como um agente causador de custos transacionais econômicos e políticos. Sob a ótica da atitude dos juízes, um viés voltado para favorecer segmentos sociais menos privilegiados estaria comprometendo a garantia do cumprimento dos contratos, um dos pilares da estabilidade do ambiente regulatório, notadamente no processo de regulação dos serviços de telecomunicações, marcado por altos investimentos e escolhas intertemporais com efeitos de longo prazo.

Em 2003, um episódio específico chamou a atenção dos atores envolvidos na atividade regulatória do setor de telecomunicações. Provocados, principalmente, por entidades de consumidores e pelo Ministério Público Federal, juízes de todo o Brasil concederam liminares suspendendo os atos baixados pela ANATEL consistentes na autorização para o reajuste das tarifas do setor de telefonia fixo pelo IGPD-I, índice anteriormente fixado nos contratos firmados com as concessionárias. Eles não apenas impediram a revisão tarifária definida nos contratos, como, em muitos casos, fizeram as vezes do regulador, exercendo o poder discricionário na escolha de outro parâmetro para correção, ao argumento de que seria o mais adequado para a realidade da economia brasileira e para o bolso dos consumidores.

No episódio, a posição do Executivo, especialmente na instância política do Ministério das Comunicações, foi a de pressionar a ANATEL no sentido de reduzir os reajustes, conquanto tenham sido concedidos pela fórmula estabelecida pelos contratos de concessão. Além disso, tendo em vista a recusa do órgão em atender aos seus apelos, instigou os consumidores a reclamar no Judiciário a revisão, provocando uma verdadeira crise política entre o governo e a ANATEL, com boatos até da demissão do então presidente da autarquia, Luiz Guilherme Schymura, indicado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, com mandato fixo na agência até novembro do ano de 2005. O caso foi um teste de fogo para o novo governo, recém-

empossado, contemplando a forma de lidar com a inovação institucional das agências definidas no governo anterior.

Sob a ótica da tipologia dos custos de transação proposta para o exame da implementação da política regulatória, o comportamento do Executivo, contrário ao cumprimento das cláusulas dos contratos de concessão, representou um incremento claro dos custos transacionais de execução do contrato. Não obstante, à míngua de instrumentos formais capazes de credenciar o Executivo a atuar como um *veto player* efetivo, a estratégia foi estabelecida por um canal informal mediante pressão sobre as instâncias do sistema de justiça, reforçando a idéia do Judiciário como um lugar privilegiado para exercer poder de veto (Taylor, 2004).

Todavia, pela via extraordinária dos pedidos de suspensão de liminar, sem a necessidade de percorrer todas as instâncias processuais comuns, o Superior Tribunal de Justiça – STJ cassou, com uma única decisão, todas as liminares concedidas no país contrárias à revisão tarifária homologada pela ANATEL, fixando o índice de correção para reajuste das tarifas telefônicas pela aplicação do IGP-DI, até o trânsito em julgado da decisão de mérito proferida na Ação Civil Pública originária.<sup>48</sup>

A ementa da decisão destacada abaixo, que será devidamente analisada mais a frente, revela uma decisão da Corte máxima em matéria de legislação infraconstitucional contrária ao diagnóstico acima apresentado que aponta o viés anti-credor dos magistrados. Mais ainda, o STJ não apenas restabeleceu o *status quo ante* mediante uma postura voltada para o cumprimento das cláusulas dos contratos de concessão, como impediu que houvesse a expropriação regulatória por parte do Executivo.

1. No âmbito especial da suspensão liminar, cujos limites cognitivos prendem-se à verificação das hipóteses expressas na Lei nº 8.437/92, art. 4º, descabem alegações relativas às questões de fundo.
2. Caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que pode se instalar com a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos firmados com o Poder Público, lesando a ordem pública administrativa e econômica e **agravando o risco Brasil** (grifo meu), defere-se o pedido de suspensão.
3. Agravo regimental provido (*Superior Tribunal de Justiça: AgRg na Suspensão de Liminar nº 57 – DF (2004/0004599-1), Publicação no Diário de Justiça: 06/09/2004*).

---

<sup>48</sup> Por outro expediente processual, a via do conflito de competência, houve decisão determinando que o Juízo Federal de Brasília seria o competente para julgar a matéria, razão pela qual foram cassadas todas as liminares concedidas nos demais processos que passaram a ficar sobrestados até o julgamento da demanda em Brasília.

Ora, a solução para o problema do reajuste das tarifas telefônicas em 2003/2004 não deve ser, também, encarada como um exemplo diametralmente oposto ao diagnóstico acima retratado sobre o impacto negativo do Judiciário no ambiente regulatório. Antes da decisão do STJ, foram consumidos meses de discussão nas Cortes inferiores. O mérito da demanda foi recentemente julgado, ainda tão-somente pelo juiz da primeira instância, tendo em vista a possibilidade de recurso.

Todavia, o caso não deixa de ser uma espécie de *puzzle*, uma vez que contraria, em alguma medida, a hipótese da incerteza jurisdicional (Arida, Bacha e Rezende, 2004), reclamando, então, um exame mais detalhado do encadeamento das estruturas e dos processos decisórios, das preferências e dos resultados alcançados. Houve uma incidência baixa de custos transacionais, do tipo “execução do contrato”, tanto no que se refere ao tempo gasto para o alcance de uma solução definitiva no atacado quanto no que concerne à atitude dos ministros do STJ ante o conflito entre normas gerais de defesa do consumidor ou dos usuários dos serviços públicos regulados e a necessidade de garantir o cumprimento dos contratos. Foi explícita a atitude do STJ em favor da segurança jurídica, do cumprimento dos contratos, em oposição à idéia de um viés pró-consumidor.

Espera-se que, na linha dos estudos de casos múltiplos (Yin, 2005), as hipóteses eleitas para explicar o equilíbrio do jogo da implementação da política tarifária de 2003 sejam testadas para qualquer evento, no contexto do processo regulatório, em que haja um *trade-off* entre, de um lado, a consideração da regra do cumprimento dos contratos e a observância de normas e princípios de proteção dos consumidores ou dos usuários dos serviços regulados. Além disso, de forma cumulativa, só interessa aos fins da pesquisa as demandas com alta saliência que impliquem efeitos econômicos que extrapolam o âmbito restrito da relação entre as partes em litígio.

Não é problemático perceber que as questões envolvendo o reajuste das tarifas, a cobrança da assinatura básica, a discriminação dos pulsos telefônicos, dentre outras, afetam variáveis como, por exemplo, o nível de investimento privado nos setores regulados. Isso porque, como já visto, esses investimentos envolvem somas consideráveis e escolhas intertemporais, dependendo de um ambiente legal estável. Assim sendo, qualquer discussão judicial no âmbito do setor de telecomunicações que rediscuta pontos já previamente definidos nos contratos de concessão, influenciará a propensão dos investidores em infra-estrutura em realizar os negócios.

As hipóteses causais que explicam o resultado final do jogo da implementação da política tarifária em 2003/2004, com relativa baixa incidência de custos transacionais do tipo “execução de contrato”, são as seguintes:

I – *A Matriz institucional;*

II – *A Intensidade das preferências das Cortes e dos Juízes;*

III – *As mudanças institucionais promovidas pelo Executivo voltadas para controlar o processo de tomada de decisões no âmbito do Judiciário.*

### **2.5.1 A Matriz Institucional**

O diagnóstico acima explicitado sobre o funcionamento do sistema de justiça brasileiro indica um cenário de descentralização, baixa taxa de reforço dos precedentes e poder excessivo para as instâncias judiciais de primeiro grau, razão pela qual torna a experiência da revisão judicial dos atos implementados no contexto da atividade regulatória uma empresa lenta, imprevisível e custosa. Essa configuração institucional proporcionou um conjunto de incentivos para que os grupos de interesse contrariados com a majoração tarifária dos serviços de telefonia recorressem ao Judiciário a fim de vetar a execução da política regulatória chancelada pela ANATEL.

Uma das hipóteses deste trabalho é a de que a oferta de mecanismos institucionais com viés centralizador, vinculativo e mitigador do poder dos juízes de primeiro grau funcionou como uma variável independente determinante do resultado político final no episódio. Alguns desses mecanismos já existiam no ordenamento jurídico brasileiro, mas, em sua maioria, foram redesenhados no bojo da discussão da reforma do Judiciário, com a intenção clara de inclinar a balança de poder em favor da cúpula do Judiciário, como reação ao poder político dos juízes das instâncias ordinárias.

Assim, no âmbito do desenho da matriz institucional, o subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, em que se destaca a Lei nº 8.437/92, alterada pela MP nº 2.180-35, constitui um dos pilares da explicação centrada no papel das instituições. O processo decisório subjacente ao regime da suspensão de liminares não apenas mitigou o impacto das decisões dos juízes das instâncias ordinárias e das cortes inferiores, como também facilitou a

implementação da política tarifária em 2003/2004, sujeita ao veto sistemático na base do sistema de justiça.

Argumenta-se, também, um quadro institucional em que predomina a ausência de mecanismos para uniformização das decisões judiciais. Outro pilar da matriz institucional diz respeito às regras do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/73, voltadas para evitar decisões conflitantes, em mesma instância julgadora, sobre assuntos semelhantes. O instituto do conflito de competência, processo de natureza incidental e com regulação prevista nos Regimentos Internos dos tribunais, é parte integrante do arcabouço institucional.

Outro sustentáculo da matriz institucional se confunde com os poderes institucionais à disposição dos presidentes dos tribunais que lhe conferem relativo controle sobre o processo decisório. No regime da suspensão de liminares, o presidente da corte competente para julgar o pedido é figura central a quem cabe decidir se concede, ou não, a contracautela pedida pelo Poder Público.

Além das regras do jogo do processo de tomada de decisões, não se deve esquecer o papel do marco regulatório das telecomunicações, definido especificamente na Lei n. 9.472/1997, conhecida como a Lei Geral de Telecomunicações – LGT. Ela dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

As principais diretrizes da política de telecomunicações pós-privatização estão inscritas na LGT, no capítulo relativo aos princípios fundamentais (Livro I, art. 2º, §§ I – VI), indicando a vontade do legislador em obrigar o Poder Público a cancelar a garantia do acesso aos serviços de telecomunicações a tarifas e preços razoáveis (modicidade tarifária), o estímulo dos investimentos para a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações, a promoção do ambiente de concorrência, ao fortalecimento do papel regulador do Estado, a criação de oportunidades de investimento e de estímulo ao desenvolvimento tecnológico e industrial, bem como a harmonização do desenvolvimento do setor com as metas de desenvolvimento social do país. Além da opção em criar um ambiente propício para a realização de investimentos, decorre do citado marco legal a determinação do espaço de atuação das agências reguladoras. Assim, estabelece, *verbis*:

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao

Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

(...)

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

(...)

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

(...)

VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão;

(...)

Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.

§ 1º A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários.

§ 2º São vedados os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 81 desta Lei.

§ 3º As tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação.

(...)

Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

Não é difícil perceber que uma adesão dos juízes aos comandos do marco regulatório central das telecomunicações poderia aumentar as chances de uma decisão reativa à possibilidade de alterações de itens dos contratos de concessão, em grande parte homologados pelo órgão legalmente designado para fazê-lo (ANATEL). Não obstante, a experiência da aplicação das leis ao caso concreto envolve o cotejo entre diversos marcos legais e os diversos princípios do ordenamento jurídico.

Interessa saber se a LGT serviu como constrangimento, em alguma medida, à postura dos juízes que tomaram decisões a respeito da revisão tarifária e da cobrança da assinatura básica. Se



houve impacto, cabe, ainda, identificar a direção do vetor de influência desse marco legal na atitude dos juízes.

Além da LGT, compõem o arcabouço regulatório das telecomunicações a Lei n. 8.987/1995, que dispõe, de forma geral sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, e os dispositivos constitucionais referente à matéria.

Por fim, o marco regulatório das relações de consumo no país cujo principal diploma legal é o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90. Nele estão incluídos os direitos básicos dos consumidores, dentre os quais a revisão de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, constituindo-se, então, em fonte para discussão nas demandas judiciais.

### **2.5.2 O Papel das Preferências das Cortes e dos Juízes**

A agenda neo-institucionalista, centrada no exame do processo decisório, propõe uma explicação dos fenômenos sociais por meio de um esquema heurístico resumido na equação de Plott (1990): preferências x instituições = resultados. Objetivo primordial desta dissertação é criar um modelo para explicar o resultado do equilíbrio do jogo da implementação da política tarifária a partir do encadeamento das variáveis centradas na matriz institucional e daquelas referentes à atitude dos juízes no processo de tomada de decisões. Se uma fase da pesquisa é identificar o contexto institucional, a outra é criar um método para a identificação das posições dos atores chamados a interferir no processo político específico no campo da atividade regulatória de telecomunicações.

Tendo em vista, principalmente, a hipótese da incerteza jurisdicional, e a conseqüente defesa da existência de um viés anticredor nas decisões judiciais, nessa fase da pesquisa, a ênfase será o teste empírico da parte relativa à tendência decisória dos juizes, ao menos no campo da política regulatória de telecomunicações. Conquanto as empresas concessionárias representem o Poder Público, e a relação entre elas e os usuários seja de natureza jurídico-administrativa, coexiste também uma relação entre fornecedor de serviços e consumidor, razão pela qual, para os fins da dissertação, essa última parte será considerada, no âmbito da construção da hipótese do viés anticredor, como a mais fraca da relação, a ser protegida pelo juiz em suas decisões. Em

suma, buscar-se-á testar a hipótese da existência de um viés anti-investidor, ou, com sinal trocado, da existência de uma postura pró-consumidor dos tribunais brasileiros.

A postura das cortes e dos juízes que favoreceria diretamente os grupos de interesse ligados às empresas de telefonia seria aquela voltada para a garantia da regra do cumprimento obrigatório dos contratos, uma vez que ela respeitaria o direcionamento dos investimentos providenciados pelas firmas em atenção aos parâmetros definidos nos contratos regulatórios. Em outras palavras, quanto maior a adesão do juiz ao princípio do poder vinculativo dos contratos (*pacta sunt servanda*), melhor para as empresas que pautam suas ações e seus investimentos com base na taxa de retorno estimada em decorrência do cumprimento das obrigações contratuais.

Ao contrário, quando o Judiciário entende pela garantia da revisão dos contratos, a partir principalmente de um juízo quanto à necessidade de proteger o consumidor, parte mais fraca nas negociações estabelecidas no ambiente de mercado, ele estaria privilegiando o grupo ligado aos consumidores, não sem antes prejudicar o ambiente de investimentos privados dos setores regulados.

Todavia, deve-se buscar medir a preferência dos juízes com um olhar, também, sobre outro aspecto que complementaria a idéia de um padrão decisório pró-consumidor ou pró-contratos regulatórios. Outra forma de interpretar a intervenção dos juízes no caso é sob a perspectiva da consideração ou não das repercussões econômicas de suas próprias decisões. Claramente, uma das razões de decidir do STJ foi a consideração sobre o impacto da manutenção das decisões anteriores no cenário econômico nacional, algo evidentemente favorecido pela própria natureza do expediente da suspensão de liminar voltado para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Essa atenção aos impactos econômicos das decisões judiciais não é algo óbvio e natural no meio jurídico. Recentemente, por exemplo, o ministro Cezar Peluzo, do Supremo Tribunal Federal – STF, pontuou que os juízes devem decidir com base no que diz a lei, sem observância das conseqüências econômicas como sugerem os especialistas em infra-estrutura. “É preciso cumprir a lei, independentemente das conseqüências”. Nenhum magistrado está autorizado a não aplicar a lei por causa de suas conseqüências, uma vez que “toda vez em que se julga um caso, alguém sofre a conseqüência.” (Consultor Jurídico, *Ordem e Progresso: especialistas discutem conseqüências econômicas de decisões*, 31.mai. 2006).

Filiado a essa posição, o ministro Marco Aurélio de Melo também entende que o Judiciário não deve estar engajado em qualquer política econômica. As consequências devem ser sofridas por quem não observou as normas de regência.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, acredita que é “possível fazer calibrações levando em consideração consequências econômicas, sociais e políticas sem deixar de aplicar a lei”. A própria possibilidade de o STF declarar a inconstitucionalidade de uma lei para o futuro serve como exemplo de como há mecanismos capazes de equilibrar o respeito às leis e os seus impactos nos meios político, econômico e social (Idem).

É preciso delimitar o escopo da questão relativa à consideração de critérios econômicos no processo de tomada de decisões, tendo em vista a abrangência do termo. Ferreira *et all* (2004), por exemplo, ao analisar, sob o prisma de critérios econômicos, uma amostra de decisões judiciais sobre o fornecimento gratuito de remédios e realização de exames de DST/AIDS, verificou como parâmetro econômico, a constranger, ou não, o comportamento decisório dos juízes, as restrições orçamentárias impostas ao Executivo. No caso em exame, uma ampla maioria dos juízes que indeferiu a tutela judicial consistente no fornecimento pelo Estado de um dos bens acima noticiados considerou que “os recursos públicos são escassos e que a administração está vinculada à previsão orçamentária”.

Na atividade regulatória, quando o juiz decide pela alteração de cláusulas contratuais em face da onerosidade imposta ao consumidor por fatos supervenientes, ele não está deixando de decidir com um olhar sobre as repercussões econômicas de suas decisões, conquanto o foco seja a microeconomia das relações de consumo. Todavia, como a grande maioria das demandas judiciais impõe perdas e ganhos financeiros para as partes, dificilmente alguma decisão não seria pautada em critérios econômicos.

Para os fins desta dissertação, então, a consideração sobre o impacto econômico das decisões estará diretamente relacionada com os efeitos sobre o sistema regulado como um todo, refletidos, principalmente, nos grandes agregados macroeconômicos. Assim, para a rota metodológica da pesquisa, importa saber se o juiz, quando decidiu, por exemplo, sobre a revisão tarifária da telefonia fixa ou sobre a cobrança de assinatura básica, o fez em atenção à repercussão da decisão sobre principalmente o ambiente específico de investimentos do setor de

telefonica, com as peculiaridades já expostas em mais de uma ocasião, ou em atenção a outro agregado macroeconômico, como a taxa de inflação.<sup>49</sup>

Além de identificar se houve ou não decisão com base em critérios macroeconômicos, importa saber que tipo de análise econômica foi empregada pela corte ou juiz. Sob a ótica dos custos de transação de execução de contrato, tão importante quanto saber se houve utilização de critérios econômicos por parte do magistrado, é investigar se a sua decisão respeitou a idéia da existência de relação de causalidade entre incerteza jurídica e retração de investimentos, ou em outras palavras, mas com sinal trocado, de relação entre a garantia da regra do cumprimento obrigatório dos contratos e a manutenção de uma ambiente estável de investimentos privados no setor regulado.

Os teóricos da hipótese da incerteza jurisdicional (Arida, Bacha e Rezende, 2004), ou da politização da justiça (Pinheiro, 2000; Lisboa *et all*, 2002; Sheinkman, 2004), traçam um cenário em que há certa homogeneidade nas preferências dos juízes brasileiros. A hipótese da dissertação é que as preferências variam de acordo com a posição ocupada pelo juiz na hierarquia do sistema de justiça. Num cenário de mudança institucional, no âmbito do sistema de justiça brasileiro, voltado para a conformação de um processo decisório com controle maior pela cúpula do Judiciário, faz sentido a distinção da distribuição de preferências dos juízes em função da posição que ocupam na hierarquia do sistema.

Alguns trabalhos, por exemplo, indicam uma tendência à cooperação da cúpula do Judiciário nacional com as políticas de ajuste fiscal e de consolidação da economia de mercado prescritas para os países latino-americanos, na década de 1990, por organismos como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

Teixeira (1997, p.118-119), de forma mais geral, asseverou que é possível afirmar que a mais alta Corte do país (STF) interage cooperativamente com os demais poderes do Estado no processo de reformas da economia e das estruturas estatais, à parte qualquer julgamento do autor sobre tais processos.”

Almeida (1999), por sua vez, pontuou que “a descentralização do Judiciário e a falta de coerência entre os diversos tribunais regionais transformaram a privatização em uma batalha

---

<sup>49</sup> No episódio da revisão tarifária em 2003/2004, essa foi, inclusive, a preocupação do presidente do Banco Central, Henrique Meirelles. *Reajuste do telefone pode ser contestado na Justiça*, Jornal Estado do Paraná, 28/06/2003.

judicial. Ainda assim, a convergência entre a política do Executivo e a interpretação da Constituição dada pelo Supremo permitiu a continuidade do programa.”

Colombo (2002: p.36), por sua vez, concluiu pela existência, “no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, de um forte alinhamento das decisões do Supremo Tribunal Federal às políticas de ajuste fiscal impostas aos estados e à União por organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial”.

Ora, a política de estabelecimento e consolidação das instituições regulatórias está situada no contexto das reformas pós-privatização. Nesta dissertação, no que se refere às preferências dos juízes, a idéia defendida é a de que, na revisão judicial sobre opções da política regulatória de telecomunicações, no qual está presente o *trade-off* acima exposto, os juízes da cúpula do Judiciário brasileiro (STF e STJ) decidem com maior frequência em atenção à relação de causalidade de cunho econômico acima exposta.

### **2.5.3 Efeitos das Mudanças Institucionais voltadas para controlar o processo decisório no âmbito do Judiciário**

No Governo Cardoso (1995-2002), a burocracia encarregada de implementar políticas públicas para o Judiciário subsidiou propostas de introdução de mecanismos voltados para a consolidação de um sistema hiperconcentrado de controle de constitucionalidade ao mesmo tempo em que destinados à mitigação dos custos provenientes de um processo de tomada de decisões nas instâncias inferiores marcado pela combinação do alto grau de autonomia e independência dos juízes de primeiro grau com a ausência de instituições voltadas para o reforço dos precedentes decisórios.

O Governo Cardoso, contudo, não contou com a aprovação da reforma do judiciário<sup>50</sup> no momento da discussão do primeiro estágio das reformas econômicas.<sup>51</sup> Não obstante, patrocinou uma série de medidas no âmbito da legislação infra-constitucional, como uma forma de buscar

<sup>50</sup> Após 13 (treze) anos de tramitação, no dia 17 de novembro de 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 - conhecida como a Reforma do Judiciário – destacando-se, entre as principais mudanças empreendidas, a instituição da **súmula vinculante do STF** (CF, art. 103-A e art. 8º da EC nº 45/2004).

<sup>51</sup> Segundo a literatura especializada, na primeira rodada de reformas nos países em desenvolvimento, foram contempladas as medidas voltadas para promover um ambiente de competitividade, responsabilidade fiscal, estabilidade econômica e eficiência administrativa. A segunda rodada busca a consolidação do desenho institucional que molda o ambiente no qual se desenvolve a atividade econômica, destacando-se as instituições do sistema judicial responsáveis, nos países desenvolvidos, por prover externalidades positivas para o mercado, como o respeito aos direitos de propriedade e a garantia ao cumprimento dos contratos.

uma alternativa para controlar com mais eficiência o processo de tomada de decisões no Judiciário.

Como visto, uma das frentes de atuação ocorreu em direção a um sistema de controle de constitucionalidade mais concentrado com o incremento do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que ainda não havia sido aprovada a súmula vinculante<sup>52</sup>. Sob os protestos da oposição, o Presidente conseguiu, por exemplo, sancionar em 10/11/1999 a Lei 9.868/99 (Arantes, 2001b, p.75-77). Com a finalidade de regulamentar o processo de julgamento da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade, ela simplesmente estendeu o efeito vinculante presente nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADC para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>53</sup> - ADI, evidenciando a estratégia do Governo em promover na via da legislação infraconstitucional<sup>54</sup> as mudanças do sistema judicial paralisadas no processo de aprovação da reforma constitucional.<sup>55</sup>

Com o mesmo propósito, a Lei nº 9.882/99 foi sancionada como manobra para levar ao STF, em sede de controle de constitucionalidade, matérias não previstas pela Constituição de 1988, pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. O próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF Gilmar Mendes, um dos personagens centrais das propostas de centralização do escopo decisório do Judiciário brasileiro, reconheceu que o instrumento se prestava principalmente a combater a chamada “guerra de liminares”, introduzindo profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (*Revista Jurídica Virtual*, n.7 – dez/99).<sup>56</sup> Assim como na ADC e na ADI, a ADPF foi também

<sup>52</sup> Apenas em março deste ano (2007), entrou em vigor a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamenta a edição, a revisão e o cancelamento do enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>53</sup> Lei 9.868/99, Art. 28, Parágrafo único. “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

<sup>54</sup> Com o mesmo propósito, a Lei nº 9.882/99 foi sancionada como manobra para levar ao STF

<sup>55</sup> Na linha da jurisprudência dominante do STF, a EC nº 45/2004 consagrou, no art. 102 §2º, o caráter dúplice ou ambivalente da ADC e ADI, determinando que nas “decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

<sup>56</sup> Mendes (1999) assim explicou o caráter revolucionário do instrumento: **Em primeiro lugar**, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arripio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal. **Em segundo lugar**, porque poderá ser utilizado para - de forma definitiva e com eficácia geral - solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova

dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, confirmando a estratégia do Executivo em driblar as dificuldades encontradas no processo político por vias infraconstitucionais.

Mendes defendeu, também, em recente demanda judicial, a idéia de que toda decisão proferida pelo STF, em controle de constitucionalidade, passe a ter efeito vinculante, independentemente do instrumento usado pelas partes litigantes. Atualmente, quando alguma lei ou dispositivo recebe o juízo de inconstitucionalidade, no contexto do controle de constitucionalidade difuso, num recurso extraordinário por exemplo, é necessário que o Senado aprove uma resolução, a fim de que os efeitos da decisão sejam estendidos a todos (efeito *erga omnes*). Em resumo, o Ministro busca a aplicabilidade geral das decisões proferidas nos recursos extraordinários, ao argumento de que não tem sentido que “uma ação direta de inconstitucionalidade (Adin), ajuizada diretamente no Supremo, valha para todos enquanto uma decisão tomada em um recurso extraordinário, processo que passa por todas as instâncias judiciais, tenha validade apenas para as partes do processo.” (Valor Econômico, *Ministro quer que decisões do STF tenham efeito vinculante imediato*, 07.fev. 2007, Legislação & Tributos).

Em outra frente, mas com o mesmo objetivo de reagir ao poder dos juízes das instâncias originárias, muitas das medidas introduziram vários dispositivos reguladores da atuação do que se convencionou chamar de a “Fazenda Pública em Juízo” (Cunha, 2003), com o propósito de aumentar o espectro das prerrogativas processuais dos entes públicos envolvidos em demandas judiciais. Como muitas foram aprovadas por meio de medidas provisórias no calor do embate judicial entre Governo e oposição, no contexto das reformas do Estado, seria difícil desvinculá-las de uma estratégia do Executivo em controlar, ou, ao menos, tornar mais previsível o processo de tomada de decisões no âmbito do Judiciário.<sup>57</sup>

---

Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. **Em terceiro**, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.”

<sup>57</sup> O caso Banespa, tratado em outra oportunidade (Costa Jr, 2003 ), é emblemático no que tange à reação do Governo à derrota sistemática nas Cortes inferiores via mudança institucional voltada para alterar as regras do jogo decisório.

No direito processual, a expressão *Fazenda Pública em Juízo* designa *Estado em Juízo*, ou *ente público em juízo*, ou ainda, *pessoa jurídica de direito público em juízo* (Cunha, 2003). *Fazenda Pública* compreende as pessoas jurídicas de direito público, contemplando a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações públicas. Nesse rol, figuram, também, as agências reguladoras, por sua natureza jurídica de autarquias especiais, razão pela qual gozam, também, das prerrogativas institucionais conferidas aos outros entes públicos.

Como, sob o aspecto da matriz institucional, foi determinante para o resultado final da política regulatória em exame o contexto decisório judicial sobre o qual as agências reguladoras passaram a interagir com os demais autores, especialmente o marco regulatório da atuação da agência (*Fazenda Pública*) nas demandas judiciais, a hipótese aqui é a de que a mudança institucional promovida pelo Executivo, em outro período da história das disputas judiciais contra o Governo, promoveu efeitos não antecipados, alterando o vetor de forças no jogo da expropriação regulatória da revisão tarifária em favor das agências.

De forma embrionária, a tentativa da dissertação será enquadrar o tema sob a ótica dos argumentos de *path-dependence* gerado pelas instituições do sistema de justiça. Precisamente, a parte relativa às mudanças institucionais no contexto da reforma do judiciário que vêm sendo promovidas com o objetivo de aumentar o grau de centralização do processo de tomada de decisões no âmbito do sistema de justiça brasileiro.

Se os estudos dos processos políticos com base na perspectiva temporal oferecida pelo neoinstitucionalismo histórico ainda são escassos no Brasil, pode-se dizer que, no que se refere à aplicação principalmente da noção de dependência da trajetória nos estudos sobre o Judiciário, a produção é ínfima até para os padrões internacionais. Geralmente, os estudos sob essa epígrafe fazem referência à força dos precedentes na tomada de decisões, empregando comparações entre os sistemas de *common law* e *civil law*. (Hattaway, 2001; Fon, Parisi e Depoorter, 2002; Shapiro e Stone-Sweet, 2002; Fon e Parisi, 2005).

Este trabalho chama a atenção para a política da reforma do judiciário nos países latino-americanos, especialmente para o caso brasileiro. Acredita-se que as mudanças institucionais enumeradas acima, voltadas para a centralização do processo de tomada de decisões no Judiciário, estejam sendo implementadas com a característica de dependência da trajetória de uma forma tal que será extremamente custosa uma reversão num futuro próximo.



### CAPÍTULO 3: DESENHO DA PESQUISA E METODOLOGIA

---

As hipóteses eleitas para explicar o resultado final em termos de custos transacionais na interferência do Judiciário nos itens da política regulatória em destaque são, como indicado no capítulo anterior, as seguintes: (i) a matriz institucional; (ii) a intensidade das preferências das Cortes e dos Juízes; (iii) as mudanças institucionais promovidas pelo Executivo voltadas para controlar o processo de tomada de decisões no âmbito do Judiciário.

O teste dessas hipóteses implica a solução de três desafios metodológicos, todos eles relacionados com as dificuldades encontradas quando o Judiciário desponta como objeto de estudo, especialmente quando a ferramenta metodológica, de base institucionalista, busca analisar o encadeamento entre preferências, instituições e resultados.

O *primeiro* desafio decorre da eleição do estudo de caso como estratégia de pesquisa para a análise da interferência do Judiciário no processo político. Não é difícil perceber o impacto direto de algumas decisões judiciais. Menos claras, as influências indiretas da atuação do Judiciário na condução do processo deliberativo e na fase de execução de uma política podem ser analisadas acompanhando todo o seu desenrolar. Inferências podem surgir, por exemplo, a partir da observação das mudanças empreendidas pelo Governo no desenho de um programa e de decisões judiciais relativas ao mesmo em intervalos de tempo próximos. Para captar tais nuances, a ponto de ser possível identificar de que modo e em virtude de que causas uma política foi alterada como resultado de comportamento de Cortes Judiciais, o estudo de caso se apresenta como uma estratégia consistente. Esta dissertação recorrerá aos ensinamentos e às técnicas indicadas nos manuais recentes que ensinam obter o máximo de uma estratégia de estudo de caso (George e Bennett; 2004, Yin, 2005).

O *segundo* está relacionado com o desenho de uma pesquisa que seja capaz de analisar a interferência do Judiciário nas políticas públicas mediante o exame das próprias decisões judiciais proferidas pelas Cortes e juízes. Sem desmerecer o esforço empreendido por diversos autores na identificação de uma distribuição de preferências no âmbito do sistema judicial sobre os mais diversos temas por meio de *surveys*, é problemática a sustentação de qualquer conclusão tão-somente a partir do levantamento de opiniões dos magistrados. Neste sentido, esta pesquisa se insere no esforço contemporâneo de se compreender o impacto do Judiciário nos mais variados

processos políticos e econômicos mediante o acompanhamento das próprias decisões proferidas pelos atores centrais dessa organização.<sup>58</sup>

O *terceiro* desafio diz respeito ao reconhecimento do neo-institucionalismo como uma ferramenta metodológica de pesquisa. Nesse sentido, é cada vez mais exigida uma delimitação precisa dos níveis de análise em que as instituições serão consideradas como as variáveis determinantes dos resultados políticos estudados.

### **3.1 Estudo de Caso na Análise do Impacto das Decisões Judiciais no Processo Político**

Ao citar Schramm<sup>59</sup>, Yin (2005, p.31) concordou com a idéia de que “a essência de um estudo de caso , a principal tendência em todos os tipos de estudo de caso, é que ele tenta esclarecer uma *decisão* ou um conjunto de decisões: o motivo pelo qual foram tomadas, como foram implementadas e com quais resultados”. Essa definição preliminar se enquadra no objeto de pesquisa desta dissertação, uma vez que os eventos escolhidos para análise correspondem a uma série de decisões que foram tomadas no bojo do processo de revisão judicial de aspectos relevantes da política regulatória dos serviços de telefonia.

Yin (2005) define o estudo de caso como uma estratégia empírica que “investiga um fenômeno contemporâneo dentro do seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e contexto não estão claramente definidos.” Além disso, a investigação de estudo de caso “enfrenta uma situação tecnicamente única em que haverá muitos mais variáveis de interesses do que pontos de dados, e, como resultado, baseia-se em várias fontes de evidências, com os dados precisando convergir em um formato de triângulo, e, como outro resultado, beneficia-se do desenvolvimento prévio de proposições teóricas para conduzir a coleta e a análise de dados.”

A estratégia analítica geral do estudo de caso empregada nesta dissertação é a voltada para a verificação de proposições teóricas existentes sobre o papel do Judiciário no desenvolvimento do ambiente regulatório, especialmente o conjunto de hipóteses acerca da experiência da revisão

---

<sup>58</sup> Nesse sentido, conferir os trabalhos de Favetti (2002), Maranhão (2003), Costa Jr (2003), Ferreira (2004) e Ribeiro (2006).

<sup>59</sup> In Schramm, W. (1971), *Notes on case studies of instructional media projects*. Working paper for the Academy for Educational Development, Washington, DC.

judicial das políticas públicas no Brasil, em que se destaca a hipótese da incerteza jurisdicional, adaptada convenientemente à questão regulatória.

Optou-se, ainda, por seguir o conselho quanto aos benefícios analíticos de ter pelo menos dois casos substanciais em comparação aos projetos de caso único. Assim sendo, esta dissertação será conduzida como um estudo de caso de “dois casos”, com o escopo de já empreender em alguma medida a lógica da replicação para estudos de casos múltiplos.<sup>60</sup> Como o estudo de caso inicial sugere uma descoberta de certo modo contra-intuitiva, o objetivo imediato da pesquisa é replicar essa descoberta a partir da condução de um segundo estudo de caso, esperando criar um desenho de pesquisa que permita replicações sucessivas na seara da interferência do Judiciário na agenda regulatória brasileira.

A estratégia analítica específica da dissertação está relacionada com as idiosincrasias de uma análise de políticas públicas com ênfase no papel do Judiciário. O acompanhamento do processo de revisão judicial de alguma política pública contempla uma série de estágios decisórios, diferentes contextos institucionais e diversas distribuições de preferências nos *settings* judiciais onde os atores se engajam em escolhas individuais e coletivas. Em outras palavras, há um grande número de variáveis potencialmente relevantes, reclamando uma estratégia de pesquisa capaz de abarcar as relações de causalidade que explicam os resultados alcançados, afastando outras explicações plausíveis ou concorrentes.

Por vezes, não é difícil perceber o impacto direto de decisões judiciais. Quando alguns juízes decidiram em favor da substituição do IGPD-I pelo IPC-A, no ano de 2003, ficou evidente a interferência deles no desenho de uma política pública específica. Não obstante, após a decisão que restabeleceu o *status quo* da política, é de se perguntar se não houve alguma consequência significativa no desenho da política ou ambiente de regulação resultante do acionamento de ponto de vetos no âmbito do sistema de justiça.

Somente por meio de uma estratégia de pesquisa que contemple a explicação de um fenômeno a partir da identificação de um conjunto presumido de elos causais é possível avaliar de que modo e em virtude de que causas uma política foi alterada como resultado das deliberações dos juízes e das cortes judiciais na fase de execução de uma política pública.

---

<sup>60</sup> De acordo com Yin (2005: p.69), quando a estratégia analítica empreendida num estudo de casos múltiplos é desenhada de forma a prever resultados semelhantes, estamos diante de uma *replicação literal*. Quando, por outro lado, busca-se produzir resultados contrastantes apenas por razões previsíveis, o nome da estratégia é a *replicação teórica*.

Inferências podem surgir, por exemplo, a partir da observação das mudanças empreendidas pelo Governo no desenho de um programa e de decisões judiciais relativas ao mesmo em intervalos de tempo próximos.

Nesse sentido, a estratégia específica desta dissertação é analisar os dados do *estudo de caso* construindo **uma explicação sobre o caso** (Yin, 2005, p.149). De forma complementar, então, a dissertação recorrerá à técnica do *process-tracing*, desenvolvida principalmente por George e Bennet (2004), tendo em vista o lugar de destaque reservado pelo método à análise causal por meio de estudos de casos.<sup>61</sup>

A lógica do *process-tracing* está em enfatizar como fonte das *inferências causais*, mais do que as *explicações causais* subjacentes aos testes estatísticos de covariância em estudos com amostras consideráveis, *os processos ou mecanismos intervenientes (causal mechanisms)* por meio dos quais as variáveis explanatórias previamente determinadas produzem seus efeitos próprios (George e Bennett, 1997, p. 2, 2004, p. 205). A identificação dos mecanismos causais em estudos de caso está para o *process-tracing* assim como a estimação da covariância está para os testes de congruência (George e Bennett, 1997).<sup>62</sup>

De forma geral, o *process-tracing* é definido como uma técnica para gerar e analisar dados relativos aos mecanismos causais, ou processos, eventos, ações, expectativas e quaisquer outras variáveis intervenientes que ligam supostas variáveis causais a efeitos observáveis (George e Bennett, 1997). O foco é identificar o processo causal entre uma variável independente (ou variáveis) e os efeitos verificados nas variáveis dependentes (George e Bennett, 2004, p. 206).

Essa postura analítica decorre da convicção de que é insuficiente para o teste da inferência causal saber tão-somente se A produz B. É necessário compreender o processo contínuo por meio do qual B é produzido por A, tendo em vista a possibilidade de existência de terceiras variáveis não apreendidas pelo modelo inicial.

A estratégia do *process-tracing* é tanto mais recomendável quanto maior for o número de hipóteses e variáveis envolvidas num estudo de caso governado por múltiplas fontes de causalidade, situação em que aumenta a probabilidade de serem encontradas relações entre

---

<sup>61</sup> Calmon (2006) e Silva (2007) apresentaram trabalhos pioneiros com a aplicação do *process-tracing* no âmbito da ciência política.

<sup>62</sup> Os autores ressaltam que a inferência causal envolve tanto as explicações causais (*causal explanations*) quanto os mecanismos causais (*causal mechanisms*), cabendo ao pesquisador um esforço no sentido de saber o momento adequado de usar uma ou outra, bem como de buscar uma integração entre ambas. A bandeira dos mecanismos causais é levantada, entretanto, como forma de reivindicar uma posição melhor ante a postura recorrente de enquadrá-los num plano inferior, mais operacional.

variáveis independentes e dependentes fabricadas artificialmente. Esses contextos, marcados por múltiplas redes de causalidade, em que a explicação em termos de duas ou três variáveis se mostra insuficiente, são aqueles em que os cientistas sociais confrontam diariamente (George e Bennett, 2004, p. 206).

*Process-tracing* não busca ser a panacéia dos estudos de caso. Há o reconhecimento de que, mesmo sob uma estratégia com ênfase numa observação mais apurada dos eventos, explicações rivais e caminhos alternativos sejam difíceis de eliminar, especialmente quando o objeto de estudo envolve o comportamento humano.

A vantagem comparativa do método é que ele força, por si só, o investigador a levar em consideração todos os caminhos alternativos possíveis pelos quais os resultados podem ocorrer, além de analisar cada passo na cadeia de causalidade a luz de uma hipótese subjacente. É da própria natureza dessa estratégia mapear esses processos causais alternativos, contribuindo para o desenvolvimento de tipologias e teorias à proporção que mais casos são estudados.

Poderia-se argumentar se seria compatível o uso do *process-tracing* numa pesquisa até certo ponto tributária das premissas da escolha racional, apesar da opção da dissertação por uma espécie de teoria da escolha racional reformada mediante a incorporação das instituições como as variáveis determinantes da análise. Os mesmos autores acima citados não apenas entendem ser compatível como consideram desejável essa combinação, tendo em vista a predileção dos estudos assentados em modelos de escolha racional pelos processos de tomada de decisões em que há uma série de variáveis intervenientes que conectam as preferências dos atores políticos com os resultados alcançados.

Considerando a estratégia analítica geral acima enunciada consistente no recurso ao estudo de caso como forma de verificar proposições teóricas existentes, a pesquisa recorrerá, dentre outros diferentes tipos de *process-tracing*, ao *process-verification*, pelo qual serão examinados os mecanismos causais que ligam as variáveis independentes aos efeitos mediante o cotejo com hipóteses causais predeterminadas.

Assim sendo, dada a natureza do objeto da pesquisa, espera-se que o empreendimento de uma estratégia na forma de um estudo de caso, com apoio no *process-tracing*, seja o mais adequado para a análise de um fenômeno contemporâneo e complexo como é a intervenção do Judiciário no desenho das políticas públicas nacionais, especialmente na forma e no conteúdo da

política regulatória, recentemente implementada no país sob a lógica do modelo pós-privatização assentado nas agências reguladoras.

Outra justificativa para se recorrer ao estudo de caso está relacionada com os objetivos da pesquisa que busca testar a hipótese da incerteza jurisdicional não apenas no que se refere ao vetor das preferências dos juízes, mas também no aspecto referente à configuração institucional do sistema de justiça. Se a necessidade da pesquisa estivesse adstrita tão-somente ao primeiro aspecto, melhor seria desenhar uma metodologia que contemplasse um teste estatístico capaz de estimar a probabilidade de os juízes e as cortes brasileiras decidirem, por exemplo, pelo cumprimento das cláusulas dos contratos de concessão em oposição à postura voltada para a alteração de contratos em face de algum conjunto de normais e princípios do sistema jurídico. A estratégia seria direcionada para uma análise predominantemente quantitativa e a amostra deveria abarcar o maior número possível de decisões judiciais.

Em que pese o fato de que a opção pelo *process-tracing* não exclua os testes estatísticos voltados para a covariância, e tendo em vista que a pesquisa não prescindirá de conduzir análises quantitativas com o propósito de medir as preferências dos juízes e das cortes judiciais acerca de determinados atributos previamente estabelecidos, a preocupação desse momento da pesquisa com a validade externa de seus resultados está mais voltada para a generalização analítica do que para a estatística. Na generalização analítica, o pesquisador está preocupado em generalizar um conjunto particular de resultados a alguma teoria mais abrangente (Yin, 2005, p. 58).

Originariamente, foram eleitos dois estudos de caso para o exame da hipótese da incerteza jurisdicional que, como visto, na formatação da pesquisa, estará relacionada com a incidência dos custos de transação do tipo “execução de contrato”<sup>63</sup>: (i) a disputa judicial sobre a revisão tarifária da telefonia fixa que foi iniciada em 2003 e alcançou um equilíbrio provisório, mas estável, em 2004, e (ii) a controvérsia sobre a cobrança da assinatura básica que vem se arrastando nas cortes desde 2004 sem uma solução provisória ou definitiva até o presente momento.

Assim sendo, tendo em vista o fato de que, conquanto diferentes no que se refere ao objeto, as questões envolvam um *trade-off* idêntico entre, de um lado, as normais e os princípios legais que regulamentam a relação de consumo legitimadoras da alteração de contratos e, de outro, a predominância da postura de cumprimento das cláusulas dos contratos de concessão

---

<sup>63</sup> O viés anti-credor significa custos de transação de execução do contrato.

firmados no bojo do processo de privatização, a estratégia analítica seria a de propor uma **replicação teórica** dos estudos de caso. Por que o processo de revisão judicial da cobrança da assinatura básica tem sido levado adiante com uma incidência maior de custos de transação do tipo execução de contrato em comparação com a contestação judicial da revisão tarifária em 2003? Responder essa pergunta depende de um exame minucioso do primeiro caso, razão pela qual foi escolhida a técnica do *process-tracing* para a sua explicação.

Não obstante, como a discussão judicial sobre a cobrança da assinatura básica ainda está em fase de andamento, não será possível empreender uma replicação sistemática do estudo de caso. Por outro lado, como há dados preliminares capazes de, ao menos, indicar a direção dos resultados, eles serão examinados, mais com o propósito de apresentar um caminho seguro para futuras replicações menos com o objetivo de, nesse momento, aferir a validade externa do estudo de caso.

### **3.2 Análise Qualitativa e Quantitativa das Decisões Judiciais**

Outro desafio metodológico é incluir como fonte da pesquisa as decisões judiciais proferidas pelos juízes e pelas Cortes judiciais envolvidas na judicialização da política regulatória em exame. Como antecipado, farão parte do universo da pesquisa dois grupos de decisões: (i) decisões sobre o reajuste das tarifas dos serviços de telefonia; (ii) decisões sobre a cobrança da assinatura básica telefônica.

O primeiro grupo, concernente ao estudo de caso já resumido no capítulo anterior, será formado pelas decisões judiciais relativas ao reajuste das tarifas dos serviços públicos de telefonia fixa em 2003/2004. As ações iniciadas em todo o país, em linhas gerais, questionavam o impacto negativo do aumento nos índices inflacionários e, sobretudo, no bolso dos consumidores. Em sua maioria, pediam o expurgo da aplicação do IGP-DI da FGV e a conseqüente substituição por outro índice considerado mais adequado ao princípio da modicidade das tarifas.

Serão analisados 82 processos, sendo (41) ações originárias das diversas seções judiciárias e comarcas do país (ações civis públicas, ações populares e ações ordinárias); (36) agravos de instrumento julgados pelo Tribunal Regional da 1ª Região – TRF 1ª Região; (1) pedido de suspensão de liminar no TRF da 1ª Região; (2) conflitos de competência, e (1) pedido

de Suspensão de Liminar no Superior Tribunal de Justiça – STJ, (1) pedido de reclamação. Desse conjunto de processos, serão examinados um total de 127 decisões judiciais, sendo (45) decisões sobre pedido de liminar, (36) sentenças, (37) decisões do Relator dos Agravos de Instrumento no TRF da 1ª Região; (2) decisões monocráticas de cada um dos Presidentes do TRF e do STJ sobre suspensão de liminar, (2) agravos regimentais interpostos das decisões concessivas ou não do da suspensão de liminar, (3) decisões no bojo do processo de reclamação, (2) decisões sobre o conflito de competência para julgamento da matéria.

A justificativa para o exame, nesse primeiro momento, tão-somente dos processos que migraram para Brasília, após decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, decorreu de uma combinação entre a facilidade de acesso às demandas reunidas numa única Vara Federal, considerada a competente para julgar todas as ações que versassem sobre o mesmo objeto, e a opção metodológica da pesquisa em enfatizar, num primeiro momento, os processos e mecanismos causais pelos quais foi alcançado um equilíbrio da demanda em tempo relativamente curto e com baixa incidência de custos de transação.

A Justiça Federal de 1ª Instância contava em 2003 com 560 varas federais criadas, com 527 juízes federais titulares efetivamente em exercício e 472 substitutos. Os pontos de veto, contudo, se situavam não apenas no Judiciário Federal, mas também na Justiça Estadual, tendo em vista o fato de que muitas das ações eram movidas apenas contra as concessionárias dos serviços públicos de telefonia, sem a inclusão da ANATEL no pólo passivo, configurando a competência de julgamento para juízes estaduais posicionados nas diversas comarcas do país. Em 2003, eram 2.452 comarcas, que atendiam 5.507 municípios brasileiros. Assim sendo, somadas as varas federais em funcionamento com o número de comarcas em todo o Brasil, eram exatamente 2979 potenciais pontos de veto institucionais na base do sistema de justiça.

A partir do momento em que uma decisão de índole processual do mesmo STJ cassou todas as liminares anteriormente concedidas por diversos juízes em todo o Brasil consistentes na alteração do *status quo* do regime tarifário e elegeu apenas um juiz como o competente para julgar o mérito da demanda, surgiu o interesse pela análise das regras, dos processos decisórios e dos mecanismos que reduziram de forma bastante eficiente o número de *veto players*<sup>64</sup> e *veto points* no âmbito do sistema de justiça.

---



Não significa dizer que a pesquisa não seria enriquecida com a análise de milhares de decisões proferidas nas instâncias de primeiro grau em todo o país acerca do mesmo tema. O estudo de caso, bom lembrar, será conduzido com o propósito de testar, dentre outras proposições, a hipótese da incerteza jurisdicional *strictu sensu*, identificada com a idéia do viés anti-credor da justiça brasileira.

Todavia, no que se refere à incidência dos custos de transação, pouco importava saber como tinha votado o juiz de Santa Catarina, ou do Piauí, uma vez que apenas a decisão proferida pelo Juiz de Brasília foi dotada de eficácia em todo o território nacional. A estratégia analítica de replicação teórica dos estudos de casos busca principalmente saber se, em controvérsias com características similares a do reajuste das tarifas dos serviços de telefonia, a saber, milhares de decisões proferidas por todo o Judiciário brasileiro com impacto sobre a implementação de algum item da política regulatória, o equilíbrio alcançado no sistema de justiça será produzido com intensidade similar de custos de transação. Em caso negativo, convém se explicar os motivos pelos quais houve resultados diferentes para casos similares.

Uma das crenças subjacentes ao desenho metodológico desta pesquisa é a de que as análises sobre o papel do Judiciário na economia e na política se ressentem de um cuidado em considerar o alto grau de heterogeneidade do sistema de justiça, tanto no que se refere à configuração institucional de cada uma das instâncias do Judiciário e ao impacto diferenciado que elas produzem no sistema político quanto no que concerne à distribuição de preferências respectiva.

Muito se fala em guerra de liminares, mas pouco da tendência crescente em tornar disponíveis mecanismos institucionais à Fazenda Pública capazes de mitigar os efeitos das decisões concedidas por juízes de primeiro grau mediante a transferência do *locus* do processo de tomada de decisões para a cúpula do sistema de justiça (STF e STJ). Essas medidas vêm sendo implementadas de forma paralela às reformas estruturais, tendo sido a aprovação da Reforma do Judiciário o ápice desse movimento que continua em pleno vapor com a regulamentação infraconstitucional da emenda.

No estudo de caso em exame, elas foram responsáveis pela transferência do centro do controle da implementação da revisão tarifária em 2003 para o Superior Tribunal de Justiça – STJ por uma via processual especial. As decisões proferidas pelo STJ não apenas bloquearam o efeito multiplicador das liminares concedidas em todo o país contra a ANATEL, como foram

dotadas de um efeito multiplicador inverso, no sentido de que impediram qualquer manifestação contrária até o julgamento do mérito da demanda.

### 3.2.1 O Modelo da Incidência dos Custos de Transação de Execução de Contrato

A análise das decisões judiciais servirá principalmente para subsidiar a mensuração do grau de incidência dos custos de transação de execução de contrato envolvidos no processo de revisão judicial das questões regulatórias em exame. Infelizmente, não há literatura cuja preocupação tenha sido a de elaborar alguma medida parecida, a ponto de fornecer alguma *proxy* para a construção de um índice formal e específico dos custos de transação envolvidos no processo de revisão judicial das políticas públicas.

Não obstante, com apoio da literatura examinada nos capítulos anteriores, é possível que o observador atento perceba que os custos de transação de execução de contrato envolvidos no processo de intervenção do Judiciário nas questões regulatórias estão associados com a ausência, ou a existência, de algumas características institucionais do sistema de justiça. Quanto maior a dispersão das fontes de poder, a quantidade de pontos institucionais de veto e a ausência de regras e institutos voltados para o reforço dos precedentes, maior o grau dos custos de transação.

Além disso, como revisado, a direção da atitude dos tomadores de decisão na garantia da regra do cumprimento dos contratos indica, também, a magnitude dos custos de transação de execução do contrato em outra dimensão. Quanto menor a convicção do juiz quanto à predominância daquela regra, maior o custo de *enforcement* dos contratos.

Nada impede que futuras investigações contemplem outras preocupações para além da incidência de custos de transação. É possível, por exemplo, testar a hipótese de que, embora a intervenção do Judiciário no processo político implique custos de transação, ela reaja no sentido de providenciar maior ganho informacional nas políticas públicas.

Não obstante, no momento, por limitações concernentes ao escopo de análise que a dissertação pode alcançar, o foco recai na incidência de custos de transação de execução de contrato. E a preocupação agora é a de construir um índice fundado no levantamento de questões que admitam o tanto quanto possível respostas objetivas e inequívocas, em que pese a apresentação de ponderações *ad hoc*, uma vez que os resultados finais dependerão da importância conferida a cada item no questionário.

Para acessar a incidência dessa variável, propõe-se a criação de um modelo que contempla dois índices de Custos Transacionais de Execução de Contrato. Um, refletindo os custos transacionais de primeira ordem, outro os de segunda ordem. Em relação ao primeiro índice, aqui denominado **CT-1**, será operacionalizado em consideração aos seguintes critérios:

- (1) Existência de pontos institucionais de veto no âmbito do sistema de justiça;
- (2) Existência de Mecanismos Institucionais de Reforço dos Precedentes;
- (3) Existência de Mecanismos Institucionais de Controle das Instâncias Superiores sobre as Instâncias inferiores;
- (4) Existência de mecanismos institucionais que garantam à cúpula o efeito multiplicador de suas decisões em sede de contra-cautela;
- (5) Existência de Recursos Institucionais à disposição do controlador de agenda (*agenda-setter*);

Cada uma dessas questões indica um atributo institucional. A avaliação de cada um desses atributos será operacionalizada a partir de uma escala que variará entre 0 (menor incidência de custos de transação) e 1 (maior incidência de custos de transação), como indica a tabela abaixo. Pelo critério escolhido pela pesquisa, a ausência da característica institucional que favoreça a mitigação de custos de transação será capturada pelo maior valor possível na escala (1), como nas questões 4 e 5. Para casos intermediários, como nas questões 1 a 3, serão utilizados valores entre os extremos.

Em relação à quantidade de pontos institucionais de veto, importa saber a qual instância judicial está vinculada a competência originária para processamento e julgamento dos feitos escolhidos para figurar na amostra. Ora, considere a hipótese de ser aceita a sugestão de alguns especialistas no sentido de que às agências reguladoras seja concedido o foro privilegiado na segunda instância. Isso implicaria uma redução clara de custos de transação em decorrência do deslocamento da competência de uma instância com milhares de pontos de veto para outra com dezenas.

No que se refere à existência de mecanismos institucionais de reforço dos precedentes, a preocupação está em saber se o contexto decisório no qual está sendo dado o encaminhamento da

revisão judicial de algum aspecto da política regulatória contempla regras de dotação de efeito vinculante das decisões correspondentes.

### Índice dos Custos de Transação associados ao Desenho Institucional

Variável	Indicador	Codificação Numérica
Custos de Transação de 1ª Ordem	<b>1) Existência dos Pontos Institucionais de Veto – Epv</b>	
	•Competência do STJ ou STF	0
	•Competência da Segunda Instância (Estadual ou Federal)	0,20
	• Competência de um único Juiz da Justiça Estadual ou Federal	0,40
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Federal)	0,60
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Estadual)	0,80
	•Competência da Primeira Instância, Estadual ou Federal, incluindo Juizados Especiais Estaduais e Federais	1
	<b>2) Existência de Mecanismos Institucionais de Reforço dos Precedentes – Erp</b>	
	•Súmula Vinculante	0
	•Súmula Impeditiva de Recursos	0,33
	•Qualquer mecanismo constrangedor de interposição de recursos, exceto as súmulas acima indicadas	0,66
	•Não há mecanismo	1
	<b>3) Existência de mecanismos institucionais de controle das instâncias superiores sobre as inferiores – Esd</b>	
	•Sim, em via extraordinária, com possibilidade de novo pedido de suspensão junto à cúpula do Judiciário, em caso de fracasso no primeiro pedido	0
	•Sim, em via extraordinária, por meio de um pedido simples de suspensão de liminar ou sentença	0,33
	•Sim, na via ordinária, por meio da solicitação do efeito suspensivo no processamento do recurso cabível (agravo de instrumento, etc), ou por meio de qualquer outro incidente processual, com exceção da suspensão de segurança ou liminar	0,66
	•Não	1
	<b>4) Existência de mecanismos institucionais que garantam à cúpula o efeito multiplicador de suas decisões – Emd</b>	
•Sim	0	
•Não	1	
<b>5.Existência de poderes institucionais para o controlador da agenda no Tribunal (agenda-setter) – Eas</b>		
•Sim	0	
•Não	1	

Tendo em vista a estratégia analítica de criar um desenho metodológico da pesquisa com o propósito de servir a um estudo de caso múltiplo, serão consideradas algumas regras que ainda não foram nem implementadas no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro parâmetro diz respeito, principalmente, à existência de regras institucionais que permitam às Cortes superiores um controle jurisdicional sobre o comportamento dos juízes das instâncias ordinárias principalmente por intermédio da suspensão das decisões desses. A depender da regra institucional, aumenta a possibilidade de constrangimento da cúpula sobre decisões proferidas na base do sistema de justiça.

O quarto parâmetro busca medir a eficácia das decisões suspensivas de liminares, de seguranças e de sentenças concedidas no primeiro grau de Justiça brasileira. Quanto maior for o alcance da decisão proferida pela cúpula, menor a incidência dos custos de transação.

Por fim, uma medida relativa à existência de prerrogativas institucionais à disposição do controlador da agenda da Corte. Não obstante, tendo em vista a associação com os custos de transação, trata-se aqui de mecanismos institucionais que garantam controle jurisdicional sobre as Cortes inferiores.

Optou-se pela aplicação de pesos distintos nas questões com base em ponderações *ad hoc*, conforme tabela abaixo.

<b>Atributo Institucional</b>	<b>Peso</b>
<b>Epv</b>	2
<b>Erp</b>	0,9
<b>Esd</b>	0,9
<b>Emd</b>	0,6
<b>Eas</b>	0,6
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>

Após aplicação dos pesos, os pontos parciais são adicionados e o índice de custos de transação de primeira ordem (CT-1) é obtido da seguinte forma:

$$CT-1 = \sum_{i=1}^5 a_i; \quad (1)$$

onde  $i$  representa cada questão individual, tal que  $a_i \in [0;2]$  representa a pontuação recebida; e  $0 \leq CT-1 \leq 5$ .

Assim sendo, esse índice variará de 0 a 5, sendo 5 a situação que reflete a maior incidência de custos de transação de execução de contrato. Essa situação hipotética seria aquela em que houvesse o maior número possível de pontos institucionais de veto com a ausência absoluta de qualquer mecanismo de controle das Cortes superiores sobre as inferiores ou qualquer mecanismo de reforço dos precedentes.

Os custos de transação de segunda ordem, **CT-02**, voltado para medir a atitude dos juízes, embora mais complexo, parte também do pressuposto de que a atitude pode ser expressa de forma direcional. Interessa neste momento invadir a seara do comportamento dos magistrados, especialmente nesta pesquisa com o propósito de investigar, principalmente, a adesão deles à regra do cumprimento dos contratos, considerada essencial no contexto da atividade de regulação de infra-estrutura.

O índice será operacionalizado a partir dos seguintes atributos:

- (1) Postura voltada para a regra do cumprimento obrigatório dos contratos (pró-investidor);
- (2) Postura voltada para a consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações;
- (3) Postura voltada para a legitimação do poder normativo das agências reguladoras;
- (4) Postura voltada para a não-interferência do Judiciário nas políticas públicas;

O primeiro atributo se identifica diretamente com a própria hipótese da incerteza jurisdicional em sentido estrito. Conquanto os casos levados ao Judiciário sob a epígrafe dos conflitos regulatórios envolvam os mais variados aspectos, optou-se, por simplificação, por eleger dois fundamentos predominantes nas razões de decidir. Isso porque as demandas escolhidas para exame se caracterizam por trazer um antagonismo claro entre dois argumentos.

Um direcionado para a possibilidade de alteração das cláusulas dos contratos quando verificada alguma violação aos direitos básicos do consumidor. Outro, contrário a essa possibilidade, em razão da observância da força vinculante das convenções firmadas entre as partes (*pacta sunt servanda*).<sup>65</sup>

Trata-se de um caso típico de colisão de direitos e princípios fundamentais em que a solução reclamada no Judiciário não poderá prescindir do favorecimento de um em detrimento do outro.<sup>66</sup> Assim, no contexto da revisão judicial dos contratos regulatórios, a alteração de cláusula contratual mediante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de evitar onerosidade excessiva aos consumidores, ou qualquer outra abusividade, não poderá ser realizada sem o esvaziamento da máxima do *pacta sunt servanda*, por maior que seja a capacidade do juiz ou da corte em oferecer soluções híbridas fundadas no princípio da proporcionalidade ou em teorias da revisão contratual.

A adesão do juiz à relação de causalidade entre o desrespeito à regra do cumprimento dos contratos e a retração de investimentos no setor regulado será capturada pelo segundo parâmetro. Ele indica não apenas se a corte ou juiz empreendeu critérios econômicos na análise do caso, mas qual a direção e a natureza dessa análise.

Por meio do terceiro atributo, buscar-se-á capturar o sentimento dos juízes em relação ao papel das agências reguladoras no modelo regulatório brasileiro, especialmente no que se refere ao poder normativo dessas autarquias.

O último parâmetro busca medir o grau de ativismo dos juízes na seara regulatória. Por definição, quanto mais à vontade estiver o juiz para se substituir ao regulador, maior a incidência dos custos de transação de execução do contrato, tendo em vista a possibilidade de alteração dos contratos regulatórios.

---

<sup>65</sup> No caso específico desta dissertação, entende-se como contrato regulatório aquele firmado com o regulador e o poder concedente, contemplando as concessões, as permissões, as autorizações, as regras e os procedimentos do jogo regulatório. O princípio da força vinculante das convenções, *pacta sunt servanda*, consagra a idéia de que o contrato, uma vez respeitados os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, constituindo-se numa espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual a do preceito legislativo. (Rodrigues, 2005, p. 21).

<sup>66</sup> A literatura aponta três arranjos decisórios principais no contexto da colisão de direitos fundamentais: (i) colisão com redução bilateral; (ii) colisão com redução unilateral; (iii) colisão excludente. O primeiro envolve redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos. Quando não há possibilidade de reduzir proporcionalmente ambos, mas apenas um deles, é a hipótese da colisão unilateral. Se a concretização de um dos direitos fundamentais em confronto implica a exclusão do outro, trata-se do caso da colisão excludente (Mendes, 2002).

**Índice dos Custos de Transação associados ao Comportamento dos Juizes (Custos de 2ª ordem) – o olhar na distribuição de preferências**

<b>Variável</b>	<b>Indicador</b>	<b>Codificação Numérica</b>
Custos de Transação de 2ª Ordem	<b>1) Postura voltada para a regra do cumprimento obrigatório dos contratos</b>	
	• Juiz vota (decide) pela regra do cumprimento obrigatório dos contratos ou no princípio da segurança jurídica	0
	• Juiz vota (decide) pela garantia da revisão dos contratos com fundamento nas normas e nos princípios do sistema de defesa do consumidor ou dos usuários do serviço público	1
	<b>2) Postura voltada para a consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações</b>	
	• Juiz vota (decide) em atenção à relação de causalidade insegurança-retração	0
	• Juiz vota (decide) com alguma consideração à relação de causalidade insegurança-retração	0,5
	• Juiz ignora a relação de causalidade insegurança-retração	1
	<b>3) Postura voltada para a legitimação do poder normativo das agências reguladoras</b>	
	• Confere ampla autonomia à agência reguladora	0
	• Confere alguma autonomia à agência reguladora	0,5
	• Confere baixa autonomia à agência reguladora	1
	<b>4) Postura voltada para a não-interferência do Judiciário nas políticas públicas</b>	
	• Sim	0
	• Não	1

Assim como em CT-01, optou-se pela aplicação de pesos distintos nas questões com base em ponderações *ad hoc*, conforme tabela abaixo:

<b>Atributo Atitudinal</b>	<b>Peso</b>
<b>Ppc</b>	3,5
<b>Ppe</b>	0,5
<b>Ppa</b>	0,5
<b>Ppp</b>	0,5
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>



Após aplicação dos pesos, os pontos parciais são adicionados e o índice de custos de transação de primeira segunda ordem (CT-2) é obtido da seguinte forma:

$$CT-2 = \sum_{i=1}^5 a_i; \quad (2)$$

onde  $i$  representa cada questão individual, tal que

$a_i \in [0;3,5]$  representa a pontuação recebida; e  $0 \leq CT-1 \leq 5$ .

Esse índice variará, também, de 0 a 5, sendo 5 a situação que reflete a maior incidência de custos de transação de execução de contrato. Essa situação hipotética seria aquela em que houvesse juízes predominantemente voltados para esvaziar a regra do cumprimento dos contratos, para a pouca atenção aos efeitos macroeconômicos de suas decisões, para a desconfiança quanto ao poder normativo das agências reguladoras e para a interferência na política regulatória.

A estratégia metodológica é de analisar cada um desses custos de transação de forma separada, tendo em vista que são de natureza diferente, até mesmo para aproveitar a vocação comparativa de cada um dos índices. Logo, analisado separadamente, quanto maior **Cex1**, sem sombras de dúvidas, pior será para o investidor que deverá aguardar em tempo não previsível uma decisão definitiva sobre um retardamento, ou mesmo modificação, de algum aspecto do contrato. Em qualquer circunstância, quanto maior **Cex2**, pior para o investidor, uma vez que aumentará a incerteza quanto à postura de juízes voltada para a chancela da regra do cumprimento dos contratos.

A criação de tais índices servirá como um suporte para acessar a variável dependente escolhida no estudo de caso. A estratégia analítica é a de acompanhar todo o desenrolar da demanda, da base até a pirâmide do sistema de justiça, acessando a variável dependente a cada mudança no contexto decisório.

Com o auxílio especialmente da técnica do *process-tracing*, tarefa não menos árdua consistirá em analisar o impacto da interferência das cortes federais sobre as políticas públicas pela identificação da relação de causalidade entre os resultados (grau de incidência dos custos de transação de execução do contrato), os mecanismos causais intervenientes que permitiam a

mudança dos contextos decisórios e as variáveis exógenas (independentes) escolhidas pelo pesquisador.

De forma complementar, tendo em vista a formatação da pesquisa fundada principalmente num estudo de caso simples explanatório, convém se destacar tantas unidades de análise quantas forem as necessárias para a construção de uma explicação sobre um fenômeno onde há poucos dados, o que corresponde à situação da pesquisa. Por isso, além do sistemático acompanhamento dos cenários institucionais decisórios e do teor das decisões, com o propósito de identificar a incidência dos custos de transação, os pontos abaixo escolhidos servirão como apoio à coleta de dados voltada para explicar o impacto da intervenção do Judiciário na implementação das políticas de regulação:

- (i) requerentes;
- (ii) origem da demanda;
- (iii) resultado da decisão liminar na primeira instância;
- (iv) resultado da decisão de mérito na primeira instância;
- (v) resultado da decisão da corte de apelação (Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Estaduais);
- (vi) classificação da decisão em pró-mutabilidade contratual em face do sistema de defesa do consumidor ou pró-cumprimento obrigatório dos contratos regulatórios tendo em vista o predomínio dos argumentos nas razões de decidir;
- (vii) reconhecimento pelo julgador dos impactos macroeconômicos das decisões;
- (viii) reconhecimento da relação de causalidade entre incerteza jurídica e retração de investimentos;
- (ix) resultado da decisão após manifestação da cúpula (STJ ou STF);

Pelo menos nesta primeira fase, os itens (i) e (ii) servirão como ilustração, sendo possível, todavia, num momento posterior, a construção de uma estratégia analítica voltada para o exame da probabilidade de sucesso da demanda em face da região, estado ou município onde foi proposta.

Os itens (iii) e (iv) medem a taxa de sucesso dos requerentes na concessão de uma decisão favorável a sua pretensão de modificar cláusula do contrato de concessão, seja para alterar o parâmetro da revisão tarifária, no caso do **grupo 1**, seja para impedir a cobrança da

taxa de assinatura básica, no caso do **grupo 2**. Decisão provisória no que se refere ao terceiro item, e definitiva, pelo menos na primeira instância, no que concerne ao quarto. Em relação ao item (iv), importa saber se algum julgado de uma corte superior, mesmo em sede de liminar, serviu como constrangimento para a tomada de decisões.

Se houve manifestação da segunda instância, essa decisão será também analisada sob os mesmos critérios da decisão de primeiro grau, compondo o item (v). Além disso, permitirá verificar, mesmo em fase preliminar, se há alguma postura diferenciada no que se refere à chancela da regra do cumprimento dos contratos em comparação com a primeira instância.

O item (vi) é uma proposta de identificar as preferências dos juízes nas matérias eleitas para figurar no estudo de caso, relacionando-se de forma direta com o modelo de incidência dos custos de transação desenvolvido na pesquisa. Assume-se que a decisão voltada predominantemente para a garantia da regra do cumprimento obrigatório dos contratos de concessão reflete o ponto ideal dos investidores, uma postura menos intervencionista em relação ao papel do Estado na condução da atividade regulatória. Estes esperavam, tanto na demanda relativa à revisão tarifária quanto na discussão sobre a cobrança da assinatura básica, tão-somente a manutenção do *status quo* estabelecido nos contratos de concessão e homologado pelos atos da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

No que se refere principalmente ao **grupo I**, os autores das demandas recorreram, na grande maioria dos casos, ao Código de Defesa do Consumidor, notadamente ao dispositivo que declara serem nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé e equidade”, bem como àquele que declara ser direito do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.” Predominou, por sua vez, na contestação das concessionárias dos serviços públicos o aviso de que a quebra dos contratos firmados entre o Poder Público e as empresas implicaria retração dos investimentos do setor, buscando uma postura do juiz de respeito ao princípio da segurança jurídica e da garantia dos contratos.

Como ressaltado no capítulo anterior, acredita-se ser insuficiente a leitura das preferências dos juízes tão-somente a partir dos critérios definidos no item anterior. Com os itens

(vii) e (viii), será operada uma análise sobre a utilização de critérios macroeconômicos pelo juiz, com o propósito principal de saber se tal postura está associada com a decisão fundada na regra da garantia dos contratos.

A finalidade da análise das decisões sob o critério definido no item (ix) não será outra senão verificar se há uma postura de respeito dos juízes das cortes inferiores aos julgados da cúpula, em que pese não haver instituto jurídico-processual que os obrigue a tal deferência.<sup>67</sup> Está postura esta relacionada com a incidência dos custos de transação de primeira ordem.

Por fim, bom lembrar que um dos objetivos primários da pesquisa é analisar o impacto da interferência do Judiciário não apenas na trajetória da implementação das políticas públicas, mas no seu próprio desenho e conteúdo. Para tanto, haverá, também, uma análise voltada para identificar se houve alteração de forma consistente em algum item da política regulatória resultante do processo de revisão judicial dos atos regulatórios. Num momento posterior, por meio de outras estratégias analíticas, serão examinados os efeitos no desenho final da política regulatória em exame.

### 3.3 Modelo Espacial das Atitudes na Revisão Judicial da Política Regulatória

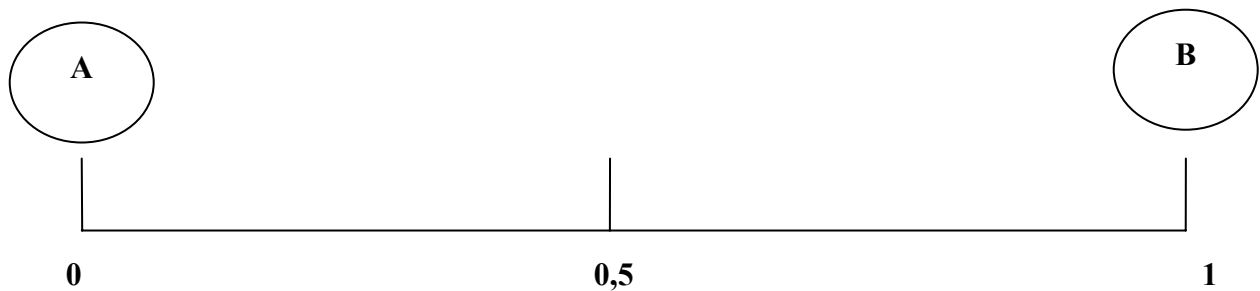
A mesma codificação numérica utilizada para medir os custos de transação de segunda ordem *vis à vis* a identificação das atitudes dos juízes servirá, também, como parâmetro para a construção do modelo unidimensional abaixo relativo ao comportamento dos grupos de interesses, do regulador setorial e dos reguladores políticos, aqui compreendidos os Poderes da República, no processo de revisão judicial dos itens da política regulatória em exame. A posição na escala dependerá, então, da média aritmética dos valores atribuídos a cada um dos atributos a seguir, inclusive com a atribuição dos mesmos pesos: **(1) Postura voltada para a regra do**

---

<sup>67</sup> Exceção ao instituto da reclamação previsto na Constituição e nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Somente este ano foram apresentadas para votação as primeiras súmulas vinculantes no STF. A PEC nº 358/2005 que, dentre outras medidas, instituiu a súmula impeditiva de recursos no âmbito do STJ e do TST ainda está em votação, tendo o parecer da Comissão Especial sido publicado no Diário da Câmara no começo deste ano. A Lei n. 11.276 de fevereiro de 2006, que inseriu no artigo 518 do Código de Processo Civil o seguinte texto: "o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal", não estava em vigor na época do primeiro estudo de caso. Além disso, teria eficácia tão-somente se houvesse jurisprudência reiterada no âmbito do STJ ou do STF sobre as questões regulatórias judicializadas, algo ainda longe de ocorrer, uma vez que são temas relativamente novos.

cumprimento obrigatório dos contratos; 2) Postura voltada para a consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações;<sup>68</sup> 3) Postura voltada para a legitimação do poder normativo das agências reguladoras; 4) Postura voltada para a não-interferência do Judiciário nas políticas públicas.

**Figura 3.1 - Modelo Espacial das Atitudes na Revisão Judicial da Política Regulatória: escala liberal-intervencionista**



Onde serão identificadas as preferências dos seguintes atores:

**F**, intensidade das preferências das firmas reguladas;

**A**, intensidade das preferências da ANATEL;

**C**, intensidade das preferências dos consumidores;<sup>69</sup>

**P**, intensidade das preferências do Presidente;

**MPF**, intensidade das preferências do Ministério Público Federal;

**JF**, intensidade média (ponto médio) das preferências dos juízes de primeiro grau;

**J**, intensidade média do Juiz Federal competente para decidir sobre a matéria, em caso de ter havido julgado nesse sentido;

**TRF**, intensidade das preferências do Tribunal Regional Federal;

**PTRF**, intensidade das preferências do Presidente do Tribunal Regional Federal,

**STJ**, intensidade das preferências do Superior Tribunal de Justiça - STJ

**PSTJ**, intensidade das preferências da Presidência do STJ

<sup>68</sup> Vale ressaltar que neste caso se trata dos impactos macroeconômicos relativos ao fluxo de investimentos privados no setor de telefonia.

<sup>69</sup> Estão incluídos nesse grupo, os requerentes informados na Tabela...

Após o processo de codificação numérica, a figura acima representará um modelo da intensidade das preferências dos atores envolvidos na atividade regulatória. Conquanto possa haver divergências entre a posição real desses atores no espectro da política regulatória e a por eles ocupada no *continuum* desenhado para representar essa realidade específica, fácil perceber que o ponto A, hipotético, situado no ponto mais à esquerda da escala revela um ator (i) preocupado com a garantia da regra do cumprimento dos contratos, (ii) atento aos efeitos das decisões judiciais no funcionamento global do setor regulado, (iii) tendente a conferir a maior autonomia possível às agências reguladoras no exercício de seu poder regulatório e (iv) avesso à interferência do Estado-Juiz nas políticas públicas.

O observador atento já percebeu que essas posições são consistentes com uma visão de Estado liberal, em sua vertente negativa, no sentido de não-intervenção estatal na esfera onde são realizadas as transações econômicas e sociais entre os particulares. O *pacta sunt servanda* é princípio liberal por natureza e significa ampla liberdade de contratar, sem maiores intervenções do Estado.<sup>70</sup>

O convencimento de que o descumprimento da regra do cumprimento obrigatório dos contratos provoca desequilíbrios na alocação dos investimentos na economia é consentâneo, também, com o conteúdo negativo do Estado liberal. A função do Estado nessa concepção é justamente o de fornecer um sistema de garantia dos direitos de propriedade e de cumprimento dos arranjos firmados entre os agentes econômicos.

Essa visão não é incoerente com a modelagem institucional das agências reguladoras. Ao contrário, as agências constituem um dos novos formatos organizacionais do Estado Regulador destinado a substituir o Estado intervencionista, antes envolvido na produção direta de bens e serviços.

Por fim, não é difícil perceber que a defesa da autocontenção do Poder Judiciário na esfera da formulação e da implementação das políticas regulatórias decorre de uma mesma matriz de pensamento assentada na visão de um Estado meramente fiscalizador, na tradição do liberalismo econômico.

Assim sendo, os pontos mais à direita na escala representam a postura oposta, sendo o ponto B um ator hipotético (i) propenso a mitigar o paradigma da inalterabilidade dos contratos

---

<sup>70</sup> No Brasil, a primeira versão do Código Civil, de 1916, fundava-se principalmente no princípio do *pacta sunt servanda*.

ante a verificação de situação de desigualdade entre as partes; *(ii)* mais preocupado com a aplicação da lei do que com os efeitos de suas decisões nas variáveis macroeconômicas com reflexo nos investimentos no setor regulado; *(iii)* disposto a revisar o mérito administrativo dos atos das agências reguladoras a despeito do marco legal que lhes confere a competência para a execução da política regulatória; *(iv)* ativo no que se refere à possibilidade de interferência do Judiciário no processo de policy-making.

Desta forma, esse conjunto de atributos demonstra um comportamento com viés intervencionista por razões de interesse público e/ou de ordem social. O amplo poder vinculativo do contrato é mitigado em decorrência da constatação de que há desigualdades entre as partes, na tradição de um Estado Social, reclamando uma ação corretiva dos Poderes Públicos. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro é exemplo de marco legal assentado numa teoria contratual reformada norteadada pelo princípio de que a autonomia da vontade somente se mostra válida se houver consentimento autônomo, decorrente de uma relação paritária entre as partes.

A escala captura esse sentimento hoje percebido numa série de decisões judiciais proferidas pelas mais variadas instâncias do Judiciário brasileiro que, com fundamento na aplicação do pacote de direitos e deveres das relações de consumo inserto nessa lei, sinalizam uma postura do Judiciário alicerçada ainda na teoria tradicional dos contratos mas com enfoque hermenêutico e exegético voltado para a possibilidade de rediscussão de cláusulas contratuais em prol de um real estabelecimento de equilíbrio entre as partes.

Ora, a interpretação da posição dos atores norteadada por uma escala do tipo liberal-intervencionista, com base na mesma codificação numérica desenhada para medir os custos de transação de execução de contrato de segunda ordem, não é apenas coerente, mas até mesmo desejável, em homenagem à simplicidade da estrutura do trabalho. Os custos de transação de segunda ordem estão diretamente associados com a postura liberal ou intervencionista dos atores regulatórios, especialmente das Cortes e dos juízes. Independentemente de juízo de valor, a postura voltada para a possibilidade de rediscussão das cláusulas do contrato implica aumento claro dos custos de transação e vice-versa em relação ao comportamento voltado para a chancela do poder vinculativo dos arranjos firmados entre as partes.

O desenho do modelo espacial funciona também como um esquema heurístico destinado a interpretar também o comportamento das Cortes e dos juízes no caso estudado sob o prisma

das abordagens apresentadas no capítulo relativo ao referencial teórico: **modelo legal, modelo atitudinal, modelo da interação estratégia e modelo neo-institucionalista.**

### **3.4 Institucionalismo como uma Metodologia**

À proporção que se firma como uma agenda de pesquisa amplamente aceita na ciência política, o emprego do neo-institucionalismo como ferramenta metodológica exige, também, do analista uma descrição cada vez mais precisa dos níveis de análise em que pretende atuar, de modo a tornar mais o claro o papel das instituições nos resultados econômicos, políticos e/ou sociais investigados. Nesse sentido, trabalhos como os de Krehbiel e Diermeier (2001), de natureza puramente metodológica, identificaram as fronteiras entre duas grandes estratégias de pesquisa desenvolvidas sob a epígrafe do novo institucionalismo: “*teorias institucionalistas*” e “*teorias das instituições*”.

No primeiro caso, se a pesquisa busca identificar os fatores institucionais explicativos de determinados comportamentos e resultados, especialmente para inferir comportamentos diferentes em função dos diferentes contextos institucionais, as instituições devem ser modeladas como variáveis exógenas (independentes). Elas são a causa do comportamento, influenciando, por via de consequência, os resultados.

Uma pesquisa voltada para uma “teoria das instituições”, por sua vez, propõe explicar os motivos pelos quais algumas instituições são criadas ou modificadas, outras persistem, enquanto algumas nem parecem existir. Nesse nível de análise, as instituições passam a ser o próprio objeto da escolha social. Krehbiel e Diermeier (2001), antes de apontar que aqui elas são as variáveis endógenas e dependentes, preferem indicar que há um processo de endogeneização parcial das instituições, sugerindo uma transição metodológica, uma vez que outras instituições constroem, também, o processo de mudança institucional.

As teorias institucionalistas avançaram das análises centradas nos problemas restritos de caos e não-cooperação em processos de escolha social para contemplar o maior número de situações possíveis em que o *setting* sobre o qual os atores operam é fator determinante do comportamento e dos resultados. Entendida, então, como uma teoria que busca a compreensão da relação entre instituições, comportamento e resultados, os autores defendem o seguinte roteiro metodológico:



1. Definir e manter fixos os postulados sobre o comportamento dos atores políticos que participarão do processo de tomada de decisões;
2. Caracterizar formalmente as instituições escolhidas como as variáveis exógenas;
3. Deduzir o comportamento *vis à vis* um determinado contexto institucional, tendo em vista os postulados sobre o comportamento, e caracterizar o resultado decorrente do comportamento;
4. Comparar os resultados e buscar regularidades empíricas por meio de dados.<sup>71</sup>

Os autores, antecipando as críticas, reconhecem as dificuldades de considerar as preferências como dadas. Não obstante, se o foco da pesquisa é a investigação de diferentes contextos institucionais, e instituições são complexas, as preferências não devem variar e devem ser tratadas da forma mais simples possível, sob pena de comprometer a acumulação de conhecimento na área.

No que se refere à perspectiva das *teorias das instituições*, o roteiro deveria ser traçado da seguinte forma:

A – Definir e manter fixos os postulados sobre comportamento dos atores políticos, num processo de escolha coletiva, no qual há a identificação precisa das instituições que serão objeto da decisão social;

B – Para cada instituição definida acima, aplicar os quatro passos do arcabouço teórico-metodológico da análise institucional acima descrita;

C – Caracterizar formalmente as instituições (2<sup>a</sup> ordem) que criarão constrangimentos, ou oportunidades, para a escolha sobre a mudança das instituições definidas em A.

D – Deduzir a nova configuração institucional, tendo em vista os passos A-C.

E- Comparar as implicações com regularidades empíricas e dados.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> No original: 1. Define and hold fixed behavioral postulates for political actors within the collective choice setting to be studied. 2. Characterize formally the institutions in effect (as defined in section 1). 3. Deduce the behavior that arises within the institutional setting given the behavioral postulate, and characterize the outcome that results from the behavior. 4. Compare the derived implications with empirical regularities and data.

<sup>72</sup> No original: “A. Define and hold fixed behavioral postulates for political actors in collective choice process in which well-defined institutions are explicit objects of choice. B. Conduct and/or embed, institutional analysis (i.e., steps 1-4 above) for each institution identified in A. C. Characterize formally the (2<sup>nd</sup> order) institutions that constrain the choice of institutions defined in A. D. Deduce the set of institutions that will be chosen given steps A-C. E. Compare the derived implications with empirical regularities and data.”

Eles, em verdade, estão defendendo a idéia de que as *teorias das instituições* são aplicações das *teorias institucionalistas* à escolha sobre instituições. Preocupação do analista deve ser a de distinguir de forma precisa os níveis de análise em que, ora as instituições são as variáveis exógenas, ora passam por um processo de endogeneização.

O roteiro metodológico da pesquisa não destoará de forma significativa do proposto pelos autores acima. Para cada cenário decisório em exame, buscar-se-á caracterizar as instituições formais e informais em jogo, bem como o comportamento dos juízes no processo de tomada de decisões, com o propósito de acessar o resultado em termos da variável dependente escolhida como prioritária. A busca da regularidade empírica por meio de dados ainda será feita sob a lógica da generalização analítica dos estudos de casos, abrindo caminho, entretanto, para que seja possível a adoção da lógica da generalização estatística à proporção que novos casos sejam acessados.

**PARTE III – ANÁLISE**  
**E**  
**RESULTADOS**

## **CAPÍTULO 4: O SUBSISTEMA INSTITUCIONAL DA CONCESSÃO DE LIMINARES CONTRA O PODER PÚBLICO – UMA NARRATIVA ANALÍTICA DO CASO BANESPA**

---

Merece uma breve resenha analítica o estudo de caso em que houve a mudança do marco regulatório dos pedidos de suspensão de liminares contra a Fazenda Pública, uma vez que a matriz institucional subjacente ao regime reformado é tratada como uma das variáveis independentes responsáveis pela redução dos custos de transação no processo de execução da revisão tarifária em 2003. Somente uma análise empreendida sob uma perspectiva temporal, oferecida por estratégias como a do estudo de caso, é possível estabelecer um nexo de causalidade entre uma mudança institucional patrocinada pelo Executivo num período anterior, no contexto da discussão sobre as regras do jogo, e os efeitos sobre o processo político no presente.

Como apresentado na seção metodológica desta dissertação, o investigador deve estar atento ao nível de análise em que se encontram as instituições. Este é um caso específico em que as instituições são o próprio objeto da escolha social. O regime de suspensão de liminares contra a Fazenda Pública neste momento será tratado como uma variável dependente, constituindo a própria mudança institucional almejada por um conjunto de atores políticos específicos. E como tal, como uma teoria da instituição, deve ser tratada como uma aplicação de uma teoria institucionalista sobre o processo de escolha sobre instituições.

Uma teoria institucionalista típica deve seguir um roteiro como o previsto no capítulo 4, contemplando também as variáveis independentes institucionais. Sugere-se, então, que a mudança institucional foi implementada por meio da seguinte relação de causalidade: os poderes institucionais do Poder Executivo que se reverteram em controle sobre o processo decisório no âmbito do Legislativo permitiram uma mudança institucional que implicou maior controle sobre o processo de tomada de decisões no âmbito do Judiciário. Em outras palavras, os poderes institucionais à disposição do Executivo na fase da formulação das políticas se transformou em constrangimento também na fase da implementação.

**Figura 4.1 - Uma proposta de modelo teórico sobre a mudança institucional do caso Banespa**

Hipóteses Causais (variáveis independentes)	Processos Causais (variáveis intervenientes)	Efeitos (variável dependente)
$X$	$\beta$	$Y$
Poderes institucionais do Executivo: poder de agenda, poderes legislativos (medida provisória)	Controle sobre o processo decisório	<b>Mudança Institucional</b>

#### 4.1 A ENGENHARIA INSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA DUPLA SUSPENSÃO

A agenda política brasileira na década de 90 foi pautada por uma série de mudanças institucionais que dependiam, por sua vez, da cooperação do Congresso, tendo em vista a necessidade da aprovação de emendas constitucionais para sua consecução. Na fase de implementação dessas políticas, o Judiciário surgiu como um importante ponto de veto institucional, imprimindo derrotas sistemáticas ao Governo especialmente nas Cortes inferiores.

O Governo buscou de forma paralela ao jogo da aprovação de suas políticas centrais no contexto da Reforma do Estado, a alteração das regras do processo de tomada de decisões no âmbito do sistema de justiça, com o propósito de restringir os impactos negativos do acionamento constante pelos adversários do Governo dos pontos institucionais de veto no Judiciário.

O acompanhamento da mudança institucional do marco regulatório do julgamento dos pedidos de suspensão de liminares contra a Fazenda Pública demonstra como a estratégia de mudança institucional empreendida pelo Governo coincidiu com o contexto da denominada guerra de liminares, fenômeno recorrente quando havia algum plano ou programa governamental controverso na ordem do dia. Se bem que seja verdade o fato de que a criação de um verdadeiro subsistema regulador das liminares contra o Poder Público esteja intimamente relacionada com a evolução institucional de proteção judicial ao erário público, como supõe Fux (2004), forçoso concluir que essas alterações avançaram num período marcado pelo veto constante do Judiciário a uma série de políticas públicas reunidas no contexto da reforma do Estado brasileiro.

O programa nacional de desestatização foi, por exemplo, um dos que mais sofreu interferência das instâncias inferiores do Judiciário. Às vésperas do leilão de privatização de alguma estatal, o Governo podia esperar a repetição do mesmo enredo. Ações judiciais em todo o

país com o mesmo objetivo: obstruir a continuidade da privatização de estatais -; e, por conseguinte, algumas dezenas de liminares concedidas para tal fim.

Como visto, sem a aprovação da Reforma do Judiciário, o Governo Federal se lançou ao processo político de alterações na legislação infraconstitucional. A Medida Provisória nº 1984-13, editada em 11/11/2000, fazia parte do pacote legislativo de alteração do marco decisório sobre a concessão de liminares contra o Poder Público. A medida acrescentava alguns parágrafos à Lei 8.437/92 cuja função já era de restrição à concessão de liminares contra o Poder Público.

Segundo o diploma legal original, o Presidente do Tribunal de segunda instância poderia cassar liminares, em ações movidas contra o Poder Público ou contra seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Esse regime da suspensão de liminar é conhecido como juízo de contracautela, tendo em vista a possibilidade de reversão de decisões liminares concedidas por juízes das instâncias inferiores.

Da decisão individual do Presidente da Corte, pela concessão ou não da suspensão da liminar, caberia ainda recurso pela via do agravo regimental, instrumento pelo qual o Tribunal, como corpo coletivo, confirma ou não a mencionada decisão. Em uma das reedições da Medida Provisória analisada, o Presidente incluiu o seguinte dispositivo: “Se o julgamento no agravo de que trata o parágrafo anterior resultar a manutenção ou restabelecimento da decisão de que pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.”<sup>73</sup>

O novo dispositivo autorizou, então, a pessoa de Direito Público interessada (União, ANATEL, INSS, dentre outras) recorrer à cúpula do Judiciário Federal - Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou Supremo Tribunal Federal (STF) – numa nova tentativa de suspender os efeitos de liminares concedidas, mantidas ou restabelecidas em instâncias inferiores contrárias aos seus interesses. Por conta dessa característica, o instituto ficou conhecido como a “dupla suspensão” de liminares.

---

<sup>73</sup> Redação dada pela MP em sua 19ª reedição. Pela Constituição Federal, é competência do Superior Tribunal de Justiça – STJ o processamento e julgamento do recurso especial, enquanto cabe ao Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário.

Em suas sucessivas reedições, foram acrescentados artigos e parágrafos com vistas à centralização do processo decisório no âmbito do regime da suspensão das liminares.<sup>74</sup> Um dos mais importantes permitia ao Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes cujos objetos fossem idênticos ao da original, cassando em “bloco” liminares inconciliáveis com o entendimento firmado pela cúpula. Assim, uma única decisão poderia suspender quantas liminares fossem as concedidas para um mesmo fim em todo o país. O marco institucional da suspensão de liminares contra o Poder Público, com as alterações em negrito, adquiriu as características indicadas na Tabela 4.1 a seguir.

#### **4.2 O JOGO DA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA DE PRIVATIZAÇÕES – O CASO BANESPA**

Nas palavras do próprio mentor por trás da engenharia institucional da dupla suspensão, o então Advogado Geral da União no período de sua formulação, o hoje Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, essa mudança nas regras de tramitação de processos de interesse da Fazenda Pública foi pensada como um regime especial para evitar o quadro de abuso de liminares (*Jornal do Brasil*, “Governo pode rever cortes: entrevista com Gilmar Mendes, 03/06/2001). Não obstante, ficaria difícil desvinculá-la do objetivo do Governo de garantir a continuidade do cronograma de privatização do Banco do Estado de São Paulo – BANESPA.

A reedição da Medida Provisória, com as inovações indicadas, aconteceu apenas 2 dias depois de o Juiz Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo ter concedido, em 04/04/2000, liminar para a interrupção do processo de privatização da instituição financeira. A imprensa chegou a denominar a medida provisória de “MP do Banespa”, sob protestos de Gilmar Mendes que chamou a atenção para o fato de que já tramitavam vários projetos de lei no Congresso com o propósito de promover a restrição da concessão de liminares contra o Poder Público.

---

<sup>74</sup> Para uma análise mais detalhada das inovações trazidas pela Medida Provisória, ver Costa Jr (2003).

**Tabela 4.1 – Novo desenho institucional do marco regulatório da Dupla Suspensão**

<b>Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. O Presidente da República:</b>
Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.
§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.
§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.
§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.
<b>§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.</b>
<b>§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários."</b>
Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.
Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.
Art. 4º - Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.
<b>§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.</b>
<b>§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.</b>
<b>§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3 resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.</b>
<b>§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.</b>
<b>§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.</b>
<b>§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.</b>
<b>§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.</b>
<b>§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.</b>



Segundo informações da própria Advocacia Geral da União – AGU<sup>75</sup>, tramitaram na Justiça cerca de 50 ações contestando a transferência para o setor privado de um bloco único e indivisível de 11.232.000.000 de ações ordinárias do BANESPA, representando cerca de 60% de seu capital votante e 30% de seu capital social. Liminares concedidas em todo do país adiaram por diversas vezes o leilão.

Duas liminares, em especial, incomodavam o Governo. Uma, concedida em 21/02/2000, pela Juíza substituta da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Outra, concedida pelo Juiz de São Paulo, conforme mencionado acima. Ambas suspendiam quaisquer atos relacionados com o processo de privatização do BANESPA.

Temendo a demora do julgamento dos recursos na via ordinária, a AGU e o Banco Central acionaram o pedido de suspensão de liminar. Leva-se em conta, para a concessão da contracautela tão-somente a lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a flagrante ilegitimidade e o manifesto interesse público, configurando um juízo de cunho político.

A decisão no Distrito Federal motivou a publicação da Nota Técnica nº 02/2000, elaborada pelo Departamento da Dívida Pública do Banco Central do Brasil-DEDIP, em 29/02/2000, sete dias depois da concessão da liminar. Em síntese, o relatório buscou relacionar a decisão judicial a uma série de conseqüências negativas para a economia brasileira, com ênfase em problemas fiscais decorrentes do impacto sobre o perfil da dívida pública brasileira. A Tabela abaixo, já apresentada em outra oportunidade (Costa Jr, 2003), expõe as conseqüências esperadas pelo Governo em razão do eventual não ingresso dos recursos provenientes da privatização da instituição.

Com base nas informações deste documento, o Executivo (representado pela AGU e pelo Banco Central), buscou, por meio do uso do instituto da suspensão, a conformação de uma distribuição de preferências nas Cortes judiciais sensível à relação entre o programa de desestatização e a redução do montante da dívida pública. Especificamente neste caso, o fundamento residiu na relação entre o adiamento da privatização do BANESPA e os impactos diretos e indiretos no perfil da Dívida Líquida do Setor Público.

O parecer do Ministério Público Federal no caso representa a preferência política oposta a do Governo Federal. De acordo com o documento, não deveria prosperar o

---

<sup>75</sup> In: “AGU não acredita em revogação da venda”. *Folha de São Paulo*, 21 nov. 2000.

argumento de que a política de privatização constitui instrumento fundamental para a solução da crise fiscal do Estado, pois, a despeito da existência do programa a um certo tempo (5 anos, na época), o montante da dívida havia crescido vertiginosamente. De um estoque de 156,1 bilhões em 1994 chegou a 516,6 bilhões em dezembro de 1999. Enquanto se diminuía o patrimônio público, aumentava-se o estoque da dívida.

**Tabela 4.2 - Os Impactos Macroeconômicos da Decisão Judicial contra a privatização do Banespa**

IMPACTO(S) DIRETOS(S)	IMPACTO(S) INDIRETO(S)
Necessidade de Refinanciamento da Dívida Mobiliária Federal ao custo de no mínimo 19% a.a (Taxa SELIC prevista na ocasião para o ano de 2000), importando prejuízo de R\$394 milhões/ano com pagamento de juros <sup>76</sup>	Perda de credibilidade junto ao mercado quanto à capacidade de manutenção da trajetória em direção ao equilíbrio fiscal, visto que o programa de desestatização constitui um dos seus pilares.
Desestímulo à concorrência bancária no país, implicando manutenção ou aumento do <i>spread</i> <sup>77</sup> praticado pelas instituições financeiras.	Agentes privados adiarão decisões sobre investimentos produtivos, bem como pressionarão por taxas de juros maiores para a rolagem da dívida pública
	Cada um ponto percentual (1%) de aumento da SELIC, ou adiamento de queda, resultante da reversão de expectativas, já significaria um custo adicional anual no serviço da dívida de R\$4 bilhões, superior ao preço atribuído ao BANESPA. <sup>78</sup>
	Elevação do custo de emissão de papéis do Governo Federal no exterior, e, por via reflexa, aumento do custo para os tomadores nacionais de empréstimo
	Compressão dos gastos governamentais em serviços públicos e infra-estrutura econômica
	Ciclo vicioso acima descrito implicaria em redução do PIB, diminuindo a arrecadação tributária e reforçando ainda mais as expectativas negativas quanto à capacidade de manutenção do ajuste fiscal do Estado.

Fonte: Costa Jr (2003, p. 88)

<sup>76</sup> Como parte do processo de federalização do BANESPA, iniciado em dezembro de 1997, a União tinha em seu ativo ações do banco, e em seu passivo títulos de sua emissão em valor correspondente que geravam despesas de juros à taxa de 19% a.a (SELIC). Os recursos provenientes da privatização seriam utilizadas pelo Tesouro Nacional para abatimento desta parcela da dívida (Nota Técnica nº02/2000, Item 3).

<sup>77</sup> Diferença entre a taxa de captação para os bancos (taxas básicas) e as cobradas dos clientes nos empréstimos bancários.

<sup>78</sup> Dado o montante da dívida interna líquida do setor público em dezembro daquele ano (1999) em torno de R\$ 407,8 bilhões.

Além de defender a não correlação entre privatização e melhoria do perfil da dívida, um dos argumentos do Ministério Público Federal se assemelha à crítica de opositores da privatização de empresas rentáveis, que há muito não necessitavam de repasses do tesouro nacional e, ao contrário, serviram em vários momentos para capitalizar o tesouro e aumentar o nível geral de investimentos no país.<sup>79</sup>

Como a União detinha 33,33% das ações do Banco, apontou o Ministério Público que, pela Lei das Sociedades Anônimas, ela receberia dividendos resultantes do lucro operacional do Banco de forma proporcional à participação acionária. Logo, o prejuízo com juros deveria ser compensando com o eventual lucro da instituição. O balanço dos últimos quatro anos (1996-1998) demonstrou um lucro acumulado de R\$4,6 bilhões.<sup>80</sup>

Por fim, o Ministério Público Federal adentrou a seara do preço mínimo fixado no edital. A lesão à economia pública estaria invertida em razão da subavaliação do Banco e do fato de que parte do preço pago seria depois recuperado pelos adquirentes mediante não recolhimento de impostos.

Sem risco de simplificação, a decisão acerca da suspensão da liminar dependia da adesão parcial ou total dos Presidentes das Cortes Regionais a um desses dois posicionamentos acima explicitados. O contexto institucional relativo ao julgamento desse expediente cria incentivos para a manifestação de preferências políticas de magistrados, notadamente para aqueles ocupantes de postos de liderança a quem originariamente o pedido é direcionado. O padrão decisório neste caso é centralizado, pois cabe ao Presidente do Tribunal competente para conhecer do pedido o poder de suspender, ou não, a liminar concedida.

O Presidente da Corte regional em Brasília (Tribunal Regional Federal da 1ª Região) decidiu pela manutenção da liminar, entendimento confirmado pelo órgão especial da casa. Em seu voto, o Desembargador Federal acolheu expressamente os seguintes pontos do parecer apresentado pelo Ministério Público Federal: (i) potencial de lucro do banco reduziria, eliminaria ou mesmo suspenderia os alegados encargos com juros; (ii) encargos da União com juros tão elevados que o prejuízo alegado não apresenta densidade; (iii) as privatizações não têm melhorado o perfil da dívida pública.

---

<sup>79</sup> Nesse sentido, ver Lourenço Neto (2002).

<sup>80</sup> Num plano mais secundário, o Ministério Público afirmou que o valor de R\$189 milhões em seis meses seria irrisório para quem pagou R\$84 bilhões em juros em 1998 e deve gastar R\$77 bi em 2000.

A liminar de São Paulo, por sua vez, foi cassada pelo Presidente do TRF da 3ª Região. Expressamente, o Desembargador Federal concedeu a liminar ao argumento de que (i) haveria risco de refinanciamento da dívida gerado pelo atraso no procedimento licitatório, com conseqüente elevação do seu montante; (ii) o programa nacional de desestatização se mostra fundamental à sustentação da política econômica brasileira, ao fortalecimento das contas públicas e à modernização do Estado, (iii) em princípio, a sustação mediante liminar de leilões de privatização caracteriza lesão à economia.<sup>81</sup>

Todavia, o recurso manejado pelo Ministério Público foi provido pelo Órgão Especial do Tribunal, restabelecendo os efeitos da liminar. A maioria da Corte Regional de São Paulo assentou o entendimento principalmente em regras formais atinentes à concessão da suspensão de liminar. Argüiram que não restou demonstrado pela Fazenda Pública o prejuízo nas contas públicas com a manutenção da liminar vergastada. A figura abaixo reproduz a tramitação do primeiro pedido de suspensão de liminar manejado nos dois casos.

Como visto, após a interação das Cortes de Apelação (TRF da 1ª Região e da 3ª Região), as liminares continuavam a persistir. Com a inovação procedimental promovida pela Medida Provisória acima indicada, a Advocacia Geral da União - AGU e o Banco Central do Brasil - BACEN recorreram ao instituto da “dupla suspensão”. Não obstante, ao alcançar a 19ª reedição, a medida provisória em questão foi impugnada pelo Partido dos Trabalhadores - PT por meio da ADI nº 2251, na qual figurou como relator o Ministro Sydney Sanches.

Nesse momento, a mudança institucional passou a contar com a distribuição de preferências no âmbito da mais alta corte do país acerca da constitucionalidade da engenharia institucional promovida pelo Executivo. Em jogo, as regras do próprio jogo, expondo um campo de análise pouco explorado pelos estudiosos do Judiciário: a regulação pelos outros poderes, especialmente do Executivo, do processo de tomada de decisões no âmbito do sistema de justiça.

---

<sup>81</sup> Trecho do Voto do Desembargador Relator: *“a liminar aqui impugnada apresenta inequívoco risco de grave lesão à ordem econômica, evidenciado pela perspectiva de atraso no procedimento licitatório, com necessidade de refinanciamento e conseqüente aumento da dívida pública.”*

### 4.3 O JOGO DA MUDANÇA DAS REGRAS DO JOGO – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.225

Lawson (2000) destaca o papel do Congresso norte-americano na regulação dos procedimentos, da estrutura e do contexto decisório no âmbito do sistema de justiça daquele país. Esse marco regulatório não funciona apenas como guia para o comportamento dos juízes, mas se reverte em muitos casos em controle sobre o processo de tomada de decisões no Judiciário.

O caso brasileiro recomenda adaptações em face da centralidade do Executivo na produção legislativa federal, implicando um padrão de governança identificado pela ciência política brasileira como “presidencialismo de coalizão” (Santos, 1997, Abranches 1988; Figueiredo, Limongi, 1999; Palermo, 2000). A intenção do Governo era clara com a conformação do instituto da dupla suspensão. Mitigar o poder dos juízes da primeira instância na concessão de provimentos liminares contra o Poder Público.

Considerando que o controle de constitucionalidade abstrato das normas no país é concentrado no Supremo Tribunal Federal – STF, a mudança institucional passou a depender, então, do pronunciamento da corte máxima acerca da possibilidade de tal alteração, constituindo-se a distribuição de preferências dos Ministros componentes do Tribunal em variável determinante do resultado final da discussão sobre as regras do jogo. Assim sendo, o modelo abaixo explica melhor a relação de causalidade estabelecida de forma paralela ao processo de implementação do programa de privatização do Banespa.

**Figura 4.2 - Modelo Teórico da Mudança Institucional no Caso Banespa**

Hipóteses Causais	Processos Causais		Efeitos
X	&		Y
(1) Poderes institucionais do Executivo: poder de agenda, poderes legislativos (medida provisória)	(1) Controle sobre o processo decisório		
		Coopera com o ( ) Executivo	<b>Mudança Institucional</b>
(2) Marco institucional do controle de constitucionalidade	(2) Preferências dos Ministros do STF		
		Não Cooperar com o Executivo ( )	<b>Retorno ao Status quo ante</b>

No julgamento da demanda, requerida pelo Partido dos Trabalhadores, o STF acabou por interagir de forma cooperativa com o Governo. Em agosto de 2000, contrariando o próprio entendimento no julgamento das ADIMC – 1753-2/DF e ADIN – 1910-1<sup>82</sup>, a maioria da Casa abriu caminho não apenas para a continuidade do processo de venda do Banespa, mas também para que se tornasse bem mais simples a tramitação de matérias econômicas de interesse do governo sujeitas à contestação sistemática nas Cortes inferiores.

Além dos argumentos já conhecidos relativos à falta da relevância e da urgência no uso da medida provisória - principalmente neste caso em razão de se tratar de alteração de ritos processuais - o PT, dentre outros dispositivos, argüiu a inconstitucionalidade da parte relativa ao instituto da “dupla suspensão”. Abaixo, o resumo da decisão do STF no que diz respeito aos pontos específicos sobre o tema:

Registre-se, em primeiro lugar, que o Tribunal<sup>83</sup>, por maioria, rejeitou a argüição de inconstitucionalidade formal da medida provisória objeto da ação, tendo em vista os artigos 59 e 62 da Constituição Federal, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que davam pela inconstitucionalidade formal de toda a medida provisória, apenas no que concerne ao artigo 62 da Carta, e, em parte, o Ministro Sepúlveda Pertence, que deferia a cautelar em menor extensão.

Como visto, a coalizão Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello praticamente permaneceu inalterada como votos vencidos. Exceção à adesão do Ministro Néri da Silveira em dois dos dispositivos impugnados.

Assim, suspendeu-se, de forma cautelar, apenas o dispositivo que emprestava eficácia retroativa ao pedido de suspensão, bem como introduzia uma espécie de súmula vinculante. Além de mantida a possibilidade da dupla suspensão, continuou a vigorar o parágrafo cujo comando facultava a extensão dos efeitos do deferimento de um pedido de contracautela a outras liminares com mesmo objeto.

---

<sup>82</sup> Em linhas gerais, a medida provisória foi considerada nessas demandas como normativo excepcional para tratar de matéria processual, à míngua dos requisitos de urgência e relevância.

<sup>83</sup> Composição plenária do Tribunal, na data do julgamento da liminar, 30/08/2000: Sydney Sanches, Moreira Alves, Carlos Velloso (Presidente), Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Maurício Côrrea, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Marco Aurélio (Vice-Presidente).

**Tabela 4.3 - Resultado da Liminar (ADI - 2251)**

<b>DISPOSITIVO</b>	<b>ALEGAÇÃO</b>	<b>RESULTADO</b>
§2º - Oitiva (72 horas) do Autor e do Ministério Público	Diminuiu de 5 p/ 3 dias	<b>INDEFERIDA</b>
		<i>Vencidos Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello</i>
§4º - Dupla Suspensão	Possibilidade de novo pedido de suspensão apenas para a Poder Público, mesmo em face de acórdão de Tribunal, quebra o princípio da igualdade processual	<b>INDEFERIDA</b>
		<i>Vencidos Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio de Mello e Néri da Silveira</i>
§5º - Pedido de Suspensão em face, <b>também</b> , de acórdão prolatado em Agravo de Instrumento interposto contra a liminar	Duas decisões colegiadas de Tribunais poderiam ser reformadas apenas por requerimento da União	<b>INDEFERIDA</b>
		<i>Vencidos Sepúlveda Pertence, Celso de Mello Marco Aurélio de Mello e Néri da Silveira</i>
§6 – Deixa claro o parágrafo anterior	IDEM	<b>INDEFERIDA</b>
		<i>Vencidos Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello</i>
§7 – Efeito suspensivo liminar	Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa	<b>INDEFERIDA</b>
		<i>Vencidos Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello</i>
§8 – Eficácia retroativa da Suspensão e Legitimidade da Suspensão quando constatada ofensa à jurisprudência de Tribunal Superior	Tentativa de introduzir espécie de súmula vinculante por meio de medida provisória	<b>DEFERIDA</b>
		<i>Vencidos, Octávio Gallotti, Moreira Alves e Néri da Silveira</i>
§9 – Extensão dos efeitos da suspensão a liminares supervenientes com o mesmo objeto	Ofensa ao contraditório	<b>INDEFERIDA</b>
		<i>Vencidos Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello</i>

Fonte: Costa Jr (2003, p. 99)

Com a publicação da decisão, o Governo garantiu quase a manutenção total da mudança institucional encarregada de mitigar os efeitos da descentralização do sistema judicial no incremento dos custos de transação para a privatização do BANESPA. Resta,

então, após a análise desse episódio, compreender como, na prática, este novo arranjo institucional, referendado pela maioria do STF, combinado com a expressão coletiva e individual das preferências de juizes, funcionou como variável independente na relação com os *custos transacionais de execução do contrato* de privatização do BANESPA.

#### **4.4 O STF e a RELAÇÃO ENTRE O PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO E O CONTEXTO DA DÍVIDA LÍQUIDA DO SETOR PÚBLICO**

Superadas as barreiras formais, o Ministro-Presidente do STF, na ocasião, podia agora examinar o pedido de suspensão das liminares obstrutivas da privatização do Banespa. Na ocasião, ele não hesitou em examinar a matéria, em sede de contracautela, com base no princípio do “mínimo de delibação do mérito da questão”.

Assim como haviam feito nas instâncias inferiores, a União e o BACEN recorreram à tese da correlação entre sustação do processo de privatização e os seus impactos negativos no montante da dívida interna líquida do setor público..

A Presidência do STF acolheu o entendimento da Fazenda Pública (União e Banco Central) pela constitucionalidade do processo de privatização do BANESPA, bem como pela ocorrência de lesão à economia no caso de seu sobrestamento, com base nos seguintes argumentos: (i) inexistência de ofensa no edital aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade; (ii) impropriedade da alegação dos autores de ofensa ao princípio da soberania nacional em razão da regra inscrita no art. 173 da Constituição Federal segundo a qual a exploração direta de atividade econômica pelo Estado é exceção, não regra. Nesse particular, houve deferência ao contrato político firmado entre Executivo e Legislativo na política de privatizações; (iii) lesão à economia pública com base nos efeitos diretos e indiretos demonstrados pela Nota Técnica do Banco Central (Tabela 5.3), bem como decorrente dos gastos já efetuados com publicidade, consultoria e avaliação econômico-financeira.(iv)lesão à ordem pública devido à não realização de audiência com os entes públicos interessados; (v) importância do Programa Nacional de Desestatização à sustentação da política econômica, ao fortalecimento das finanças públicas e à modernização do Estado.



Referendado pela maioria do Supremo Tribunal Federal – STF, o instituto da “dupla suspensão”, ainda em vigor, serviu como expediente centralizador das decisões judiciais sobre matérias que interessavam diretamente ao Poder Público. Ele reduziu os custos transacionais de execução de contrato não apenas porque delegou a um órgão monocrático – a Presidência do STF ou do STJ – o poder para suspender liminares mesmo as restabelecidas ou mantidas por colegiados de tribunais inferiores. Mas também porque, a partir do trânsito em julgado de uma decisão dessa natureza, seus efeitos poderiam ser estendidos a outros casos com mesmo objeto ou causa de pedir.

A União e o Banco Central passaram a requerer a extensão dos efeitos da decisão de Velloso, confirmada depois pelo Pleno do STF, para as liminares supervenientes. Esses pedidos passaram a ser acolhidos como “Reclamação”. Instrumento com previsão constitucional (arts. 102, I, i e 105, I, f), legal (Lei 8.038/90: arts. 13-18) e regimental (RISTF: art. 156-162 e), o instituto funciona como um mecanismo de *enforcement*, prestando-se à preservação da competência do Tribunal e à garantia da autoridade de suas decisões.

Com base na decisão do STF, cujos dispositivos apontaram a possibilidade de grave lesão à ordem e à economia públicas decorrentes da paralisação da privatização do BANESPA, bem como nas regras da Medida Provisória 1984 (especialmente o §8º) e do instituto da Reclamação (RISTF e Lei 8.038/90), o Ministro-Presidente Carlos Velloso cassou em seguida mais de 10 liminares contrárias à desestatização da instituição financeira.

#### **4.5 ACESSANDO A VARIÁVEL INDEPENDENTE – O SUBSISTEMA INSTITUCIONAL DAS LIMINARES CONTRA O PODER PÚBLICO**

O instituto da dupla suspensão não esgota o subsistema institucional do processamento e julgamento das liminares contra o Poder Público. Ele é apenas um dos pilares de uma matriz institucional conformada ao longo do tempo como reação aos provimentos judiciais que surpreendiam a Fazenda Pública, especialmente as decisões com repercussão sobre os cofres públicos.

Fux (2004) demonstra, por exemplo, que, por razões de natureza eminentemente fiscal, ao longo do tempo, foram surgindo mecanismos criados pela via da legislação infraconstitucional destinados a restringir a concessão de liminares e de tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública com potencial de surpreender o erário, mormente porque muitas delas encerravam entrega de soma aos particulares. Antes previstos na legislação do mandado de segurança, novas leis foram estendendo esses dispositivos a outros tipos de ações, como as ações civis públicas, as ações populares e as ações cautelares inominadas, ao mesmo tempo que criavam também novas situações extensíveis ao *writ*, como é exemplo a citada Lei nº 8.437/92. A tabela 4.5 abaixo captura a intenção do legislador em providenciar a criação de uma armadura para proteger a Fazenda Pública contra provimentos liminares.

Assim sendo, a legislação convergiu no sentido de estender as prerrogativas para a Fazenda Pública na concessão das liminares, das cautelares, das seguranças e das tutelas previstas no art. 273 do CPC<sup>84</sup>, submetendo, por via de consequência, o processamento e julgamento das ações civis públicas, das ações populares, dos mandados de segurança, das ações cautelares inominadas e também das ações ordinárias, às limitações previstas tanto na Lei nº 4.348/64 quanto na Lei nº 8.437/92.

Fux (2004) resumiu as características desse regime extraordinário da Fazenda Pública em juízo em 13 pontos fundamentais. A introdução do instituto da dupla suspensão foi acrescentada por iniciativa do autor por conta do seu traço marcante nas regras de tramitação dos processos contra a Fazenda Pública (7º ponto). Ademais, a possibilidade de cassação em bloco das decisões liminares inconciliáveis não poderia deixar de figurar no quadro abaixo tendo em vista seu efeito multiplicador inverso no contexto da guerra de liminares (14º ponto).

---

<sup>84</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

**Tabela 4.4 – As mudanças no Subsistema Institucional das liminares contra o Poder Público**

<b>Lei</b>	<b>Ementa</b>		
4.348/64	Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança.	art.4º, <i>caput</i> <sup>85</sup>	Possibilidade de pedido de suspensão de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública;
	×	art.4º, §1º <sup>86</sup>	Possibilidade de novo pedido de suspensão junto ao STJ ou ao STF.
	×	art. 5º, <i>caput</i> <sup>87</sup> ,	Impossibilidade de concessão de medida liminar de mandados de segurança visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens;
	×	Art. 5º, § único <sup>88</sup>	Impossibilidade de execução de parcelas antes do trânsito em julgado da sentença;
	×	art.7, <sup>89</sup>	Possibilidade de recebimento da apelação com efeito suspensivo na sentença que concede segurança para outorga de vencimento ou reclassificação
7.969/89		Art. 1º	Estendeu o escopo da aplicação do art. 5º, § único e art. 7º da Lei acima para as medidas cautelares previstas nos arts. 796 a 810 do CPC

Fonte: Elaboração própria com base em Fux (2004)

<sup>85</sup> “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, saúde, à segurança e à economia pública, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (vetado) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato.”

<sup>86</sup> “Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o **caput**, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.”

<sup>87</sup> “Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens.”

<sup>88</sup> Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

<sup>89</sup> “O recurso voluntário ou "ex officio", interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.”

**Tabela 4.4 – As mudanças no Subsistema Institucional das liminares contra o Poder Público (cont.)**

8.437/92 <sup>90</sup>	Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.	Art. 4º, <i>caput</i>	•Possibilidade de pedido de suspensão de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública e em caso de manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade
		Art. 4º, §1º	•Extensão dos efeitos da lei para sentenças proferidas nas ações civis públicas, nas ações populares e nas ações cautelares inominadas
		Art. 4º, §4º	•Possibilidade de novo pedido de suspensão junto ao STJ ou ao STF
		Art. 4º, §7º	•Concessão do efeito suspensivo liminar
		Art. 4º, §8º	•Possibilidade de cassação de liminares em bloco
Lei nº 9.494/97		Art. 1º <sup>91</sup>	Estendeu para as ações ordinárias contra o Poder Público as prerrogativas fazendárias das Leis nº 4.348/64 e 8.437/92 acima indicadas

Fonte: Elaboração própria com base em Fux (2004)

<sup>90</sup> Ver Tabela 5.2

<sup>91</sup> Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

**Tabela 4.5 - O Subsistema Institucional das Liminares contra o Poder Público reformado**

<b>PONTO</b>	<b>ATRIBUTO</b>
<b>1</b>	O art. 5º da Lei 4.348/64 veda a concessão de medida liminar de mandados de segurança impetrados visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, a concessão de aumento ou extensão de vantagens, a liberação de recursos e a compensação e restituição de créditos tributários.
<b>2</b>	As decisões finais sobre as matérias acima (art. 5º, parágrafo único, da Lei 4.348/64) somente podem ser executadas depois de transitadas em julgado.
<b>3</b>	Essas limitações aplicam-se às sentenças finais que tenham por objeto as matérias acima e a <i>fortiori</i> às liminares cautelares e às liminares satisfativas.
<b>4</b>	Às vedações de outrora foram adicionadas proibições que impliquem em deferimento liminar de compensação de créditos tributários ou previdenciários (§ 5º, do art. 1º, da Lei nº 8.432/92).
<b>5</b>	A regra geral é a de que a liminar não esgote o objeto da ação, obstáculo que se supera na valoração dos interesses em jogo devendo preponderarem os direitos fundamentais da pessoa humana e o intransponível direito de acesso à justiça;
<b>6</b>	Os provimentos de urgência, em geral, admitem a suspensão da execução pelo presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso correspondente cabível, por isso que, em regra, o presidente do Tribunal de Revisão da decisão é o competente para a suspensão. Consequentemente, da decisão do juiz de primeiro grau cabe ao presidente suspender a liminar, sem prejuízo do cabimento do recurso cabível. A fortiori, a liminar concedida pelo Tribunal local estadual ou federal é passível de pedido de suspensão junto ao STJ ou STF, consoante os fundamentos do pedido.

Fonte: elaboração própria com fundamento em Fux (2004).

**Tabela 4.5 - O Subsistema Institucional das Liminares contra o Poder Público reformado (cont.)**

<b>7<sup>92</sup></b>	<p>Cabe agravo da decisão que concede ou nega a suspensão que, levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição, deverá ser julgado em 5 cinco dias (art.4º,§3º).</p> <p>Como o Presidente do Tribunal local estadual ou federal de Revisão é o competente para conhecer do pedido de suspensão, o dispositivo faz referência ao agravo regimental previsto nos regimentos internos dos respectivos tribunais para o reexame pelos correspondentes órgãos colegiados das decisões de presidentes ou relatores.</p> <p>Se resulta do julgamento desse agravo a manutenção ou o restabelecimento da liminar que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do STJ ou do STF (art. 4º, §4º). <b>(instituto da dupla suspensão)</b></p>
<b>8</b>	<p>A novel redação do art. 4º e seu parágrafo 7, da Lei 8.437/92, no contexto do microsistema da proteção da Fazenda Pública em face das liminares cautelares ou satisfativas proferidas em Mandado de Segurança, nas ações cautelares ou nas de conhecimento em geral, ampliou os casos de cabimento de suspensão das tutelas de urgência, para abarcar a suspensividade ou a concessão de efeito ativo; quando a decisão (art. 4º):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) afronta manifesto interesse público;</li> <li>b) encerra flagrante ilegalidade, como v.g.: quando contra legem ou concedida por órgão absolutamente incompetente;</li> <li>c) pode causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.</li> <li>d)há plausibilidade do direito invocado ou situação de urgência.</li> </ul>
<b>9</b>	<p>As sentenças mandamentais contra o Poder Público, ainda não transitadas em julgado, também podem ser passíveis de suspensão de execução nos mesmos moldes das liminares (§ 1º, do art 4º da Lei nº 8.437/92).</p>
<b>10</b>	<p>As liminares passíveis de suspensividade não inibem a interposição de agravo de instrumento, cujo resultado do julgamento anterior à suspensão pode ter efeito prejudicial acaso esvazie o interesse de agir na provocação à Presidência do Tribunal competente (§ 6º do art 4 da Lei 8.437/92). De toda sorte, o resultado do pedido de suspensão prevalece sobre a decisão de agravo, na exegese do referido dispositivo.</p>

Fonte: elaboração própria com fundamento em Fux (2004).

<sup>92</sup> Acrescentei em razão de sua repercussão no desenho das regras do jogo do processo de tomada de decisões no Judiciário.

**Tabela 4.5 - O Subsistema Institucional das Liminares contra o Poder Público reformado (cont.)**

<b>11</b>	A decisão de 2ª instância pelos seus órgãos próprios, nos agravos interpostos contra as liminares apreciadas pelo presidente dos Tribunais locais, são passíveis de apreciação pelo presidente do STJ ou do STF, conforme a natureza da matéria decidida (constitucional - ou infraconstitucional), os quais poderão, no exercício de suas competências, cassar ou conceder a liminar (§ 4º e 5º c/c art. 4º da Lei 8437/92).
<b>12</b>	A decisão de suspensão do presidente do Tribunal que por último apreciou a liminar ou a do recurso interposto e julgado, prevalecerá até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal (§ 9º do art. 4º, da Lei nº 8.437/92).
<b>13</b>	O presidente do Tribunal também poderá conceder efeito ativo liminar ao pedido, diante da não concessão do provimento (§ 7º, do art. 4º, da Lei 8.437/92).
<b>14<sup>93</sup></b>	As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original (§8, do art. 4º, da Lei 8.437/92). <b>Cassação em bloco das decisões inconciliáveis.</b>
<b>15</b>	Em todos os casos, as novas regras desse microsistema de proteção do Poder Público devem ceder nas hipóteses em que haja tensão entre valores fundamentais, ab-rogando-se as proibições à luz do princípio da proporcionalidade e das cláusulas pétreas constitucionais.

Fonte: elaboração própria com fundamento em Fux (2004).

---

<sup>93</sup> Idem.

Como o subsistema da concessão de liminares contra o Poder Público figura nesta dissertação como uma variável independente na relação com a intensidade dos custos de transação de execução de contrato, a exposição detalhada da repercussão das novas regras na tramitação dos processos contra o Poder Público contribui para a execução de uma das tarefas essenciais do manejo do institucionalismo como uma metodologia de análise: a descrição das variáveis institucionais em destaque.

#### 4.6 ANÁLISE E RESULTADOS

Por opção metodológica, o caso Banespa acima analisado não foi incluído no desenho do estudo de caso desta dissertação, uma vez que não se enquadra na seara da agenda regulatória. Não obstante, não deixa de ser uma espécie de caso-piloto, visto que fornece um amplo conjunto de *insights* tanto no que se refere ao papel das regras do processo de tomada de decisões no contexto do encaminhamento judicial de matérias com repercussão no processo político quanto no que concerne ao papel efetivo do Judiciário no desenho e no conteúdo das políticas públicas.

Além disso, se o subsistema normativo das liminares contra o Poder Público constitui uma das variáveis institucionais independentes do modelo teórico da pesquisa, a análise sobre o processo de mudança institucional que o conformou só pode enriquecer a pesquisa como um todo. Notadamente porque se, por um lado, no caso Banespa, esse conjunto de regras favoreceu as preferências do Governo Cardoso, por outro, no caso da majoração tarifária da telefonia fixa, em que houve uma clara oposição entre Governo Lula e a ANATEL, o regime especial fazendário serviu a este em detrimento daquele.

Em alguma medida, as conclusões preliminares aqui obtidas fornecem pistas acerca do encaminhamento de demandas judiciais que afetam os interesses do Poder Público, seja no que se refere ao papel das regras de tramitação dos processos com repercussão nos interesses do Governo, seja no que concerne ao comportamento dos magistrados, especialmente os integrantes da cúpula do sistema de justiça.

(1) **Sobre a matriz institucional e a relação com os custos de transação de execução de contrato.** O instituto da “dupla suspensão” serviu como expediente centralizador do processo de tomada de decisões acerca da continuidade da privatização do



Banespa. Aplicando as categorias eleitas para figurar no desenho do estudo de caso desta dissertação, ele funcionou, no evento examinado, como um agente redutor dos custos de transação de execução de contrato, este entendido aqui tanto, em sentido amplo, sob a forma do contrato político atinente ao programa nacional de desestatização aprovado no Congresso Nacional, como, em sentido estrito, sob a forma do edital de privatização do banco. Reduziu os custos de transação não apenas porque transferiu para um órgão monocrático – a Presidência do Supremo Tribunal Federal – STF – o poder para suspender as liminares obstrutivas do andamento do cronograma de privatização, até mesmo as restabelecidas ou mantidas por colegiados de tribunais inferiores (Atributo 7). Mas também por conta do efeito multiplicador inverso da cassação em bloco de decisões judiciais contrárias ao entendimento do STF no caso (Atributo 14).

A hipótese da incerteza jurisdicional, em sentido amplo, indica que a forma como está organizado o sistema de justiça brasileiro, com dispersão das fontes de poder, desfavorece o lado da oferta de crédito no país. A incapacidade do sistema judicial em garantir o cumprimento dos contratos pressiona o risco embutido no *spread* bancário, restringindo ou tornando muito custosa a oferta de crédito no país, principalmente por meio de instrumentos financeiros de longo prazo.

O caso apresentado, assim como o da majoração tarifária da telefonia fixa, sugere que a análise das relações entre sistema judicial e performance econômica deve reconhecer a heterogeneidade dos diversos extratos do Judiciário, especialmente entre as instâncias inferiores e as superiores. Foi possível verificar, ao menos no caso estudado, um padrão decisório dotado de relativo grau de centralização e de coordenação, fruto de um conjunto de regras e de instituições voltadas para a inclinação da balança de poder em favor da cúpula do Judiciário, em que pese o ruído provocado por diversas liminares na primeira instância no sistema como um todo.

A engenharia institucional da alteração do regime da suspensão de liminares não apenas mitigou o impacto das decisões dos juizes das instâncias ordinárias e das Cortes intermediárias (Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais), como também facilitou a implementação de um capítulo essencial da política de privatizações. No caso estudado, o manejo dos mecanismos institucionais garantiu o retorno ao *status quo* da

política de privatização do Banespa com uma incidência menor de custos transacionais para o Governo Federal.

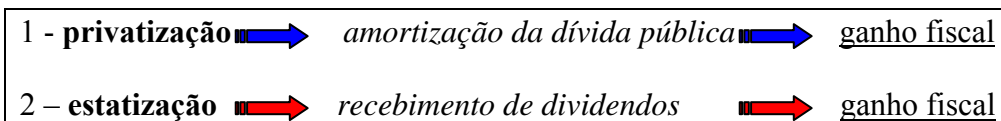
**(2) Sobre as preferências dos Ministros do STF e o comportamento como policy-makers.** Analistas em todo o mundo se debruçam sobre a real extensão dos efeitos da interferência do Judiciário no processo político. Juízes interferem de fato no desenho das políticas públicas ? No caso examinado, forçoso concluir que o Supremo Tribunal Federal – STF interagiu cooperativamente com o Executivo na implementação da política de privatizações. Não obstante, cooperar com o Governo significa atuar como implementador de política pública (*policy-maker*) ?

Em primeiro lugar, o STF legitimou a mudança das regras do jogo empreendida pelo Executivo voltada para aumentar o grau de centralização do processo de tomada de decisões. Por extensão, é possível dizer que a mais alta corte do país cooperou em alguma medida com a política da reforma judiciária promovida pelo Executivo cujo principal objetivo confessadamente é conferir mais poder à cúpula do Judiciário brasileiro.

No plano mais específico das políticas públicas, prosperou o entendimento do STF de que a sustação do processo de privatização do Banespa causaria grave lesão à ordem e à economia sob o prisma da ótica fiscal. Não se deve esquecer que, no contexto da apreciação dos pedidos de contra-cautela, há incentivos próprios para o comportamento político dos juízes, tendo em vista o necessário exame sobre a existência de lesão à ordem pública, econômica ou sanitária, supostamente causada por decisões judiciais das instâncias inferiores.

Todavia, por maior que tenha sido o conjunto de incentivos do marco institucional das liminares contra o Poder Público à atuação do Ministro-Presidente do STF como um tomador de decisão sobre política pública, sua postura foi a de examinar o mérito da relação entre a política de privatizações e o perfil da dívida pública brasileira, apesar de o juízo da contra-cautela prescindir de qualquer análise sobre o mérito.

Estavam em jogo duas ordens de argumento sobre a instrumentalidade da política de privatizações, como mostra a figura abaixo. O Ministro e, por extensão, a maioria do STF (vide ementa do acórdão no Agravo Regimental na PET 2066/SP) preferiram a alternativa 1 a 2.



A concordância do STF com a constitucionalidade do processo de privatização do Banespa, garantido o retorno ao *status quo* da política, não significa que a mais alta corte do país não tenha se comportado como um tomador de decisões sobre políticas públicas. Basta imaginar o efeito de uma decisão em sentido contrário.

Os Ministros haviam tomado conhecimento da repercussão econômica dessa decisão sobre o programa de privatizações. A negativa do pedido de deferimento da suspensão das liminares, até mesmo por questões meramente formais, representaria um obstáculo de grandes proporções para a política de privatizações como um todo. Nesse sentido, no voto do Ministro-Presidente, houve por exemplo a concordância expressa com os seguintes argumentos expostos no Parecer do Procurador-Geral da República<sup>94</sup> que opinou pelo deferimento do pedido de suspensão:

“(…)a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, segundo a Constituição, somente será permitida 'quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo' (Constituição Federal, art. 173). Incumbe ao Estado, por outro lado, em cumprimento precípua do seu papel constitucional, promover a educação, a saúde, a segurança, a justiça e o bem-estar social, dentre outras missões. Penso, assim, que não há falar na hipótese de violação da soberania nacional, em afronta ao art. 1º, inciso I, da Carta da República, constituindo exagero retórico sugerir a desnacionalização do sistema bancário em função do processo de privatização do BANESPA. Os maiores bancos do País são, como se sabe, de capital privado nacional, além das instituições financeiras federais. (...)a privatização do BANESPA é passo fundamental no ajuste das contas públicas que está em curso, em busca da definitiva estabilidade macroeconômica do Brasil, que, por sua vez, é pressuposto para a confiabilidade exigida não só por investidores internacionais, como também nacionais. O seu adiamento levará, necessariamente, à redefinição das contas públicas, tornando imperioso o corte de investimentos previstos (...)Deve ser considerada também a seguinte repercussão negativa sobre a economia pública relacionada com a taxa de juros praticada no País: a dívida interna líquida do setor público era de R\$ 407,8 bilhões em dezembro de 1999; se a reversão de expectativas se materializar na elevação (ou em seu equivalente, o adiamento da queda) da taxa de juros em apenas um ponto percentual, isso já significaria um custo adicional anual no serviço da dívida pública da ordem de R\$ 4 bilhões, superior, portanto, ao valor atribuído ao BANESPA (Pet 2066-AgR/SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, Publicação: DJ, 05/09/2000, p. 30).

<sup>94</sup> Oficiou perante o Supremo Tribunal Federal – STF o chefe máximo do Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, cargo exercido na época por Geraldo Brindeiro.

Conquanto a manifestação do STF sobre o programa de privatizações estivesse adstrita ao caso concreto da desestatização do Banespa e tenha ocorrido no bojo do processamento de uma modalidade jurídico-processual limitada tão-somente ao juízo liminar, houve análise do mérito do pedido sob o entendimento pacificado da corte quanto à permissão de um juízo mínimo de delibação acerca da questão de fundo no julgamento de pedidos de suspensão.<sup>95</sup> Foi clara a adesão da mais alta corte à idéia de que o programa de privatizações constituía instrumento fundamental para o ajuste das contas públicas que, por sua vez, representava uma pré-condição para a manutenção da taxa de investimentos privados no país.

No contexto da discussão do sentido e do alcance do fenômeno da judicialização da política, alguns estudos apontaram que o contexto decisório do julgamento dos pedidos de liminar impede que se ateste o fenômeno da judicialização da política. Oliveira (2005), por exemplo, sugere que não se pode falar em judicialização da política sem que se complete um ciclo de três fases: a) ajuizamento da ação (politização da justiça); b) julgamento do pedido de liminar; e c) julgamento do mérito (judicialização da política propriamente dito). Por esse conceito, concluiu que, ao menos nos casos das privatizações, “os juízes têm se eximido de adotar uma postura política e de promover uma interferência judicial em âmbitos eminentemente políticos, o que pode ser verificado pelo resultado das ações impetradas: nenhuma das ações conseguiu barrar a venda de uma empresa estatal.”

O estudo de caso examinado mostrou que nem sempre o ciclo da judicialização política, conforme Oliveira (2005), precisa ser completado para se concluir pela interferência política relevante do Judiciário nos programas governamentais. No âmbito do processo decisório do pedido de suspensão de liminar o STF atuou como *policy-maker*, revelando suas preferências políticas e provocando comportamento reativo das outras instituições do sistema político.

Ainda na seara do comportamento dos juízes, merece destaque, também, o grau de adesão desses atores ao impacto econômico das decisões judiciais. Como visto em outra oportunidade, não é pacífico o entendimento de que o Judiciário deve levar em conta as conseqüências de suas decisões no cenário econômico.

---

<sup>95</sup> Nesse sentido, a jurisprudência do STF no julgamento dos seguintes feitos: (SS 846-Agr/DF, SL 125/PA, SS 1.272-AgR, Pet 2066, AgR/SP).

Ora, o pedido de suspensão da liminar que obstava a privatização do Banespa fundava-se precipuamente no juízo sobre a lesão à economia pública decorrente da manutenção da decisão provisória de primeiro grau. Em resumo, tratava-se de uma análise propriamente dos efeitos econômicos de uma decisão judicial.

A figura abaixo sintetiza, então, a relação de causalidade que contribuiu para a conformação do subsistema das liminares contra o Poder Público que será tratado como variável independente no estudo de caso a seguir.

**Figura 4.3 - Modelo teórico final sobre a mudança institucional do caso Banespa**

Hipóteses Causais	Mecanismos Causais Intervinentes		Efeitos
<i>X</i>	&		<i>Y</i>
Poderes institucionais: poder de agenda, poderes legislativos (medida provisória)	Controle sobre o processo decisório		
		( × )Coopera com o Executivo	<b><u>Mudança Institucional</u></b>
Marco institucional do controle de constitucionalidade	Preferências dos Ministros do STF		
		( )Não Cooperava com o Executivo	<b>Retorno ao Status quo ante</b>

## CAPÍTULO 5 - A REVISÃO JUDICIAL DO REAJUSTE TARIFÁRIO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA EM 2003/2004

---

O exame minucioso da intervenção do Judiciário no episódio de privatização do Banespa revelou com muita clareza a importância do contexto institucional na análise dos processos de formulação e de implementação de políticas públicas. Esta dissertação se filia à corrente que entende ser, nos casos de processos de regulação, tão ou mais crucial ainda compreender o papel do marco institucional nos resultados alcançados.

O processo regulatório é inerentemente conflituoso, uma vez que envolve interesses e preferências das firmas reguladas, dos consumidores e/ou dos usuários dos serviços regulados, dos grupos da sociedade civil direta ou indiretamente afetados pela atividade regulatória, dos próprios reguladores setoriais e dos atores políticos no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Os resultados da atividade regulatória não decorrem tão-somente da combinação das preferências dos grupos de interesse e dos reguladores setoriais e políticos, mas também da interação entre essa distribuição de preferências com o contexto institucional em que eles atuam, razão pela qual os modelos de teoria da regulação econômica com forte orientação para os interesses dos atores explicam apenas de forma parcial uma série de casos específicos da agenda política de regulação.

Essa complexidade do processo regulatório é o motivo principal pelo qual a estratégia analítica empregada nesta dissertação optou pelo estudo de caso, com apoio no *process-tracing*. O caso em exame – a majoração tarifária em 2003 – não pode ser explicado tão-somente a partir da identificação estática das preferências dos atores envolvidos no processo, mas como um conjunto de decisões e de escolhas que foram se sucedendo ao longo do tempo mediadas por um contexto institucional específico.

Conquanto a preocupação em saber se o resultado político final significou a captura do regulador por esse ou aquele interesse específico não escape aos objetivos desta pesquisa, até mesmo porque a hipótese da incerteza jurisdicional, em sentido estrito, não sugere outra coisa senão a captura do Judiciário pelos interesses das partes mais fracas das relações econômicas, o processo de regulação não pode a isso ser resumido. O episódio da majoração tarifária demonstra de forma clara que tão importante quanto saber as preferências dos *players* envolvidos na atividade regulatória é entender o papel do contexto

institucional sobre o qual foi instaurado um conflito entre a postura do regulador setorial (ANATEL) e o comportamento dos juizes diante de um mesmo tema regulatório.

O ambiente da execução das políticas regulatórias no Brasil tem sido palco de novas batalhas judiciais, reclamando, então, uma orientação metodológica voltada para capturar os efeitos da mediação institucional exercida pelo Judiciário no desenho e no conteúdo delas. Parte dos resultados verificados decorre do conflito entre reguladores setoriais e políticos, cujas raízes se encontram, principalmente, no embate entre as normas administrativas de regulação e os sistemas constitucionais e legais relativos a questões mais abrangentes, como a tributação e a defesa do consumidor (Sundfeld e Câmara, 2005). Não por coincidência, os temas da dissertação revelam uma complexa discussão acerca dos limites do poder normativo das agências reguladoras, mormente quando há alegada violação da legislação setorial ao Código de Defesa do Consumidor ou a outras normas gerais.

Como objetivo geral, esta dissertação chama a atenção para o legado deixado pela intervenção do Judiciário nas políticas de regulação. Especificamente, com apoio no *process-tracing verification*, a pesquisa será conduzida de modo a testar as proposições elaboradas pela literatura, ainda que incipientes, acerca do impacto do Judiciário brasileiro na regulação.

O processo de revisão judicial dos atos das agências reguladoras, ao rediscutir as bases firmadas nos contratos regulatórios, tem sido associado à incerteza jurídica e à incapacidade do Judiciário em moderar a instabilidade das regulações públicas, gerando um cenário permeado por altos custos de transação de execução de contrato. Na linha da hipótese da incerteza jurisdicional em sentido estrito, haveria um viés em favor do consumidor no processo de rediscussão das cláusulas acertadas entre o Poder Público e as empresas concessionárias.

Como já antecipado numa apertada síntese no capítulo 3, a intervenção do Judiciário no episódio da revisão da majoração tarifária dos serviços de telefonia fixa em 2003/2004 revelou um processo de tomada de decisões mais centralizado e coordenado do que supõe a literatura. Além disso, conquanto seja precipitado atestar que houve captura da cúpula do Judiciário pela indústria das telecomunicações, o equilíbrio final foi voltado para a chancela

da regra do cumprimento dos contratos, beneficiando diretamente o lado da oferta de investimentos.

A estratégia analítica desta dissertação, na forma de um estudo de caso, foi desenhada como instrumento para a compreensão dessa dinâmica do processo de tomada de decisões que levou a tal resposta final, contra-intuitiva em alguma medida com o diagnóstico apontado pela literatura nos capítulos 1 e 2. Além disso, a escassez de pesquisas sobre os efeitos da participação do Judiciário no processo regulatório brasileiro, até mesmo em razão da contemporaneidade do tema, justificou a criação de um arcabouço metodológico voltado para investigar o Judiciário em ação.

Optou-se, com apoio no *process-tracing* (George e Bennett, 2004), em acompanhar, ao longo do tempo, o encaminhamento judicial da questão tarifária, com o propósito de identificar os mecanismos causais responsáveis pela redução gradativa dos custos de transação de execução de contrato à proporção que a matéria era deslocada das instâncias inferiores para o âmbito da competência da cúpula do sistema de justiça federal.

Assim, foram criados quatro cenários decisórios. Em cada um deles, haverá a medição do índice de custos de transação de primeira ordem (CT1) e de segunda ordem (CT2), em conformidade com os parâmetros definidos na resenha metodológica no capítulo 3. Além disso, na linha do *process-tracing*, serão identificados os processos causais responsáveis pela conexão entre as variáveis independentes e o grau de incidência dos custos de transação escolhido como variável dependente.

## **5.1 O CONFLITO DE INTERESSES NA DISCUSSÃO SOBRE A MAJORAÇÃO TARIFÁRIA DA TELEFONIA FIXA**

Considerando a orientação neo-institucionalista desta dissertação, a estratégia analítica parte do pressuposto de que as abordagens centradas tão-somente no papel dos grupos de interesses envolvidos na atividade regulatória se mostram incompletas, caso dos modelos da teoria da regulação econômica apresentados no referencial teórico desta pesquisa (Stigler, 1971; Becker, 1983, Peltzman, 1989). A desatenção ao contexto institucional enfraquece as análises de processos tão complexos como os regulatórios.



De acordo, por exemplo, com a teoria da regulação econômica de Stigler (1971), a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no processo de reajuste das tarifas telefônicas iniciada em junho de 2003 indicaria a captura da corte máxima em matéria federal infraconstitucional pelas firmas de telecomunicações. O estudo de caso demonstrará, entretanto, que tal conclusão se mostra incompleta, uma vez que o episódio revela em verdade um conflito entre organizações com competência para influenciar o processo regulatório (ANATEL *versus* Cortes Federais), mediado pelo contexto institucional que oferece os constrangimentos e as oportunidades para que elas atuem.

Nesse sentido, importa saber qual foi o papel da estrutura institucional sobre a qual os agentes reguladores (ANATEL e as Cortes Federais) e os grupos de interesse interagiram (firmas e consumidores). Além disso, não poderá escapar do modelo a identificação das preferências tanto dos agentes reguladores como dos grupos de interesse envolvidos.

A opção por uma perspectiva institucionalista não significa prescindir de identificar os interesses da tríade tradicional do processo regulatório: as agências, as firmas e os consumidores. Naturalmente que a inclusão do Judiciário como variável determinante do processo regulatório implica capturar também as preferências dos juízes e ministros das cortes superiores envolvidos na revisão judicial dos atos regulatórios em exame. Agora, a tarefa é apresentar as razões, os fundamentos e as motivações dos requerentes (lado da demanda) e dos requeridos (lado da oferta) no âmbito da revisão judicial dos atos baixados pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL naquele ano de 2003.

Essa agência, por intermédio dos Atos n° 37.166, 37.167, 37.211 e 37.212, homologou o reajuste das tarifas do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, nas modalidades *local, longa distância nacional e longa distância internacional*, com base na aplicação da variação do índice IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas – FGV. A fórmula utilizada, prevista nos Contratos de Concessão de Serviço Telefônico Fixo Comutado, especialmente as disposições contidas nas cláusulas 11.1 e 11.2, implicou os seguintes aumentos: (i) assinatura básica residencial e pulsos (25%); (ii) assinatura e habilitação não residenciais e tronco (41,75%); (iii) crédito de cartão telefônico (25%); (iv) longa distância nacional - DDD (24,85%); (v) longa distância internacional - DDI (10,54%).

A aplicação do IGP-DI da FGV (Índice Geral de Preços da Fundação Getúlio Vargas) acarretou reajuste médio de 30,05%, previsto nos contratos de concessão, provocando reação imediata do próprio Governo Federal desde o momento em que a ANATEL informalmente sinalizou sua opção de respeitar as disposições das cláusulas dos contratos de concessão que estabeleciam a metodologia para a aplicação do reajuste dos preços da cesta tarifária.<sup>96</sup> Houve um verdadeiro embate público entre o Ministro das Comunicações, Miro Teixeira, então no Partido Democrático Trabalhista – PDT e o Presidente da ANATEL, Luiz Guilherme Schymura, indicado pelo Governo anterior.

O Poder Executivo buscou costurar um acordo com as empresas do setor e com a ANATEL, a fim de diluir o impacto do IGP-DI no índice de inflação do país, até mesmo porque o índice era referência para as demais revisões tarifárias dos serviços públicos, como energia elétrica e pedágio. Não obstante, o Presidente da ANATEL anunciou o reajuste das tarifas, oficializado com a publicação do Diário Oficial da União do dia 27/06/2003, limitando-se a afirmar que apenas estava cumprindo o que estava no contrato.

O Presidente do Banco Central, Henrique Meirelles, também se pronunciou contra a homologação do reajuste pela ANATEL, lamentando que o reajuste acima do previsto causaria impacto negativo nas expectativas de inflação. Estimou em 1% o impacto do reajuste no índice de preços oficial (IPCA) daquele ano.

Alguns senadores criticaram duramente o reajuste, culminando nas declarações do Senador Luiz Otávio (PMDB-PA) que, ao anunciar a entrada de requerimento junto à Comissão de Fiscalização e Controle para convocação de Schymura, com o propósito de explicar o reajuste médio das tarifas, lembrou ser possível à Câmara Alta do Congresso propor a destituição do cargo de diretor da ANATEL.

Na Câmara, houve reação, também, imediata à majoração das tarifas. Motivados pela forte oposição ao reajuste de setores ligados ao grupo dos consumidores na sociedade, bem como do próprio Executivo que buscou uma alternativa ao aumento previsto nos contratos de concessão, os deputados Daniel Almeida (PCdoB-BA), Givaldo Carimbão (PSB-AL) e Jamil Murad (PCdoB-SP) apresentaram requerimento de instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) com o propósito de investigar os contratos

---

<sup>96</sup> Algumas matérias de jornais eletrônicos e impressos, como a apresentada a seguir, sinalizaram o impasse entre o Poder Executivo e agência reguladora a respeito da revisão tarifária do ano de 2003: “ANATEL contraria Lula e autoriza reajuste de 28,75% na tarifa do telefone”, *Folha On-Line*, 26/06/2003.

celebrados entre a agência e as empresas de telecomunicações no período compreendido entre 1997 e 2003. O pedido foi assinado por 252 deputados, 81 a mais do que o necessário, e, aguardando na fila de espera, somente foi aceito em 2005, já na Presidência do ex-deputado Severino Cavalcanti (PP-PE)<sup>97</sup>. Todavia, por falta de movimentação dos líderes partidários na indicação dos membros da CPI, a investigação não foi iniciada.

Frustrado o canal informal de negociação estabelecido entre o Governo Federal e a ANATEL, ações foram iniciadas em todo o país, com incentivo explícito do próprio Poder Executivo<sup>98</sup>. Em linhas gerais, questionavam o impacto negativo do aumento nos índices inflacionários com repercussão na renda dos consumidores. A tabela 5.1 apresenta a distribuição geográfica das (41) ações originárias das diversas seções judiciárias e comarcas do país (ações civis públicas, ações populares e ações ordinárias) escolhidas para exame.

Elas foram escolhidas em conformidade com os fundamentos apresentados no capítulo metodológico, não sendo possível inferir se tratar a distribuição geográfica das ações apresentada acima como uma representação fiel do que ocorreu de fato em todas as seções judiciárias e comarcas do país. Não obstante, os dados demonstram como foram acionados os pontos institucionais de veto em todas as regiões do país, de uma forma descentralizada, dificultando a coordenação da defesa das concessionárias dos serviços públicos e da própria ANATEL.

Percebe-se, pela leitura da tabela 5.2, um espectro bastante diverso de opositores da majoração tarifária dos serviços de telefonia fixa em 2003. Além da natural participação de associações de defesa dos direitos do consumidor, o Ministério Público se destacou como ator relevante de todo o processo, confirmando a leitura de Arantes (2000) quanto à atuação desenvolvida dessa instituição como agente político da lei.

---

<sup>97</sup> Recentemente, em junho de 2007, o Presidente da Câmara, Arlindo Chinaglia (PT-SP) aceitou o requerimento da CPI, proposta pelo Deputado Wellington Fagundes (PR-MT), com a assinatura de 171 deputados.

<sup>98</sup> Matérias veiculadas na imprensa informam que o Ministério das Comunicações mobilizou seu gabinete para fornecer apoio técnicos às contestações judiciais. Ver, por exemplo, *Revista Isto É*, “Cuidado com o telefone”, 02/07/2003.

**Tabela 5.1 - Distribuição segundo a origem das ações**

<b>Região Geográfica</b>	<b>Incidência</b>	<b>%</b>
<b>Sudeste</b>		
Rio de Janeiro	9	21,95
São Paulo	6	14,63
Minas Gerais	4	9,76
Espírito Santo	1	2,44
<b>Total</b>	<b>20</b>	<b>48,78</b>
<b>Nordeste</b>		
Pernambuco	2	4,88
Bahia	2	4,88
Sergipe	2	4,88
Rio Grande do Norte	1	2,44
Ceará	1	2,44
Piauí	1	2,44
<b>Total</b>	<b>9</b>	<b>21,96</b>
<b>Centro-Oeste</b>		
Distrito Federal	4	9,76
Goiás	1	2,44
Tocantins	1	2,44
<b>Total</b>	<b>6</b>	<b>14,64</b>
<b>Sul</b>		
Rio Grande do Sul	2	4,88
Santa Catarina	1	2,44
Paraná	1	2,44
<b>Total</b>	<b>4</b>	<b>9,76</b>
<b>Norte</b>		
Amapá	2	4,86
<b>Total</b>	<b>2</b>	<b>4,86</b>
<b>Total Geral</b>	<b>41</b>	<b>100</b>

**Fonte:** elaborado pelo autor a partir da análise dos processos reunidos na Justiça Federal do Distrito Federal e informados nos autos do Conflito de Competência n° 39.597/SP - STJ

Como dito, a aplicação do IGP-DI como critério de reajuste dos serviços de telefonia fixa constituía o objeto de impugnação das ações movidas no país, revelando uma intenção clara dos grupos de interesse em alterar o curso da implementação da política tarifária no setor. O Ministério Público Federal, por exemplo, apontava, em seus pedidos iniciais nas ações civis públicas, a inadequação da aplicação do índice nas relações de

consumo, uma vez que sua base de cálculo considerava como principal componente a variação dos preços do atacado, não do varejo, com forte viés pela variação cambial.

**Tabela 5.2 - Distribuição das Ações segundo os Requerentes<sup>99</sup>**

<b>Tipo de Requerente</b>	<b>Incidência</b>	<b>%</b>
Cidadãos	10	20
Ministério Público (Ministério Público Federal e Estadual)	9	18
Procons	8	16
Associações e Institutos de Defesa do Consumidor	7	14
Organizações Diversas da Sociedade Civil	7	14
Secretarias de Justiça dos Estados e dos Municípios	3	6
Ordem dos Advogados do Brasil – OAB	2	4
Parlamentar	1	2
Estado	1	2
Município	1	2
Sindicato	1	2
<b>Total</b>	<b>50</b>	<b>100</b>

**Fonte:** elaborado pelo autor a partir da análise dos processos reunidos na Justiça Federal do Distrito Federal e informados nos autos do Conflito de Competência nº 39.597/SP - STJ

Os autores, incluindo o Ministério Público, não apenas solicitavam o expurgo da aplicação do IGP-DI, mas sugeriam a aplicação de outros índices – O Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) ou o IPCA -, ao argumento de que seus cálculos refletiam as rendas das famílias cujos rendimentos estariam compreendidos entre 1 (um) e 8(oito) salários-mínimos, cujo chefe é assalariado em sua ocupação principal e residente nas áreas urbanas das regiões metropolitanas.

Em suma, os requerentes consideravam legítima a alteração das cláusulas dos contratos firmados entre as concessionárias e o Poder Público, com apoio no marco legal do Estado regulador, em que se destaca a legislação de regência da concessão e da permissão da prestação dos serviços públicos (Lei 8.987/95), e, principalmente, na legislação de defesa do consumidor, notadamente ao dispositivo que declara serem nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé e equidade”, bem como àquele que declara ser direito do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que

<sup>99</sup> Como havia ações com mais de um requerente, o número de autores é maior do que o número de ações.

estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

Outra alegação recorrente nas manifestações do Ministério Público Federal refletia o impasse subjacente em praticamente todas as demandas entre o princípio liberal do *pacta sunt servanda* (respeito obrigatório aos contratos) e a possibilidade de alteração dos arranjos contratuais em decorrência do rompimento do equilíbrio econômico e financeiro entre as partes. O órgão incisivamente entendia que não caberia o cumprimento cego das cláusulas contratuais, quando verificada alguma nova situação que implicasse onerosidade excessiva aos consumidores.

As concessionárias, por sua vez, argüiam que o IGP-DI constituía o índice mais afinado para a atualização dos custos inerentes à prestação de um serviço de massa justamente pelo mesmo motivo apresentando pelos requerentes como a causa para onerosidade aos consumidores: a consideração da variação dos preços do atacado em sua base de cálculo. Como a atividade dependia da importação de insumos, o índice contemplaria esses custos com a compra em dólar de materiais técnicos necessários à conformação da infra-estrutura das telecomunicações, afastando, por via de consequência, a tese da onerosidade excessiva ao consumidor.

Central na argumentação das concessionárias, entretanto, era a idéia da quebra de contratos, numa postura voltada para a aplicação dos princípios da teoria geral dos contratos, próprios da esfera do regime de direito privado, aos arranjos firmados entre o Poder Concedente e as firmas reguladas, na seara do direito administrativo. Nesse sentido, elas argumentaram que as disposições relativas às regras de atualização monetária dos contratos pelo IGP-DI foram previstos no edital de privatizações, configurando uma baliza para o fluxo de investimentos no setor.

Nesse momento, as concessionárias situaram o debate em torno do princípio do cumprimento obrigatório dos contratos, buscando convencer os juízes de que a alteração das regras do jogo aumentaria a incerteza jurídica no país, prejudicando, por via de consequência, a atração de novos investimentos para o setor. Em outras palavras, a idéia central era a de que o descumprimento das condições ajustadas em contrato constituía fator inibitório para a realização de investimentos no Brasil, especialmente num setor marcado

pela dificuldade de reversibilidade dos investimentos realizados (*sunk costs*) ou de direcionamento para outro setor (*asset specificity*).

No plano da interferência dos juízes na questão, elas ainda argumentaram que, em sendo o reajuste de tarifas do serviço público uma manifestação de uma política tarifária, não caberia ao Judiciário a formulação e a conseqüente execução de nova política tarifária (substituição de índices), sob pena de invasão pelo Judiciário ao mesmo tempo da esfera do legislador, a quem cabe a formulação das políticas, e do regulador setorial, a quem foi destinada a competência para a implementação dela. Apenas se houvesse alguma violação da lei na aplicação do IGP-DI o Judiciário estaria autorizado a interferir no espaço da execução da regulação. Como não houve a manifestação dos requerentes pela ilegalidade do IGP-DI, e tendo em vista que o reajuste das tarifas dos serviços públicos de telefonia era um ato de execução de política tarifária, caberia tão-somente à ANATEL a sua implementação, em observância ao marco regulatório das telecomunicações (Lei nº 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações).

A ANATEL, chamada a integrar o pólo passivo das ações, razão pela qual a competência para julgamento dessas ações ficou adstrita à Justiça Federal, se posicionou principalmente no sentido de demarcar seu espaço de atuação na arena regulatória, buscando dos juízes principalmente a observância da Lei Geral de Telecomunicações – LGT. Nesse sentido, chamou a atenção para a impossibilidade da substituição do juízo administrativo do Estado-Regulador pelo do Estado-Juiz. Os trechos abaixo, retirados das peças judiciais apresentadas pela agência no curso dos processos, indicam a estratégia da agência em reivindicar seu papel de implementador da política regulatória setorial:

1. “O Estado Gerenciador ou Regulador fez-presente em setores estratégicos da prestação de serviços, dentre eles, o das telecomunicações. Destarte, por força constitucional, caberá ao órgão regulador, no caso presente a ANATEL, o dever-poder de regular a prestação de tais serviços.”

2. “Por conseguinte, no exercício de seu poder regulador, compete a ANATEL estipular a tarifa adequada a cada modalidade de serviço, devendo tal situação já estar prevista por ocasião do edital ou do contrato administrativo.”

3. “Impede aqui considerar que o reajuste de tarifa leva em consideração a inflação incidente em setor específico da economia, sendo distinto da atualização financeira a qual considera uma inflação geral ou genérica. Desta forma, apenas os técnicos do setor, e especificamente o órgão regulador, seriam competentes para estipular qual o índice que melhor reflete a inflação no setor das telecomunicações.”

4. “Os critérios técnicos utilizados tendo em conta os parâmetros específicos da inflação intrínseca ao setor das telecomunicações, ou mesmo o juízo de valor adotado pelo administrador para definir o índice de reajuste das tarifas na prestação do serviço pelas concessionárias escapam à análise por parte do Poder Judiciário, o qual não poderá se imiscuir no mérito administrativo para definir qual o melhor índice para servir ao reajuste do setor de telecomunicações.”

Em conformidade com o modelo espacial de atitudes apresentado no capítulo metodológico, a figura abaixo revela a intensidade das preferências dos atores regulatórios, ainda sem a presença das cortes e dos juizes. Como explicando anteriormente, a escala é um resumo da codificação numérica dos atributos comportamentais eleitos para a medição do índice dos custos de transação de execução de contrato de segunda ordem: **(1) Postura voltada para a regra do cumprimento dos contratos; 2) Postura voltada para a consideração dos impactos macroeconômicos das decisões judiciais; 3) Postura voltada para a legitimação do poder normativo das agências reguladoras; 4) Postura voltada para a não-interferência do Judiciário nas políticas públicas.**<sup>100</sup>

O fato de CT-02 estar relacionado com a tomada de decisões das cortes e dos juizes não impede que seja utilizado também para capturar a postura de outros atores. A ANATEL não vota nem decide no âmbito dos processos judiciais, assim como o Ministério Público, mas se pronunciam, revelando as preferências e o comportamento no bojo do processo de revisão judicial.

A figura 5.1 apresenta, então, de forma resumida, os principais interesses dos atores e das organizações políticas e setoriais no contexto da atividade regulatória do setor de telecomunicações, especificamente no que se refere à revisão tarifária dos serviços de telefonia.

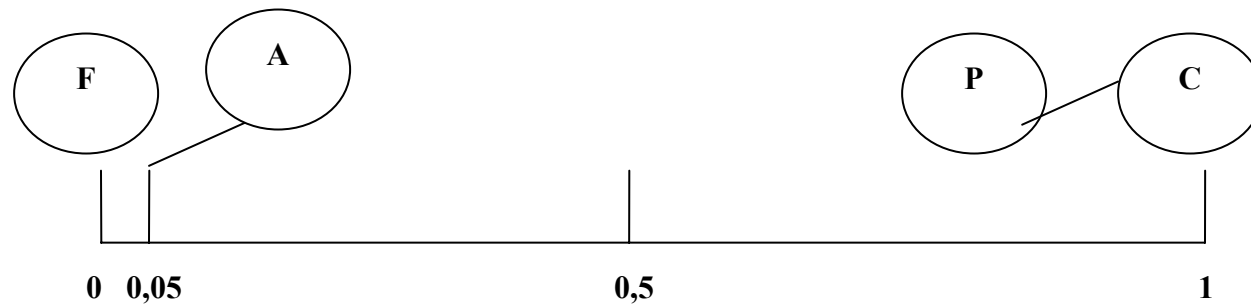
As preferências dos atores relevantes envolvidos na questão estão expostas na figura 5.2. Elas revelam que a discussão sobre a majoração tarifária estava envolta pelo *trade-off* fundamental entre, de um lado, a defesa da estabilidade dos contratos regulatórios e, de outro, a garantia da possibilidade de revisão contratual por conta de regras do sistema de defesa do consumidor, ou mesmo, em razão do impacto negativo do reajuste sobre outros agregados macroeconômicos.

---

<sup>100</sup> No anexo primeiro desta dissertação, estão presentes os cálculos realizados para a obtenção da posição dos atores no modelo espacial das atitudes elaborado no capítulo metodológico.



**Figura 5.1 - Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos na majoração tarifária em 2003/2004**



Onde **F**, intensidade das preferências das firmas reguladas;

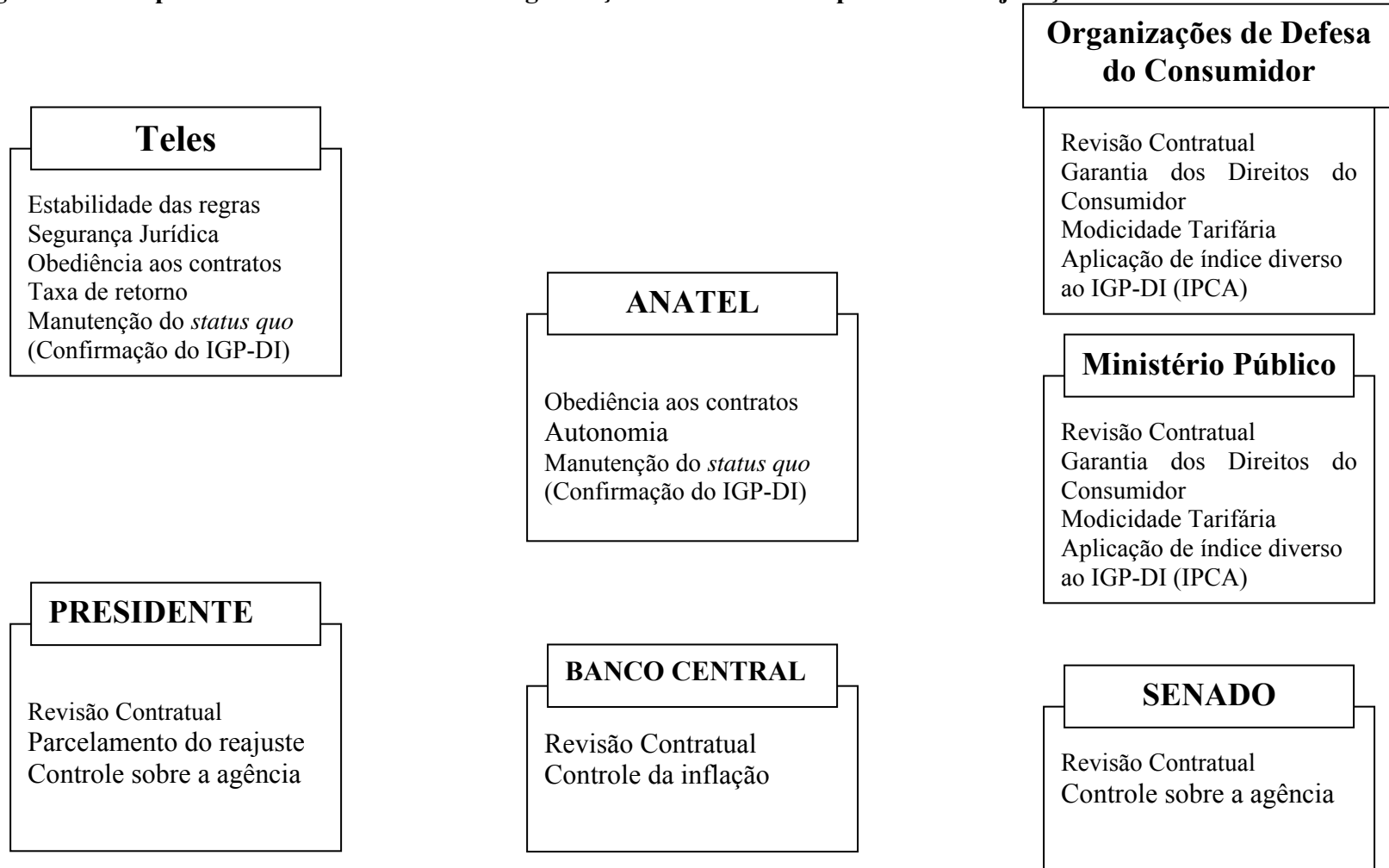
**A**, intensidade das preferências da ANATEL;

**C**, intensidade das preferências dos consumidores;<sup>101</sup>

**P**, intensidade das preferências do Presidente.

<sup>101</sup> Estão incluídos nesse grupo, os requerentes informados na Tabela 5.2.

**Figura 5.2 – As preferências dos atores e das organizações envolvidas no episódio da majoração tarifária**



Fonte: Elaboração própria

## **5.2 INCIDÊNCIA DOS CUSTOS DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO DE EXECUÇÃO DE CONTRATO NO PRIMEIRO CENÁRIO INSTITUCIONAL**

Como a tipologia dos custos de transação desta dissertação buscou capturar os custos envolvidos no processo de revisão judicial da política regulatória em exame, somente a partir desse momento será empregada a metodologia de análise de medição da variável dependente.

Assim, a opção metodológica deste trabalho consistiu em analisar as decisões judiciais referentes à majoração tarifária da telefonia fixa nos anos de 2003 e algumas de 2004, desde a base da pirâmide do sistema até o momento no qual a cúpula do Judiciário brasileiro federal – no caso o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – assumiu protagonismo determinante do resultado político final. Serão analisados 82 processos, sendo (41) ações originárias das diversas seções judiciárias e comarcas do país (ações civis públicas, ações populares e ações ordinárias); (36) agravos de instrumento julgados pelo Tribunal Regional da 1ª Região – TRF 1ª Região; (1) pedido de suspensão de liminar no TRF da 1ª Região; (2) conflitos de competência, e (1) pedido de Suspensão de Liminar no Superior Tribunal de Justiça – STJ, (1) pedido de reclamação. Desse conjunto de processos, serão examinados um total de 127 decisões judiciais, sendo (45) decisões sobre pedido de liminar, (36) sentenças, (37) decisões do Relator dos Agravos de Instrumento no TRF da 1ª Região; (2) decisões monocráticas de cada um dos Presidentes do TRF e do STJ sobre suspensão de liminar, (2) agravos regimentais interpostos das decisões concessivas ou não do da suspensão de liminar, (3) decisões no bojo do processo de reclamação, (2) decisões sobre o conflito de competência para julgamento da matéria.

### **5.2.1 – Os Custos de Transação de Primeira Ordem – CT-01 (a)**

A Justiça Federal de 1ª Instância contava em 2003 com 560 varas federais criadas, com 527 juízes federais titulares efetivamente em exercício e 472 substitutos.<sup>102</sup> Os pontos de veto, contudo, se situavam não apenas no Judiciário Federal, mas também na

---

<sup>102</sup> Atualmente, a Justiça Federal conta com 732 varas instaladas, 732 juízes titulares e 518 substitutos na primeira instância. Fonte: Site do Conselho da Justiça Federal: [www.justicafederal.gov.br](http://www.justicafederal.gov.br), posição em 30/03/2007.

Justiça Estadual, tendo em vista o fato de que muitas das ações eram movidas apenas contra as concessionárias dos serviços públicos de telefonia, sem a inclusão da ANATEL no pólo passivo, configurando a competência de julgamento para juízes estaduais posicionados nas diversas comarcas do país. Em 2003, eram 2.452 comarcas, que atenderam 5.507 municípios brasileiros, e 8.687 juízes da primeira instância.<sup>103</sup> Assim sendo, somadas as varas federais em funcionamento com o número de comarcas em todo o Brasil, eram exatamente 2979 potenciais pontos de veto institucionais e 9.686 atores com poder de veto.

Como em outros episódios, ficou evidente a leitura de Sadeck e Arantes<sup>104</sup>, citados por Taylor (2004), de um sistema judicial descentralizado, combinado com uma estrutura federativa de fato, que permite a adversários da coalizão política majoritária acionar o Judiciário para paralisar, pelo menos temporariamente, a implementação de políticas nacionais de alto impacto. No caso em análise, semelhante às batalhas contra as privatizações, o sistema judicial funcionou como um conjunto de pontos de veto à continuidade da política regulatória estabelecida pela ANATEL, de acordo com a idéia de pontos de veto (*veto points*) sugerida por Taylor (2004), a partir da noção de *veto player* de Tsebelis (2002) examinada no capítulo 2.

De acordo com as características do contexto constitucional desse momento, foi levantado o valor de CT-01(a) com base nos parâmetros já apresentados na resenha metodológica: (i) quantidade de pontos de veto institucionais; (ii) existência de mecanismos institucionais de reforço dos precedentes; (iii) existência de mecanismos institucionais de controle das instâncias superiores sobre as inferiores; (iv) existência de mecanismos institucionais que garantam à cúpula o efeito multiplicador de suas decisões; à (v) existência de poderes institucionais para o controlador da agenda no Tribunal.<sup>105</sup>

Nesse contexto, antes da intervenção do STJ no conflito de competência que será adiante analisado, tanto o juiz federal quanto o estadual poderiam proferir decisões sobre o tema, indicando o máximo grau de custos de transação em termos da existência de pontos de veto institucionais.

---

<sup>103</sup> Fonte: Diagnóstico do Poder Judiciário. Ministério da Justiça. 2004

<sup>104</sup> Sadeck, Maria Tereza e Arantes, Rogério B. "A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes". *Revista USP*, N° 21, (1994), p.37.

<sup>105</sup> No anexo 2, há o modo como foi obtido o valor.

**Índice dos Custos de Transação associados ao Desenho Institucional (Custos de 1ª ordem) – o olhar no cenário institucional número (1)**

Variável	Indicador	Codificação Numérica
Custos de Transação de 1ª Ordem	<b>1) Existência dos Pontos Institucionais de Veto – Epv</b>	
	•Competência do STJ ou STF	0
	•Competência da Segunda Instância (Estadual ou Federal)	0,20
	• Competência de um único Juiz da Justiça Estadual ou Federal	0,40
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Federal)	0,60
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Estadual)	0,80
	•Competência da Primeira Instância, Estadual ou Federal, incluindo Juizados Especiais Estaduais e Federais	1
	<b>2) Existência de Mecanismos Institucionais de Reforço dos Precedentes – Erp</b>	
	•Súmula Vinculante	0
	•Súmula Impeditiva de Recursos	0,33
	•Qualquer mecanismo constrangedor de interposição de recursos, exceto as súmulas acima indicadas	0,66
	•Não há mecanismo	1
	<b>3) Existência de mecanismos institucionais de controle das instâncias superiores sobre as inferiores – Esd</b>	
	•Sim, em via extraordinária, com possibilidade de novo pedido de suspensão junto à cúpula do Judiciário, em caso de fracasso no primeiro pedido	0
	•Sim, em via extraordinária, por meio de um pedido simples de suspensão de liminar ou sentença	0,33
	•Sim, na via ordinária, por meio da solicitação do efeito suspensivo no processamento do recurso cabível (agravo de instrumento, etc), ou por meio de qualquer outro incidente processual, com exceção da suspensão de segurança ou liminar	0,66
	•Não	1
	<b>4) Existência de mecanismos institucionais que garantam à cúpula o efeito multiplicador de suas decisões – Emd</b>	
•Sim	0	
•Não	1	
<b>5) Existência de poderes institucionais para o controlador da agenda no Tribunal (agenda-setter) – Eas</b>		
•Sim	0	
•Não	1	

$$CT-1 = 4,4$$

A inexistência de qualquer mecanismo institucional de reforço dos precedentes foi capturada pelo valor (1) no segundo parâmetro, situação semelhante nos dois últimos pontos, uma vez que dizem respeito à situação na qual os processos se encontram, no mínimo, na segunda instância.

O subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, da forma como descrito no capítulo anterior, já existia no período desse primeiro contexto institucional. Não obstante, como a matéria ainda se situava na primeira instância, não caberia ainda o acionamento do instituto da dupla suspensão, uma vez que ele só pode ser acionado em face do julgamento do primeiro pedido na segunda instância. Por isso, o valor marcado na tabela acima.

### 5.2.2 Os custos de transação de segunda ordem – CT-02(a)

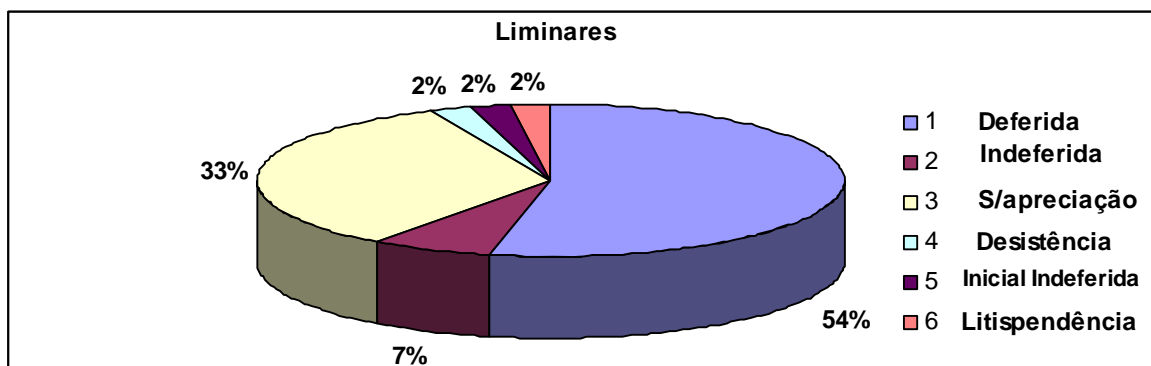
Foram analisadas, num primeiro momento, 41 ações das instâncias ordinárias federais e estaduais remetidas ao Juízo do Distrito Federal em decorrência da decisão do STJ nos mencionados conflitos de competência. Cumpre, de antemão, apresentar então o resultado da apreciação dos pedidos de liminares nesta ação para a anulação dos atos da ANATEL consistentes na homologação do reajuste da cesta tarifária com base aplicação do IGP-DI.

**Tabela 5.3 – Resultado da Liminar<sup>106</sup>**

<b>Tipo de Requerente</b>	<b>Incidência</b>	<b>%</b>
Deferida	24	53,33
Indeferida	3	6,67
Não Apreciada	15	33,34
Desistência do autor	1	2,22
Indeferimento da Petição Inicial	1	2,22
Extinção por litispendência	1	2,22
<b>Total</b>	<b>45</b>	<b>100</b>

**Fonte:** elaborado pelo autor a partir da análise dos processos reunidos na Justiça Federal do Distrito Federal e informados nos autos do Conflito de Competência nº 39.597/SP - STJ

<sup>106</sup> O número de decisões é superior ao número de processos, uma vez que a maioria das ações remetidas para Brasília chegou com liminar já apreciada. Ver Anexo 6.

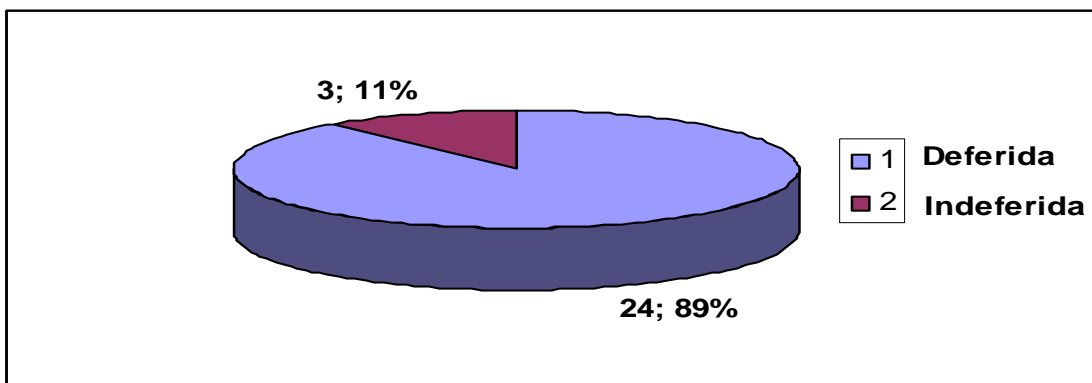
**Gráfico 5.1 – Resultado da Liminar**

**Fonte:** elaborado pelo autor a partir da análise dos processos reunidos na Justiça Federal do Distrito Federal e informados nos autos do Conflito de Competência n° 39.597/SP - STJ

Os dados da Tabela 5.3 antecipam uma alta taxa de sucesso para os atores que buscaram interromper a aplicação do reajuste mencionado. Conquanto essas decisões tenham sido proferidas em caráter liminar, passíveis de mudança a qualquer tempo, os opositores da majoração tarifária conseguiram, no mínimo, adiar o aumento aprovado pela ANATEL. Observando apenas as liminares que foram apreciadas (Gráfico 5.2), fica mais evidente a tendência dos juízes das instâncias ordinárias em chancelar os argumentos em favor do consumidor e/ou dos usuários dos serviços públicos.

Apenas 11% (3 pedidos) não foram concedidos. Não por coincidência, eles foram indeferidos por conta da tese da prevalência do princípio da segurança jurídica e do respeito aos contratos.

A análise das decisões dos juízes que apreciaram o pedido de liminar não buscou outro objetivo senão verificar o comportamento desses atores com poder de veto na arena de implementação da política regulatória. Do ponto de vista prático, o sucesso das empresas concessionárias dos serviços públicos de telefonia no manejo do conflito de competência esvaziou o impacto dessas decisões. Os 2979 pontos de veto institucionais foram reduzidos, pelo menos naquele momento, a um só: o Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

**Gráfico 5.2- Liminares Concedidas**

**Fonte:** elaborado pelo autor a partir da análise dos processos reunidos na Justiça Federal do Distrito Federal e informados nos autos do Conflito de Competência n° 39.597/SP - STJ

O Gráfico 5.3 abaixo revela o predomínio dos princípios e regras do sistema de defesa do consumidor na concessão das liminares contra a majoração tarifária. Das 24 liminares concedidas, apenas 3 não foram amparadas no conjunto de regras e princípios subjacente ao sistema de defesa do consumidor. Não obstante, quando não recorriam ao sistema de defesa do consumidor, apoiavam a decisão no marco legal da prestação dos serviços públicos.

Nesse sentido, o Juiz da 9ª Vara Federal do Rio de Janeiro, por exemplo, afirmou em sua decisão que “o fato de o reajuste ter sido autorizado por agência reguladora nada revela, a não ser a evidência de que tais entes mostram-se muito mais preocupados com a eficiência marginal dos setores que regulam do que propriamente com os direitos do consumidor, vistos, sempre, como clientela de segundo escalão.”

Os juízes não hesitaram em analisar a compatibilidade da aplicação do IGP-DI em atenção a um conjunto de variáveis econômicas, como a variação inflacionária, a média de reajuste salarial, dentre outros, atuando, em verdade, como *policy-makers* de uma política setorial do setor de telecomunicações. O ápice da interferência judicial na política tarifária aconteceu quando seis desses atores não só determinaram o expurgo do IGP-DI, como também a substituição por outro índice, em que pese o fato de que tenham atendido esse pleito a pedido dos autores.

Nem todos os juízes, porém, concordavam com idéia da onerosidade imposta ao consumidor em decorrência do reajuste indicado ter sido superior aos índices de inflação do período. Um dos poucos magistrados que não recorreu ao Código de Defesa do



Consumidor – o Juiz da 1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco – entendia que o reajuste acima da inflação não importava necessariamente descumprimento do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, em razão dos custos dos insumos da prestação de serviços de telefonia e das metas de expansão do sistema. Não obstante, considerou inadequada a aplicação do IGP-DI, pois sua majoração para aquele ano teria sido um resultado artificial proveniente do ataque especulativo sofrido pela economia no ano anterior (2002), por um suposto temor de rompimento da estabilidade político-institucional com a provável vitória do atual Presidente da República. Além disso, a persistir reajuste tão penoso para a economia nacional, um quadro de recessão econômica seria o cenário mais provável no longo prazo.

Quando não apoiavam a decisão no sistema de regras e princípios do sistema de defesa do consumidor, os juízes recorriam ao marco legal da concessão de serviços públicos, notadamente os preceitos relativos ao princípio da modicidade das tarifas. Não obstante, o mais comum era a interpretação conjunta dessas normas em detrimento das regras da política setorial de reajuste das tarifas telefônicas.

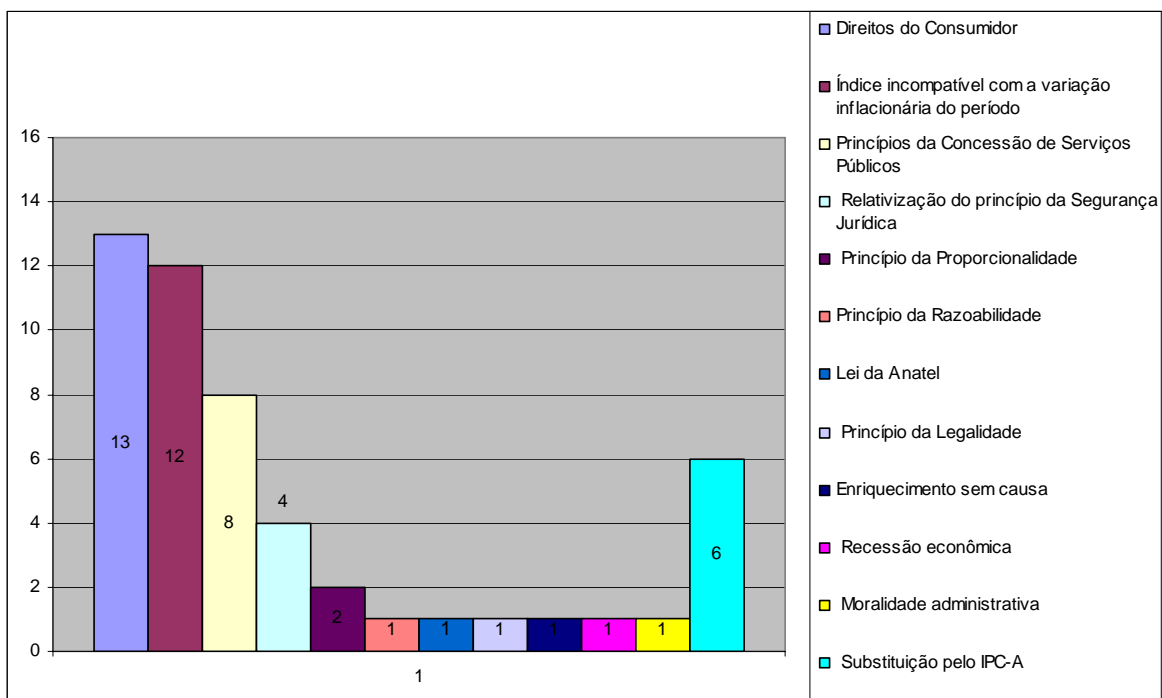
O Gráfico 5.4, que leva em consideração a razão de decidir predominante na tomada de decisões, revela uma inclinação, ao menos nessa reduzida amostra, pelo sistema de defesa do consumidor.

Quer quando decidiam com um olhar sob o Código de Defesa do Consumidor, quer sob a legislação da concessão de serviços públicos, a postura da maioria deles apontava a submissão das normas setoriais de regulação ou ao regime dos direitos do consumidor, ou ao regime do direito administrativo. O condicionamento das normas administrativas de regulação por sistemas constitucionais e legais relativos a questões mais abrangentes é uma das fontes intermináveis de conflitos entre os atores envolvidos no processo de regulação.

Extraíu-se, então, o comportamento médio dos juizes de primeiro grau no episódio a partir da média obtida de cada um dos parâmetros da tabela check-list dos custos transacionais de segunda ordem. O resultado obtido está exposto abaixo e a forma como alcançado está detalhada no anexo 3 da dissertação.

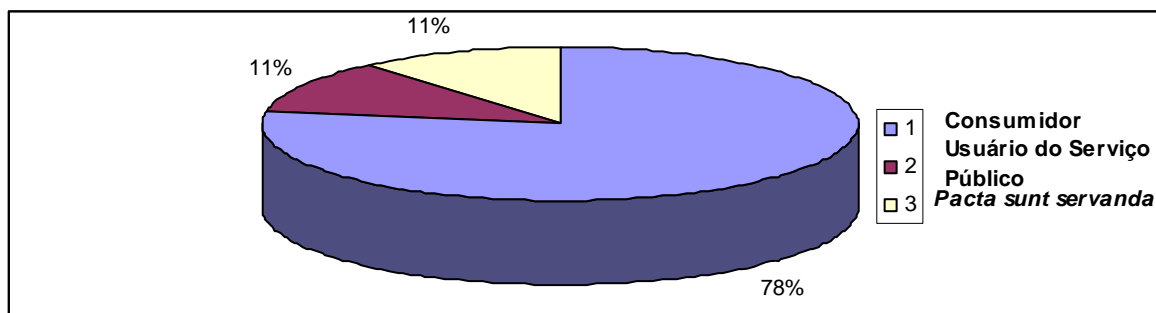
CT-2= 4,75

**Gráfico 5.3: Razões de Decidir**



**Fonte:** elaborado pelo autor a partir da análise dos processos reunidos na Justiça Federal do Distrito Federal e informados nos autos do Conflito de Competência nº 39.597/SP - STJ

**Gráfico 5.4 – Razão de Decidir Predominante**



**Fonte:** elaborado pelo autor a partir da análise dos processos reunidos na Justiça Federal do Distrito Federal e informados nos autos do Conflito de Competência nº 39.597/SP - STJ

### 5.2.3 Análise e Resultados

Esse primeiro cenário é condizente com a leitura de um sistema judicial caracterizado por altos custos de transação de execução de contrato, sejam esses contratos entendidos como programas governamentais, ou sejam entendidos como os arranjos firmados entre particulares ou entre particulares e o Poder Público. No contexto da política regulatória aplicada ao setor de telecomunicações, estava em jogo a implementação da política tarifária cujas bases se encontravam na legislação de regência da matéria (LGT) e nos contratos regulatórios entabulados entre as teles e o Estado no período pós-privatização.

Como mostra a tabela das relações de causalidade presentes nesse primeiro momento do processo de revisão judicial da majoração tarifária, o desenho institucional do sistema de justiça ofereceu os incentivos para que os grupos de interesse e as organizações encarregadas da defesa jurídica da sociedade, como o Ministério Público, recorressem às instâncias inferiores do Judiciário para bloquear a implementação de um aspecto da política regulatória, com clara imposição de perdas aos consumidores.

Não se deve esquecer que, embora previsto nos contratos, o reajuste pela aplicação do IGP-DI ficou bem acima da inflação do período, gerando reação quase unânime de vários setores da sociedade e do Governo.

A estrutura descentralizada do Judiciário brasileiro permitiu que fossem acionados diversos pontos institucionais de veto, paralisando o curso normal da execução da política tarifária naquele ano. O aumento dos pontos institucionais de veto representou incremento da probabilidade de decisões voltadas para a rediscussão dos contratos regulatórios, gerando custos de transação de execução do contrato.

A possibilidade de prolação de decisões provenientes de várias partes do país, sem o acionamento de qualquer mecanismo de controle para evitar decisões contraditórias sobre uma mesma matéria, expôs um cenário de falta de coordenação entre as várias instâncias do sistema de justiça, indicando ser uma estratégia eficiente o ingresso simultâneo de ações em todo o país com o mesmo objeto e a mesma causa de pedir.

Tabela 5.4 – Análise dos Resultados no 1º Cenário Institucional

Hipóteses Causais	Processos Causais Intervinentes	Efeitos	Variável Dependente CT – 01	Variável Dependente CT – 02	Variação
(A) Desenho institucional do sistema de justiça (dispersão das fontes de poder, independência dos juízes, baixa taxa de reforço dos precentes)	(1)Atuação dos grupos de interesse	↑ CT-01	CT – 01(a) (4,4)	CT – 02 (a) (4,75)	CT - 01 (a) > 0 CT - 02 (a) > 0
	(2) Pontos de veto	↑ CT-01			
	(3) Problemas de Coordenação	↑CT-01			
(B) Marco regulatório das ações civis públicas e das ações populares	(1)Atuação dos grupos de interesse	↑CT-01			
	(4)Controle <i>ex post</i> das políticas públicas	↑CT-01			
(C) Marco Regulatório da Defesa do Consumidor	(5) Preferência dos Juízes Federais (+)	↑CT-02			
(D) Marco Regulatório da Concessão dos Serviços Públicos	(5) Preferência dos Juízes Federais (+)	↑CT-02			
(E) Marco Regulatório das Telecomunicações (LGT)	(5) Preferência dos Juízes Federais (-)	↑CT-02			

Fonte: elaborado pelo autor

(1) Ver anexo 2 para cálculo de CT-01

(2) Ver anexo 3 para cálculo de CT-02

De nada adiantaria recorrer ao juiz de primeiro grau se ao mesmo não fosse conferido nenhum mecanismo de controle sobre a implementação das políticas públicas. O marco regulatório das ações civis públicas e das ações populares fornece os incentivos para que o magistrado se desloque da posição tradicional de autocontenção judicial em direção a um espaço no qual é possível avaliar não apenas a legalidade, mas a lesividade das decisões governamentais, ou no caso em exame, das decisões da ANATEL, implicando uma atitude voltada para a discussão sobre o mérito do ato administrativo impugnado.

Essa prerrogativa é suficiente para incentivar, então, os indivíduos e os grupos de interesse a buscar no espaço das instâncias inferiores do Judiciário uma possibilidade de rediscussão das políticas públicas, haja vista a incapacidade de fazê-lo com o mesmo grau de ruído e de eficiência no processo político em qualquer outra arena. Na questão regulatória, o espaço tradicional para a discussão está localizado no âmbito da própria agência reguladora cujo desenho institucional prevê a participação da sociedade civil em suas deliberações.

A existência dessas regras, por si só, já aumenta a incerteza acerca do cumprimento dos contratos regulatórios, restando, contudo, avaliar se o juiz aceita o convite ao protagonismo político. Ora, na maioria das decisões, não houve por parte dos juízes constrangimento em sair da posição de autocontenção em favor de um protagonismo regulatório, uma vez que foram concedidas liminares não apenas para anular os atos de agência setorial, como também para que outro parâmetro fosse adotado, numa postura clara de substituição ao papel do regulador na adoção dos critérios de conveniência e de oportunidade quanto ao índice adequado para o reajuste tarifário. O marco institucional das ações coletivas se reverteu em controle dos juizes sobre a implementação da política regulatória, implicando aumento dos custos de transação de execução do contrato de primeira ordem.

Central, entretanto, para o episódio era saber a direção das preferências dos juizes em relação ao impasse acerca do reajuste tarifário. A relação de todo o aparato institucional com a intensidade dos custos de transação de segunda ordem tem na distribuição de preferências dos atores com capacidade decisória o mecanismo causal que os une em determinada direção. No caso estudado, a preferência do Juiz Federal médio provocou o incremento dos custos de transação, uma vez que, em sua esmagadora maioria, optou por

privilegiar as regras e os princípios do sistema de defesa do consumidor ou do usuário dos serviços públicos em detrimento da regra do cumprimento dos contratos.

Assim sendo, o marco regulatório do sistema de defesa do consumidor, com um viés voltado para a proteção da parte mais fraca das relações econômicas, contemplando inclusive regras autorizadoras da revisão de contratos que impliquem onerosidade excessiva para os consumidores, forneceu o conjunto de incentivos para que os juízes, ao optarem pelo protagonismo político, o fizessem no sentido de rediscutir os contratos regulatórios em nome de uma nova distribuição de custos e benefícios entre as teles e o resto da sociedade. Naturalmente, tal postura foi capturada na conformação do índice dos custos transacionais de segunda ordem com o maior peso em relação aos outros parâmetros comportamentais.

Igual efeito aconteceu com a legislação de regência do regime da concessão e permissão da prestação dos serviços públicos. A minoria dos juízes que decidiram em favor da anulação dos atos da ANATEL sem recorrer ao sistema de defesa do consumidor, encontrou nas regras e nos princípios da Lei nº 8.987/95 a base legal para permitir a revisão da política setorial em nome do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiros dos contratos.

Por fim, a desconsideração pelos juízes do conjunto de regras e princípios do marco regulatório das telecomunicações, com viés voltado para o cumprimento dos contratos e para a autonomia das agências reguladoras, implicou também aumento dos custos transacionais de segunda ordem, capturado pelo sinal negativo na tabela.

Em relação ao modelo espacial das atitudes, a figura a seguir expõe o predomínio nessa fase de uma postura mais intervencionista dos juízes em relação ao modelo regulatório das telecomunicações.

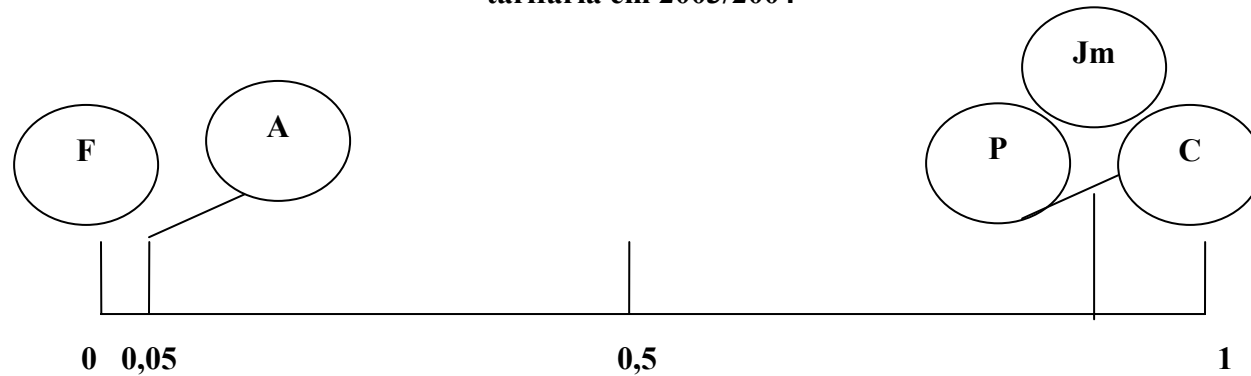
Fica evidente, também, que o episódio deve ser analisado não apenas sob a ótica dos custos de transação, mas também sob o prisma do conflito entre atores com capacidade regulatória. Não se deve ignorar os efeitos dessa intervenção na conformação dos espaços de atuação desses atores, especialmente a criação da esfera na qual o Judiciário pode exercer competências regulatórias.

Um episódio pós-decisão em favor do IPCA demonstra como esse conflito se tornou evidente. O presidente da ANATEL naquela ocasião, Luiz Guilherme Schymura, se recusou a calcular o percentual de aumento da cada item da cesta tarifária, como assinatura

básica e o minuto da ligação, afirmando ser competência do Juiz Federal da 2ª Vara do DF, que foi escolhido como o competente para decidir sobre a matéria, como será visto adiante. Nos reajustes concedidos pela agência, explicou Shymura, a agência negocia com as empresas o percentual de cada item da cesta e aplica um redutor, previsto na fórmula do cálculo da revisão tarifária. O resultado foi a aplicação indiscriminada pelas teles do IPCA integral para todos os itens da cesta tarifária em confronto com a regra de aumento diferenciado, resultando num aumento maior do que o determinado pelo Judiciário.

O protagonismo do Judiciário até aqui foi condizente com a hipótese da incerteza jurisdicional, situação capturada pela medição dos índices sugeridos na pesquisa.

**Figura 5.3 - Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos na majoração tarifária em 2003/2004**



Onde **F**, intensidade das preferências das firmas reguladas;

**A**, intensidade das preferências da ANATEL;

**C**, intensidade das preferências dos consumidores;<sup>107</sup>

**P**, intensidade das preferências do Presidente.

**Jm**, intensidade das preferências do Juiz Médio de Primeira Instância analisado.

<sup>107</sup> Estão incluídos nesse grupo, os requerentes informados na Tabela 5.2



### **5.3 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DE EXECUÇÃO DO CONTRATO NO SEGUNDO CONTEXTO INSTITUCIONAL**

#### **5.3.1 Os custos de transação de execução do contrato de 1ª ordem (CT-01)**

A concessão de liminares em todo o país para obstar o reajuste tarifário motivou uma das concessionárias - a Telecomunicações de São Paulo S/A (TELESP) – a suscitar perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ o incidente processual de conflito de competência<sup>108</sup>. A firma regulada solicitou a reunião das diversas ações populares e das ações civis públicas, a declaração da competência da Justiça Federal, o imediato sobrestamento dos feitos em andamento e a suspensão dos efeitos das medidas liminares, com o propósito de garantir que estivesse assegurada a segurança jurídica nos contratos de concessão de serviços de telefonia.

O STJ, sob a Presidência do Ministro Nilson Naves, decidiu, em **27/08/2003**, por maioria, pela reunião das ações que combatiam o aumento das tarifas autorizado pela ANATEL e declarou a competência do Juízo da 2ª Vara Federal do Distrito Federal, determinando, ainda, por unanimidade, a cassação dos efeitos de todas as liminares concedidas e as que viessem a ser concedidas, bem como sentenças, em outras ações. Em última análise, o STJ transformou os quase 600 pontos de veto institucionais em apenas 1, além de ter acionado mecanismo institucional de efeito multiplicador inverso com a cassação de todas as decisões proferidas pelas demais instâncias.

A tabela abaixo expõe, então, a incidência dos custos de transação de primeira ordem tendo em vista as características do contexto institucional desse momento específico do histórico decisório da matéria.

---

<sup>108</sup> Conflito de Competência nº39.597- SP (2003/0130238-1). Mais a frente, a Telemar Norte Leste S/A suscitou o Conflito de Competência nº 45.297 – DF (2004/0097935-0) para a discussão do reajuste em 2004. Fonte: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br).

**Índice dos Custos de Transação associados ao Desenho Institucional (Custos de 1ª ordem) – o olhar no contexto institucional número (2)<sup>109</sup>**

<b>Variável</b>	<b>Indicador</b>	<b>Codificação Numérica</b>
Custos de Transação de 1ª Ordem	<b>1) Existência dos Pontos Institucionais de Veto – Epv</b>	
	•Competência do STJ ou STF	0
	•Competência da Segunda Instância (Estadual ou Federal)	0,20
	• Competência de um único Juiz da Justiça Estadual ou Federal	<b>0,40</b>
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Federal)	0,60
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Estadual)	0,80
	•Competência da Primeira Instância, Estadual ou Federal, incluindo Juizados Especiais Estaduais e Federais	1
	<b>2) Existência de Mecanismos Institucionais de Reforço dos Precedentes – Erp</b>	
	•Súmula Vinculante	0
	•Súmula Impeditiva de Recursos	0,33
	•Qualquer mecanismo constrangedor de interposição de recursos, exceto as súmulas acima indicadas	0,66
	•Não há mecanismo	<b>1</b>
	<b>3) Existência de mecanismos institucionais de suspensão de decisões concedidas nas instâncias inferiores – Esd</b>	
	•Sim, em via extraordinária, com possibilidade de novo pedido junto à cúpula do Judiciário, em caso de fracasso no primeiro pedido	0
	•Sim, em via extraordinária, por meio de um pedido simples de suspensão	<b>0,33</b>
	•Sim, na via ordinária, por meio da solicitação do efeito suspensivo no processamento do recurso cabível (agravo de instrumento, etc), ou por meio de qualquer outro incidente processual, com exceção da suspensão de segurança ou liminar	0,66
	•Não	1
<b>4) Existência de mecanismos institucionais que garantam à cúpula o efeito multiplicador de suas decisões – Emd</b>		
•Sim	<b>0</b>	
•Não	1	
<b>5) Existência de poderes institucionais para o controlador da agenda no Tribunal (agenda-setter) – Eas</b>		
•Sim	<b>0</b>	
•Não	1	

<sup>109</sup> Ver Anexo 2.

## CT-1 = 1,99

Ficou claro o papel da matriz institucional na redução dos custos de transação de primeira ordem. Especificamente nesse momento as regras insertas no Código de Processo Civil e no Regimento Interno dos Tribunais referentes ao julgamento do incidente processual do conflito de competência.<sup>110</sup>

Elas, num primeiro momento, autorizaram a Presidente do STJ, numa decisão única, proferida em **11/07/2003**, a tornar sem efeito todas as liminares anteriormente concedidas com relação ao reajuste das tarifas telefônicas, salvo a do Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Fortaleza que havia sido designado, num primeiro momento, para resolver as medidas urgentes, vedando, ainda, as autoridades judiciárias sujeitas à jurisdição do STJ a se pronunciarem sobre a matéria.

A análise da decisão do Presidente demonstra uma postura de caráter principalmente formal, ainda que de política judiciária, norteadas pelas regras e princípios da conexão processual destinadas a evitar que haja pronunciamentos contraditórios sobre a mesma relação de direitos no sistema de justiça brasileiro. Não houve menção alguma a

---

<sup>110</sup> “Art. 115. Há conflito de competência:

I - quando dois ou mais juízes se declaram competentes;

II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes;

III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

(...)

Art. 118. O conflito será suscitado ao presidente do tribunal:

I - pelo juiz, por ofício;

II - pela parte e pelo Ministério Público, por petição.

Parágrafo único. O ofício e a petição serão instruídos com os documentos necessários à prova do conflito.

(...)

Art. 120. Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

(...)

Art. 122. Ao decidir o conflito, o tribunal declarará qual o juiz competente, pronunciando-se também sobre a validade dos atos do juiz incompetente.

Parágrafo único. Os autos do processo, em que se manifestou o conflito, serão remetidos ao juiz declarado competente.”

efeitos econômicos acerca da profusão de decisões no território nacional com capacidade de afetar o montante de investimentos no setor de telecomunicações.

Ademais, vale ressaltar ainda que houve uma decisão pautada por um efeito-aprendizado extraído da experiência semelhante na privatização da Companhia Vale do Rio Doce em 1997. Naquela ocasião, houve decisão do STJ declarando apenas um Juízo como competente para julgar a matéria ante a existência de inúmeras ações em todo o território nacional com o mesmo objetivo: obstar a privatização da mineradora. Em outras palavras, o Presidente do STJ seguiu precedente da própria casa para decidir não apenas pela declaração de apenas um juízo para decidir sobre questão de repercussão nacional, como também para cassar as liminares anteriores e posteriores ao seu pronunciamento.

Assim, não é possível entender o resultado parcial em termos de grau de custos de transação de primeira ordem sem que se perceba uma relação de causalidade entre o (a) marco institucional do julgamento dos conflitos de competência e de atribuições, aí incluídos, também, as prerrogativas institucionais à disposição do Presidente da casa, (b) as preferências dos Ministros do STJ acerca da necessidade de reunião das ações sobre a majoração tarifária ante a repercussão nacional da matéria (preferências sobre política judiciária) e, por fim, (c) os custos de transação de execução de contrato (1ª ordem).

### **5.3.2 Os custos de transação de execução de contrato de segunda ordem (CT-02)**

Nesse momento, central, então, para o encaminhamento da demanda foi a decisão proferida pelo juiz responsável pela mencionada vara federal em Brasília<sup>111</sup>. No dia **11/09/2003**, no processo nº 2003.34.00.031115-0, o Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal deferiu liminar assegurando a aplicação da variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, e não o IGPD-I, para o reajuste máximo das tarifas dos serviços públicos de telefonia de assinatura e habilitação não residenciais e trono; crédito telefônico, serviço de longa distância nacional; serviço de longa distância internacional e tarifas de interconexão.

A pedido do Ministério Público Federal, ele entendeu que: (i) o índice IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas não constituía o índice que refletia a variação inflacionária no

---

período. Em comparação com outros indicadores econômicos (INPC, IPCA, IGP-M e IPC), apontou que aquele fora o índice que apresentava a maior variação percentual nos anos de 2001 e 2002, não demonstrando a variação real de preços de custos de serviços prestados pelas empresas concessionárias de telefonia, principalmente porque “sujeito a variações de preços de segmentos econômicos ou de insumos ou produtos que não têm qualquer influência na variação de preço do serviço telefônico”; (ii) o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) deveria ser aplicado, como substitutivo ao IGP-DI, porque melhor refletia a variação inflacionária do período e permitia a recomposição da contraprestação devida às empresas concessionárias, assegurando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e concretizar a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O juiz acolheu o entendimento do Ministério Público Federal para quem a fixação de tarifas de serviços de telefonia mediante aplicação da variação de índice que eleva sem justa causa o preço do serviço acarreta desequilíbrio do contrato e implica estabelecimento de obrigação excessivamente onerosa para o consumidor e usuário, aplicando os princípios e preceitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Nas palavras do próprio magistrado, a “pretexto de garantia de segurança jurídica não se pode invocar imutabilidade de cláusula contratual”.

A postura do juiz foi visivelmente intervencionista norteadada pela idéia de que “pode haver modificação do contrato quando a aplicação de regra prevista no instrumento acarrete situação em que se coloca o consumidor em desvantagem exagerada - tal como ocorre no caso em que o valor da tarifa cobrada não corresponde ao preço justo a ser pago pelo serviço prestado”. Em outras palavras, ante a constatação de desequilíbrio econômico entre as partes, o Juiz Federal mitigou o princípio liberal da autonomia da vontade e do poder vinculativo dos contratos (*pacta sunt servanda*) em favor dos interesses difusos dos consumidores e dos usuários dos serviços públicos.

A Lei nº 8.987/1995 também foi considerada em suas razões de decidir ao argumento de que o pleno atendimento dos usuários dos serviços públicos não pode prescindir, dentre outras condições, da modicidade das tarifas. “A aplicação de índice que apresenta variação superior a 100% (cem por cento) em relação outros índices no mesmo período de apuração não concretiza a norma que assegura a modicidade das tarifas”.

Importa destacar que, conquanto não seja possível reduzir a decisão do Juiz a um argumento apenas, é possível inferir que há uma idéia força norteando a formação de sua convicção sobre a melhor solução para o conflito surgido no caso concreto. A possibilidade de revisão das cláusulas contratuais, ante a manifesta desigualdade entre as partes, permeia todo o argumento desenvolvido pelo magistrado. Essa opção foi realizada em detrimento claro do *pacta sunt servanda*. A tabela abaixo apresenta a decisão analisada sob a ótica dos custos de transação de segunda ordem.

### Índice dos Custos de Transação associado ao Comportamento do Juiz Federal da 2ª Vara Federal (Custos de 2ª ordem) <sup>112</sup>

Variável	Indicador	Codificação Numérica
Custos de Transação de 2ª Ordem	<b>1) Postura voltada para a regra do cumprimento obrigatório dos contratos</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Juiz vota (decide) pela regra do cumprimento obrigatório dos contratos ou no princípio da segurança jurídica</li> <li>● Juiz vota (decide) pela garantia da revisão dos contratos com fundamento nas normas e nos princípios do sistema de defesa do consumidor ou dos usuários do serviço público</li> </ul>	0  1
	<b>2) Postura voltada para a consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações</b>	
	● Juiz vota (decide) em atenção à relação de causalidade insegurança-retração	0
	● Juiz vota (decide) com alguma consideração à relação de causalidade insegurança-retração	0,5
	● Juiz ignora a relação de causalidade insegurança-retração	1
	<b>3) Postura voltada para a legitimação do poder normativo <sup>113</sup> das agências reguladoras</b>	
	● Confere ampla autonomia à agência reguladora	0
	● Confere razoável autonomia à agência reguladora	0,5
	● Confere baixa autonomia à agência reguladora	1
	<b>4) Postura voltada para a não-interferência do Judiciário nas políticas públicas</b>	
	● Sim	0
	● Não	1

<sup>112</sup> Ver Anexo 1.

<sup>113</sup> Poder de editar normas de caráter geral, abstrato e impessoal.

## CT-2= 5

Nesse contexto institucional, a única decisão judicial que importa para a aferição de **CT-02** é a do referido magistrado, uma vez que todas as demais decisões perderam a eficácia. Assim sendo, **CT-02** assumiu o valor máximo.

Mais uma vez importa destacar que o item 2, referente à postura quanto os efeitos econômicos das decisões judiciais, está adstrito neste caso àqueles relativos ao ambiente de investimentos do setor de telefonia. Em termos de utilização de critério econômico na análise das decisões judiciais, o Juiz Federal empreendeu uma verdadeira comparação entre a metodologia dos índices praticados no mercado, buscando encontrar qual seria o mais adequado para aplicação no setor de telefonia. Não obstante, ignorou qualquer impacto no ambiente econômico específico das telecomunicações dependente de um considerável fluxo de investimentos.

A decisão voltada para a substituição do índice homologado pela ANATEL revela a um só tempo um comportamento em favor da interferência do Judiciário na política regulatória e da possibilidade de ocupação do papel da agência setorial na implementação dessa mesma política.

### 5.3.3 Análise e Resultados

A Tabela seguinte apresenta, então, as relações de causalidade presentes nesse contexto institucional específico que produziram alteração na incidência dos custos de transação de execução do contrato. Infere-se que, apesar do ganho para as teles em termos da redução de CT-01, a partir da redução do número dos pontos de veto institucionais e do efeito multiplicador inverso da decisão proferida pela cúpula do STJ, consistente na cassação dos provimentos concedidos em todo o território nacional em favor da alteração do IGP-DI, o juiz-chave nessa fase optou por uma postura intervencionista pró-consumidor, confirmando aqui a hipótese da incerteza jurisdicional, em sentido estrito.

Como o comportamento do Juiz Federal de Brasília foi coerente com a postura mais intervencionista possível no espaço da execução das políticas de regulação, houve inclusive um aumento na incidência dos custos de transação de segunda ordem (CT-02). O evento revela ser importante empreender a análise do impacto do Judiciário no processo político com um olhar ao mesmo tempo na configuração institucional do sistema de justiça e na distribuição de preferências das Cortes e dos juizes, sob pena de uma investigação incompleta.

O ganho em termos da redução de CT-01 foi mitigado em razão do comportamento do agora Juiz central no processo de revisão judicial da política tarifária. É possível inclusive afirmar, numa leitura apressada, que a combinação dos efeitos da decisão proferida pelo STJ, que centralizou não apenas na Justiça Federal mas num único Juízo o *locus* para o processo de tomada de decisões sobre a matéria, reforçou ainda mais os custos regulatórios, em virtude do comportamento intervencionista do Juiz Navarro, com viés pró-consumidor.

Não obstante, a centralização implicou menores custos para as teles, até mesmo no que se refere à alocação de recursos para a defesa judicial delas. A estratégia da defesa ficou agora concentrada numa única Vara Federal, em lugar de distribuída nas milhares espalhadas no país. Todos os recursos cabíveis seriam agora manejados tão-somente em relação a uma única decisão, facilitando o controle sobre o encaminhamento judicial da matéria.

Assim sendo, se, por um lado, a decisão do Juiz Navarro reforçou o controle do Judiciário sobre a implementação da política tarifária do setor de telecomunicações, por outro, a decisão do STJ permitiu a partir daqui a adoção de uma estratégia mais eficiente de combate à alteração do *status quo* regulatório, implicando aumento da centralização do processo decisório, da previsibilidade do desfecho da demanda e da coordenação do sistema de justiça.



Tabela 5.5 – Análise dos Resultados no 2º Cenário Institucional

Hipóteses Causais	Processos Causais Intervinentes	Efeitos	Variável Dependente CT – 01	Variável Dependente CT – 02	Variação			
(A) Marco Institucional do Conflito de Competência	(1) Veto Points	↓CT-01	CT-01 (b) (1,99)	CT-02 (b) (5)	CT-01 (b) < CT-01 (a), CT-02 (b) > CT-02 (a)			
	(2) Atuação dos Grupos de Interesse	↓CT-01						
	(3) Efeito Multiplicador Inverso das Decisões da Cúpula	↓CT-01						
	(4) Controle sobre as instâncias inferiores	↓CT-01						
	(5) Efeito-aprendizado	↓CT-01						
(B) Prerrogativas institucionais da Presidência do STJ	(5) Preferências dos Ministros do STJ (política judiciária)	↓CT-01	CT-01 (b) (1,99)	CT-02 (b) (5)	CT-01 (b) < CT-01 (a), CT-02 (b) > CT-02 (a)			
	(6) Controle sobre as instâncias inferiores	↓CT-01						
C) Marco Regulatório da Defesa do Consumidor	(7) Preferência do Juiz Federal do DF (+)	↑CT-02				CT-01 (b) (1,99)	CT-02 (b) (5)	CT-01 (b) < CT-01 (a), CT-02 (b) > CT-02 (a)
(D) Marco Regulatório da Concessão dos Serviços Públicos	(7) Preferência do Juiz Federal do DF (+)	↑CT-02						
(E) Marco Regulatório das Telecomunicações (LGT)	(7) Preferência do Juiz Federal do DF (-)	↑CT-02						

Fonte: elaborado pelo autor

(1) Ver anexo 2 para cálculo de CT-01

(2) Ver anexo 3 para cálculo de CT-02

O desfecho dessa fase demonstra, também, que, a despeito do diagnóstico acerca do desenho do sistema de justiça no Brasil, marcado por altas taxas de descentralização, de independência dos juízes e de defecção em relação aos precedentes judiciais, há um conjunto de regras inseridas no arcabouço jurídico-legal que produzem efeitos diametralmente opostos aos identificados pela literatura. No exemplo, as regras do conflito de competência serviram como incentivo de sinal trocado para a atuação dos grupos de interesse, nesse caso das empresas operadoras dos serviços de telefonia.

Tais regras implicaram *(i)* um aumento considerável do grau de centralização do processo de tomada de decisões (milhares de pontos de veto institucionais foram reduzidos a um apenas), *(ii)* geraram coordenação no âmbito do Judiciário, impedindo a prolação de decisões contraditórias sobre o mesmo tema, *(iii)* inclinaram a balança de poder em favor da cúpula do Judiciário que, dentre outras prerrogativas, cassou todas as liminares e sentenças anteriormente concedidas e proibiu novas decisões sobre o mesmo assunto.

Ademais, se até o momento as variáveis institucionais determinantes dos resultados eram exógenas ao ambiente interno do processo de tomada de decisões, nesse momento contou o conjunto das regras no âmbito do Tribunal que permitiram, por exemplo, ao Presidente do STJ cassar as liminares em todo o país.

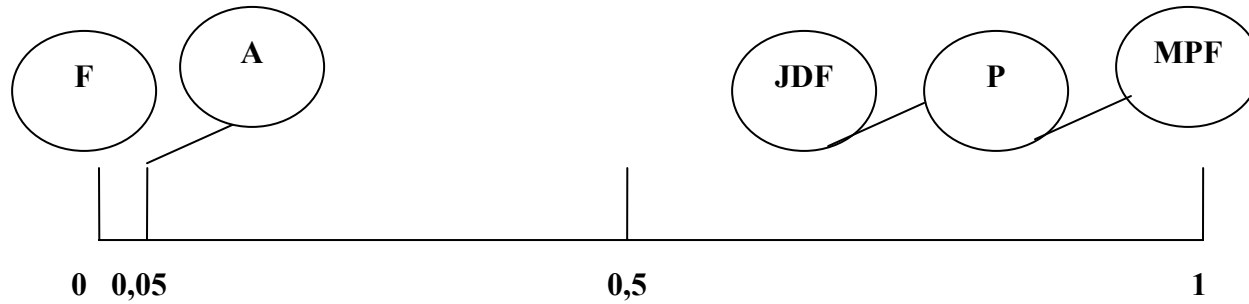
Todavia, mais uma vez, deve-se destacar o papel das preferências das Cortes e dos juízes nas relações de causalidade entre o contexto institucional e a incidência dos custos transacionais. Se as regras relativas ao incidente processual do conflito de competência operaram no sentido de fornecer incentivos para que os grupos de interesse afetados com a decisão do Juiz Navarro buscassem a centralização do processo de tomada de decisões, crucial, então, era saber se a cúpula do Judiciário Federal estaria sensível aos apelos desses grupos. Dentre outros incentivos para a tomada de decisões do STJ, a leitura das decisões no bojo do processamento do conflito de competência demonstrou como a solução oferecida decorreu em grande parte do aprendizado adquirido com situação semelhante num período não muito distante, no auge da guerra de liminares para a paralização da privatização da Companhia Vale do Rio Doce.

As mesmas regras em direção à centralização do escopo decisório, por sua vez, não impediram que houvesse o controle da política regulatória pelo Judiciário. Isso porque

contava, e muito, as preferências da peça chave na engenharia institucional montada para a solução do impasse.

A figura abaixo apresenta a fotografia do contexto decisório em termos da escala liberal-intervencionista do modelo espacial desenhado para esta dissertação, indicando que o Juiz Federal competente para proferir decisões sobre a matéria adotou comportamento em favor de um dirigismo estatal no âmbito dos contratos regulatórios, alterando pouco o contexto decisório em relação ao momento anterior.

**Figura 5.4 - Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos quanto à majoração tarifária em 2003/2004**



Onde **F**, intensidade das preferências das firmas reguladas;

**A**, intensidade das preferências da Anatel;

**MPF**, intensidade das preferências do Ministério Público Federal;

**P**, intensidade das preferências do Presidente;

**JDF**, intensidade da preferência do Juiz Federal de Brasília (Juiz Navarro).

#### 5.4 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O TERCEIRO CONTEXTO INSTITUCIONAL

Como visto, por conta da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, nos conflitos de competência mencionados, a decisão do Juiz federal em Brasília passou a valer para todo o território nacional. A via tradicional para reverter a decisão era o Agravo de Instrumento. As concessionárias não deixaram de manejar o recurso tradicional, mas não tardaram a recorrer ao pedido de suspensão de liminar, dirigido ao Presidente da Corte regional de 2ª Instância – o Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sediado em Brasília, acionando o subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, descrito no capítulo anterior, uma das variáveis independentes da pesquisa.

Como não vislumbrou nenhuma grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a Vice-Presidência do TRF 1ª Região<sup>114</sup> indeferiu o pedido em **10/11/2003**. Reforçando a alegação de que a mudança discricionária do índice contratual patrocinada pelo Judiciário configurava exercício de política tarifária e inadequação do IPCA para o reajuste dos custos do setor de telefonia, causando lesão à ordem pública e à ordem econômica, as empresas recorreram ao chamado agravo interno, ou agravo regimental, manejado contra decisões monocráticas dos tribunais e julgado no órgão especial da casa.

Por maioria, contudo, o Tribunal acompanhou o entendimento do Vice-Presidente, então no exercício da Presidência, em **04/12/2003**. Registre-se ainda que, ao decidir sobre a questão, a Corte regional pontuou ser legítima a sua interferência na política tarifária dos serviços de telecomunicações. É o que se infere do trecho do voto do Desembargador-Federal Vice-Presidente: “Esclareça-se, de plano, que a apreciação pelo Judiciário do índice de reajuste contratual não demonstra afronta à independência dos Poderes, posto que de fato existe uma interdependência baseada em freios e contrapesos entre os Poderes, e não uma independência estática.”

Ademais, os argumentos das concessionárias quanto aos impactos macroeconômicos da liminar que promoveu a substituição do índice de reajuste dos

---

<sup>114</sup> O Presidente declarou-se suspeito para julgar o pedido, remetendo o processo para a Vice-Presidência do órgão.

serviços de telefonia não sensibilizaram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

#### **5.4.1 Os custos de transação de execução do contrato de 2ª ordem (CT-02)**

Não obstante a redução de CT-1, o comportamento da Corte Regional foi no sentido de não reconhecer a lesão à ordem econômica e à ordem pública sugerida pelas concessionárias. A postura de ignorar os efeitos econômicos das decisões judiciais comprometeu alguma análise sobre o mérito do pedido, não sendo possível inclusive alocar os Desembargadores Federais no modelo espacial da pesquisa uma vez que não se pronunciaram sobre a questão de fundo.

Isso não significa, entretanto, que a intervenção do Tribunal no episódio tenha sido marginal. Em primeiro lugar, o indeferimento do pedido de suspensão implicou manutenção dos efeitos da decisão do Juiz Federal de Brasília, razão pela qual, inclusive, para efeitos da identificação de CT-02, será mantido o valor corresponde ao cenário anterior.

<b>CT-2= 5</b>
----------------

#### **5.4.2 Os custos de transação de execução do contrato de 1ª ordem (CT-01)**

Em relação ao cenário institucional subjacente ao processo de tomada de decisões nessa fase, é inegável concluir que o subsistema institucional das liminares contra o Poder Público oferece uma série de prerrogativas ao Estado em juízo que podem se reverter em chancela a sua distribuição de preferências. Abaixo, a codificação desse terceiro cenário em termos institucionais:

**Índice dos Custos de Transação associados ao Desenho Institucional (Custos de 1ª ordem) – o olhar no contexto institucional número (3)**

<b>Variável</b>	<b>Indicador</b>	<b>Codificação Numérica</b>
Custos de Transação de 1ª Ordem	<b>1) Existência dos Pontos Institucionais de Veto – Epv</b>	
	•Competência do STJ ou STF	0
	•Competência da Segunda Instância (Estadual ou Federal)	<b>0,20</b>
	• Competência de um único Juiz da Justiça Estadual ou Federal	0,40
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Federal)	0,60
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Estadual)	0,80
	•Competência da Primeira Instância, Estadual ou Federal, incluindo Juizados Especiais Estaduais e Federais	1
	<b>2) Existência de Mecanismos Institucionais de Reforço dos Precedentes – Erp</b>	
	•Súmula Vinculante	0
	•Súmula Impeditiva de Recursos	0,33
	•Qualquer mecanismo constrangedor de interposição de recursos, exceto as súmulas acima indicadas	0,66
	•Não há mecanismo	<b>1</b>
	<b>3) Existência de mecanismos institucionais de suspensão de decisões concedidas nas instâncias inferiores – Esd</b>	
	•Sim, em via extraordinária, com possibilidade de novo pedido junto à cúpula do Judiciário, em caso de fracasso no primeiro pedido	0
	•Sim, em via extraordinária, por meio de um pedido simples de suspensão	<b>0,33</b>
	•Sim, na via ordinária, por meio da solicitação do efeito suspensivo no processamento do recurso cabível (agravo de instrumento, etc), ou por meio de qualquer outro incidente processual, com exceção da suspensão de segurança ou liminar	0,66
	•Não	1
	<b>4) Existência de mecanismos institucionais que garantam à cúpula o efeito multiplicador de suas decisões – Emd</b>	
	•Sim	<b>0</b>
	•Não	1
<b>5.Existência de poderes institucionais para o controlador da agenda no Tribunal (agenda-setter) – Eas</b>		
•Sim	<b>0</b>	
•Não	1	

$$CT-1 = 1,50$$

### 5.4.3. Análise e Resultados

Ora, o acionamento do subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, especialmente o instituto da suspensão das liminares, reflete inegável constrangimento institucional das Cortes superiores sobre as inferiores. O deferimento do pedido de suspensão das decisões das instâncias inferiores é capaz de mitigar, ou mesmo anular, qualquer controle exercido sobre as políticas públicas pelas instâncias de primeiro grau.

Se é clara a relação de causalidade entre o subsistema institucional das liminares contra o Poder Público e a redução do valor da variável dependente CT-01, deve haver também um mecanismo causal que explica o motivo pelo qual não houve modificação no valor de CT-02, uma vez que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu pela manutenção da liminar do Juiz Navarro.

As preferências dos Desembargadores Federais constituem as variáveis intervenientes explicativas da manutenção de CT-02. Não são as preferências situadas no âmbito do debate entre a supremacia do poder vinculativo dos contratos e a possibilidade de revisão de suas cláusulas por questões de ordem pública e de ordem social, mas uma postura de cunho formal referente à própria discussão sobre o alcance dado pelos Tribunais ao subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, mais uma vez refletindo uma preferência de política judiciária.



Tabela 5.6 – Análise dos Resultados no 3º Cenário Institucional

Hipóteses Causais	Processos Causais Intervinentes	Efeitos	Variável Dependente CT – 01	Variável Dependente CT – 02	Variação
(A) Subsistema Institucional das liminares contra o Poder Público	(1) Veto Points	↓CT-01	CT-01 (c) (1,50)	CT-02 (c) (5,00)	CT-01 (c) < CT-01 (b), CT-02 (c) = CT-02 (b)
	(2) Controle institucional das Cortes Superiores sobre as Inferiores	↓CT-01			
(B) Prerrogativas institucionais da Presidência do TRF 1ª Região	(3) Preferências do Presidente do TRF 1ª Região ( <i>política judiciária</i> )	CT-02			
	(4) Preferências da maioria do TRF 1ª Região ( <i>política judiciária</i> )	CT-02			

Fonte: elaborado pelo autor

(1) Ver anexo 2 para cálculo de CT-01

(2) Ver anexo 3 para cálculo de CT-02

(3) CT-02 igual ao cenário anterior, uma vez que o TRF da 1ª Região manteve a decisão do Juiz Navarro.

A leitura atenta dos votos do Vice-Presidente do TRF da 1ª Região, tanto na sua primeira manifestação no processamento do pedido de suspensão, quanto do agravo regimental interposto da decisão indeferitória da cassação da liminar, revela uma considerável restrição à admissão das empresas concessionárias dos serviços de telefonia como partes legitimadas para propor a suspensão de liminar, uma vez que tal regime especial é destinado originariamente a Pessoas Jurídicas de Direito Público. Nesse sentido, cabe destacar trecho do seu voto:

“Assim, de plano, data venia, a legitimidade para requerer a suspensão seria do MPF (o qual, naturalmente, não o faria, posto que o autor a Ação Civil Pública) e da própria ANATEL (que, para ingressar nos autos, não necessita de chamamento). Todavia, como a jurisprudência, ainda que vacilante, tem admitido a legitimidade de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviço público e, como dentre os requerentes encontram-se um uma dessas sociedades (SERCOMTEL S.A. Telecomunicações) e duas concessionárias de serviço público (TELEMAR NORTE LESTE S/A e BRASIL TELECOM S/A), em homenagem a esse entendimento jurisprudencial (v.g. REsp 50.284/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, e SS nº 26, Rel. Min. Nilson Naves), **com a ressalva de meu entendimento pessoal** (grifei), reconheço a legitimidade para o requerimento.”

O voto abaixo do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves que acompanhou o entendimento do Vice-Presidente demonstra como o aspecto formal e preliminar da legitimidade das empresas para acionar o subsistema institucional das liminares contra o Poder Público se apresentou como um óbice ao julgamento mais objetivo das repercussões indicadas pelas teles principalmente na ordem econômica, se mantida a liminar do Juiz Federal de Brasília.

"É uma norma, como bem observou Vossa Excelência, de natureza excepcional, e a respeito dela há uma nota de jurisprudência que, a meu ver, me parece a mais adequada na disciplina da espécie, constando na obra de Teotônio Negrão. É uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, majoritária, é verdade, nas seguintes letras, na parte que interessa à hipótese em causa: "É excepcional a suspensão da execução de liminar em ação civil pública, só conferida essa prerrogativa aos entes de direito público legitimados pelo art. 12, 11, da Lei nº 7.437/85". Ou seja, estamos diante de disposição excepcional que atribui legitimação também excepcional às pessoas jurídicas de direito público, e o requerente não se enquadra nessa condição. De modo que se ele sequer teria legitimação para postular a suspensão da liminar, obviamente que, ultrapassada que seja, como foi, esta questão, pois não está mais sob objeto de discussão porque estamos no âmbito de agravo regimental, não poderá obter obviamente aquilo que sequer está legitimado para tanto, que é a suspensão da medida liminar.(...) Na oportunidade da medida excepcional, que estamos examinando, não

me parece possível, inclusive diante da falta de legitimação dos requerentes, agora agravantes.

Forçoso concluir que a aceitação a contragosto pelos Desembargadores Federais da legitimidade das concessionárias em recorrer ao regime institucional especial da Fazenda Pública em Juízo comprometeu a análise econômica quanto aos efeitos da substituição do IGP-DI sobre o IPC-A. Eles se limitaram tão-somente a afirmar que não restaram demonstrados de forma firme pelas empresas os prejuízos sobre a ordem econômica, com pouco ou nenhum esforço para fundamentar a decisão que não no aspecto relacionado à inadequação da via processual eleita para discutir a questão.

Como não houve manifestação por parte dos Desembargadores Federais quanto à questão de fundo da liminar deferida, não houve modificação no modelo espacial das atitudes na execução da política tarifária.

## **5.5 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O QUARTO CENÁRIO INSTITUCIONAL**

### **5.5.1 Os custos de transação de execução do contrato de 1ª ordem (CT-01)**

Antes da mudança institucional patrocinada pelo Governo no subsistema de liminares contra o Poder Público, especialmente as alterações no desenho do instituto da suspensão de liminares, restaria às partes contrariadas, após o indeferimento da Corte Regional do pedido de cassação da decisão pró-IPCA, esperar o julgamento do mérito da ação civil pública original, ou dos agravos de instrumento interpostos contra a mencionada decisão.

Não obstante, com base nas novas prerrogativas institucionais do pedido de suspensão de liminar, as concessionárias dos serviços públicos de telefonia apresentaram novo pedido de Suspensão de Liminar, dirigido agora ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, tendo em vista a natureza infraconstitucional da matéria. A redução do grau de incidência de CT-01 ocorreu em razão do acionamento do instituto da dupla suspensão no âmbito do subsistema institucional das liminares contra o Poder Público.

**Índice dos Custos de Transação associados ao Desenho Institucional (Custos de 1ª ordem) – o olhar no cenário institucional número (4)**

<b>Variável</b>	<b>Indicador</b>	<b>Codificação Numérica</b>
Custos de Transação de 1ª Ordem	<b>1) Existência dos Pontos Institucionais de Veto – Epv</b>	
	•Competência do STJ ou STF	<b>0</b>
	•Competência da Segunda Instância (Estadual ou Federal)	0,20
	• Competência de um único Juiz da Justiça Estadual ou Federal	0,40
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Federal)	0,60
	•Competência da Primeira Instância (Justiça Estadual)	0,80
	•Competência da Primeira Instância, Estadual ou Federal, incluindo Juizados Especiais Estaduais e Federais	1
	<b>2) Existência de Mecanismos Institucionais de Reforço dos Precedentes – Erp</b>	
	•Súmula Vinculante	0
	•Súmula Impeditiva de Recursos	0,33
	•Qualquer mecanismo constrangedor de interposição de recursos, exceto as súmulas acima indicadas	0,66
	•Não há mecanismo	<b>1</b>
	<b>3) Existência de mecanismos institucionais de suspensão de decisões concedidas nas instâncias inferiores – Esd</b>	
	•Sim, em via extraordinária, com possibilidade de novo pedido junto à cúpula do Judiciário, em caso de fracasso no primeiro pedido	<b>0</b>
	•Sim, em via extraordinária, por meio de um pedido simples de suspensão	0,33
	•Sim, na via ordinária, por meio da solicitação do efeito suspensivo no processamento do recurso cabível (agravo de instrumento, etc), ou por meio de qualquer outro incidente processual, com exceção da suspensão de segurança ou liminar	0,66
	•Não	1
	<b>4) Existência de mecanismos institucionais que garantam à cúpula o efeito multiplicador de suas decisões – Emd</b>	
•Sim	<b>0</b>	
•Não	1	
<b>5.Existência de poderes institucionais para o controlador da agenda no Tribunal (agenda-setter) – Eas</b>		
•Sim	<b>0</b>	
•Não	1	

$$CT-1 = 0,9$$

### 5.5.2 Os custos de transação de execução do contrato de 2ª ordem (CT-02)

Conquanto já sejam conhecidas as razões das concessionárias, vale rememorar as alegações das empresas no pedido de suspensão de liminar, apresentadas de forma resumida no relatório do voto do Ministro-Presidente Nilson Naves. As teles alegavam que a decisão: (i) “onerava excessiva e injustificadamente a concessionária”; (ii) “comprometia a continuidade da prestação do serviço público”; (iii) “potencializava a responsabilização civil do Estado por quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão”; (iv) “ofendia a ordem econômica, pela insegurança jurídica que induz”; (v) “afrontava o devido processo legal e a plenitude do direito de defesa, ao proferir a decisão sem ouvir a ANATEL”.

Além disso, elas apontavam que (i) “o índice proposto pelo Ministério Público Federal não era adequado às telecomunicações, por espelhar custos próprios das pessoas físicas”; (ii) “a decisão constitui ingerência judicial indevida, ao ser invocada não para coibir eventuais abusos, mas para ditar uma nova política setorial”; (iii) “a ANATEL, ao editar os atos de autorização dos reajustes pelo IGPD-DI, fê-lo no exercício das prerrogativas legais que lhe atribuem o poder-dever de executar a política tarifária pré-fixada pelo Executivo”.

O referido Ministro, entretanto, se limitou a ressaltar a relevância dos argumentos apresentados pelas empresas-requerentes, indeferindo, contudo, o pedido, em **20/01/2004**, com entendimento semelhante aos magistrados da Corte regional: a de que a via da suspensão de liminar não era a mais adequada para a solução da controvérsia. Restou às empresas mais um último recurso, pelo menos naquela via excepcional da suspensão de liminar: o agravo interno, ou regimental, contra a decisão individual do Presidente.

Com a mudança da Presidência, assumiu, como Relator do recurso, o novo Ministro-Presidente, Edson Vidigal, cujo comportamento alterou definitivamente a

dinâmica do processo. Assim como ocorrido no episódio da privatização do BANESPA, com a intervenção do Ministro-Presidente do STF, o Ministro pontuou que, a despeito da natureza excepcional da medida de suspensão de liminar ou de sentença, permitindo ao Presidente, a princípio, tão-somente o exame da presença dos requisitos ensejadores para o acolhimento da contracautela, não poderia a análise do pedido prescindir de um exercício mínimo de deliberação do mérito.

O Ministro acolheu o pedido das empresas, cassando a liminar que suspendia o reajuste e restabelecendo a aplicação do IGP-DI, ao argumento de que a manutenção da decisão implicava potencial risco de lesão à economia pública e à ordem administrativa. A fundamentação pode ser dividida em três ordens de argumento principais:

*A) Urgência em apreciar a demanda*

A leitura atenta do voto do Ministro-Presidente evidencia um comportamento suscetível aos apelos apresentados pelas empresas quanto aos impactos econômicos imediatos da manutenção da decisão impugnada, reclamando prioridade para o pronunciamento sobre a questão, uma vez que a promessa de que o impasse seria solucionado de forma célere nas vias ordinárias (agravos de instrumento de competência do TRF da 1ª Região) não havia sido cumprida.

Como demonstrando na intervenção da Corte Regional Federal, a questão relativa à legitimidade do acionamento do subsistema institucional das liminares contra o Poder Público era um fator determinante para a apreciação dos argumentos de fundo do pedido de suspensão. Em nenhum momento, a Presidência do STJ desconfiou da possibilidade de as concessionárias dos serviços de telefonia recorrerem a esse regime especial. Ademais, entendeu, principalmente por razões de ordem econômica, ser urgente a apreciação do referido pedido.

*B) Cenário de insegurança jurídica e de conseqüente retração dos investimentos*

Conquanto o fundamento principal do pedido de suspensão estivesse assentado principalmente numa leitura acerca dos efeitos econômicos da intervenção do Judiciário

nos contratos regulatórios, sendo da própria natureza dessa via institucional excepcional chamar atenção para conseqüências das decisões judiciais em vários aspectos da realidade sócio-econômica, os pronunciamentos anteriores demonstraram que isso não era suficiente para garantir que a Corte ou o juiz votassem norteados por tal estrutura de incentivos. O trecho abaixo do voto do Ministro-Presidente Edson Vidigal demonstra uma atitude oposta:

Isto porque, em um primeiro e superficial exame, próprio dessa fase procedimental, vejo caracterizado o risco inverso, **refletido no cenário de insegurança jurídica que se instala**, na medida em que a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos e despreza os vultosos investimentos feitos, pode sim causar perplexidade nos investidores, afastando-os, caos no sistema tarifário (sic), a par de expor o país **umentando o risco Brasil** e prejudicando o usuário que se buscou proteger, lesando a ordem pública administrativa (grifei).

Revela justamente a adesão à idéia de que a estabilidade nos contratos regulatórios é fator determinante da manutenção da taxa de investimentos privados no setor regulado correspondente. O Ministro-Presidente avançou ainda ao fazer referência ao risco Brasil<sup>115</sup>, índice que mede a desconfiança dos investidores estrangeiros na economia brasileira.

O nome completo do indicador é *Emerging Markets Bond Index Plus* (EMBI+), calculado por agências internacionais de classificação de riscos e por bancos de investimento, com o propósito de medir o grau de perigo que cada país representa para o investidor estrangeiro, concentrando-se nos países emergentes. Na América Latina, Brasil, México e Argentina fornecem os dados mais significativos para a avaliação de risco da região.

Quando se refere à economia nacional, como fez o Ministro do STJ, é denominado risco Brasil. Para medir o risco-país, o JP Morgan acompanha uma série de indicadores econômicos e sociais dos países emergentes, tais como o nível do déficit fiscal, a taxa de crescimento da economia, a solidez das instituições, a relação entre arrecadação e dívida, entre outros, tendo sido criado um ranking para padronizar a informação.

Os Títulos do Tesouro dos EUA, considerados os mais seguros do mundo pelo mercado financeiro, foram adotados como referência para o “risco zero”: cada 100 pontos no risco representam 1% que os títulos de determinado país deveriam render a mais que o

---

<sup>115</sup> O Banco JP Morgan, com filiais em diversos países latino-americanos, foi o primeiro a recorrer a essa classificação.

dos EUA para compensar o risco decorrente de determinado ambiente marcado por instabilidade econômica e/ou política. O risco-país alto implica que, para tornar o investimento mais atraente, os países precisam elevar a taxa de juros com a qual pretende remunerar os títulos representativos da dívida pública, reproduzindo um ciclo vicioso de endividamento.

Inegável concluir que a decisão proferida pela Presidência do STJ foi marcada por uma postura em favor da manutenção da estabilidade dos contratos regulatórios e do ambiente de investimentos privados no setor de telecomunicações.

### *C) Do papel da ANATEL na implementação da política tarifária*

O trecho abaixo expõe um padrão de comportamento da Presidência voltado ao mesmo tempo para a garantia da regra do cumprimento dos contratos, para a legitimidade do papel da ANATEL na execução da política tarifária e para a não interferência dos demais poderes no âmbito de competência da agência setorial. Ao acolher os argumentos das concessionárias, o Ministro, em verdade, estava concordando com tal lógica de argumentação.

Sério e relevante o argumento trazido pelas agravantes, de que se fez opção pelo IPCA, sem o reconhecimento da ilegalidade do IGP-DI, o que justificaria, em tese, sua substituição, e a ANATEL, **a quem cabe executar a política tarifária pré-fixada pelo Executivo, não poderia agir de forma diversa e adotar um índice diferente do estipulado em contrato** (fl. 517). Portanto, o “*abalo à segurança jurídica decorre do fato, já mencionado, de que a opção pelo IPCA foi simplesmente porque se entendeu que a variação do IGP-DI foi excessiva, em uma análise comparativa, tal como assinalado ... não há dúvida que a decisão que se pretende suspender ocasiona inegável estado de insegurança jurídica, haja vista que não se sabe qual o índice a ser ocasionalmente escolhido quando de um próximo reajuste*” (fl. 519)

O fundamento legal para a concordância com a competência da ANATEL para a execução da política tarifária era principalmente a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), descrita no capítulo 3 desta dissertação. Nesse sentido, importa ressaltar o impacto das regras do marco regulatório das telecomunicações no comportamento das Cortes de dos juízes diante de situações que envolvam conflito entre reguladores.



Até a manifestação do STJ, a LGT pouco ou nada tinha influenciado a convicção dos juízes no processo de tomada de decisões. A própria decisão consistente na substituição de índice diverso ao homologado pela ANATEL para a revisão tarifária vai de encontro ao marco regulatório das telecomunicações que atribui claramente à agência setorial essa função. Se bem que seja verdade o fato de a LGT prevê também a chancela do princípio da modicidade tarifária, seus dispositivos não foram em nenhum momento utilizados pelas Cortes e juízes anteriores, até mesmo porque o espírito da lei é justamente atribuir a competência para o gerenciamento da questão tarifária à ANATEL.

#### *D) Policy-maker*

Apesar de todo o cuidado da Presidência do STJ em não invadir a esfera da execução da política tarifária, tendo em vista a exclusividade da ANATEL para fazê-lo, ao se observar seu voto, cabe questionar se o Ministro-Presidente, Edson Vidigal, ao restabelecer o IGP-DI, o fez tão-somente em atenção ao princípio da segurança jurídica ou do poder vinculativo dos contratos, ou, em sua mínima deliberação sobre o mérito, fez juízo de valor comparativo entre os dois índices em questão.

Não há na manifestação do Ministro Vidigal nenhuma defesa explícita deste ou daquele índice. Não obstante, ele acolheu, de forma indireta e num exame superficial, o argumento das concessionárias no que se refere à lesão à economia proveniente da manutenção do IPCA cujos principais componentes, ao refletirem custos próprios de pessoas físicas, provoca o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos por conta da inadequação de sua aplicação à realidade do setor de telefonia.

Em conformidade com o relatório que precede o voto, as concessionárias apontaram que o IPCA gerava o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, visto que o IGP-DI, previsto no Edital de privatização, considera as atividades produtivas em atacado e enfoca custos com a importação, “mostrando-se mais afinado para a atualização de custos inerentes à apresentação de um serviço de massa e em que a importação de insumos é um dado relevante.” O risco inverso, apontando como uma das razões de decidir em favor da cassação da liminar, advinha da manutenção do IPCA, que, em conformidade com o próprio Ministro, “em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos

contratos e despreza os vultosos investimentos feitos”. Assim, o esquema abaixo revela a lógica da argumentação de Vidigal no que se refere à lesão à economia e à ordem pública administrativa.



Em última análise, a manifestação do Ministro-Presidente em favor da suspensão da liminar, ao argumento de que ela comprometia a segurança jurídica e gerava externalidades negativas em toda a economia, foi antecedida por um juízo sobre os efeitos negativos do IPCA no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A liminar poderia ter sido cassada com o simples exame da suposta lesão à economia e à ordem administrativa provocada pela insegurança jurídica decorrente da substituição de índice diverso ao pactuado nos contratos regulatórios. Nesse sentido, o Presidente, inclusive, chamou a atenção para o fato de que a opção pelo IPCA ocorreu sem o reconhecimento da ilegalidade do IGP-DI, o que seria a única hipótese a justificar, em tese, a substituição de índice diverso ao estipulado no contrato.

Não obstante, o Presidente do STJ deixou clara a necessidade de uma mínima deliberação sobre o mérito, e o mérito da demanda não era outro senão a discussão sobre o índice que melhor refletia a realidade do setor. Por mais importantes que tenham sido as outras razões de decidir, e cada uma delas tem seu peso respectivo, o Ministro-Presidente não deixou de se comportar, também, como implementador da política tarifária, mas em regime de cooperação com a ANATEL.

A tabela abaixo expõe, então, o comportamento do Ministro Edson Vidigal a luz dos critérios estabelecidos nesta dissertação tanto para medir o grau de incidência dos custos de transação de 2ª ordem quanto para identificar uma postura mais liberal ou intervencionista das Cortes e dos juizes no âmbito da regulação.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, composta por 21 magistrados, proferiu 15 votos, incluindo o voto do Ministro Relator. Até então, o placar apontava dois votos pela manutenção do IPCA como indexador das tarifas de 2003. Apenas os ministros Nilson Naves, Raphael Barros Monteiro e Franciulli Netto votaram

pela manutenção da aplicação do IPCA, até o julgamento dos recursos nas chamadas vias ordinárias. Um ministro julgou-se impedido e outros três não participaram do julgamento.

### **Índice dos Custos de Transação associados ao Comportamento dos Juizes (Custos de 2ª ordem) – o olhar nas preferências da Presidência do STJ**

<b>Variável</b>	<b>Indicador</b>	<b>Codificação Numérica</b>
Custos de Transação de 2ª Ordem	<b>1) Postura voltada para a regra do cumprimento dos contratos (pró-investidor)</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Juiz vota (decide) com apoio principalmente na regra do cumprimento dos contratos ou no princípio da segurança jurídica</li> <li>● Juiz vota (decide) com apoio principalmente nas normas e nos princípios do sistema de defesa do consumidor ou do usuário do serviço público</li> </ul>	0 1
	<b>2) Postura voltada para a consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Juiz vota (decide) em atenção à relação de causalidade insegurança-retração</li> <li>● Juiz vota (decide) com alguma consideração à relação de causalidade insegurança-retração</li> <li>● Juiz ignora a relação de causalidade insegurança-retração</li> </ul>	0 0,5 1
	<b>3) Postura voltada para a legitimação do poder normativo das agências reguladoras</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Confere ampla autonomia à agência reguladora</li> <li>● Confere razoável autonomia à agência reguladora</li> <li>● Confere baixa autonomia à agência reguladora</li> </ul>	0 0,5 1
	<b>4) Postura voltada para a não-interferência do Judiciário nas políticas públicas</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Sim</li> <li>● Não</li> </ul>	0 1

Assim sendo, a maioria do STJ proferiu decisão, em 1º/07/2004, acompanhando o entendimento do Ministro-Presidente, não sendo necessário reproduzir aqui a mesma tabela utilizada para a codificação numérica dos custos de transação de execução do contrato de segunda ordem. Assim, CT-02 assumiu o seguinte valor:

## CT-2= 0

Foi motivo de debate, também, na Corte Especial do órgão, a questão relativa aos efeitos daquela decisão “no tempo”. Os Ministros decidiram pela sua não retroatividade, autorizando a aplicação do IGP-DI pelas concessionárias apenas após a proclamação dela, ocorrida em julho de 2004. A ação civil pública foi ajuizada em junho de 2003, concedida a liminar em setembro de 2003, mantida no TRF 1ª Região em novembro de 2004, e, no STJ na primeira fase, em janeiro de 2004. Somente em outubro daquele ano foi certificado o trânsito em julgado do acórdão que cassou a decisão, não cabendo mais nenhum recurso.

O instituto da suspensão de liminar, a princípio, não se presta ao exame do mérito dos pedidos levados ao Judiciário. Não obstante, no estudo de caso específico deste trabalho, bem como no episódio BANESPA, ele não apenas serviu para anular todas as liminares proferidas em sentido contrário, mas também funcionou como precedente para as decisões posteriores, impedindo, na prática, um pronunciamento definitivo da matéria em sentido contrário ao definido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Em primeiro lugar, foram indeferidas todas as liminares apreciadas posteriormente à decisão final do STJ pelo mesmo Juiz que havia concedido a liminar originariamente. O exame dessas decisões evidencia a força vinculante de fato do acórdão proferido pela cúpula da Justiça Federal no julgamento da Suspensão de Liminar, em que pese não haver ainda mecanismo institucional que obrigue o juiz da primeira instância a seguir o entendimento do STJ.

Ressalvando o entendimento pessoal, o Juiz do Distrito Federal se curvou ao entendimento do STJ quanto à aplicação do IGP-DI como indexador do reajuste das tarifas de telefonia fixa em junho de 2003, indeferindo a liminar por conta da ausência de plausibilidade do direito invocado pelos autores das ações civis públicas tardiamente remetidas para a apreciação dele.

Ora, a concessão de liminar em ação civil pública exige o atendimento simultâneo de dois requisitos: o *fumus boni iuris* (plausibilidade jurídica do pedido) e o *periculum in mora* (perigo da demora da prestação jurisdicional). Este significa o fundado temor de

que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que inviabilizem a apreciação do pedido numa fase posterior ou que causem danos irreparáveis para as partes. O *fumus boni iuris*, por sua vez, diz respeito a uma alta probabilidade de existência do direito material reivindicado, constituindo-se, em verdade, numa forma de antecipação do mérito do pedido por parte do juiz (Meirelles, 2003). Ao indeferir a liminar, ao argumento de que o pedido carecia de plausibilidade jurídica (*fumus boni iuris*), o Juiz de Brasília não fez outra coisa senão emprestar ao entendimento do STJ, no bojo do processo decisório de um pedido de suspensão de liminar, uma força vinculante própria de decisões proferidas quanto ao mérito das ações.

Na segunda instância, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a decisão do STJ provocou, também, efeito multiplicador inverso, uma vez que o Relator dos 36 Agravos de Instrumentos, interpostos contra a decisão do Juiz Navarro negou seguimento a todos eles<sup>116</sup>. Interessante notar que, em 10 desses agravos de instrumento, o referido Relator decidiu recorrer à regra do trancamento dos recursos, para impedir o processamento dos referidos agravos, ao argumento de que eles eram manifestadamente improcedentes porque em confronto com jurisprudência de Tribunal superior, a despeito de a regra inserta no Código de Processo Civil, art. 557, *caput*, autorizar tal postura ante a existência de súmula ou jurisprudência dominante. Assim, pontuou:

“..conforme notícia fartamente divulgada pela imprensa, o colendo Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua egrégia Corte Especial, que constitui a última palavra sobre o assunto no âmbito infraconstitucional, quando da apreciação da Suspensão de Liminar nº 57, em 01/07/2004, decidiu que o “reajuste das tarifas de telefonia fixa de junho de 2003 terá como indexador o IGP-DI apurado pela Fundação Getúlio Vargas”, cassando a decisão do Juiz da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou a aplicação do IPCA quando do aumento das tarifas no ano passado”.

“(…)Assim, **NEGO SEGUIMENTO AO PRESENTE AGRAVO**, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, c/c o inciso XXV do art. 30 do Regimento Interno desta Corte, eis que o tenho por manifestamente improcedente”.

Ora, o Desembargador Federal não adotou outra postura senão a de emprestar também ao entendimento do STJ, numa questão isolada, um poder vinculativo próprio de mecanismos que obrigam seguir precedentes judiciais, como as súmulas vinculantes ou a súmula impeditiva de recursos. Em seguida, em alguns dos agravos, o Relator,

---

<sup>116</sup> Outros quatro não foram nem sequer conhecidos, por falta de preenchimento de requisitos formais. Os outros 2 se encontram conclusos ao relator até esta data. Fonte: [www.trfl.gov.br](http://www.trfl.gov.br).

provocado pelas concessionárias, alterou o entendimento no sentido de que, como sua decisão era fundada numa decisão isolada do STJ sobre a matéria, ele estaria autorizado tão-somente a julgar prejudicado os referidos agravos de instrumentos. Não obstante, o episódio revelou uma inclinação do Desembargador em favor do entendimento do STJ.

Outro sinal da força do precedente criado com o entendimento do STJ foi o deferimento do pedido no bojo da Reclamação nº1.654/SP, suspendendo três decisões proferidas por Cortes regionais no Brasil em sentido contrário à Corte superior. Instrumento também previsto no Regimento Interno do STJ, julgada procedente a Reclamação, o Tribunal cassa o provimento exorbitante do seu julgado e determina as medidas adequadas para a eficácia da decisão.

A relação com o grau de intensidade dos custos transacionais de execução da política tarifária decorreu principalmente do fato de que, acolhido o pedido de reclamação, as concessionárias não precisavam esperar o andamento de recursos nas instâncias ordinárias. Assim, por meio do instituto da Reclamação (*enforcement*) e do parágrafo sexto da Medida Provisória nº 2.185-35<sup>117</sup>, uma nova liminar, com o mesmo objeto e/ou causa de pedir, poderia ser cassada imediatamente à decisão favorável do Presidente do STJ nesse sentido.

Somente este ano, quatro após iniciada a ação civil pública, o Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal proferiu a sentença de mérito relativa ao reajuste das tarifas dos serviços de telefonia em 2003/2004. Se bem que seja verdade o fato de que houve mudança do Juiz que havia originariamente proferido a liminar consistente na substituição do IGP-DI pelo IPCA, importante destacar a mudança no entendimento da instância de primeiro grau após a intervenção do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, em comparação com a primeira decisão que não fez nenhuma referência ao conjunto de atribuições da ANATEL, a Juíza, em substituição legal na 2ª Vara do DF, fundamentou grande parte de sua sentença no marco regulatório das telecomunicações (LGT) que atribui à agência setorial as prerrogativas institucionais para a adoção das medidas necessárias à implementação da política do setor de telecomunicações, incluindo a competência para promover a revisão das tarifas dos

---

<sup>117</sup> Atual denominação da Medida Provisória nº 1984-19.

serviços prestados, pactuados no contrato de concessão, bem como de homologar os respectivos reajustes.

Além disso, de forma contrária também à primeira decisão, a magistrada optou também por homenagear a regra do cumprimento dos contratos, adotando uma postura diametralmente oposta ao intervencionismo no âmbito da revisão dos contratos regulatórios. Ao contrário, a lógica de sua argumentação parte do pressuposto de que todos os procedimentos adotados no processo de revisão tarifária em 2003, homologado pela ANATEL, estava previsto no contrato de concessão, formalizado nos termos da legislação específica de regência da matéria, não apresentando, por conseguinte, nenhuma ofensa à legalidade. O trecho abaixo revela um comportamento voltado para o reforço da idéia da primazia dos contratos, esvaziado na decisão do Juiz Navarro.

“Do contexto, afigura-se que a política tarifária do contrato de concessão está adstrita aos critérios estabelecidos no processo de licitação, sendo certo que eventual alteração, visando à preservação do equilíbrio econômico-financeiro, não pode ser realizada sem a observância das disposições contidas na lei supracitada (Lei das Concessões dos Serviços Públicos), no ato convocatório (edital) e, conseqüentemente, no contrato firmado”.

(...) Importa destacar que a tese de que é abusiva a aplicação do IGP-DI para atualização do valor das tarifas dos serviços telefônicos não deve prosperar. Isso porque, além de estar amparada pela legislação, existe previsão contratual regulamentando as diretrizes para a adequação das tarifas ao custo dos serviços a cada período de doze meses”.

O excerto abaixo deixa, também, claro que o impasse entre a aplicação do IGP-DI e do IPCA refletia, em verdade, o *trade-off* entre a postura de chancela ou do marco regulatório de defesa do consumidor ou do *pacta sunt servanda*, não sendo possível, no caso concreto, a prevalência de um sem a redução do escopo de aplicação parcial ou total do outro.

“Deve-se considerar, nesse sentido, que **a garantia da segurança jurídica impede a possibilidade de mutabilidade de cláusula contratual**. Até mesmo porque não se verifica uma desproporcionalidade de prestação a justificar a revisão de cláusula contratual, nos termos do precitado inciso V do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor<sup>118</sup>.

**É dizer que os princípios e preceitos do Código de Defesa do Consumidor devem ser mitigados diante do caso concreto.** Via de conseqüência, **esses conceitos não podem ser**

<sup>118</sup> “São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

**utilizados, exclusivamente, para autorizar a revitalização do contrato, de sorte a modificar cláusulas espontaneamente pactuadas e que não tiveram o condão de estabelecer obrigação abusiva para o consumidor**, acarretando situação em que se coloca o usuário em desvantagem exagerada, conforme o disposto no art. 51, inciso IV, do referido diploma legal.(grifei)”<sup>119</sup>

(...) Ora, toda a sistemática relativa ao reajustamento das tarifas, como salientado, encontra-se prevista no próprio contrato de concessão, e isso deve ser respeitado pelos contratantes.”

Outro aspecto importante da decisão diz respeito ao comportamento da Juíza pautado por uma análise dos efeitos econômicos globais da substituição de índice diverso ao estipulado em contrato no ambiente do setor de telecomunicações. Nesse sentido, discorreu:

“No caso da telefonia, impende destacar que o processo de abertura, com a privatização realizada, a criação de uma agência reguladora específica e diante da concorrência decorrente da diversidade de concessionárias e permissionárias no mercado, possibilitou uma evolução considerável no sistema.

(...)Além disso, revela-se patente a possibilidade de que a alteração dos termos originais do contrato, com a substituição do índice de reajuste inicialmente pactuado, possa vir a colocar em risco a operacionalidade do sistema de telecomunicações e o cumprimento das metas que desaguaram na melhoria efetiva dos serviços de telefonia no país.

(...)sempre que existir um índice que possa ser utilizado para o reajustamento das tarifas e este índice for menor do que aquele que restou previsto contratualmente poderá, pela tese sustentada pela autora, ocorrer a substituição do indexador. Isso, como consectário lógico, traria uma instabilidade no cenário relativo à telefonia, gerando uma insegurança jurídica significativa, o que poderia redundar, inclusive, na diminuição de aquisição de bens e serviços do setor e o **afastamento gradativo de seus investidores** (grifei).

Ressalte-se ainda que a Juíza não deixou de apontar ser indevida a atuação do Poder Judiciário como tomador de decisões acerca das políticas referentes à majoração de tarifas, visto que a fórmula para a revisão se encontrava prevista nos contratos de concessão.

Por fim, houve deferência por parte da magistrada da instância de primeiro grau ao entendimento sedimentado pelo STJ, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 57/DF, objeto de exame da seção anterior, em que pese a ressalva de que tal análise ocorreu em sede de suspensão de liminar. A Juíza chamou a atenção para o fato de que o exercício de deliberação mínima no mérito praticado pelo

---

<sup>119</sup> “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”



STJ acabou por revelar o seu entendimento sobre a questão de fundo. Assim sendo, a Juíza afirmou:

“Com supedâneo, portanto, nos permissivos legais transcritos e **em face do entendimento também sedimentado pelo STJ, ainda que em análise preliminar**, entendo que a ANATEL promoveu acertadamente as homologações ora combatidas, restando íntegra e válida a atuação dessa Agência reguladora, eis que, no exercício de sua competência legal, mediante a utilização de seu poder discricionário, insito à Administração, deliberou sobre os critérios de implementação do reajuste das tarifas telefônicas sem desprezar o princípio da legalidade, mormente porque o IGP-DI tem previsão legal (grifei).”

### Índice dos Custos de Transação associados ao Comportamento dos Juizes (Custos de 2ª ordem) – o olhar nas preferências da Juíza Federal do Distrito Federal

Variável	Indicador	Codificação Numérica
Custos de Transação de 2ª Ordem	<b>1) Postura voltada para a regra do cumprimento dos contratos (pró-investidor)</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Juiz vota (decide) com apoio principalmente na regra do cumprimento dos contratos ou no princípio da segurança jurídica</li> </ul>	<b>0</b>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Juiz vota (decide) com apoio principalmente nas normas e nos princípios do sistema de defesa do consumidor ou do usuário do serviço público</li> </ul>	1
	<b>2) Postura voltada para a consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Juiz vota (decide) em atenção à relação de causalidade insegurança-retração</li> </ul>	<b>0</b>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Juiz vota (decide) com alguma consideração à relação de causalidade insegurança-retração</li> </ul>	0,5
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Juiz ignora a relação de causalidade insegurança-retração</li> </ul>	1
	<b>3) Postura voltada para a legitimação do poder normativo<sup>120</sup> das agências reguladoras</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Confere ampla autonomia à agência reguladora</li> </ul>	<b>0</b>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Confere razoável autonomia à agência reguladora</li> </ul>	0,5
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Confere baixa autonomia à agência reguladora</li> </ul>	1
	<b>4) Postura voltada para a não-interferência do Judiciário nas políticas públicas</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Sim</li> </ul>	<b>0</b>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Não</li> </ul>	1

<sup>120</sup> Poder de editar normas de caráter geral, abstrato e impessoal.

Acima, a identificação da intensidade da preferência da Juíza, com base no modelo da dissertação. A tabela 5.6 expõe, por outro lado, o efeito da decisão do STJ, em sede de suspensão de liminar, em relação às decisões proferidas nos feitos em andamento após a decisão que cassou a liminar e produziu o equilíbrio da demanda.

**Tabela 5.7 – Julgados após decisão do STJ<sup>121</sup>**

<b>Tipo de Processo</b>	<b>Apreciados</b>	<b>Decisão pró IGP-DI (pró-contrato)</b>	<b>Decisão pró-IPCA (pró-consumidor)</b>	<b>Frequência (%)</b>
Liminares	7	4	3	57,14
Agravos de Instrumento	36	36	0	100
Suspensão de Segurança	1	1	0	100
Reclamação	1	1	0	100
Sentenças	30	30	0	100
<b>Total</b>	<b>75</b>	<b>72</b>	<b>3</b>	<b>96%</b>

**Fonte:** elaborado pelo autor a partir da análise dos processos em tramitação na Justiça Federal do Distrito Federal, no TRF 1ª Região ([www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)) e no Superior Tribunal de Justiça ([www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br))

### 5.5.3 Análise e Resultados

A Tabela a seguir demonstra que a redução dos custos de transação nas duas dimensões propostas para análise decorreu, em primeiro lugar, do desenho institucional subjacente ao processo de tomada de decisões no ambiente das Cortes, especialmente o subsistema das liminares contra o Poder Público, mais especificamente ainda o atributo 7 dessa variável independente (Tabela 4.5, Capítulo 4). As regras e os mecanismos institucionais pertencentes a esse regime especial *(i)* reduziram sobremaneira os pontos de veto institucionais, antes e depois da manifestação do STJ; *(ii)* reverteram as prerrogativas institucionais em controle da cúpula do Judiciário em relação às cortes intermediárias e inferiores; *(iii)* dotou de efeito multiplicador uma única decisão proferida pelo STJ em relação à matéria, possibilitando a cassação em bloco de decisões inconciliáveis com o

<sup>121</sup> O número de decisões é superior ao número de processos, uma vez que a maioria das ações remetidas para Brasília chegou como liminar já apreciada.

entendimento em favor da manutenção do IGP-DI, bastando, para tanto, acionar o instituto da reclamação.

Todavia, a redução dos custos de transação em sua primeira dimensão não garantia automaticamente similar resultado em relação à segunda dimensão, uma vez que essa, por sua vez, dependia do comportamento dos Ministros do STJ quanto à questão de fundo. Foi possível verificar, entretanto, uma distribuição de preferências no âmbito do Superior Tribunal de Justiça voltada para (i) a chancela da regra do cumprimento dos contratos (*pacta sunt servanda*) por meio da mitigação do escopo de aplicação dos princípios e das regras do sistema de defesa do consumidor; (ii) a análise dos impactos econômicos das decisões judiciais principalmente sobre o ambiente de investimentos privados específico do setor de telefonia em comparação com qualquer variável da atividade econômica; (iii) a deferência à autonomia da agência reguladora setorial no exercício de sua função de implementação da política de regulação em conformidade com marco regulatório das telecomunicações (LGT); (iv) a desconfiança da interferência do Estado-Juiz no espaço de formulação e execução das políticas públicas.

Ora, se, por um lado, o subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, de natureza política, ofereceu os incentivos para que o STJ atuasse como *policy-maker*, por outro, o marco regulatório do setor de telecomunicações continha o conjunto de incentivos para que a cúpula do sistema de justiça em matéria infraconstitucional decidisse em direção à regra do cumprimento dos contratos e à deferência do papel da Anatel como o ator regulatório encarregado de implementar a política regulatória. A existência, por si só, da LGT não era suficiente para que houvesse a adesão dos juízes às suas regras e princípios, uma vez que o impasse relativo à questão tarifária revelava um confronto entre o sistema de normas de defesa do consumidor e as normas setoriais do setor de telecomunicações, dentre as quais se destaca naturalmente a LGT.

Exemplo desse impasse pode ser conferido na diferença de postura entre o Juiz Navarro, prolator da decisão suspensa pelo STJ, e a atual Juíza Federal da 2ª Vara do DF que recentemente julgou o mérito do pedido. O primeiro mitigou o princípio do *pacta sunt servanda* em favor do sistema de defesa do consumidor, sem fazer menção à LGT.

**Tabela 5.8 – Análise dos Resultados no 4º Cenário Institucional**

Hipóteses Causais	Processos Causais Intervinentes	Efeitos	Variável Dependente CT – 01	Variável Dependente CT – 02	Variação
(A) Subsistema Institucional das liminares contra o Poder Público	(1) Veto Points	↓CT-01	CT-01 (d) (0,9)	CT-02 (d) (0,0)	CT-01 (d) < CT-01 (c), CT-02 (d) < CT-02 (c)
	(2) Controle institucional das Cortes Superiores sobre as Inferiores	↓CT-01			
	(3) Cassação em bloco das decisões inconciliáveis	↓CT-01			
	(5) Preferências da Presidência do STJ (-)	↓CT-02			
	4) Preferências da maioria do STJ (-)	↓CT-02			
(B) Poderes institucionais da Presidência do Superior Tribunal de Justiça	(5) Preferências da Presidência do STJ (-)	↓CT-01			
(C) Poderes Institucionais da Presidência do TRF 1ª Região (regra do trancamento de recursos)	(6) Preferências do TRF 1ª Região após manifestação do STJ	↓CT-01			
(D) Marco regulatório das Telecomunicações (LGT)	(7) Preferências dos Ministros do STJ(+)	↓CT-02			
	4) Preferências do Juiz Federal após manifestação do STJ (+)	↓CT-02			
(E) Marco Institucional da Preservação da Competência da Cúpula do Sistema de Justiça (reclamação, etc)	9) Controle institucional das Cortes Superiores sobre as Inferiores	↓CT01			

A referida magistrada, por sua vez, se comportou de forma oposta, deixando explícito ao mesmo tempo a deferência ao marco regulatório das telecomunicações e ao entendimento de que os princípios e preceitos do Código de Defesa do Consumidor deveriam ser mitigados, uma vez que não poderiam ser utilizados, exclusivamente, “para autorizar a revitalização do contrato, de sorte a modificar cláusulas espontaneamente pactuadas e que não tiveram o condão de estabelecer obrigação abusiva para o consumidor”.

Se a deferência à LGT significava uma decisão na direção da manutenção do *status quo* da política de regulação, uma vez que todos os procedimentos para a revisão tarifária ocorreram em observância às regras do setor e aos contratos regulatórios firmados sob a égide dessas mesmas regras, resta, então, questionar os mecanismos capazes de explicar a cooperação ou defecção em relação à LGT.

Uma chave para o entendimento pode ser a identificação de uma postura mais liberal ou intervencionista das Cortes e dos juízes no que se refere ao papel do Estado na atividade regulatória. Sugere-se que o comportamento de adesão à LGT esteja associado a uma atitude voltada para a chancela do Estado Regulador fundado no modelo das agências reguladoras. A figura a seguir, relativa ao modelo espacial das atitudes da pesquisa, indica essa associação.

A confirmação dessa hipótese demandaria um esforço no sentido de analisar a intervenção de juízes, Desembargadores e Ministros nas questões regulatórias, com o propósito de verificar alguma regularidade na associação sugerida. Não obstante, os dados ainda são escassos, merecendo destaque o esforço do GETEL/Unb<sup>122</sup> na compilação e comentário de julgados do setor de telecomunicações cujo banco de dados facilitou a busca por decisões judiciais na regulação da telefonia.

Se o estabelecimento de um nexo de causalidade entre, de um lado, a opção que os magistrados da cúpula fizeram pela LGT em detrimento do sistema de defesa do consumidor e, de outro, a existência de um viés em favor de um Estado menos intervencionista demande a criação de uma base de dados robusta e consistente, menos problemático é verificar o papel das instituições do processo de tomada de decisões no Judiciário no que se refere à inclinação da balança de poder em favor da cúpula do

---

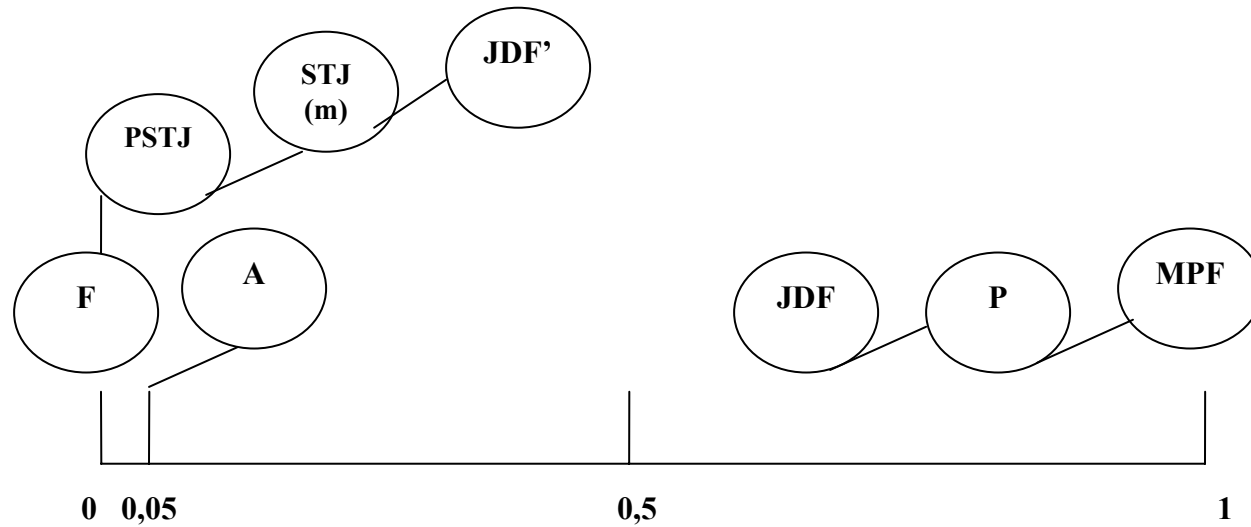
<sup>122</sup> Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB – Coordenador: Prof. Márcio Iório Aranha.

sistema de justiça. No caso examinado, claramente, as regras do jogo do subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, com viés centralizador, redefiniram o curso do processo de revisão judicial da política regulatória, ao transferir para um único *veto player* (Presidente do STJ) a possibilidade de cassar decisões em todos o país em virtude do seu juízo acerca da possibilidade de lesão à economia, à saúde, à ordem pública e administrativa.

O Presidente do STJ não apenas reconheceu o potencial de lesividade da decisão impugnada, como também fez uso de suas prerrogativas institucionais para enquadrar a discussão sob o prisma da doutrina da mínima deliberação sobre o mérito, adentrando, conquanto timidamente, inclusive na seara da discricionariedade acerca da aplicação do índice de reajuste das tarifas. Ao fazê-lo, acabou por conclamar toda a Corte a levar em consideração os argumentos apresentados pelas operadoras de telefonia, uma vez que, na qualidade de Relator do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 57, interposto contra a decisão primeira que não concedia a suspensão da liminar, trouxe para o seu voto inclusive as questões de fundo da matéria.

Ainda na seara do papel das instituições, entendidas como as regras do processo de tomada de decisões, importa ressaltar, também, o impacto da prerrogativa do trancamento dos recursos à disposição dos Presidentes e dos Relatores de Recursos no âmbito dos Tribunais na incidência dos custos de transação.

**Figura 5.5 – Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos quanto à majoração tarifária em 2003/2004 (4º cenário)**



Onde **F**, intensidade das preferências das firmas reguladas;

**A**, intensidade das preferências da Anatel;

**MPF**, intensidade das preferências do Ministério Público Federal;

**P**, intensidade das preferências do Presidente.

**JDF**, intensidade da preferência do Juiz Federal de Brasília;

**PSTJ**, intensidade da preferência do Presidente do STJ;

**STJ (m)**, maioria do STJ;

**JDF'**, intensidade das preferências da atual Juíza Federal do DF

## 5.6 O JUDICIÁRIO E O NOVO ARRANJO CONTRATUAL DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA - O CASO IST

A estratégia da pesquisa centrada na identificação dos custos de transação provenientes da intervenção do Judiciário nos processos de regulação não exclui da análise o olhar sobre os efeitos mais amplos e duradouros da participação das instituições do sistema de justiça na formulação, execução e avaliação das políticas regulatórias. Ao contrário, um dos objetivos gerais da pesquisa é justamente verificar o impacto da mediação exercida pelo Judiciário nos conflitos regulatórios, com o propósito inclusive de saber se os processos de revisão judicial dos atos e das políticas de regulação resultam em algo para além da discussão sobre o problema da credibilidade, da garantia do cumprimento dos contratos e dos custos transacionais, eleitos como prioritários pela agenda da escola do novo institucionalismo econômico visitada no capítulo destinado ao referencial teórico da pesquisa. Nesse sentido, convém se analisar o histórico da substituição do IGP-DI como índice para a revisão tarifária no processo de renovação dos contratos de concessão firmados no final de 2005.<sup>123</sup>

Dentre outras mudanças contempladas no novo arranjo do setor de telecomunicações, destacam-se (i) a mudança no sistema de cobranças das ligações de pulsos para minutos (Conversão Pulso-Minuto), (ii) a obrigatoriedade de detalhamento das ligações locais a pedido do assinante (Detalhamento da Fatura), (iii) a implementação de uma nova modalidade de serviços pré-pago destinados aos usuários de baixa renda

---

<sup>123</sup> Como informa o site especializado em telefonia, [www.teleco.com.br](http://www.teleco.com.br), os contratos de concessão anteriores, que tivera vigência até 31 de dezembro de 2005, foram assinados em 2 de junho de 1998, com direito à prorrogação, uma única vez, por mais 20 anos. Foram prorrogados 34 contratos na modalidade Local, 35 na modalidade Longa Distância Nacional e um na modalidade Longa Distância Internacional, podendo sofrer revisão a cada cinco anos - em 2.010, 2.015 e 2.020, para que as concessionárias possam adequar-se às inovações tecnológicas e retratem a modernização no País das relações legais, institucionais, administrativas e dos direitos econômico e do consumidor. Para a efetivação da prorrogação dos Contratos, foram elaboradas minutas dos novos modelos, seus condicionamentos e as novas metas de qualidade e universalização, que foram submetidas à **Consulta Pública n.º 426**, em 26 de dezembro de 2002. Os modelos de Contrato de Concessão para prestação do STFC foram aprovados por meio da **Resolução n.º 341**, de 20 de junho de 2003, e consideraram as contribuições recebidas na **Consulta Pública n.º 426** e as manifestações colhidas nas Audiências Públicas realizadas pela Anatel nos dias 24, 26 e 27 de fevereiro de 2003 (em Belém, São Paulo e Porto Alegre), e nos dias 10, 11 e 13 de março de 2003 (Rio de Janeiro, Recife e Brasília). Também por meio da Resolução n.º 341, a Anatel convocou as Concessionárias a manifestarem, expressamente, até o dia 30 de junho de 2003, o interesse pela prorrogação dos Contratos de Concessão que lhes foram outorgados.



(Aice- Acesso Individual Classe Especial); (iv) e, finalmente, a criação de um índice setorial para o reajuste dos serviços de telefonia (IST).

No dia 31/10/2005, meses antes da assinatura dos novos contratos de concessão da telefonia fixa, o presidente da ANATEL na ocasião, Elifas Chaves Gurgel do Amaral, assinou convênio de cooperação técnica com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, para o desenvolvimento da metodologia de elaboração, atualização e revisão do Índice de Serviços de Telecomunicações – IST.

O IST<sup>124</sup> resultou, então, da combinação de outros índices existentes no mercado, com o propósito de atualizar os valores associados à prestação dos serviços de telecomunicações, especialmente as tarifas da telefonia fixa. São 9 nove os índices formadores do IST<sup>125</sup>, cada um alocado com a natureza da despesa da prestadora, sendo 57% índices de varejo e 43% de índices de atacado.

Não por coincidência, de acordo com a estrutura de ponderação adotada pela ANATEL, destaca-se o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, com peso de 44%, e o Índice de Preços por Atacado – Oferta Global/Máquinas e Equipamentos Industriais (IPA-OG/Máquinas), com 32%. O IGP-DI foi mantido, mas com peso bem menor (0,6%).

Ora, a postura da ANATEL de promover uma nova metodologia de cálculo para o reajuste dos serviços de telefonia, por meio da mitigação do IGP-DI, permite inferir ter sido o processo de revisão judicial da majoração tarifária muito mais do que apenas mais um episódio no contexto das guerras de liminares. Assim como vem acontecendo com a

<sup>124</sup> Resolução nº 420, de 25/01/2002 e nº 425, de 07/12/2005, ANATEL, em [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br).

<sup>125</sup> De acordo com o portal da ANATEL, [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br), são eles: (a) **IPCA - Índice de Preços ao Consumidor Amplo** é utilizado pelo Banco Central do Brasil no acompanhamento do Sistema de Metas de Inflação; (b) **INPC - Índice Nacional de Preços ao Consumidor** é calculado a partir de uma amostra populacional composta de famílias com renda mensal variando entre 1 e 8 salários mínimos; (c) **SINAPI - Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil** é produzido em parceria com a CAIXA e tem por objetivo a geração de séries mensais dos fatores de produção aplicados à construção civil, tais como o preço dos materiais, salários, custo dos projetos de construção em geral, etc; (d) **IGP-DI - Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna** é um índice de preço que visa a constituir um deflator implícito do PIB, sendo calculado pela Fundação Getúlio Vargas; (e) **IPA-OG - Máquinas e Equipamentos Industriais** é calculado pela Fundação Getúlio Vargas e mede as variações nominais dos preços dos equipamentos e máquinas industriais de diversos setores da economia; (f) **IGP-M - Índice Geral de Preços - Mercado** é similar ao IGP-DI, sendo o período de coleta distinto. É bastante utilizado pelo setor financeiro brasileiro; (g) **IPA-OG - Produtos de Matérias Plásticas** é componente do IPA-OG e mede as variações de valores nominais dos produtos de matérias plásticas, (h) **IPCA- Subgrupo: Energia Elétrica** mensura as variações de preços do da energia elétrica residencial, (i) **IPCA- Subgrupo: Correios** mensura as variações de preços de produtos de postagem e correios .

discussão judicial em torno da cobrança da assinatura básica, que motivou o Governo a oferecer sistemas alternativos à população de baixa renda, o recurso ao Judiciário na questão tarifária serviu, no mínimo, para chamar a atenção do órgão regulador a respeito do impacto das regras regulatórias não apenas na rentabilidade das operadoras, mas na realidade sócio-econômica dos milhões de usuários dos serviços públicos espalhados em todo o território nacional.

Desde o período imediatamente posterior ao estabelecimento dos contratos de concessão dos serviços privatizados, setores da sociedade civil, especialmente entidades de defesa do consumidor, criticavam o uso do IGP-DI como referência para o reajuste tarifário, bem como de outros IGPs nos outros contratos de concessão de serviços públicos, como o IGP-M, utilizado no reajuste da energia elétrica. De acordo com dados do IDEC, na telefonia, ele provocou uma alta acumulada de 127,67% entre 1998 e 2004, enquanto a taxa de inflação do varejo, medida pelo IPCA/IBGE, verificada no mesmo período, foi de 56%.<sup>126</sup>

A contestação judicial em 2003 não foi fruto tão-somente do capricho das entidades de defesa do consumidor que encontram no Judiciário uma última instância para solucionar conflitos não compostos de forma adequada na arena regulatória tradicional. O aumento daquele ano, aprovado em respeito ao contrato de concessão firmado há 5 anos, chamou a atenção de toda a sociedade, incluindo não apenas as entidades de defesa do consumidor e o Ministério Público, mas também o Congresso, o Governo Federal e até mesmo a autoridade monetária nacional - o Banco Central – que, na voz do seu Presidente, no cargo até então, ficou preocupado com o impacto da referida majoração nos índices de inflação do país.

O movimento do Governo de promover a substituição do IGP-DI no processo de renovação dos demais contratos de concessão dos serviços públicos revela a extensão do ruído provocado no sistema político a partir do processo da revisão judicial da majoração tarifária em 2003/2004.

---

<sup>126</sup> Por meio de sua contribuição à Consulta Pública nº 647, destinada a discutir o IST, o IDEC sugeriu ser ainda indevido o novo índice setorial, recomendando a aplicação do IPCA como teto máximo para os reajustes.

## 5.7 MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL

Resta, finalmente, analisar o caso sob a ótica dos modelos de comportamento judicial, apresentados na primeira parte desta dissertação. Não é possível ainda, dada a escassez de casos de tomada de decisões na seara da política regulatória, inferir nenhum padrão decisório no âmbito do Judiciário brasileiro acerca da regulação da infra-estrutura e dos serviços públicos. Todavia, o esforço de buscar o cotejo do caso da majoração tarifária com os modelos desenvolvidos na análise política do Judiciário norte-americano, com as devidas adaptações, pode enriquecer a investigação do papel das Cortes e dos juízes no processo político brasileiro.

No contexto norte-americano, a competição metodológica se dá principalmente entre o modelo das atitudes (*attitudinal model*) e o modelo da separação dos poderes (*separation-of-powers model*), com ênfase no processo de tomada de decisões nas cortes superiores. Conveniente lembrar que cada um dos modelos encerra características dos demais, constituindo a idéia do predomínio a técnica para a defesa respectiva de cada um deles.

A fotografia do equilíbrio alcançado no processo de revisão judicial da questão tarifária após a intervenção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, conveniente resgatada na figura abaixo, com a alocação dos agentes reguladores em conformidade com a escala de atitudes inserta no modelo espacial desenhado na pesquisa, permite, senão a inferência de regularidades sobre os eventos futuros, uma interpretação mais completa do conjunto de decisões que resultaram na manutenção do *status quo* no caso do impasse sobre o reajuste tarifário.

A posição do Congresso no modelo espacial, não revelada porque demandaria uma análise mais sistemática para a identificação da distribuição de preferências no âmbito da Câmara e do Senado, poderia ser no espectro mais à direita do modelo heurístico criado para ao mesmo tempo identificar os custos de transação de contrato em sua 2ª dimensão e a inclinação pró ou contra a intervenção do Estado-Juiz no ambiente de execução dos contratos regulatórios. Pelo menos, essa seria a posição do conjunto de deputados que assinou o requerimento de instalação da CPI em 2003 como reação principalmente ao reajuste tarifário homologado pela ANATEL naquele ano. Nesse caso específico, a

Câmara estaria alinhada com a posição dos atores que buscavam ao mesmo tempo proteger os interesses do grupo de consumidores e mitigar a autonomia das agências reguladoras. Não obstante, uma análise mais rigorosa demandaria principalmente o acompanhamento da tramitação de projetos de lei de iniciativa do Executivo e do próprio Legislativo, destinados a reformar o modelo institucional das agências reguladoras estabelecido no Governo Cardoso (1995-2002).

O Projeto de Lei nº 337/2004, de iniciativa do Poder Executivo, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados, demonstra como, no caso brasileiro, o debate institucional a respeito do controle das políticas públicas pelo Executivo e pelo Legislativo a partir do controle sobre a atuação das agências, deve considerar a posição privilegiada do primeiro na construção da agenda política e legislativa, embora isso não autorize concluir ser marginal a participação do Congresso. Além do próprio processo de nomeação dos dirigentes (controle *ex ante*), resultante da barganha entre o Executivo (quem indica) e o Legislativo (quem aprova), o Congresso pode acionar outros mecanismos institucionais de controle *ex post*<sup>127</sup>, como a convocação de autoridades governamentais para explicar determinadas políticas em audiências, como de fato ocorreu no episódio da revisão tarifária com a convocação do então Diretor da agência, Luiz Schymura, para prestar esclarecimentos junto à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal quanto à decisão da ANATEL em homologar aquele reajuste.

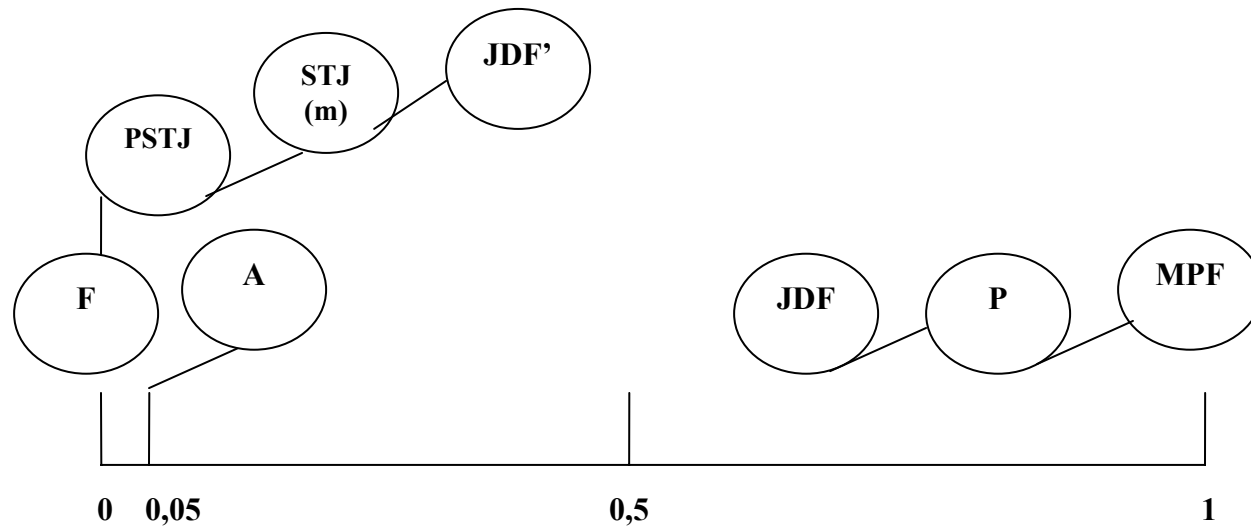
A proposta legislativa acima referida, destinada a analisar o marco institucional regulatório no âmbito federal, além de avaliar o papel das agências reguladoras, é produto do encaminhamento, em 2004, pela Casa Civil da Presidência da República, de dois anteprojetos à consulta pública que dispunham sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras e sobre alterações de determinados dispositivos das leis setoriais de infra-estrutura, inclusive no marco regulatório das telecomunicações (LGT).<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> A literatura aponta esse modelo de controle e fiscalização exercido pelo Congresso como o equivalente ao das “patrulhas de polícia” (*police-patrol oversight*), uma vez que **centralizado, ativo e direto**. Quando, em comparação com o sistema de controle anterior, o Congresso o faz de modo menos centralizado, ativo e direto, criando um conjunto de regras, procedimentos e práticas informais por meio das quais a sociedade civil fiscaliza e pressiona o trabalho da burocracia, estamos diante do controle do tipo “alarme de incêndio” (*fire-alarm oversight*), (McCubbins e Schwartz, 1984).

<sup>128</sup> Para uma análise pormenorizada dos efeitos das alterações propostas sobre a ANATEL, conferir Mueller e Mattos, 2006.

**Figura 5.6 – Modelo Espacial das Atitudes dos Grupos de Interesse e dos Reguladores Setoriais e Políticos quanto à majoração tarifária em 2003/2004 – Equilíbrio Final**



Onde **F**, intensidade das preferências das firmas reguladas;

**A**, intensidade das preferências da Anatel;

**MPF**, intensidade das preferências do Ministério Público Federal;

**P**, intensidade das preferências do Presidente.

**JDF**, intensidade da preferência do Juiz Federal de Brasília;

**PSTJ**, intensidade da preferência do Presidente do STJ;

**STJ (m)**, maioria do STJ;

**JDF'**, intensidade das preferências da atual Juíza Federal do DF

O evento evidencia ao mesmo tempo o choque da transição política entre dois governos com visões diferentes acerca do papel do Estado, com impactos inegáveis sobre o desenho das instituições regulatórias, e a posição privilegiada ocupada pelo Executivo no controle da atuação das agências.

Como já assinalado, a posição do Executivo no modelo espacial corresponde à de sua instância mais política no episódio, a do Ministério das Comunicações, que atuou em nome do Presidente, principalmente na tentativa de costurar um acordo para adiar o reajuste. O comportamento, por exemplo, do Ministério da Fazenda, capturado pelas declarações de seu Ministro no período, Antônio Palocci, revela uma posição diametralmente oposta. Palocci considerou a revisão judicial do reajuste uma ameaça ao risco-país, numa posição alinhada com a da ANATEL e com a do STJ, demonstrando ser problemática a identificação precisa das preferências do Governo na condução das políticas públicas.

Não obstante, se considerada a Presidência, a posição do Governo foi clara no sentido de adotar contra-medida tempestiva à decisão da ANATEL. Além de tentar a revisão da decisão da agência por meio de um canal informal, o Governo, especialmente na instância do Ministério das Comunicações, instigou o grupo dos consumidores a buscar no Judiciário uma solução para o impasse, aumentando sobremaneira os custos de transação de execução do contrato.

Ao menos nos processos que foram remetidos para o Juízo do Distrito Federal, por força da decisão do STJ, foi possível perceber, então, um alinhamento das cortes inferiores com o Presidente. Nesse sentido, considerando a natureza de longo prazo dos investimentos privados no setor de telecomunicações, o comportamento das instâncias judiciais de primeiro grau coincidiu com uma atitude próxima à expropriação regulatória que o Governo buscou consolidar por canais de negociações informais.

Nada indica que o comportamento dos juízes de primeiro grau foi motivado por algum comportamento estratégico em consideração à distribuição de preferências do Executivo. A questão ficou, realmente, adstrita ao plano de discussão entre a chancela ao conjunto de regras e princípios do sistema de garantia dos contratos ou ao do sistema de defesa do consumidor, com clara inclinação das cortes inferiores a este último conjunto de incentivos.

O comportamento do STJ no sentido de mitigar o sistema de defesa do consumidor em favor da regra do cumprimento dos contratos, alinhado, por um lado, com a agência setorial e, por outro, bastante distante da posição do Executivo, desautoriza uma interpretação do caso sob a ótica do modelo da interação estratégica entre os poderes (*separation-of-powers model*). A posição do Executivo no episódio era conhecida de todos, uma vez que foi revelada nacionalmente nos meios de comunicação disponíveis.

De acordo com o citado modelo, as Cortes e os juízes votariam em atenção a um contexto de interdependência entre os poderes, levando em conta a potencial reação destes às suas decisões. No caso examinado, pelo menos duas ordens de constrangimento poderiam ter causado o comportamento estratégico dos Ministros do STJ, especialmente da peça-chave no processo de tomada de decisões, o Ministro-Presidente Edson Vidigal.

Em primeiro lugar, a possibilidade de o Executivo reagir com nova legislação em relação ao modelo institucional das agências reguladoras que, em conformidade com as manifestações indicadas nas decisões, sentenças e votos dos juízes que votaram em favor da manutenção do *status quo*, gera estabilidade regulatória e manutenção do fluxo de investimentos no setor de telecomunicações. Recorrendo à tipologia parcial dos possíveis objetivos operacionais perseguidos pelos juízes, elaborada por Baum (1997), esse teria sido um comportamento estratégico voltado para a chancela do conteúdo legal (*“legal policy”*), tanto no que se refere à interpretação do caso sob a ótica da colisão de princípios e regras eminentemente jurídicas (*pacta sunt servanda* versus proteção do consumidor) quanto no que diz respeito à adesão a uma política de regulação específica.

Ademais, tendo em vista que os Ministros do STJ não se encontram ainda no topo da carreira, outra forma de voto estratégico seria aquele voltado para construir um histórico de decisões favoráveis ao Poder Executivo, responsável pela indicação livre para o Supremo Tribunal Federal – STF, ainda que sujeita à deferência pelo Senado.

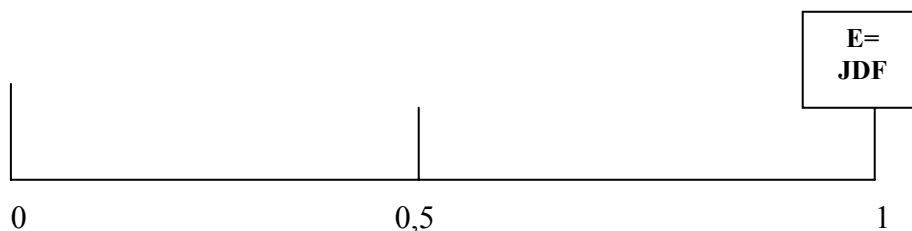
Como se infere da figura, as prerrogativas institucionais do Executivo não se reverteram em controle sobre a atuação nem da agência reguladora nem do Superior Tribunal de Justiça – STJ, pelo menos no que se refere à possibilidade de interferir na fixação do índice previsto no contrato e homologado pela ANATEL. A possibilidade de reação com nova legislação não se mostrou, também, suficiente para constranger o comportamento da maioria do STJ em favor da regra do cumprimento dos contratos.

Convém, então, questionar se o modelo das atitudes (*attitudinal model*) explica melhor o comportamento das Cortes e dos juízes no episódio, ou mesmo o próprio modelo legal, mais reducionista. Não há dúvidas de que há traços de ambos no contexto da revisão judicial da majoração tarifária.

Se, por um lado, o impasse judicial refletia um embate entre normas e princípios jurídicos, por outro, a existência de posições extremas no caso indica que houve mais do que o peso das injunções legais na tomada de decisões. Em verdade, o modelo heurístico desenvolvido nesta dissertação pressupõe que a inclinação dos juízes em favor, ou da regra do cumprimento dos contratos, ou da regra da possibilidade de revisão dos mesmos como método para a proteção dos consumidores, refletia, também, a postura deles em relação a valores mais gerais, destacando-se o próprio papel do Governo e do Estado nas políticas de regulação.

Não obstante, o equilíbrio se tornou estável em virtude não apenas das preferências das Cortes e juízes, mas também do contexto institucional subjacente ao processo de tomada de decisões e ao marco regulatório das telecomunicações, indicando ser insuficiente uma análise com referência tão-somente aos valores, atitudes e personalidade daqueles. De forma coerente à opção por uma abordagem centrada no neo-institucionalismo para explicar o impacto do sistema de justiça nos resultados regulatórios, a análise do âmbito mais restrito do processo de tomada de decisões deve, também, ser pautada pela deferência ao papel das instituições porque são elas que, lembrando Clayton e Gillman (1999), “dão forma, direção e significado para o comportamento dos juízes”.

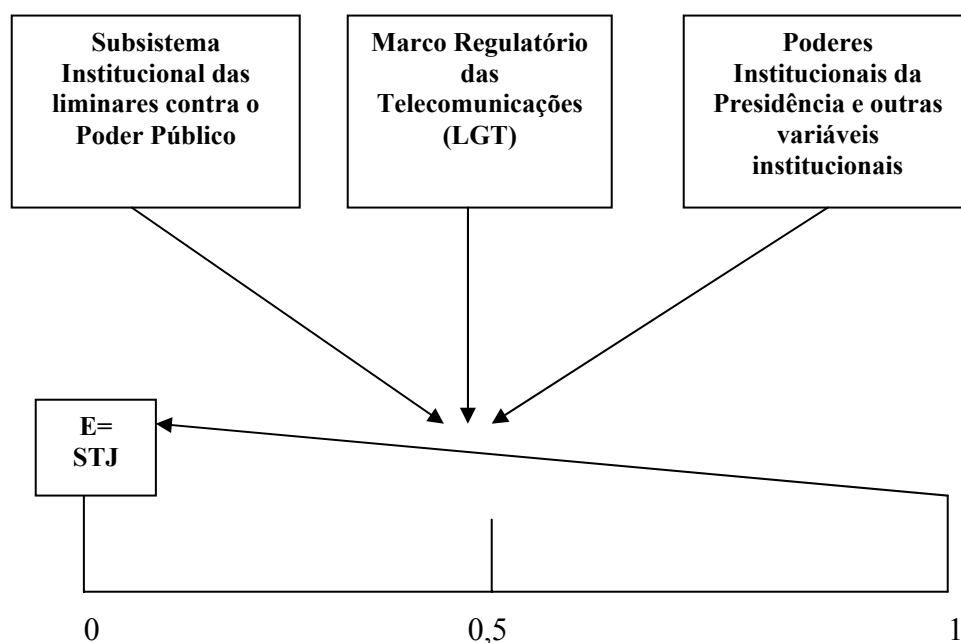
**Figura 5.7** – Equilíbrio no período compreendido entre 11/09/2003 e 1º/07/2004





Ora, se o Presidente do STJ decidiu fortemente inclinado em conformidade com suas preferências sobre política econômica e regulatória, entendimento esse confirmado pela maioria da Corte, esse comportamento não pode ser atribuído tão-somente à inclinação política do Ministro-Presidente Edson Vidigal. O contexto institucional do regime da suspensão de liminares contra o Poder Público é de natureza eminentemente política e oferece os incentivos para que as Cortes e os juízes, no exame de lesão à ordem pública, econômica, sanitária e administrativa, profiram decisões que tangenciam a esfera das políticas públicas.

**Figura 5.8** – Equilíbrio no período compreendido entre 1º/07/2004 até 2007



Não é possível, também, interpretar a direção das preferências do STJ em favor da regra do cumprimento dos contratos e da autonomia da ANATEL sem perceber o nexo de causalidade entre tal comportamento e as intenções indicadas no marco regulatório do setor de telecomunicações (LGT). Como visto, a referida lei é documento que estabelece o escopo da atuação da ANATEL, conferindo-lhe inclusive autonomia especificamente para a implementação da política tarifária.

Isso não significa que não pesou, também, a deferência à regra do cumprimento dos contratos. O seguinte trecho revela uma posição no sentido de legitimar a atuação da

ANATEL, mas ao mesmo tempo orientada pelo princípio do *pacta sunt servanda*: “(...)a ANATEL, a quem cabe executar a política tarifária pré-fixada pelo Executivo, não poderia agir de forma diversa e adotar um índice diferente do estipulado em contrato.”

As instituições não apenas conformaram a direção das preferências dos Ministros do STJ no episódio, especialmente do Ministro-Presidente, induzindo ao equilíbrio que foi alcançado, mas tornou esse mesmo equilíbrio estável. Isso ocorreu em razão da combinação das regras referentes ao subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, às prerrogativas institucionais do controlador da agenda na corte (Presidente) e aos mecanismos institucionais para preservação da competência dos tribunais superiores, ante a ausência, por exemplo, de uma súmula vinculante (instituto da reclamação).

Essas regras, permitiram, num primeiro momento, a cassação da decisão do juiz de primeira instância, mesmo após a recusa da Corte de apelação (Tribunal Regional Federal da 1ª Região) em suspender a referida decisão, por meio de um novo pedido direcionado diretamente ao STJ. Após, assegurou que tantas quantas fossem as decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STJ, a saber, qualquer decisão que contestasse a homologação da ANATEL consistente na aplicação do IGP-DI como índice de reajuste para os serviços de telefonia fixa, fossem bloqueadas, bastando o acionamento do instituto da reclamação para tanto.

Esse equilíbrio se tornou ainda mais estável com a regra do regime da suspensão de liminares que estabelece não ser possível entendimento diverso ao proferido pela instância superior, em sede de decisão liminar, até o julgamento do mérito do pedido. No caso da majoração tarifária, somente em 2007 foi proferida a sentença com o julgamento do mérito do impasse tarifário.

Como visto, o Juízo Federal do Distrito Federal se pronunciou sobre o mérito não apenas confirmando o entendimento do STJ, mas até mesmo reforçando-o, mantendo o equilíbrio inalterado. Tendo transcorrido já 4(quatro) anos desde o ano do reajuste, é bem provável que não haja recurso contra a sentença proferida pela Justiça do Distrito Federal.

Convém lembrar ter sido o marco regulatório das telecomunicações (LGT) uma variável determinante da tomada de decisões da Juíza que proferiu a sentença sobre a matéria. Além disso, a deliberação do STJ serviu, também, como constrangimento ao

comportamento dela, inclusive figurando em sua sentença com força de precedente até mesmo sobre o mérito do pedido.

Esse fenômeno somente foi possível em virtude da posição institucional privilegiada do Presidente da Corte no regime da suspensão de liminares. Como controlador da agenda e detentor do primeiro movimento do processo decisório, o Ministro-Presidente recorreu à tese da mínima deliberação sobre o mérito para fundamentar sua decisão em prol da suspensão da liminar que substituía o IGD-DI pelo IPCA. Ao fazê-lo, provocou a Corte para se posicionar sobre a questão de fundo da matéria.

A análise acima demonstrou a vantagem comparativa em se fazer uso de uma abordagem neo-institucionalista para explicar o comportamento das Cortes e dos juízes no processo político, especificamente nesta dissertação no processo de implementação da política regulatória. Optar por enfatizar o papel das instituições não significa deixar de reconhecer o lugar de destaque das preferências dos membros do Judiciário na tomada de decisões. Em última análise, o episódio é melhor explicado a partir da compreensão do modo como houve a interação entre a intensidade das preferências desses atores e o contexto institucional sobre o qual atuaram na tomada de decisões.

## 5.8 SÍNTESE DOS RESULTADOS

Ora, uma das justificativas pela escolha da técnica do estudo de caso nesta pesquisa decorreu do fato de que poucos dados ou teorias existem acerca do papel do Judiciário no processo regulatório brasileiro. Optou-se, então, por providenciar a construção de um estudo de caso com capacidade de ao mesmo tempo (i) explicar o conjunto de decisões referentes ao processo de revisão judicial de uma questão regulatória específica – a majoração tarifária em 2003 –, e (ii) testar a hipótese da incerteza jurisdicional, adaptada para os propósitos da pesquisa em seu sentido amplo e estrito.

Para a **validade interna** do estudo de caso explanatório, foram utilizadas duas técnicas analíticas principais: (i) a construção de uma explanação e (ii) a adequação ao padrão (Yin: 2005, p.144-152).

Para a construção da explanação, o *process-tracing* consistiu em técnica fundamental para a elaboração de um modelo heurístico capaz de explicar adequadamente os processos causais que levaram a alterações ao longo do tempo da variável dependente à proporção que alterava o contexto institucional sobre o qual atuavam os atores na tomada de decisões, especialmente os membros do Poder Judiciário. Tal recurso foi fundamental em razão da realidade complexa da fase de implementação de uma política regulatória.

A abordagem centrada nos custos transacionais envolvidos no processo de intervenção judicial nas políticas de regulação se originou da imagem forte que a literatura de cunho neoinstitucionalista criou para o papel do sistema de justiça, principalmente na solução de um dos mais importantes problemas regulatórios: a questão da credibilidade que envolve a necessidade e a capacidade de as autoridades governamentais assegurarem o respeito aos contratos e às regras do jogo e a vedação ao comportamento oportunista no processo regulatório.

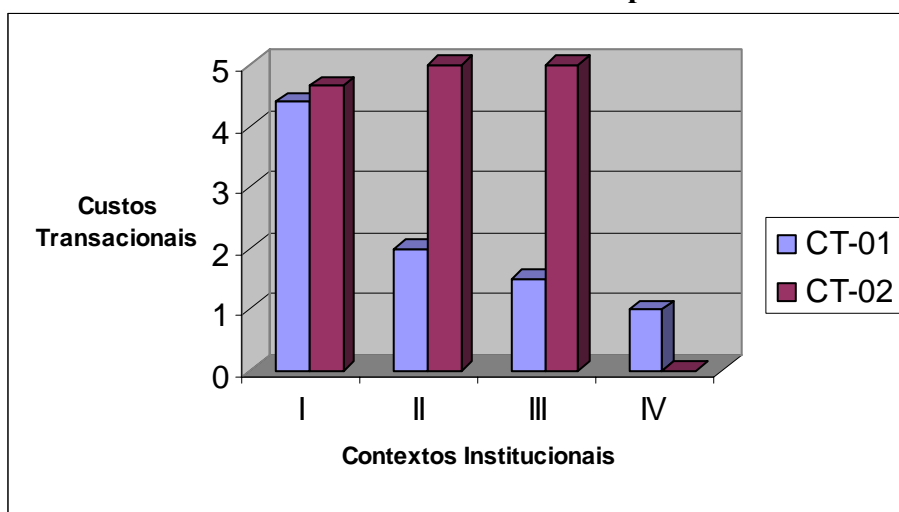
A estratégia de decompor a variável dependente em duas dimensões principais diz respeito também ao cuidado em buscar a construção de uma explanação com o maior rigor possível, buscando capturar ao mesmo tempo os custos decorrentes do desenho institucional do sistema de justiça e do próprio comportamento das Cortes e dos juízes no tratamento das políticas de regulação. Além disso, esse procedimento foi pensado também como um facilitador para o recurso à segunda técnica empregada na dissertação para a chancela da validade interna do estudo de caso: a adequação ao padrão.

A lógica da adequação ao padrão perpassa toda a pesquisa, uma vez que o episódio da majoração tarifária foi escolhido não apenas por conta de sua inegável repercussão na agenda regulatória, mas também por causa de seu resultado, em alguma medida contra-intuitivo à leitura negativa da intervenção do Judiciário brasileiro nas políticas públicas. Convém sempre recordar que, no episódio, o Judiciário agiu de acordo com a cartilha da literatura que confere ao sistema de justiça um papel privilegiado no garantia da boa governança regulatória: impediu a expropriação regulatória por parte do Executivo, eliminando os custos de transação decorrentes do oportunismo governamental ao garantir o cumprimento dos contratos regulatórios.

Assim sendo, o gráfico abaixo é uma síntese dos resultados obtidos com o exame minucioso dos elos causais que foram produzindo a redução gradativa dos custos de

transação de execução de contrato no encaminhamento da questão da majoração tarifária no âmbito do Judiciário. Do cenário primeiro ao terceiro, a questão estava situada no âmbito da competência da primeira instância e da Corte de Apelação (TRF da 1ª Região). No âmbito do quarto cenário, adstrito à cúpula do sistema de justiça – Superior Tribunal de Justiça -, tendo a vista a natureza infraconstitucional da matéria em discussão, houve sensível redução do grau de incidência dos custos de transação, especialmente os custos de segunda dimensão.

**Gráfico 5.5 – Síntese dos efeitos na variável dependente**



Fonte: elaborado pelo autor

O gráfico acima sintetiza, por um lado, no se refere ao desenho institucional, a inclinação gradativa da balança de poder no âmbito do sistema de justiça em favor de sua cúpula, demonstrando que, a despeito da implementação da reforma do judiciário no período, o sistema já contemplava uma série de mecanismos institucionais com capacidade de dotar o processo de tomada de decisões com um grau de centralização maior do que o previsto.

Por outro, demonstra que, na seara da política regulatória, a intensidade das preferências da cúpula do sistema do Judiciário, ao menos no caso estudado, foi coerente com uma postura voltada para (i) o predomínio da regra do cumprimento dos contratos; (ii) a consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos

macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações; (iii) para a legitimação da atuação das agências reguladoras; (iv) a intervenção mínima do Judiciário na política regulatória.

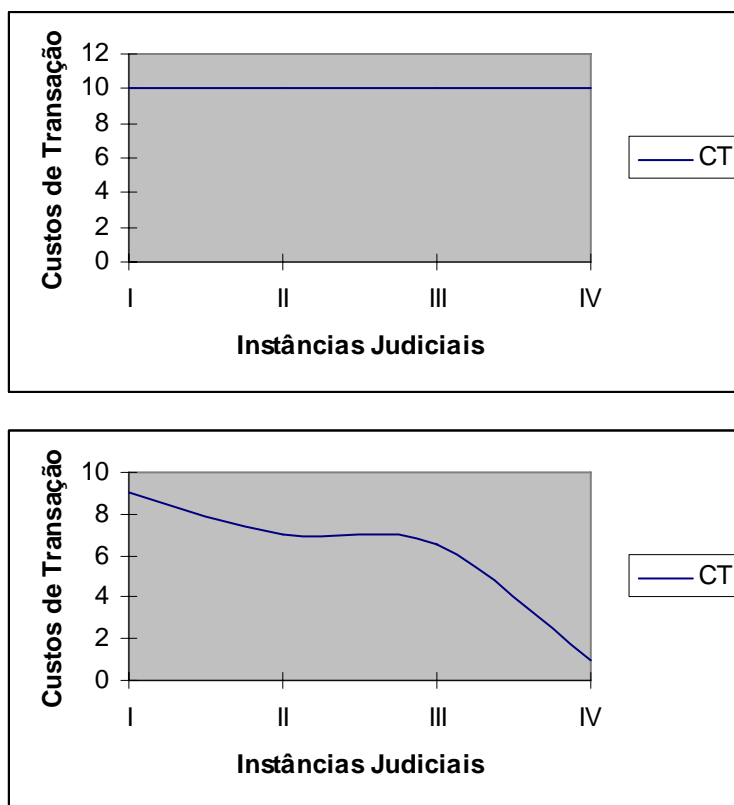
Ora, a figura abaixo captura, então, a divergência entre os resultados verificados no caso examinado e uma estimativa do que se seria a interpretação da incidência de custos de transação envolvidos na revisão judicial com base nas proposições reunidas nesta pesquisa sob a epígrafe da hipótese da incerteza jurisdicional, devidamente adaptada para a seara da regulação, segundo a qual a participação do Judiciário implica custos regulatórios em virtude da forma como está organizado o sistema de justiça e da tendência decisória dos juízes brasileiros em proteger a parte mais fraca, como o grupo de consumidores.

Se é verdade que tal postura realmente predominou enquanto a demanda estava no âmbito da competência das instâncias ordinárias, forçoso concluir que a hipótese examinada explica parcialmente a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, uma vez que não parece se preocupar com a heterogeneidade da distribuição de preferências principalmente entre as instâncias ordinárias e a cúpula do sistema de justiça.

A implementação gradativa da Reforma do Judiciário reclama uma análise da intervenção do Judiciário no processo político, especialmente no âmbito da execução das políticas de regulação, preocupada em diferenciar a distribuição de preferências entre as instâncias do sistema de justiça sobre as matérias de repercussão nacional. A evolução histórico-institucional do país tem se caracterizado pela alternância de períodos de centralização e de descentralização, não sendo diferente no que se refere à dinâmica das mudanças institucionais no sistema de justiça brasileiro.

Atualmente, em conformidade com o conjunto de medidas reunidas sob a epígrafe da reforma mencionada, algumas delas indicadas nesta dissertação, como, por exemplo, a conformação do subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, o movimento é no sentido de promover uma engenharia institucional voltada para recentralizar a tomada de decisões, inclinando a balança de poder em favor da cúpula da estrutura judiciária, não sem mitigar, em alguma medida, os poderes da magistratura de 1º grau.

**Gráfico 5.6 – Hipótese da Incerteza Jurisdicional *versus* Caso examinado**



Fonte: elaborado pelo autor

Assim sendo, torna-se salutar a identificação do comportamento da cúpula do sistema de justiça, STJ e STF, maiores beneficiárias em termos de poderes institucionais das reformas do Judiciário.

Em relação à **validade externa** da pesquisa, a técnica a ser utilizada é a de buscar a replicação das constatações num segundo caso no âmbito das políticas de regulação. A lógica da replicação serve ao propósito de buscar as *generalizações analíticas*.

A preocupação é saber se uma outra questão regulatória, com características similares ao evento da majoração tarifária, será encaminhada no âmbito do Judiciário com uma dinâmica similar em termos da incidência dos custos de transação de execução de contrato. Além disso, será uma ótima oportunidade de testar a hipótese da incerteza jurisdicional mais uma vez relacionada com as diferenças em termos de prerrogativas institucionais e de preferências entre as instâncias inferiores e a cúpula do Judiciário brasileiro.

Extraiu-se, por exemplo, do mencionado Banco de Dados produzido pelo GETEL/UnB outra decisão proferida pelo STJ, no âmbito da telefonia fixa, mas a respeito da cobrança de tarifa interurbana, com características que autorizam a estratégia da comparação no que se refere à distribuição de preferências dos magistrados. Não serve à generalização analítica, porquanto diz respeito a uma decisão isolada e de efeitos tão-somente para os assinantes de uma determinada região, mas ilustra como os conflitos judiciais envolvendo questões da telefonia reproduzem o impasse entre as normas do sistema de defesa do consumidor e as normas setoriais editadas pela ANATEL, ou, no âmbito da colisão de princípios jurídicos, entre os princípios que norteiam a proteção do consumidor e a regra do poder vinculativo dos contratos.

Assim como no caso do reajuste tarifário, a instância de primeiro grau, no julgamento de uma ação civil pública, deferiu liminar que determinou a suspensão da cobrança de tarifa interurbana nas ligações telefônicas realizadas entre a sede e os distritos localizados na área territorial do Município de Cornélio Procópio, no Estado do Paraná.

De acordo com a descrição do caso presente em Aranha (org) [2006, p. 484], o Juiz da primeira instância não deixou de recorrer à LGT para conceder a liminar. A sua medida estaria em consonância com a Lei n.º 9.472/97, cujo art. 2º determina que "o Poder Público tem o dever de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas". Não obstante, a idéia-força da decisão é a crença em sua adequação aos princípios que traduzem a defesa do consumidor, uma vez que, "na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações, dever-se-á observar, dentre outras, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a repressão ao abuso do poder econômico e a continuidade do serviço prestado no regime público (art. 5º)."(Idem).

Interposto agravo de instrumento pela Brasil Telecom S/A, com o propósito de suspender a mencionada liminar, a Corte Regional (TRF da 4ª Região) prolatou acórdão cancelando a decisão do magistrado de primeiro grau, ao argumento de que não havia fatos ou teses jurídicas com capacidade de alterar o convencimento do julgador. A irresignação da empresa fundava-se na convicção de que a definição das áreas locais e os parâmetros utilizados para tanto foram estabelecidos por regulamentação expedida pelo



regulador setorial (ANATEL), no exercício da competência que lhe foi atribuída pela LGT no estabelecimento da estrutura tarifária para cada modalidade de serviços.

Nota-se que o impasse apresenta o mesmo *trade-off* da questão do reajuste tarifário, servindo, então, ao propósito da **validade externa** do estudo de caso, ao menos no que diz respeito aos custos de transação de execução de contrato de segunda ordem. De um lado, o grupo de consumidores solicitando a reversão da implementação de mais uma opção da política regulatória em nome da proteção aos seus direitos. De outro, as concessionárias reclamando a estabilidade dos contratos regulatórios, sob pena do comprometimento dos investimentos no setor.

A Segunda Turma do STJ, por unanimidade, conheceu do recurso, dando-lhe provimento para cassar a liminar deferida na instância de origem. A reprodução da ementa do acórdão prolatado pelo STJ é necessária para que seja possível verificar o comportamento da Corte em termos da incidência dos custos de transação de execução do contrato:

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

**1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.**

2. A delimitação da chamada "*área local*" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.

**3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.**

4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

#### 4. Recurso especial conhecido e provido.(grifei)<sup>129</sup>

Considerando os parâmetros eleitos para capturar a incidência de CT-02, a decisão acima seria também consentânea com as seguintes posturas: (i) o predomínio da regra do cumprimento dos contratos; (ii) consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações; (iii) legitimação da atuação das agências reguladoras; (iv) desconfiança em relação à intervenção do Judiciário na política regulatória.

Somente com o acompanhamento sistemático das decisões proferidas pela cúpula nas questões regulatórias do setor de telecomunicações será possível atestar haver regularidade nesse padrão decisório percebido tanto aqui como no estudo de caso da majoração tarifária. Nesse sentido, no que se refere à validade externa da pesquisa, o acompanhamento do impasse a respeito da cobrança da assinatura básica dos serviços de telefonia fixa é salutar porque encerra o mesmo *trade-off* dos casos anteriores.

Não foi possível empreender uma análise completa desse segundo estudo de caso, afetando a lógica da replicação inicialmente buscada na formatação do estudo de caso desta dissertação. Não obstante, os dados levantados, sintetizados no próximo capítulo, servem, ao menos, para indicar o caminho pelo qual uma pesquisa futura pode seguir, com o propósito de estabelecer uma comparação voltada para a validade externa do estudo de caso.

---

<sup>129</sup> Recurso Especial nº 572.070 – PR (2003/0128035-1), in *Glossário de Normas e Julgados de Telecomunicações*, Aranha (org), 2006.

## **CAPÍTULO 6 - A CONTROVÉRSIA SOBRE A COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA**

---

### **6.1 – BREVE NOTÍCIA SOBRE A QUESTÃO DE FUNDO**

Em nome da validade externa do estudo de caso, a intenção originária da pesquisa era prosseguir com a replicação da formatação da pesquisa para a controvérsia sobre a cobrança da assinatura básica. O caso apresenta características similares, uma vez que, a despeito da profusão de argumentos assentados em normas, regulamento e princípios, ao fim e ao cabo, envolve uma discussão que contempla o *trade-off* entre, de um lado, a garantia do cumprimento dos contratos, em nome da segurança jurídica e, de outro, a possibilidade de revisão deles, em nome da proteção do consumidor.

As concessionárias dos serviços de telecomunicações argumentam que o contrato de concessão de serviço público e a Lei nº 9.472/92 (LGT) asseguram à cobrança da tarifas dos serviços prestados, incluindo a da assinatura básica, conforme dispõe a Resolução nº 85/98 da ANATEL e as portarias nº 217/92 e 226/97 do Ministério das Comunicações. Se admitida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sua aplicação deveria ser submetida à legislação específica de regência da matéria, especialmente a LGT.

A abusividade ao consumidor decorrente da exigência de contraprestação por serviço não prestado, autorizando a nulidade ou revisão das cláusulas de contratos, constitui o argumento principal do grupo de consumidores. Mais uma vez, assim como no caso da majoração tarifária, a estratégia desse grupo é convencer os tomadores de decisão que o sistema de proteção do consumidor deve prevalecer em relação às regras setoriais, confirmando a tese de Sundfeld e Câmara (2005) para quem o conflito entre normas gerais e setoriais é fonte inesgotável de conflitos na seara regulatória.

O embate dessa vez entre o Código de Defesa do Consumidor (norma geral) e a Lei Geral das Telecomunicações (norma específica) ficou ainda mais explícito. E como será visto, a tomada de decisões será pautada principalmente pelo cotejo entre esse dois grupos de normas e princípios.

Considerando o fato de que não houve ainda um pronunciamento sobre o mérito do pedido, e tendo em vista o esgotamento dos recursos para a continuidade da pesquisa neste momento, este capítulo apresentará uma breve narrativa analítica do caso. Se não será possível empreender uma comparação sistemática entre os dois casos, uma vez que não há condições ainda para aplicação do modelo de análise centrado na identificação dos custos de transação em função do contexto institucional sobre o qual se localiza a demanda, ao menos servirá para apresentar algumas conclusões, ainda que preliminares, indicando um caminho seguro para a continuidade da pesquisa em outro momento.

## **6.2 – CONFLITO DE COMPETÊNCIA NO STJ E A DESCENTRALIZAÇÃO DA TOMADA DE DECISÕES**

Como visto, central no encaminhamento da revisão judicial da majoração tarifária havia sido a decisão do STJ no conflito de competência que, além de fixar a Justiça Federal como o local para a discussão da matéria, elegeu tão-somente a 2ª Vara Federal do Distrito Federal como a instância revestida do poder de decidir a questão, cassando todas as decisões anteriormente proferidas e impedindo qualquer uma das varas federais ou estaduais de conceder novas liminares. Os feitos seriam remetidos à Justiça Federal de Brasília a partir dessa decisão.

Tudo indicava que a contestação judicial da assinatura básica, com a profusão de centenas de milhares de processos em todo o Brasil, receberia a mesma solução em termos de política judiciária. Em verdade, as primeiras decisões proferidas no *leading-case* sobre o assunto - o Conflito de Competência nº 47.4731/DF(2005/0010679-9)<sup>130</sup> – suscitado pela própria ANATEL, designavam, novamente, o Juízo da 2ª Vara Federal do Distrito Federal como o competente para resolver as ações sobre o assunto.

A ANATEL argumentou que a multiplicação dos feitos e a insegurança jurídica que poderia advir de decisões conflitantes em todo o território nacional justificariam a definição da competência da Seção Judiciária do Distrito Federal que deveria julgar não apenas as ações de índole coletiva como individual.

---

<sup>130</sup> Fonte: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br).

A primeira decisão no incidente processual acima referido, em caráter liminar, proferida pelo Ministro-Presidente Edson Vidigal, em 27/01/2005, foi no sentido de fixar a competência do Juízo do Distrito Federal para o processamento das ações coletivas, afastando, entretanto, a possibilidade de reunião também das ações individuais naquela instância, como solicitado pela ANATEL. Importa destacar que mais uma vez, apesar da ressalva em seu voto de que não seria possível adentrar no mérito da questão, o magistrado fez referência ao fato de que as demandas têm a ver com o respeito ou desrespeito aos contratos, visto que a cobrança da tarifa mínima aos usuários dos serviços de telefonia fixa foi expressamente autorizada pela ANATEL em atenção aos contratos de concessão.

Em seguida, ainda em sede de liminar, o relator do conflito, Ministro Francisco Falcão, admitiu o ingresso da Brasil Telecom S/A no feito, deferindo ainda o pedido no sentido de estender a liminar concedida pelo Ministro-Presidente para o sobrestamento das ações coletivas e juízos federais suscitados também em relação às ações individuais e demandas em curso perante a Justiça Estadual indicadas no processo, cassando, ainda, todas as liminares e tutelas concedidas até o julgamento definitivo do conflito.

No mérito, assentando principalmente no princípio da segurança jurídica, o Ministro-Relator confirmou o entendimento de que deveria haver, por um lado, a reunião das ações coletivas em um só Juízo Federal e, por outro, a interrupção de todas as ações individuais, inclusive a dos Juizados Especiais, até o julgamento das ações coletivas. Foi acompanhado por mais dois Ministros (Luiz Fux e João Otávio de Noronha).

Se esse entendimento houvesse prevalecido, mais uma vez as instituições e as regras jurídico-processuais contempladas no marco legal do país, combinadas com uma distribuição de preferências sobre política judiciária de alguns dos Ministros do STJ, teriam se revertido em centralização da tomada de decisões, implicando redução de alta relevância dos custos de transação envolvidos na execução de mais um item da política de regulação do setor de telecomunicações.

Não obstante, o voto-vencedor foi proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki que havia pedido vistas do processo antes de julgar. O entendimento dele, acompanhado em seguida pela maioria do STJ, alterou profundamente a dinâmica do encaminhamento da revisão judicial da cobrança da assinatura básica.

Em primeiro lugar, considerou inadequado o conflito de competência para centralizar a tomada de decisões de uma mesma questão jurídica perante um mesmo tribunal. Trecho do seu voto abaixo é fundamental para se compreender como, mesmo não adentrando no mérito, mas revelando uma preferência de cunho jurídico-formal, de natureza de política judiciária, houve impacto de grande relevância em termos da incidência dos custos de transação envolvidos na solução do impasse sobre a cobrança da assinatura básica.

Não existe, em nosso sistema, um instrumento de controle, com eficácia *erga omnes*, da legitimidade (ou da interpretação), em face da lei, de atos normativos secundários (v.g., resoluções) ou de cláusulas padronizadas de contratos de adesão. **Também não existe, nem mesmo em matéria constitucional, o instrumento da avocação, que permita concentrar o julgamento de múltiplos processos a respeito da mesma questão jurídica perante um mesmo tribunal e, muito menos, perante juiz de primeiro grau.** Assim, a possibilidade de decisões divergentes a respeito da interpretação de atos normativos, primários ou secundários, ou a respeito de cláusulas de contrato de adesão, embora indesejável, é evento previsível, cujos efeitos o sistema busca minimizar com os instrumentos da uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476), dos embargos de divergência (CPC, art. 546) e da afetação do julgamento a órgão colegiado uniformizador (CPC, art. 555, § 1º), dando ensejo, inclusive, à edição de súmulas (CPC, art. 479) e à fixação de precedente destinado a dar tratamento jurídico uniforme aos casos semelhantes. Mas a possibilidade de sentenças com diferente compreensão sobre a mesma tese jurídica não configura, por si só, um conflito de competência.

O Ministro entendeu haver no ordenamento jurídico brasileiro um conjunto de mecanismos por meio dos quais seria possível a fixação de precedente destinado a contornar o problema da divergência de posições sobre casos semelhantes. Dentre estes, a edição de súmulas que até o presente momento só gozam de efeito vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF.

Foi afastado também o sobrestamento das ações de índole individual enquanto pendentes de julgamento as ações coletivas. Ao reconhecer que o objeto das demandas versava sobre direitos individuais homogêneos, isto é, direitos divisíveis, individualizáveis e pertencentes a diferentes titulares, eles poderiam ser tutelados tanto por meio de ações coletivas quanto individuais. Ademais, de acordo com as regras vigentes, é possível a convivência harmônica e autônoma entre as duas formas, sendo tão-somente uma faculdade

do autor de ação individual desistir do feito por figurar como substituído processual em ação coletiva.<sup>131</sup>

Por fim, mas não menos importante, ele entendeu não ser possível, *a priori*, sem o crivo das instâncias de primeiro grau, o STJ definir a competência da Justiça Federal ao argumento de que a ANATEL deveria figurar na demanda. Ressaltou, então, que a “competência federal prevista no art. 109, I, da CF, tem como pressuposto a efetiva presença, no processo, de um dos entes federais ali discriminados”. Em última análise, decidiu que, se a ANATEL não figura no processo, não cabe o deslocamento da demanda para o âmbito da Justiça Federal.

A Primeira Seção do STJ ficou bastante dividida no caso, sendo necessário que o Presidente da Casa, na ocasião do julgamento do mérito o Ministro Franciulli Netto, proferisse voto de desempate, evidenciando ao mesmo tempo mais uma prerrogativa da Presidência dos Tribunais. O novo Presidente acompanhou a divergência instaurada pelo Ministro Zavascki definindo o julgamento em favor do não conhecimento do conflito de competência, num placar de 5x 4.<sup>132</sup> Ora, se ainda estivesse na Presidência o Ministro Vidigal, tendo em vista sua postura nos casos anteriores e no próprio deferimento da liminar neste processo, o resultado provavelmente teria sido outro.

Importa ressaltar aqui que tal decisão, de cunho jurídico-formal, com natureza de política judiciária, apresentou efeitos irreversíveis e enorme impacto na dinâmica do encaminhamento da revisão judicial da cobrança da tarifa de assinatura básica, com inegável repercussão sobre os custos de transação de execução de contrato. Ao contrário da intervenção do STJ no caso da majoração tarifária, ela, de uma só vez, (*i*) afastou a possibilidade de concentração de todos os feitos sobre o assunto perante um único Juízo,

---

<sup>131</sup> O Ministro apontou que do “sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada precedente.”

<sup>132</sup> Quatro ministros acompanhavam o voto do Ministro-Relator (votos dos Ministros Relator, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Eliana Calmon). Após, quatro votos não conheciam do conflito (os votos dos Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins). Por fim, e outros desempate o julgamento. Não conheço do Conflito de Competência 47.731/DF. Acompanho o voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki no Conflito de Competência 48.106/DF e no Conflito de Competência 48.177/SP.

restabelecendo, por via de consequência, as liminares anteriormente suspensas pela cassação em bloco determinada pelo Ministro-Relator; (ii) restabeleceu o andamento das ações individuais em todo o país de forma independente ao processamento das ações coletivas; (iii) permitiu o ajuizamento das ações perante a Justiça Estadual.

A não aplicação de forma sistemática do modelo desenhado para aferir os custos de transação nessa fase não impede que o recurso a alguns dos instrumentos elaborados na formatação da pesquisa não sirva a uma compreensão melhor dessa importante intervenção do STJ no conflito sobre a assinatura básica.

Por exemplo, se considerado tão-somente o parâmetro relacionado à “existência de pontos institucionais de veto no âmbito do sistema de justiça (E<sub>pv</sub>)”, e tendo em vista que cada um dos tomadores de decisão do processo [Ministro Edson Vidigal, Ministro Falcão e divergência (3 Ministros que o acompanharam), Ministro Zavascki e Maioria do STJ] apreciou a competência tanto no que se refere às ações de índole coletiva como individual, a cada tomador de decisão escolhido será atribuído um grau de incidência de custos de transação de primeira ordem adstrito ao parâmetro (E<sub>pv</sub>). Cada (E<sub>pv</sub>), todavia, apresenta duas dimensões: uma referente ao reflexo da decisão no que se refere ao processamento das ações coletivas, outra no que se refere ao das ações individuais. O total de EPV associado à cada tomador de decisão resulta da média simples entre as duas dimensões, como demonstrando na tabela abaixo.

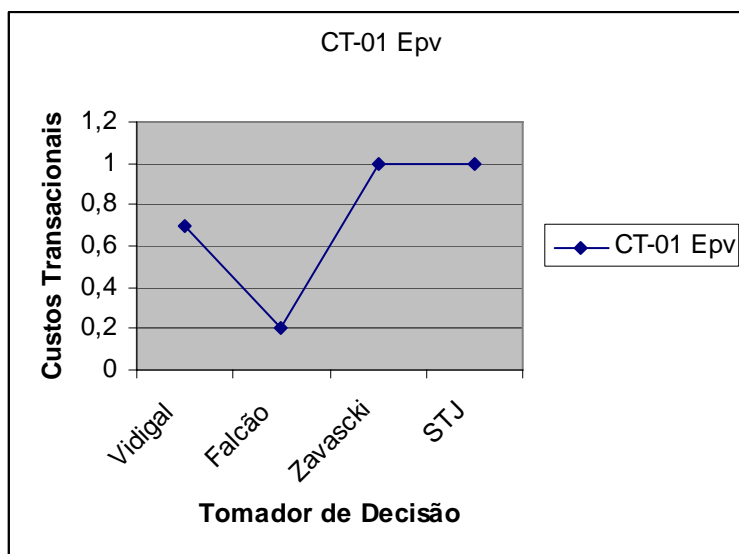
**Tabela 6.1 - Os custos de transação decorrentes da descentralização**

EPV	Ministro Vidigal	Ministro Falcão e Minoria	Ministro Zavascki	1ª Seção do STJ
EPV(i)Ações individuais	1	0 <sup>133</sup>	1	1
EPV(ii)Ações coletivas	0,4	0,4	1	1
<b>EPV= E<sub>pv</sub>(i)+E<sub>pv</sub>(ii)/2</b>	<b>0,7</b>	<b>0,2</b>	<b>1</b>	<b>1</b>

Fonte: Elaboração própria

<sup>133</sup> O sobrestamento das ações individuais determinada pelo Ministro não poderia ser capturado por outro valor que não 0.



**Gráfico 6.1 – Os custos de transação decorrentes da descentralização**

Fonte: Elaboração Própria

Em última análise, comparando com a posição no conflito de competência da majoração tarifária, a decisão do STJ aqui implicou um processo de tomada de decisões com alto grau de descentralização, reforçando a hipótese da incerteza jurisdicional em sentido amplo.

### 6.3 – A REVISÃO JUDICIAL DA COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA

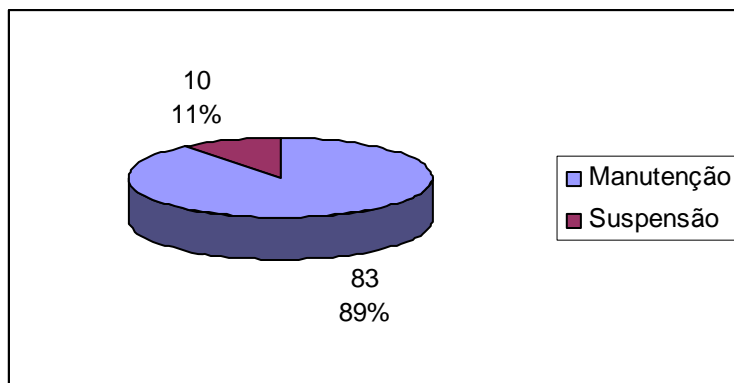
A descentralização da tomada de decisões resultante da decisão do STJ acima exposta provocou, então, a explosão das demandas em todas as instâncias do país, especialmente nas comarcas dos Estados. Com o entendimento exposto na mesma decisão de que devem ser considerados, para efeitos da definição da competência, os entes que, efetivamente, figuram na relação jurídica, e não aqueles que deveriam figurar, a competência da Justiça Estadual foi sendo gradativamente reconhecida, implicando, então, incremento dos pontos institucionais de veto.

A estratégia da pesquisa agora não deveria ser outra senão buscar, então, identificar a distribuição de preferências no âmbito dos Estados da Federação e do Distrito Federal. Como não foi possível fazê-lo, serão apresentados os casos apenas do Estado do

Rio Grande do Sul e do Distrito Federal. Em relação ao Rio Grande do Sul, foram escolhidos por amostragem aleatória 186 processos, entre aqueles com as peças decisórias disponível no sítio oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ([www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)), sendo 93 acórdãos proferidos pela Corte Estadual de Apelação e 93 das sentenças correspondentes de mérito sobre o caso. No caso do DF, foram eleitos 172 processos (86 acórdãos e 86 sentenças), extraídos do sítio oficial da Corte local: [www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br).

As tabelas abaixo demonstram que, no âmbito da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, predomina uma postura voltada para cancelar a manutenção da cobrança da assinatura básica. Da análise da ementa dos 93 acórdãos analisados, foi possível atestar que, sem exceção, em 100% dos casos, o fundamento de decidir predominante foi a idéia de que “se o contrato de concessão de serviço público e a Lei nº 9.472/92 asseguram às concessionárias que tarifem os serviços prestados conforme dispõe a Resolução nº 85/98 da ANATEL e as Portarias nº 217/97 e 226/97 do Ministério das Comunicações, e tais textos legais *lato sensu* autorizam a cobrança de assinatura básica mensal como forma de tarifação, não há falar em ilegalidade.

**Gráfico 6.2 – Sentenças da Justiça do RS (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica)**



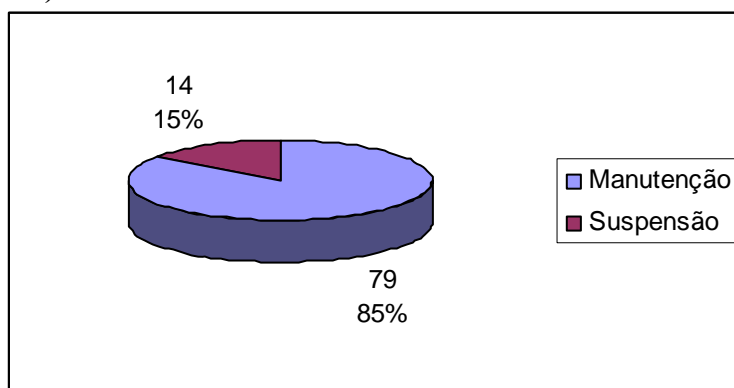
Fonte: Elaboração própria a partir do exame das decisões disponíveis em [www.tjrs.gov.br](http://www.tjrs.gov.br)

Assim sendo, em todas essas decisões verificou-se uma postura voltada para a garantia da regra do cumprimento dos contratos e para a chancela do marco regulatório

das telecomunicações, especialmente no que se refere à competência atribuída à ANATEL na execução da política tarifária. Em outras palavras, a cobrança da assinatura básica estava amparada na lei e nos contratos.

Por sua vez, todos os 14 (15%) acórdãos que reconheceram a ilegalidade da cobrança fizeram referência à tese da abusividade ao consumidor, implicando a possibilidade de anulação das cláusulas contratuais que estabeleciam o pagamento da tarifa mínima pelo consumidor.

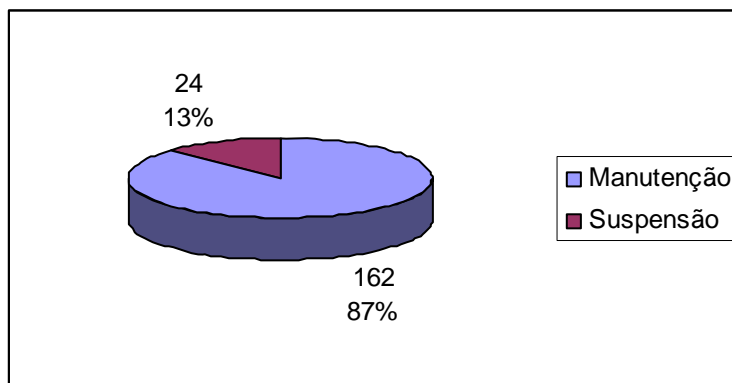
**Gráfico 6.3 – Acórdãos do TJRS (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica)**



Fonte: Elaboração própria a partir do exame das decisões disponíveis em [www.tjrs.gov.br](http://www.tjrs.gov.br)

Interessante ressaltar que, em 17 (18,28%) acórdãos proferidos em favor da manutenção da cobrança da tarifa, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) decidiu fazendo referência ao precedente do STJ analisado no capítulo anterior no processamento do Recurso Especial nº 572.070 – PR (2003/0128035-1). O precedente era utilizado para reforçar a idéia de que à ANATEL cabia a execução da política tarifária do setor de telecomunicações, em conformidade com o marco regulatório setorial (LGT). A tabela abaixo considera, para efeito de análise, todas as decisões proferidas na 1ª e 2ª instância, com o propósito de identificar a postura do maior número possível de atores com poder veto no âmbito da Justiça Local.

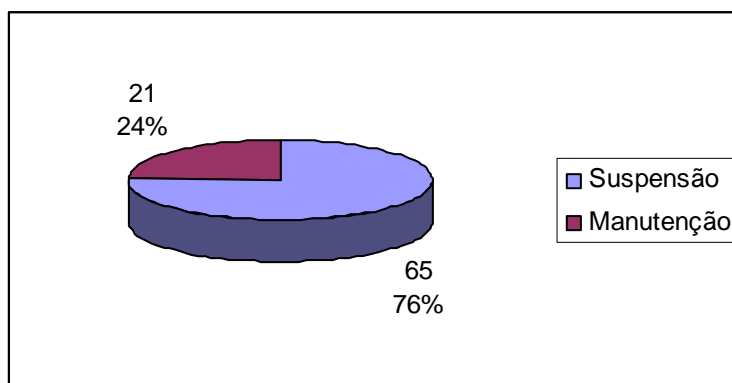
**Gráfico 6.4 – Sentenças e Acórdãos no âmbito do TJRS (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica)**



Fonte: Elaboração própria a partir do exame das decisões disponíveis em [www.tjrs.gov.br](http://www.tjrs.gov.br)

Ora, o caso do Distrito Federal demonstra uma postura diametralmente oposta, embora a análise esteja aqui adstrita tão-somente ao resultado da demanda em termos de deferimento ou indeferimento da cobrança da assinatura básica. A maioria dos juízes da primeira instância e uma ampla maioria no âmbito da Corte local de apelação decidiu em favor da suspensão da referida taxa, demonstrando como pode haver divergência na distribuição de preferências em função da localização territorial da demanda.

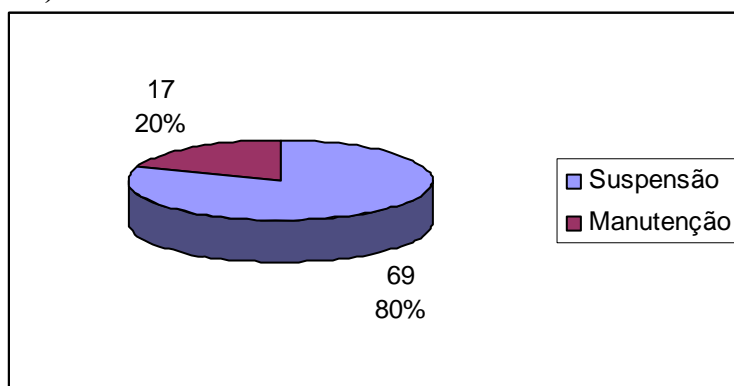
**Gráfico 6.5 – Sentenças da Justiça do DF (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica)**



Fonte: Elaboração própria a partir do exame das decisões disponíveis em [www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br)

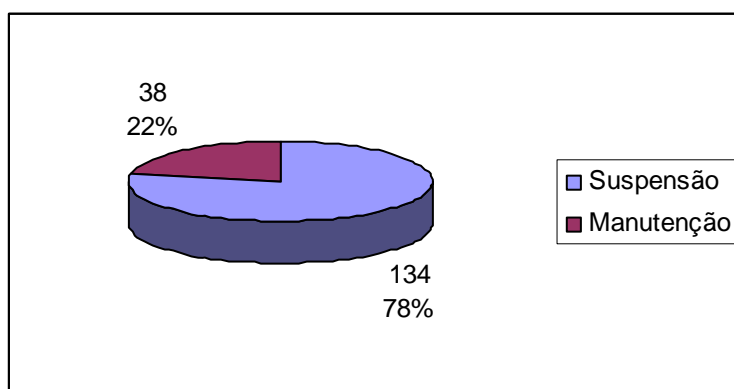
Sugere-se o acompanhamento sistemático das demandas no âmbito de cada um dos Estados da Federação, a fim de que seja possível uma identificação precisa da distribuição de preferências no âmbito das instâncias da estrutura do Judiciário brasileiro.

**Gráfico 6.6 – Acórdãos do TJDF (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica)**



Fonte: Elaboração própria a partir do exame das decisões disponíveis em [www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br)

**Gráfico 6.7 – Sentenças e Acórdãos no âmbito do TJDF (Suspensão ou Manutenção da Cobrança da Assinatura Básica)**



Fonte: Elaboração própria a partir do exame das decisões disponíveis em [www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br)

#### 6.4 – A TOMADA DE DECISÕES NO STJ

Em razão da descentralização da tomada de decisões a respeito da assinatura básica, os casos vêm chegando na cúpula do sistema de justiça pela via dos recursos especiais, no caso do STJ, e do recurso extraordinário, no caso do STF. Não obstante, o subsistema institucional das liminares contra o Poder Público constitui ainda instrumento pelo qual as concessionárias buscam a suspensão das liminares e sentenças proferidas contra a continuidade da cobrança da assinatura básica.

A grande diferença é que, como o próprio STJ decidiu por afastar a obrigatoriedade da ANATEL nos pólos passivos das demandas, abrindo caminho para que fixada a competência da Justiça Estadual para julgar os feitos, o alcance das decisões proferidas no bojo do regime especial da suspensão das liminares é limitado tão-somente aos processos vinculados aos pedidos apresentados pelas concessionárias. Não obstante, a análise da tomada de decisões no âmbito desse subsistema institucional contribui para antecipar a posição da cúpula da estrutura judiciária sobre o tema. Nesse sentido, foram identificados três feitos sob a epígrafe de suspensão de liminar e de sentença no âmbito do STJ.

No âmbito da Suspensão de Liminar e Sentença nº 250/MS (2006/0050613-1)<sup>134</sup> a Brasil Telecom S/A requereu a cassação do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (TJ/MS) que concedia a tutela requerida pelo Ministério Público Estadual consistente no sobrestamento da cobrança de assinatura básica dos serviços de telefonia fixa naquele Estado. O julgador de primeiro grau havia indeferido o pedido, razão pela qual o Ministério Público interpôs o recurso (agravo de instrumento), provido como relatado acima.

Os fundamentos da argumentação da concessionária são consentâneos com a estratégia apresentada no caso do reajuste tarifário, provocando o julgador a levar em consideração, na tomada de decisões, as peculiaridades do setor de telecomunicações e as competências atribuídas à ANATEL. Nesse sentido, indicou que a manutenção da decisão: (i) “provoca uma situação economicamente injustificável e insustentável, expondo o setor de telefonia a graves danos, eventualmente irreversíveis”; (ii) **“usurpa as competências da ANATEL na execução dos instrumentos de política do setor de telecomunicações”**; (iii)

---

<sup>134</sup> Fonte: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

“admite uma postura ilícita da Administração”; e, por fim, (iv) “**promove verdadeira quebra de contrato de concessão** (recém assinado pelas concessionárias e já em vias de ser descumprido), gerando um insustentável cenário de instabilidade e de insegurança jurídica, caracterizada, repita-se, pelo inegável efeito multiplicador de decisões desse jaez”.(grifei).

O Ministro-Presidente Edson Vidigal, de forma coerente com a postura exposta no caso do reajuste tarifário, suspendeu, em 28/03/2006, os efeitos do Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2005.004291-7/0000-00, que tramitava perante o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, até que decidido o mérito da ação a ele principal.

A deferência ao papel da ANATEL foi mais explícita nessa ocasião em comparação com a decisão proferida há quase 2 anos. Sem adentrar no mérito da demanda original, ele apontou que a chamada assinatura básica foi contemplada no pacote de tarifas determinado não pela concessionária, mas pela própria agência setorial. Nesse sentido, afirmou que “ao deferir a medida urgente, o Judiciário local de fato cerceou a atividade institucional da Agência Reguladora a quem compete, privativamente, o gerenciamento e execução da política do setor de telecomunicações.”

O apelo à regra do cumprimento dos contratos e à sensibilidade quanto aos impactos da decisão nos indicadores econômicos que refletem o grau de investimentos privados no setor de telefonia estão presentes na tomada de decisões do Ministro Vidigal. É o que se pode inferir do trecho abaixo do seu voto:

A hipótese, vale dizer, é de sistema tarifário concebido pelo próprio Poder Concedente, não se verificando (ao menos em princípio) irregularidade apta a ensejar o deferimento liminar de medida a invalidá-lo antes mesmo que julgado o mérito da ação da qual oriunda toda a controvérsia. Isto porque, se as características do contrato firmado não fossem asseguradas, permitindo-se às partes poderes ilimitados para unilateralmente revê-lo, ainda que via decisão judicial, o particular não mais teria interesse ou segurança para negociar com a Administração. E um País como o nosso, com tantos problemas como o da sonegação fiscal, da corrupção com o dinheiro público, o das evasões inconfessáveis de bilhões de dólares para os escaninhos ilícitos dos paraísos fiscais, um País tão precisado de investimentos externos indispensáveis ao enfrentamento do desemprego e precisado de desenvolvimento econômico, não pode cochilar especialmente nesse tema de respeito aos contratos.

(...) Fazê-lo seria, desde logo, ofender o princípio da segurança jurídica, de forma a inspirar insegurança e riscos na contratação com a Administração, resultando em graves conseqüências para o interesse público, inclusive com repercussões negativas sobre o influente “Risco Brasil”.

(...) a empresa tem direito ao recebimento da contraprestação pecuniária contratada, para que possa manter adequadamente os serviços concedidos. Impõe-se, portanto, um perfeito equilíbrio na equação econômico-financeira, pois o contrário acarretará descompasso no próprio contrato de concessão, comprometendo, de resto, todo o sistema de telefonia por ela explorado.

(...) Assim é que, ao contrário do que anteriormente decidido pela origem, parece-me presente efetivo risco de dano inverso à população, em sobrevindo má prestação dos serviços por falta de investimentos, como resultado direto do não recebimento, pela concessionária, da contraprestação pecuniária criada e imposta não pela empresa, mas pela própria Administração.

Por fim, a questão relativa à interferência do Judiciário nas políticas de regulação. O Presidente considerou ser apressada a ingerência do Judiciário na matéria, uma vez que há contrato estabelecido entre o Poder Concedente e as empresas de telecomunicações com a regulamentação das questões trazidas para a apreciação do Judiciário.

O Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul interpôs o recurso (agravo regimental) buscando a reconsideração da decisão do Ministro-Presidente. Não obstante, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, dessa vez por **unanimidade**<sup>135</sup>, negou provimento ao recurso, em 16/05/2007, deixando claro que, ao menos no juízo de cognição sumária (âmbito da apreciação das liminares e tutelas), o impedimento da cobrança da tarifa de assinatura básica residencial é “suscetível de ocasionar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre o usuário e a concessionária e entre esta e o poder concedente.”

Em pelo menos mais duas demandas semelhantes (SLS nº 396 – RS/2007.0082464-9, SLS nº 629 – RS/2007.00148211-6) o STJ decidiu em conformidade com a decisão anterior, evidenciando já que uma forte inclinação da Corte pela manutenção da cobrança.

Não por coincidência, como noticia o sítio oficial do Superior Tribunal de Justiça, as primeiras decisões efetivamente sobre o mérito da cobrança da assinatura básica foram proferidas no âmbito do Recurso Especial nº 911802. O Relator, Ministro José Delgado, decidiu pela legalidade da cobrança, uma vez que a taxa tem origem contratual e é

---

<sup>135</sup> Votaram com o Sr. Relator os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Nancy Andriighi, Laurita Vaz, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Eliana Calmon, Francisco Falcão e João Otávio de Noronha.



amparada por lei, além de tarifa mensal voltada para a infra-estrutura do sistema. O Ministro João Otávio de Noronha acompanhou o relator. Após, foi pedido vista do processo pelo Ministro Herman Benjamin. Até a presente data, não foi retomado o julgamento do caso.

Se confirmada a tendência de uma tomada de decisões na cúpula do sistema de justiça voltada para a garantia da regra do cumprimento dos contratos e para a chancela do marco regulatório das telecomunicações, mais uma vez, assim como no caso da majoração tarifária analisada, torna-se evidente a relevância do esforço em identificar de forma sistematizada e separada das outras instâncias judiciais o comportamento dos atores com poder de veto localizados nos postos mais altos da hierarquia da estrutura judiciária. Sugere-se a formação de um banco de dados com a capacidade capturar as preferências individuais de cada um dos Ministros do STJ e do STF na seara das políticas de regulação.

## CONCLUSÃO

---

A presente dissertação se ocupou em analisar o papel da intervenção do Judiciário nas políticas de regulação dos serviços de telefonia. Partiu-se do pressuposto de que os resultados regulatórios não decorrem apenas da atuação dos grupos de interesse envolvidos nos processos de regulação, nem tão-somente do desenho das políticas em si. A dotação institucional do país, que contempla as instituições políticas, judiciais e de governança, compreendendo a forma de governo, as regras eleitorais, as regras de funcionamento do sistema de justiça, dentre outras, constitui fator determinante do estilo de regulação e dos resultados finais esperados do processo de implementação das políticas regulatórias.

A ênfase da pesquisa recaiu sobre o impacto do funcionamento das instituições do sistema de justiça nos resultados regulatórios, tendo em vista a função atribuída pela literatura ao Judiciário em promover a estabilidade regulatória nos setores de infraestrutura, oferecendo o compromisso crível (*credible commitment*) para os investidores mediante (i) a garantia do cumprimento dos contratos e dos direitos de propriedade, (ii) a defesa das regras do jogo, (iii) o constrangimento ao comportamento oportunista por parte de outras instituições do sistema político. Ao fazê-lo, o Judiciário proporciona a redução de importantes custos de transação envolvidos no ambiente da formulação e implementação das políticas de regulação.

Conquanto ainda escassa, a literatura que aprecia o funcionamento do Judiciário no Brasil defende que as cortes e os juizes atuam de forma insuficientemente voltada para garantir os contratos e os direitos de propriedade, para moderar a instabilidade das regulações públicas e para impedir expropriações contratuais por parte de agente econômicos e políticos. Ao contrário, como argumentam os teóricos da hipótese da incerteza jurisdicional (Arida, Bacha e Lara-Resende, 2004), a configuração das instituições políticas e judiciais do país afeta de maneira negativa o lado da oferta do crédito, quer em razão dos gargalos do sistema judicial que provoca morosidade na entrega da prestação jurisdicional, quer em razão da existência do que os autores identificaram como um viés anti-credor dos tomadores de decisão no âmbito do sistema político e das cortes de justiça.

Na seara regulatória, esse viés seria refletido numa postura em defesa da parte mais fraca da relação entre fornecedores do serviço (empresas de telecomunicações) e o grupo dos consumidores. Aliado à dotação institucional subjacente ao sistema de justiça brasileiro, segundo essa literatura marcada pela descentralização do processo decisório, pelo alto grau de independência dos juizes e pela ausência de institutos para o reforço dos precedentes, o Judiciário funcionaria, *a contrario sensu*, como uma fonte para o incremento dos custos e da incerteza regulatória.

Em razão da escassez de dados, optou-se, então, por recorrer ao estudo de caso para ao mesmo tempo preencher lacuna no que se refere à análise do Judiciário em ação no âmbito do controle das políticas de regulação e verificar a adequação da hipótese da incerteza jurisdicional nesse ambiente específico. Por suas inegáveis repercussões na agenda regulatória do setor de telecomunicações, foram escolhidos para análise os casos da revisão judicial da majoração tarifária dos serviços de telefonia em 2003/2004 e da cobrança da assinatura básica, este ainda sem uma solução definitiva do Judiciário.

O episódio do reajuste das tarifas foi escolhido não apenas por conta de sua inegável repercussão na agenda regulatória do país, mas também por causa de seu resultado contra-intuitivo em relação ao diagnóstico acima mencionado. O Judiciário, especificamente um das organizações de sua cúpula, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, não apenas decidiu em favor da regra do cumprimento dos contratos, como também impediu a expropriação regulatória por parte do Executivo, garantido a redução dos custos de transação de execução de contrato.

Recorrendo ao estudo de caso explanatório, foi então criado um modelo heurístico para explicar os processos causais responsáveis pela redução gradativa dos custos de transação à proporção que a demanda era encaminhada da base para a cúpula da estrutura judiciária. Foram testadas as seguintes hipóteses para explicar o resultado final do jogo da implementação da política tarifária em 2003/2004, com relativa baixa incidência de custos transacionais do tipo “execução de contrato”: (i) – a matriz institucional; (ii) a intensidade das preferências das Cortes e dos Juizes; (iii) – as mudanças institucionais promovidas pelo Executivo voltadas para controlar o processo de tomada de decisões no âmbito do Judiciário.

**Sobre o arcabouço institucional.** Um dos pilares fundamentais da matriz institucional foi, como visto, o subsistema institucional das liminares contra o Poder Público, descrito com detalhes no capítulo sobre o caso BANESPA. As regras do regime especial da atuação em Juízo da Fazenda Pública, especialmente o instituto da dupla suspensão das liminares, reduziu diretamente os custos de transação da primeira dimensão e indiretamente os da segunda, por meio de processos intervenientes, tais como a redução do número dos pontos institucionais de veto e o aumento do controle institucional da cúpula sobre as cortes inferiores.

A diminuição considerável dos pontos institucionais de veto reagiu no sentido de mitigar os efeitos da dotação institucional descentralizada do sistema de justiça que estavam sendo revertidos em controle sobre o processo regulatório por parte das cortes e dos juízes da magistratura de primeiro e segundo grau. Não é necessário providenciar cálculos probabilísticos sofisticados para perceber que a existência de mecanismos institucionais com capacidade de reverter decisões das instâncias inferiores em tempo rápido reduz drasticamente a possibilidade de controle dessas instâncias sobre as políticas públicas. Naturalmente, um cálculo preciso dependeria de uma estimativa do sucesso da Fazenda Pública no recurso ao sistema da suspensão das liminares. No caso examinado, o acionamento do mecanismo por parte das concessionárias dos serviços públicos de telefonia permitiu não apenas o controle da cúpula sobre a tomada de decisões, mas gerou estabilidade no equilíbrio alcançado após sua intervenção no episódio, a despeito da inexistência naquela época de institutos mais eficazes para o reforço dos precedentes, como são as súmulas de efeito vinculante<sup>136</sup>. Isso ocorreu em função de regras que impediram qualquer manifestação judicial contrária, em sede de liminar, ao entendimento firmado pelo STJ no caso, isto é, qualquer decisão oposta à confirmação do IGP-DI como parâmetro para o reajuste dos serviços de telefonia naquele ano.

Central no episódio, também, foi o impacto das regras no âmbito da legislação processual civil, destinadas a garantir a coordenação da entrega da prestação jurisdicional, quando uma mesma matéria é objeto de apreciação por várias instâncias judiciais. No caso da majoração tarifária, as decisões proferidas pelos Ministros do STJ no bojo do julgamento

---

<sup>136</sup> Em verdade, no âmbito do STJ, caberia apenas o recurso à súmula impeditiva de recursos, matéria ainda objeto de apreciação por parte da Câmara dos Deputados na PEC nº 358/2005.

do conflito de competência, instaurado para eleger apenas um juízo competente para a resolução do impasse regulatório, apresentou efeito extraordinário em termos da redução dos custos de transação de primeira ordem. Milhares de pontos institucionais de veto foram reduzidos a apenas um, não cabendo ainda discutir a intensidade das preferências dessa única instância, eleita para compor o conflito entre as concessionárias e os consumidores.

Se a ciência política contemporânea brasileira vem se preocupando com a centralização do processo de tomada de decisões no âmbito das relações entre o Executivo e o Legislativo, o episódio mostrou também ser profícua a análise dos efeitos das prerrogativas institucionais disponibilizadas aos presidentes das cortes brasileiras na tomada de decisões, especialmente se eles ocupam o cargo máximo nos órgãos da cúpula do sistema de justiça. A regra do trancamento de recursos, da suspensão de liminares, da cassação em bloco das liminares, todas acionadas por Presidentes de Tribunais, no histórico decisório da revisão judicial do reajuste das tarifas dos serviços públicos de telefonia, demonstraram impacto inegável sobre a variável dependente.

No evento específico do julgamento da Suspensão da Liminar no âmbito do STJ, além dos privilégios institucionais acima descritos, foi determinante o papel da Presidência na tomada de decisões. Na qualidade de detentor do primeiro movimento no jogo decisório, o Ministro-Presidente recorreu à tese da mínima deliberação sobre o mérito para, num regime destinado tão-somente ao exame de cognição sumária para confirmação ou manutenção de decisão liminar, situar a matéria em debate num espaço que permitiu a análise da questão de fundo, a ponto de tal entendimento ter condicionado em alguma medida a sentença que julgou finalmente o mérito da majoração tarifária pelo IGP-DI.

Não se deve esquecer, também, o impacto do acionamento do instituto da reclamação, voltado para preservar a competência da cúpula do Judiciário (STF e STJ). Acionado, ele proporcionou a estabilidade necessária à manutenção do equilíbrio decisório até o julgamento do mérito do pedido, impedindo a concessão de novas liminares contra o reajuste homologado pela ANATEL.

Até aqui foram examinados os resultados referentes ao impacto das instituições do processo de tomada de decisões na variável dependente. Não obstante, o marco regulatório das telecomunicações, conquanto exógeno ao processo de tomada de decisões, balizou o comportamento principalmente dos juizes da cúpula do sistema de justiça.

Ora, se a função das instituições é moldar as interações humanas (North, 1991, 2005), os marcos legais são responsáveis por estabelecer incentivos e constrangimentos por meio das normas e instituições que criam, oferecendo oportunidades de ação, definindo responsabilidades e restringindo caminhos. É nessa perspectiva que deve ser analisado o impacto do marco regulatório das telecomunicações (LGT) no comportamento das cortes e dos juízes no episódio examinado, com o propósito inclusive de vislumbrar os efeitos mais gerais da LGT no modelo regulatório efetivamente implementado no país.

Como visto, conquanto ignorada pelas instâncias inferiores no primeiro momento da revisão judicial da questão tarifária, a LGT pautou o comportamento dos Ministros do STJ, incentivando uma postura voltada para o cumprimento dos contratos regulatórios e para a deferência da atuação da ANATEL como a instância encarregada de implementar a política regulatória do setor de telecomunicações. Algumas decisões posteriores examinadas, uma do próprio STJ<sup>137</sup>, outra da Juíza Federal encarregada de julgar o mérito do reajuste tarifário, foram fortemente marcadas pelos incentivos e pelos constrangimentos criados pelas regras do marco regulatório das telecomunicações.

**Sobre a intensidade das preferências das Cortes e dos Juízes.** Ora, o equilíbrio no caso examinado dependeu não apenas das instituições do processo de tomada de decisões e do marco regulatório do setor de telecomunicações. Como visto, a LGT, por exemplo, funcionou como fonte de constrangimentos e de oportunidades de forma diferenciada para os membros do Judiciário. Nesse sentido, como ajudou a demonstrar a técnica do *process-tracing*, as preferências de cada um desses agentes funcionou como variáveis intervenientes fundamentais para se compreender a dinâmica de todo o processo.

O desenho institucional mais amplo do sistema de justiça, combinado com o marco legal das ações civis públicas, das ações populares e do sistema de defesa do consumidor, por si só aumenta os custos de transação econômicos e políticos, uma vez que significa maior probabilidade de que uma instância qualquer da estrutura judiciária de primeiro grau reverta todas essas características institucionais em controle sobre as políticas públicas. Não obstante, o comportamento é o processo causal interveniente que dá significado aos incentivos e constrangimentos oferecidos por toda essa configuração institucional. Se não

---

<sup>137</sup> Recurso Especial nº 572.070 – PR (2003/0128035-1), Segunda Turma. Citada no capítulo 6, síntese dos resultados.

houvesse juízes atuando no sentido de se substituir ao regulador e mitigando a regra do cumprimento dos contratos e o princípio da segurança jurídica em favor do restabelecimento do equilíbrio econômico entre consumidores e empresas, as características institucionais acima descritas não teriam afetado o processo regulatório do setor de telecomunicações como ocorrido.

Da mesma forma, toda a engenharia institucional em andamento no campo das instituições do sistema de justiça, que tem provocado inegável concentração de poder na cúpula do Judiciário brasileiro, não explica sozinha os resultados verificados no caso investigado. Toda a oferta de instituições de controle sobre a jurisdição das instâncias inferiores implicou a manutenção do *status quo* da política regulatória em razão da combinação dessa configuração institucional com uma postura dos Ministros do STJ voltada para (i) o predomínio da regra do cumprimento obrigatório dos contratos; (ii) a consideração da relação de causalidade entre insegurança jurídica e impactos macroeconômicos negativos no ambiente de investimentos do setor de telecomunicações; (iii) para a legitimação da atuação das agências reguladoras; (iv) a intervenção mínima do Judiciário na política regulatória.

Como visto, essa atitude da cúpula em privilegiar os princípios do *pacta sunt servanda* em detrimento das regras do sistema de defesa do consumidor ocorreu, também, em outra decisão que se seguiu ao caso do reajuste tarifário. Além disso, tudo indica que não será diferente no que se refere à cobrança da assinatura básica, a julgar pelos votos dos Ministros José Delgado e João Otávio de Noronha, no julgamento do Recurso Especial que deverá criar o precedente para a solução do impasse quanto a esse item específico da pauta regulatória do setor de telecomunicações.

Um padrão que tem mostrado consistente nas decisões em favor da estabilidade dos contratos regulatórios é a forte associação com considerações de natureza macroeconômica sobre a realidade específica do setor de telecomunicações, reclamando desde já uma estratégia metodológica no sentido de comparar a intervenção do Judiciário no setor de telefonia com outras áreas de regulação. A lógica subjacente ao conjunto das decisões favoráveis à regra do cumprimento obrigatório dos contratos é a de que a regulamentação do setor de telecomunicações, marcada por atuação privilegiada da ANATEL e por uma postura em defesa da estabilidade dos arranjos regulatórios, visa a criar e manter um

ambiente favorável ao fluxo de investimentos privados no setor de telefonia, tendo em vista, como atesta um dos acórdãos do STJ, “a reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo”.

Ora, é como se fosse possível adaptar o achado de Theodore Lowi de que as políticas públicas (*policies*) é que influenciam a política (*politics*) para o campo da intervenção do Judiciário no processo político. Não é tanto o Judiciário (*polity*) que influencia a política pública, mas o contrário. A natureza das políticas públicas influencia a tomada de decisões por parte do Judiciário, especialmente dos membros de sua cúpula.

O caso chamou a atenção, também, para a questão relativa à análise econômica do Direito, especialmente do *trade-off* entre eficiência e equidade que marca essa interface. Não foram apenas os membros da cúpula do Judiciário que recorreram à economia para a tomada de decisões. Na primeira instância, os juízes não hesitaram em substituir o legislador ou o regulador, a ponto inclusive de não apenas suspender a aplicação de um índice de reajuste definido em contratos do passado, mas também de exercer o poder discricionário na escolha de outro parâmetro, ao argumento de que seria o mais adequado para a realidade da economia brasileira e para o bolso dos consumidores, fazendo referência a variáveis como a da inflação.

O caso mostrou ser importante uma estratégia metodológica que busque não apenas identificar se houve o emprego de critérios econômicos na tomada de decisões por parte das cortes e dos juízes, mas também qual foi a natureza dessa análise. Sob a ótica dos custos de transação de execução de contrato, por exemplo, tão importante quanto saber se houve utilização de critérios econômicos por parte do magistrado, é investigar se a decisão dele respeitou a idéia da existência de relação de causalidade entre incerteza jurídica e retração de investimentos, ou em outras palavras, mas com sinal trocado, de relação entre a garantia da regra do cumprimento dos contratos e a manutenção de uma ambiente estável de investimentos privados no setor regulado.

Além disso, como demonstrou o episódio, importou o comportamento dos atores judiciais voltados ou não para a deferência do papel ocupado pelas agências setoriais nos processos de regulação. Se a LGT constitui o marco legal que oferece os incentivos para que haja a cooperação com as políticas implementadas pela ANATEL e os constrangimentos para que sejam desconsideradas as ações que invadam o seu escopo de



atuação, ela balizou de forma diferenciada o comportamento dos juízes no processo de regulação. Há algo entre a atitude do magistrado e o marco legal das telecomunicações que explica o motivo pelo qual eles responderam de forma diferenciada aos incentivos e constrangimentos gerados pelas regras do setor de telecomunicações. Não está descartada a hipótese do tempo de maturação das instituições do setor, ainda recentes, a julgar, pelo menos, a diferença de postura que houve entre o Juiz Federal de Brasília que decidiu, em sede de liminar, em 2003 e a Juíza que o substituiu em 2007. Todavia, tal entendimento só pode ser feito, por enquanto, a título de especulação.

Por fim, mas não menos importante, um *insight* deste estudo de caso, principalmente em comparação preliminar com o caso da assinatura básica, diz respeito ao impacto das decisões do Judiciário não apenas sobre as questões materiais das políticas públicas, mas também sobre matérias formais. Em termos da incidência dos custos de transação de execução de contrato, a decisão proferida no âmbito dos conflitos de competência julgados no STJ, tanto no caso do reajuste quanto no da assinatura básica apresentou resultados diferentes. Enquanto houve no primeiro uma preocupação em eleger uma instância da Justiça Federal para julgar todas as ações com o mesmo objeto, o mesmo não aconteceu na questão da assinatura básica. O resultado pode ser percebido pelo tempo gasto para a solução do impasse. Enquanto a questão tarifária alcançou equilíbrio estável em pouco mais de um ano, a cobrança da assinatura básica movimentou o Judiciário brasileiro há mais de 3 anos sem que ainda haja uma decisão de mérito que possa funcionar como precedente.

**Sobre as mudanças institucionais promovidas pelo Executivo voltadas para controlar o processo de tomada de decisões no âmbito do Judiciário.** Como examinado no capítulo 4, por meio de medida provisória, o Poder Executivo, no desenrolar do processo de privatização do BANESPA, alterou as regras do jogo para a concessão de liminares contra o Poder Público, criando um poderoso instrumento contra contestações futuras de políticas governamentais. Essa postura do Executivo, que se serviu de uma série de prerrogativas institucionais para controlar o processo de *policy-making* a partir do controle do processo judicial, foi determinante para a conformação do subsistema institucional das liminares contra o Poder Público na forma que estava quando do encaminhamento judicial da questão tarifária. Se, no caso BANESPA, esse regime especial favoreceu as preferências

do Executivo, no episódio da revisão tarifária seu efeito foi contrário, uma vez que, por provocação das concessionárias dos serviços de telecomunicações, serviu para garantir um equilíbrio na política tarifária na direção oposta à almejada pelo Governo Federal.

O exemplo ilustra como a engenharia das mudanças das instituições do sistema de justiça no bojo da discussão da Reforma do Judiciário tem desenvolvido mecanismos com elementos de dependência da trajetória (*path-dependence*). Por limitações quanto ao escopo que poderia alcançar a pesquisa, não foi possível desenvolver uma análise paralela mais sistemática quanto aos efeitos ao longo do tempo das mudanças institucionais voltadas para a centralização do processo de tomada de decisões no Judiciário. Todavia, tais questões não devem ser esquecidas e devem figurar em pesquisas futuras, inclusive sendo possível uma investigação capaz de contemplar uma interface entre os processos de *path-dependence* na dinâmica de centralização/descentralização das mudanças nas instituições judiciais do país e o processo de *path-dependence* mais específico em relação à evolução do ambiente regulatório decorrente das deliberações dos órgãos de decisão coletiva, como, por exemplo, do próprio Judiciário.

Em verdade, nos casos examinados, foi possível verificar como é possível, e até mesmo recomendável, se proceder a uma análise combinada da influência das deliberações do Judiciário na regulação dos serviços públicos e o papel dos mecanismos adotados no processo de agregação de preferências durante a formulação e a implementação das políticas regulatórias. Se a tendência é a de concentrar poderes institucionais na cúpula do sistema de justiça, e tal movimento ocorre mediante a adoção de institutos voltados para o controle das cortes superiores sobre as inferiores e principalmente para o reforço dos precedentes da hierarquia mais alta da estrutura judiciária, aumenta a probabilidade de as deliberações do Judiciário, menos fragmentadas e com maior poder vinculativo, reagirem no sentido de gerar elementos de *path-dependence* na evolução do ambiente regulatório.

No setor de telecomunicações, por exemplo, objeto de exame da dissertação, as decisões da cúpula, especificamente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, vêm sinalizando uma postura de respeito aos contratos regulatórios em atenção principalmente ao contexto específico do setor de telefonia, dependente de um fluxo estável de investimentos para dar conta do emprego de tecnologias de alto valor agregado com importantes economias de escala e de escopo. À proporção que esse entendimento se consolida e são introduzidos

mecanismos de reforços dos precedentes, centralizando a tomada de decisões, vai se tornando mais difícil, ou pelo menos mais lento, um ambiente legal em que prevaleçam decisões que subvertam essa lógica em nome de outro conjunto de princípios, como aqueles, pautados no sistema de defesa do consumidor, que possibilitem a alteração dos contratos regulatórios. Enquanto, no campo econômico, a preocupação da análise centrada na dependência da trajetória chama a atenção para a ineficiência de alguns processos marcados por alto custo de reversão, o *path-dependence* decorrente da intervenção judicial nas polícias de regulação pode ocorrer de uma forma tal que haja, por exemplo, o privilégio da eficiência em detrimento da equidade, ou vice-versa.

Para a validade interna do estudo de caso examinado, optou-se por uma construção da explanação mediante o acompanhamento do conjunto de decisões judiciais e políticas que marcaram o processo de revisão judicial da questão tarifária. Com apoio no *process-tracing*, foram examinadas as relações de causalidade estabelecidas entre as variáveis independentes institucionais, os processos causais intervenientes e os efeitos na incidência dos custos de transação (*variável dependente*).

O modelo heurístico desenhado para capturar os custos de transação decorrentes da intervenção do Judiciário, contemplando ao mesmo tempo a dimensão institucional do sistema de justiça e a dimensão do comportamento das cortes e dos juízes, permitiu visualizar o papel das instituições e das preferências nos resultados regulatórios, ao menos no que se refere à incidência dos custos transacionais envolvidos na revisão judicial das políticas de regulação. Para a confiabilidade do estudo de caso, o modelo foi construído de forma a permitir a obtenção dos mesmos resultados, caso manuseado por qualquer outro pesquisador. Além disso, espera-se que ele seja replicado para a análise de tantas quantas forem as matérias da agenda regulatória dos serviços públicos.

Para a validade externa, foi proposta uma replicação da estrutura de análise do primeiro caso para o impasse acerca da cobrança da tarifa de assinatura básica. Mais uma vez, estava em jogo o *trade-off* entre a regra do cumprimento dos contratos e o sistema de defesa do consumidor, em que pese o fato de que a judicialização da assinatura básica envolver outros aspectos jurídicos salientes na seara do direito tributário.

A comparação sistemática entre os dois casos exigiria a aplicação do mesmo modelo heurístico destinado a identificar a incidência dos custos de transação em face de

cada um dos contextos institucionais no âmbito da estrutura judiciária, uma vez que o enredo se repetia com a reação principalmente do grupo de consumidores buscando no Judiciário um espaço privilegiado para a rediscussão de opções da política de regulação do setor de telecomunicações. Ao final, os resultados poderiam ser comparados principalmente mediante o cotejo entre os gráficos da “síntese dos efeitos na variável dependente”, como apresentado no capítulo anterior.

Considerando o fato de que o impasse da cobrança da assinatura básica ainda está em andamento, sem uma intervenção definitiva da cúpula do sistema de justiça, quer na apreciação de pedidos de suspensão de liminar, quer no julgamento do mérito, e tendo em vista as limitações de tempo e de recursos para um segundo estudo de caso, não foi possível empreender uma comparação sistemática voltada para a replicação do estudo de caso. Não obstante, algumas conclusões, ainda que preliminares, podem ser ressaltadas da comparação preliminar entre eles.

Em primeiro lugar, num breve cotejo com o caso anterior, a tomada de decisões sobre a assinatura básica vem apresentando um grau maior de descentralização. Aqui todos os recursos institucionais à disposição da magistratura de primeiro grau, mitigados na revisão judicial tarifária em 2003/2004, continuam se revertendo em controle sobre a política de regulação, com o agravante de que a matéria foi deslocada para a Justiça Estadual que apresenta uma quantidade consideravelmente maior de pontos institucionais de vetos em comparação com a Justiça Federal.

Central, então, no encaminhamento da revisão judicial da assinatura básica foi a decisão do STJ no conflito de competência sobre a matéria. Enquanto a decisão proferida no caso do reajuste tarifário provocou concentração de poder, neste segundo evento provocou fragmentação e dispersão, reforçando, então, a idéia de que, ao menos no que se refere à incidência de custos de transação, importa, e muito, as deliberações do Judiciário em questões formais.

No que se refere ao comportamento das cortes e dos juízes, é possível verificar pelos dados uma tendência ainda forte das instâncias inferiores em favor do sistema de defesa do consumidor, conquanto a amostra contemple tão-somente dois Estados da Federação.

Todavia, os dois votos proferidos pelo STJ até o momento sobre a questão indicam mais uma vez uma postura da cúpula do sistema de justiça voltada para a chancela da regra do cumprimento dos contratos e para a deferência ao marco regulatório das telecomunicações, confirmando o mesmo padrão decisório no primeiro caso examinado.

A continuidade do levantamento de dados e o acompanhamento da intervenção do STJ são recomendáveis para que seja possível uma comparação mais sistemática entre os dois casos. Por ora, é possível inferir que a hipótese da incerteza jurisdicional prevalece à proporção que as regras e os mecanismos institucionais contemplados no marco legal do processo de tomada de decisões no Judiciário não são revertidos em controle da cúpula do sistema de justiça sobre as instâncias intermediárias e inferiores. Como visto, no caso da assinatura básica, a manifestação do STJ, no bojo do processamento de um incidente processual, o conflito de competência, destinado a apreciar não a questão de fundo da matéria, mas o modo como o Judiciário deveria se organizar para compor o conflito entre as empresas e os usuários dos serviços de telefonia, apresentou repercussões enormes em termos da incidência dos custos de transação da primeira dimensão. É provável que o STJ, seguindo o entendimento firmado em outras situações similares, decida de forma a amenizar os custos de segunda dimensão. Não obstante, até lá, já foram consumidos tempo e recursos para dar conta dos efeitos dos custos decorrentes da dimensão institucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS: PARA ALÉM DE UMA ABORDAGEM CENTRADA NOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

---

Os estudos conduzidos principalmente por Levy e Spiller (1996) e Roger Noll (1999) demonstraram a importância das instituições dos sistemas político e legal na evolução do ambiente regulatório. Elas condicionam a interação das organizações envolvidas na atividade regulatória, criando oportunidades de ação e restringindo estratégias.

Fortemente marcada por uma orientação tributária do Novo Institucionalismo Econômico, essa literatura considera a atuação do Judiciário como determinante na resolução dos problemas de controle e oportunismo nas relações contratuais. Na seara regulatória, mais especificamente ainda no setor de telecomunicações, caracterizado pelos investimentos de longo prazo de maturação, especificidade dos ativos e custos de difícil recuperação, o Judiciário pode contribuir para contornar principalmente o problema da credibilidade, fornecendo a estabilidade dos compromissos e garantindo o cumprimento dos contratos regulatórios.

O problema da coordenação das relações contratuais, de modo a possibilitar a manutenção e o ajuste ao longo do tempo das obrigações firmadas nos arranjos estabelecidos entre as partes, se expressa por meio dos custos de transação. Na perspectiva *ex post*, são os custos inerentes à garantia do cumprimento dos contratos, impedindo ações oportunistas em direção à expropriação regulatória.

A perspectiva dos custos de transação *ex post*, especialmente os custos de transação de execução de contrato, pautou o desenho da metodologia desta pesquisa. A motivação decorreu principalmente do diagnóstico apresentado sobre a situação brasileira que indica não apenas que o Judiciário por aqui não resolve o problema da credibilidade, mas principalmente que ele é fonte de altos custos regulatórios, em virtude da forma como é organizado institucionalmente e da falta de uma tradição de respeito aos contratos por parte das cortes e dos juízes envolvidos na tomada de decisões. A inexistência de estudos empíricos com o propósito de verificar essa hipótese justificou a formatação da pesquisa na forma de estudo de caso.

Conquanto seja altamente recomendável a continuidade de uma agenda de pesquisa preocupada em avaliar o impacto da intervenção do Judiciário brasileiro na atividade regulatória com base em sua capacidade de contornar o problema da garantia dos compromissos críveis (*credible commitment*), a pesquisa demonstrou que, ao menos no caso brasileiro, o envolvimento das instituições do sistema de justiça na atividade regulatória não está restrito à regulação *strictu sensu*, isto é, ao âmbito do contrato regulatório. Apesar de o problema da estabilidade dos compromissos constituir a questão central para os estudiosos do impacto das instituições políticas e legais no ambiente regulatório, essa abordagem esvazia em alguma medida o *trade-off* entre **eficiência** e **equidade** que marca a intervenção do Judiciário quando chamado a compor conflitos no ambiente econômico.

Se bem que seja verdade o fato de que os casos examinados vêm demonstrando que a cúpula do sistema de justiça está se inclinando em favor de um estilo de regulação mínima no âmbito do setor de telecomunicações, ao demonstrar deferência à regra do cumprimento obrigatório dos contratos antes de qualquer outro princípio ou norma jurídica, e tal postura gera um importante processo de *path-dependence* em relação à evolução do ambiente específico deste setor, esse não é o único efeito da intervenção do Judiciário nas políticas de regulação.

Como demonstrando, a revisão judicial em torno da cobrança da assinatura básica motivou o Governo Federal a desenhar políticas públicas contemplando instrumentos de inclusão da população de baixa renda no sistema de telefonia. A majoração das tarifárias dos serviços de telefonia, por sua vez, contribui para uma revisão mais geral da política tarifária do Governo refletida nos novos contratos de concessão dos serviços públicos. No caso das telecomunicações, houve inclusive a criação de um novo índice que não fez outra senão mitigar o impacto do IGP-DI originariamente definido como o parâmetro do reajuste das tarifas dos serviços públicos e motivo da judicialização do reajuste em 2003/2004.

Assim sendo, a influência das deliberações do Judiciário no processo regulatório não deve ser encarada tão-somente sob a ótica da eficiência, apesar de ser central essa preocupação, especialmente em relação ao setor das telecomunicações, dependente de um

ambiente estável de investimentos privados. Todavia, o recurso ao Judiciário chama a atenção para a o problema também da equidade, assim como da participação.

Bom lembrar que o Poder Judiciário atua tão-somente mediante provocação. E são os cidadãos e as organizações que o defendem (associações de defesa do consumidor, Ministério Público, dentre outras) quem tem buscado no Judiciário o espaço para rediscussão das políticas regulatórias. Aranha (2005), numa perspectiva comparada dos modelos regulatórios das telecomunicações, concluiu que, nos EUA tanto quanto no Brasil, são incipientes a participação e a influência do cidadão comum no processo de definição das políticas de regulação. O movimento em direção ao Judiciário parece revelar uma motivação de resgatar a virtude da participação dos cidadãos nas políticas públicas, prometida formalmente pelos modelos de regulação, mas perdida em algum momento no encaminhamento do processo regulatório.



## BIBLIOGRAFIA

---

ABRANCHES, Sérgio.H. (1998), "Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro". **Dados**, v.31, n.1, p.5-34.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. (1999), "Negociando a reforma: a privatização das empresas públicas no Brasil". **Dados**, v. 42, n.3, p. 421-451.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. (2002), "Distinção entre usuário de serviço público e consumidor". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de março de 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. (2002), "As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais." **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

ARANHA, Márcio Iorio (org). (2006), **Coletânea de Normas e Julgados de Telecomunicações e Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações**. São Paulo: Quartier Latin. (Série Grupo de Pesquisa nº2, vol.2)

\_\_\_\_\_ (2005) **Direito das Telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil**. Brasília: GETEL/GCOM.(Série Grupos de Pesquisa nº 2, vol. 1)

ARANTES, Rogério Bastos. (1997), **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo, Sumaré, Educ, Fapesp, 1997.

\_\_\_\_\_ (2000), **Ministério Público e Política no Brasil**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Ciência Política.

\_\_\_\_\_ (2001a), "Consensos e dissensos na reforma constitucional do Judiciário". In: Seminário Reforma do Judiciário: Problemas, Desafios E Perspectivas, IDESP, São Paulo.

\_\_\_\_\_ (2001b), Jurisdição política constitucional. In: SADECK, Maria Teresa (Org).(2001), **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio. (2002), "A constitucionalização das políticas no Brasil: implicações para o processo de governo". (2002), Reunião da Associação Brasileira De Ciência Política - ABCP, 3., 2002, Niterói. Disponível em: <<http://www.cienciapolitica.org.br/>>. Acesso em 2 ago.2002.

\_\_\_\_\_ (2006), "Constituição, Governo e Democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n.61, p. 41-62.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. (1999), "Judiciário e democracia no Brasil". **Novos Estudos CEBRAP**, n.54, p. 27-41.

ARIDA, Pécio; BACHA, Edmar e RESENDE, André Lara. (2004), "Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: Conjectures on the case of Brazil" Paper preparado para figurar como capítulo no livro F. Giavazzi and I. Goldfajn (eds), **Inflation Targeting and Debt: the Case of Brazil**, MIT Press. Disponível em: <<http://www.econ.puc-rio.br/PDF/seminario/2004/Paper%20Edmar%20Bacha.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

ARRETCHE, Marta. (2003), "Dossiê Agenda de Pesquisa em Políticas Públicas", **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, fev.

BACHA, Edmar Lisboa. "Incerteza Jurisdicional e Crédito de Longo Prazo". Disponível em: <[http://www.anbid.com.br/institucional/documentos\\_download/Fundos/Estudos%20e%20Estatísticas%20Mundiais/Edmar%20](http://www.anbid.com.br/institucional/documentos_download/Fundos/Estudos%20e%20Estatísticas%20Mundiais/Edmar%20)>. Acesso em 12 jan. 2007.

BANCO MUNDIAL. (2005), **Um melhor clima de investimentos para todos**. Disponível em: <[http://64.233.169.104/search?q=cache:AeEvf0EULZ0J:siteresources.worldbank.org/INTWDR2005/Resources/wdr2005\\_overview\\_portuguese.pdf+%22sum%C3%A1rio+do+relat%C3%B3rio+sobre+o+desenvolvimento+mundial%22+2005&hl=ptBR&ct=clnk&cd=1&gl=br](http://64.233.169.104/search?q=cache:AeEvf0EULZ0J:siteresources.worldbank.org/INTWDR2005/Resources/wdr2005_overview_portuguese.pdf+%22sum%C3%A1rio+do+relat%C3%B3rio+sobre+o+desenvolvimento+mundial%22+2005&hl=ptBR&ct=clnk&cd=1&gl=br)>. Acesso em 13 fev. 2007.

BARDACH, Eugene. (1977), **The Implementation Game: what happens after a bill becomes a law**. London: MIT Press.

BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert. (2006), A. **Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness**. Usa, New Brunswick.

BARROSO, Luiz Roberto. (2002), Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (org). **Agências Reguladoras**. São Paulo, Atlas.

\_\_\_\_\_(2005), "Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras". Bahia, **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n.1. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005>>. Acesso em: 28 fev. 2005.

BAUM, Lawrence. (2006), **Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior**. USA, Princeton University Press.

\_\_\_\_\_(1997), **The puzzle of judicial behavior(analytical perspectives on politics)**. Ann Arbor: The University of Michigan Press.

BRACE, Paul; HALL, Melinda. (1999), "Neo-institutionalism and dissent in state supreme courts". **Journal of Politics**, Texas, v. 52, n.1, p. 54-70.

BRUNA, Sérgio Varella. (2003), **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. Revista dos Tribunais, São Paulo.

CALMON, Paulo Carlos Du Pin. (2006), Reforma orçamentária, sistemas avaliativos e governabilidade democrática: uma análise baseada na incidência de custos transacionais. **Projeto de Pesquisa – CNPQ**.

CALMON, Paulo Carlos Du Pin; AMARAL, Aline Diniz. (2002), “A experiência regulatória brasileira: o caso das telecomunicações.” **Cadernos do Ceam**, Brasília, v. 3, n. 10, p. 129-161.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. (2004), “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. **Revista de Sociologia e Política**, n. 23, p. 115-126.

CASTRO, Marcus Faro. (1997), “O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política”. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156.

CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. (1999), Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. (1999), **Supreme-Court decision-making: new institutionalist approaches**. EUA: The University of Chicago Press.

COASE, Ronald H. (1960), “The Problem of Social Cost”. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p.1-44. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/allen/CoaseJLE1960.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2007.

COLOMBO, Carlos Alberto. (2002), “Os Julgamentos do Supremo Tribunal Federal: Violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política”. **Ajuris**, p. 30-63.

COSTA Jr, Alvaro Pereira S. (2003), **Judiciário e Privatizações: uma abordagem neo-institucional**. Monografia (conclusão de curso). Universidade de Brasília, Departamento de Ciência Política.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. (2003), **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética.

DIXIT, Avinash K. (1996), **The making of economic policy: a transaction-cost politics perspective**. London, MIT Press.

DOWNS, Anthony. (1957), **An Economic Theory of Democracy**. New York, Harper & Collins.

EPSTEIN, Lee; KNIGH, Jack. (1998), **The Choices Justices Make**. Washington D.C: CQ Press.

ESTACHE, Antonio; MARTIMORT, David. (2000), “Transaction Costs, Politics, Regulatory Institutions, and Regulatory Outcomes”. In MANZETTI, Luigi (org). **Regulatory Policy in Latin America: Post-Privatizations Realities**. Miami, North-South Center Press at the University of Miami.

FAVETTI, Rafael Thomaz. (2002), **Comportamento do STF e desenho institucional nos anos 90: relações entre controle de constitucionalidade e política fiscal**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Departamento de Ciência Política, 156 f.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. (2003), “Idéias, conhecimentos e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes.” **Revista Brasileira de Ciências Sociais** vol. 18, nº. 51, fev.

FERREIRA, Camila Duran *et all.*(2005), **O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS. Prêmio IPEA/CEF 2005.** Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/ipea\\_caixa/Resultadomonografias2005.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/ipea_caixa/Resultadomonografias2005.pdf)>. Acesso em: 8 dez. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. (1994), “Poder Judiciário na Constituinte de 1988 – judicialização da política e politização da justiça”. **Revista de Direito Administrativo**, n. 198, p.63-80, out./dez.

FIANI, Ronaldo. (2004), “Afiml, a quais interesses serve a regulação?”. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 13, n. 2 (23), p. 81-105, jul./dez. 2004.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. (2005), “Judicial Precedents in Civil Law Systems: A dynamic analysis. **In: AMERICAN LAW & ECONOMICS ASSOCIATION ANNUAL MEETINGS**, Paper n. 10. Disponível em: < <http://law.bepress.com/alea/15th/art10>>. Acesso em: 25 nov. 2006.

FON, Vincy; PARISI, Francesco; DEPOORTER, Ben. (2002), “Litigation, Judicial Path-Dependence, and Legal Change”. **Law and Economics Working Paper Series**. Disponível em: <[http://www.ssrn.com/abstract\\_id](http://www.ssrn.com/abstract_id)>. Acesso em: 18 dez. 2006.

FUX, Luiz. (2004), “O novo microssistema legislativo das liminares contra o poder público.” **Revista de direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 13-32, maio/ago.

GALA, P. (2003). “A Teoria Institucional de North”. **Revista de Economia Política**, v. 23, n. 2 (90), abril-junho, p. 89-105.

GEORGE, Alexander e BENNETT, Andrew. (2004), **Case studies and theory development in the social sciences**. Cambridge, MIT Press.

\_\_\_\_\_ (1997), “*Process tracing in case study research*”. **In: MacArthur Foundation Workshop on Case Study Methods**, Belfer Center for Science and International Affairs (BCSIA), Harvard University, October 17-19. Disponível em: <<http://www.polisci.wisc.edu/~kritzer/teaching/ps816/ProcessTracing.htm>> Acesso em: 22 jan.2007.

GLAESER, Edward; SCHEINKMAN, José; SHLEIFER, Andrei. (2003), “The Injustice of Inequality”. **Journal of Monetary Economics**, n. 50, p. 199-222.

GOODIN, Robert E.; KLINGEMANN, Hans-Dieter. (1999), “Political Science: The Discipline”. **In: (1999), GOODIN, Robert E.; KLINGEMANN, Hans-Dieter (ed). New Handbook of Political Science**. USA, Oxford University Press.

HALL, Peter A. e TAYLOR, Rosemary C. R. (2003), “As três versões do neo-institucionalismo”. **Lua Nova**, n.58, p. 193-223.

HATHAWAY, Oona A. (2001), “Path-Dependence in Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System”. **Iowa Law Review**, n. 86.

HURWITZ, Mark S. (1998), “Institutional arrangements and agenda setting in the United States Supreme Court and Court of Appeals.” In: Annual Conference On The Scientific Study Of Judicial Politics, 1998, Michigan. Disponível em: <<http://artsci.wustl.edu/~polisci/epstein/conference/archive98/hurwitzpaper.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2002.

KOERNER, Andrei. (1999), “O debate sobre a reforma judiciária”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n.54, p.5-10, jul.

\_\_\_\_\_(2006), “Instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico: o debate norte-americano”. In: Encontro Anual da ABCP, 5, 2006.

KREHBIEL, Keith; DIERMEIER, Daniel. “Institutionalism as a methodology”. (2001), Disponível em: <[http://www.cbrss.harvard.edu/eitm/papers/diermeier\\_krehbiel.pdf](http://www.cbrss.harvard.edu/eitm/papers/diermeier_krehbiel.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2003.

LAMONIER, Bolivar; SOUZA, A. (2002), **As elites brasileiras e o desenvolvimento nacional: fatores de consenso e dissenso**. São Paulo: Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, IDESP. Relatório de Pesquisa.

LAWSON, Gary. (2002), “Controlling Precedent: Congressional regulation of judicial decisionmaking.” **Working Papers Series: public law and legal theory**, n.01-08.

LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria. (2006), “Variation in Institutional Strength in Latin America: Causes and Implications”. Paper prepared for presentation at the International Meeting of the Latin American Studies, San Juan, Porto Rico.

LEVY, Brian e SPILLER, Pablo T. (1996), “A framework for resolving the regulatory problem”. In: LEVY, Brian e SPILLER, Pablo T. (orgs). (1996), **Regulations, Institutions and Commitment**. New York, Cambridge University Press.

LIMONGI, Fernando; FIGUEREIDO, Argelina Cheibub. (1999), **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV.

\_\_\_\_\_(1994), “A atividade legislativa no Congresso Pós-Constituinte”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n.38, p.24-37.

LISBOA, Marcos Antônio B. D. *ett all*. (2002), “Agenda Perdida: diagnóstico e propostas para a retomada do crescimento com maior justiça social.” Rio de Janeiro, p.54, Policy Paper. Disponível em: <[http://www.iets.org.br/article.php3?id\\_article=98](http://www.iets.org.br/article.php3?id_article=98)>. Acesso em 18 dez. 2004.

LOURENÇO NETO, Sydenham. (2002), “Privatizações e suas conseqüências políticas e econômicas, um estudo preliminar”. **In: REUNIÃO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA - ABCP**, 3., 2002, Niterói. Disponível em: <<http://www.cienciapolitica.org.br/>>. Acesso em: 2 ago.2002.

MACEDO, Jaqueline Mainel Rocha de, (2005). Discricionariedade técnica e função normativa em setores regulados, e sua identificação na Lei Geral de Telecomunicações. **In: ARANHA, Márcio Iorio (org).** (2005), **Direito das Telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil**. Brasília: GETEL/GCOM.(Série Grupos de Pesquisa nº 2, vol. 1).

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F; WAHLBECK, Paul J. (1999), “Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making”. **In: (1999), CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (org.), Supreme-Court decision-making: new institutionalist aproaches**. EUA: The University of Chicago Press.

MARANHÃO, Tatiana de Pino Albuquerque. (2003), **Quando o Supremo Tribunal Federal discorda do Presidente da República (1988-2001)**. 174 fls. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Universidade de Brasília, Brasília.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. (1989), **Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics**. New York: Free Press.

MATTOS, César Costa Alves de; MUELLER, Bernardo. (2006), “Regulando o regulador: a proposta do Governo e a Anatel”. **Rev. econ. contemp.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-98482006000300003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482006000300003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 16 fev. 2007.

MATTOS, Paulo (coord). (2004), **Regulação Econômica e Democracia: o debate norteamericano**. São Paulo, Ed. 34.

McCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger. G; WEINGAST, Barry R., (2007), "The Political Economy Of Law: Decision-Making By Judicial, Legislative, Executive and Administrative Agencies" By McNollgast, **In** POLINSKY A. Mitchell; SHAVEL Stephen (eds), **Law and Economics Handbook**, North Holland, no prelo.

\_\_\_\_\_ (2006), “Conditions for Judicial Independence”. Social Science Research Network Electronic Paper Collection. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=895723>>. Acesso em: 15 fev. 2007.

\_\_\_\_\_ (1989).“Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies,” **Virginia Law Review**, n. 75, p. 431-482.

MCCUBBINS, Mathew D.; SCHWARTZ, Thomaz. (1984), “Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms”. **American Journal of Political Science**, v. 28, n. 1, fev, p. 165-179.

MEIRELLES, Hely Lopes. (2003), **Mandado de Segurança: ação popular, ação civil pública, etc.** São Paulo, Malheiros Editores.

MELO, Marcus André. (2001), “A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação”. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n.46, p. 56-68.

\_\_\_\_\_. (2002), **Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório**. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ministério da Cultura.

MENDES, Gilmar Ferreira. (2002), Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões. **In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, p.197-322.

MUELLER, Bernardo; PEREIRA Carlos. (2002). “Credibility and the Design of Regulatory Agencies in Brazil”. **Revista de Economia Política**. v.22, n.3, p.65 – 88.

NOLL, Roger. (1999), “Telecommunications Reform in Developing Countries”. **Working Paper nº 99-10**. Social Science Research Network. Disponível em: <<http://www.papers.ssrn.com/abstract=181030>>. Acesso em 15 out. 2006.

NORTH, Douglas. (1993), **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**. México, Fondo de cultura econômica.

\_\_\_\_\_, (2005), **Understanding the process of economic change**. New Jersey, Princeton University Press.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. (2005), “Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?”. **Dados**, v. 48, n.3, p. 559-587.

OLSON, Mancur. (1999), **A Lógica da Ação Coletiva**. Tradução de Fabio Fernandez. São Paulo: Editora da USP.

PACHECO, Cristina Carvalho. (2005), “O Supremo Tribunal Federal e a Reforma do Estado feita pelo Governo Fernando Henrique Cardoso: Notas introdutórias para uma pesquisa sobre decisão judicial”. Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais - ANPOCS, 29.

PALERMO, Vicente. (2000), “Como se Governa o Brasil ? O Debate sobre Instituições Políticas e Gestão de Governo”. **Dados**, v. 43, n.3, jan-2000.

PELTZMAN, S. (1973), “A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação”. **In: MATTOS, Paulo (coord). (2004), Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo, Ed. 34.

PIERSON, Paul; SKOCPOL, Theda. (2002), “Historical Institutionalism in Contemporary Political Science”. **In: (2002), Political Science: State of Discipline**. KATZNELSON, Ira; MILNER Helen V. New York: WW Norton e America Political Science Association.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. (2002), **Microeconomia**. 5ª ed. Trad. Eleutério Prado. São Paulo: Prentice Hall.

PINHEIRO, Armando Castelar. (1998), “Reforma do Judiciário: uma análise econômica”. Artigo preparado para o Seminário Internacional: Sociedade e Reforma do Estado, São Paulo.

\_\_\_\_\_ (2000), **Judiciário e Economia no Brasil**, São Paulo, Editora Sumaré.

\_\_\_\_\_ (2001), “Economia e Justiça: conceitos e evidência empírica”. Rio de Janeiro, BNDES. Disponível em <[http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18\\_10.pdf](http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18_10.pdf)>. Acesso em 12 jan. 2007.

\_\_\_\_\_ (2002), “Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados”. Artigo preparado como parte do projeto de pesquisa: “Adressing Judicial Reform in Brazil: Institutions and Constituency Building”, realizado pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo – IDESP.

\_\_\_\_\_ (2003), “Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto. **IPEA, Texto para Discussão n. 963**.

\_\_\_\_\_ (2005), Sem clima para investir. **Valor Econômico**, 14 out. 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. (2005), **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier.

PIRES, José Cláudio Linhares; GOLDSTEIN, Andréa. (2001), “Agências Reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desempenho”. **Revista do BNDES**, v. 8, n. 16, Dez.

PLOTT, Charles. (1990), “Will economics become an experimental science?”. **Southern Economic Journal**.

POSNER, Richard. A. (1974), “Teorias da Regulação Econômica”. In: MATTOS, Paulo (coord). (2004), **Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo, Ed. 34.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Câmara da Reforma do Estado. Brasília, 1995. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/publi\\_04/colecao/plandi.htm](https://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm)>. Acesso em 28 fev. 2003.

REZIO, Juliana. (2005), O Poder Normativo do Executivo e a Separação dos Poderes. In: ARANHA, Márcio Iorio (org). (2005), **Direito das Telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil**. Brasília: GETEL/GCOM. (Série Grupos de Pesquisa nº 2, vol. 1).

RIBEIRO, Ivan César. (2006), “Robin Hood versus King John: Como os juízes locais decidem casos no Brasil?”. **Prêmio IPEA/CEF 2006**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/ipea\\_caixa/2006/IpeaCaixa2006\\_Profissional\\_01lugar\\_tema01.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/ipea_caixa/2006/IpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf)>. Acesso em 18 jan. 2007.



ROCHA, Roberto. (2004), “A avaliação da implementação das políticas públicas a partir da perspectiva neo-institucional: avanços e validade.” **Cadernos EBAPE.BR**, v. 2, n. 1, mar. Disponível em: <<http://www.ebape.fgv.br/cadernosebape>>. Acesso em: 12 mar. 2006.

RODRIGUES, Sílvio. (2005), **Direito Civil: Parte Geral - Vol. 1**. São Paulo: Saraiva.

ROXO, Leticia Figueiredo. (2005), **Credibilidade das Reformas: Uma análise do setor elétrico brasileiro**. 169 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia – Universidade de Federal do Rio de Janeiro.

SANTANA, Edvaldo Alves de. (2006), “Economia dos custos de transação, direito de propriedade e a conduta das empresas no setor elétrico brasileiro”. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A065.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2007.

SANTOS, Maria Helena de Castro. (1997), “Governabilidade, Governança e Democracia: criação de capacidade governativa e relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-constituente”. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3.

SEGAL, Jeffrey A. (1999), “Supreme Court Deference to Congress: An examination of the marksist model” in CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (org.), **Supreme-Court decision-making: new institutionalist approaches**. EUA: The University of Chicago Press. \_\_\_\_ (1997), “Separation-of-powers games in the positive theory of Congress and Courts”. **American Political Science Review**, v. 91, n. 1, p. 28-44.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. (2002), **On Law, Politics, and Judicialization**. Inglaterra, Oxford Scholarship online. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com>>. Acesso em 12 jan.2007.

SHEPSLE, Keneth A; BONCHEK, Mark S. (1997), **Analysing politics**. New York/London: Norton & Company.

SHEPSLE, Kenneth A. (1979), “Institutional Arrangements and Equilibrium in Multidimensional Voting Models”. **American Journal of Political Science**, n.23, p. 27-59.

SHUCK, (2000), Law an Post-Privatization Reform. In: MANZETTI, Luigi (org). **Regulatory Policy in Latin America: Post-Privatizations Realities**. Miami, Noth-Sout Center Press at the University of Miami.

SILVA, Rafael Silveira e. (2007), **O Desenho Institucional do Estado sob uma perspectiva temporal: o caso da política regulatória dos fundos de pensão**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Departamento de Ciência Política, 181 f.

SOUZA, Celina. (2003), “Estado do campo da pesquisa em políticas públicas no Brasil”. *Dossiê Agenda de Pesquisa em Políticas Públicas*, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, fev.

SPAETH, Harold J; SEAGAL, Jeffrey A.; HOEKSTRA, Valerie; EPSTEIN, Lee.(1998), “Do political preferences change? A longitudinal study of U.S. Supreme Court Justices”. **Jornal of Politics**, Texas, v. 60, n. 3, p. 801-818, ago.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. (2002), **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. United Kingdom: Cambridge University Press.

SPIER, Pablo T; BERGARA, Mario; RICHMAN, Barack. (1999), “Judicial politics and the econometrics of preferences.” In: CENTRO DE ESTUDOS SOBRE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DA FUNDAÇÃO GOVERNO E SOCIEDADE, 1999, Buenos Aires. Disponível em: <[http://: www.fgys.org/pdf/docu18.pdf](http://www.fgys.org/pdf/docu18.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2003.

STIGLER, George J. (1971), “A teoria da regulação econômica”. In: MATTOS, Paulo (coord). (2004), **Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo, Ed. 34.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Poder Normativo das Agências em Matéria Tarifária e a Legalidade: O Caso da Assinatura do Serviço Telefônico. In: (2006), ARAGÃO, Alexandre Santos. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. São Paulo: Editora Forense.

TAYLOR, Mathew. M. (2004), “Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian Judiciary”. **Comparative Politics**, out – 2004.

\_\_\_\_\_ (2005), “Citizens against the State: The Riddle of High Impact, Low functionality Courts in Brazil.”. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 25, n. 4, p. 418-438.

TEIXEIRA, Ariosto. (1997), **A judicialização da política no Brasil (1990-1996)**. Dissertação de Mestrado. Departamento de Ciência Política, Universidade de Brasília.

TSEBELIS, George. (2002), **Veto players: how political institutions work**. New Jersey, Princeton University Press.

\_\_\_\_\_ (1997), “Processo decisório em sistemas políticos: *veto players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo”. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 89-118, jul. 1997.

VALLINDER, Torbjorn. (1995), “When the courts Go marching in”. In: N. Tate e T. Vallinder (eds), **The Global expansion o Judicial Power**. New York, New York University Press.

VIANNA, Luiz Werneck *et all*. (1999), **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan.

VIEIRA, Oscar Vilhena. (2004), “Que Reforma?”. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p.195-207.

WEINGAST, Barry. (1998), "Political Institutions: Rational Choice Perspectives **In:** (1999), GOODIN, Robert E.; KLINGEMANN, Hans-Dieter (ed). **New Handbook of Political Science**. USA, Oxford University Press.

\_\_\_\_\_ (2002), "Rational Choice Institutionalism". **In:** (2002), **Political Science: State of Discipline**. KATZNELSON, Ira; MILNER Helen. New York: WWW Norton e America Political Science Association.

WILLIAMSON, Olivier (1985). **The Economic Institutions of Capitalism**. New York, Free Press.

YIN, Robert K. (2005), **Estudo de caso: Planejamento e Métodos**. Trad. Daniel Grassi. 3<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Bookman.

**ANEXO 1: Cálculo das Posições dos Atores no Modelo Espacial das Atitudes**

<b>ATORES</b>	<b>Ppc</b>	<b>Ppe</b>	<b>Ppa</b>	<b>Ppp</b>	<b>CT-02 – aplicação dos pesos</b>	<b>CT-02</b>	<b>CT-02/5</b>
FIRMAS REGULADAS	0	0	0	0	$(0.3.5) + (0.0,5) + (0.0,5) + (0.0,5)$	0	0
ANATEL	0	0,5	0	0	$(0.3.5) + (0,5.0,5) + (0.0,5) + (0.0,5)$	0,25	0,05
CONSUMIDORES	1	1	1	1	$(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)$	5	1
PRESIDENTE	1	1	1	1	$(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)$	5	1
MINISTÉRIO PÚBLICO	1	1	1	1	$(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)$	5	1
JUIZ FEDERAL DO DF	1	1	1	1	$(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)$	5	1
JUIZ FEDERAL MÉDIO	-	-	-	-	VER ANEXO 3	VER ANEXO 3	0,9
PRESIDENTE DO STJ	0	0	0	0	$(0.3.5) + (0.0,5) + (0.0,5) + (0.0,5)$	0	0
MAIORIA DO STJ	0	0	0	0	$(0.3.5) + (0.0,5) + (0.0,5) + (0.0,5)$	0	0
JUÍZA FEDERAL DO DF	0	0	0	0	$(0.3.5) + (0.0,5) + (0.0,5) + (0.0,5)$	0	0

NOTAS: Cálculo para obter a posição dos atores no processo de revisão judicial da política regulatória examinada em conformidade com a medição do Custo de Transação de Segunda Ordem (CT-02) associado ao comportamento de cada um deles.

(1) Como a escala do modelo espacial contempla valores entre 0 e 1, cada índice associado ao comportamento dos atores foi dividido por 5, uma vez que é o valor máximo do índice.

(2) A posição do Juiz Federal Médio decorreu dos cálculos indicados no Anexo 3.

**ANEXO 2: Cálculo de CT-01 por Cenário Institucional Analisado**

<b>Cenários</b>	<b>Epv</b>	<b>Erp</b>	<b>Esd</b>	<b>Emd</b>	<b>Eas</b>	<b>CT-01 – aplicação dos pesos</b>	<b>CT-01</b>
1°	1	1	0,33	1	1	$(1.2) + (1.0,9) + (0,33.0,9) + (1.0,6) + (1.0,6)$	<i>4,4</i>
2°	0,4	1	0,33	0	0	$(0,4.2) + (1.0,9) + (0,33.0,9) + (0.0,6) + (0.0,6)$	<i>1,99</i>
3°	0,2	1	0,33	0	0	$(0,2.2) + (1.0,9) + (0,33.0,9) + (0.0,6) + (0.0,6)$	<i>1,50</i>
4°	0	1	0	0	0	$(0.2) + (1.0,9) + (0.0,9) + (0.0,6) + (0.0,6)$	<i>0,9</i>

NOTA: Cálculo para obter a incidência dos Custos de Transação de Primeira Ordem (CT-01) em conformidade com as características institucionais de cada cenário do processo de tomada de decisões.

**ANEXO 3: Cálculo dos Custos de Transação de Execução de Contrato de segunda ordem no Segundo Cenário Institucional (cont.)**

<b>Processos</b>	<b>Ppc</b>	<b>Ppe</b>	<b>Ppa</b>	<b>Ppp</b>	<b>CT-02 – aplicação dos pesos</b>	<b>CT-02</b>	<b>CT-02/5</b>
2006.34.00.009399-0	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2004.34.00.010867-8	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2003.34.00.031115-0	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2005.34.00.002557-6	1	0,5	0,5	1	(1.3.5) + (0,5.0,5) + (0,5.0,5) + (1.0,5)	4,5	0,9
2004.34.00.021819-1	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2004.34.00.011104-9	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2004.34.00.011544-7	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2004.34.00.019826-1	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2004.34.00.001663-1	0	1	0	0	(0.3.5) + (1.0,5) + (0.0,5) + (0.0,5)	0,5	0,1
2004.34.00.008724-2	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2004.34.00.045352-0	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2003.34.00.040533-3	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2003.34.00.038210-0	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2003.34.00.037889-1	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2003.34.00.037801-0	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2003.34.00.036546-3	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2003.34.00.036450-2	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2003.34.00.036450-2	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2003.34.00.029970-0	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
2004.34.00.023096-0	1	1	1	1	(1.3.5) + (1.0,5) + (1.0,5) + (1.0,5)	5	1
<b>Total</b>	-	-	-	-	-	<b>95</b>	<b>19</b>

NOTAS: Cálculo para obtenção dos Custos de Transação de Segunda Ordem (CT-02) extraído da média de CT-02 associado a cada decisão judicial examinada.

(1) Somente foram consideradas para efeito do cálculo as decisões que com apreciação do pedido de liminar. Foram ignorados os processos com decisão consistente no indeferimento do pedido inicial, na remessa dos autos ao Juízo Federal do DF por força da decisão do STJ examinada, no julgamento do pedido sem apreciação do mérito e as demais em que só foi possível saber se houve ou não indeferimento do pedido de liminar.

**ANEXO 3: Cálculo dos Custos de Transação de Execução de Contrato de segunda ordem no Segundo Cenário Institucional (final)**

NOTA: Cálculo para obtenção dos Custos de Transação de Segunda Ordem (CT-02) extraído da média de CT-02 associado a cada decisão judicial examinada.

(2) Para a obtenção do valor de CT-02 final, bastou extrair a média de todos os valores obtidos, dividindo o somatório dos valores obtidos pelo número de ocorrências:  $CT-02 / 20 = 95 / 20 = 4,75$ .

(3) Da mesma forma, para a obtenção dos valores relativos à posição do Juiz Federal Médio no modelo espacial das atitudes:  $CT-02/5 / 20 = 19 / 20 = 0,9$ .

(4) No processo 2003.34.00.036450-0, há duas decisões diferentes, de juízes diferentes.

(5) Foram indicadas as numerações recebidas pelos processos na Justiça Federal do DF, sendo possível a consulta de cada um deles no site: [www.df.trf1.gov.br](http://www.df.trf1.gov.br).

**ANEXO 4: Acórdãos e Sentenças no âmbito da Justiça do Rio Grande do Sul (cont.)**

Processo	Sentença	Acórdão	LGT	CDC	STJ
70018090076	+	+	x		
70016279895	+	+	x		
70015805658	-	+	x		
70018088443	+	+	x		
70018074070	+	+	x		
70018072827	+	+	x		
70018072397	+	+	x		
70018060590	+	+	x		
70018036111	-	+	x		
70018024992	+	+	x		
70018023093	+	+	x		
70017974502	+	+	x		
70017880279	+	+	x		
70017822800	+	+	x		
70017600966	-	+	x		
70016255556	+	+	x		
70016234387	+	+	x		
70018004549	+	+	x		X
70017985227	+	+	x		
70017983198	+	+	x		X
70017969205	+	+	x		X
70017932054	+	+	x		X
70017926619	+	+	x		X
70017906140	+	+	x		
70017856022	+	+	x		
70017849530	+	+	x		
70013599899	+	+	x		
70013172879	+	+	x		
70013360425	+	+	x		
70013320775	+	+	x		X
70013426408	+	+	x		
70012780748	+	+	x		
70013440235	+	+	x		
70013300637	+	+	x		
70013262662	+	+	x		
70015331796	+	+	x		
70015585391	+	+	x		
70015583115	+	+	x		
70015490709	-	+	x		
70015274111	+	+	x		
70013116298	+	-		x	
70015296791	+	-		x	
70015161722	+	+	x		X
70015362809	+	+	x		



**ANEXO 4: Acórdãos e Sentenças no âmbito da Justiça do Rio Grande do Sul (cont.)**

Processo	Sentença	Acórdão	LGT	CDC	STJ
70015403125	+	+	x		
70015438450	+	+	x		
70015467715	+	+	x		
70015059603	-	+	x		X
70014997183	+	+	x		X
70015563869	+	+	x		
70015518939	+	+	x		
70015377781	+	+	x		
70015384969	+	+	x		
70015345713	-	+	x		X
70015304587	+	+	x		X
70015292345	+	+	x		
70015221385	+	+	x		
70015190101	+	+	x		
70013318399	-	+	x		
70015106339	+	+	x		
70015361256	+	+	x		
70015322779	+	+	x		
70015298821	+	+	x		
70015282228	-	+	x		
70018631788	+	+	x		
70018555961	+	+	x		
70018117184	+	+	x		
70018037481	+	-	x	x	
70018232587	+	+	x		
70017969510	+	-		x	
70018058065	+	-		x	
70017949066	+	-		x	
70017912783	+	-		x	
70017820184	+	-		x	
70018692640	+	+	x		X
70018619262	+	+	x		X
70018602938	+	+	x		X
70018560938	+	+	x		X
70018333773	+	+	x		
70018316778	+	+	x		
70018289595	+	+	x		
70018277533	+	+	x		
70018616623	+	+	x		
70017965708	+	+	x		
70018610600	+	+	x		X
70018231787	+	-		x	
70018362855	+	+	x		
70018728188	+	+	x		

**ANEXO 4: Acórdãos e Sentenças no âmbito da Justiça do Rio Grande do Sul (final)**

<b>Processo</b>	<b>Sentença</b>	<b>Acórdão</b>	<b>LGT</b>	<b>CDC</b>	<b>STJ</b>
70018119925	+	-		x	
70016900391	+	-		x	
<b>Total</b>					

NOTAS: Sentenças e acórdãos analisados no caso do Rio Grande do Sul. Os números se referem aos processos na segunda instância, em grau de recurso. Para encontrar os números das sentenças, basta pesquisar pelo número do processo no [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br), uma vez que são vinculados.

(1) Sinal negativo (-) indica decisão contra a cobrança da assinatura básica.

(2) Sinal positivo (+) indica decisão em favor da cobrança da assinatura básica.

(3) LGT indica decisão com apoio principalmente na Lei Geral das Telecomunicações, Lei nº 9.472/97, que é o marco regulatório principal do setor.

(4) CDC indica decisão com chancela primordial no código de defesa do consumidor.

(5) STJ indica decisão com deferência aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ na questão regulatória.

**ANEXO 5: Acórdãos e Sentenças no âmbito da Justiça do Distrito Federal (cont)**

<b>Processo</b>	<b>Sentença</b>	<b>Acórdão</b>
2006.01.1.042423-9	-	-
2005 01 1 142768-9	+	-
2006.07.1.001454-0	+	+
2006.06.1.003667-6	-	-
2006.01.1.014881-6	-	-
2006.01.1.030958-0	+	-
2006.09.1.011799-5	+	-
2006.07.1.011841-4	-	-
2006.07.1.003272-2	-	-
2006.01.1.066242-8	+	-
2006.07.1.003269-0	-	-
2006.09.1.003639-2	-	-
2005.01.1.146564-6	+	-
2005.01.1.144421-5	+	+
2005.01.1.034161-2	-	-
2006.01.1.004972-3	-	-
2004.01.1.092304-2	-	-
2006.01.1.035249-5	-	-
2006.01.1.025930-4	-	-
2004.06.1.009363-6	-	+
2005.01.1.144418-4	-	-
2006.07.1.007219-7	-	-
2005.01.1.131700-4	-	-
2006.06.1.001787-8	-	-
2005 01 1 005840-0		
2006.09.1.003653-6	-	-
2005.07.1.025664-7	-	-
2005.01.1.144411-9	-	-
2006.01.1.042423-9	-	+
2006.01.1.023221-0	+	+
2005 01 1 146609-5	-	-
2005 01 1 144445-7	+	+
2006 01 1 010624-5	+	+
2005 07 1 025672-7	+	+
2005 01 1 146593-5	+	+
2006.06.1.002815-8	-	+
2006.01.6.000831-6	+	+
2006.01.1.017781-6	-	-
2006 01 1 026369 2	+	+
2005.07.1.025597-4	-	-
2006.09.1.003654-4	-	-
2006.01.1.033102-3	+	-
2005.01.1.061117-4	-	-
2006.01.1.021342-0	-	-

**ANEXO 5: Acórdãos e Sentenças no âmbito da Justiça do Distrito Federal (final)**

2006.01.1.021262-8	-	-
2006.01.1.047979-6	-	-
2006.01.1.017789-8	-	-
2006.07.1.003267-5	-	-
2006.01.1.021296-6	-	-
2006.06.1.005117-4	+	-
2006 01 1 014837-5	+	+
2006 01 1 021303-6	-	+
2006.09.1.010875-5	-	-
2006.09.1.011737-6	+	-
2006 06 1 004776-8	-	+
2006 01 1 023930-2	-	-
2006.01.1.004317-8	-	-
2005 01 1 146609-5	-	-
2005 01 1 144463-3	-	-
2004 06 1 010338-7	-	+
2006.09.1.004841-3	-	-
2006.01.1.058517-4	-	-
2004.06.1.010335-4	-	-
2006.01.1.054745-7	-	-
2006.09.1.009605-0	-	+
2005.01.1.115640-9	-	-
2006.01.1.014835-9	-	-
2006. 03.1.003866-8	-	-
2005.01.1.146564-6	+	-
2006.01.1.035264-7	+	-
2005.01.1.146601-3	-	-
2005 03 1 024585-3	-	-
2005 01 1 075997-8	-	-
2004.01.1.084334-2	-	-
2004.01.1.084334-2	-	-
2006.01.1.009583-8	-	-
2005.01.1.144426-4	-	-
2005.01.1.144418-4	-	-
2004 06 1 009428-6	-	-
2005.01.1.147686-7	-	-
2006.01.1.014880-8	+	-
2006.07.1.002601-7	-	-
2005.01.1.146572-6	-	-
2005.01.1071282-6	-	-
2005.06.1.011972-2	-	-
2005.03.1.025073-6	-	-
2006 09 1 003641-5	-	-

NOTAS: Sentenças e acórdãos analisados no caso do Distrito Federal. Os números são dos processos na segunda instância. Para encontrar os números das sentenças, basta pesquisar pelo número do processo no [www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br), uma vez que são vinculados.

(1) Sinal negativo (-) indica decisão contra a cobrança da assinatura básica.

(2) Sinal positivo (+) indica decisão em favor da cobrança da assinatura básica.

**ANEXO 6: Processos analisados relativos ao episódio da majoração tarifária (cont.)**

Processos	Vara	Estado	Agravos de Instrumento	Suspensão de Segurança/Liminar
2006.34.00.009399-0	2ª Vara Federal	DF	-	-
2004.34.00.010867-8	Idem	Idem	-	-
2003.34.00.031115-0	Idem	Idem	2003.01.00.035539-0/DF 2003.01.00.029317-9/DF 2003.01.00.029340-1/DF 2003.01.00.029542-2/DF 2003.01.00.031079-9/DF 2003.01.00.033617-8/DF 2003.01.00.034488-8/DF 2004.01.00.017423-1/DF 2004.01.00.010509-3/DF 2004.01.00.007724-1/DF	2003.01.00.034988-7/DF (TRF da 1ª Região) 2004/0004599-1/DF Suspensão de Liminar nº 57 (STJ)
2005.34.00.002557-6	Idem	Idem	-	-
2004.34.00.021819-1	Idem	Idem	-	-
2004.34.00.011104-9	Idem	Idem	-	-
2004.34.00.011544-7	Idem	Idem	2004.01.00.019102-9/DF 2004.01.00.017970-3/DF	- -
2004.34.00.019826-1	Idem	Idem	-	-
2004.34.00.001663-1	Idem	Idem	-	-
2004.34.00.008724-2	Idem	Idem	2004.01.00.014466-0/DF 2004.01.00.014164-8/DF 2004.01.00.019427-8/DF 2004.01.00.049529-4/DF	- - - -
2004.34.00.045352-0	Idem	Idem	-	-
2003.34.00.040533-3	Idem	Idem	2004.01.00.007807-9/DF 2004.01.00.007776-2/DF 2004.01.00.009492-0/DF	- - -
2003.34.00.038210-0	Idem	Idem	2004.01.00.012570-1/DF 2004.01.00.012989-4/DF 2004.01.00.009305-4/DF 2004.01.00.009306-8/DF 2004.01.00.033031-4/DF	- - - - -
2003.34.00.037889-1	Idem	Idem	2003.01.00.041954-0/DF 2004.01.00.000655-5/DF	- -
2003.34.00.037801-0	Idem	Idem	2004.01.00.003988-2/DF	-
2003.34.00.036546-3	Idem	Idem	2003.01.00.040640-7/DF 2003.01.00.041960-9/DF 2004.01.00.009490-2/DF 2004.01.00.041546-1/DF	- - - -
2003.34.00.036450-2	Idem	Idem	2003.01.00.040589-9/DF	-
2003.34.00.029970-0	Idem	Idem	2004.01.00.015535-1/DF 2004.01.00.013218-0/DF 2004.01.00.015009-9/DF 2004.01.00.013597-3/DF	- - - -

**ANEXO 6: Processos analisados relativos ao episódio da majoração tarifária (cont.)**

<b>Processos</b>	<b>Vara</b>	<b>Estado</b>	<b>Agravos de Instrumento</b>	<b>Suspensão de Segurança/ Liminar</b>
2004.34.00.023096-0	2ª Vara Federal	DF	-	-
2004.34.00.019118-3	Idem	Idem	-	-
2004.34.00.021828-0	Idem	Idem	-	-
2004.34.00.003460-9	Idem	Idem	-	-
2003.34.00.021836-2	Idem	Idem	-	-
2003.34.00.035048-0	Idem	Idem	-	-
2003.34.00.038808-7	Idem	Idem	-	-
2005.34.00.027135-9	Idem	Idem	-	-
2005.34.00.005454-6	Idem	Idem	-	-
2003.38.00.34634-5	11ª Vara Federal	Belo Horizonte MG	-	-
053.03.014142-0	6ª Vara da Fazenda Pública	São Paulo - SP	-	-
2003.5101014883-7	21ª Vara Federal	Rio de Janeiro -RJ	-	-
2003.5101014981-7	22ª Vara Federal	Rio de Janeiro -RJ	-	-
2003.515.6001949-9	1ª Vara Federal	Petrópolis - RJ	-	-
2003.515.6001948-7	2ª Vara Federal	Petrópolis - RJ	-	-
2003.515.6001947-5	2ª Vara Federal	Petrópolis- RJ	-	-
024.03.031826-5	21ª Vara Cível	Belo Horizonte - MG	-	-
Não Informado	11ª Vara Cível	Belo Horizonte - MG	-	-
2003.500.2001197-8	1ª Vara Federal	Cachoeiro de Itapemerim	-	-
2003.83.00.014541-6	1ª Vara Federal	Recife - PE	-	-

**ANEXO 6: Processos analisados relativos ao episódio da majoração tarifária (final)**

<b>Processos</b>	<b>Vara</b>	<b>Estado</b>	<b>Agravos de Instrumento</b>	<b>Suspensão de Segurança/ Reclamação</b>
140.03.001022-1	2ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor	Salvador – BA	-	-
2003.35.00.009747-9	9ª Vara Federal	Goiânia - GO	-	-
023.03.059915-5	1ª Vara da Fazenda Pública	Florianópolis -SC	-	-
<b>TOTAL</b>	<b>41</b>		<b>36</b>	<b>2</b>

NOTAS: Processos analisados no capítulo 5, implicando a produção das Tabelas 5.1 (f. 142), 5.2 (f.143), 5.7 (f.196) e Gráficos 5.1 (f.153), 5.2 (f. 154), 5.3 (f. 156), 5.4 (f. 156).

(1) Processos em tramitação na Justiça Federal do Distrito Federal disponíveis no site [www.df.trf1.gov.br](http://www.df.trf1.gov.br).

(2) Decisões dos processos em tramitação nas demais varas e comarcas estaduais encontradas nos autos do Conflito de Competência nº 39.597/SP, STJ, [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br).

(3) Processos em tramitação no Distrito Federal com origem distintas, devidamente informadas na Tabela 5.1, f. 142 desta dissertação.

(4) Reclamação nº 1.654 – SP (2004/0101997-4), STJ, [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), informada na Tabela 5.7 (f. 196) foi contemplada também na Tabela 5.7 (f.196).