

Juízes ou *experts*? Uma comparação acerca dos modos de construções de verdades em casos difíceis¹

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

(Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

1. Introdução

Um dos principais assuntos nos estudos sobre tomada de decisão é a solução de casos difíceis. Tal assunto não é exclusivamente jurídico, pois todo e qualquer caso pode ser compreendido como difícil quando o tomador de decisão não encontra à primeira vista uma solução no seu arcabouço técnico. No caso do direito, tradicionalmente, a discussão em relação aos casos difíceis se reporta ao debate teórico dominante, no final do século XX, entre positivistas e interpretativistas acerca das soluções dos casos concretos tendo em vista às indeterminações dos textos legais. Muito embora a discussão ganhou variadas soluções nos debates teóricos², a discussão acerca dos casos difíceis no direito também obteve outros contornos nas abordagens empíricas que refletem questões relacionadas à construção da verdade jurídica e do desenho institucional. No contexto brasileiro, destacam-se alguns trabalhos que examinam a prática do processo de tomada de decisão por meio da produção de uma etnografia dos rituais processuais.

Nesse sentido este estudo faz uma comparação entre os discursos de juízes e de *experts*³, como autoridades decisórias, para verificar como ocorrem construções de verdades em processos decisórios distintos. O interesse é testar por meio de uma pesquisa empírica o argumento normativo que *experts* decidem melhor casos difíceis do que juízes. Para tanto adota-

¹ IV ENADIR, GT.15 – Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial.

² Alguns debates clássicos na teoria do direito que retratam o problema dos casos difíceis são: Hart-Fuller, Hart-Dworkin e Dworkin-MacCormick. Cabe destacar o notório encaminhamento dado pelos interpretativistas, que foi indicar, nessas situações de indeterminação do texto legal, a prevalência de um desacordo (empírico ou teórico) e a necessidade de esclarecer a relevante questão de fundo moral. Para tais teóricos, subjacente ao caso difícil há uma questão moral que deve ser reconstituída e enfrentada como uma concepção interpretativa – compartilhada pela comunidade – para a tomada de decisão.

³ O termo *expert* é compreendido no trabalho como sinônimo de uma autoridade que recorre ao conhecimento técnico-científico para tomada de decisão. Na prática, *experts* são considerados como técnicos altamente qualificados – geralmente possuem algum tipo de especialização na sua área de atuação. O termo ganha maior significado se apreendido dentro do contexto das reformas da gestão pública operadas na década de 90 no país.

se como recorte algumas comparações entre tribunais judiciais e tribunais administrativos a partir do exemplo da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (Cade).

2. Tribunal judicial ou tribunal administrativo?

O aparecimento de centros técnico-administrativos decisórios no Brasil – identificados nesta pesquisa como tribunais administrativos – está relacionado com as reformas ocorridas nos anos 90, sobretudo na gestão pública. É no contexto da abertura internacional da economia brasileira que surgiu a necessidade de modernizar a estrutura administrativa, em especial com o estabelecimento de uma legislação adequada sobre o processo administrativo e de uma regulação setorizada.

Um dos principais argumentos normativos dessa modernização se sustenta a partir da hipótese que em alguns casos, por envolverem conhecimento técnico, é melhor alocar a decisão para *experts* em detrimento da via judicial. Inclusive, essa foi a hipótese adotada pelo legislador brasileiro ao estruturar tribunais administrativos para tomada de decisão em determinados setores no país. Tal posicionamento é sustentado por uma dezena de doutrinadores, em diferentes áreas do direito – esse é o discurso para justificar as agências reguladoras, câmaras de arbitragem entre outros centros de decisão extrajudiciais.

O argumento normativo dos *experts* se baseia em três premissas. Primeira, em relação à atuação especializada dos *experts*, que é assegurada por meio de delegações de competência e da elaboração de textos legais flexíveis (conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e normas principiológicas), que dependem da complementação do conhecimento técnico para integração das soluções ao caso concreto. Tal situação também se relaciona com a proteção dos juízos técnicos que envolvem uma discricionariedade e, portanto, não podem ser submetidas ao controle judicial quando se tratam de discussões de mérito, salvo ato arbitrário. Por fim, presume-se que prevaleça uma neutralidade em relação aos juízos técnicos. Acredita-se que eles não envolvam nenhuma avaliação política e sequer uma atuação estratégica, pois *experts* não são constrangidos por nenhuma autoridade.

Diante dessas considerações, fato destacado é que a partir da modernização da administração pública brasileira⁴, em especial por sua processualização, a atuação

⁴ Não se intenta, nesta pesquisa, reconstituir o processo de modernização da Administração Pública brasileira. Para o estudo esse processo se iniciou a partir da década de 1990 com importantes reformas e inovações de marcos legais da Administração Pública, tais como a implementação das leis gerais de processo administrativo e a introdução das agências reguladoras. Segundo o economista Bresser-Perreira (1997), a reforma do Estado no Brasil fundou-se em quatro principais pontos: (i) a redução do tamanho do Estado mediante procedimentos de

administrativa passou a ser caracterizada também em razão da função judicante dos *experts* por meio das atividades prestadas pelos centros⁵. Diversos órgãos administrativos possuem, atualmente, por determinações legais, capacidade decisória, como verdadeiros centros produtores de decisão – e não apenas marginais à atividade judicial. Alguns se estruturaram, inclusive, como tribunais, constituídos por um corpo definido de autoridades (colegiado) que decidem coletivamente casos concretos a partir de determinada estrutura⁶.

Basta admitir como exemplo o tribunal administrativo do Cade. Criado em 1962 como órgão do Ministério da Justiça e transformado, em 1994, em Autarquia Federal vinculada ao mesmo ministério, este tribunal recebeu novas atribuições como órgão judicante na Lei n.12.529/2011. Dentre outras funções, o Tribunal do Cade é o órgão responsável pelo julgamento de processos administrativos e na atuação preventiva das alterações de mercado em

privatização, terceirização e participação de entes privados nas atividades de utilidade pública, (ii) a reconsideração da intervenção do Estado na ordem econômica, (iii) a recuperação da governança, entendida como a capacidade financeira e administrativa do Estado de promover políticas públicas e (iv) o aumento de governabilidade, a capacidade política de intermediar interesses.

Basta apenas mencionar, para a melhor compreensão do objeto de estudo, que este contexto é caracterizado a partir de uma transformação policêntrica da estrutura da Administração Pública (BINENBOJM, 2006). A estrutura policêntrica é marcada por uma grande fragmentação e independência funcional das autoridades administrativas, sendo que a diversidade e o aumento de complexidade são traços comuns de uma Administração diferenciada em setores. Outros autores da área direito administrativo também trabalham as transformações ocorridas na Administração brasileira assinalando a ideia de compartilhamento da autoridade do Estado, segundo a qual pressupõem a colaboração entre entes públicos e privados e a legitimação da atuação administrativa mediante a adoção de um processo administrativo (MIRAGEM, 2013; MEDAUAR, 2013).

⁵ A ideia de que determinados órgãos da Administração Pública desempenham funções judicantes é identificada por alguns autores com a noção de método de trabalho. Neste sentido, Carlos Ari Sundfeld: “A leitura mais plausível da expressão órgão judicante é a que vincula a um certo método de trabalho. Nesse sentido, julga quem se submete à condição subjetiva de juiz – atuando com independência, imparcialidade e impessoalidade – e profere decisões (julga) por meio de processos – isto é, segundo um modelo construído pelo Direito, inspirado na ideia de contraditório, de participação” (2003, p. 147). Também segue esse entendimento LIMA, 2009.

Cumprir destacar que essas situações de desempenho judicante pela administração brasileira não colocam em questão a inafastabilidade do controle jurisdicional, nem tampouco afirma-se uma suposta dualidade de jurisdições. Ao contrário, a opção brasileira é clara e assegura uma jurisdição una: o julgamento dos litígios em que a administração é parte compete aos juízes, ainda que existam varas especializadas.

⁶ Destacam-se as importantes considerações de Ticiano Nogueira da Cruz Lima: “Em linhas bastante gerais, basta atentar, por exemplo, para o fato de que a estrutura e o *modus operandi* do Cade reproduzem o modelo dos tribunais brasileiros: há um número fixo de conselheiros, a quem cabe relatar os casos distribuídos periodicamente, e que se reúnem em plenário para tomar as decisões que lhe cabem com base na aplicação da lei ao caso concreto. Assim como o judiciário, o Cade está estruturado para tomar decisões pontuais sobre casos concretos e não para planejar a defesa da concorrência tendo em vista o panorama mais geral. Não chega, assim, a surpreender o fato de que o Cade tem, de fato, procurado mimetizar o judiciário e se portar como um verdadeiro tribunal da concorrência.” (2009, p. 29).

Como será apresentado oportunamente, a pesquisa concorda com a autora em relação à afirmação de que o tribunal administrativo do Cade busca “mimetizar o judiciário”. Ponto é que um tribunal – judicial ou administrativo – pode possuir características primárias que permitam identificá-lo como um agente coletivo independente da função exercida com o estabelecimento de uma estrutura que assegure sua autonomia em relação a seus membros e a possibilidade de se identificar uma racionalidade própria de uma corte específica. Todavia, como é apontado os tribunais brasileiros se apresentam mais como um agregado de tomadores de decisão em detrimento de um colegiado uníssono.

que haja possível prejuízo ou restrições à livre-concorrência, por meio dos chamados atos de concentração.

Importa constatar que o Tribunal do Cade é por vezes cercado de ritos e solenidades similares às do Poder Judiciário. No que se refere à sua organização, por exemplo, trata-se de um órgão colegiado, composto por seis conselheiros e um presidente, todos com mandato de quatro anos – eliminada a possibilidade de recondução – e com notório saber jurídico e econômico, nos termos definidos pelo artigo 6º da Lei Antitruste. Algumas outras características também podem ser indicadas.

Semelhante à atuação dos juízes, que gozam de garantias funcionais como da independência judicial, da livre convicção motivada e são impedidos de acumularem determinados cargos em nome da imparcialidade dos órgãos judiciários, os conselheiros possuem independência técnica e são vedados a desempenhar algumas atividades. Vale dizer, juízes e conselheiros não se submetem a nenhuma outra autoridade e possuem liberdade irrestrita para interpretar motivadamente as provas produzidas⁷ ao mesmo tempo em que são vedados a dedicar-se à atividade político-partidária dentre outras⁸.

Outro traço próximo em relação ao Judiciário é que o Cade zela pela qualidade técnica de seus conselheiros por meio de um processo de nomeação. As nomeações exigem aprovação pelo Senado Federal, como acontece com alguns cargos no Judiciário, a exemplo das vagas de ministro no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

Uma principal diferença entre ambos os modelos decorre do perfil da composição do Tribunal. No Cade não há apenas advogados ou juristas, mas também engenheiros, economistas, entre outros profissionais que atuam no âmbito do antitruste e tal situação pode sinalizar uma maior diversidade de opiniões no Plenário⁹. Segundo a Lei de Antitruste, qualquer

⁷ O livre convencimento é um princípio recepcionado pelo Novo Código de Processo Civil, no art. 371: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

⁸ As garantias de imparcialidade dos juízes possuem previsão no parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal: “Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária; IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”.

⁹ Dos sete conselheiros atuais, cinco possuem graduação em direito, dois em ciências econômicas e um em administração. Todos possuem pós-graduação. Foi computada uma formação a mais no caso do conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo em razão de uma dupla graduação em direito e em economia. Esta consulta foi realizada junto aos dados dos currículos lattes, em 21/07/2015.

um com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada pode ser conselheiro. Diferente é o caso do Judiciário, em que o ingresso ocorre por concurso de provas e títulos feitos somente por bacharéis em direito, atendido o requisito temporal de três anos de formação, salvo o ingresso pelo quinto constitucional.

A pluralidade na composição se justifica em tese pela percepção que o Tribunal é um órgão colegiado que se propõe a atender diferentes pontos de vistas. Dado o funcionamento das sessões de julgamentos, nas quais existe *em tese* o debate e a troca de argumentos entre os pares, há, de certa forma, uma situação propícia para o convencimento comum que pode gerar a possibilidade de algumas decisões formarem uma orientação própria da corte (e não dos conselheiros) e representando diferentes pontos de vista.

É possível sistematizar da seguinte maneira.

Características	Tribunal Judicial¹⁰	Tribunal Administrativo do Cade
Função	Jurisdicional (Judicante)	Administrativa (Judicante)
Órgão	Colegiado deliberativo, exceto primeira instância (juízo monocrático)	Colegiado deliberativo
Mandato	Vitaliciedade, exceto para alguns cargos	4 anos, não coincidentes, vedada a recondução
Garantias	Funcionais e de Imparcialidade	Funcionais e de Imparcialidade
Composição	Singular (Somente o bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica, ingressando por concurso de provas e títulos salvo o quinto constitucional)	Plural (Qualquer bacharel com notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal)

Tabela 1. Comparações entre tribunal judicial e tribunal administrativo do Cade.

Em que pese constatar a mimetização normativa pela administração de algumas características consagradas do tribunal judicial – como no caso do Cade –, é possível cogitar também que tribunais administrativos absorveram as lógicas e ambiguidades das práticas do Judiciário.

¹⁰ Não é objeto desta pesquisa comparar tais características com um tribunal judicial em particular. Na verdade, as características abordadas na categoria tribunal judicial estão presentes em qualquer órgão do Judiciário do país em razão das opções estabelecidas na Constituição Federal.

Muito embora não se trabalhe com nenhum modelo específico, deve-se destacar que há outras possibilidades de produção de verdades no Judiciário como no tribunal do júri. Segundo a etnografia apresentada por Schritzmeyer (2007), há uma aproximação das relações estabelecidas no júri como uma situação na “sala de aula”, na qual se decide sobre emoções.

O estudo adota como premissas algumas conclusões extraídas de pesquisas empíricas dos trabalhos de Kant de Lima (1995) e de Lupetti Baptista (2008 e 2013) acerca das práticas judiciárias no país. Dentre as quais se destacam o fato que a verdade no processo brasileiro é formada e imposta pelo juiz ao arbítrio das partes e a prevalência de uma lógica excludente no processo judicial, observadas nas diferenças de atuações entre a 1ª e a 2ª instâncias. Explica Lupetti Baptista, ao abordar o tema à luz do princípio da oralidade no processo judicial:

O significado das manifestações processuais orais na 1ª instância diverge, completamente, daquela da 2ª instância. E, para a problemática da construção da verdade jurídica, a possibilidade de o sistema reproduzir lógicas discrepantes (e veladas) é bastante significativa, de modo que esconder as especificidades que diferenciam a oralidade não contribui e não ajuda a entender o sistema em que aquela se materializa (2008, p. 143)

Segue-se também a conclusão de Kant de Lima (1995) ao afirmar que a verdade é um resultado das relações pessoais, sociais, políticas e de poder que estão subjacentes à tomada de decisão e em detrimento da ideia da aplicação neutra do texto legal pelo juiz. Em outro texto, Kant de Lima e Lupetti Batista (2014) afirmam que “o Direito [é] um tanto enigmático, já que as bases de sua legitimidade estão fincadas em um saber que não está disponível a todos e que, uma vez revelado leva imediatamente ao poder” (2014, p. 7). Portanto, o saber do direito é um poder ocultado da sociedade.

Esses diagnósticos indicam o enorme abismo entre a dimensão normativa (escrita e legislada) do direito daquela praticada nos tribunais. O direito autorreproduz suas inconsistências excludentes ao se isolar, negando a realidade e desqualificando todo e qualquer conhecimento produzido fora dele. No caso específico dos tribunais judiciais, em relação ao processo de construção da verdade jurídica, observa-se que não há espaço para o diálogo e para o consenso em razão da concentração dos poderes pelos juízes e da exclusão das partes nas deliberações¹¹.

Tal situação corrobora outro diagnóstico em relação a fraca interação argumentativa nos tribunais (Santana, Ramos, Barros, 2015), seja por meio de entrevistas, seja pela análise de

¹¹ Interessante a identificação dessa situação de concentração de poderes pelos juízes com um discurso dos juízes como ministros da verdade, indicando uma compreensão espiritual do ato de julgar. Como Lupetti Batista indica, juízes possuem um dom para revelar as verdades do processo judicial e ao mesmo tempo disfarçam as desigualdades em relação as partes – da mesma forma que se privilegiam as formas escritas (e não orais) no processo. Diz a autora: “Os fatos não são fruto de um diálogo exercido entre as partes, mas são impostos e definidos pelo juiz, que centraliza em suas mãos o curso processual. É aí que a verdade e a oralidade se inter-relacionam. Se a oralidade fosse efetivada, a verdade seria objeto de construção em audiência. Ao se escrever o processo, a verdade advém do discurso de autoridade do juiz, externado na sentença que ele profere em seu gabinete, sem a participação dos envolvidos, aos quais só cabe acatar” (2008, p. 154).

julgados, observa-se a ausência da preocupação dos juízes com a coerência e com o encadeamento dos argumentos nas decisões. É em razão dos desenhos institucionais e da cultura dos juízes, que as decisões colegiadas no Brasil são compostas por um conjunto aleatório de votos e, por vezes, excludentes. Decide-se sem que haja a redação de uma decisão própria da corte. O julgamento da corte é uma soma de votos, que podem ser justificados pelos juízes por diferentes argumentos e sem coerência no resultado final. Trata-se, ademais, de uma *justiça opinativa*¹² como caracterizada por José Rodrigo Rodriguez, que afirma: “(...) a jurisprudência é feita [no Brasil] pelo resultado e não pela fundamentação” (2013, p. 229).

Desse modo, questiona-se em que medida as inconsistências apontadas nos tribunais judiciais são reproduzidas nos tribunais administrativos, em especial no Cade, e qual seria a principal diferença na tomada de decisão, sobretudo em relação à construção de verdades pelos *experts*. Como mencionado, normativamente, acredita-se que *experts* decidem melhor nos casos difíceis. Na sequência são apresentados alguns achados da pesquisa empírica que buscam descrever e esclarecer os pontos mencionados.

3. Repercussões no campo da construção da verdade jurídica no tribunal administrativo do Cade

O trabalho apresenta algumas descrições das deliberações em processos no tribunal do Cade. Para tanto, utilizou-se dados coletados por meio das gravações das sessões de julgamento e da análise de votos dos conselheiros disponíveis no sítio eletrônico do Cade. Destaca-se que é uma pesquisa de natureza documental, de modo que as decisões escritas e os áudios são analisados a partir de uma perspectiva crítica, levando em conta o contexto de produção do texto e do áudio, bem como a identidade dos autores, as suas naturezas e lógicas internas.

Cabe esclarecer também que as constatações empíricas apresentadas sobre o tribunal administrativo do Cade, primeiro, são provisórias já que a pesquisa está em andamento e, simultaneamente, produz uma visão exploratória de algumas práticas do Cade – dada as limitações do recorte. O propósito final é traçar um caminho para uma agenda de pesquisa acerca das comparações das práticas entre tribunais judiciais e extrajudiciais.

¹² Segundo o Rodriguez: “A função dos juízes no Brasil é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático” (2013, p. 63).

Na sequência, é apresentada a descrição da forma de deliberação e da argumentação dos conselheiros e, posteriormente, foca-se na análise da produção de provas em alguns casos – sempre que possível algumas comparações e distinções são feitas em relação às práticas judiciais.

a) Formas observadas de deliberação

Após as escutas do áudio de alguns julgamentos¹³ do Plenário do Tribunal, bem como as leituras dos votos dos respectivos conselheiros foi possível fazer algumas observações em relação à forma de deliberação deste Tribunal.

Similarmente aos tribunais judiciais, os conselheiros trazem na sessão seus votos já elaborados. Em todos os processos administrativos observados, o resultado dos julgamentos ocorreu como uma soma simples dos votos individuais, tendo em vista a organização de sua estrutura de votação.

Nas sessões, o Presidente tem assento na parte central da mesa de julgamento, ficando o procurador-chefe do Cade à sua direita e o secretário da sessão à sua esquerda. Os demais conselheiros sentam, pela ordem de antiguidade e, alternadamente, nos lugares laterais. Ainda, há uma tribuna ocupada para aqueles que quiserem formular requerimento, produzir sustentação oral ou para responder as perguntas que forem feitas pelos conselheiros.

Nas gravações obtidas, o presidente iniciou as sessões e organizou respectiva pauta, inclusive determinando a ordem de julgamento. Após a determinação, o presidente concedeu a palavra ao conselheiro-relator que apresentava o relatório. Feito o relatório ou acordada sua dispensa, o presidente concedia a palavra, pelo tempo máximo de 15 minutos, sucessivamente, para os advogados que solicitavam a sustentação oral.

Após as manifestações dos advogados, conforme a previsão no regimento aconteciam os debates. É neste momento que os conselheiros deveriam solicitar esclarecimentos aos seus pares, às partes ou aos seus advogados, sobre fatos e circunstâncias pertinentes à matéria em debate, ou, ainda, pedir vista dos autos – caso em que o julgamento é suspenso. No entanto, o que se constatou nos áudios foram apenas as leituras dos votos. É dizer, cada conselheiro já trazia na sessão seu voto elaborado e não prestava cuidado em efetivamente debater com os demais e sequer dialogar com as sustentações orais. As poucas interações ocorridas foram em

¹³Foi analisado o áudio da 51ª Sessão Ordinária, realizada em 01/10/2014. A pauta desta sessão compreendeu os seguintes processos administrativos 08012.000261/2011-63, 08012.004472/2000-12, 08012.005374/2002-64, 08012.003048/2003-01, 08012.008477/2004-48, 08012.007189/2008-08 e 08012.010075/2005-94, além do ato de concentração 08700.009924/2013-19.

relação às questões processuais ou formais. Concluídas as leituras, o presidente tomava os votos dos conselheiros e proclamava a decisão.

Como mencionado, durante a sessão de julgamento, nenhum conselheiro se manifestou substancialmente sobre as alegações produzidas, mesmo após a sustentação oral de alguns advogados. Em todos os casos, após as sustentações ou pronunciamentos do presidente, os conselheiros leram seus votos transcritos e, nesse sentido, é coerente a objeção de justificar a atuação deste Tribunal como um órgão colegiado deliberativo. Na prática do Cade, a deliberação é minimizada diante da preponderância do processo formal e escrito e da atuação individualizada de cada conselheiro.

Tal situação é corroborada pela constatação de que frequentemente processos são decididos como uma espécie de “placar final” ou pela soma simples dos votos – não sendo compatível como uma visão deliberativa da corte que pressupõe um posicionamento uníssono ou algum tipo de consenso do colegiado. Conselheiros, tal como os juízes, decidem isoladamente, antes de ouvirem os argumentos dos seus pares.

A lógica do pedido de vista também justifica essa prática¹⁴ na medida em que é um meio capaz de interromper uma deliberação sob o pretexto da necessidade de refletir mais sobre o processo¹⁵, independente do voto do relator ou de qualquer escrutínio público. Tal situação foi observada na sessão em três vezes, sempre se alegava a necessidade de maior tempo para análise de provas.

Interessante também verificar os participantes dessas sessões. Nos áudios sempre foram registradas as participações de conselheiros e advogados e não se constatou nenhuma intervenção das partes – tal situação se identifica com as descrições das deliberações ocorridas na 2ª instância judicial, onde os desembargadores sequer conhecem as partes como indicadas por Lupetti Baptista¹⁶ (2008).

¹⁴ Acredita-se que uma outra situação contrária à ideia de deliberação do Tribunal é a autorização expressa pelo regimento do “julgamento em bloco”. Diante de unanimidade nas conclusões dos pareceres técnicos, e entendendo o conselheiro-relator serem elas suficientes à formação do seu convencimento, o parágrafo único do artigo 92 autoriza que: “ Na hipótese do caput, poderá o Conselheiro-Relator ser dispensado da leitura do voto, sendo permitido que o julgamento dos demais procedimentos análogos pautados seja realizado em bloco”.

¹⁵ Conforme a previsão no regimento no artigo 98, §1º: “O membro do Plenário que formular pedido de vista restituirá os autos para julgamento em até 60 (sessenta) dias imediatamente subsequentes ao pedido de vista. Após esse período, o feito será automaticamente incluído em pauta para prosseguir o julgamento e colher os demais votos”.

¹⁶ Segue a caracterização da autora à luz da oralidade: “Outra modalidade é caracterizada na 2ª instância e se manifesta apenas internamente no âmbito do julgamento, ou seja, entre os operadores integrantes dos cenários: os advogados das partes e os desembargadores. Nessa modalidade de oralidade, os desembargadores, por força de lei, permitem que os advogados das partes usem a palavra oral para defende-las, desde que se atenham ao trato da questão em causa e às técnicas processuais a ela pertinentes, sem qualquer participação pessoal das partes, sendo a presença delas dispensadas nesta fase” (2008, p. 143).

Deve-se lembrar que as sessões do Cade em regra são públicas, mas somente quando o Plenário do Tribunal entender ser necessário é admitida a participação das partes e dos interessados. É assim que acontece também com a intervenção de *amicus curiae*, advogados e representantes legais das empresas.

Diante dessas caracterizações e da fraca interação deliberativa constatada, o estudo admite exploratoriamente que a construção de verdade do Cade decorre de uma atuação isolada dos conselheiros à semelhança das atuações judiciais.

Nos casos observados as partes não participaram das sessões, seus nomes não constavam nas atas e foram representadas pelos advogados. Além disso, constatou-se que os conselheiros produziram seus votos isoladamente, antes das sessões, e não foram constrangidos a considerarem as razões indicadas pelos seus pares ou as manifestações dos advogados, salvo nas situações de discussão de provas – como é indicado a seguir.

b) Os votos dos conselheiros e a produção de provas

Muito embora verifica-se a fraca interação deliberativa nas sessões, importa destacar a importância constatada da análise de evidências empíricas – apresentadas nos votos dos conselheiros e nos pareceres que instruíram o processo e foram mencionados na sessão. Nesse sentido, diferente de outras práticas dos tribunais judiciais, prevalece no Cade uma técnica casuística para analisar e qualificar os fatos, exigindo-se da autoridade um raciocínio mais sofisticado do que a mera subsunção à lei.

Acredita-se que isto decorra de uma situação específica do direito antitruste que é a necessária relação e a influência das análises econômicas na interpretação, e não da preocupação dos conselheiros em esclarecer seus votos. Aliás, reforça-se esta hipótese porque há previsão expressa que a decisão do Tribunal, em qualquer hipótese, será fundamentada, quando for pela existência de infração à ordem econômica, com a especificação dos fatos que constituam a infração apurada.

Em outras palavras, para o direito antitruste, a decisão não configura mera aplicação do texto legal, pois se exige da autoridade um grande esforço de justificação a partir de evidências empíricas. Todos os processos administrativos consultados ocorreram produções de provas e consultas técnicas, independente do resultado (condenação ou arquivamento). Portanto, é possível afirmar que prevalece uma exigência maior de justificação por parte dos conselheiros

do que em relação aos juízes em razão das próprias características do direito antitruste, que reclama por referências concretas extraídas da microeconomia¹⁷.

A título de ilustração, o texto do *caput* do artigo 36 da Lei Antitruste é bastante amplo, abrangendo infinitos atos que podem ser praticados em restrição à concorrência e, inclusive, indicando um rol exemplificativo (e não exaustivo) de condutas anticoncorrenciais no §3º. Evidencia-se, aqui, a necessidade da comprovação destas infrações por meio de provas. Trata-se da aplicação da regra da razão.

A regra da razão é a exigência de uma análise mais ampla sobre as circunstâncias tratadas como relevantes – o contraponto seria a regra *per se*, que não implica uma análise profunda, uma vez que, dadas as condições, sua aplicação é imediata, próxima à dos crimes de “mera conduta” (a conduta do agente, por si só, configura o ilícito) –, recorrendo, novamente, as análises econômicas para explicar ou não a justificativa de determinada operação.

Estes exemplos justificam a observação da atuação deste Tribunal a partir de discussões concretas e não normativas, usualmente observadas nos tribunais judiciais. Fato destacado é que o direito antitruste exige dos conselheiros a explicitação de uma série de critérios para bem definir as situações de incidência ou não da lei. Por isso, é imprescindível delimitar as situações de fato às quais se pode aplicar a legislação antitruste – diferenciando-se de outras atuações no Judiciário.

Nos processos administrativos analisados sempre havia uma questão de fundo atinente à comprovação da conduta anticoncorrencial. No processo nº 08012.000261/2011-63, movido em face de uma série de associações operadoras de turismo, a questão era apurar suposta infração na elaboração e divulgação de preços, gerando uma prática colusiva entre os agentes. No voto lido pela relatora foram apontadas as evidências empíricas (mencionou-se quadro de valores, atas e comunicados entre os sindicatos) capazes de comprovar o prejuízo na livre determinação dos preços.

Na mesma sessão também se discutiu o processo nº08012.010075/2009-94, o qual apurava eventual conduta de empresa que impedia a entrada de novos agentes no mercado de revenda de combustíveis por meio de lobby visando uma regulação mais favorável. Novamente, ficou evidenciada a necessidade de comprovação destas acusações. No caso, o relator indicou uma série de atas da empresa que indicavam, por meio de seus dirigentes, que ela se articulava

¹⁷ Luis Fernando Schuartz destaca o ponto: “O salto qualitativo deve-se, sobretudo ao fato de essa reorientação metodológica garantir o “acoplamento estrutural” entre o direito antitruste e a ciência econômica, com a qual se abre uma via de mão dupla a conectar esses dois âmbitos, estimulando um fluxo intensivo de informações (...)” (2007, p. 3)

para debater com seus associados projetos de lei para estabelecer regras tributárias, de segurança e de meio-ambiente no setor. A conclusão no debate do julgamento foi que não havia, nessas indagações, quaisquer elementos que demonstrassem falsidade que se caracteriza o ilícito.

É neste sentido que encontra fundamento o argumento da preservação da discricionariedade técnica dos *experts* diante da existência de uma “intensidade fática” própria do direito antitruste. Verifica-se, assim, que a decisão no direito antitruste com frequência resulta de critérios que não estão diretamente presentes na legislação, mas decorrem do conhecimento técnico aplicado ao caso concreto, que justificam sua aplicação por meio de diferentes metodologias. Como consequência, as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a própria decisão do Cade.

4. Considerações finais: há uma disputa em jogo?

O resultado provisório, após o registro das descrições de algumas práticas decisórias do Cade, aliadas com comparações de outros trabalhos já produzidos, indica uma aproximação entre tribunais judiciais e administrativos, seja em relação à estruturação e à tomada de decisão. O que se constatou nestes casos foi que *experts* como juízes também constroem verdades como um resultado preponderante das relações “extra-processuais” (laços pessoais, sociais, políticas e de poder) em detrimento das relações “endo-processuais” (laços estabelecidos pelo processo, sejam os resultados das provas, as manifestações das partes e o conteúdo normativo subjacente à questão pelas decisões e despachos).

Alguns traços predominantes que reforçam essas conclusões para o caso do Cade são: conselheiros trazem na sessão seus votos já elaborados, há uma preponderância do processo formal e escrito em detrimento dos debates nas sessões de julgamento, há um afastamento e um excesso de controle em relação à participação das partes nas sessões de julgamento e são poucos estímulos para os debates durante as sessões, sobretudo em razão do voto já se encontrar pronto antes do julgamento. Em verdade, observa-se que são poucos os constrangimentos que os conselheiros sofrem para considerar as razões indicadas pelos seus pares ou pelas manifestações dos advogados à semelhança da atuação dos desembargadores.

Muito embora constate-se esta aproximação, ainda não é possível comparar em que medida o conhecimento técnico se diferencia na prática em relação ao conhecimento dogmático ou como obter consensos entre saberes expertos para decisão – para além do argumento normativo. Deve-se lembrar que no caso judicial, quando a prova do fato depender de

conhecimento especial de técnico, o juiz também poderá determinar a realização de prova pericial e, ainda, apreciará o laudo para a tomada de decisão similar à atuação de um *expert*.

Uma sensível diferença constatada entre os dois modelos foi em relação a preponderância das análises probatórias nos julgados do Cade – justificadas a partir da particularidade do direito antitruste em relação às metodologias microeconômicas. Argumentou-se que a atuação deste Tribunal acontece a partir de discussões concretas e não normativas, usualmente observadas nos tribunais judiciais. Fato destacado é que o direito antitruste exige dos conselheiros a explicitação de uma série de critérios empíricos para bem definir as situações de incidência da lei – aproximando direito e ciência. Encontrar soluções para casos difíceis neste modelo não decorre de uma mera subsunção do texto legal, mas de um processo criativo de construção de verdades.

É por isso que tal divergência permite cogitar uma disputa entre os profissionais, quem é o melhor intérprete: juízes ou *experts*? Não há um motivo empírico claro. O que é revelado é o fato que juízes e *experts* enfrentam pressões políticas, negociam e barganham seus votos. Nesse sentido o trabalho indica a importância da guinada empírica para melhor compreender os motivos de alocação de determinadas decisões para uns e outros, para além do argumento normativo.

Desenhos institucionais e a própria cultura compartilhada pelos tomadores de decisão se confrontam com modelos mais flexíveis e não excludentes de participação das partes. Ao invés de acreditar que prevalece uma neutralidade na atuação desses profissionais, é preferível denunciar as ambiguidades que se autorreproduzem e desnaturalizar as práticas decisórias para efetivamente produzir as melhores respostas no futuro.

5. Referências bibliográficas

BAPTISTA, Barbara Gomes Lupetti. *Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: entre queres e poderes*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

_____. A Oralidade Processual e a Construção da Verdade Jurídica. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 23, p. 131-160, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KANT DE LIMA, Roberto; LUPETTI BAPTISTA, Barbara Gomes. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, v. 39, p. 9-37, 2014.

LIMA, Ticiana Nogueira. *O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira*. Dissertação de mestrado. 168 f. Departamento de direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA BRESSER, Luiz. *A Reforma do Estado dos Anos 90 – lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTANA, Aline; RAMOS, Luciana de Oliveira; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. A interação argumentativa entre o Supremo Tribunal Federal e outras cortes. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, p. 140-161, 2015.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Etnografia dissonante dos tribunais do Júri. *Tempo social*. [online] vol.19, n.2, pp. 111-129, 2007.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo. A Autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, p. 96-127, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº 2, p. 145-162, abr./jun. 2003.