



2º LUGAR – REGULAÇÃO ECONÔMICA

AUTOR: ÁLVARO PEREIRA SAMPAIO COSTA JÚNIOR

BRASÍLIA-DF

**JUDICIÁRIO E REGULAÇÃO ECONÔMICA : A JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA TARIFÁRIA DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES EM 2003**

RESUMO

Cortes e juízes têm atuado como implementadores negativos ou positivos de políticas governamentais, justificando a consolidação de uma agenda de pesquisa em torno do Judiciário. Neste trabalho, foi examinada a judicialização da política regulatória centrada no modelo das agências. Considerando o controle crescente dos juízes sobre as decisões tomadas no âmbito desses novos centros de poder, a ênfase recairá sobre a investigação dos efeitos dessa participação na consolidação do ambiente regulatório do setor de telecomunicações. Adotou-se como estratégia metodológica, na primeira fase, o neo-institucionalismo da escolha racional, com o intuito de identificar a existência e a magnitude da correlação entre o grau de cooperação do Judiciário com a política regulatória e o grau de hierarquia da posição ocupada pelo veto player judicial relevante. Para tanto, foi analisada uma amostra de decisões judiciais relativas à atividade regulatória do setor de telecomunicações. Concluiu-se que a manutenção do *status quo* da política regulatória do setor de telecomunicações em 2003, especificamente a controvérsia sobre o reajuste tarifário dos serviços de telefonia fixa, dependeu das seguintes variáveis: (1) do arcabouço institucional subjacente ao processo de tomada de decisões no Judiciário brasileiro; (2) das preferências dos juízes ocupantes da cúpula do Judiciário federal. O Superior Tribunal de Justiça - STJ não apenas decidiu que o Judiciário não poderia quebrar contratos, um importante indicador do comportamento político desses Ministros, como também asseverou que, no caso estudado, a manutenção do IPCA importaria em desequilíbrio econômico-financeiros dos contratos, com potencial risco de provocar lesão à economia pública e incremento da taxa de risco Brasil, em decorrência da fuga do investimento privado no setor.

1. Judiciário e Processo Político: O papel do Judiciário na reforma do Estado brasileiro

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 atividade regulatória. 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.

Tal agenda, contudo, foi levada a efeito com a incidência de altos custos transacionais, uma vez que dependeu sobretudo de um ciclo de reformas na Constituição de 1988. Os trabalhos pioneiros de Coase (1960), North (1993; 2005), e de outros especialistas da abordagem do neoinstitucionalismo econômico, 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. Esses custos refletem a dificuldade da especificação dos atributos subjacentes às transações realizadas no sistema econômico relativos ao valor dos bens e serviços e à força de trabalho, do monitoramento do desempenho dos agentes envolvidos nas negociações e da garantia do cumprimento dos contratos.

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 contrato pode ser a implementação de um determinado programa governamental.

Do ponto de vista da formulação e implementação dos programas governamentais no contexto da Reforma do Estado brasileiro, esses custos, na perspectiva *ex ante*, advieram do processo de negociação do Governo com o Congresso para a obtenção de maiorias parlamentares suficientes para a aprovação de emendas a uma Constituição com menos de uma década de vida e com uma série de procedimentos rígidos para sua alteração. *Ex post*, na fase de implementação, a coalizão política pró-reformas foi surpreendida por uma série de decisões judiciais obstrutivas da alteração do *status quo*, refletindo um custo na execução de contratos (programas governamentais) firmados na arena política decisória.

Em nenhum momento anterior, o Judiciário surgiu com tanta força como o centro do controle das políticas públicas do país. Foram travadas longas batalhas nas quais minorias derrotadas na arena parlamentar, bem como organizações como o Ministério Público, um dos agentes principais da judicialização da política no Brasil (Arantes, 2000), acionaram diversos pontos de veto (*veto points*) oferecidos por um sistema judicial descentralizado com a finalidade de rediscutir as mais variadas opções governamentais (Taylor, 2004, 2005).

A agenda de pesquisa em torno do impacto do Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas está longe da consolidação, a despeito de

inegáveis esforços empreendidos por alguns autores¹. Não obstante a falta de acordos fundamentais no meio acadêmico, sob a ótica da análise de políticas públicas, 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 (Arantes e Kerche, 1999; Arantes 2001a; Couto e Arantes, 2002; Favetti, 2002). 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 (Tsebellis, 1997; Almeida, 1999; Arantes e Kerche, 1999; Taylor, 2004; Taylor, 2005).

No caso brasileiro, em razão do processo de redemocratização e oposição ao regime militar, a Constituição de 1988 conformou uma matriz institucional responsável pelo incremento ao mesmo tempo do grau de independência dos juízes, de acesso da sociedade à justiça e de descentralização do sistema judicial (Taylor, 2005). As Cortes judiciais foram chamadas para participar da dupla transição em direção à economia de mercado e à democracia política.

Além disso, como argumentam Couto e Arantes (2002), 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.

¹ Exceções notáveis incluem: Arantes (1997); Werneck Vianna *et al* (1999); Vieira (2002); Favetti (2003); Maranhão (2003); Taylor (2004); Taylor (2005).

Três episódios a seguir ajudam a compreender a relevância do papel das instituições judiciais no processo político brasileiro recente, influenciando o momento da implementação e alterando o curso das políticas aprovadas no contexto da reforma do Estado:

(i) Entre fevereiro e abril de 2000, duas liminares concedidas por Juízes Federais interromperam o processo de privatização do antigo Banespa. Suspensas pelos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais de São Paulo e de Brasília, os respectivos Órgãos Especiais das citadas Cortes restabeleceram a eficácia de ambas. Suspensas mais uma vez pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, a maioria desta casa confirmou a decisão monocrática cujo fundamento de decidir foi a concordância com a idéia de que a política de privatizações constituía instrumento estratégico para abatimento e diminuição da dívida pública brasileira. Com o trânsito em julgado da decisão, uma série de liminares que interrompiam o processo de privatização da instituição financeira foi cassada.

(ii) Em 2003, o Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal deferiu liminar em uma ação civil pública iniciada pelo Ministério Público Federal assegurando a aplicação da variação do IPCA, em substituição ao IGPDI, para o reajuste máximo das tarifas dos serviços públicos de telefonia fixa. Por 12 votos a 3, 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. 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.

(iii) Promulgada a Emenda Constitucional nº 41/2003 (Reforma da Previdência), não demorou o processo de revisão judicial da política previdenciária por meio da

concessão de liminares em todo o país suspendendo a contribuição de inativos. Ao assumir a presidência do STF, o Ministro Nelson Jobim, durante as férias forenses de julho de 2004, cassou nada menos que 30 destas liminares que suspendiam a cobrança nos estados. O “efeito multiplicador” das decisões dos Tribunais de Justiça e a ameaça de lesão à ordem administrativa e às finanças públicas fundamentaram a decisão do Ministro-Presidente.

Em comum, de forma mais geral, os exemplos citados confirmam a 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 ², identificado por um bom número de trabalhos no país (Castro, 1997), (Teixeira, 1997), (Almeida, 1999), (Werneck Vianna *et al*, 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.

Ainda sob um ângulo mais geral, os casos demonstram o impacto da interferência dos juízes e das Cortes judiciais no processo de *policy-making* no Brasil, exigindo uma tradição analítica preocupada com “quando”, “quanto” e “como” esses atores: (i) constroem o conjunto das escolhas políticas disponíveis, (ii) influenciam os processos de implementação das políticas públicas e (iii) mudam os cursos das reformas empreendidas no contexto da transição política e econômica do Brasil (Taylor, 2005).

² Vallinder (1995) 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. Este trabalho fez opção pelo sentido mais estrito do termo, identificando judicialização da política com o ponto (1).

Duas outras questões, aparentemente desconexas, merecem atenção especial. Em primeiro lugar, os exemplos sugerem um certo grau de alinhamento das decisões da cúpula da Justiça Federal brasileira (Superior Tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal - STF) com políticas de ajuste fiscal e de consolidação da economia de mercado no país prescritas por organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Conquanto seja necessária uma estratégia empírica centrada em procedimentos estatísticos mais sofisticados para verificar essa correlação, alguns trabalhos apontam para esse padrão cooperativo da cúpula do Judiciário nacional com as políticas pró-mercado recomendadas para os países latino-americanos na década de 90 (Teixeira, 1997; Almeida, 1998; Colombo, 2002).³

A outra diz respeito à natureza do processo decisório no Judiciário brasileiro, notadamente o uso de expedientes voltados para reduzir o ruído provocado pelas liminares concedidas na base do sistema judicial. Melo (2002), em estudo comparado sobre o processo de aprovação das principais reformas constitucionais no Brasil na década de 90, ressaltou o duplo desafio analítico de compreender de modo simultâneo os processos de reforma em si e as mudanças das regras do jogo enquanto o próprio jogo está sendo jogado.

Assim como na fase da formulação, houve um jogo de implementação que incluía não apenas um, mas vários jogos, inclusive a respeito das próprias regras do

³ Teixeira (1997, p.118-119), de forma mais geral, asseverou que é possível afirmar que a mais alta Corte do país 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 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) 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".

jogo (Bardach, 1979; Bardach e Kagan, 2006). Tendo em vista o protagonismo crescente do Judiciário no processo político brasileiro pós-88, o jogo da aprovação da Reforma do Judiciário passou a representar para o Governo um aspecto decisivo para o sucesso na implementação das demais reformas constitucionais.

Sem sucesso na aprovação dessa importante reforma até novembro de 2004⁴, o Governo patrocinou uma série de alterações via legislação infraconstitucional, com o intuito de reduzir custos transacionais advindos da participação do Judiciário no processo político. As mudanças institucionais empreendidas buscaram principalmente a mitigação das prerrogativas processuais dos juízes de primeira instância, notadamente a limitação do poder de concessão de liminares e de tutelas antecipadas contra o Poder Público.

A estratégia do Governo se pautou pelo controle do processo de *policy-making* a partir do controle do processo de tomada de decisões no âmbito judicial, evidenciando outra discussão passível de análise: tendo em vista o sistema político centrado na separação de poderes, quais são os limites do controle exercido pelo Executivo e pelo Congresso sobre a jurisdição das Cortes federais.⁵

Dessa forma, este trabalho possui **três** objetivos principais. O **primeiro** é investigar uma espécie de *puzzle*. A despeito do diagnóstico quanto ao alto grau de descentralização de poderes no âmbito do sistema judicial, combinado com o alto grau

⁴ 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).

⁵ A literatura norte-americana sobre o tema se ocupa principalmente das questões envolvendo a regulação pelo Congresso sobre o processo decisório nas Cortes federais (Lawson, 2002). No caso brasileiro, dada a reconhecida hipertrofia do Executivo, notadamente seu poder para editar medidas provisórias, a estratégia de análise deve incluir o Presidente e as organizações encarregadas de defender a Fazenda Pública em Juízo.

de independência dos juízes de primeiro grau e a ausência de mecanismos de reforço dos precedentes, indicando um cenário de crise de governabilidade, o Judiciário não impediu, em última análise, a implementação das principais políticas públicas reunidas sob a epígrafe da Reforma do Estado.

Parte da explicação repousa no papel das instituições. Da mesma forma que surgem como as variáveis explicativas do diagnóstico acima apresentado a respeito da fragmentação e da descentralização do processo de tomada de decisões no Judiciário, as instituições podem aparecer também como as fontes da coordenação e da centralização. A questão é saber “que instituições” são essas e como elas produzem um novo equilíbrio voltado para a chancela das preferências dos atores localizados na cúpula do sistema judicial.

O **segundo** objetivo é provocar a continuidade do debate a respeito dos sentidos emprestados à categoria **judicialização da política** no âmbito da ciência política contemporânea. Alguns 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; 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.”

Pacheco (2005) chamou a atenção para o fato de que decisões baseadas em critérios formais também precisam ser consideradas na análise política. Este trabalho

pretende mostrar 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.

O foco deste trabalho recai sobre algumas modalidades processuais do sistema de justiça brasileiro que não contemplam necessariamente a análise do mérito dos pedidos, mas cujo acionamento pode resultar em interferência decisiva do Judiciário nos mais variados processos políticos. Em muitos casos, é nesse momento, no âmbito do processo decisório de tais regimes, que os juízes atuam como *policy-makers*, revelando suas preferências políticas e provocando comportamento reativo das outras instituições do sistema político.

Finalmente, relacionado com a preocupação acima, o **terceiro** objetivo deste é analisar um jogo paralelo ao julgamento de ações judiciais nas vias ordinárias. Trata-se do jogo dos pedidos de suspensão das liminares concedidas por juízes das instâncias ordinárias. As regras, normas e procedimentos subjacentes ao processo decisório dos pedidos de suspensão de liminares foram fatores determinantes do comportamento dos Ministros das Cortes superiores em muitos episódios centrais da agenda de reforma do Executivo, influenciado, por via de conseqüência, o equilíbrio final do ciclo da interferência do Judiciário na implementação de determinados programas governamentais.

As provocações apresentadas acima ficariam incompletas sem um olhar sobre as mudanças institucionais patrocinadas pelo Governo Federal no contexto da execução das reformas, a fim de controlar o processo decisório no Judiciário, deslocando o foco da análise sobre os efeitos das instituições para a origem delas e para os microfundamentos da transformação institucional. Se, por um lado, a

volatilidade institucional reduz o potencial explicativo da abordagem neoinstitucionalista centrada no papel das instituições como variáveis independentes, por outro, possibilita ao analista o tratamento delas como variáveis endógenas (Melo, 2002; Levitiski e Murillo, 2006).

2. Neoinstitucionalismo e processo de tomada de decisões no Judiciário: preferências, instituições e resultados

North (1993, 2005) enfatizou o papel das instituições como as regras do jogo de uma sociedade, como as limitações impostas aos atores, em processos decisórios, que dão forma à interação humana e como o conjunto de regras fornecedoras dos incentivos para as trocas humanas, políticas, sociais e econômicas, em face do ambiente de incerteza.⁶ Compreendem as regras formais (leis, códigos positivos, regimentos, etc), as informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto-impostos), bem como os mecanismos responsáveis pela eficácia das instituições (mecanismos de coerção).

A matriz institucional comporta (i) a estrutura política responsável pela definição das 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.

⁶ A essência do conceito de instituições em North repousa em seu papel de reduzir a incerteza e estruturar o relacionamento entre diferentes indivíduos.

De acordo com Goodin e Klingemann (1999), após as revoluções do comportamentalismo e da escolha racional, o neoinstitucionalismo passou a representar a mais significativa contribuição para o *reapproachment* da ciência política. As variáveis institucionais são incorporadas às análises políticas não com o papel de romper com as antigas estratégias, mas com o intuito de enriquecê-las. O novo fôlego trazido pelo neoinstitucionalismo contagiou todas as frentes da ciência política, estimulando os profissionais a fazerem concessões ao próprio modelo e a combinarem diferentes estratégias antes incomunicáveis.

O avanço do neoinstitucionalismo ultrapassou a seara dos estudos das legislaturas e das burocracias para alcançar o ambiente decisório das Cortes judiciais a respeito do qual predominavam análises centradas na abordagem atitudinal ou mesma na legalista.

Grosso modo, a perspectiva atitudinal, com matriz na revolução comportamentalista da primeira metade do século passado, interpreta as decisões judiciais como resultado exclusivo das preferências ideológicas dos juízes. Estes atores seriam livres para decidir em conformidade com seus próprios 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).

A partir do amadurecimento da perspectiva da escolha racional nos anos 70, o modelo ressaltou a centralidade das preferências sobre políticas como o fator explicativo do comportamento dos juízes (Seggal, 1997; Seggal, 1999; Seggal e Spaeth 1993, 2002). Por exemplo, em conformidade com essa perspectiva, a luz do funcionamento do sistema político norte-americano, um juiz da Suprema Corte,

recrutado pelo partido republicano, vota do jeito que vota por ser conservador, enquanto outro, escolhido pelo partido democrata, vota de maneira diferente por ser liberal.

Outra perspectiva, por sua vez, repousa no sistema de separação de poderes dos regimes democráticos e na premissa do comportamento estratégico, segundo o qual, na interação com a burocracia, legisladores, agências governamentais e colegas da própria corte e de outros tribunais, juízes se comportariam de forma instrumental, pois, ao proferirem seus votos, levariam em conta a reação potencial daqueles agentes em relação às suas decisões. Como via de mão dupla, os mesmos agentes não prescindiriam de prever a interferência dos juízes em determinada política (Bonchek e Shepsle, 1997; Weingast, 1998, 2002; Segal e Spaeth, 2002).⁷

Em que pesem as diferenças, notadamente no que se refere à existência, ou não, de um comportamento mais sofisticado dos juízes, ambos os modelos entendem as decisões coletivas judiciais como o resultado da agregação das preferências dos juízes como atores individuais. São modelos centrados no papel das preferências dos juízes.

A contribuição do neoinstitucionalismo para a análise do processo de tomada de decisões judicial 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 fatores institucionais nos valores e atitudes, dando forma, direção e significado ao

⁷ Para um levantamento teórico sobre as diferentes abordagens da ciência política sobre decisões judiciais na Suprema Corte norte-americana, ver Koerner (2006).

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 Hall⁸, *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 resultados provenientes do sistema judicial (Maltzman, Spriggs II, Wahlbeck, *idem*).

Considerar que “instituições importam” não significa dizer que “preferências não importam”. Para Plott (1990), a equação fundamental da política se traduz na fórmula seguinte: preferências x instituições = resultados. Cabe ao analista demonstrar como as instituições e as preferências importam.

A política regulatória foi escolhida como objeto de análise dessa primeira fase da pesquisa, uma vez que se trata de um dos capítulos fundamentais da reforma do Estado, configurando-se, ainda, como desdobramento da política de privatizações. Especificamente, nesse primeiro momento, a ênfase recaiu na política tarifária dos serviços de telecomunicações.

Assim, tendo em vista os três objetivos enunciados acima, a hipótese deste trabalho é a de que a estabilidade na execução da política tarifária estabelecida pela

⁸ Brace, Paul e Hall, Melinda Gann. “*Integrated models of judicial dissent.*” **The Journal of Politics**, v. 55, p. 914-31, 1993.

Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL em 2003 dependeu das seguintes variáveis:

(1) *do arcabouço institucional subjacente ao processo de tomada de decisões no Judiciário brasileiro*, notadamente o conjunto de instrumentos à disposição da Fazenda Pública quando em litígio judicial, bem como as regras e procedimentos que regulam o julgamento no âmbito destes instrumentos processuais. Essas instituições garantiram uma inclinação da balança de poder no âmbito do sistema judicial em favor da cúpula do Judiciário, mitigando os efeitos da descentralização dos poderes.

(2) *das preferências dos juízes ocupantes da cúpula do Judiciário federal*. Tão importante para o Governo quanto os mecanismos processuais voltados para a centralização do sistema judicial foram as preferências dos Ministros da cúpula do Judiciário. Nesse sentido, a relação subjacente é a de que, no contexto da judicialização dos programas governamentais da reforma do Estado, importa saber onde está localizado o ator judicial a quem foi conferido poder de veto sobre políticas. No estudo de caso em análise, a idéia é de que, quanto mais alta, em termos de hierarquia do sistema judicial, a posição ocupada pelo juiz, maior a probabilidade de a decisão, em questão de política regulatória, atender ao princípio da segurança justiça em detrimento do sistema de defesa do consumidor.

3. Judicialização da política regulatória: o papel do Judiciário na regulação

A política regulatória assentada na modelagem das agências se transformou em estratégia fundamental da redução do papel do Estado brasileiro nas atividades econômicas. Conquanto a função reguladora do Estado signifique um híbrido de uma

série de atividades, uma política de regulação, geralmente, busca (i) controle de tarifas, com o fito de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; (ii) a universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; (iii) o fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; (iv) a fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; (v) o arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais, etc (Barroso, 2002; 2005).

Ainda, como ressaltado por Calmon e Amaral (2000), um dos problemas relacionados à atividade regulatória diz respeito à questão da credibilidade. Para investidores, o marco regulatório de determinado setor está associado à diminuição de incertezas em relação ao cumprimento dos contratos estabelecidos entre o Poder Público e a iniciativa privada, tornando-se central para o incremento da taxa de investimentos privados a questão da estabilidade do ambiente institucional subjacente à política regulatória. A estabilidade desse ambiente implicaria, por via de consequência, diminuição do risco-Brasil.

Qual seria, então, o papel do Judiciário na *performance* da atividade regulatória no país? Ora, o exercício da atividade regulatória voltada para a consecução dos objetivos acima apresentados, não ocorre, contudo, num vácuo institucional, nem resulta da atividade isolada de uma agência específica. Levi e Spiller (1996) e Noll (2000), este citado por Calmon e Amaral (2000), notam que o ambiente regulatório pode ser desagregado em pelo menos três níveis distintos. No **nível micro**, encontrar-se-iam as regras específicas do processo regulatório, tais como as normas definidoras das decisões sobre reajuste de tarifas, a forma de obter e processar informações, etc.

As preocupações quanto ao grau de independência das agências, a forma de financiamento de suas atividades, os critérios de recrutamento de seus membros, dentre outras, marcariam o **nível intermediário**. Por fim, o **nível macro** é constituído pelas organizações e instituições legais e políticas que, por meio de deliberações individuais e coletivas, influenciam o processo regulatório, conformando um verdadeiro processo de *path-dependence*.

Levy e Spiller (1996) chamam a atenção para o fato de que a literatura tem negligenciado o papel do funcionamento das instituições do sistema político no tratamento do problema regulatório. A performance da regulação de determinado setor depende tanto dos incentivos regulatórios quanto da estrutura de governança subjacente a todo o processo. Essa configuração de poder contempla todos os mecanismos à disposição da sociedade para restringir o escopo da discricionariedade da administração e para resolver os conflitos provenientes da luta de interesses entre os diversos atores envolvidos na atividade regulatória.

Ademais, a estrutura de governança está relacionada com o grau de desenvolvimento institucional de uma nação. Nesse sentido, importam as instituições judiciais voltadas para o recrutamento dos juízes, para a configuração do processo decisório interno das Cortes e para o estabelecimento de um sistema neutro e imparcial de resolução de disputas entre as partes envolvidas na atividade regulatória: Presidente, agências governamentais, Congresso, empresas concessionárias dos serviços públicos, usuários, etc.

O jogo político subjacente ao processo regulatório pode ser interpretado 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 do

ambiente regulatório, incluindo as instituições do sistema de justiça, assume papel central (Noll, 1999).

Nesse contexto, não é qualquer sistema judicial que serviria como um eficiente conjunto de mecanismos de freios e contrapesos no contexto da atividade regulatória. Somente um Judiciário forte e independente seria capaz de limitar o poder discricionário da administração. A força e a independência do sistema judicial dependem, por sua vez, de um bem estabelecido conjunto de regras e leis de direito administrativo e constitucional e de um legado histórico deixado por decisões judiciais em favor do respeito aos contratos, da chancela aos direitos de propriedade e da observância à tradição do *Rule of Law* (universalidade e imparcialidade na aplicação do direito estabelecido).

No caso brasileiro, com base em pesquisas da Coleção IDESP realizadas em 1996, 1997 e 2000⁹, verificou-se a tendência de juízes em privilegiar decisões baseadas numa visão social no contexto da judicialização da política regulatória. Mais de 70% dos juízes entrevistados discordaram ou tendiam a discordar das decisões das agências reguladoras. Uma possível explicação para essa relação, a ser devidamente mensurada, decorreria da maior sensibilidade da cúpula do Judiciário com as regras de funcionamento da economia de mercado e com o princípio da segurança jurídica em detrimento de uma visão menos compromissada dos juízes de primeiro grau com as consequências econômicas de suas decisões, ou mesmo de uma tendência decisória destes pautada pelas regras e princípios do sistema de defesa do consumidor.

Considerando o controle crescente do Judiciário brasileiro sobre as decisões das agências reguladoras, buscar-se-á, especificamente neste trabalho, o preenchimento

⁹ *Apud* Encarte de dados de Opinião pública, vol 10, n° 1, Campinas, 2004.

de uma lacuna no que se refere à análise dos efeitos da participação das Cortes e dos juízes na atividade regulatória. O setor de telecomunicações foi escolhido para a análise, uma vez que ali estão as grandes novidades da regulação brasileira na década de 90. Além disso, já são muitas as ações judiciais contra as empresas de telefonia fixa e móvel.

4. As Instituições como as Variáveis Dependentes: fragilidade institucional no contexto do processo decisório judicial

Koerner (1999, p.17-18), em artigo sobre a reforma do judiciário brasileiro distinguiu e analisou pelo menos três correntes: (i) corporativo-conservadora; (ii) judiciário democrático e (iii) judiciário mínimo, sendo esta última a posição do Governo Federal, tendo em vista os projetos de lei em tramitação no período de discussão da reforma.

De acordo com essa vertente, alinhada com as propostas de reforma do sistema judicial para os países latino-americanos elaboradas por organismos multilaterais como o Banco Mundial¹⁰, o principal objetivo da reforma judiciária deve ser favorecer o crescimento econômico, a partir da redução dos custos e do tempo dos litígios judiciais, tornando mais previsível e estável o processo de interpretação e aplicação das leis. Para tanto, o funcionamento do sistema judicial deve pautar-se pela combinação ótima de atributos como *agilidade*, *previsibilidade*, *imparcialidade* e *custo de acesso*, criando

¹⁰ A agenda de reforma das instituições judiciais para os países da América Latina e do Caribe, assim como para os demais países asiáticos e africanos, é focada principalmente na relação entre a estabilidade do sistema judicial e a boa *performance* econômica, como se percebe nas recomendações dos diversos relatórios e documentos elaborados pelo Banco Mundial sobre o tema, disponível no site www.worldbank.org, como o Documento Técnico nº 319 do Banco Mundial, "O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma", 1996.

um ambiente propício para as decisões de produção, investimento e contratação em geral dos agentes do mercado (Castelar Pinheiro, 1998; Koerner, 1999; Castelar Pinheiro, 2001, 2002, 2003).

Castelar Pinheiro (2001) argumenta que um bom judiciário, entendido como um sistema judicial ágil, previsível, imparcial e barato, 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 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.

Para tanto, a estratégia de mudança institucional da corrente do *Judiciário Mínimo* 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 de primeiro grau (Arantes e Kerche, 1999; Arantes, 2001).

Nesse sentido, os mecanismos sugeridos visam à centralização do processo decisório no âmbito do sistema de justiça. Dentre as propostas dessa corrente, merece destaque a instituição das súmulas de efeito vinculante (SEV) e do incidente de constitucionalidade. O objetivo coaduna-se com a percepção de que o sistema de controle difuso de constitucionalidade, segundo o qual qualquer juiz é capaz de

interromper programas governamentais por suposta inconstitucionalidade, precisa ser atenuado.

Assim, pela proposta, nas questões com reiterada decisão do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido a respeito de interpretação de lei em face da Constituição Federal, poderá a Corte máxima adotar súmula de efeito vinculante em relação aos juízes e aos tribunais inferiores e a toda a Administração Pública. O incidente de constitucionalidade parte do pressuposto de que matéria constitucional deve ser retirada das instâncias inferiores para concentração no STF.

A burocracia encarregada no Governo Federal de implementar políticas públicas para o Judiciário subsidiou as 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.¹¹

O Governo Cardoso, contudo, não contou com a aprovação da reforma do judiciário no momento da discussão do primeiro estágio das reformas. Não obstante, patrocinou uma série de medidas no âmbito da legislação infraconstitucional, buscando uma alternativa para controlar com mais eficiência o processo de tomada de decisões no Judiciário.

Sob os protestos da oposição, o Presidente conseguiu sancionar em 10/11/1999 a Lei 9.868/99 (Arantes, 2001b, p.75-77). Com a finalidade de regulamentar o processo

¹¹ Ressalte-se que mesmo após a aprovação da súmula vinculante e da súmula impeditiva de recursos, esses mecanismos não foram ainda colocados em prática porque dependem de regulamentação infraconstitucional.

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 para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹², evidenciando a estratégia do Governo em promover na via da legislação infraconstitucional as mudanças do sistema judicial paralisadas no processo de aprovação da reforma constitucional.

Fácil perceber a conexão entre as medidas aprovadas e a intenção do Governo em criar um sistema mais concentrado de constitucionalidade como resposta aos custos gerados pelo sistema vigente na condução de políticas públicas. Outro atalho criado pelo Governo para centralizar no STF ou STJ o pronunciamento definitivo sobre causas de seu interesse foi a MP nº 1984, hoje 2.180-35, mecanismo institucional determinante de vários resultados favoráveis do Governo na fase de execução das reformas da década de 90.

4.1 A trajetória da mudança institucional do regime da suspensão de liminares contra o Poder Público – o caso BANESPA

O acompanhamento da mudança do regime de julgamento dos pedidos de suspensão de liminares contra a Fazenda Pública demonstra como o Governo buscou, de forma paralela ao jogo da aprovação de suas políticas centrais no contexto da Reforma do Estado, a sistematização de estratégias processuais com o fim de

¹² 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.”

restringir os impactos negativos do acionamento dos pontos institucionais de veto no Judiciário.

O programa nacional de desestatização foi um dos que mais sofreu interferência das instâncias ordinárias judiciais. 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.

O Governo Federal buscou, então, alterações na legislação infraconstitucional, à míngua da aprovação da Reforma do Judiciário. 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 da primeira instância.

Da decisão individual do Presidente da Corte, pela concessão ou não da suspensão da liminar, caberia ainda recurso pela via do agravo regimental, ou agravo interno, 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.”¹³

O novo dispositivo autorizou, então, a pessoa de Direito Público interessada (União, Anatel, INSS, etc) 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 reestabelecidas em instâncias inferiores contrárias aos seus interesses. Por conta dessa característica, o instituto ficou informalmente conhecido como a “dupla suspensão” de liminares.

Em suas sucessivas reedições, foram acrescentados artigos e parágrafos com vistas à centralização do processo decisório no âmbito do regime da suspensão de liminares. Um dos mais importantes permitia ao Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes cujos objetos fossem idênticos ao da original. Assim, uma única decisão poderia suspender quantas liminares fossem as concedidas para um mesmo fim em todo o país.

Ficaria difícil desvincular essa mudança institucional empreendida pelo Governo com o objetivo 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 15^o Vara da Seção

¹³ Redação dada pela MP em sua 19^a 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.

Judiciária do Estado de São Paulo ter concedido, em 04/04/2000, liminar para interrupção do processo de privatização da instituição financeira.

Segundo informações da própria Advocacia Geral da União – AGU¹⁴, 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, configurando um juízo eminentemente político.

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.

¹⁴ In: AGU não acredita em revogação da venda. **Folha de São Paulo**, 21 nov. 2000.

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. A liminar de São Paulo, por sua vez, foi cassada pelo Presidente do TRF da 3ª Região. Todavia, o recurso manejado pelo Ministério Público foi provido pelo Órgão Especial do Tribunal, restabelecendo os efeitos da liminar.

Com a inovação procedimental promovida pela Medida Provisória, a AGU e o BACEN recorreram ao instituto da “dupla suspensão”. Não obstante, no meio do processo, a medida provisória em questão foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 2251, provocada pelo Partido dos Trabalhadores – PT.

No julgamento da demanda, o STF declarou a constitucionalidade quase total do novo regime de julgamento dos pedidos de suspensão de liminar, abrindo 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.

O STF suspendeu apenas o dispositivo que emprestava eficácia retroativa ao pedido de suspensão, bem como aquele que 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 o mesmo objeto.

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 deliberação 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 Tabela 1 abaixo sintetiza o argumento de lesão à economia, em conformidade com o entendimento dos técnicos do Banco Central.

Tabela 1 - Os Impactos Macroeconômicos da manutenção da liminar 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 ¹⁵	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> praticado pelas instituições financeiras.	Agentes privados adiariam decisões sobre investimentos produtivos, bem como pressionariam 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. ¹⁶
	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: Nota Técnica nº 02/2000 do Banco Central

¹⁵ 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).

¹⁶ Dado o montante da dívida interna líquida do setor público em dezembro daquele ano (1999) em torno de R\$ 407,8 bilhões.

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 1), 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.

5. A judicialização da política regulatória: a revisão judicial acerca do reajuste tarifário dos serviços de telefonia fixa

O ambiente da execução das políticas regulatórias tem sido palco também de novas batalhas judiciais. Não se está mais a discutir se cabe ao Estado intervir diretamente na economia para produzir bens e prover serviços públicos. Os novos controladores das antigas empresas estatais já assinaram o cheque da compra.

Todavia, a complexidade do processo regulatório, marcado por novas regras, formatos organizacionais, atores e papéis, é fonte de várias discussões, inclusive judiciais, cujas raízes se encontram, principalmente, no conflito 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 mais candentes do contexto pós-privatização – a questão do reajuste das tarifas dos serviços públicos, incluindo os de telefonia objeto de estudo deste trabalho, e a validade da cobrança, pelas concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), da chamada tarifa de assinatura – 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.

Para analisar o impacto da revisão judicial na política tarifária do setor de telecomunicações em 2003, foi considerado adequado desenvolver a reflexão por meio do estudo de caso. Construir ciência política empírica sobre o impacto das decisões judiciais no processo de formulação e/ou implementação de programas governamentais pode conduzir a uma escolha pela estratégia do estudo de caso. De acordo com Stone¹⁷, citado por Teixeira (1997, p. 21), um dos parâmetros para a análise dos mecanismos de interação do Judiciário com os outros dois poderes diz respeito à observação da dinâmica do processo político de elaboração e execução de uma determinada política.

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

¹⁷ Stone, Alec. “*Judging socialist reform – the politics of coordinate construction in france and germany*”. *Comparative Political Studies*, v. 26, n. 4, p. 443-469, jan. 1994.

protagonismo determinante do resultado político final. A amostra é composta por 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, (2) conflitos de competência, (2) pedidos de suspensão de liminar e (1) agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça – STJ no pedido de suspensão de liminar.

As ações originárias, em linhas gerais, discutiam os Atos nº 37.166, 37.167, 37.211 e 37.212 da ANATEL, que homologaram o reajuste, no ano de 2003, 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, implicou os seguintes aumentos: (i) assinatura residencial e pulsos (25%); (ii) assinatura e habilitação não residenciais e tronco (41,75%); (iii) crédito de cartão telefônico (25%); (iv) longa distância nacional (24,85%); (v) longa distância internacional (10,54%).

Como em outros episódios, ficou evidente a leitura de Sadeck e Arantes¹⁸, 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

¹⁸ Sadeck, Maria Tereza e Arantes, Rogério B. “A Crise do Judiciário e a Visão dos Juizes”. *Revista USP*, N° 21, (1994), p.37.

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).

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.¹⁹ 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 atenderam 5.507 municípios brasileiros.²⁰ 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.

5.1 Uma análise quantitativa e qualitativa dos processos da primeira instância

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

¹⁹ Atualmente, a Justiça Federal conta com 620 varas instaladas, 560 juízes titulares e 480 substitutos. Fonte: Site do Conselho da Justiça Federal: www.justicafederal.gov.br.

²⁰ Fonte: Diagnóstico do Poder Judiciário. Ministério da Justiça. 2004

modicidade das tarifas,²¹ princípio esse inscrito na Lei regulamentadora da concessão e permissão da prestação dos serviços públicos (Lei 8.987/95).

Além do marco legal do Estado regulador, os autores das demandas recorreram 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.”

Questão de fundo central das ações era saber se, a pretexto do princípio da segurança jurídica, as cláusulas dos contratos de concessão seriam imutáveis. Além de algumas questões mais formais, afeitas às regras do direito processual civil concernentes à legitimidade ativa e passiva das partes e ao interesse de agir, predominou 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.

No plano da interferência dos juízes na questão, advogaram que, em sendo o reajuste de tarifas do serviço público uma manifestação de uma política tarifária, não caberia ao Judiciário formular nova política (substituição de índices), executando-a de

²¹ O Ministério Público Federal, quando autor das ações, sugeria o INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor ou o IPCA.

forma discricionária, fazendo as vezes, simultaneamente, do legislador e do órgão regulador.

Não por coincidência, uma das concessionárias – a Telecomunicações de São Paulo S/A (TELESP) - suscitou perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ o incidente processual de conflito de competência²², solicitando a reunião das diversas ações populares e ações civis públicas, a fim de que fosse garantida a segurança jurídica nos contratos de concessão de serviços de telefonia. O STJ entendeu recomendável a 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, a cassação dos efeitos de todas as liminares concedidas e as que viessem a ser concedidas, bem como sentenças, em outras ações.

Tendo em vista a dificuldade de se obter acesso a diversas demandas espalhadas em todo o território nacional, 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. Interessa para os fins deste trabalho uma análise desses processos sob os seguintes parâmetros: (i) estados ou municípios onde foram iniciadas; (ii) tipos e requerentes das ações (autores) (iii) resultado obtido pelo pedido de liminar; (iv) razões de decidir.

²² 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.

Tabela 2: Distribuição segundo a origem das ações

Região Geográfica	Incidência	%
Sudeste		
Rio de Janeiro	9	21,95
São Paulo	6	14,63
Minas Gerais	4	9,76
Espírito Santo	1	2,44
Total	20	48,78
Nordeste		
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
Total	9	21,96
Centro-Oeste		
Distrito Federal	4	9,76
Goiás	1	2,44
Tocantins	1	2,44
Total	6	14,64
Sul		
Rio Grande do Sul	2	4,88
Santa Catarina	1	2,44
Paraná	1	2,44
Total	4	9,76
Norte		
Amapá	2	4,86
Total	2	4,86
Total Geral	41	100

Fonte: elaborado pelo autor a partir da análise dos processos em tramitação na Justiça Federal do Distrito Federal

Os dados da Tabela 2 não correspondem a nenhuma amostra extraída de algum procedimento estatístico mais sofisticado, 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, eles 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.

Tabela 3: Distribuição das Ações segundo os Requerentes²³

Tipo de Requerente	Incidência	%
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
Total	50	100

Fonte: elaborado pelo autor a partir da análise dos processos em tramitação na Justiça Federal do Distrito Federal

Percebe-se, pela leitura da Tabela 3, 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.

O empenho do Ministério Público em interferir numa das opções mais importantes da política regulatória não se verifica tão-somente pelo ajuizamento de ações em várias partes do país, mas pelas manifestações de seus agentes nos pedidos iniciais, nas contestações, nos pareceres e demais documentos dos processos. De forma geral, o órgão não apenas combatia a aplicação do IGP-DI, mas sugeria a aplicação de outros índices (INPC ou o IPCA), ao argumento de que aquele não deveria ser adotado nas relações de consumo, visto que representa um índice cuja base de cálculo considera como principal componente a variação dos preços não

²³ Como havia ações com mais de um requerente, o número de autores é maior do que o número de ações.

do varejo, mas do atacado, que, por sua vez, seriam influenciados pela variação cambial.

Outra alegação recorrente nas manifestações do Ministério Público refletia o impasse subjacente em praticamente todas as demandas entre o princípio liberal do *pacta sunt servanda* (respeito 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.

Tabela 4 – Resultado da Liminar²⁴

Tipo de Requerente	Incidência	%
Concedida	24	53,33
Não Concedida	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
Total	45	100

Fonte: elaborado pelo autor a partir da análise dos processos em tramitação na Justiça Federal do Distrito Federal

Os dados da Tabela 4 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 1), fica mais evidente a tendência dos juízes das instâncias ordinárias em

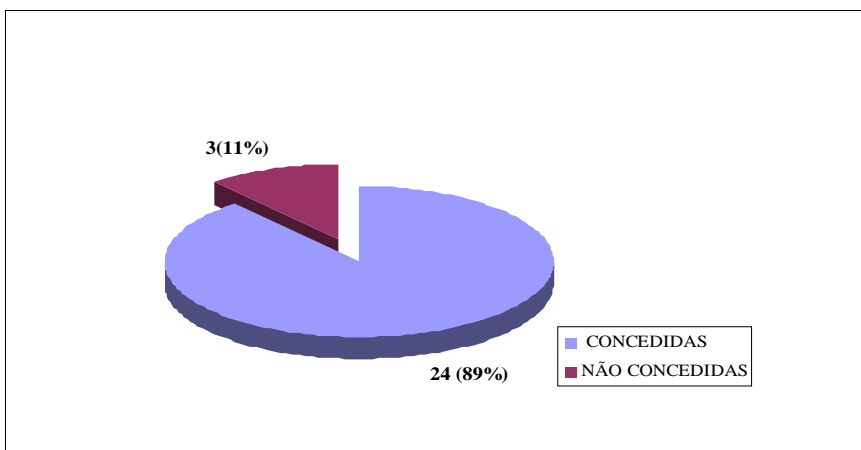
²⁴ O número de decisões é superior ao número de processos, uma vez que a maioria das ações remetidas para Brasília chegou como liminar já apreciada.

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 as preferências políticas desses atores com relativo poder de veto no sistema político. 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 1: Liminares Concedidas



Fonte: elaborado pelo autor a partir da análise dos processos em tramitação na Justiça Federal do Distrito Federal

Central para o episódio, então, foi a decisão proferida pelo Juiz responsável pela mencionada Vara Federal em Brasília²⁵. 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) deve ser aplicado, como substitutivo ao IGP-DI, porque melhor reflete a variação inflacionária do período e permite a recomposição da contraprestação devida às empresas concessionárias, de modo a assegurar 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

²⁵ 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 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 STJ, todas as ações que versavam sobre essa matéria foram julgadas, em primeiro grau, pelo referido Juiz.

Consumidor. Em segundo plano, ficou o princípio da segurança jurídica. Nas palavras do próprio magistrado, a “pretexto de garantia de segurança jurídica não se pode invocar imutabilidade de cláusula contratual”.

O Gráfico 2 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, foram consideradas, para um olhar sobre as razões de decidir, apenas 16, uma vez que as demais consistiam em mera repetição da decisão proferida originariamente pelo juiz-chave do processo, ou o conteúdo integral delas não foi disponibilizado para o autor. De um total de 16 decisões, apenas 3 não foram amparadas no conjunto de regras e princípios subjacente ao sistema de defesa do consumidor.

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 essa pleito a pedido dos autores.

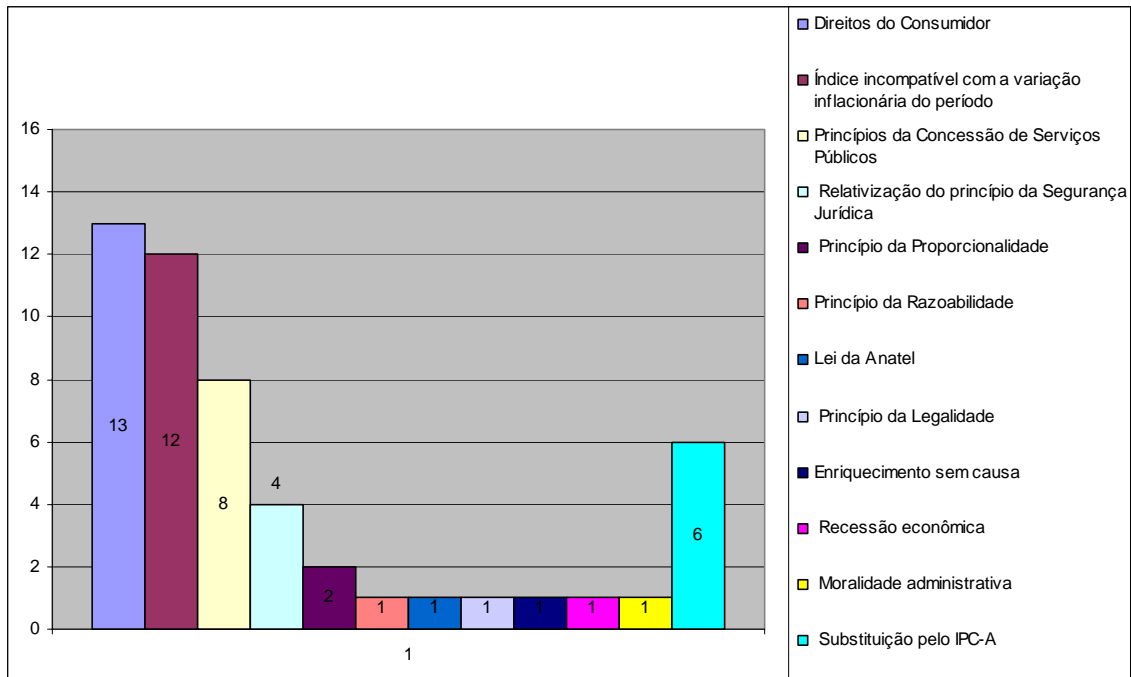
Nem todos os juízes, porém, concordavam com idéia da onerosidade imposta ao consumidor em decorrência do reajuste indicado ter sido superior aos índices de inflação do período. Um dos poucos magistrados que não recorreu ao Código de Defesa do Consumidor – o Juiz da 1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco – 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 da 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.

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.

Gráfico 2: Razões de Decidir



Fonte: elaborado pelo autor a partir da análise dos processos em tramitação na Justiça Federal do Distrito Federal

5.2 O primeiro pedido de suspensão da liminar

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.

Como não vislumbrou nenhuma grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a Vice-Presidência do TRF 1ª Região²⁶ indeferiu o pedido. 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 monocráticos dos tribunais.

Por maioria, contudo, o Tribunal acompanhou o entendimento do Vice-Presidente, então no exercício da Presidência. 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.”

5.3. A dupla suspensão de liminar

Antes da mudança institucional patrocinada pelo Governo no processo decisório em sede de “suspensão de liminar ou segurança”, não caberia mais recurso contra a

²⁶ O Presidente declarou-se suspeito para julgar o pedido, remetendo o processo para a Vice-Presidência do órgão.

decisão da Corte regional. As concessionárias deveriam esperar o julgamento do mérito da ação civil pública original. 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 ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, tendo em vista a natureza infraconstitucional da matéria.

O então Presidente do Tribunal Superior, Ministro Nilson Naves, indeferiu, contudo, o pedido, com entendimento semelhante aos magistrados da Corte regional, restando 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 Ministro-Presidente Edson Vidigal, cuja decisão alterou definitivamente a dinâmica do processo. Assim como ocorrido no episódio da privatização do BANESPA, com o comportamento do Ministro 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 liminar implicava potencial risco de lesão à economia pública e à ordem administrativa, pois: (i) seria instalado um cenário de insegurança jurídica no país, em razão da quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, afastando

investimentos privados no setor de telecomunicações; (ii) exporia o país ao aumento do risco Brasil, prejudicando, em última instância, o usuário; (iii) criaria um precedente para que a ANATEL adotasse índice diferente do estipulado em contrato.

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. contrário ao recurso das operadoras. Um ministro julgou-se impedido e outros três não participaram do julgamento.

Observando o voto do Ministro-Presidente, cabe questionar se ele, ao restabelecer o IGP-DI, o fez tão-somente em atenção ao princípio da segurança jurídica, ou, em sua mínima deliberação sobre o mérito, fez juízo de valor comparativo entre os dois índices em questão. Não há em sua manifestação nenhuma defesa explícita deste ou daquele índice. Não obstante, ele acolheu o argumento das concessionárias no que se refere à lesão à economia proveniente da manutenção do IPCA.

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”.

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. Não obstante, o Presidente do STJ deixou clara a necessidade de uma mínima deliberação sobre o mérito.

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.

5.4 Relação entre o arcabouço institucional subjacente ao processo decisório da dupla suspensão e o equilíbrio final da controvérsia regulatória

Mais importante do que investigar se os juízes se comportaram como *policy-makers* no episódio analisado, é analisar os efeitos do desenho institucional

subjacente ao processo de tomada de decisões judicial nos equilíbrios finais resultantes da intervenção do Judiciário na implementação de determinadas políticas públicas.

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 pelo Corte superior no julgamento da Suspensão de Liminar.

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.

Não apenas o mencionado Juiz se comportou dessa maneira. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou seguimento a 30 dos 36²⁷ agravos de instrumentos incluídos na amostra da pesquisa, interpostos das decisões concessivas, ou não, das liminares dos processos reunidos no Distrito Federal, em respeito, também, à decisão do STJ. Como o agravo de instrumento constituía a via ordinária para a apreciação da concessão das liminares, incluindo o exame do requisito da plausibilidade jurídica, pode-se inferir que a postura decisória da Corte regional no julgamento dos referidos recursos foi idêntica a do Juiz de primeira instância. Como o STJ já havia decidido em favor do IGP-DI, os recursos foram considerados manifestamente improcedentes.

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

²⁷ 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.trf1.gov.br.

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. Mesmo a arena institucional-decisória da “dupla suspensão”, conquanto se prestasse a minimizar esse problema, dependia de todo um rito processual a ser cumprido. Além do tempo, recursos humanos e financeiros eram mobilizados para o acompanhamento passo a passo dos pedidos de suspensão.

Assim, por meio do instituto da Reclamação (*enforcement*) e do parágrafo sexto da Medida Provisória nº 1984-19, 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.

Tabela 5 – Julgados após decisão do STJ²⁸

Tipo de Processo	Apreciados	Decisão pró IGP-DI	Frequência (%)
Liminares	4	4	100
Agravos de Instrumento	30	30	100
Suspensão de Segurança	1	1	100
Reclamação	1	1	100
Total	35	35	100

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) e no Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br)

6. Conclusão

Este trabalho faz parte de um estudo maior acerca do papel do Judiciário na agenda política voltada para a reforma do Estado no Brasil, com ênfase na política de

²⁸ 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.

regulação. Tendo em vista o cenário bastante ativo de **judicialização** da política tarifária no setor de telecomunicações, esta pesquisa contemplou um estudo de caso específico: a controvérsia sobre a majoração das tarifas dos serviços de telefonia fixa iniciada em 2003.

Foi apresentada a hipótese de que a manutenção do *status quo* na política tarifária do setor de telecomunicações dependeu das seguintes variáveis: **(1)** do arcabouço institucional subjacente ao processo de tomada de decisões no Judiciário brasileiro; **(2)** das preferências dos juízes ocupantes da cúpula do Judiciário federal.

Ora, descontado o limitado alcance de um estudo de caso para a verificação de fortes regularidades, algumas conclusões preliminares foram extraídas a respeito do impacto da interferência do Judiciário brasileiro no processo regulatório. São elas:

(1) Centralização versus Descentralização. Em que pese o diagnóstico apresentado pela literatura centrado nos impactos negativos da disfunção de um sistema judicial que combina alto grau de descentralização de poderes e de independência dos juízes de primeira instância com baixo grau de respeito aos precedentes decisórios, foi possível verificar, ao menos no caso estudado, um padrão decisório dotado de relativo grau de centralização e coordenação, fruto de um conjunto de regras e instituições voltado para a inclinação da balança de poder em favor da cúpula do Judiciário. 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 de programas governamentais sujeitos ao veto sistemático na base do sistema de justiça. No caso estudado, o manejo dos mecanismos institucionais garantiu o retorno ao *status quo* da política tarifária do setor de telecomunicações, definida pela Agência Nacional

de Telecomunicações – ANATEL em 2003, com uma incidência menor de custos transacionais.

(2) Preferências versus instituições. O marco institucional do processo decisório do julgamento dos pedidos de suspensão de liminares gerou incentivos para que os magistrados atuassem como *policy-makers* no debate sobre a aplicação do IGP-DI ou IPCA. Na primeira instância, os juízes não hesitarem 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. No contexto da apreciação dos pedidos de contracautela, por sua vez, 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. Nesse sentido, importou a distribuição de preferências da instância na qual foi conferido o poder de veto para a suspensão de liminares. Como visto, o Superior Tribunal de Justiça - STJ não apenas decidiu que o Judiciário não poderia quebrar contratos, um importante indicador do comportamento político desses Ministros, como também asseverou que a manutenção do IPCA importaria em desequilíbrio econômico-financeiros dos contratos, com potencial risco de provocar lesão à economia pública e incremento da taxa do risco Brasil, em decorrência da fuga do investimento privado no setor.

(3) Instituições com variáveis independentes versus Instituições como variáveis dependentes. 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. Merece uma atenção maior em estudos posteriores a questão da volatilidade institucional do processo de tomada de decisões no Judiciário, tendo em vista as alterações promovidas pelo Executivo com o intuito de controlar o processo de *policy-making* a partir do controle do processo judicial. Essa estratégia reclama um esforço duplo do analista para investigar o papel das instituições, ora como as variáveis independentes determinantes do resultado político, ora como as dependentes, sujeitas à transformação patrocinada por atores com posição privilegiada no sistema político.

(4) Politização versus Judicialização. Um fecundo debate sobre o alcance e o sentido do processo de judicialização da política domina a pauta da análise política do Judiciário. Autores como Oliveira (2005) defendem que o ciclo da judicialização da política se completa apenas com o julgamento do mérito dos pedidos, momento no qual o Judiciário poderia efetivamente interferir em determinada política pública. Buscando enriquecer o debate, este trabalho demonstrou que nem sempre é necessária a análise tradicional do mérito dos pedidos para que haja repercussão política relevante advinda da participação do Judiciário. A concordância expressa da cúpula do Judiciário com o mérito de algumas opções governamentais, mesmo no julgamento de processos nos quais na cabe a análise da questão de fundo, não significa não interferência do sistema de justiça no processo político.

Quanto ao tema analisado neste trabalho, sugere-se um acompanhamento sistemático do impacto das decisões judiciais no modelo de intervenção do Estado na Economia, com ênfase nas questões de regulação. As recentes decisões judiciais sobre a questão relativa à cobrança da assinatura básica dos serviços de telefonia

envolvendo as Operadoras de Telefonia, a Anatel, o Ministério Público Federal e Associações de Consumidores antecipam um cenário ainda bastante ativo de judicialização da política nesse campo.

Em verdade, subjacente ao estudo da intervenção do Judiciário nas políticas públicas, está a velha questão institucional brasileira acerca do conflito entre centralização e descentralização. Em razão do poder dos juízes de primeiro grau em nosso sistema judicial, justifica-se uma agenda de pesquisa em torno da identificação de suas preferências e do impacto de suas decisões no processo político, bem como das mudanças institucionais implementadas para mitigar todas essas prerrogativas em favor da cúpula do sistema judicial, refletindo o conflito entre descentralização e centralização da Federação brasileira. Não por coincidência, o impasse muitas vezes suscitado na tramitação da Reforma do Judiciário refletia a tensão entre as propostas de manutenção da descentralização do sistema judicial, amparadas pela defesa do acesso à justiça, e as de centralização, movidas pelos anseios da governabilidade.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. (1999), "Negociando a reforma: a privatização das empresas públicas no Brasil". *Dados*, v. .42, n.3, p.421-451.

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). *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.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCKE, Fábio. (1999), "Judiciário e democracia no Brasil". *Novos Estudos CEBRAP*, n.54, p. 27-41.

.

AMARAL, Aline Diniz; CALMON, Paulo Calmon. (2000), "O novo ambiente regulatório das telecomunicações no Brasil".

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".Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n.1.

BRACE, Paul; HALL, Melinda. (1999), "Neo-institutionalism and dissent in state supreme courts". *Journal of Politics, Texas*, v. 52, n.1, p. 54-70.

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), *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.

COLOMBO, Carlos Alberto. (2002), "Os Julgamentos do Supremo Tribunal Federal: Violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política". *Ajuris*, pp. 30-63.

DIXIT, Avinash K. (1996), *The making of economic policy: a transaction-cost politics perspective*. London, MIT Press.

ESTACHE, Antonio e 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.

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.1999.

_____(2006), “Instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico: o debate norte-americano”. Paper apresentando no V Encontro da ABCP.

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.

LAWSON, Gary. (2002), “Controlling Precedent: Congressional regulation of judicial decisionmaking.” *Working Papers Series: public law and legal theory*, n.01-08.

LEVY, Brian e SPILLER, Pablo T. (1996), “A framework for resolving the regulatory problem”. In: *Regulations, Institutions and Commitment*. LEVY, Brian e SPILLER, Pablo T. (orgs). New York, Cambridge University Press.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F; WAHLBECK, Paul J. (1999), “Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making”, in CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (org.), *Supreme-Court decision-making: new institutionalist approaches*. EUA: The University of Chicago Press.

MEIRELLES, Hely Lopes. (2003), *Mandado de Segurança: ação popular, ação civil pública, etc*. São Paulo, Malheiros Editores.

MELO, Marcus André. (2002), *Reformas Constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Revam.

NOLL, Roger. (1999). “Telecommunications Reform in Developing Countries”. Working Paper n° 99-10. Social Science Research Network. Disponível no site: <http://papers.ssrn.com/abstract=181030>.

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, pp. 559-587.

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”. Paper apresentado no XXIX Encontro Anual da ANPOCS.

PINHEIRO, Armando Castelar. (1998), “Reforma do Judiciário: uma análise econômica”. Artigo preparado para o Seminário Internacional: Sociedade e Reforma do Estado, São Paulo.

_____(2001), “Economia e Justiça: conceitos e evidência empírica”. Rio de Janeiro, BNDES. Disponível em <http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18_10.pdf>.

_____(2002), “Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados”. Artigo preparado como parte do projeto de pesquisa: “Addressing 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 par Discussão n. 0963.

PLOTT, Charles. (1990), "Will economics become an experimental science?". *Southern Economic Journal*.

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 aproaches*. 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.

SHEPSLE, Keneth A; BONCHEK, Mark S. (1997), *Analysing politics*. New York/London: Norton & Company.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. (2002), *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. United Kingdom: Cambridge University Press.

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 Universtiy Press.

VIANNA, Luiz Werneck *et all*. (1999), *A judicialização da política e das relações sociais no brasil*. Rio de Janeiro: Revan.

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.

VALLINDER, Torbjorn. (1995), "When the courts Go marching in". in N. Tate e T. Vallider (eds), *The Global expansion o Judicial Power*. New York, New York University Press.

WEINGAST, Barry. (1998), "Political Institutions: Rational Choice Perspectives". In *New Handbook of Political Science*. Editores: Robert Goodin & Hans-Dieter Klingemann. Oxford: Oxford University Press.

_____ (2002), "Rational Choice Institutionalism". In *Political Science: State of Discipline*. Editores: Ira Katznelson & Helen Milner. New York: WWW Norton e America Political Science Association.