

Artigos

Recebido: 10.05.2017

Aprovado: 21.07.2017

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v5i2.3739>* Universidade de São Paulo
(USP)

São Paulo, SP



Juízes ou experts? Uma comparação acerca das construções jurídicas de verdades em casos difíceis

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros¹

RESUMO

O texto discute o argumento que experts conseguem decidir da melhor maneira casos que envolvam conhecimento científico em relação aos juízes. Trata-se de um debate sobre a alocação da decisão na sociedade complexa. Para tanto o estudo adota como recorte o exame dos tribunais administrativos no Brasil, bem como é feita uma comparação com o Judiciário. O principal exame é o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Após a descrição da prática decisória desse tribunal, o estudo revela as tensões ocultadas pela atuação dos conselheiros a partir da relação entre direito e ciência. A questão é saber como o direito opera com o conhecimento científico para a tomada de decisão. O texto constata que tanto experts quanto juízes compartilham problemas relacionados com a construção de verdades jurídicas em casos difíceis, seja pelo fato de tribunais administrativos mimetizarem as estruturas do Judiciário, ou por revelar a fragilidade da operação dos conhecimentos científicos pelo direito. Ao invés de acreditar que prevalece uma neutralidade e segurança na atuação dos experts no interior do sistema jurídico, é preferível denunciar as ambiguidades que se autorreproduzem nas práticas decisórias para efetivamente produzir estruturas adequadas para o futuro.

Palavras-chave: Experts; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Processo Decisório.

Judges or experts? A comparison about legal constructions of truths in hard cases

ABSTRACT

The paper discusses the argument that experts are better decision-makers in cases that involve scientific knowledge in relation to judges. This is a debate about the allocation of decision in complex society. The study underscore the examination of administrative courts in Brazil, as well as a comparison with the Judiciary. The main examination is the Court of the Administrative Council of Economic Defense. After describing the decision-making practice of this court, the study reveals the tensions concealed by the counselors' actions from the perspective of the relation between law and science. The question is how the law operates with scientific knowledge for decision making. The paper argues that both experts and judges share problems related to the construction of legal truths in hard cases, either because administrative courts mimic the structures of the Judiciary or to reveal the fragility of the operation of scientific knowledge by law. Rather than believing that neutrality and security prevails in the performance of experts within the legal system,

¹ E-mail: marcoloschiavo@gmail.com

it is preferable to denounce the ambiguities that are reproduced in decision-making practices in order to effectively produce adequate structures for the future.

Keywords: Experts; Administrative Council for Economic Defense; Decision-making.

Introdução

Um assunto importante nos estudos sobre tomada de decisão é a solução de casos difíceis, quando o tomador de decisão não encontra à primeira vista uma solução no seu arcabouço de instrumentos. No direito, o tema é significativo diante do princípio da proibição do *non liquet*, que exige sempre a tomada de decisão. Tratam-se de situações em que existem argumentos consistentes para ambos os lados, ou ainda quando não existe nenhum argumento possível - o que gera uma dificuldade na tomada de uma decisão que seja reputada como a melhor ou a desejada pela sociedade.

Tais casos discutem os limites da operação do sistema jurídico – situações limítrofes que implicam em novos padrões para a decisão. Sobre a natureza dos casos difíceis no direito, muitos teóricos se reportam à limitação e sobre as controvérsias das convenções de fundo da linguagem jurídica. A discussão se refere ao debate teórico da segunda metade do século XX entre positivistas jurídicos e interpretativistas acerca das soluções dos casos concretos tendo em vista as indeterminações dos textos legais, exemplificada pelo famoso argumento da “zona de penumbra” do filósofo do direito H.L.A. Hart (1994).

Muito embora a discussão ganhou várias soluções pelos debates teóricos, ainda persistem outros problemas subjacente à discussão dos casos difíceis no direito, tais como a construção da verdade jurídica, a consideração das consequências sociais na tomada de decisão pelos juízes e a alocação desta tomada para experts.

Uma abordagem que permite discutir essas questões – adotada como referencial no texto – é a pragmática jurídica,² que busca desnaturalizar certas premissas ao defender um modelo avesso à teoria e admitir que a prática não está alicerçada a um conjunto universal e imutável de princípios. Por pragmática jurídica o texto se refere ao campo que examina como o discurso jurídico se operacionaliza, inclusive permitindo discutir as ideologias³ como bem pontuado por Luis Alberto Warat ao apontar que “em um

² É difícil definir com precisão a corrente do pragmatismo jurídico, isto porque o movimento é compreendido de diferentes maneiras pela comunidade jurídica. O movimento é vinculado a recepção das obras do juiz estadunidense Oliver Wendell Holmes Jr. no final do século XIX, que influenciou outros campos como a jurisprudência sociológica de Roscoe Pound e o realismo jurídico norte-americano de Benjamin Nathan Cardozo e de Karl Llewellyn. Na segunda metade do século XX, o pragmatismo jurídico também foi relacionado como um precursor de campos como Critical Legal Studies, Law and Economics e Law and Society, bem como é relacionado em outros desenvolvimentos fora dos Estados Unidos, como na sociologia jurídica de matriz europeia e até na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Outra abordagem sustenta que o pragmatismo jurídico é a incorporação dos estudos do pragmatismo linguístico nos discursos produzidos pelo direito, eliminando uma recepção ampla pelos teóricos do direito.

³ O trabalho segue o apontamento de Tércio Sampaio Ferra Jr. ao indicar a necessidade de entender que “a ideologia exerce uma função”, veja: “[i]deologia pode até **ter a ver com denúncia da verdade (estrutura da mentira) e mesmo exigir um** perspectivismo; a questão, porém, é mostrar como e com que resultados “a ideologia exerce uma função”. E que função é essa? Fui, no entanto, procurar essa resposta não tanto em [Niklas] Luhmann, mas em Umberto Eco. Foi nele que busquei bases para conceber que a função da ideologia era criar condições, por perversão da função estimadora do valor, para o aparecimento de um sistema de valores. A ideologia como uma valoração, última, de valores (Umberto Eco), que perverte, assim, a função recorrente do valor de estimar (o que quer que seja, inclusive outros valores), pondo-lhe um fim. E, aí, entrava [Niklas] Luhmann: ideologias não se valoram, não dialogam: se excluem e, quando muito, uma absorve a outra por uma espécie de “tolerância” (FERRAZ JR., 2010, p.179).

discurso normativo, para que exista efeito de univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência ideológica” (1984, p.47).

Ainda que seja difícil sustentar a existência de uma teoria pragmática jurídica brasileira por razões históricas,⁴ muitos trabalhos examinam a prática do processo de tomada de decisão a partir da observação das operações dos tribunais em relação aos outros sistemas sociais e das discussões dos comportamentos produzidos pelo direito.⁵

O principal expoente de um exame pragmático das normas jurídicas no Brasil é Tércio Sampaio Ferraz Jr., influenciado por modelos opostos (Theodor Viehweg e Niklas Luhmann), o próprio autor faz uma observação de sua obra “[de uma tentativa de usar conciliatoriamente dois modelos opostos] disso resultou uma leitura da questão do discurso (problema) em face da língua (sistema), na direção do que acabei chamando, talvez impropriamente, de pragmática” (2010, p.177). Um dos recorrentes temas em seus escritos é o problema da decidibilidade normativa dos conflitos – um problema sobre como decidir –, no livro *A Ciência do Direito* (2014) Tércio já tinha apontado que “[o] jurista, ao enfrentar a questão da decidibilidade, raras vezes se fixa num só modelo, mas utiliza os modelos em conjunto, dando ora primazia a um deles e subordinando os demais, ora colocando-os em pé de igualdade” (p.135). É nesse espírito que o estudo faz uma comparação entre os discursos de juízes e de experts enquanto autoridades decisórias.

Discute-se a tese de que experts decidem melhor os casos difíceis do que juízes, pois são capazes de gerar maior segurança jurídica e de produzir resultados mais eficientes na sociedade. Tal aposta foi reforçada e aplicada nos anos 1990 no Brasil, sob os auspícios do Consenso de Washington e de uma agenda reformista do governo federal, sobretudo diante do esgotamento do modelo *welferista*.

Na prática, os experts são autoridades que recorrem ao conhecimento científico para tomada de decisão, geralmente possuem especialização na área de atuação e reconhecimento pela comunidade científica. Nessa compreensão, tais profissionais estão em uma posição privilegiada para decidir, pois, além de possuírem credibilidade e de gozarem de certa experiência técnica, muitos participam dos círculos de poder, seja em fóruns mundiais, agências reguladoras, ministérios ou secretarias do executivo. Como confirmam os apontamentos de David Kennedy (2016) e Ugo Mattei e Laura Nader (2008) ao afirmarem que experts são aqueles que estão situados entre conhecimento e poder, definindo os rumos da sociedade mundial em uma situação de governança global.

Se por um lado é possível observar uma extrema valorização dessa tecnocracia que atribui aos experts e órgãos especializados grande autonomia para a tomada de decisão, por outro, este modelo baseado na atuação dos experts oculta diversos problemas e tensões.

⁴ Diferente de outros países, o ideário pragmatista do século XX se concentrou no Brasil em programas do governo e não alcançou outras esferas dos poderes. Diferente do caso da Suprema Corte estadunidense, que assumiu um protagonismo para difundir o pragmatismo jurídico no pensamento doutrinário e acadêmico, o Supremo Tribunal Federal não se consolidou como uma instituição suficientemente sólida na época para disputar espaço com o governo de Vargas, que, desde o início do Governo Provisório, neutralizou a atuação do Judiciário com o Decreto de 1931 e com o texto constitucional de 1937. Tal circunstância foi determinante para marcar o fracasso da expansão e da produção de um debate sobre o pragmatismo no direito brasileiro, a respeito ver Garcia Neto (2008).

⁵ Diferentes autores apresentam uma abordagem preocupada com os comportamentos produzidos pelo direito brasileiro, com base em diferentes referenciais teóricos. A título de exemplo, é possível mencionar Campilongo, 2002; Faria, 2011; Baptista, 2013 e Rodriguez, 2013.

Em recente obra, por exemplo, com base nas suas observações dos trabalhos do Fórum Econômico Mundial, Kennedy (2016) afirmou que as atuações dos experts reproduzem desigualdades e injustiças ao distribuir recursos e ganhos pela sociedade. Segundo o autor, prevalece um paradoxo nessas atuações, pois, ao mesmo tempo em que se admite a neutralidade e a universalidade da expertise, também existe o exercício de um poder parcial e enviesado que justificam suas posições.⁶

O estudo admite como hipótese que o direito, por meio da atuação dos experts, permite a articulação da ciência como conhecimento para a tomada de decisão jurídica. Todavia, tal articulação não é clara, sobretudo se considerar o paradoxo apontado por Kennedy. Afinal, como o direito se relaciona e observa a atuação dos experts dentro do sistema?

Em complemento a descrição da atuação dos experts na sociedade, este estudo discute uma tensão entre direito e ciência a partir de algumas comparações entre as práticas dos tribunais judiciais e tribunais administrativos no Brasil, como o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (Cade). O caso do Cade é um bom exemplo para exame em razão da atuação especializada dos conselheiros, verdadeiros experts referentes aos assuntos de infrações aos mercados.

O texto está dividido em quatro partes. Na primeira parte, o tema dos tribunais administrativos no Brasil é apresentado por meio de uma comparação entre esses centros de decisão em relação ao Judiciário. O caso do tribunal Cade é mobilizado para realizar tal comparação. Na segunda parte, é apresentada a pesquisa e as descrições das decisões dos conselheiros. Na terceira, à luz do caso do Cade, o estudo revela as tensões ocultadas pela atuação dos experts a partir da discussão da relação entre direito e ciência. Ao final, são apontados alguns problemas em comum entre os modos de tomada de decisão dos juízes e dos experts.

Tribunais administrativos no Brasil

O aparecimento de centros técnico-administrativos decisórios no Brasil – identificados na pesquisa como tribunais administrativos – está relacionado com as reformas ocorridas nos anos 1990, sobretudo na gestão pública. É no contexto da abertura internacional da economia brasileira que surgiu a necessidade de modernizar a estrutura administrativa, em especial com o estabelecimento de uma legislação adequada sobre o processo administrativo e uma regulação setorizada.

Uma das principais justificativas dessa modernização se sustenta a partir da aposta que em alguns casos, por envolverem conhecimento científico, é melhor alocar a decisão para experts em detrimento da via judicial. Inclusive, essa aposta foi adotada pelo legislador brasileiro ao estruturar tribunais administrativos para tomada de decisão em determinados setores no país. Tal posicionamento é sustentado por uma dezena de doutrinas, em diferentes áreas do direito, para justificar a implementação das agências reguladoras, das câmaras de arbitragem, entre outros centros de decisão extrajudiciais.

⁶ Diz Kennedy que “os experts possuem pontos cegos e preconceitos, sobrestimam suas perspectivas e colocam fé no potencial da sua disciplina acima de uma avaliação cuidadosa de suas realizações. Eles aprenderam a ver ordem e sistema no mundo em vez das lutas, e muitas vezes experimentam sua experiência como certa e persuasiva, compreendendo a plasticidade, ambivalência e natureza conflituosa do conhecimento de detêm” (tradução nossa, 2016, p.277), ver também Mattei e Nader (2008).

O argumento dos experts no direito se baseia em três premissas. A primeira é em relação à atuação especializada, que é assegurada por meio de delegações de competência e da elaboração de textos legais flexíveis – seja por meio de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais ou de princípios jurídicos. Tais textos legais dependem explicitamente da complementação do conhecimento científico para integração das soluções ao caso concreto.

Segunda, o argumento se reforça com o tema da discricionariedade⁷ – entendida como a hipótese de atribuição de uma autonomia decisória, não vinculando o processo de tomada de decisão a determinada regra substantiva. No caso dos juízos técnicos,⁸ admite-se que esses não podem ser submetidos ao controle judicial quando tratam de discussões sobre conhecimentos especializados e são fundamentais para a solução do litígio.

Terceira, presume-se que prevalece uma neutralidade em relação aos juízos técnicos. Acredita-se que esses juízos não possuem nenhuma avaliação política e sequer uma atuação estratégica. Experts não são constrangidos por nenhuma autoridade e se reportam unicamente às questões científicas. É nesse sentido, por exemplo, que Kennedy afirma ser possível isentar os experts dos resultados de suas previsões já que “[...] nós colocamos a responsabilidade em outro lugar, seja no seu conhecimento ou no poder daqueles que escutaram seus conselhos. Especialistas, imaginamos, estão sendo falados por seus conhecimentos. Não é ele quem fala, mas a lei – ou economia – que fala através dele” (tradução nossa, 2016, p.278).

Para além dessas razões, o contexto brasileiro também favoreceu a expansão da atuação dos experts pelo sistema jurídico tendo em vista o esgotamento do modelo *welferista* e a busca de novas estruturas para a implementação dos direitos sociais e econômicos, traços de um novo modelo de regulação.⁹

Diante dessa conjuntura, fato destacado é que a partir da modernização da administração pública brasileira,¹⁰ em especial por sua processualização, a atuação administrativa passou a ser caracterizada também em razão da função judicante dos experts.¹¹ Atualmente, diversos órgãos administrativos possuem capacidade decisória, por determinações legais, como verdadeiros centros produtores de decisão – e não apenas marginais à atividade judicial. Alguns se estruturam, inclusive, como tribunais constituídos por um

⁷ A ideia de discricionariedade trabalhada no texto não se confunde com o assunto da discricionariedade administrativa, tema do direito administrativo. A discricionariedade é aqui tematizada à luz dos debates da teoria do direito sobre a não limitação do tomador de decisão por autoridade superior ou revisora e a possibilidade de não seguir padrões decisórios em face de casos difíceis.

⁸ Por apreciação técnica (e não discricionariedade técnica) entende-se os casos em que houver o recurso do direito a fontes e sistemas específicos de conhecimento para a formulação de juízos acerca de determinados fatos com base nos postulados técnicos e científicos próprios de cada setor do conhecimento, a respeito ver Pereira (2003).

⁹ Gabriel Ferreira indica que tal contexto é marcado pelo surgimento de um Estado Regulador, “[...] que, organizado ao redor da noção de “regulação econômica”, permite uma distinção adequada em relação ao Estado Liberal e ao Estado Intervencionista” (2016, p.47). José Eduardo Faria (2011) também afirma no mesmo sentido que prevalece duas linhas simultâneas de intervenção normativa na economia e na sociedade neste modelo, uma dimensão social – relacionada com estratégias e políticas de focalização, e outra econômica, relacionada com o controle e combate do abuso do poder econômico.

¹⁰ O estudo do processo de modernização da administração pública brasileira se iniciou a partir da década de 1990 com importantes reformas e inovações de marcos legais do direito administrativo, tais como a implementação das leis gerais de processo administrativo e a introdução das agências reguladoras. A respeito ver Bresser-Pereira (1997).

¹¹ A ideia que determinados órgãos da Administração Pública desempenham funções judicantes é identificada por alguns autores com a noção de método de trabalho, a respeito ver Sundfeld (2003) e Lima (2009).

corpo definido de autoridades, que formam um colegiado que decide casos concretos a partir de determinada estrutura e regramento.¹²

Basta admitir como exemplo o tribunal administrativo do Cade, conselho criado em 1962 como órgão do Ministério da Justiça e transformado em 1994 em autarquia federal vinculada ao mesmo ministério, que recebeu novas atribuições como órgão judicante pela Lei n.12.529/2011 (Lei do Antitruste). Dentre outras funções, o tribunal do Cade é o órgão responsável pelo julgamento de processos administrativos e pela atuação preventiva das alterações de mercado em que haja possível prejuízo ou restrições à livre-concorrência por meio dos chamados atos de concentração.

Importa constatar que o tribunal do Cade é cercado de ritos e solenidades similares às do Judiciário. No que se refere à sua organização, trata-se de um órgão colegiado, composto por seis conselheiros e um presidente – todos com mandato de quatro anos sem a possibilidade de recondução – com notório saber jurídico e econômico, nos termos definidos pelo artigo 6º da Lei do Antitruste.

Em relação à qualidade técnica, tal como em alguns cargos do Judiciário, os conselheiros do Cade são selecionados por meio de um processo meritocrático – e supostamente não político – de nomeação que exige dentre os requisitos o notável saber técnico. As nomeações também exigem aprovação pelo Senado Federal, a exemplo das vagas de ministro no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

Semelhante à atuação dos juízes, que gozam de garantias funcionais como a independência judicial, a livre convicção motivada e a não acumulação de cargos, os conselheiros possuem independência técnica e são vedados a desempenhar outras atividades. Vale dizer, juízes e conselheiros não se submetem a nenhuma outra autoridade e possuem liberdade irrestrita para interpretar motivadamente as provas produzidas, ao mesmo tempo em que são vedados a dedicar-se às atividades político-partidárias.

Da mesma forma que juízes, conselheiros também gozam do benefício da irresponsabilidade diante de erros de suas decisões – benefício que se relaciona com a própria ideia da independência funcional, da falibilidade dos juízos e da soberania dos exercícios estatais, salvo nas hipóteses do artigo 143 do Código de Processo Civil.

Todavia, uma importante diferença entre ambos modelos decorre do perfil da composição do tribunal. No Cade não há apenas advogados, promotores ou juristas, mas também engenheiros, economistas, entre outros profissionais que atuam no âmbito do antitruste – verdadeiros experts em razão do conhecimento mobilizado.

É possível dizer que tal composição sinaliza uma maior diversidade e assegura uma pluralidade de

¹² Destaca-se as considerações de Lima: “Em linhas bastante gerais, basta atentar, por exemplo, para o fato de que a estrutura e o *modus operandi* do Cade reproduzem o modelo dos tribunais brasileiros: há um número fixo de conselheiros, a quem cabe relatar os casos distribuídos periodicamente, e que se reúnem em plenário para tomar as decisões que lhe cabem com base na aplicação da lei ao caso concreto. Assim como o Judiciário, o Cade está estruturado para tomar decisões pontuais sobre casos concretos e não para planejar a defesa da concorrência tendo em vista o panorama mais geral. Não chega, assim, a surpreender o fato de que o Cade tem, de fato, procurado mimetizar o Judiciário e se portar como um verdadeiro tribunal da concorrência” (2009, p.29).

opiniões dentro do plenário¹³ – tal como à luz de algumas justificativas da regra do quinto constitucional.¹⁴ Porém, é evidente que a expansão e o protagonismo do Cade na sociedade brasileira também ocorreram diante da valorização da atuação dos experts no interior dos sistemas político e jurídico do país.

Segue uma sistematização da atuação dos tribunais, com base nos apontamentos precedentes.

Tabela 1. Comparações entre o Tribunal judicial e o Tribunal administrativo do Cade.

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

Fonte: Autor

Em que pese constatar a mimetização normativa pela administração de algumas características consagradas do tribunal judicial, é possível cogitar também que tribunais administrativos absorveram as lógicas e ambiguidades das práticas do Judiciário, reforçando os problemas e o paradoxo da atuação dos experts no direito.

O estudo adota algumas conclusões extraídas de pesquisas dos trabalhos de Kant de Lima (1995) e de Baptista (2008 e 2013) acerca dos problemas reproduzidos pelas práticas judiciárias no país.

Dentre os problemas se destaca que a verdade no processo brasileiro é formada e imposta pelo juiz ao arbítrio das partes e que prevalece uma lógica excludente no processo judicial, sobretudo nas diferenças de atuações entre a primeira e a segunda instâncias, que reproduz lógicas discrepantes e veladas. Inclusive, Kant de Lima (1995) afirma que a verdade no processo judicial é um resultado das relações pessoais, sociais, políticas e de poder que estão subjacentes à tomada de decisão em detrimento da ideia da aplicação neutra do texto legal pelo juiz.¹⁵

¹³ Dos sete conselheiros atuais, cinco possuem graduação em direito, dois em ciências econômicas e um em administração pública. Todos possuem pós-graduação. Foi computada uma formação a mais no caso do conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo em razão de uma dupla graduação em direito e em economia. Esta consulta foi realizada junto aos dados dos currículos lattes, em 06/03/2017.

¹⁴ Algumas justificativas do quinto constitucional indicam que a pluralidade na composição permite que o tribunal represente diferentes pontos de vistas da sociedade. Tal justificativa admite certo o funcionamento das sessões de julgamentos, nas quais existe *em tese* uma interação deliberativa, com debate e a troca de argumentos entre os pares. Todavia, como é apontado, na prática, a interação deliberativa nos tribunais é altamente problemática, a respeito ver Santana et al. (2015).

¹⁵ Em outro texto, Kant de Lima e Batista (2014) afirmam que “o direito [é] um tanto enigmático, já que as bases de sua legitimidade estão fincadas em um saber que não está disponível a todos e que, uma vez revelado leva imediatamente ao poder” (2014, p.7).

Da mesma forma que o saber do direito pode ser um poder ocultado da sociedade, também é o caso do conhecimento dos experts. As observações de Kant de Lima reforçam a descrição de Kennedy, da qual os modos de atuação desses profissionais ocultam tensões entre o conhecimento e o poder. Diz o jurista estadunidense que o poder dos experts está em toda parte legitimado por práticas de conhecimento, como uma rua de mão dupla “minhas ideias legitimam seu poder, e seu poder reforça minhas ideias” (2016, p.8).

Esses diagnósticos indicam o enorme abismo entre a dimensão normativa, escrita e legislada do direito daquela praticada nos tribunais. O direito reproduz suas inconsistências excludentes ao se isolar, negando a realidade e desqualificando todo e qualquer conhecimento produzido fora dele. No caso específico dos tribunais judiciais em relação ao processo de construção da verdade jurídica, observa-se que não há espaço para o diálogo e para o consenso em razão da concentração dos poderes pelos juízes e da exclusão das partes nas deliberações.¹⁶

Tal situação corrobora outro diagnóstico em relação a fraca interação argumentativa nos tribunais, como discutido por Santana *et al.* (2015) ao observar a ausência da preocupação dos juízes com a coerência e com o encadeamento dos argumentos nas decisões. É em razão dos desenhos institucionais e da cultura dos juízes, que as decisões colegiadas no Brasil são compostas por um conjunto aleatório de votos, por vezes, contraditórios.

Em muitos casos no Brasil o julgamento da corte acaba sendo uma soma de votos, que podem ser justificados pelos juízes por diferentes argumentos e sem coerência no resultado final. Trata-se, ademais, de uma justiça opinativa¹⁷ como caracterizada por José Rodrigo Rodriguez que afirma: “[...] a jurisprudência é feita [no Brasil] pelo resultado e não pela fundamentação” (2013, p.229).

Em vista disso, questiona-se em que medida as inconsistências apontadas nos tribunais judiciais são reproduzidas pelos tribunais administrativos, em especial no Cade. Qual seria a principal diferença na tomada de decisão, sobretudo em relação à construção de verdades pelos experts?

Como mencionado, em muitos casos o direito aloca o poder de decisão aos experts, que em algumas circunstâncias acredita-se serem os que decidem melhor os casos difíceis. Na sequência são apresentados alguns achados da pesquisa que buscam descrever e debater o ponto.

Repercussões no campo da construção da verdade jurídica no Tribunal do CADE

O estudo apresenta algumas descrições das deliberações em processos no tribunal do Cade. Para

¹⁶ Interessante a identificação dessa situação de concentração de poderes pelos juízes com um discurso como ministros da verdade, indicando uma compreensão espiritual do ato de julgar. Como Batista indica, juízes possuem um dom para revelar as verdades do processo judicial e ao mesmo tempo disfarçam as desigualdades em relação as partes – da mesma forma que se privilegiam as formas escritas (e não orais) no processo. Diz a autora: “Os fatos não são fruto de um diálogo exercido entre as partes, mas são impostos e definidos pelo juiz, que centraliza em suas mãos o curso processual. É aí que a verdade e a oralidade se inter-relacionam. Se a oralidade fosse efetivada, a verdade seria objeto de construção em audiência. Ao se escrever o processo, a verdade advém do discurso de autoridade do juiz, externado na sentença que ele profere em seu gabinete, sem a participação dos envolvidos, aos quais só cabe acatar” (2008, p.154).

¹⁷ Segundo o Rodriguez, “a função dos juízes no Brasil é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático” (2013, p.63).

tanto foram coletados dados das gravações das sessões de julgamento e realizada a análise de votos dos conselheiros disponíveis no sítio eletrônico. Dado o caráter descritivo e exploratório da pesquisa, a seleção desses julgados foi feita de forma aleatória na medida em que se justificaria a análise de qualquer sessão do Cade que julgasse processos administrativos. Foi analisado o áudio da 51ª Sessão Ordinária, realizada em 01/10/2014.¹⁸

Destaca-se que o estudo é uma pesquisa de natureza documental de modo que as decisões escritas e os áudios são analisados a partir de uma perspectiva crítica, levando em conta o contexto de produção do texto e do áudio, bem como a identidade dos autores, as suas naturezas e lógicas internas.

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

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

O objetivo foi constatar que problemas semelhantes do Judiciário são reproduzidos em outras estruturas extrajudiciais, agora pelos experts.

Formas de deliberação

Após as escutas do áudio de alguns julgamentos do plenário,¹⁹ com as leituras dos diferentes votos e alguns debates dos conselheiros, foi possível fazer algumas observações em relação à forma de deliberação desse tribunal.

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

Após as manifestações dos advogados, em alguns casos os conselheiros solicitaram esclarecimentos aos seus pares, às partes ou aos seus advogados, sobre fatos e circunstâncias pertinentes à matéria em debate, ou, ainda, pediram a vista dos autos – caso em que o julgamento é suspenso.

¹⁸ A pauta desta sessão compreendeu os seguintes processos administrativos, 08012.000261/2011-63, 08012.004472/2000-12, 08012.005374/2002-64, 08012.003048/2003-01, 08012.008477/2004-48, 08012.007189/2008-08 e 08012.010075/2005-94, além do ato de concentração 08700.009924/2013-19.

¹⁹ Em relação as disposições e práticas das sessões vale pontuar que o presidente tem assento na parte central da mesa de julgamento, ficando o procurador-chefe do Cade à sua direita e o secretário da sessão à sua esquerda. Os demais conselheiros sentam, pela ordem de antiguidade e, alternadamente, nos lugares laterais. Ainda, há uma tribuna ocupada para aqueles que quiserem formular requerimento, produzir sustentação oral ou para responder as perguntas que forem feitas pelos conselheiros.

Durante a sessão de julgamento, nenhum conselheiro se manifestou substancialmente sobre as alegações produzidas e, de maneira similar aos tribunais judiciais, o que se constatou nos áudios foi que boa parte da prática do julgamento foi reduzida as leituras dos votos.

Cada conselheiro já trazia na sessão seu voto elaborado e não considerava em efetivamente debater com os demais e sequer dialogar com as sustentações orais. As poucas interações ocorridas foram em relação às questões processuais. Concluídas as leituras, o presidente tomava os votos dos conselheiros e proclamava a decisão.

Na prática, as deliberações foram minimizadas diante da preponderância do processo formal e escrito e da atuação individualizada de cada conselheiro. Tal situação é corroborada pela constatação já indicada de que frequentemente processos são decididos como uma espécie de “placar final” ou pela soma simples dos votos – não sendo compatível como uma visão deliberativa da corte que pressupõe um posicionamento uníssono ou algum tipo de consenso do colegiado. Conselheiros, experts, tal como os juízes, acabam decidindo isoladamente, antes de ouvirem os argumentos dos seus pares.

A lógica do pedido de vista também justifica essa prática,²⁰ na medida em que é um meio capaz de evitar ou interromper um debate sob o pretexto da necessidade de refletir mais sobre o processo,²¹ independente do voto do relator ou de qualquer escrutínio público. Tal situação foi observada na sessão em três vezes, com a alegação da necessidade de maior tempo para análise de provas. Vale lembrar que no Judiciário o pedido de vista é um grande problema, sobretudo no STF, como diz Joaquim Falcão “a banalização do descumprimento de prazos legais acaba transformando o pedido de vista em verdadeiro e antidemocrático poder individual de veto do ministro do Supremo” (2016, p.92). Indaga-se, portanto, o abuso do poder individual das autoridades decisórias, sejam elas judiciais ou extrajudiciais.

Por fim, interessante verificar os participantes dessas sessões. Nos áudios sempre foram registradas as participações de conselheiros e advogados, e não se constatou nenhuma intervenção das partes. Tal situação se identifica com as descrições das deliberações ocorridas na 2ª instância judicial, onde os desembargadores sequer conhecem as partes.²²

Diante dessas caracterizações e da fraca interação deliberativa constatada, o estudo confirma que a construção de verdade do Cade compartilha uma série de críticas à semelhança das atuações judiciais.

²⁰ Acredita-se que uma outra situação contrária à ideia de deliberação do Tribunal é a autorização expressa pelo regimento do “julgamento em bloco”. Diante de unanimidade nas conclusões dos pareceres técnicos e entendendo o conselheiro-relator serem elas suficientes à formação do seu convencimento, o parágrafo único do artigo 92 autoriza que: “Na hipótese do caput, poderá o Conselheiro-Relator ser dispensado da leitura do voto, sendo permitido que o julgamento dos demais procedimentos análogos pautados seja realizado em bloco”.

²¹ Conforme a previsão no regimento do Cade, no artigo 98, §1º: “O membro do Plenário que formular pedido de vista restituirá os autos para julgamento em até 60 (sessenta) dias imediatamente subsequentes ao pedido de vista. Após esse período, o feito será automaticamente incluído em pauta para prosseguir o julgamento e colher os demais votos”.

²² Veja a comparação com a descrição do Judiciário por Baptista, “outra modalidade é caracterizada na 2ª instância e se manifesta apenas internamente no âmbito do julgamento, ou seja, entre os operadores integrantes dos cenários: os advogados das partes e os desembargadores. Nessa modalidade de oralidade, os desembargadores, por força de lei, permitem que os advogados das partes usem a palavra oral para defende-las, desde que se atenham ao trato da questão em causa e às técnicas processuais a ela pertinentes, sem qualquer participação pessoal das partes, sendo a presença delas dispensadas nesta fase” (2008, p.143). Deve-se lembrar também que as sessões do Cade em regra são públicas, mas somente quando o Plenário do Tribunal entender ser necessário é admitida a participação das partes e dos interessados. É assim que acontece também com a intervenção de *amicus curiae*, advogados e representantes legais das empresas.

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

Os votos dos conselheiros e a produção de provas

Muito embora verificou-se a fraca interação deliberativa nas sessões, importa destacar o debate acerca das análises de evidências empíricas – apresentadas nos votos dos conselheiros e nos pareceres que instruíram os processos mencionados na sessão.

Diferente de outras práticas do Judiciário, prevalece no Cade uma técnica casuística para analisar e qualificar os fatos, exigindo da autoridade um raciocínio mais elaborado do que a mera subsunção à lei.

O estudo acredita que isto decorre de uma situação específica do direito antitruste – e não da atuação dos conselheiros. Trata-se da necessária relação entre a influência das análises econômicas e o direito antitruste. Essa hipótese é reforçada porque há previsão expressa no texto legal que a decisão do tribunal, em qualquer hipótese, deve ser fundamentada quando existir infração à ordem econômica, com a especificação dos fatos que constituam a infração apurada.

No direito antitruste, a decisão não se configura a partir da mera aplicação do texto legal, pois se exige da autoridade um esforço de justificação a partir de evidências empíricas – diferente de outros casos de adjudicação do direito. Nesse sentido, foi possível constatar que em todos os processos administrativos analisados ocorreram produções de provas e consultas técnicas, independente do resultado (condenação ou arquivamento).

Portanto, é possível afirmar que prevalece uma exigência maior de justificação por parte dos conselheiros do que em relação aos juízes, em razão das próprias características do direito antitruste, que reclama por referências concretas extraídas da microeconomia.²³

A título de exemplo, o texto do *caput* do artigo 36 da Lei do Antitruste é bastante amplo, abrangendo infinitos atos que podem ser praticados em restrição à concorrência e, inclusive, indicando um rol exemplificativo (e não exaustivo) de condutas anticoncorrenciais. Diante dessas previsões, a Lei exige a necessidade da comprovação destas infrações por meio de provas concretas dos fatos econômicos. Trata-se da aplicação da regra da razão.

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

²³ Luís Fernando Schuartz destaca o ponto: “o salto qualitativo deve-se, sobretudo ao fato de essa reorientação metodológica garantir o “acoplamento estrutural” entre o direito antitruste e a ciência econômica, com a qual se abre uma via de mão dupla a conectar esses dois âmbitos, estimulando um fluxo intensivo de informações [...]” (2007, p.3)

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

Na mesma sessão também se discutiu o processo nº 08012.010075/2009-94 que apurava eventual conduta de empresa que impedia a entrada de novos agentes no mercado de revenda de combustíveis por meio de lobby visando uma regulação mais favorável. No caso ficou evidenciado que as acusações não foram comprovadas. O relator mencionou uma série de atas da empresa que apontavam uma possível articulação entre os interesses dos associados em formular projetos de lei para estabelecer regras tributárias de segurança e de meio-ambiente mais favoráveis para os seus negócios. No entanto, a conclusão no debate do julgamento foi que não havia, nesses documentos, quaisquer elementos que demonstrassem falsidade que se caracteriza o ilícito como um prejuízo econômico.

À primeira vista é possível afirmar que diante das avaliações fáticas próprias do direito antitruste é justificável a discricionariedade técnica dos experts. Como mencionado, a decisão no direito antitruste com frequência resulta de critérios que não estão diretamente presentes na legislação, mas decorrem do conhecimento técnico aplicado ao caso concreto, que justificariam sua aplicação por meio de diferentes metodologias. Com efeito, as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a própria decisão do Cade.

Todavia, tais exigências são provenientes da própria estrutura do direito antitruste e não da atuação dos conselheiros. Após a descrição de uma série de práticas na sessão foi possível perceber, na verdade, a reprodução de alguns problemas já provenientes do Judiciário, a saber: deficiências de deliberação; dificuldade de acesso das partes; pedidos de vista entre outros. Tanto juízes como experts reforçam certas distorções de poder e conhecimento quando decidem.

Como é apontado a seguir, a particularidade do caso dos experts é que tais distorções ocorrem em nome da ciência e pelo direito.

A construção das verdades pelo Direito e pela Ciência

A ciência é o campo de atuação dos experts, porém o estudo apresenta uma outra descrição da atuação desses profissionais pelo campo do direito.²⁴ De início percebe-se, então, que o expert não passa a fazer referência ao campo da ciência. Ao contrário, ele está deslocado e em outra situação - como nos casos retratados acima - e, portanto, o interesse é discutir como o direito traduz nas suas operações os conhecimentos científicos e produz verdades por meio da atuação dos experts.

²⁴ Por sinal, não é o caso de discutir aqui o tema da ciência do direito - seja como uma teoria da norma, da interpretação ou da decisão, que, por fim, se refere à produção da dogmática jurídica para lidar com o problema de decidibilidade no direito (FERRAZ JR., 2010, p.135-137). De fato, nessa chave, o jurista também é um expert. Ainda que seja possível defender o caráter científico da ciência do direito - com base na especificidade do seu objeto e método, além é claro de sua sistematicidade -, a discussão proposta é sobre como direito e ciência, enquanto sistemas sociais, se influenciam de maneira recíproca.

Cumpre lembrar que o campo da ciência, inclusive o termo, é uma área de disputa e de incertezas, o que remete aos diferentes critérios utilizados para sua definição ao longo da história. Da mesma forma acontece com o debate acerca do conceito de verdade nas teorias da ciência, em especial em relação à distinção entre o conceito de verdade e os critérios de verdade.

Da definição tripartida de conhecimento no diálogo platônico *Teeteto* à definição aristotélica por meio de processos indutivos e dedutivos, ou do empirismo ao cartesianismo, a história da ciência é marcada por construções, rupturas e refutações. Tornou-se evidente que a produção de conhecimento científico passou a se referir as suas operações internas, que são socialmente e materialmente condicionadas e em continua disputa.

Nesse sentido o filósofo Gaston Bachelard afirma “[n]o fundo, o ato de conhecer dá-se contra um conhecimento anterior, destruindo conhecimentos mal estabelecidos, superando o que, no próprio espírito, é obstáculo à espiritualização” (2011, p.17). Para além da aplicação correta dos métodos e das provas, produzir conhecimento científico depende também do esclarecimento das suas condições materiais e sociais de produção, daquilo que é considerado verdadeiro na época, dos consensos da comunidade científica, bem como dos instrumentos e métodos disponíveis.

Independente de uma definição última de ciência, este trabalho indica que ao referir-se ao conhecimento científico, o direito não é ciência. Aliás, o próprio critério de verdade ou falsidade se modifica, pois verdade ou falsidade é contingente e operado pela ciência.

O direito em contrapartida exige definitividade e certezas por meio das suas decisões, operações que são diferentes da ciência. Nesse sentido a filósofa Susan Haack (2015, p.22-25) esclarece que a construção da verdade jurídica no processo judicial não pode ser confundida com o processo de investigação da verdade científica.²⁵

Se alguém é condenado com base em uma perícia técnica, tal condenação persistirá e produzirá seus efeitos, mesmo que a técnica utilizada pela perícia seja questionada em face de outros conhecimentos científicos disponíveis e que apontem para problemas no método empregado. Nada garante, contudo, que o direito reconsidere essa decisão pelos outros conhecimentos científicos apresentados. Da mesma forma os experts não estão constrangidos a prestar contas de suas decisões à comunidade científica, pois já estão em outro campo de atuação.

Desse modo, prevalece um risco de aplicar de maneira não desejável os conhecimentos científicos se considerar a cultura adversativa do direito, isto porque o processo jurídico pode criar certeza ou dúvida científica espúria e artificial. O que está em evidência são os problemas de tradução e de operação dos conhecimentos científicos pelo direito.

Quando o sistema jurídico incorpora e reproduz em suas decisões as razões apresentadas pelos experts, o conhecimento científico passa a ser jurídico. Inevitavelmente esses conteúdos são alterados e um

²⁵ Nesse sentido afirma Haack que “[...] não são as decisões judiciais acerca da confiabilidade probatória nem os argumentos e contra-argumentos expostos perante um tribunal, mas o caráter dos fenômenos e eventos do mundo descrito pelas reivindicações científicas que torna verdadeiras as proposições científicas verdadeiras e falsas as proposições falsas” (2015, p.20).

novo significado é estabelecido que, por vezes, não logra a tirar o máximo proveito da ciência e de toda a sua história. A seleção e a tradução do conhecimento científico são o resultado do trabalho da autoridade, que não é um cientista.

O risco é o da não distinção operada pela autoridade decisória ao consolidar verdades científicas, necessariamente abertas e provisórias, como juridicamente confiáveis. Em outras palavras, o direito – por meio da atuação dos experts – pode produzir falsidades científicas em verdades jurídicas, uma efetiva disfunção juridificada.

Retomando o caso da perícia técnica, pode-se ter notícia que o método empregado em tal perícia é meio de prova menos eficaz já que novas metodologias foram elaboradas, ou inclusive que o método foi refutado – nesse sentido cientificamente a decisão jurídica está equivocada.

Tal cenário é evidenciado se admitir, por exemplo, as descrições da Teoria dos Sistemas Sociais. Nesse recorte não é possível aceitar a transposição direta do campo da ciência para o direito. Günther Teubner (2015, p.82-90) pontua bem a questão indicando que as inovações científicas apenas possuem significado para o direito na medida em que são filtradas pela dogmática, relevando a questão da responsividade.

A ideia de responsividade do direito segundo a leitura sistêmica não pode ocultar nenhuma tensão, pois trata da observação da recepção legal do conhecimento científico que é sempre uma reentrada da diferença sistema e ambiente. Dessa forma, experts permitem uma reconstrução jurídica interna dos conhecimentos científicos, mas não uma confusão entre as operações dos sistemas.

Nessa chave, diz Teubner, a reconstrução “não é mera transferência de significado idêntico para outra linguagem” (2015 p.89), mas é uma forma de criar novas estruturas. O problema, na prática, é observar como a reconstrução acontece já que tais sistemas operam com códigos e programas muito distintos, ou ainda lidam com expectativas muito diferentes. No caso da ciência, a expectativa é cognitiva, apreendida e modificada a qualquer tempo.²⁶ No caso do direito, a expectativa é normativa, limitada e não modificada a qualquer tempo. Na prática, é possível apontar outras tensões que retratam as dificuldades da reconstrução, como o caráter decisório do direito vis-à-vis falibilismo científico, advocacia vis-à-vis investigação e a inércia vis-à-vis inovação.

Em muitos outros casos a aproximação entre direito e ciência também ocorre por meio dos interesses comerciais e revelam um risco de colonização do sistema econômico ou de certas práticas de pilhagem realizadas por organizações privadas para defender os seus interesses econômicos, que ocorrem em escala global como apresentados por Mattei e Nader (2008). Nesse sentido é possível lembrar as distorções de informação das indústrias farmacêuticas ou fabricantes de produtos químicos em processos judiciais discutindo o remédio *Vioxx*.²⁷

²⁶ A título de exemplo, a perspectiva pragmática admite que o processo científico é um empreendimento provisório e completamente falibilista, sujeito à refutação da comunidade científica. Em vista disso, é possível indagar como o direito lida com esses aspectos, se considerarmos a atuação dos experts no sistema jurídico.

²⁷ Ver Hensel e Teubner (2014).

Importa perceber que tais colonizações também podem ocorrer por meio dos experts. Inclusive, esse cenário pode ser transferido para os casos de abusos concorrenciais julgados pelo Cade. Um importante encaminhamento nesse sentido é a pesquisa de Iagê Miola (2016, p.670-675) sobre o Cade, que apresenta uma leitura crítica sobre as decisões do tribunal ao indicar que muitas atuações dos conselheiros se adequam a uma agenda neoliberal. O sociólogo constatou que muitas concentrações econômicas conduzidas por agentes estrangeiros acabaram sendo justificadas pelo tribunal como eficientes e favorecem, em sentido contrário, o monopólio de certos segmentos de mercados no país.

Fato é que o conhecimento científico pode ser mobilizado para qualquer sorte, favoráveis e desfavoráveis às pretensões em disputa – o que revela a fragilidade e a plasticidade desses conhecimentos quando são recepcionados pelos experts, enquanto autoridades decisórias.²⁸ Kennedy (2016) afirma, por exemplo, que esses conhecimentos apenas funcionam no direito como assertividades, que não podem ser questionadas já que se tornam atos de poder quando alguém faz algo como resultado. Experts afirmam, com base na sua experiência, o que deve ser feito e decidido, simplificando o processo decisório e ocultando os círculos de poder.

Em suma, as atuações dos experts no interior do sistema jurídico revelam que as respostas científicas não estão bem equipadas para fornecer soluções para o direito, já que possuem uma diferente temporalidade relacionada ao processo de investigação, uma diferente operação por meio da refutação da comunidade científica e, por fim, por cumprir uma diferente função.²⁹

Em vista disso, é evidente a dificuldade do sistema jurídico operar com os experts, sem reproduzir desigualdades e injustiças. Ao mesmo tempo, o caso dos experts revela a importância de discutir modelos que busquem evitar as possíveis colonizações e disfunções quando o conhecimento científico é operado pelo direito.

Considerações finais

Após o registro das descrições de algumas práticas decisórias do Cade, aliadas com comparações de outros trabalhos já produzidos, foi possível realizar uma aproximação entre tribunais judiciais e administrativos, em relação à estruturação e à tomada de decisão.

O estudo constatou que tanto experts quanto juízes compartilham problemas relacionados a construção de verdades jurídicas em casos difíceis, seja por mimetizar as estruturas do Judiciário, ou por revelar a fragilidade da operação dos conhecimentos científicos pelo direito.

No primeiro caso, o estudo revelou que os conselheiros do Cade trazem na sessão seus votos já

²⁸ Aqui é possível fazer uma comparação do uso jurídico do conhecimento científico com a crítica feita por Bachelard em relação ao uso científico da opinião, diz o filósofo “[s]e, em determinada questão, ela [ciência] legitimar a opinião, é por motivos diversos daqueles que dão origem à opinião; de modo que a opinião está, de direito, sempre errada. A opinião pensa mal; não pensa: traduz necessidades em conhecimentos. Ao designar os objetos pela utilidade, ela se impede de conhecê-los” (2011, p.18).

²⁹ Inclusive, relata Haack (2015, p.42-47) que regras jurídicas podem tornar impossível a mobilização de informações científicas úteis já que o sistema jurídico tende a atrair como testemunhas cientistas de certa forma marginais, dispostos a emitir um parecer baseado em posições controversas e contribuir para consolidar como uma verdade jurídica.

elaborados, bem como foi indicado a preponderância do processo formal e escrito em detrimento dos debates nas sessões de julgamento. Tais descrições corroboram o fato que há um afastamento e um excesso de controle em relação à participação das partes nas sessões de julgamento e são poucos os estímulos para que debates ocorram entre os conselheiros, sobretudo em razão do voto já se encontrar pronto antes da sessão.

Observa-se que são poucos os constrangimentos que os conselheiros sofrem para considerar e dialogar com as razões indicadas pelos seus pares à semelhança da atuação dos desembargadores. Muitas dessas dificuldades ocorrem pelo fato que tribunais administrativos seguem as mesmas estruturas do Judiciário, em especial em relação as regras substantivas da atuação no plenário. Trata-se de um verdadeiro problema de desenho institucional.

No segundo caso, com base em uma literatura crítica e também sistêmica, foram pontuadas as dificuldades da apropriação do conhecimento científico pelo direito, por meio da atuação dos experts. Os problemas decorrem da redução e tradução realizada pelo direito, que não consegue lidar com o falibilismo científico e pode consagrar conhecimentos científicos provisórios, ou até mesmo falsidades, como verdades jurídicas.

A atuação dos experts nos casos difíceis se revela, assim, tão problemática quanto a atuação judicial. Deve-se lembrar que no caso judicial, quando a prova do fato depender de conhecimento científico, o juiz também poderá determinar a realização de prova pericial e, portanto, apreciará o laudo tal como faz um expert. Dessa forma as distinções entre expert e juiz, ou mesmo as justificativas para as incorporações desses profissionais enquanto autoridades decisórias no direito, se tornam frágeis diante das tensões que ocultam.

Ainda que seja considerada a diferença em relação à preponderância das análises probatórias nos julgados do Cade, tal situação é apenas justificada a partir da particularidade do direito antitruste em relação às metodologias microeconômicas, e não em relação a atuação dos conselheiros. O caso do Cade não se diferenciou de forma significativa em relação ao Judiciário.

Fato é que juízes e experts enfrentam pressões políticas, negociam e barganham seus votos, afinal tais profissionais estão situados entre o conhecimento e o poder ao tomar certas decisões. Desse modo, o trabalho indica a importância de uma guinada empírica para melhor compreender os motivos de alocação de determinadas decisões para uns e outros, para além do argumento de que os conhecimentos dos experts são infalíveis e verdadeiros.

Desenhos institucionais e a própria cultura compartilhada pelos tomadores de decisão devem ser confrontados com modelos mais flexíveis e não excludentes, isto é, abertos a participação das partes e suscetíveis ao controle pela sociedade, incluindo aí a comunidade científica. Não é o caso de negar a influência (ou a “autoirritação”) da ciência no sistema jurídico, porém, ao invés de acreditar que prevalece uma neutralidade na atuação ou uma posição privilegiada dos experts, é preferível denunciar as ambiguidades que se autorreproduzem e desnaturalizar os problemas das práticas decisórias para efetivamente produzir melhores respostas no futuro, sejam elas atribuídas aos juízes ou aos experts.

Referências

- BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução Estrela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.
- BAPTISTA, Barbara Gomes Lupetti. **Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial**: entre queres e poderes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.
- _____. **A Oralidade Processual e a Construção da Verdade Jurídica**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 23, p.131-160, 2008.
- BRASIL, Lei 12.529/2011 de 30 de novembro de 2011. Dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acessado em 07 dez. 2015.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FALCÃO, Joaquim. **O Supremo, a Incerteza Judicial e a Insegurança Jurídica**. Journal of Democracy, Ano 5 No.2, p.79-97, 2016.
- FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Discussão. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito**: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Cadernos de Direito FGV. São Paulo. v.7 no. 3, mai. 2010.
- _____. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERREIRA, Gabriel Fonseca. **Interpretação Jurídica no Estado Regulador**: Observações à luz da Teoria dos Sistemas e da Teoria do Direito. Curitiba: Juruá Editores, 2016.
- GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo norte-americano no direito constitucional brasileiro**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.
- HENSEL, Isabell; TEUBNER, Günther. **Horizontal Constitutional Rights as Conflict of Laws Rules**: How Transnational Pharmagroups Manipulate Scientific Publications, 2014.
- KANT DE LIMA, Roberto. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro**: seus dilemas e paradoxos. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Barbara Gomes Lupetti. **Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica?** Um desafio metodológico. Anuário Antropológico, v. 39, p.9-37, 2014.
- KENNEDY, David. **A world of struggle**: how power, law and expertise shape global political economy. United Kingdom: Princeton University Press, 2016.
- LIMA, Ticiano Nogueira. **O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira**. Dissertação de mestrado. Departamento de direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder**: when the rule of law is illegal. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.
- MIOLA, Iagê Zendron. **Direito da concorrência e neoliberalismo**: a regulação da concentração econômica no Bra-

sil. Revista Direito e Práxis, v. 7, p.643-689, 2016.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. **Discricionariiedade e Apreciações Técnicas da Administração**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p.217-268, 2003.

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

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

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

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

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

TEUBNER, Günther. **Direito e teoria social: três problemas**. Tempo Social, São Paulo, v. 27, n. 2, p.75-101, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984.