UMA PROPOSTA DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO DA CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO*

*Ricardo Gonçalves*** / *Ana Lourenço****

Abstract: *The creation of the Competition, Regulation and Supervision Court (TCRS), in 2012, in the city of Santarém, was decided on the basis of theoretic assumptions, especially that a specialised court in this field could significantly contribute to the improvement of the Justice system. At the time, no prospective assessment was carried out of the impact of the legislation. This article is, fundamentally, a proposal of a methodology for a retrospective analysis of the impact of the TCRS, taking into account the combination of two decisions of judicial policy: specialisation and delocalization.*

Resumo: A criação do Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação (TCRS), em 2012, na cidade de Santarém, foi decidida com base em pressupostos teóricos, sobretudo de que um tribunal especializado neste domínio poderia contribuir de forma significativa para a melhoria do sistema de Justiça. Não foi feita, na altura, qualquer avaliação prospetiva de impacto legislativo. Este artigo consiste, essencialmente, numa proposta de metodologia para uma avaliação retrospetiva do impacto do TCRS, tendo em conta a combinação de duas decisões de política de Justiça: a especialização e a deslocalização.

Sumário: 1. Introdução. 2. Enquadramento. 3. Breve revisão da literatura. 4. Sobre as avaliações de impacto legislativo. 5. Uma proposta de avaliação de impacto da criação do TCRS. 6. O cenário base. 7. Os indicadores de custo e benefício. 8. Conjeturas sobre os custos e benefícios da criação do TCRS. 9. Conclusão.

---

* Agradecemos aos Professores Doutores Nuno Garoupa e Miguel Sousa Ferro os comentários e sugestões que fizeram.

** Católica Porto Business School e CEGE, Universidade Católica Portuguesa.

*** Católica Porto Business School e CEGE, Universidade Católica Portuguesa.

1. INTRODUÇÃO

Em 2011, Nuno Garoupa escreveu que o poder político tem 'uma obsessão' pelos tribunais especializados, ao mesmo tempo que lembrou que 'os adeptos da especialização olham sempre para os benefícios e não para os custos' (Garoupa 2011). Radicando nesta afirmação, o objectivo deste artigo é desenvolver uma metodologia que permita efetuar uma avaliação do impacto da recente criação do tribunal de competência especializada para matérias de concorrência, regulação e supervisão, com a particularidade, no caso em apreço, de tal tribunal ter sido criado em Santarém. O presente artigo procura, portanto, com base neste caso, apresentar uma metodologia que permita analisar a combinação de duas decisões tomadas ao nível da organização do sistema de Justiça: a especialização e a deslocalização.

A literatura refere dois significados de 'especialização' dos tribunais: a especialização enquanto competência em matérias enquadradas na mesma área do Direito, e a especialização enquanto capital humano, ou seja, dotação de um corpo de juízes com formação, experiência ou competências técnicas em determinadas matérias. Para Ginsburg e Wright (2013), dadas as diferentes formas de especialização, o melhor modo de a conceber é em termos gradativos: a especialização dependerá da percentagem de casos submetidos numa determinada matéria e do grau de saber técnico dos juízes que os analisam. No caso português, a referência a tribunais de competência especializada corresponde à restrição a determinada área ou áreas do Direito sendo, portanto, uma questão de temática em apreciação, e não de capital humano. Quanto à deslocalização, o termo é usado no sentido de alteração geográfica do foro e, portanto, dos recursos necessários à administração da justiça, entre os quais os recursos humanos.

A nível internacional existem diversos estudos que tratam das vantagens e inconvenientes da especialização dos tribunais (Jordan, 1981; Dreyfuss, 1990 e 1995; Zimmer, 2009) e em diversas áreas, tais como família e violência doméstica (Garoupa et al., 2010; Mirchandani, 2005), administrativo (Bruff, 1991; Amaral-Garcia e Garoupa, 2015), concorrência (Ginsburg e Wright, 2013) e empresarial (Junge, 1998; Nees, 2007), entre outras. Quanto à deslocalização de tribunais, os estudos são escassos, centrando-se na deslocalização dos meios humanos em diversos sectores para além da justiça (Jefferson e Trainor, 1996; Le Goff, 2006). A nível nacional são ainda parcos os estudos de análise da especialização dos tribunais, sendo que nenhum deles incide sobre a questão da deslocalização. Destaca-se aqui Pereira e Wemans (2017), que, num estudo

de análise dos determinantes da produtividade da justiça cível em Portugal, concluem que o número de processos findos (por juiz) depende positivamente de alguns indicadores de especialização. Em particular, "… os magistrados tendem a ser mais produtivos na resolução de processos cíveis nas comarcas onde têm mais importância os juízos que se ocupam quase exclusivamente desta área processual", não porque tenha havido uma decisão superior relativamente a essa especialização, mas simplesmente porque acabam por predominar nessas comarcas processos da área cível (Pereira e Wemans, 2017, p. 22). No entanto, a evidência é menos robusta relativamente a efeitos positivos da especialização dentro do cível, nomeadamente pela forma do processo ou em função do valor da causa (que Pereira e Wemans, 2017, definem como 'competência específica').

O presente artigo procura, portanto, contribuir para colmatar a escassez de estudos sobre os custos e benefícios da decisão conjunta de especialização e deslocalização dos tribunais, tratando o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (doravante TCRS) como um estudo de caso exemplar, ou seja, como um caso particularmente ilustrativo do fenómeno em estudo (Yin, 2009). No entanto, o artigo consiste essencialmente numa proposta para uma avaliação retrospetiva de impacto. De facto, este é um exercício complexo, que requer uma análise cuidada da atividade processual. Apesar disso, tentamos descrever os principais elementos que deveriam orientar uma avaliação desse tipo, bem como, baseando-nos nos dados disponibilizados por Ferro (2017), formular algumas conjeturas sobre o possível resultado dessa avaliação, salientando, no entanto, o seu carácter preliminar.

2. ENQUADRAMENTO

A criação de um tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão foi anunciada no Comunicado do Conselho de Ministros de 22 de abril de 2010, tendo por fundamento "uma melhor redistribuição de processos e o descongestionamento e redução do número de pendências nos Tribunais do Comércio, tribunais onde o número de pendências é muito elevado". Cerca de um mês depois foi aprovada em Conselho de Ministros a Proposta de Lei n.º 32/XI, com vista à criação deste tribunal (bem como do tribunal de competência especializada para a propriedade intelectual) e à fixação das respetivas competências. O processo legislativo foi tomando o seu curso, culminando na publicação, em 24 de junho de 2011, da Lei n.º 46/2011, que cria o tribunal de competência especializada para a propriedade intelectual e o tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação

e supervisão. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 67/2012 de 20 de março instituiu o tribunal, sendo de realçar a localização da sua sede em Santarém e a sua composição em dois juízos, com um juiz por juízo[1], vindo depois a Portaria n.º 84/2012 de 29 de março declarar instalado o tribunal a partir de 30 de março de 2012.

No entanto, o comumente designado Memorando da Troika[2] de 17 de maio de 2011 estabelecia, entre as condições de enquadramento da assistência financeira ao Governo português, a necessidade de reforma do sistema judicial, incluindo o estabelecimento de um tribunal especializado em matéria de concorrência. Era, portanto, aparentemente clara a vontade de criação do TCRS, visto como um modo de "[…] assegurar as necessidades de especialização; proporcionar uma melhor repartição de competência material; descongestionar e reduzir a pendência dos tribunais de comércio; distribuir melhor os processos e maior qualidade e celeridade das decisões […]" (Correia, 2010, p. 36). Acrescia a estes objetivos o de alcançar "[…] acima de tudo, uma jurisprudência tão uniformizada quanto possível, visando acautelar as entidades reguladoras em presença", sendo que se considerava que "a natureza e a dimensão dos conflitos não justificava a disseminação por vários tribunais" (Correia, 2010).

No âmbito do processo legislativo conducente à criação do TCRS foram ouvidas várias entidades interessadas, tais como o Banco de Portugal, a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários e a Autoridade da Concorrência, que alertaram para aspetos que poderiam por em causa os objetivos assumidos pelo Governo nesta decisão[3]. Em termos gerais, estas entidades são de parecer favorável à criação do TCRS, na medida em que poderá ter resultados alinhados com os propósitos de política: a melhoria da qualidade das decisões em áreas de elevada complexidade técnica, a uniformização da jurisprudência e uma maior celeridade na decisão, associada ao descongestionamento dos tribunais até aí competentes. Mas apontam diversas condições necessárias ao alcance

1 De referir que no início do funcionamento do TCRS apenas entrou em funcionamento um juízo, dado que os processos pendentes à data da instalação deste tribunal se mantiveram nos tribunais competentes até essa altura (art. 18.º da Lei n.º 46/2011 de 24/06).

2 Nome usado na comunicação social para designar os compromissos assumidos pelo Governo Português perante o Fundo Monetário Internacional no Memorando de Políticas Económicas e Financeiras de 17 de maio de 2011 e perante a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, igualmente de 17 de maio de 2011. O Memorando da Troika estabeleceu as condições gerais da política económica a implementar pelo Governo português no contexto da assistência financeira por este pedida ao Fundo Monetário Internacional e à União Europeia.

3 Contributos disponíveis em https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar.

destes objetivos: a especialização técnica e preparação dos magistrados, a disponibilidade de assessoria técnica em domínios não jurídicos (por exemplo, Economia), a dotação de meios técnicos e materiais suficientes e uma rigorosa delimitação das entidades cujas decisões passam a ser impugnáveis perante o novo tribunal.

Particularmente impressivo nesta matéria é o comentário apresentado por duas juízas do Tribunal do Comércio de Lisboa (uma das quais a Juiz-Presidente), que era até 2008 o tribunal competente para a apreciação das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência no âmbito dos processos contraordenacionais e de procedimento administrativo. Segundo Costeira e Silva (2010) havia questões importantes a considerar para o bom desempenho tanto do TCRS como do Tribunal da Propriedade Intelectual: a necessidade de contagem real ou física dos processos, para que os novos tribunais tivessem um quadro de magistrados e funcionários ajustado à realidade existente; a criação de uma regra segundo a qual os tribunais novos só recebessem os processos intentados após a sua instalação; a especialização ao nível superior, pela criação de secções especializadas nos Tribunais da Relação (ou no Tribunal da Relação, se apenas fosse instalado um Tribunal de 1.ª instância); e a equiparação dos novos tribunais a tribunais de círculo, de modo a assegurar o mínimo de 10 anos de experiência e nota de mérito, bem como um tratamento idêntico a nível de estatuto remuneratório.

Os contributos apresentados no decurso do processo legislativo evidenciam, portanto, dois aspetos que a literatura aponta como centrais às intervenções no domínio da reorganização do sistema de Justiça: a importância do conhecimento rigoroso da situação preexistente, que deve justificar a mudança a implementar; e a importância do capital humano nesta reorganização, bem como da estrutura de incentivos que o enquadra.

3. BREVE REVISÃO DA LITERATURA

A criação de tribunais especializados não é um fenómeno recente. Roth (2013) identifica a criação de tribunais especializados no século XIV, nas cidades-Estado italianas, nomeadamente tribunais comerciais e marítimos criados pela iniciativa dos mercadores e com juízes por si nomeados, como sendo a origem da proliferação desse tipo de tribunais por toda a Europa nos séculos XV e XVI. Nessa perspetiva histórica, parecem ser quatro as principais características deste tipo de tribunais: a adoção de práticas processuais mais flexíveis e céleres; a jurisdição limitada a determinadas áreas do Direito; a nomeação dos juízes

pelas partes interessadas; e o facto de os juízes terem experiência prévia nas áreas em causa. Ainda nos dias de hoje, Roth (2013) refere vários tribunais especializados em Direito do Trabalho que ainda seguem esta filosofia, com juízes nomeados pelos sindicatos ou por associações patronais.

Naturalmente, levanta-se a questão de decidir em que circunstâncias faz sentido a criação de um tribunal especializado. Roth (2013) refere dois fatores fundamentais nessa tomada de decisão: a complexidade da área do Direito face às restantes áreas; e a procura pelos utilizadores, nomeadamente o grau de eficácia ou eficiência dos tribunais não especializados.

A área do Direito da Concorrência é, por definição, uma área em que coexistem abordagens jurídicas diferentes das restantes áreas do Direito e a presença de conceitos e abordagens económicas com alguma complexidade, o que não implica necessariamente a criação de tribunais especializados (Roth, 2013). De acordo com o mesmo autor, a especialização tem as seguintes vantagens: (i) conhecimento e competências especializadas (o que reduz o potencial de decisões francamente erradas e aumenta a velocidade processual); (ii) facilita a formação dos juízes (na medida em que apenas os juízes de um tribunal necessitam de formação naquela área do Direito); (iii) permite a criação de procedimentos próprios específicos adaptados à área de especialização; (iv) poderá gerar maior uniformidade na jurisprudência; (v) menor probabilidade de inversão das decisões em instâncias superiores; e (vi) maior autonomia financeira e melhor adequação entre o financiamento e atividade do tribunal (na medida em que com a especialização seja também concedida alguma autonomia financeira). Em contrapartida, Roth (2013) refere as seguintes desvantagens: (i) disputas da fronteira das áreas de jurisdição; (ii) resolução de casos que combinam a área de especialização com outras áreas; e (iii) deslocalização geográfica das áreas de residência dos litigantes. Savrin (2013) refere ainda como desvantagem o possível enviesamento das decisões devido às 'escolhas' ou 'formas de pensamento' dos juízes (que depois geram jurisprudência)[4].

Centrando a sua atenção em tribunais especializados no Direito da Concorrência, Ginsburg e Wright (2013) referem três vantagens que estes podem ter: maior eficiência (aumento no número de 'outputs' para um dado nível de 'inputs', mantendo a qualidade constante); maior competência e conhecimento

4 A este respeito, Roth (2013) refere como alternativas à criação de um único tribunal especializado a implementação de um modelo intermédio, em que existem vários tribunais especializados na mesma área do Direito (como em França, ou na Alemanha, em cada estado federal).

especializado (que permite aumentar a qualidade das decisões); e maior uniformidade nas decisões. Relativamente à primeira, Ginsburg e Wright (2013) referem a falta de evidência empírica de que um tribunal especializado seja mais eficiente do que um não especializado. É claro que o conceito utilizado para 'medir' a eficiência é crítico neste tipo de avaliação, mas os autores referem que mesmo indicadores simples como a duração dos processos num e noutro tipo de tribunal não foram ainda implementados empiricamente neste tipo de análise. Em contrapartida, os autores reconhecem que um juiz especializado e experiente (o que não quer necessariamente dizer que esse juiz esteja num tribunal especializado) poderá mais rapidamente decidir casos simples. O que significa que os possíveis ganhos de eficiência nos tribunais especializados dependem criticamente do nível de especialização do capital humano. Finalmente, no que toca à uniformidade das decisões, Ginsburg e Wright (2013) referem que esta surge naturalmente em casos extremos, em que só há um juiz em primeira instância. Nestes casos, a 'variedade' de decisões em casos semelhantes é praticamente eliminada, porque deixa de depender do juiz a quem cada caso foi distribuído. Mas é quase impossível estarmos perante estes casos extremos, pelo que devemos aceitar que existe variedade nas decisões e implementar mecanismos que permitam reduzir a sua não uniformidade. É precisamente esse o caso quando existe ou um único tribunal de instância superior, que tome decisões de forma colegial, ou quando existem múltiplos tribunais de instância superior que coordenam (de algum modo) as suas decisões.

4. SOBRE AS AVALIAÇÕES DE IMPACTO LEGISLATIVO

Um mecanismo comummente utilizado para identificar as vantagens e desvantagens de uma determinada decisão política é a avaliação de impacto legislativo. É, na sua essência, um mecanismo que permite colocar importantes questões subjacentes à decisão, quantificá-las e possibilitar uma tomada de decisão mais informada. Dentro deste tipo de avaliações, encontramos as análises custo-benefício como possível metodologia de quantificação. Descrevemos em detalhe, num trabalho anterior (Gonçalves et al., 2012), em que consistem e como se devem implementar as avaliações de impacto legislativo, seguindo as *guidelines* sugeridas pela Comissão Europeia (2009), bem como pelo guia proposto por Carlos Blanco de Morais (Morais, 2010). Mas, de forma resumida, este tipo de avaliação é normalmente feita prospectivamente e com o objetivo de avaliar diferentes (possíveis) decisões, ainda que também possa ser feita de forma retrospetiva, com vista a avaliar se os objetivos de uma determinada

política legislativa foram atingidos. A avaliação deve seguir os seguintes passos (Comissão Europeia, 2009):

1. Identificação do problema;
2. Definição de objetivos de política;
3. Identificação das opções de política disponíveis;
4. Análise do impacto (económico, social e ambiental) das várias opções de política;
5. Comparação do impacto das várias opções disponíveis;
6. Identificação de formas de acompanhamento e avaliação.

Neste tipo de avaliações, assume particular relevo aquilo a que se chama 'cenário base', ou seja, o que aconteceria na ausência de uma intervenção. É da comparação do cenário base com as várias opções de política que resulta uma conclusão relativamente a uma tomada de decisão, que pode ser de não intervir ou, intervindo, a escolha da opção mais vantajosa.

Importa também, no ponto 5 referido acima, encontrar uma metodologia que permita fazer uma avaliação quantitativa e qualitativa das várias opções políticas disponíveis. É neste contexto que surge a análise custo-benefício como possível metodologia. No fundo, a escolha da opção política deve reger-se pelo saldo líquido entre benefícios e custos de cada uma, sendo que, caso esse saldo líquido seja inferior ao do cenário base, pode resultar desta análise uma recomendação de não intervenção.

A análise custo-benefício completa é pertinente quando a maior parte dos custos e benefícios de cada opção de política são quantificáveis e monetizáveis. Alternativamente, pode ser feita uma análise custo-benefício parcial, combinando os resultados quantitativos com os qualitativos. Uma determinada opção de política é justificável se os benefícios esperados forem superiores aos custos esperados, quando comparados com o cenário base "sem alterações de política".

A avaliação retrospetiva difere da prospetiva numa importante dimensão: ao passo que na avaliação prospetiva devem ser avaliados os custos e benefícios de várias (possíveis) opções políticas, nas avaliações retrospetivas, são analisados os custos e benefícios da implementação de uma determinada política legislativa. Não existe, portanto, o problema da incerteza que se coloca quando avaliamos custos e benefícios futuros, associados com diferentes opções políticas. Em contrapartida, a avaliação retrospetiva coloca outras dificuldades quando se

tentam identificar os custos e benefícios diretamente associados à política que se está a avaliar. De facto, este tipo de avaliação centra-se no que foi observado após a implementação da política escolhida, sendo que, naturalmente, nem todas as alterações observadas foram 'causadas' (ou estão diretamente associadas) à mesma.

5. UMA PROPOSTA DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO DA CRIAÇÃO DO TCRS

O objetivo inicial deste artigo era o de efetuar uma avaliação retrospetiva da criação do TCRS. Trata-se, no entanto, de um exercício complexo: primeiro, porque exige uma definição clara do cenário base (o que teria sucedido caso não tivesse sido criado o TCRS); segundo, porque requer o conhecimento rigoroso da situação correspondente quer ao cenário base, quer à realidade pós-TCRS, o que inclui não apenas a contagem física dos processos (entrados, pendentes e concluídos), mas também o conhecimento de múltiplas características que só acedendo fisicamente aos processos é possível identificar; terceiro, porque exige a identificação e recolha exaustiva de dados relativos aos possíveis custos e benefícios associados à criação do TCRS; quarto, como consequência dos anteriores, é um exercício que requer um horizonte temporal relativamente dilatado (nunca inferior a 6 meses) para a sua realização.

No entanto, gostaríamos de deixar neste artigo os primeiros passos para a realização desta avaliação – que, acreditamos, é de extraordinária importância. Tentaremos, nesta secção, propor a metodologia e sugerir alguns indicadores que poderão ser utilizados nessa avaliação. E, beneficiando enormemente do artigo do Professor Miguel Sousa Ferro, publicado neste número, deixaremos algumas conjeturas relativamente a possíveis resultados dessa avaliação – ainda que, repetimos, não possam passar de conjeturas, uma vez que uma avaliação mais profunda da criação do TCRS requer um conjunto de dados de que, neste momento, não dispomos.

6. O CENÁRIO BASE

Como cenário base para este tipo de avaliação, parece-nos sensato admitir que a atividade processual do TCRS após a sua criação teria ficado nos tribunais que lhes estavam associados anteriormente. A título de exemplo, decisões da Autoridade da Concorrência eram, anteriormente, passíveis de recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa. De modo análogo, decisões de outras entidades reguladoras independentes eram também passíveis de recurso, para os

tribunais que constam das normas que as criaram. Não nos parece que, conceptualmente, esta seja uma hipótese questionável.

Mais importante (e certamente mais passível de discussão) é a forma como se processa a comparação entre o cenário base e a realidade pós-TCRS. Senão vejamos: numa avaliação retrospetiva típica, fixar-se-ia como cenário base a realidade processual pré-TCRS, por exemplo, no ano de 2011, e comparar-se-ia com a realidade processual pós-TCRS (por exemplo, no período 2013-2015 ou 2013-2016). No entanto, tendo em conta o número de processos envolvidos e, sobretudo, a sua duração típica, poderíamos estar a introduzir enviesamentos na nossa análise. Assim, o cenário base deveria, pelo menos, consistir numa amostra representativa da realidade processual em cada um dos tribunais relevantes nos dois ou três anos anteriores à criação do TCRS – por exemplo, para o período 2009-2011. Com um horizonte temporal mais alargado, seria possível estabelecer com maior solidez um cenário base plausível que, posteriormente, poderia ser comparado com a realidade pós-TCRS num período equivalente (2013-2015).

Há pelo menos dois cuidados a ter com este tipo de análise: primeiro, as competências do TCRS sofreram alterações nesse período, sobretudo com a transferência de processos pendentes noutros tribunais a partir de 2014[5] e o alargamento do âmbito de atuação do TCRS[6] (vide Ferro, 2017). Ora, isto significa que a realidade processual do TCRS hoje, em 2017, não é claramente aquela que era em 2013 e 2014. Convém, pois, ter isso em atenção, sendo que a solução 'fácil' de centrar a atenção do cenário pós-TCRS no período 2015-2017 (por exemplo), posterior a esse alargamento do âmbito de atuação, pode ser uma solução. Segundo, e de forma relacionada, quanto mais distante for o cenário pós-TCRS da sua efetiva criação (em 2012), maior é o risco de estarmos a inferir erroneamente dos dados observados uma relação com a criação do TCRS. Nessa perspetiva, uma solução também aceitável poderia ser a de analisar apenas novos processos, quer para o período pré-TCRS (2009-2011), quer para o período pós-TCRS (2013-2015).

Uma outra dificuldade prende-se com a nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012), que altera o regime jurídico no domínio da concorrência. Uma importante questão a analisar deverá ser, certamente, quais foram as principais

5 Inicialmente estava previsto que chegassem ao TCRS apenas novos processos.

6 O TCRS tem tido que se pronunciar sobre contraordenações aplicadas por outras entidades e o Supremo Tribunal de Justiça para tal também tem contribuído em pronúncias sobre conflitos negativos de competências (Ferro, 2017).

alterações que esta lei introduziu, sobretudo no que diz respeito à atividade processual que poderá acabar por ser analisada pelo TCRS. Mas, a este respeito, uma análise cuidada da atividade processual do TCRS, nomeadamente as datas dos processos e a Lei da Concorrência à luz da qual foram analisados poderá ajudar a contornar este problema.

7. OS INDICADORES DE CUSTO E BENEFÍCIO

De forma coerente com a discussão que apresentámos na secção 2, os níveis de eficiência pré– e pós-TCRS poderiam ser analisados com base nos seguintes indicadores (usados, por exemplo, por Garoupa, 2011):

- Taxas de resolução: número de processos findos dividido pelo número de processos entrados
- Taxas de eficácia: número de processos findos dividido pela soma do número de processos entrados e do número de processos pendentes
- Taxas de congestão: número de processos pendentes dividido pelo número de processos findos

De igual modo, seria importante 'qualificar' a atividade processual em função do seu grau de complexidade. Ferro (2017) propõe uma métrica simples com base no número de volumes, número de folhas, número de testemunhas, número de sessões ou duração do processo. Sendo certo que essas métricas têm a enorme vantagem da simplicidade, não podemos esquecer o problema da 'endogeneidade': estas métricas podem elas próprias estar associadas aos juízes, que as 'determinam' (ainda que parcialmente).

De modo análogo, é fundamental separar a atividade processual das entidades que as originam, bem como identificar a sua tipologia (recursos, contraordenações, etc.), para que, desse modo, se possa fazer uma comparação com o cenário pré-TCRS.

E, para os casos findos, deve ser recolhida informação sobre o desfecho da decisão, bem como, nos casos em que tal tenha sucedido, informação sobre se houve recurso superior dessa decisão e qual o seu desfecho.

Evidentemente, estes indicadores teriam que ser complementados com os recursos à disposição dos tribunais em cada um dos cenários, nomeadamente:

- Número de juízes
- 'Grau de senioridade' dos juízes

- 'Grau de especialização' dos juízes (medido, por exemplo, pelo número de processos similares que cada um analisou, bem como pela existência ou não de formação especializada na matéria)
- Outro pessoal

Neste caso, colocar-se-ia uma grande dificuldade no cenário pré-TCRS, uma vez que os recursos à disposição de cada um desses tribunais não estavam integralmente afetos à atividade que viria a ser absorvida pelo TCRS. Assim sendo, seria necessário um trabalho minucioso de análise processual nesses tribunais, com vista a identificar os recursos que lhes estavam afetos, para uma fiel comparação com o cenário pós-TCRS.

Em conjunto, estes indicadores permitiriam avaliar os custos e benefícios da criação do TCRS numa ótica de especialização. No entanto, acresce a este facto a decisão de o localizar em Santarém. Desse modo, importa também compreender os custos e benefícios que essa decisão pode ter gerado, nomeadamente:

- Custos diretos de operação do tribunal (custos com pessoal, fornecimentos e serviços externos, outros custos, depreciações, etc.)
- Custos indiretos, como sejam o custo de deslocação não só dos recursos humanos dos tribunais, mas também das equipas jurídicas dos litigantes, testemunhas, etc.

Finalmente, poderá haver 'efeitos cruzados' ao nível dos benefícios ou dos custos da decisão conjunta de especialização e deslocalização. A título de exemplo, poderá ser relevante aferir se a deslocalização do foro implicou, ou não, uma alteração das equipas jurídicas que representam os litigantes, com impacto nos custos associados à especialização do capital humano.

8. CONJETURAS SOBRE OS CUSTOS E BENEFÍCIOS DA CRIAÇÃO DO TCRS

Com base na evidência apresentada por Ferro (2017), deixamos algumas conjeturas sobre os custos e benefícios da criação do TCRS. No entanto, salientamos novamente que este é um exercício complexo (como se pode depreender da discussão acima) e que, portanto, estas considerações não passam de conjeturas – mas que, esperamos, possam servir de motivação para que se faça um exercício mais profundo de avaliação da criação do TCRS.

Começando pelas questões de eficiência, Ferro (2017) dá conta de um quadro de juízes pouco estável, mas (hoje em dia) com um requerimento mínimo

de experiência prévia (10 anos). Se, por um lado, esta instabilidade no quadro pode contribuir para uma menor 'captura regulatória' do TCRS (tendência para confirmar as decisões das entidades reguladoras) e para que as decisões fiquem menos condicionadas pelas 'escolhas' ou 'formas de pensamento' dos juízes, contribui também para um menor conhecimento e competências especializadas dos juízes. Nessa perspetiva, o TCRS poderia ser visto como um tribunal especializado (na medida em que aprecia uma tipologia de processos concretos) sem juízes especializados. Eventuais benefícios deste modelo podem surgir, pois, apenas na medida em que a atividade processual possa ser melhorada pela organização interna do tribunal, e não necessariamente pelos juízes. Esta conjetura tem algum suporte adicional na medida em que, como refere Ferro (2017), "… tanto quanto foi possível determinar, nenhum dos magistrados colocados no TCRS tinha recebido formação específica em direito da concorrência ou em direito regulatório antes de iniciar essas funções…".

Da atividade processual do TCRS desde a sua criação, em 2012, Ferro (2017) refere uma média de 252 novos processos por ano ou o equivalente a 97 novos processos por magistrado, um número inferior à média nacional de novos processos por magistrado de 338. À partida, este facto poderia contribuir para um melhor desempenho do TCRS nos indicadores de eficiência, mas importa incorporar o grau de complexidade dos processos. E, a este respeito, Ferro (2017) sugere (com base na sua perceção e não com base em evidência empírica) "… que o TCRS se depara com uma percentagem invulgarmente elevada de processos complexos". Em paralelo com tais casos, o TCRS depara-se também com um número elevado de casos com baixa complexidade, o que se deverá refletir no número de processos e na respetiva celeridade e, desse modo, afetar o *mix* médio de processos do TCRS.

A este respeito, Ferro (2017) sugere que a duração média dos processos perante o TCRS é relativamente baixa (6 meses para os processos findos), o que indicaria que um dos objetivos da sua criação teria sido atingido. Parece-nos, no entanto, que tal conclusão seria prematura. De facto, para chegar a essa conclusão seria preciso comparar essa duração com a duração média dos processos no cenário base e não, como Ferro (2017) faz, com a duração média nacional de ações cíveis ou penais (18 e 9 meses respetivamente).

Tendo também em consideração o aumento da atividade processual do TCRS, sobretudo devido ao progressivo alargamento das suas competências, Ferro (2017) sugere que os eventuais benefícios com a especialização podem ser diluídos a não ser que aumente significativamente o seu quadro de pessoal.

Acrescentamos uma nota final, também sem o necessário suporte empírico. As entidades reguladoras estão concentradas em Lisboa (com uma única exceção, a Entidade Reguladora da Saúde, no Porto). Trata-se de uma opção política de centralismo administrativo, típica do nosso país, que muito é discutida e por muitos criticada. Independentemente dessa opção, isto é, sem fazer quaisquer juízos relativamente às suas vantagens ou desvantagens, na medida em que uma das partes nos processos é, necessariamente, a entidade reguladora, a deslocalização do TCRS para Santarém induz custos acrescidos (para todas as entidades que se localizam em Lisboa). Obviamente, tal custo acrescido materializar-se-ia qualquer que fosse a decisão de deslocalização (para Santarém ou para qualquer outra cidade), diferindo apenas no nível desse acréscimo de custo. Em contrapartida, a deslocalização beneficia a economia da cidade que acolhe o tribunal, embora ao mesmo tempo implique perda de benefício para o local que até aí o albergava, sendo necessário apurar o saldo destes custos e benefícios indiretos.

9. CONCLUSÃO

Este artigo descreve de forma sintética os argumentos teóricos que presidiram à criação do TCRS, em Santarém, sobretudo a expectativa de que a criação de um tribunal especializado nestes domínios pudesse introduzir melhorias no sistema de Justiça. No entanto, não foi efetuada, na altura, uma avaliação prévia de impacto. Assim sendo, decorridos cinco anos da sua existência, propomos neste artigo os elementos principais que deveriam guiar uma avaliação retrospetiva de impacto, que nos parece necessária e claramente útil. Aproveitamos também o contributo de Ferro (2017) para formular algumas conjeturas sobre o possível resultado dessa avaliação, salientando, no entanto, o seu carácter muito preliminar.

Estas avaliações de impacto são tipicamente exercícios complexos. Neste caso em particular, identificamos os principais elementos subjacentes a essa complexidade, bem como possíveis soluções para os resolver. Gostaríamos, no futuro próximo, de conseguir dar continuidade a esta proposta e desenvolver uma avaliação retrospetiva de impacto do TCRS. Para a levar a cabo, será necessária a consulta física dos processos, com vista a obter a informação detalhada de que necessitamos. É, naturalmente, um trabalho exigente e algo moroso, mas que nos parece ser imprescindível – não apenas no contexto específico da criação do TCRS, mas também para que seja generalizada esta boa prática internacional de avaliação (prévia e retrospetiva) de impacto legislativo.

BIBLIOGRAFIA

Amaral-Garcia, S. & Garoupa, N.
2015 "Do administrative courts favour the government? Evidence from medical malpractice in Spain", 6(3) *JETL* 241-259.
Bruff, H. H.
1991 "Specialized courts in administrative law", 43(3) *Admin. L. Rev.* 329-366.
Comissão Europeia
2009 "Impact Assessment Guidelines", SEC(2009) 92, disponível em http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf.
Correia, J.
2010 "Intervenção na discussão (na generalidade) da Proposta de Lei 32/XI", *Diário da Assembleia da República*, I série, n.º 6/XI/2, de 25/09/2010, disponível em http://debates.parlamento.pt/catalogo.
Costeira, M. J. & Silva, M.F.R.
2010 *Comentários à Proposta de Lei n.º 32/XI*, disponível em www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas.
Dreyfuss, R. C.
1990 Specialized adjudication, 1990(1) *BYU L. Rev.* 377-441.
1995 "Forums of the future: the role of specialized courts in resolving business disputes", 61(1) *Brook. L. Rev.* 1-44.
Ferro, M. S.
2017 "Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário", 30 *Revista de Concorrência e Regulação*.
Garoupa, N., Jorgensen, N. & Vazquez, P.
2010 "Assessing the argument for specialized courts: evidence from family courts in Spain", 24(1) *Int'l Pol'y & Fam.* 54-66.
Garoupa, N.
2010 *O governo da justiça*, Fundação Francisco Manuel dos Santos.
2011 *Tribunais*, XXI, Ter Opinião (Fundação Francisco Manuel dos Santos), N.º 1.
Ginsburg, D. H. & Wright, J. D.
2013 "Antitrust courts: specialists versus generalists", 36(4) *Fordham Int'l L.J.* 788-811.
Gonçalves, R., Lourenço, A., Nascimento, A., Rodrigues, V. & Silva, S. N.
2012 *Droga e propinas: avaliações de impacto legislativo*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

Jefferson, C. W. & Trainor, M.
1996 "Public sector relocation and regional development", 33(1) *Urban Studies* 37-48.
Jordan, E.
1981 "Specialized courts: a choice?", 76(5) *Nw. U. L. Rev.* 745-785.
Junge, E.
1998 "Business courts: efficient justice or two-tiered elitism?" 24(2) *Wm. Mitchell L. Rev.* 315-321.
Le Goff, P.
2006 "Moving public servants to the regions", Parliamentary Information and Research Service, disponível em http://publications.gc.ca/collections/Collection-R/LoPBdP/PRB-e/PRB05100-e.pdf.
Mirchandani, R.
2005 "What's so special about specialized courts? The State and social change in Salt Lake City's domestic violence court", 39(2) *Law & Soc'y Rev.* 379 – 418.
Morais, C. B.
2010 *Guia de avaliação de impacto normativo*, Direcção-Geral da Política de Justiça, Ministério da Justiça (DGPJ/MJ), Almedina.
Nees, A. T.
2007 "Making a case for business courts: a survey of and proposed framework to evaluate business courts" 24(2) *Ga. St. U. L. Rev.* 477-532.
Pereira, M. C. & Wemans, L.
2017 "Produtividade na justiça cível em Portugal: uma questão incontornável num sistema congestionado", III(1) *Revista de Estudos Económicos* 1-32.
Roth, P.
2013 "Specialized Antitrust Courts", in Barry Hawk (ed.), *2012 Fordham Competition Law Institute*, Huntington, NY: Juris Publishing Inc., Chapter 7, pp. 99-113.
Savrin, D.
2013 "Specialized Antitrust Courts: A Practitioner's Observations", in Barry Hawk (ed.), *2012 Fordham Competition Law Institute*, Huntington, NY: Juris Publishing Inc., Chapter 8, pp. 115-126.
Yin, R.
2009 *Case study research: design and methods*. 4 ed. Thousand Oaks: Sage.
Zimmer, M.
2009 "Overview of Specialized Courts", 2(1) *International Journal For Court Administration* 46–60.