

**FUNDAÇÃO GETULIO FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
FGV DIREITO RIO**

ALEXANDER LEONARD MARTINS KELLNER

**CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL NA SUSPENSÃO DE
SEGURANÇA NOS JULGAMENTOS DE DIREITO REGULATÓRIO**

Rio de Janeiro

2018

ALEXANDER LEONARD MARTINS KELLNER

**CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA NOS
JULGAMENTOS DE DIREITO REGULATÓRIO**

Dissertação para obtenção de grau de mestre
apresentada à Escola de Direito do Rio de
Janeiro da Fundação Getulio Vargas

Área de concentração: Governança regulatória,
instituições e justiça

Orientador: Fernando Ângelo Ribeiro Leal

O presente trabalho foi realizado com apoio da
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de
Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de
Financiamento 001

Rio de Janeiro

2018

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Kellner, Alexander Leonard Martins

Consequencialismo judicial na suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório / Alexander Leonard Martins Kellner. - 2018.
146 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

Orientador: Fernando Ângelo Ribeiro Leal.

Inclui bibliografia.

1. Juízes - Decisões. 2. Direito regulatório. 3. Sentenças (Direito processual) – Suspensão. 4. Medidas liminares – Suspensão. I. Leal, Fernando Ângelo Ribeiro. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. IV. Título.

CDD - 341.4651


ALEXANDER LEONARD MARTINS KELLNER

**"CONSECUENCIALISMO JUDICIAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA NOS
JULGAMENTOS DE DIREITO REGULATÓRIO".**

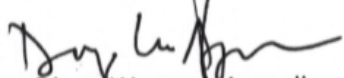
dissertação apresentado(a) ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação
do(a) Escola de Direito do Rio de Janeiro para obtenção do grau de Mestre(a) em
Direito da Regulação.

Data da defesa: 31/01/2019

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA



Fernando Ângelo Ribeiro Leal
Orientador(a)



Diego Werneck Arguelhes
Membro



José Vicente Santos de Mendonça
Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Bruna Limda de Mendonça que faz qualquer esforço ter significado. Agradeço ao Guilherme Eduardo Martins Kellner, meu irmão e melhor amigo. Agradeço à Rosana Batista Martins pelo amor e apoio incondicional. Agradeço ao Alexander Wilhelm Armin Kellner por me ensinar o significado de coragem e resiliência. Agradeço ao Fernando Leal pela sinceridade e honestidade intelectual. Por fim, agradeço ao Pedro Henrique Saldanha Phillipe, cuja ausência tento suprir com homenagens.

A fundamentação deve ser completa, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seja muito tolerante com motivações insuficientes.

(GRECO, 2015, p.295)

RESUMO

KELLNER, Alexander Leonard Martins. **Consequencialismo judicial na suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório**. 2018. 147p. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

A relação entre a interpretação das normas jurídicas e a realização ou concretização, baseada em consequências, de propósitos constitucionalmente assegurados parece cada vez mais frequente na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Isso porque, juízes, desembargadores e ministros parecem introduzir uma lógica e racionalidade jurídica baseadas em argumentos consequencialistas quando da prolação de decisões judiciais. Ocorre que, quando a autoridade judicante fundamenta uma certa decisão por meio da análise das consequências produzidas por ela e eventuais alternativas, o decisor acaba por elaborar sua fundamentação com fulcro em critérios científicos – e, portanto, extrajurídicos – de adequação. A questão é que – ao menos a princípio – juristas não gozam de capacidade epistemológica para manusear corretamente os referidos critérios. Bem por isso, o presente trabalho irá analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando da prolação de decisões no âmbito de pedidos de suspensão de segurança relacionados ao Direito Regulatório, com o objetivo de verificar eventuais problemas relacionados à dimensão positiva do raciocínio consequencialista em tais decisões. Partindo, então, desta análise, chegar-se-á à conclusão de se propor aos ministros do STJ, quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do Direito Regulatório, que, com base em um critério de “justificação de segunda ordem” – pautada no princípio da isonomia –, utilizem uma “decisão de segunda ordem”, aplicando sempre 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas da análise de impacto regulatório, a fim de melhor embasar o processo decisório.

Palavras-chave: Regulação. Consequencialismo. Neil Maccormick. Luis Fernando Schuartz. Decisões de segunda ordem.

ABSTRACT

KELLNER, Alexander Leonard Martins. **Judicial consequentialism in suspension of security under regulatory law trials**. 2018. 147p. Dissertation (Masters Program in Regulation Law) – Getulio Vargas Foundation, Rio de Janeiro, 2018.

The relationship between the interpretation of legal norms and the realization or concretization, based on consequences, of constitutionally assured purposes seems increasingly frequent in the jurisprudence of the Brazilian courts. This is because, judges, appeal court judges and ministers appear to introduce a logic and juridical rationality based on consequentialist arguments when rendering judicial decisions. It happens that, when the judicial authority bases a certain decision by analyzing the consequences produced by it and possible alternatives, the decision-maker tends to elaborate its reasoning based on scientific – and, therefore, extra-legal – criteria of adequacy. The problem is that – at least in principle – jurists do not have the epistemological ability to correctly handle those criteria. For this reason, this paper will analyze the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) in the rendering of decisions in the context of requests for suspension of security related to the Regulatory Law, with the aim to verify possible problems related to the positive dimension of consequentialist reasoning in such decisions. From this analysis, then, this study will get to the conclusion of suggesting to the STJ ministers, when judging requests for suspension of security under the Regulatory Law, that, based on a “second order justification” criteria – which is based on the principle of equality –, they use a “second order decision”, applying always 4 (four) of the 5 (five) steps of the analysis of regulatory impact, in order to better support the decision-making process.

Key-words: Regulation. Consequentialism. Neil Maccormick. Luis Fernando Schuartz. Second order decisions.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Utilização de estudos, documentos ou dados técnicos	28
Quadro 2 - Cinco casos acompanhados de documentos, estudos ou dados técnicos	31
Quadro 3 - Sete casos de impedimento direto à atuação de órgãos reguladores	32
Quadro 4 - Natureza dos argumentos consequencialistas	34
Quadro 5 - Tempo do processo em conclusão.....	39
Quadro 6 - Prazos de duração de conclusão	41

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACR	- Ambiente de Comercialização Regulado
ADASA	- Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal
AGERBA	- Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia
AGERGS	- Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
AgRg	- Agravo Regimental
AIR	- Análise de Impacto Regulatório
ANA	- Agência Nacional de Águas
ANAC	- Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	- Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	- Agência Nacional do Cinema
ANEEL	- Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	- Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTAQ	- Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	- Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	- Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARCE	- Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará
ARESEP	- Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo
ARSAL	- Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas
ARSEPS	- Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo
ARSEP	- Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo
CADE	- Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAGECE	- Companhia de Água e Esgoto do Ceará
CCEAR	- Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado
COELCE	- Companhia de Energia Elétrica do Estado do Ceará
COMGÁS	- Companhia de Gás de São Paulo
CPFL	- Companhia Paulista da Força e Luz
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
CVU	- Custo Variável Unitário
Def.	- Deferimento

DERBA	- Departamento de Infraestrutura de Transporte da Bahia
DOU	- Diário Oficial da União
FID	- Fator de Indisponibilidade
GEINV	- Gestão e Investimentos Imobiliários
IGP-M	- Índice Geral de Preços do Mercado
Indef.	- Indeferimento
IRT	- Índices de Reajuste Tarifário
MP	- Medida Provisória
MRE	- Ministério das Relações Exteriores
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PER	- Programa de Exploração da Rodovia
PETROBRÁS	- Petróleo Brasileiro S.A.
PIB	- Produto Interno Bruto
POTIGÁS	- Companhia Potiguar de Gás
Procon	- Departamento de Proteção ao Consumidor
RDC	- Reunião de Diretoria Colegiada
RDT	- Recursos para o Desenvolvimento Tecnológico
RED	- Resolução Decisória
RTQ	- Revisão Tarifária Quinquenal
SL	- Suspensão de Liminar
SLS	- Suspensão de Liminar e Sentença
SNEA	- Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
SUINF	- Superintendência de Infraestrutura Tecnológica
SUPAS	- Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros
UTE	- Usina Termoelétrica

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	JUSTIFICATIVA	18
3	METODOLOGIA	23
3.1	Formação da base de dados	25
3.2	Apresentação de resultados	26
3.3	Consequências apontadas	33
4	ASPECTOS DISTINTIVOS ENTRE A ATIVIDADE REGULATÓRIA E A JURISDICIONAL	36
4.1	Diferenças substanciais entre a atividade regulatória e a atividade jurisdicional	37
4.1.1	Momento de atuação e tempo despendido para conclusões	38
4.1.2	Formação técnica x generalista	42
4.1.3	Prospectividade das decisões regulatórias	48
4.1.4	Fronteiras à interdisciplinaridade	50
5	INCERTEZA, RISCO E IGNORÂNCIA E ESTRATÉGIAS DE DECISÃO ESPECÍFICAS	54
5.1	Incerteza	55
5.2	Risco	57
5.3	Ignorância	58
5.4	Presunção de racionalidade dos estudos, dados e documentos técnicos como estratégia decisória em situações de ignorância	59
5.5	Estratégias de decisão específicas	60
5.5.1	Maximin	60
5.5.2	Minmax	61
5.5.3	Maxmax	61
5.5.4	Razões insuficientes	62
5.6	Incerteza judicial	62
5.7	Fixação de marcos temporais	67
5.7.1	O tempo e Niklas Luhmann	68
5.7.2	Cadeias de consequências	71
5.8	O problema da simples indicação de precedentes	73

6	O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E SUA DIMENSÃO	
	DESCRITIVA	75
6.1	Racionalidade e pedidos de suspensão de segurança baseados em	
	consequências econômicas	81
6.2	Decisão de segunda ordem de aplicação obrigatória de 4 (quatro) das 5	
	(cinco) etapas típicas da análise de impacto regulatório (AIR)	93
7	A UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NA	
	JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)	99
7.1	Os 5 (cinco) casos que acompanham estudos, dados e casos	99
7.1.1	SLS n.º 2.157/RJ	99
7.1.2	SLS n.º 2.102/DF.....	100
7.1.3	SLS n.º 1.701/RJ	101
7.1.4	AgRg na SLS n.º 1639	102
7.1.5	AgRg na SL n.º 79.....	104
7.2	Os 26 (vinte e seis) casos que não são acompanhados por estudos, dados	
	e documentos técnicos	105
7.2.1	SLS n.º 2162.....	105
7.2.2	SLS n.º 2878.....	106
7.2.3	SLS n.º 2.869.....	107
7.2.4	SLS n.º 2129.....	108
7.2.5	SLS n.º 2118.....	109
7.2.6	SLS n.º 2806.....	109
7.2.7	SLS n.º 2727.....	110
7.2.8	SLS n.º 2022.....	112
7.2.9	SLS n.º 1996.....	112
7.2.10	SLS n.º 1964.....	113
7.2.11	SLS n.º 1956.....	114
7.2.12	SLS n.º 1906.....	115
7.2.13	SLS n.º 1729.....	117
7.2.14	SLS n.º 2637.....	118
7.2.15	SLS n.º 1639.....	119
7.2.16	SLS n.º 1652.....	120
7.2.17	SS n.º 2373	121
7.2.18	SLS n.º 1266.....	122

7.2.19	SS n.º 1930	124
7.2.20	SS n.º 1925	125
7.2.21	SLS n.º 373.....	126
7.2.22	SLS n.º 183 – “Risco Brasil”.....	127
7.2.23	SS n.º 1442	129
7.2.24	SLS n.º 54.....	130
7.2.25	SL n.º 79	132
7.2.26	SS n.º 1248	133
8	CONCLUSÃO	135
	REFERÊNCIAS	139

1 INTRODUÇÃO

A relação entre a interpretação das normas jurídicas e a realização ou concretização, baseada em consequências, de propósitos constitucionalmente assegurados parece cada vez mais frequente na jurisprudência dos tribunais brasileiros.¹ Por tal razão, cresce o número de magistrados que fundamentam suas decisões com base em consequências.

Tal fato também pode ser atribuído ao surgimento de novos pontos de vista filosóficos, a exemplo do consequencialismo e do desenvolvimento de novos métodos de investigação e novas superfícies de contato entre o direito, a sociologia, a filosofia e a economia.² A visão de que o direito é – ou ao menos deveria ser – um instrumento para a realização de objetivos constitucionais relevantes, muitas vezes relacionados ao âmbito econômico, parece se fortalecer gradualmente. Nesse sentido, o chamado pedido de suspensão de segurança, também conhecido como suspensão de liminar ou de sentença, tende a confirmar a referida tendência. Isso porque a suspensão de segurança viabiliza ao presidente do tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso suspender a execução de segurança, liminar ou sentença concedida pelo juiz de primeiro grau.

Sabe-se que a suspensão deve ser utilizada apenas para evitar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Talvez por isso, inferências judiciais que discorram a respeito de eventuais lesões nesse sentido parecem demandar coerência entre as premissas teóricas e empíricas inseridas pelo julgador quando da aferição prospectiva de danos à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. No entanto, a plausibilidade de premissas segundo a ciência, a exemplo da ciência econômica, não é necessariamente a mesma utilizada pelo direito para correção jurídica das decisões judiciais. Um outro ponto relevante é que, no caso brasileiro, parecem existir obstáculos de natureza estrutural que impedem a submissão dos processos decisórios no âmbito do Poder Judiciário aos mesmos padrões de racionalidade³ a

¹ Sobre a presença de argumentos consequencialistas em decisões tributárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, confira-se: PISCITELLI, Thatiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011. p.1.

² LEAL, Fernando A. R.. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1. p.128.

³ Para construir ou reconstruir racionalmente uma prognose consequencialista no âmbito jurídico, deve-se, claro, expor os elementos de valor essenciais para a Lei n.º 8.437 e para o direito, e deve-se indicar quais são as possibilidades de incorporar argumentos extrajurídicos para desenvolver ainda mais esses valores. O principal valor jurídico que será considerado pela presente dissertação será a isonomia representada pela possibilidade de replicação da estratégia de fundamentação utilizada nos pedidos de suspensão de segurança na seara regulatória. Nesse sentido, confira-se: MACCORMICK, Neil. **Institutions of law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.291.

partir dos quais são avaliadas as demais tentativas de intervenção social em uma sociedade moderna.⁴ Tal constatação será evidenciada quando da análise dos pedidos de suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório, julgados em decisão monocrática⁵ pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Os referidos pedidos de suspensão são responsáveis por provocar uma interferência judicial em setores altamente complexos com racionalidades e institutos que fogem da prática cotidiana de um magistrado.

No entanto, mesmo diante dos referidos problemas estruturais, críticas relacionadas ao juízo de adequação entre decisões e objetivos se fazem necessárias para melhorar a “qualidade material”⁶ das decisões do Superior Tribunal de Justiça que compõem sua base de dados. A noção de melhora na qualidade material⁷, aqui, pode ser interpretada de forma genérica como uma decisão que incremente sua racionalidade argumentativa⁸ por meio da alusão a estudos, dados ou documentos técnicos⁹ que possam servir como fundamento¹⁰ para eventuais prognoses.

Este será, pois, o principal foco do presente trabalho, qual seja: a localização de problemas estruturais relacionados à dimensão positiva do raciocínio consequencialista aplicado ao direito e possíveis sugestões para o enfrentamento de alguns dos problemas eventualmente encontrados.

Nesse contexto, o presente estudo tem como objeto a análise crítica do uso do consequencialismo judicial nos pedidos de suspensão de segurança, nos julgamentos relacionados

⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.383-418.

⁵ Para problemas relacionados ao ponto de vista racional monocrático ver: MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.xii.

⁶ Relacionando qualidade material decisória à expertise institucional da administração ver: HERZOG, Roman. **Verfassungs – und Verwaltungsgerichte – zurück zu mehr Kontrolldichte?** Neue Juristische Wochenschrift – NJW, 1992, p.2601 apud NEUPERT, Michael. **Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit: das Rahmen-Bild-Modell der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte bei der Eingriffsverwaltung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p.129.

⁷ A qualidade material de uma decisão estaria relacionada com uma distribuição de tarefas e responsabilidades “funcionalmente adequada” entre o Executivo e o Judiciário, que deve levar em conta a específica idoneidade em virtude da sua estrutura orgânica, meios e procedimentos de atuação e preparação técnica. Nesse sentido: KRELL, Andreas J. **Discretionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.64.

⁸ Nesse sentido, confira-se: “[...] *factual information helpful towards constructing a relatively trustworthy account of the relevant slice of history* [...]”. (MACCORMICK, op. cit., p.49).

⁹ WALTON, Douglas N. **Legal argumentation and evidence**. University Park, PA: The Pennsylvania State University Press, 2002. p.21. Veja-se o seguinte trecho: “*The concept of relevance is an important component of the notion of evidence defined by the Federal Rules of Evidence. As noted in Section 5, relevant evidence is defined by FRERule 401 (1999) as ‘having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence’*”.

¹⁰ Sobre o que possui valor probatório ou o que pode ser considerado evidência para a comprovação de um fato, ver: Douglas N. Walton (Ibid., p.14).

à atividade regulatória, com fulcro no artigo 4.º da Lei n.º 8.437 de 1992.¹¹ A ideia aqui é verificar como os argumentos consequencialistas são operacionalizados nos pedidos de suspensão de segurança submetidos ao crivo do Superior Tribunal de Justiça para, a partir daí, direcionar a análise aos problemas oriundos de uma aplicação generalizada de raciocínios consequencialistas ao direito.

Para tanto, foi realizada a formação da base de dados sobre o processo de justificação de decisões no STJ, especificamente no que tange aos pedidos de suspensão de segurança em âmbito regulatório. A referida perspectiva empírica tem como objetivo responder às seguintes perguntas de pesquisa: (i) o Superior Tribunal de Justiça se utiliza de argumentos consequencialistas quando da análise de pedidos de suspensão de segurança relacionados à regulação?; (ii) No caso de confirmação da pergunta acima, constata-se a ausência ou a presença de documentos, estudos e dados técnicos¹² capazes de servir de suporte para as prognoses inerentes à argumentação com base em consequências?

Quanto às hipóteses que motivaram a própria elaboração do trabalho, são elas: (i) os ministros utilizam argumentos consequencialistas quando da fundamentação dos referidos pedidos de suspensão; e (ii) a maior parte dos referidos juízos sobre o futuro não são acompanhados de estudos, documentos técnicos ou dados aptos a lhes fornecer suporte.

Com a confirmação das referidas hipóteses, a postura argumentativa da autoridade judicante que realiza prognoses sem lastro em estudos, dados e documentos técnicos parece esbarrar na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia. Ora, se casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma, uma decisão não pode se basear em palpites ou opiniões vulgares de magistrados em campos em que o referido jurista não possui formação acadêmica, técnica, científica ou profissional. Pela posição que este ocupa, espera-se que o julgador respeite alguma coerência entre as premissas teóricas e empíricas inseridas quando de sua decisão, considerando a possibilidade de universalização desta.¹³

Dessa forma, a presente dissertação será dividida em 3 (três) blocos principais: (i) um primeiro destinado à apresentação da metodologia utilizada e apresentação dos dados colhidos; (ii) um segundo destinado à localização de problemas estruturais relacionados à

¹¹ Ressalte-se que na nova Lei do mandado de segurança (Lei n.º 12.016/2009) a matéria é regulada pelo artigo n.º 15.

¹² Sobre a diferença entre documentos científicos, técnicos e especializados, ver: GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: recursos e processos da competência originária dos tribunais. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.242. Os termos serão, no entanto, usados de forma fungível no decorrer desta dissertação.

¹³ LEAL, Fernando A. R.; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.7, p.819-843, 2017.

dimensão positiva do raciocínio consequencialista; e (iii) uma parte final destinada à realização de uma análise crítica, com uma proposição de aderência por parte da autoridade judicante a uma decisão de segunda ordem, mediante a aplicação obrigatória de 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas típicas da análise de impacto regulatório quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório.¹⁴

¹⁴ Com base em uma justificação de segunda ordem (isonomia ou justiça formal de Neil Maccormick), fundamenta-se uma estratégia ou decisão de segunda ordem (Cass Sunstein e Edna Ullmann-Margalit ou Adrian Vermeule) de adoção pela autoridade judicante de 4 (quatro) das 5 (etapas) de uma AIR quando da realização de prognoses em pedidos de suspensão de segurança que versem sobre direito regulatório.

2 JUSTIFICATIVA

O Poder Judiciário pode contribuir de forma autônoma e drástica para o incremento de riscos econômicos¹⁵ de qualquer setor regulado, muitas vezes em razão de sua morosidade e da falta de previsibilidade das decisões judiciais. Existem dois bons exemplos dessa contribuição. O primeiro se consubstancia na fragmentação substancial ou geográfica de um programa regulatório específico.¹⁶ Tal fragmentação decorre da “pluralidade de centros decisórios que caracteriza o Poder Judiciário, em contraposição à concentração decisória de uma autoridade reguladora, que normalmente possui competência nacional”.¹⁷ O pedido de suspensão de segurança parece referendar o afirmado, uma vez que possui o potencial de promover a fragmentação substancial ou geográfica de um programa regulatório específico, especialmente quando julgado por presidentes de tribunais estaduais ou Tribunais Regionais Federais com competência territorial restrita. Assim, uma medida regulatória de abrangência nacional pode ter sua eficácia suspensa em relação a apenas determinados entes federados e gerar desequilíbrios econômicos.¹⁸

O segundo exemplo de contribuição para o incremento de riscos econômicos pelo Poder Judiciário decorreria da suspensão de medidas regulatórias em procedimentos liminares.¹⁹ A suspensão liminar de uma decisão administrativa submete a decisão regulatória ao longo processamento judicial, muitas vezes retirando a efetividade de sua própria implementação em razão da morosidade do Poder Judiciário.²⁰ Existem, inclusive, estudos empíricos que

¹⁵ Sobre riscos econômicos ver: QUIGGIN, John. **Zombie economics**: how dead ideas still walk among us. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010. p.25.

¹⁶ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016. v.1. p.157.

¹⁷ Id.

¹⁸ Trata-se exatamente do caso enfrentado pela SLS 2162 que compõe a base de dados da presente dissertação. A SLS n.º 2162 versou sobre um pedido articulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), visando a sustar os efeitos da decisão do Relator do Agravo de Instrumento n.º 0040760-98.2015.4.01.0000/DF, o Desembargador Federal Souza Prudente do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, que limitou a aplicação do Fator GSF apenas sobre as AHE indicadas nos autos. O caso exemplifica um caso de fragmentação geográfica, uma vez que uma política regulatória de âmbito nacional foi afastada apenas das seções judiciárias do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. Podemos considerar como um caso de fragmentação material se considerarmos o desequilíbrio regulatório que a exclusão das AHE indicadas nos autos provoca nas demais AHE.

¹⁹ Eduardo Jordão considera que a dinâmica regulatória é diretamente afetada pelo controle judicial por meio de suspensão liminar de decisões administrativas. Nesse sentido, ver: JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016. v.1. p.159.

²⁰ Alguns autores inclusive defendem que, sob o ponto de vista da eficiência regulatória, seria mais adequado o cumprimento das decisões administrativas, com a eventual resolução dos seus prejuízos em perdas e danos, como uma espécie de estratégia de segunda ordem. Neste ponto, ver: Eduardo Ferreira Jordão (Ibid., p.161).

fundamentam que a morosidade e o mau funcionamento do Poder Judiciário brasileiro geram custos que podem comprometer o crescimento econômico e o investimento.²¹

O instituto da suspensão de segurança parece representar um bom exemplo de como o Judiciário pode contribuir para o incremento de riscos econômicos. Nesse sentido, um pedido de suspensão de segurança que mantém de forma indevida o afastamento liminar de uma medida regulatória, ou suspende de forma indevida uma medida regulatória²², pode contribuir para o incremento de riscos econômicos em um determinado setor regulado.

Em uma das decisões que compõem a base de dados da presente dissertação, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) realizou o mesmo tipo de argumentação²³, a qual, no entanto, não foi atendida. As constatações acima se fortalecem na medida em que a prevenção de riscos econômicos se baseia na própria literalidade do artigo 4.º da Lei n.º 8.437/1992, quando da menção à expressão “economia pública”.²⁴ Assim, um instituto que se destina à proteção da economia pública pode acabar provocando lesões ao bem jurídico tutelado.²⁵ Por isso, entende-se que os pedidos de suspensão de segurança deveriam ser analisados com mais cautela, “não bastando a mera alegação da ocorrência de uma das hipóteses legais enumeradas; é preciso aportar provas cabais e robustas dos respectivos fatos do caso concreto”.²⁶

Vale observar que o instituto do pedido de suspensão de segurança nasce com o artigo n.º 13 da Lei n.º 1.533 de 1951 e foi originalmente criado apenas como um pedido de efeito suspensivo ao recurso contra a sentença de concessão do mandado de segurança. Em 1964, foi aprovada a Lei n.º 4.348, que expandiu a suspensão de liminares em mandados de segurança.

Com a referida inovação legislativa, não apenas a sentença, mas também as liminares em mandados de segurança poderiam ter sua eficácia suspensa por despacho do Presidente do

²¹ CASTELAR, Armando. O judiciário e a economia: evidência empírica para o caso brasileiro. In: **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. p.54-75. Disponível em: <goo.gl/KAvNT3>. Acesso em: 26 nov. 2018.

²² Andreas Krell defende que seria “inaceitável que a suspensão, formalmente tratada como exceção, se torne regra, como tem acontecido na prática de vários tribunais”. (KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.123.

²³ O pedido de suspensão SS n.º 1930 foi intentado pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), com o objetivo de manter vigentes os efeitos da Resolução 61, de 20 de novembro de 2008, editada pela própria Agência Reguladora. A referida eficácia da resolução foi afastada nos autos do AG n.º 2008.01.00.070691-0/DF. O pedido de suspensão SS n.º 1930 foi indeferido pelo Ministro Relator. Assim, a decisão do STJ manteve o afastamento da referida medida regulatória adotada pela ANAC.

²⁴ A expressão parece ser interpretada de forma ampla pelo STJ. As lesões à economia pública podem ser indiretas e podem ser desencadeadas a partir de uma lesão a interesses econômicos particulares. A decisão do STJ na AgRg na SLS 1639 considera os prejuízos diretos de empresas particulares como a Transocean e os prejuízos indiretos da administração pública com a interrupção ou retardo da perfuração de poços de áreas de concessão de outras empresas que tenham contratado a Transocean.

²⁵ KRELL, op. cit., p.122.

²⁶ Ibid., p.123.

Tribunal a que estivesse subordinado o juiz em grau de recurso, a requerimento da pessoa jurídica de direito público, para evitar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Alguns autores²⁷, inclusive, consideram que o procedimento de suspensão de segurança seria um procedimento autoritário, típico não apenas do momento político brasileiro em que se deu a sua criação, mas da filosofia que defende a absoluta supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Outro problema seria o fato de que o instituto viabiliza que o Presidente do Tribunal suspenda uma decisão anterior sem levar em conta se há algum direito fundamental do particular violado pela Administração Pública.²⁸

Ato contínuo, a Lei n.º 5.021 de 1966²⁹ complementou a regulação legal da impugnação das liminares nos casos de mandados de segurança. Em 1992, como já afirmado, a Lei n.º 8.437/92 volta a tratar da matéria, estendendo a suspensão de liminar, que era privativa do mandado de segurança, aos casos de medidas cautelares.³⁰ Em 1997, a Medida Provisória n.º 1.570-5, convertida na Lei n.º 9.494 de 1997, estendeu a suspensão de liminar também à tutela antecipada.³¹ Em 2009, a matéria volta a ser regulada pela nova lei do mandado de segurança.³²

Além do potencial de incrementar riscos econômicos, o instituto da suspensão de liminar ou de segurança se revela promissor para a discussão de raciocínios consequencialistas aplicados ao Direito. A razão é simples: o referido instituto parece demandar da autoridade judicante a utilização de critérios extrajurídicos³³ de adequação argumentativa. A literalidade do artigo 4.º, caput, da Lei n.º 8.437 de 1992 evidencia o afirmado:

²⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: recursos e processos da competência originária dos tribunais. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.315.

²⁸ Ibid., p.316.

²⁹ Revogada integralmente pela Lei n.º 12.016 de 7 de agosto de 2009.

³⁰ Confira-se a literalidade do artigo n.º 1 da Lei n.º 8.437 de 30 de junho de 1992: “Art. 1.º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”.

³¹ Confira-se a literalidade do artigo n.º 1 da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997: “Art. 1.º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5.º e seu parágrafo único e 7.º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1.º e seu § 4.º da Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992”.

³² Confira-se a literalidade do artigo n.º 15 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009: “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”.

³³ A econometria é talvez o maior exemplo dos referidos critérios em caso de lesão à economia pública. Ela é baseada no desenvolvimento de métodos estatísticos para estimar relações econômicas, testar teorias, avaliar e implementar políticas de governo e de negócios. Para melhor aprofundamento, confira-se: WOOLDRIDGE, Jeffrey M. **Introdução à econometria**: uma abordagem moderna. Tradução de Priscilla Rodrigues da Silva Lopes e Livia Marina Koepl; revisão técnica de Heloisa Pinna Bernardo. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p.2.

Art. 4.º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O que o artigo 4.º pretende referendar é o afastamento de uma decisão judicial, a despeito da correção de seu mérito, quando o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso entender que a referida decisão pode provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Como será visto, todos os casos que compõem a base de dados desta dissertação se limitaram a analisar consequências econômicas quando da prolação de pedidos de suspensão de segurança.³⁴ Por tal razão, todos os casos parecem se relacionar com economia pública, apesar de que, em algumas decisões, a menção expressa ao termo não foi adotada pela autoridade judicante.³⁵

Veja-se que a presente dissertação analisará, justamente, como submeter os pedidos de suspensão de segurança na seara regulatória a um conjunto comum de condições de racionalidade³⁶, uma vez que são exigidos critérios econômicos extrajurídicos para determinar o que pode, de fato, provocar grave lesão à economia pública.

A dimensão descritiva do raciocínio que será utilizado para aferir a existência da lesão à economia pública deverá especificar positivamente, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência econômica, representada pela correspondente lesão ou ameaça de lesão à economia pública. Uma vez realizada a referida especificação, ela e a decisão que determina o curso de ação com base nela serão objetivamente inadequadas se restar demonstrado que as consequências econômicas associadas às decisões em questão são diversas daquelas imaginadas pelo decisor.³⁷

A utilização do referido instituto em demandas judiciais que versem sobre matérias regulatórias tende a agravar o déficit epistêmico mencionado. Isso porque, em matéria regulatória, existem instituições – a exemplo das Agências Reguladoras – que são aptas a investigar (ao

³⁴ Ver quadro 4.

³⁵ Nesse sentido, ver o item 3.3 da presente dissertação.

³⁶ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.76. Veja-se: *“To somebody who disputes that principle with me, I can indeed resort only to a Humean argument: our society is either organized according to that value of rationality or it is not, and I cannot contemplate without revulsion the uncertainty and insecurity of an arbitrarily run society, in which decisions of all kinds are settled on somebody’s whim or caprice of the moment, without reference to past or future decision making”*.

³⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.383-418.

menos em teoria), dentro dos limites da ciência aplicada, a adequação ou inadequação objetiva mencionada.

Tal constatação e a própria literalidade do artigo 4.º são fatores que facilitam a localização de problemas estruturais relacionados à dimensão positiva do raciocínio consequencialista nas referidas decisões, uma vez que tal dispositivo aparenta aumentar a superfície de contato entre o Presidente do Tribunal em questão e o encontro de critérios científicos extrajurídicos relacionados à economia.

3 METODOLOGIA

O uso de argumentos consequencialistas para fins de fundamentação de decisões judiciais demonstra ser uma tendência consolidada na jurisprudência de tribunais brasileiros.³⁸ Inclusive, em 26 de abril de 2018, foi publicada a Lei n.º 13.655, que incluiu no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), um dispositivo específico.³⁹ Trata-se de uma previsão que determina que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a autoridade que decidir deverá observar as consequências práticas de sua decisão.

Antes mesmo da referida alteração normativa, com base no próprio princípio da eficiência insculpido no artigo n.º 37 da Constituição Federal de 1988, juízes já fundamentavam suas decisões com base em análises prospectivas relativas aos potenciais efeitos e consequências das múltiplas alternativas decisórias.⁴⁰ No entanto, as referidas decisões geram a impressão de esbarrar na persistência de incerteza, ignorância e riscos⁴¹ em relação ao funcionamento do mundo, inclusive sobre potenciais consequências de diferentes normas jurídicas.⁴²

³⁸ Para análise do uso de argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, confira-se: LEAL, Fernando A. R.; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.7, p.819-843, 2017.

³⁹ Trata-se do novo artigo n.º 20 que possui a seguinte redação: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

⁴⁰ Como exemplo, confira-se o REsp 1266290/PE que possui a seguinte ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DISPENSA. USO DE ÁREA AEROPORTUÁRIA. EMPRESA DE TAXI AÉREO. ART. 40 DA LEI N.º 7.565/86 (CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1266290/PE. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 12/11/2013. Publicação: 16/12/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma).

⁴¹ O conceito de incerteza se refere à situações onde as consequências de um curso de ação podem ser identificadas, porém sem qualquer atribuição precisa de probabilidades de sua ocorrência. O conceito de risco se refere à situações onde as consequências de eventual curso de ação e suas probabilidades podem ser identificadas. Por fim, o conceito de ignorância se refere à situações onde não só as probabilidades como a própria natureza das consequências de um curso de ação não são conhecidas e não podem ser identificadas pelo agente ou terceiros. Sobre risco e incerteza, Ver: KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty, and Profit**. Boston, Mass.: HoughtonMifflinCo., 1933; DAVIDSON, Paul. Is Probability Theory Relevant for Uncertainty? A Post-Keynesian Perspective. **Journal of Economic Perspectives**, v.5, n.1, p.129-143, 1991. Sobre ignorância, ver: HARREMOES, Poul. Ethical Aspects of Scientific Incertitude in Environmental Analysis and Decision Making. **Journal of Cleaner Production**, v.11, p.705-712, 2003.

⁴² PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v.262, p.95-144, jan./abr. 2013.

Por tal razão, a presente dissertação irá utilizar uma metodologia predominantemente empírica para a discussão de problemas teóricos. Como objeto, considera-se todos os julgamentos de Direito Regulatório no período de 01/07/1992 até 01/07/2018.

O marco inicial em 01/07/1992 foi utilizado por simbolizar a entrada em vigor da Lei n.º 8.437 de 30 de junho de 1992, uma vez que a mesma foi publicada na referida data.⁴³ A opção por se utilizar como marco inicial a data de 01/07/1992, além de possuir relação com o alargamento das possíveis hipóteses de incidência do pedido de suspensão, também se justifica pela própria cronologia histórica do surgimento das Agências Reguladoras no Brasil.⁴⁴

O marco final, referente à data de 01/07/2018, representa a data de conclusão da pesquisa empírica e restou fixado com o intuito de impedir o exame de novas decisões após a conclusão da análise descritiva.

A busca pelas decisões que formam a base de dados aqui descrita se processou por meio da utilização dos seguintes termos: “suspensão”, “segurança”, “agência” e “reguladora”. Os referidos termos foram inseridos no campo “pesquisa livre” na página de pesquisa de jurisprudência do sítio do Superior Tribunal de Justiça (STJ), da seguinte forma: “**suspensão adj3 segurança e agência adj reguladora**”.⁴⁵ A intenção de combinar os termos de pesquisa da forma descrita foi pensada para viabilizar a análise do maior número de decisões com pertinência temática. O sítio virtual foi acessado sucessivamente nos dias 27, 28, 29 e 30 de junho e 1 de julho de 2018, data em que a busca de decisões foi concluída.

Em relação à busca, um total de 55 (cinquenta e cinco) decisões monocráticas e 3 (três) acórdãos foram encontrados. Não houve alteração quantitativa nos resultados durante o período descrito acima. Todas as decisões foram impressas e analisadas em 2 (dois) momentos distintos. Em um primeiro momento, buscou-se compreender o contexto em que foram prolatadas para analisar se as decisões versavam sobre setores regulados e se realizavam algum tipo de prognose ou análise prospectiva. Em um segundo momento, buscou-se identificar a natureza

⁴³ Art. 5.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Conforme informação no site do planalto, a referida lei foi publicada no DOU de 01/07/1992.

⁴⁴ As agências reguladoras foram instituídas no Brasil a partir da década de 90. Ex.: Lei n.º 9.427/1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL); Lei n.º 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL); Lei n.º 9.478/1997 (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP); Lei n.º 9.782/1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA); Lei n.º 9.961/2000 (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS); Lei n.º 9.984/2000 (Agência Nacional de Águas – ANA); Lei n.º 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ); MP n.º 2.228-1/2001 (Agência Nacional do Cinema – ANCINE); Lei n.º 11.182/2005 (Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC).

⁴⁵ Pesquisas no referido sítio virtual com os indexadores “adj”, “adj1”; e “adj2” não apresentaram resultados. Assim, a utilização do conector “adj3” foi efetivada com o intuito de viabilizar a análise de um maior número de decisões”.

dos argumentos consequencialistas eventualmente utilizados e a existência de menções a estudos, dados ou documentos técnicos aptos a fundamentar as referidas prognoses. Os resultados serão aprofundados na secção 7 do presente trabalho.

3.1 Formação da base de dados

Inicialmente, deve restar consignada a exclusão dos 3 (três) acórdãos que foram localizados. O Agravo Interno na SLS 2129/BA⁴⁶ foi desprovido com a reafirmação integral das razões utilizadas na decisão monocrática tomada na SLS 2129/BA. Assim, como a referida decisão já constava da base de dados, o acórdão em questão foi excluído.

O Agravo Regimental na SS 2727/DF⁴⁷ também foi desprovido com base em idêntica argumentação utilizada na decisão monocrática prolatada na SS 2727/DF. Dessa forma, o referido acórdão também foi excluído.

Por fim, o Conflito de Competência CC 41444 – AM⁴⁸ versava exclusivamente sobre questões processuais e, por tal razão, foi retirado da base de dados.

No que se refere ao número de decisões monocráticas, apesar de o sítio virtual do STJ mencionar 55 (cinquenta e cinco) resultados, tal número se encontra equivocado. Explica-se: o resultado deixou de contemplar uma reconsideração de entendimento do Ministro Edison Vidigal no bojo da suspensão da SL 000079 – RJ.⁴⁹ Assim, além da decisão monocrática de deferimento na SL 000079 – RJ, prolatada pelo Ministro Nilson Naves, o Ministro Edison Vidigal prolatou uma segunda decisão monocrática com a reversão do entendimento anterior. Trata-se do Agravo Regimental na SL 000079 – RJ.⁵⁰ O número de 55 (cinquenta e cinco) resultados incluiu apenas a segunda decisão e desconsiderou a primeira. Ocorre que as 2 (duas)

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGINT NA SLS 2129/BA 2016/0062650-3. Relator: Ministra Presidente Laurita Vaz. Julgamento: 05/10/2016. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 21/10/2016.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SS 2727 DF 2014/0183348-0. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento: 03/09/2014. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 16/10/2014.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 41444 AM 2004/0015602-2. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 11/02/2004. Órgão Julgador: S1 - Primeira Seção. Publicação: 16/02/2004.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SL 000079 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Nilson Naves. Julgamento: 02/04/2004. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ (Decisão Monocrática). Publicação: 13/04/2004.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 79 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Edison Vidigal. Julgamento: 27/04/2004. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 27/04/2004.

decisões são úteis para a análise que aqui se objetiva realizar e, portanto, ambas foram incluídas na base de dados.

Assim, com um resultado preliminar de 56 (cinquenta e seis) decisões monocráticas prolatadas pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, passou-se à leitura atenta de cada decisão⁵¹, no intuito de analisar a pertinência temática das referidas decisões em relação ao objetivo do trabalho ora exposto.

Verificou-se que 14 (quatorze) decisões não versavam sobre o instituto da suspensão de segurança e não apresentariam os requisitos almejados pela pesquisa para se qualificarem como aptas a integrar a base de dados. Nesse sentido, foram excluídos Recursos Especiais, Recursos em Mandado de Segurança, Agravos em Recursos Especiais, Conflitos de Competência e Agravo em Medida Cautelar. Ainda nesse contexto, 6 (seis) decisões tomadas no bojo de pedidos de suspensão versavam sobre questões meramente processuais e por isso foram retiradas.

A base de dados final é, portanto, composta por 36 (trinta e seis) decisões monocráticas, sendo que 2 (duas) foram prolatadas em reconsideração a uma decisão monocrática anterior no bojo do mesmo pedido de suspensão – no caso, o já mencionado AgRg na SL 000079 e o AgRg na SLS 001639.⁵²

Concluída a delimitação do objeto a ser explorado e descrito neste trabalho, cabe observar que as decisões monocráticas do STJ serão analisadas com base nas proposições teóricas que tratam do uso de argumentos consequencialistas por aplicadores do Direito, em especial, sob a perspectiva da autoridade judicante.

3.2 Apresentação de resultados

Respondendo à 1.^a (primeira) pergunta de pesquisa, constatou-se de modo afirmativo que em 31 (trinta e uma) decisões monocráticas os ministros decisores do Superior Tribunal de Justiça se utilizaram de argumentos consequencialistas quando da fundamentação dos referidos pedidos de suspensão. Tal número assume expressão considerando-se que a base de dados utilizada foi composta por de 36 (trinta e seis) decisões monocráticas.

⁵¹ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.xii. *“Careful reflection on discursive procedures reveals much about the possibility of rational principles for action and its justification or condemnation”*.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 001639 - RJ (2012/0175070-5). Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento: 28/09/2012. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 02/10/2012.

Apesar de ser possível considerar que existe uma exigência legal no que se refere à consideração de consequências, consubstanciada na literalidade do artigo 4.º da Lei n.º 8.437/92, deve ser ressaltado que em 5 (cinco) casos não foram utilizados argumentos consequentialistas nas decisões monocráticas estudadas, quais sejam: (i) no caso da SLS n.º 2305, discutiu-se a inclusão da ANATEL como credora quirografária no processo de Recuperação Judicial da OI S.A. Restou comprovado que a ANATEL manejou indevidamente a via suspensiva como sucedâneo recursal. Por tal razão, o pedido suspensivo não foi conhecido; (ii) na SLS n.º 2264, o pedido não chegou a ultrapassar nem mesmo a preliminar referente à legitimidade ativa para o ajuizamento do pedido de suspensão. Ao contrário do que ocorreu em outros casos de não conhecimento que foram mantidos na base de dados, a decisão monocrática na SLS n.º 2264 não chega a adentrar o mérito do pleito; (iii) na SLS n.º 1858, não existiu ação originária proposta contra o Poder Público que formulou o pedido de suspensão – no caso concreto, o município de Apuiaries-CE. A ação originária foi ajuizada pelo ente municipal, sendo um pedido liminar deferido em favor do requerente. Ocorre que, com a interposição de um agravo de instrumento, o relator do recurso atribuiu ao mesmo efeito suspensivo. A decisão objeto deste pedido de suspensão é a decisão que atribui efeito suspensivo ao referido agravo. Por tal razão, o pedido sequer foi conhecido; (iv) em relação ao pedido SS n.º 2.659, chegou-se à conclusão de que a questão jurídica posta seria predominantemente constitucional. Assim, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal; e (v) o pedido de suspensão SS n.º 2601 versou sobre simples aprovação em concurso público, não possuindo qualquer pertinência temática para o trabalho aqui proposto.

Nesse sentido, superada a 1.^a (primeira) pergunta de pesquisa, a presente seção destina-se a responder à 2.^a (segunda) pergunta de pesquisa formulada na introdução do presente trabalho, qual seja, se a maior parte dos juízos sobre o futuro é, ou não, acompanhada de estudos, documentos técnicos ou dados aptos a lhes fornecer suporte. Confira-se:

Quadro 1 - Utilização de estudos, documentos ou dados técnicos

continua

N.º	Caso	Tema	Requerente/ Interessada	Presença de argumento consequencialista?	Exemplo de formulação	O voto dos ministros acompanha documentos, estudos ou dados?	Resultado
1	SLS 2162	MRE/GSF	ANEEL	Sim	Ofensa à ordem e à economia públicas	Não – apenas indica precedentes: Ex.: SLS 2.039/DF	Def.
2	SLS 2305	Crédito Quirografário	ANATEL	Não	N/A	N/A	Não conhecido.
3	SLS 2264	Concessão de Trecho	ANTT	Não	N/A	N/A	Não conhecido.
4	SS 2878	Tarifa	ARESEP	Sim	Não se evidencia lesão à coletividade	Não – apenas indica precedentes: Ex.: SLS 2.039/DF	Não conhecido.
5	SS 2869	Tarifa	ARSESP	Sim	Não se evidencia lesão à coletividade	Não – apenas indica precedentes: Ex.: SLS 771/SC	Não conhecido.
6	SLS 2157	Pedágio	ANTT	Sim	Equação econômico-financeira.	Sim. (1) Petição 255542/2016; e (2) PARECER TÉCNICO: 040/2015/GEINV/SUINF.	Def.
7	SLS 2129	Transporte/ Fiscalização	AGERBA	Sim	Desequilíbrio econômico-financeiro.	Não – apenas remete a cópias de processos ajuizados pela mesma interessada.	Def.
8	SLS 2102	FID	ANEEL	Sim	Simulação do Impacto Financeiro.	Sim. Simulação do impacto financeiro realizada pelo Superintendente de Regulação de Serviços da ANEEL.	Def.
9	SLS 2118	Sustação de Protestos de Duplicata - Fiscalização	ARSAL	Sim.	Não decorrem efeitos lesivos.	Não.	Indef.
10	SS 2806	Ajuste Financeiro (CCEE)	ANEEL	Sim.	Lesão à ordem e economia públicas.	Não. Afirma alteração em preço pago pelos consumidores sem mencionar estudo.	Def.
11	SS 2727	Reserva de Energia elétrica (CCEE)	ANEEL	Sim.	Lesão à ordem pública.	Não. apenas indica precedentes: Ex.: SLS 1911/DF.	Def.
12	SLS 2022	Linha Telef.	ANATEL	Sim.	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.	Não – apenas indica precedentes: AgRg na SLS 1.320/BA.	Não conhecido.
13	SLS 1996	Transporte	ANTT	Sim.	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.	Não.	Def.
14	SLS 1964	Transporte	ANTT	Sim.	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.	Não.	Def.

Quadro 1 - Utilização de estudos, documentos ou dados técnicos

continua

N.º	Caso	Tema	Requerente/ Interessada	Presença de argumento consequencialista?	Exemplo de formulação	O voto dos ministros acompanha documentos, estudos ou dados?	Resultado
15	SLS 1956	Qualidade de Serviço	ANATEL	Sim.	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.	Não – apenas indica precedentes: Ex.: AgRg na SLS 1320/BA.	Indef.
16	SLS 1906	TAXI Irregular	ARSAL	Sim.	Não se verifica grave dano.	Não – apenas indica precedentes: AgRg na SLS 951/RS.	Indef.
17	SLS 1858	Iluminação	ANEEL	Não.	N/A	N/A	Não conhecido.
18	SS 2659	Licitante	ANATEL	Não.	N/A	N/A	Remessa ao STF.
19	SLS 1701	Royalties	ANP	Sim.	Não geram lesão à economia do Estado.	Sim. Ex.: RDC/ANP 40/2009 e RD 983/2011 da ANP.	Indef.
20	SLS 1729	Contrato	ANTT	Sim.	Não gera lesão à ordem e economia públicas.	Não.	Indef.
21	SS 2637	Compensação Financeira	ANEEL	Sim	Causar lesão aos outros municípios.	Não.	Indef.
22	SLS 001639	Dano Ambiental	ANP	Sim.	Não prospera a alegação de lesão à ordem econômica.	Não	Indef.
23	SLS 1652	Posse/Obra Pública	ANTT	Sim.	Circulação da produção interna bruta estadual não se encontra embaraçada.	Não – remissão genérica aos autos.	Indef.
24	SS 2601	Concurso Público	ADASA	Não.	N/A	N/A	Indef.
25	SS 2373	Transporte Intermunicipal	ARSAL	Sim.	Risco de grave lesão à ordem pública e à segurança pública.	Não – apenas remissão a precedentes. Ex.: AgRg na SLS 989/BA.	Def.
26	SLS 1266	Reajuste Tarifário	ANEEL	Sim.	Isso parece significar que o afastamento do reajuste.	Não.	Indef.
27	SS 1930	Desconto em passagem	ANAC	Sim.	“Probabilidade”	Não.	Indef.
28	SS 1925	Espaço Público/Cobrança	ANATEL	Sim.	Valor não é significativo.	Não.	Def. em parte.
29	SLS 373	Gás	ARSEP	Sim.	Risco inverso de prejuízo.	Não.	Indef.
30	SLS 183	Reajuste Tarifário	ANEEL	Sim.	Aumento do “Risco Brasil”	Não.	Def.
31	SS 1442	Corte de água	ARCE	Sim.	Consequências também no desenvolvimento econômico.	Não.	Indef.

Quadro 1 - Utilização de estudos, documentos ou dados técnicos

N.º	Caso	Tema	Requerente/ Interessada	Presença de argumento consequencialista?	Exemplo de formulação	conclusão	
						O voto dos ministros acompanha documentos, estudos ou dados?	Resultado
32	SLS 54	Contrato/Prorrogação	ANEEL	Sim.	Não ultrapassa o efeito da conjectura.	Não, porém adota uma postura de não agir.	Def.
33	SL 79	Royalties	ANP	Sim.	Qualquer que seja a minha decisão, trará efeitos negativos.	Não.	Def.
34	SS 1248	Transporte	ARCE	Sim.	Impactos econômicos negativos de transporte clandestino.	Não.	Def.
35	AgRg na SLS 1639	Dano Ambiental	ANP	Sim.	Lesão à economia.	Sim. Documentação acostada às fls. 1236/1258. Comprovação de Prejuízo.	Def. Parcial
36	AgRg na SL 79	Royalties	ANP	Sim.	Manutenção dos efeitos apenas reduz os valores devidos.	Sim. Parecer Técnico 074/2003/SPG e Parecer Técnico 075/2003/SPG.	Indef.

Fonte: Elaboração própria

Em relação aos documentos, estudos ou dados, buscou-se a indicação pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça de um documento, estudo ou dado técnico específico sobre o caso. Perceba-se que o fato de o referido documento, estudo ou dado ser produzido por uma das partes do processo ou terceiro alheio ao processo não possui relevância para o estudo em questão, tendo em vista que o objetivo do trabalho não é questionar a decisão em termos de validade, mas, sim, verificar normativamente se se está diante de uma decisão cuja argumentação tecnicamente deficitária⁵³ esbarra na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia.⁵⁴

Feitos os esclarecimentos acima, constata-se que, em relação aos 31 (trinta e um) casos em que houve a utilização de argumentos consequencialistas, somente em 5 (cinco) casos o voto dos ministros fez remissão aos documentos, estudos ou dados técnicos. Precisamente:

Quadro 2 - Cinco casos acompanhados de documentos, estudos ou dados técnicos

Caso	Identificação dos documentos, estudos ou dados
SLS 2157	Petição 255542/2016; e PARECER TÉCNICO: 040/2015/GEINV/SUINF.
SLS 2102	Simulação do impacto financeiro realizada pelo Superintendente de Regulação de Serviços da ANEEL.
SLS 1701	RDC/ANP 40/2009 e RD 983/2011 da ANP.
AgRg na SLS 1639	Documentação técnica acostada às fls. 1236/1258. Comprovação de prejuízo econômico.
AgRg na SL 79	Parecer Técnico 074/2003/SPG e Parecer Técnico 075/2003/SPG.

Fonte: Elaboração própria

Assim, em 26 (vinte e seis), ou 83,1% (oitenta e três vírgula um por cento) dos casos que compõem a base de dados, não houve qualquer prova que justificasse a conclusão da prospecção realizada. Em tais precedentes, a possibilidade de ocorrência de suposta lesão à economia pública foi analisada sem apego a possibilidades reais de concretização e probabilidades estatísticas de ocorrência, tendo o potencial de gerar problemas para o exercício da atividade regulatória. Confira-se a seguinte relação:

⁵³ Deficitária em relação aos critérios econômicos extrajurídicos.

⁵⁴ A ideia de universalização ou isonomia consiste na possibilidade de replicação da argumentação utilizada em casos semelhantes. Uma remissão ao laudo técnico pode ser replicada e desencadear outras remissões a laudos técnicos distintos, independentemente do teor ou validade técnica do primeiro laudo.

Quadro 3 - Sete casos de impedimento direto à atuação de órgãos reguladores

Caso	Dados
SLS 2162	Pedido da ANEEL indeferido, com o afastamento de medida regulatória.
SLS 2118	Pedido da ARSAL indeferido, com o afastamento de medida regulatória relacionada às sanções econômicas.
SLS 1906	Pedido da ARSAL indeferido, com o afastamento de medida regulatória relacionada às sanções econômicas.
SLS 1729	Pedido indeferido, com o afastamento de medida regulatória da AGERGS.
SLS 1652	Pedido indeferido, com o afastamento de medida regulatória da DERBA.
SLS 1266	Pedido da ANEEL indeferido, com o afastamento de medida regulatória.
SS 1930	Pedido da ANAC indeferido, com o afastamento de medida regulatória.

Fonte: Elaboração própria

Os casos acima compõem a base de dados e são exemplos de impedimento direto do exercício de competências regulatórias por parte de agências e órgãos reguladores. Ainda, deve ser ressaltado que os casos acima não foram acompanhados de estudos, dados ou documentos técnicos.

Nesse sentido, a hipótese de pesquisa restou confirmada. De fato, a maior parte das prognoses, quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança em casos de Direito Regulatório, não são acompanhadas de estudos, dados ou documentos técnicos.

A confirmação da hipótese de pesquisa revela que as citadas decisões carecem de fundamentação racional. Neste ponto, outro número merece ser mencionado: em 9 (nove) decisões monocráticas, os ministros indicaram de forma expressa precedentes supostamente aptos a dar lastro às prospeções apresentadas, os quais, contudo, pouco acrescentaram conteúdo para fins de embasamento da decisão.

Confira-se, como exemplo, o caso da SLS n.º 1906. Nesta suspensão de liminar e de sentença, discutia-se o transporte intermunicipal de passageiros. Ao buscar fundamentar a possibilidade de ocorrência de grave dano ao setor de transportes e à segurança pública, o Ministro cita um caso totalmente diferente do tema debatido – no caso concreto, um precedente relativo ao fornecimento de medicamentos. Confira-se:

Este Tribunal Superior entende que não basta, para o deferimento do excepcional pedido de suspensão, a mera alegação de que a decisão atacada causa grave prejuízo ao Poder Público. É imprescindível a cabal demonstração de que a manutenção da decisão atacada tem o condão de obstaculizar o exercício da atividade pública ou mesmo causar prejuízos que impossibilitem a prestação do serviço, situação esta não identificada na análise dos autos. Neste sentido: “AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PORTADORA DE LEUCEMIA. ALEGADA LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS NÃO COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL

IMPROVIDO. Cabe ao requerente da medida excepcional, de forma inequívoca e fundamentada, demonstrar que o cumprimento imediato da medida atacada provoca sérios prejuízos aos bens jurídicos listados no art. 4.º da Lei n.º 8.437/1992. Precedentes. – [...]. Agravo regimental improvido”.⁵⁵

A remissão utilizada, apesar de ser uma estratégia usual quando da fundamentação de decisões jurídicas, revela-se insuficiente quando da utilização de argumentos consequencialistas por parte da autoridade judicante. Tal fato evidencia a dificuldade imposta pela natureza metodológica retrospectiva do direito, para fins de realização de prospecções encabeçadas por aplicadores especializados na referida retrospectiva.

Da mesma forma, os julgadores deixam de observar qualquer conexão entre o pedido ou causa de pedir dos precedentes, cabendo ressaltar, ainda, que qualquer questão de afinidade por ponto comum de direito parece extremamente tênue para fundamentar prospecções. Como mencionado, a SLS n.º 1906 versa sobre transporte intermunicipal de passageiros e a SLS 951/RS versa sobre fornecimento de medicamento para paciente portadora de leucemia.

Frise-se que o caso acima descrito não é isolado, o que revela que as remissões utilizadas pelos ministros não parecem contribuir para o enfrentamento de incertezas estruturais inerentes à dimensão descritiva de argumentações consequencialistas aplicadas ao direito.

3.3 Consequências apontadas

A identificação das consequências apontadas pelos julgadores dos pedidos de suspensão que compõem a base de dados indica que as consequências consideradas quando do momento da prolação de decisões são majoritariamente econômicas⁵⁶, a despeito da própria redação da Lei n.º 8.437/92. A utilização dos termos de busca “agência” e “reguladora” parecem ter influenciado no resultado obtido. Confirma-se um quadro para fins de facilitação da compreensão correta da base de dados:

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 951/RS. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgamento: 02/02/2009. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 05/02/2009.

⁵⁶ O sentido de economia adotado pelo presente trabalho é um sentido amplo, sem qualquer preocupação classificatória de acordo com sub-ramos econômicos. Para fins de consulta de uma conceituação mais precisa, ver: DWECK, Esther; POSSAS, Mario. Luiz. Crescimento econômico num modelo micro-macroeconômico de simulação. **Economia e Sociedade**, Campinas, v.20, n.1, p.1-31, 2011.

Quadro 4 - Natureza dos argumentos consequentialistas

Caso	Natureza do Argumento	Exemplo de formulação
SLS 2162	Econômico	Ofensa à ordem e economia públicas.
SS 2878	Econômico	Não se evidencia lesão à coletividade
SS 2869	Econômico	Não se evidencia lesão à coletividade
SLS 2157	Econômico	Equação econômico-financeira.
SLS 2129	Econômico	Desequilíbrio econômico-financeiro.
SLS 2102	Econômico	Simulação do Impacto Financeiro.
SLS 2118	Econômico	Não decorrem efeitos lesivos.
SS 2806	Econômico	Lesão à ordem e economia públicas.
SS 2727	Econômico	Lesão à ordem pública.
SLS 2022	Econômico	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.
SLS 1996	Econômico	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.
SLS 1964	Econômico	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.
SLS 1956	Econômico	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.
SLS 1906	Econômico	Não se verifica grave dano.
SLS 1701	Econômico	Não geram lesão à economia do Estado.
SLS 1729	Econômico	Não gera lesão à ordem e economia públicas.
SS 2637	Econômico	Causar lesão aos outros municípios.
SLS 001639	Econômico	Não prospera a alegação de lesão à ordem econômica.
SLS 1652	Econômico	Circulação da produção interna bruta estadual não se encontra embaraçada.
SS 2373	Econômico	Risco de grave lesão à ordem pública e à segurança pública.
SLS 1266	Econômico	Isso parece significar que o afastamento do reajuste.
SS 1930	Econômico	“Probabilidade”
SS 1925	Econômico	Valor não é significativo.
SLS 373	Econômico	Risco inverso de prejuízo.
SLS 183	Econômico	Aumento do “Risco Brasil”
SS 1442	Econômico	Consequências também no desenvolvimento econômico.
SLS 54	Econômico	Não ultrapassa o efeito da conjectura.
SL 79	Econômico	Qualquer que seja a minha decisão, trará efeitos negativos.
SS 1248	Econômico	Impactos econômicos negativos de transporte clandestino.
AgRg na SLS 1639	Econômico	Lesão à economia.
AgRg na SL 79	Econômico	Manutenção dos efeitos apenas reduz os valores devidos.

Fonte: Elaboração própria

Diante do exposto acima, constata-se que, em relação aos 31 (trinta e um) casos em que houve a utilização de argumentos consequentialistas, todos estavam diretamente relacionados a aspectos econômicos do respectivo setor regulado, a despeito das variadas formas de elaboração do argumento, muitas vezes não evidente. Os casos versaram sobre argumentos econômicos, mesmo quando se valeram de expressões vagas como “lesão à coletividade”. A título de exemplo do que ora se afirma, pode ser destacado o pedido de suspensão SS n.º 2878. Este pedido de suspensão foi ajuizado pela Companhia de Gás de São Paulo (COMGÁS) contra acórdão proferido pela 1.ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Possui como interessada a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARESEP). O objeto do pedido era que fosse aplicado o reajuste previsto na Deliberação ARSEPS n.º 575/2014, por meio do qual se reajustariam as tarifas com atenção

ao IGP-M da Fundação Getúlio Vargas, em razão da ausência de finalização do indicador de revisão específico (RTQ) pela ARESEP.

O pedido deixou de ser conhecido, fato que não impediu o ministro julgador de realizar análises prospectivas. Confira-se:

Ainda que assim não fosse, no caso em exame, não se evidencia grave lesão aos bens tutelados pela lei de regência, lesões essas que pudessem atingir a coletividade em questão, sendo certo que uma mera estipulação de prazo para concluir a revisão tarifária estipulada em contrato não tem o potencial lesivo alegado na inicial.⁵⁷

A estipulação de prazos para conclusão de revisões tarifárias, a princípio, apresenta relação com a economia pública, porém o ministro mencionou genericamente o termo “lesão”, sem se valer expressamente da redação prevista no art. 4.º da Lei n.º 8.437 de 1992. Por tal razão, apesar de o artigo 4.º mencionar a possibilidade de suspensão para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a base de dados é composta em sua totalidade por julgados relacionados à seara econômica. Nesse sentido, os critérios científicos, extrajurídicos de adequação relacionados aos casos que compõem a base de dados são essencialmente critérios econômicos.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SS 2878. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgamento: 26/01/2017. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 03/02/2017.

4 ASPECTOS DISTINTIVOS ENTRE A ATIVIDADE REGULATÓRIA E A JURISDICIONAL

O controle judicial operado sobre escolhas regulatórias com base em argumentos econômicos pode significar o desempenho de competências regulatórias pelo Poder Judiciário.⁵⁸ Tal fato pode, inclusive, levar ao esvaziamento da repartição de competências realizada pela Constituição Federal.⁵⁹ Além de críticas tradicionais referentes ao princípio da separação dos poderes, o exercício pelo Poder Judiciário de competências regulatórias esbarra em diferenças substanciais existentes entre a regulação e a atividade jurisdicional. As referidas distinções⁶⁰ são úteis para ilustrar alguns problemas que decorrem da existência de capacidades institucionais distintas⁶¹ no que tange ao Poder Judiciário e às Agências Reguladoras. Veja-se:

De fato, se a definição das capacidades de uma instituição para formular respostas para certos problemas depende do seu desenho normativo e das condições fáticas sob as quais ela desempenha as suas atividades, distinções abstratas a respeito do que compete a cada instituição decidir servem, no máximo, como argumentos extra-institucionais que podem (e não devem) orientar a discussão quando não for possível definir claramente as capacidades institucionais ou houver problemas de incomensurabilidade no cruzamento de méritos e deméritos de diferentes instituições.⁶²

⁵⁸ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016. v.1. p.130.

⁵⁹ As fontes constitucionais de competência das agências reguladoras são: a) art. 21, XI, da CRFB, alterado pela EC 08/1995 que determina a instituição de órgão regulador para o setor de telecomunicações; b) art. 174 da CRFB que dispõe que o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica; e c) art. 177, parágrafo 2, III da CRFB, alterado pela EC 09/1995 que estabelece a criação de órgão regulador do setor do petróleo e do gás natural. Ver: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; 2017. p.104.

⁶⁰ POSNER, Richard. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts) an Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (Ed.). **Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p.23.

⁶¹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, p.45, jan./jun. 2011. Confira-se o seguinte trecho: “Nesse aspecto, o método de justificação de comportamentos institucionais informado pelas capacidades reais de diferentes instituições não se torna tão diferente de outras propostas teóricas desenvolvidas para orientar a solução de tensões, por exemplo, entre o Legislativo e o Judiciário ou entre este e Agências Reguladoras”.

⁶² Ibid., p.22.

Alguns autores⁶³, inclusive, fundamentam que, além de diferenças institucionais, existe um viés “anti-credor”⁶⁴ do Poder Judiciário brasileiro que provoca riscos econômicos e institucionais pela sua “baixa maturidade”⁶⁵ em relação ao cumprimento de contratos financeiros de longo prazo, típicos da seara regulatória.⁶⁶ Esta dissertação não objetiva presumir capacidades institucionais em favor de Agências Reguladoras. A própria base de dados permite apenas uma avaliação parcial em relação às capacidades institucionais⁶⁷ do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento dos referidos pedidos de suspensão de segurança. No entanto, uma análise acerca da existência de diferenças institucionais pode auxiliar na avaliação das decisões que compõem a base de dados.

4.1 Diferenças substanciais entre a atividade regulatória e a atividade jurisdicional

Antes de adentrar nas diferenciações entre a atividade regulatória e a atividade jurisdicional, cabe alertar em qual sentido o termo “regulação” será empregado nesta dissertação. Adota-se um conceito tradicional do termo regulação, representado pelo o conjunto de mecanismos estatais destinados à correção de falhas de mercado e estabilização e promoção do desenvolvimento econômico.⁶⁸ Inclui-se no conceito os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito.⁶⁹

⁶³ ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: **Working Paper**, Rio de Janeiro, Instituto de Política Econômica da Casa das Garças, Departamento de Economia da PUC-RJ, Banco Mundial, 2003. p.271. Disponível em: <goo.gl/WXax5Q>. Acesso em: 27 nov. 2018.

Confira-se: “*In the Brazilian case, jurisdictional uncertainty may thus be decomposed, in its anti-creditor bias, as the risk of acts of the Prince changing the value of contracts before or at the moment of their execution and as the risk of an unfavorable interpretation of the contract in case of a court ruling.*”

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, regulação e economia**: estudos para o debate brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.207.

⁶⁷ Nesse sentido, ver: LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, v.2, n.1, p.192-213, jul. 2016.

⁶⁸ Sobre a distinção entre o sentido tradicional e o sentido amplo do termo regulação e suas diferentes perspectivas, ver: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.39.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.37.

Assim, os julgamentos prolatados em pedidos de suspensão de segurança, liminar ou sentença, em sede de direito regulatório, vão abarcar decisões baseadas em técnicas administrativas consubstanciadas em normas destinadas à organização do sistema econômico, ou que geram efeitos sobre o sistema econômico, inclusive em relação aos casos de regulação de serviço público ou controle concorrencial de mercados. A opção pela adoção de um conceito tradicional se justifica na medida em os argumentos relacionados à atividade regulatória que constam da base de dados parecem se limitar ao objeto regulatório mais usual de correção de falhas de mercado e estabilização e promoção do desenvolvimento econômico.

4.1.1 Momento de atuação e tempo despendido para conclusões

A primeira diferença significativa entre a atividade jurisdicional e a atividade regulatória se relaciona com enfoque distinto no momento de atuação e sua direta influência no tempo disponível para tomada de decisões. A regulação é preponderantemente preventiva⁷⁰, enquanto que a atividade judicial tende a ser preponderantemente repressiva⁷¹.

A vantagem de um enfoque preventivo é que não parece existir um prazo final peremptório para a tomada de uma decisão regulatória no âmbito administrativo. Isso porque – salvo em casos de “alarmismo público”⁷², que representam exceções ao regular funcionamento institucional – reguladores dispõem, em regra, de uma quantidade de tempo maior do que a autoridade judicante para análise de custos e benefícios de uma medida regulatória, em razão do próprio caráter preventivo de sua atividade.

Perceba-se que os pedidos de suspensão de segurança baseados no artigo 4.º da Lei n.º 8.437/92 corroboram o que ora se afirma, uma vez que a referida legislação limita temporalmente a oitiva do autor e do Ministério Público a um lapso temporal único de 72 (setenta e duas horas). Assim, o ministro relator do STJ dispõe somente deste curto espaço de tempo para consultar uma Agência Reguladora autora de um pedido de suspensão.

⁷⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Simpler**: the future of government. New York: Simon & Schuster, 2009. p.5.

⁷¹ POSNER, Richard. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts) an Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (Ed.). **Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p.20. Confira-se: “[...] courts cannot act until a case is brought, which often is long after the activity giving rise to the case began – are impediments to effective regulation, especially of technical subjects [...]”.

⁷² SUNSTEIN, op. cit., p.151.

O interessante sobre o fator tempo é que, apesar de submetido a prazos próprios do sistema jurídico – a exemplo do prazo acima –, o Poder Judiciário não deixa de enfrentar críticas em razão de sua morosidade.⁷³ Vale ressaltar que esta constatação não é contraditória com o que já foi afirmado, tendo em vista que o tempo de “conclusão”⁷⁴ que a autoridade judicante dispõe para julgar um pedido de suspensão de segurança repressivo que versa sobre uma medida regulatória é, em regra, menor do que o tempo que uma medida regulatória é projetada e prospectada por uma Agência Reguladora em sede administrativa. A questão se resume no seguinte ponto: o tempo de duração de um processo judicial não reflete o tempo de duração da “conclusão” necessária para a resolução de determinado caso concreto.

Confira-se o exemplo da SLS n.º 2.157/RJ. A análise atenta das datas constantes dos documentos apresentados pela Agência Reguladora permite aferir que os estudos e deliberações relacionados à referida medida regulatória se iniciaram em 23/02/2015 e findaram em 12/08/2015, ou seja, dentro de um lapso temporal de aproximadamente 6 (seis) meses.⁷⁵ Agora, vejamos o tempo que o referido processo ficou em conclusão, ou seja, em poder da autoridade judicante para julgamento:⁷⁶

Quadro 5 - Tempo do processo em conclusão

Data	Andamento
19/05/2016 - 11:20	Protocolizada Petição (originária)
19/05/2016 - 13:00	Distribuído por competência exclusiva ao Ministro PRESIDENTE DO STJ (26)
24/06/2016 - 09:32	Conclusos para despacho ao(à) Ministro(a) PRESIDENTE DO STJ (Presidente) (51)
28/06/2016 (sem horário)	Data constante da decisão. (Vice-Presidente em exercício da Presidência do STJ).
30/06/2016 - 17:19	Lançamento da decisão no sistema “PUSH”
16/09/2016 - 15:31	Certidão de Trânsito em Julgado expedida em 14/09/2016.

Fonte: Elaboração própria

⁷³ POSNER, op. Cit. Veja-se o seguinte trecho: “*The judges’ lack of specialized knowledge, their limited staffs, limited investigatory resources, cumbersome and to a degree antiquated procedures, commitment to incremental rulemaking, and delay in responding to serious social problems [...]*”.

⁷⁴ Aqui entendida como a remessa dos autos pela secretária cartorária ao gabinete do magistrado. Ver: GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: recursos e processos da competência originária dos tribunais. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.289 e segs.

⁷⁵ No caso em questão, as datas acostadas nos documentos técnicos permitem a estipulação do referido prazo de 6 (seis) meses. A razão é simples: a Agência Reguladora protocolou a petição n.º 255542/2016, com dados técnicos constantes dos seguintes pareceres: (i) Parecer Técnico n.º 040/2015/GEINV/SUINF, de 23/02/2015; (ii) notas técnicas n.º 018/2015GEINV/SUINF, de 03/06/2015, e n.º 034/2015/GEINV/SUINF, de 22/07/2015; (iii) Parecer Técnico n.º 026/2015/GEROR/SUINF; (iv) Pareceres Técnicos n.º 120/2015/GEINV/SUINF, de 08/05/2015; (v) Parecer Técnico n.º 174/2015/SUINF, de 13/07/2015; (vi) Memorando n.º 691/2015/SUINF; e (vii) Nota Técnica n.º 115/2015/GEROR/SUINF, de 12/08/2015.

⁷⁶ Dados retirados do próprio sítio virtual do STJ. Disponível em: <goo.gl/bPJDr>. Acesso em: 27 nov. 2018.

Diante dos dados ora expostos, verifica-se que o processo esteve concluso para decisão de 24/06/2016 até 28/06/2016, ou seja, por apenas (quatro) dias. O caso da SLS n.º 2.157/RJ funciona apenas como um exemplo do que foi afirmado acima. Atente-se que não se pretende, aqui, afirmar de forma categórica que uma decisão regulatória materialmente correta guarda relação direta com o tempo investido em sua elaboração. No entanto, o tempo de conclusão dos pedidos de suspensão de segurança que compõem a base de dados não deixa de ser um fator relevante, mesmo que se considere apenas o aspecto descritivo das informações coletadas.

Nesse sentido, confira-se os prazos de duração de conclusão das decisões que formam a base de dados do presente estudo:

Quadro 6 - Prazos de duração de conclusão

N.º	Caso	Protocolo Inicial	Data de Conclusão	Data de Julgamento	Data de Publicação	Prazo de Conclusão
1	SLS 2162	09/06/2016 - 13:36	08/07/2016- 17:42	15/07 2016 (sem hora)	02/08/2016 - 06:17	7 (sete) dias
2	SS 2878	21/01/2017 - 09:26	23/01/2017 - 09:57	26/01/2017 (sem hora)	03/02/2017 - 05:40	3 (três) dias
3	SS 2869	01/12/2016 - 17:53	12/12/2016 - 15:18	14/12/2016 (sem hora)	16/12/2016 - 05:48	2 (dois) dias
4	SLS 2157	19/05/2016 - 11:20	24/06/2016 - 09:32	28/06/2016 (sem hora)	01/07/2016 - 05:13	4 (quatro) dias
5	SLS 2129	04/03/2016 - 13:18	11/05/2016 - 18:44	01/06/2016 (sem hora)	03/06/2016 - 05:13	21 (vinte e um) dias
6	SLS 2102	16/12/2015 - 13:29	23/02/2016 - 16:36	05/04/2016 (sem hora)	11/04/2016 - 05:12	40 (quarenta) dias
7	SLS 2118	14/02/2016 - 09:29	15/02/2016 - 09:10	16/02/2016 (sem hora)	14/03/2016 - 05:34	1 (um) dia
8	SS 2806	18/11/2015 - 16:38	16/12/2015 - 17:15	17/12/2015 (sem hora)	18/12/2015 - 05:27	1 (um) dia
9	SS 2727	29/07/2014 - 08:24	30/07/2014 - 12:37	05/08/2014 (sem hora)	07/08/2014 - 07:04	6 (seis) dias
10	SLS 2022	15/05/2015 - 18:57	18/05/2015 - 10:33	28/05/2015 (sem hora)	02/06/2015 - 05:31	10 (dez) dias
11	SLS 1996	27/02/2015 - 12:45	27/03/2015 - 18:28	07/04/2015 (sem hora)	22/04/2015 - 05:13	11 (onze) dias
12	SLS 1964	09/12/2014 - 16:00	06/01/2015 - 15:53	02/02/2015 (sem hora)	06/02/2015 - 07:14	26 (vinte e seis) dias
13	SLS 1956	17/11/2014 - 17:25	17/11/2014 - 18:17	28/11/2014 (sem hora)	02/12/2014 - 07:13	11 (onze) dias
14	SLS 1906	15/07/2014 - 17:04	15/07/2014 - 17:31	16/07/2014 (sem hora)	01/08/2014 - 07:23	1 (um) dia
15	SLS 1701	12/12/2012 - 16:54	18/02/2013 - 13:53	25/02/2013 (sem hora)	01/03/2013 - 07:09	7 (sete) dias
16	SLS 1729	01/03/201308:02	04/03/2013 - 14:26	07/03/2013 (sem hora)	11/03/2013 - 07:03	3 (três) dias
17	SS 2637	14/12/2012 - 18:43	17/12/2012 - 09:04	04/01/2013 (sem hora)	01/02/2013 - 07:25	18 (dezoito) dias
18	SLS 1639	21/08/2012 - 11:28	21/08/2012 - 15:03	10/09/2012 (sem hora)	12/09/2012 - 07:07	20 (vinte) dias
19	SLS 1652	10/09/2012 - 16:46	10/09/2012 - 19:01	14/09/2012 (sem hora)	21/09/2012 - 07:03	4 (quatro) dias
20	SS 2373	06/08/2010 - 17:58	06/08/2010 - 19:01	19/08/2010 (sem hora)	27/08/2010 - 07:04	13 (treze) dias
21	SLS 1266	06/08/2010 - 17:11	06/08/2010 - 19:01	17 de agosto de 2010 (sem hora)	23/08/2010 - 07:04	11 (onze) dias
22	SS 1930	07/01/2009 - 18:29	22/01/2009 - 18:04	30/01/2009 (sem hora)	02/02/2009 - 07:01	8 (oito) dias
23	SS 1925	17/12/2008 -16:20	17/12/2008 - 18:26	18/12/2008 (sem hora)	02/02/2009 - 07:01	1 (um) dia
24	SLS 373	30/01/2007 - 15:51	30/01/2007 - 18:37	13/02/2007 (sem hora)	23/02/2007 - 09:02	14 (quatorze) dias
26	SLS 183	03/10/2005 - 18:44	04/10/2005 - 15:27	06/10/2005 (sem hora)	13/10/2005 - 13:09	2 (dois) dias
27	SS 1442	29/11/2004 -18:04	29/11/2004 -18:32	30/11/2004 (sem hora)	15/12/2004 - 08:38	1 (um) dia
28	SLS 54	03/12/2004 - 18:43	06/12/2004 - 09:55	07/12/2004 (sem hora)	15/12/2004 - 08:38	1 (um) dia
29	SL 79	01/04/2004 - 16:15	01/04/2004 - 17:58	02/04/2004 (sem hora)	13/04/2004 - 12:16	1 (um) dia
30	SS 1248	12/08/2003 - 17:14	12/08/2003 - 17:47	01/09/2003 (sem hora)	04/09/2003 - 13:13	20 (vinte) dias
31	AgRg na SLS 1639	19/09/2012 - 17:25	24/09/2012 - 16:03	28/09/2012 (sem hora)	02/10/2012 - 07:06	4 (quatro) dias
32	AgRg na SL 79	19/04/2004 - 11:18	19/04/2004 - 11:18	27/04/2004 (sem hora)	27/04/200412:34	8 (oito) dias

Fonte: Elaboração própria

As informações coletadas acima se tornam relevantes para aferir se a remissão a dados, estudos e documentos técnicos possui algum tipo de impacto no tempo de conclusão dos casos em que foram realizadas. Como será analisado atentamente adiante, os 5 (cinco) casos que acompanham estudos, dados e documentos técnicos são os seguintes: (i) SLS 2157/RJ; (ii) SLS 2102/DF; (iii) SLS 1701/RJ; (iv) AgRg na SLS 1639; e (v) AgRg na SL 79. Com exceção da SLS 2102/DF, que ficou 40 (quarenta) dias em conclusão, os demais casos não passaram mais de 8 (oito) dias conclusos. A média aritmética do tempo de conclusão de casos que consultaram dados, estudos e documentos técnicos é, portanto, de 12,6 (doze vírgula seis) dias.

Em relação aos casos que não consultaram estudos, dados ou documentos técnicos, a média de tempo de conclusão foi singelamente menor, chegando a 8,3 (oito vírgula três) dias.

Como já esclarecido, o objetivo de apresentar estes dados temporais não objetiva comprovar empiricamente nenhum tipo de constatação genérica. No entanto, deve ser destacado que o conjunto de decisões que compõem a base de dados representa o universo de decisões em pedidos de suspensão de segurança no âmbito regulatório, prolatadas no STJ até então.

4.1.2 Formação técnica x generalista

A segunda diferença entre a atividade regulatória e atividade jurisdicional se consubstancia na noção de que a regulação costuma ser estritamente técnica, enquanto que a atividade jurisdicional conta com a contribuição de profissionais com formação generalista.⁷⁷ Diz-se generalista porque, embora juízes e advogados, por exemplo, sejam profissionais com formação específica em Direito, possuem perfis tidos como generalistas quando se passa a considerar os diversos ramos em que podem atuar dentro do “gênero” do Direito.⁷⁸

⁷⁷ POSNER, Richard. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts) an Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (Ed.). **Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p.13. Veja-se o seguinte trecho: “(c) regulation tends to use experts (or at least supposed experts) to design and implement rules, whereas litigation is dominated by generalists (judges, juries, trial lawyers), though experts provide input as witnesses;”

⁷⁸ Em relação à referida diferença entre regulação e atividade judicial, no que tange ao caso específico do sistema norte-americano, não idêntico ao caso brasileiro, confira-se Richard Posner (Ibid., p.13), “Regulation and litigation tend to differ along four key dimensions: (a) regulation tends to use ex ante (preventive) means of control, litigation ex post (deterrent) means; (b) regulation tends to use rules, litigation standards; (c) regulation tends to use experts (or at least supposed experts) to design and implement rules, whereas litigation is dominated by generalists (judges, juries, trial lawyers), though experts provide input as witnesses; and (d) regulation tends to use public enforcement mechanisms. Litigation more commonly uses private enforcement mechanisms – private civil lawsuits, handled by private lawyers although the decision resolving the litigation is made by a judge (with or without a jury), who is a public official (the jurors are ad hoc public officials)”.

Especificamente, em relação aos pedidos de suspensão de segurança no Superior Tribunal de Justiça (STJ), tal aspecto parece assumir grande importância. O Ministro Presidente do STJ é responsável por julgar pedidos de suspensão de segurança dos mais variados setores, a exemplo do setor de transportes, da saúde e de energia elétrica.

Como se sabe, existem distinções e especificidades que não podem ser constatadas por um profissional que não conheça de forma aprofundada o setor em questão. As dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro não se limitam à escassez de profissionais tecnicamente aptos ao enfrentamento de questões regulatórias. Nessa linha:

Contudo, em um ambiente institucional caracterizado por enorme escassez de pessoal tecnicamente treinado, informações pertinentes e bancos de dados prontamente disponíveis; por significativas assimetrias de recursos para fins de litigância e amplos espaços para o uso estratégico de informações privadas e de direitos processuais; e, enfim, por uma agenda de trabalho que coloca sérias restrições materiais e temporais aos esforços de solução de casos mais complexos pelos julgadores, não há como afastar a hipótese de que seriam – ao menos no Brasil – de natureza estrutural os obstáculos à submissão dos processos reais de decisão no âmbito do Poder Judiciário aos mesmos padrões de racionalidade a partir dos quais são avaliadas as demais tentativas de intervenção social numa sociedade moderna.⁷⁹

Mesmo quando se reduz o escopo da referida afirmação para julgados que versem exclusivamente sobre matéria regulatória, a exemplo do trabalho aqui exposto, a citada atuação mantém seu caráter genérico por incidir nos mais diferentes setores da economia. Como será visto, os pedidos de suspensão de segurança que compõem a base de dados da presente dissertação versam sobre os mais variados setores. Nesse sentido, confira-se o gráfico abaixo:

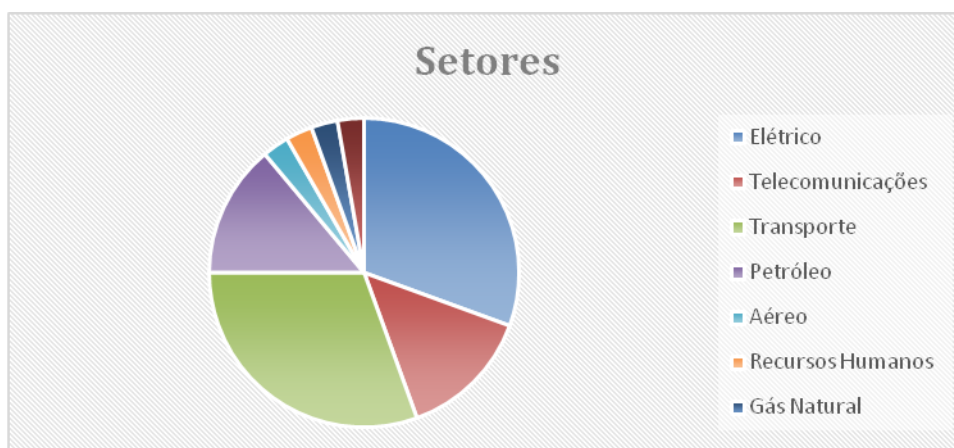


Figura 1 – Distribuição por setores

Fonte: Elaboração própria

⁷⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.389.

Conforme se verifica acima, basicamente 8 (oito) setores distintos foram levados ao crivo do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, em sede de 36 (trinta e seis) pedidos de suspensão de segurança oriundos de um resultado preliminar de 56 (cinquenta e seis) decisões monocráticas prolatadas pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, que formaram o primeiro resultado das buscas realizadas no sítio eletrônico do referido tribunal, consonante descrito na seção referente à metodologia empregada no presente trabalho.

As dificuldades enfrentadas pelo STJ parecem se agravar em razão da própria redação de seu Regimento Interno, cujo artigo n.º 21 é responsável por destinar uma grande quantidade de atribuições distintas ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça.⁸⁰ Assim, o Ministro Presidente do STJ, responsável por prolatar decisões monocráticas em pedidos de suspensão da execução de medida liminar ou de sentença (referidos no presente trabalho como pedidos de suspensão de segurança), é também responsável por determinar a liberdade provisória de presos ou a sustação de ordens de prisão de determinados indivíduos, dispor sobre pedidos de livramento condicional, bem como decidir sobre os incidentes em processos de indulto, anistia e graça, assim como intervir na expedição de ordens de pagamento devido pela Fazenda Pública, despachando os precatórios. Esses são apenas alguns exemplos do amplo rol de atribuições previsto no artigo n.º 21 do citado Regimento Interno.

Nesse sentido, os problemas resultantes de intervenções regulatórias operadas pelo Superior Tribunal de Justiça parecem ser provocados por uma aparente inadaptabilidade desta instituição que decorre de seus aspectos objetivos⁸¹ e aspectos subjetivos.⁸² Assim, além de

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2018. Além de atribuições administrativas, cabe destacar as principais e variadas atribuições decisórias: “Art. 21. São atribuições do Presidente: XIII - decidir: a) as petições de recursos para o Supremo Tribunal Federal, resolvendo os incidentes que se suscitarem; b) os pedidos de suspensão da execução de medida liminar ou de sentença, sendo ele o relator das reclamações para preservar a sua competência ou garantir a autoridade das suas decisões nesses feitos; c) durante o recesso do Tribunal ou nas férias coletivas dos seus membros, os pedidos de liminar em mandado de segurança, podendo, ainda, determinar liberdade provisória ou sustação de ordem de prisão, e demais medidas que reclamem urgência; d) sobre pedidos de livramento condicional, bem assim sobre os incidentes em processos de indulto, anistia e graça; e) sobre deserção de recursos não preparados no Tribunal; f) sobre a expedição de ordens de pagamento devido pela Fazenda Pública, despachando os precatórios; g) sobre o sequestro, no caso do art. 731 do CPC; h) os pedidos de extração de carta de sentença; i) (*Revogado pela Emenda Regimental n.º 24, de 2016*) j) as reclamações, por erro da ata do Plenário e da Corte Especial, e na publicação de acórdãos. k) (*Revogado pela Emenda Regimental n.º 24, de 2016*) l) sobre dúvidas suscitadas pela Secretaria do Tribunal relacionadas a distribuição de feitos e a incidentes referentes à redistribuição disciplinada no art. 72; m) sobre os pedidos de suspensão de processos em incidente de resolução de demandas repetitivas; n) sobre a necessidade de determinar, na autuação do feito, a identificação do nome da parte apenas por suas iniciais, nas hipóteses em que, expressamente, a lei indicar ser indispensável a restrição à publicidade de seu nome como meio para a proteção de bem objeto de sigilo no processo”.

⁸¹ Eduardo Jordão elenca os seguintes aspectos objetivos: (i) A prospectividade das decisões regulatórias x retroatividade da decisão judicial; (ii) A multipolaridade das questões regulatórias x a eficácia limitada as partes da decisão judicial. Ver: JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016. v.1. p.132-136.

não estar acostumado a lidar com questão típicas de regulação, o STJ não apresenta as características institucionais necessárias para a realização das referidas intervenções.⁸³

As Agências Reguladoras possuem – ou ao menos deveriam possuir –⁸⁴, uma composição formada por profissionais técnicos com experiência no respectivo setor regulado. Mesmo no caso de dirigentes indicados exclusivamente por razões políticas, as decisões regulatórias costumam originar do próprio corpo técnico da Agência Reguladora, formado por meio de concurso público por profissionais de diferentes ramos, com requisitos específicos, a exemplo de diplomas em áreas distintas, como a área econômica, a área da engenharia, entre outras. No entanto, deve ser ressaltado que tais razões não são suficientes para se presumir capacidades institucionais⁸⁵, a despeito do entendimento de parcela da doutrina nesse sentido.⁸⁶

Por outro lado, no âmbito do STJ, as decisões prolatadas em pedidos de suspensão de segurança no contexto regulatório são monocráticas e não necessariamente originam de estudos técnicos, científicos e progressivos.

A título meramente exemplificativo, no Pedido de Suspensão de Liminar e Sentença n.º 183 – SLS 000183, no qual foi analisada uma decisão liminar que impedia a cobrança de revisão tarifária de consumo de energia elétrica⁸⁷ perpetrada pela ANEEL, o presidente do Superior Tribunal de Justiça deferiu o pedido de suspensão com base em argumentação consequentialista ampla⁸⁸, por meio de uma aparente concepção própria do chamado “Risco Brasil”. Confira-se:

⁸² Como aspectos subjetivos: (i) Expertise institucional; (ii) Aparelhamento técnico, financeiro e de pessoal; (iii) Natureza de atuação. Ver: JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016. v.1. p.140-149.

⁸³ Ibid., p.131.

⁸⁴ Em sentido contrário: MEYERHOF SALAMA, Bruno; BARRIONUEVO, Arthur. Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p.4: “A expertise técnica dos dirigentes é em muitos casos questionável. Foi realizada uma análise curricular de todos os dirigentes das agências selecionadas. Constatou-se que apenas 58% têm trajetória profissional conexa com a função de dirigente da Agência Reguladora. Há relação com a trajetória profissional ao cargo de direção quando o dirigente tenha dedicado parcela substancial de sua experiência profissional ao tema relacionado com a função da agência ao qual foi nomeado”.

⁸⁵ LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, v.2, n.1, p.192-213, jul. 2016.

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.343. “O caráter técnico da atuação das agências reguladoras se revela através dos requisitos de formação técnica que a lei impõe aos seus dirigentes [...]”.

⁸⁷ Interessante ressaltar a questão da tributação exclusiva: à exceção do ICMS, do II e do IE, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo e combustíveis minerais do País. Tal fato parece referendar o caráter específico do setor. Em razão de imunidade constitucional, não incide IPI sobre energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo e combustíveis minerais.

⁸⁸ Sobre o uso e a não fungibilidade das expressões “argumento prático”, “argumento pragmático” e “argumento consequentialista” ver: MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.51 e segs.

Assim já decidi em hipótese semelhante (SL 57-DF – SLS 143), o descumprimento de cláusulas contratuais, impedindo a correção do valor real da tarifa, nos termos em que previsto no contrato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços e sua manutenção, implicando ausência de investimentos no setor, prejudicando os usuários, e causando reflexos negativos na economia pública, porquanto inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração Pública, **afastando investidores, resultando graves consequências também para o interesse público como um todo, além, é claro, de repercutir negativamente no chamado risco Brasil.**⁸⁹ (grifou-se)

O ponto que parece importante não se relaciona com a correção do mérito da referida argumentação. Como já mencionado anteriormente, existem economistas que fundamentam que o Judiciário pode contribuir para o aumento de riscos econômicos.⁹⁰ A questão é que não se sabe exatamente o que o julgador quis dizer quando mencionou a expressão “Risco Brasil”. Seria uma concepção de “risco-país”⁹¹ aplicada ao caso brasileiro? Seria uma concepção de risco regulatório?⁹² Nesse mesmo sentido, é questionável se, de fato, o descumprimento de uma cláusula contratual, impedindo a correção do valor real da tarifa no caso específico da decisão, deveria ser rechaçado única e exclusivamente com base em consequências econômicas imaginadas e não contextualizadas pelo julgador. O interessante é que parece possível utilizar o argumento da correção do valor tarifário para sustentar a ocorrência de consequências econômicas completamente antagônicas. O ponto é que o sistema tarifário e o “equilíbrio econômico-financeiro das concessões não é composto por uma singela operação envolvendo encargos e receitas”.⁹³ Confira-se o que Armando Castellar Pinheiro pondera a respeito:

A isso aderem as considerações de que a concessão de serviços públicos envolve um plexo de variáveis, tais como o fluxo de caixa projetado, as variações de receitas, e o custo de investimento de capital, as quais devem observância à base objetiva desta avença, em atendimento ao disposto no art. 10 da Lei n.º 8.987/1995.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SLS 183 - CE: SLS 000183. Relator: Ministro Presidente Edson Vidigal. Julgamento: 06/10/2005. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 13/10/2005.

⁹⁰ CASTELAR, Armando. O judiciário e a economia: evidência empírica para o caso brasileiro. In: **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. p.54-75. Disponível em: <goo.gl/KAvNT3>. Acesso em: 26 nov. 2018.

⁹¹ O risco-país é um índice de avaliação que varia de acordo com mudanças no ambiente de negócios de um determinado país. Trata-se de um conceito amplo. Ver: WORLD BANK. **Global Development Finance**. World Bank Publications, 2006. p.20. Disponível em: <goo.gl/SYDaJh>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁹² Sobre risco regulatório ver: PINHEIRO, Armando Castellar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das ferroviárias**. Rio de Janeiro: Editora FGV, FGV, IBRE, 2017. p.98.

⁹³ Ibid., p.154.

É possível concluir que a fundamentação da decisão supra foi insuficiente no que se refere às consequências econômicas apontadas. Talvez, uma simples remissão aos documentos técnicos produzidos pela ANEEL já seria um ponto de partida para melhorar sua fundamentação.

A argumentação econômica foi aliada a uma rápida menção, em apenas um parágrafo, ao exercício regular de competência legal por parte da ANEEL.⁹⁴ No entanto, a linha argumentativa parece centralizar-se nos argumentos consequentialistas. Confira-se outro trecho que parece evidenciar o afirmado:

Entendo que o interesse público não se resume à contenção de tarifas, sendo evidenciado, também, na continuidade do fornecimento de energia, na manutenção do contrato de concessão do serviço público, **de modo a viabilizar investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão.**⁹⁵ (grifou-se)

O trecho acima também apresenta problemas, na medida em que o julgador sugere uma menção a alguma crise no setor elétrico. O problema é que as referidas crises de abastecimento de energia elétrica ocorrem pelos mais variados motivos. Ocorreu uma “crise do apagão” no Brasil entre 1 de julho de 2001 e 19 de fevereiro de 2002, durante o segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, causada por falta de planejamento e investimentos em geração de energia. Esta crise é contemporânea à data de prolação da decisão acima, qual seja, 06 de outubro de 2005. Ocorre que em 11 de março de 1999 houve uma crise semelhante no setor elétrico que atingiu onze unidades federativas do Brasil e o Paraguai. Inicialmente, o evento foi considerado o maior apagão ocorrido no Brasil, até ser superado pelo “blecaute” de 2009, que também atingiu o Paraguai. No entanto, a causa que provocou a referida crise é diferente. A versão oficial do acontecimento diz que o apagão foi causado pela queda de um raio em uma subestação no município de Bauru/SP. Ou seja, a crise de 1999 não foi causada por ausência de investimento no setor.

A despeito do mérito, a breve cronologia histórica de crises no setor elétrico serve para justificar a inadequação das consequências econômicas apontadas pelo decisor. A menção pelo julgador da necessidade de “investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão”

⁹⁴ BRASIL. . Superior Tribunal de Justiça. SLS 183 - CE: SLS 000183. Relator: Ministro Presidente Edson Vidigal. Julgamento: 06/10/2005. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 13/10/2005. “Não me passou despercebido, também, que a ANEEL agiu no exercício regular de competência legal e que a fórmula contratualmente prevista para o reajuste tarifário é complexa...”

⁹⁵ BRASIL. . Superior Tribunal de Justiça. SLS 183 - CE: SLS 000183. Relator: Ministro Presidente Edson Vidigal. Julgamento: 06/10/2005. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 13/10/2005.

parece o efeito da heurística da disponibilidade que afeta agentes públicos.⁹⁶ Análises de custo e benefício, a exemplo da AIR, costumam ser utilizadas para evitar a referida heurística.⁹⁷ Como será visto, a presente dissertação sugere a adoção de algumas etapas da AIR pelos julgadores de pedidos de segurança em matéria de direito regulatório.⁹⁸

Decisões fundamentadas de forma semelhante, a exemplo daquelas que compõem a base de dados e não são acompanhadas de estudos, dados e documentos técnicos, parecem evidenciar a existência de uma margem ampla para o cometimento de arbitrariedades⁹⁹ pela autoridade judicante. Meras intuições, tanto podem representar uma tentativa de atuação proativa por parte do magistrado, quanto uma manipulação intencional do processo de tomada de decisão para fins escusos.

Não parece ser desejável que a autoridade judicante fundamente suas decisões exclusivamente por meio de consequências econômicas sem qualquer tipo de lastro em documentos, estudos ou dados técnicos, em razão da possibilidade de manipulação aventada acima. Ressalte-se que a simples presença dos referidos documentos nos autos tampouco é suficiente para desincumbir o julgador de seu ônus de fundamentação.¹⁰⁰

4.1.3 Prospectividade das decisões regulatórias

Pedidos de suspensão de segurança prolatados no âmbito do direito regulatório obrigam a autoridade judicante a substituir o raciocínio retrospectivo do direito por prognoses e prospecções típicas da regulação.¹⁰¹ As decisões regulatórias são frequentemente prospectivas. Qualquer intervenção regulatória parece possuir como pré-requisito um conhecimento prévio da estrutura e

⁹⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Simpler**: the future of government. New York: Simon & Schuster, 2009. p.151. *"Public officials, no less than ordinary people, are susceptible to the availability heuristic"*.

⁹⁷ Ibid., p.152. *"Cost-benefit analysis is a natural corrective, above all because it focuses attention on the actual effects of regulation, sometimes including the surprisingly small benefits of regulatory controls. To this extent, cost-benefit analysis is unquestionably a way of forcing System 1 to pause for a moment and of fortifying the role of System 2 – of ensuring that a full accounting, and not a recent event, is the basis for action."*

⁹⁸ RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment. **Journal of European Public Policy**, Londres, v.12, n.5, p.924-943, out. 2005.

⁹⁹ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.77.

¹⁰⁰ Em sentido semelhante: LEAL, Fernando A. R.; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.7, p.819-843, 2017.

¹⁰¹ Salvo os casos esparsos que não usam argumentos consequencialistas, a exemplo dos casos excluídos da base de dados.

do funcionamento do setor regulado em questão. Alguns autores¹⁰² afirmam que a regulação econômica consiste em um esforço para moldar a estrutura e o funcionamento econômico dos setores regulados.

O conhecimento da estrutura e do funcionamento econômico dos setores regulados depende de análises prospectivas, uma vez que as condições econômicas dos diferentes setores são voláteis em razão de efeitos provenientes das mais diversas operações empresariais e medidas governamentais. Tais análises são completamente estranhas à estrutura típica do raciocínio judicial. O raciocínio judicial é, em regra, retrospectivo. Neste ponto, confira-se Fernando Leal:

De fato, a estabilização de um processo decisório orientado para o futuro depende essencialmente da incorporação de métodos de tomada de decisão em outras áreas da ciência, uma vez que o direito é fundamentalmente retrospectivo e a metodologia jurídica se baseia nisso.¹⁰³

A argumentação jurídica parece depender de um tratamento prévio dos métodos de tomada de decisão, fato que viabiliza um controle *ex ante*. No entanto, a referida vinculação intrínseca que a doutrina, a jurisprudência e a legislação costumam exercer não parece contribuir para prognoses na seara econômica regulatória. Em análises econômicas consequencialistas, “o passado, em princípio, não desempenha nenhum papel na justificação de decisões concretas”.¹⁰⁴ Um caminho inicial para solução da aparente incompatibilidade metodológica entre o direito e o consequencialismo jurídico baseado em economia é abordado por Fernando Leal no seguinte trecho:

A resposta possível a esta crítica depende, portanto, em primeiro lugar e acima de tudo, do desenvolvimento de uma metodologia de decisão legalmente adequada ou do estabelecimento de regras de decisão operacional. Isso depende basicamente da capacidade de incorporar critérios e métodos de outras áreas científicas, nas quais as análises orientadas para um propósito sejam incorporadas ao direito com relativa segurança.¹⁰⁵

¹⁰² JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016. v.1. p.132.

¹⁰³ LEAL, Fernando A. R.. **Ziele und Autorität**: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1. p.249-250. Tradução livre de: „*Ein vorausblickendes Entscheidungsverfahren zu stabilisieren hängt in der Tat wesentlich von der Inkorporation von Entscheidungsmethoden anderer Wissenschaftsbereiche ab, da das Recht grundsätzlich rückblickend ist und sich hieran auch die Rechtsmethodologie orientiert*“.

¹⁰⁴ Ibid., p.292. Tradução livre de: „*Die Vergangenheit spielt dann im Prinzip keine Rolle bei der Begründung konkreter Entscheidungen*“.

¹⁰⁵ Ibid., p.292. Tradução livre de: „*Die mögliche Erwiderung dieser Kritik hängt deshalb zu aller erst von der Ausarbeitung einer rechtlich angemessenen Entscheidungs Methodologie oder von der Feststellung operationalisierbarer Entscheidungsregeln ab. Dies hängt grundsätzlich von der Möglichkeit ab, Kriterien und Methoden anderer wissenschaftlicher Felder, in denen folgen und zweckorientierte Analysen häufig durchgeführt werden, mit relativer Sicherheit ins Recht zu inkorporierten*“.

A aplicação de etapas da análise de impacto regulatório quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança pode funcionar como uma exteriorização de uma regra de decisão operacional.

4.1.4 Fronteiras à interdisciplinaridade

Uma visão contemporânea do direito público visa, em grande medida, ao trabalho em rede com ciências vizinhas. Repetidamente, a inclusão de descobertas não jurídicas, mas juridicamente relevantes, no âmbito das referidas ciências são exigidas e percebidas como um desiderato, uma novidade ou uma tendência.¹⁰⁶ Os meios prescritos para esse propósito, no entanto, permaneceram virtualmente os mesmos nas últimas décadas: a ponte interdisciplinar é conquistada sobre objetos, não sobre métodos.¹⁰⁷ O problema de importação de objetos sem a incorporação dos métodos consiste na própria dificuldade de uma correta compreensão dos limites e características essenciais dos referidos objetos. Isto porque a não compreensão do método talvez inviabilize uma correta compreensão do objeto.

A noção de interdisciplinaridade pressupõe características e qualidades comuns a 2 (duas) ou mais disciplinas ou outros ramos de conhecimento. No âmbito jurídico, a filosofia e a sociologia dialogam de forma constante com a ciência jurídica.¹⁰⁸ Não obstante, talvez mais complexa seria a existência de interdisciplinaridade entre o direito e ramos de ciência aplicada, a exemplo da economia. O ponto é que não parece existir por parte da autoridade judicante uma grande preocupação em compreender adequadamente como funcionam as disciplinas não jurídicas e se são – sim, “sensivelmente” – ciências vizinhas ou – antes “sóbrias” – ciências estrangeiras ao ramo jurídico.¹⁰⁹

¹⁰⁶ *Behavioral Economics* ou Economia Comportamental pode ser utilizada como um bom exemplo.

¹⁰⁷ JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. **Rechtswissenschaftstheorie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p.16.

¹⁰⁸ Um exemplo do arfirmando decorre do fato de que alguns autores defendem a necessidade de uma concepção filosófica para discussões relacionadas à racionalidade de procedimentos judiciais. Ver: MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.7. Ver o seguinte trecho: “*But I do not believe that one can say much that is illuminating about the rationality of the judicial process without some wider philosophical perspective of the kind sketched already.*”

¹⁰⁹ JESTAEDT; LEPSIUS, op. cit., p.190. „*Hier spielt Rechtswissenschaftstheorie (im endogenen Sinne) die Rolle einer auf die Bedürfnisse und Besonderheiten der Jurisprudenz zugeschnittenen Interdisziplinaritätstheorie: Wie wirken nicht-juridische Disziplinen, mag man sie – eher „einfühlsam” – Nachbarwissenschaften oder aber – eher „nüchtern” – Fremdwissenschaften ziehen, und zwar auf welche Weise? Und vice versa: Lässt sich vom Standpunkt der Rechtswissenschaft etwas sagen über Ob und Wie des Nutzens, den rechtswissenschaftliche Erkenntnisse für nachbarwissenschaftliche Fragestellung haben?*“

O diálogo entre ramos científicos distintos exige a consideração escrupulosa das autorracionalidades disciplinares de cada ramo, assim como das eventuais incompatibilidades disciplinares e metodológicas.

Frise-se que o objetivo, aqui, não é defender um tipo de aprendizado multidisciplinar e superracional de magistrados. O propósito é simplesmente evidenciar a existência de fronteiras à própria capacidade epistemológica do Poder Judiciário, com o intuito de evitar a aplicação de conceitos e teorizações de outros ramos científicos, sem lastro técnico ou metodologia adequada.

Um exemplo que pode ser extraído da aproximação entre o direito e a economia decorre de análises econômicas prospectivas. No discurso jurídico, o valor informativo de uma análise econômica tem sido frequentemente questionado.¹¹⁰ Em uma primeira dimensão, podemos destacar que uma análise tipicamente econômica, por definição, ignora a noção de justiça distributiva e outros propósitos sociais ou jurídicos previstos pelo ordenamento. Uma análise tipicamente econômica se preocupa com a alocação eficiente de recursos que pode ser definida como uma distribuição de insumos cuja alteração não possua o condão de gerar riqueza para a sociedade.¹¹¹ Ou seja, uma vez constatada a impossibilidade de aumento dos índices de riqueza da sociedade, conclui-se pela eficiência da distribuição. Tanto uma conceituação de eficiência lastreada na Superioridade de Pareto¹¹² como na definição de Kaldor-Hicks¹¹³ não impediria a constatação da primeira dimensão acima descrita.

Uma segunda dimensão se refere às suposições básicas de um modelo “canônico”¹¹⁴ econômico, a exemplo da racionalidade dos agentes, que apresentam certas idealizações que exigem uma investigação crítica quando de sua inserção em uma análise jurídica concreta.

¹¹⁰ GRIGOLEIT, Hans Christoph. Anforderungen des Privatrechts na die Rechtstheorie. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. **Rechtswissenschaftstheorie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p.65.

¹¹¹ PONSER, Richard. Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives. **The Journal of Legal Studies**, v.9, n.2, p.244, mar. 1980. “Resources are efficiently allocated in a system of wealth maximization when there is no reallocation that would increase the wealth of society. I and other economic analysts of law have argued that efficiency in this sense provides a good explanation of many common law rules and principles.”

¹¹² Ibid., p.245. “A change in allocation is Pareto superior only if the change makes at least one person better off and no one worse off. Pareto superiority is a widely used concept of efficiency but is not (as Dworkin states) the only “normal professional sense” of the term efficiency”.

¹¹³ Ibid., p.246. “Under the Kaldor-Hicks definition of efficiency, which is also widely used by economists, a reallocation of resources is efficient if it enables the gainers to compensate the losers, wheater or not they actually do so. This is equivalent to wealth maximization”.

¹¹⁴ SCHUARTZ, Luis 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**, Rio de Janeiro, v.245, p.111, maio 2007. “No que segue, ‘teoria canônica’ significa ‘teoria da decisão racional’, referindo-se, especificamente, aos modelos clássicos de decisão sob incerteza a la von Neumann e Morgenstem ou a la Savage (dependendo da natureza ‘objetiva’ ou ‘subjativa’, respectivamente, das probabilidades associadas aos diferentes estados do mundo)”. Para uma introdução à teoria da decisão racional, ver KREPS, David M. **Notes on the theory of choice**. Boulder, Colo.: Westview Press, 1988.

Nos termos da teoria canônica, decisões sob risco¹¹⁵ devem ser tomadas com vistas à maximização da utilidade esperada do decisor. Na prática, o que a teoria canônica econômica exige é a escolha da alternativa de decisão que possua o potencial de gerar o máximo de ganho social líquido esperado. Luís Fernando Schuartz define o máximo de ganho social da seguinte forma:

[...] a alternativa de decisão a que se associasse o máximo ganho social líquido esperado, definido como a soma dos produtos entre o ganho social líquido verificado em cada um dos estado do mundo, e a probabilidade de ocorrência do respectivo estado do mundo (e possivelmente incorporando pesos atribuídos aos ganhos e perdas que compõem, como parcelas, cada ganho líquido).¹¹⁶

Tal conceituação de ganho social parece estar relacionada ao conceito de risco, uma vez que envolve a possibilidade de identificação de probabilidades estatísticas de ocorrência. Um dos problemas que será aprofundado na seção 5 é que, mesmo na seara econômica, não existe uniformidade total na identificação e valoração de probabilidades.¹¹⁷ Nesse sentido, é discutível se, de fato, se está diante de uma situação de risco e não de incerteza – ou, até ignorância.¹¹⁸

Outro problema, a despeito do que for de fato considerado ganho social, parece ser o ônus informacional necessário para a escolha da referida alternativa em situações de risco. Faz-se necessário operacionalizar a obtenção e o regular processamento das informações necessárias para a validação objetiva de uma decisão que pretenda se basear no referido critério canônico.

Ainda nesse sentido, a alternativa de decisão que possua o potencial de gerar o máximo de ganho social líquido esperado não será avaliada pelo direito e sim pela ciência moderna. Como já mencionado em outros momentos desta dissertação, tal julgamento depende de critérios científicos extrajurídicos de adequação, critérios econômicos.

¹¹⁵ A escolha da alternativa de decisão que possua o potencial de gerar o máximo de ganho social líquido parece depender da possibilidade fática de identificação de consequências e suas probabilidades.

¹¹⁶ SCHUARTZ, Luis 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*, Rio de Janeiro, v.245, p.111, maio 2007.

¹¹⁷ Um exemplo de ausência de uniformidade é o que ocorre com o VSL – Value for a Statistical Life. Ver: SUNSTEIN, Cass R. **Laws Of Fear. Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p.139. “Every economy contains a range of occupations and industries, and a uniform VSL should not be expected to emerge from each of them”.

¹¹⁸ Alguns autores exemplificam como situações de incerteza, danos ambientais e terrorismo, o que permite concluir por exclusão que em condições de normalidade institucional, consequências econômicas se inserem no conceito de risco. Confira-se: SUNSTEIN, Cass R. **Worst-case scenarios**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. p.121.

Finalmente, uma terceira dimensão diz respeito à precisão das declarações que podem ser obtidas por meio dos princípios emprestados da economia. A menos que se evite simplificações excessivamente rigorosas, as derivações do modelo econômico permanecem, em sua maior parte, abstratas e vagas.¹¹⁹ Este é o problema que restou identificado a partir da análise das decisões que compõem a base de dados: as decisões monocráticas parecem promover derivações abstratas sem maiores preocupações com coerência empírica.

Vale ressaltar que esta noção é utilizada pelo presente trabalho apenas para destacar as condições estruturais para uma exploração racional da perspectiva econômica nos pedidos de suspensão de segurança, enquanto sua fertilidade básica não é posta em questão.¹²⁰

¹¹⁹ GRIGOLEIT, Hans Christoph. Anforderungen des Privatrechts na die Rechtstheorie. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. **Rechtswissenschaftstheorie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p.65.

¹²⁰ Id.

5 INCERTEZA, RISCO E IGNORÂNCIA E ESTRATÉGIAS DE DECISÃO ESPECÍFICAS

Em particular, ao lidar com as condições econômicas para a institucionalização jurídica e aplicação de regras sob as condições de uma economia capitalista moderna, parece ser uma boa ideia dar um passo para trás e refletir sobre o que de fato sabemos sobre uma economia capitalista moderna, bem como o que nós não sabemos a respeito.

O capitalismo é indefinido em suas trajetórias futuras por causa de instabilidades estruturais e econômicas inerentes à sua própria natureza. Isso não quer dizer que prognoses de qualquer tipo são completamente irracionais. Decisões de qualquer tipo, a exemplo de decisões regulatórias ou judiciais, podem se encontrar inseridas em 3 (três) situações distintas. Confira-se:

Assim, reguladores e pessoas comuns estão frequentemente agindo em uma situação de incerteza (onde os resultados podem ser identificados, mas nenhuma probabilidade pode ser atribuída) ao invés de risco (onde os resultados podem ser identificados e as probabilidades atribuídas a vários resultados). E eles estão, às vezes, agindo sob condições de ignorância, nas quais os reguladores são incapazes de especificar a probabilidade de resultados ruins ou sua natureza – onde os reguladores nem sequer sabem a magnitude dos danos que estão enfrentando.¹²¹

Risco, incerteza e ignorância formam uma espécie de arena intelectual em que vários teóricos da decisão, tais como estatísticos e adeptos da teoria dos jogos, apresentaram e confrontaram sugestões normativas de como as decisões devem ser fundamentadas.¹²²

Alguns estatísticos Bayesianos, economistas e cientistas políticos, negam que exista algo como incerteza verdadeira, sob o fundamento de que alguma atribuição de probabilidade sempre pode ser extraída como norte ao tomador de decisões. Sob a perspectiva do tomador de decisões, o critério Bayesiano pode ser representado pela seguinte afirmação: a única decisão que é racional maximiza a expectativa (subjettiva) da utilidade (subjettiva) do agente.¹²³

¹²¹ SUNSTEIN, Cass R. **Laws Of Fear. Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p.60. Tradução livre de: “Hence regulators, and ordinary people, are often acting in a situation of uncertainty (where outcomes can be identified but no probabilities can be assigned) rather than risk (where outcomes can be identified and probabilities assigned to various outcomes). And they are sometimes acting under conditions of ignorance, in which regulators are unable to specify either the probability of bad outcomes or their nature – where regulators do not even know the magnitude of the harms that they are facing”.

¹²² VERMEULE, Adrian. **The constitution of risk**. Harvard Law School. New York: Cambridge University Press, 2014. p.6.

¹²³ NIDA-RÜMELIN, Julian. **Kritik des Konsequentialismus**. München: Oldenbourg, 1993. p.36. Confira-se o seguinte trecho: “Wir nennen eine Entscheidung entscheidungstheoretisch rekonstruierbar genau dann, wenn sie im Sinne des Bayes’schen Kriteriums rational ist. Das Bayes’sche Kriterium lautet: Diejenige Entscheidung ist rational, die den (subjektiven) Erwartungswert des (subjektiven) Nutzens des Handelnden maximiert”.

Por outro lado, os críticos¹²⁴ de uma visão Bayesiana sugerem que atribuições de probabilidade podem variar de acordo com seu próprio procedimento de identificação, fato que traduz um indício de que tais atribuições não possuem aplicabilidade em todos os casos.

5.1 Incerteza

No sentido matemático, a maximização de uma função bem definida era o critério mais procurado para julgar a racionalidade das decisões econômicas, seja a dos consumidores, seja a dos empresários.¹²⁵ Tais critérios seriam utilizados para pautar políticas públicas, econômicas e regulatórias. Os pós-keynesianos¹²⁶, em particular, têm insistido que, sob condições de incerteza, a suposição de maximização se torna insustentável. Sob tais condições, as premissas para o processo de tomada de decisão são incompletas (elas simplesmente não existem) e não podem ser suplementadas pelo recurso a equivalentes probabilísticos.

Assim, não há base científica objetiva para formular um prognóstico. As inevitáveis lacunas informacionais devem ser preenchidas por “hipóteses subjetivas”¹²⁷, que se baseiam nos estados de confiança dos principais sujeitos, que, por sua vez, estão inversamente relacionados à percepção da incerteza.

Esta colocação não implica afirmar a desnecessidade de algum tipo de coerência entre as premissas teóricas e empíricas inseridas (explícita ou implicitamente) nas inferências jurídicas, de um lado, e as proposições do *mainstream* acadêmico aplicável, de outro lado.¹²⁸

¹²⁴ VERMEULE, Adrian. **The constitution of risk**. Harvard Law School. New York: Cambridge University Press, 2014. p.6.

¹²⁵ GREENAWALT, Kent. **Law and objectivity**. New York: Oxford University Press, 1992. p.170. Ver: *“Economists agree that Pareto optimality is one measure of efficiency. If someone is made what he or she regards as better off, and no one is made worse off, the situation is Pareto superior to that which has preceded it. [...] Another standard of efficiency, the Kaldor-Hicks, or wealth, standard is more controversial, though commonly employed by writers on law and economics. It posits that a second situation is superior to a first if some are placed in a better position and transfer payments could leave everyone in at least as good a position”*.

¹²⁶ A expressão remete à escola de pensamento econômico baseada nas ideias de John Maynard Keynes. O movimento se desenvolveu partir da década de 1970, e tem como ícones os economistas: Paul Davidson, Piero Sraffa, Hyman Minsky, Jan Kregel, Michael Kalecki, Nicholas Kaldor e Joan Robinson. O principal ponto é um maior enfoque ao conceito de incerteza, fato apto a enfraquecer a racionalidade canônica.

¹²⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002. p.486.

¹²⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.383-418.

Dessa forma, parece coerente afirmar que, mesmo diante do cenário de incerteza descrito acima, faz-se necessário que juízes e tribunais tratem-se de forma recíproca como racionalmente obrigados a conceder à ciência prioridade na determinação de eventuais consequências no mundo prático, a exemplo de eventuais violações à economia pública. Confira-se, a esse respeito, Luis Fernando Schuartz:

Evidentemente, as decisões tomadas dessa maneira não podem ser descritas como irracionais. Sabendo que seu ambiente é composto por uma infinidade de eventos incertos, os tomadores de decisão não necessariamente tentam alcançar o ideal em todas as decisões, mas projetam estratégias de decisão com base em convenções e rotinas, e se contentam com elas em cada caso.¹²⁹

Talvez, estratégias de decisão voltadas à atuação do Poder Judiciário¹³⁰ nos pedidos de suspensão de segurança seja uma boa opção para a domesticação dos problemas descritivos do raciocínio consequencialista em situações de risco, incerteza ou ignorância.

Como mencionado, o aspecto descritivo se relaciona com a elaboração de uma prognose, fato que poderá ocorrer em condições de incerteza, risco ou ignorância. Assim, o processo de tomada de decisão nos pedidos de suspensão oriundos do âmbito regulatório pode ser entendido como um processo ativo e criativo na busca de alternativas de decisão que incorporem riscos, incertezas e ignorâncias e não assumam o ônus de identificar e buscar unilateralmente (isto é, somente o Poder Judiciário) uma alternativa ótima de decisão.¹³¹

¹²⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002. p.486. Tradução livre de: „Die auf diese Weise getroffenen Entscheidungen sind natürlich nicht schon deshalb als irrational zu bezeichnen. Weil die Entscheidungsträger wissen, daß ihre Umwelt aus einer Vielzahl ungewisser Ereignisse besteht, versuchen sie gar nicht, bei jeder Entscheidung das jeweils Optimale zu erreichen, sondern entwerfen vielmehr, auf der Grundlage von Konventionen und Routinen, Entscheidungsstrategien, und begnügen sich dabei mit dem jeweils „Befriedigenden“ „satisficing“, welches gleichzeitig als das Kriterium auftritt, um vergangene Ergebnisse und Strategien im Lichte derselben zu beurteilen.“

¹³⁰ Alguns autores defendem uma espécie de viés prévio do Poder Judiciário em manter a validade de contratos celebrados entre particulares como estratégia decisória. Vide: COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p.309. „The role of courts in enforcing agreements has implications for a theory of interpretation. In order to lubricate the economy, courts should enforce private agreements as embodied in contracts“.

¹³¹ Talvez um meio termo entre deferência e ativismo judicial arbitrário. Talvez uma metarregra de consulta e referência obrigatória de estudos, dados e documentos (pareceres) técnicos. A ideia surgiu após a leitura do seguinte trecho: Esta combinação explica por que, em ambientes marcados por elevada complexidade e/ou dinamismo, mecanismos convencionais, rotinas frugais e regras simples de adaptação podem produzir, do ponto de vista do decisor, melhores resultados do que os procedimentos e estratégias mais sofisticados de decisão recomendados convencionalmente pela teoria canônica. (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.383-418).

5.2 Risco

Ao se falar em riscos, podemos especificar os potenciais resultados ruins de um curso de ação e tentar avaliar sua probabilidade. Ao multiplicar os resultados por sua probabilidade, podemos produzir o “valor esperado”¹³² de vários cursos de ação.

Os riscos podem ser de primeira e segunda ordem.¹³³ Riscos de primeira ordem costumam ser exógenos, provocados pela natureza e pela estrutura científica do mundo como ele é realmente. Do ponto de vista do regulador e da autoridade judicante que julga medidas regulatórias, o caráter fixo dos riscos de primeira ordem torna sua regulação um problema de teoria da decisão que é a teoria das decisões não interativas e não estratégicas.¹³⁴

Riscos de segunda ordem¹³⁵ surgem da alocação de poder entre funcionários de uma única instituição ou entre instituições distintas e são riscos que ocorrem por causa da estratégia de comportamento das pessoas dentro das referidas instituições, que agem de acordo com o que imaginam que os outros farão, sejam funcionários ou instituições distintas. Riscos de segunda ordem são inerentemente estratégicos e interativos e parecem se relacionar com teoria dos jogos, ao invés de teoria da decisão.¹³⁶

A diferenciação entre riscos de primeira e segunda ordem, como estratégicos ou não, não é absoluta.¹³⁷ Riscos de primeira ordem também podem ser descritos como estratégicos e interativos. No entanto, o tratamento de riscos de primeira ordem como fixos e exógenos, para fins de análises de risco, viabiliza sua discussão no âmbito da teoria da decisão.¹³⁸

A presente dissertação se vale da heurística de tratar riscos de primeira ordem como fixos e estanques para viabilizar a discussão na seara da teoria da decisão. Desse modo, este trabalho não aprofunda a discussão de riscos de segunda ordem¹³⁹ e teoria dos jogos.¹⁴⁰

¹³² SUNSTEIN, Cass R. **Worst-case scenarios**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. p.8.

¹³³ VERMEULE, Adrian. **The constitution of risk**. Harvard Law School. New York: Cambridge University Press, 2014. p.7.

¹³⁴ Id.

¹³⁵ Sobre riscos de primeira e segunda ordem, ver: QUIGGIN, John. **Generalized expected utility theory: the rank-dependent model**. Australian National University. Springer Science+Business Media Dordrecht, 1993. p.80.

¹³⁶ VERMEULE, op. cit., p.7.

¹³⁷ Ibid., p.8.

¹³⁸ Id.

¹³⁹ Para exemplos de riscos de segunda ordem relacionados ao Poder Judiciário e agências, ver: COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p.310: “*Economists often assume that civil servants try to maximize the size and income of their agency. Assume that civil service judges in Europe try to engross the court bureaucracy*”.

5.3 Ignorância

Reguladores, magistrados e pessoas comuns, às vezes agem sob condições de ignorância: “eles são incapazes de especificar a probabilidade de resultados ruins ou sua natureza – eles nem sequer sabem a magnitude dos danos que enfrentam”.¹⁴¹

Capitalistas, políticos e economistas encontram-se numa posição estruturalmente semelhante em relação às tentativas de prever o futuro do sistema, de conjecturas e prognoses em casos de ignorância. Em face do propósito elevado, otimista, conflituoso, utópico e estanque de criar e estabilizar as condições econômicas para uma institucionalização jurídica universal de valores previstos constitucionalmente, por meio de medidas de política econômica, todos os agentes podem se encontrar na área da ignorância cientificamente comprovada.

Nesse sentido, em casos de ignorância, o agente parece depender de razões intersubjetivamente válidas para apoiar a visão de indeterminação e incerteza acima descrita.¹⁴² Em hipóteses de ignorância ou até incerteza no que se refira às probabilidades estatísticas de ocorrência de uma consequência identificada, a expectativa de precisão matemática para a formação de regras e prognoses sobrecarrega as reais possibilidades de uma análise econômica. Em tais situações de ignorância, “o veredicto final da ciência poderá construir-se sobre um processo de produção e teste de hipóteses que estava, quase certamente, indisponível àquele que tomou a decisão, quando a tomou”.¹⁴³

Existe, ainda, mais um problema que merece ser destacado na presente seção. Trata-se de um problema que parece se relacionar com a frequência decisória. Os sujeitos (reguladores, particulares e até magistrados) devem decidir incessantemente e não sabem, no momento da decisão, qual é, de forma definitiva, o melhor curso de ação. A incerteza e a falta de conhecimento são estruturalmente reproduzidas, constantemente repetidas em processos decisórios e não podem ser eliminadas.

¹⁴⁰ Sobre noções gerais de teoria dos jogos, ver: COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p.32

¹⁴¹ SUNSTEIN, Cass R. **Worst-case scenarios**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. p.147.

¹⁴² SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002. p.438.

¹⁴³ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.391. página da citação

Neste aspecto, direito e economia em muito não diferem. As referidas características estruturais podem ser transmitidas no tratamento de questões pragmáticas na tomada de decisões econômicas e/ou jurídicas. Não parece existir perspectivas ou pontos de vista privilegiados em relação à natureza do tomador da decisão: “Como nem os cidadãos, nem os funcionários públicos decidem de uma perspectiva privilegiada, por exemplo, em comparação com os agentes privados capitalistas, eles devem decidir sob as mesmas condições de incerteza “severa”.¹⁴⁴

Mesmo no campo econômico, seja na seara pública ou privada, as análises e prognósticos relevantes dependem de um coeficiente de acessibilidade e assimilação informacional que podem, em determinados casos, exceder o possível.

5.4 Presunção de racionalidade dos estudos, dados e documentos técnicos como estratégia decisória em situações de ignorância

Apesar da existência de hipóteses de risco, incerteza ou ignorância, é razoável defender que, mesmo em situações de ignorância, o magistrado deva recorrer a estudos, dados ou documentos técnicos quando da elaboração de prognoses. A presunção de racionalidade dos referidos documentos técnicos em situações de ignorância, por exemplo, parece fazer sentido em âmbito regulatório quando se considera consequências econômicas.

A economia “só faz sentido com base em suposições sobre a racionalidade na busca de valor. A racionalidade é então um valor”.¹⁴⁵ O ponto é que uma distinção absoluta entre objetividade e subjetividade não parece se coadunar com a realidade da economia.¹⁴⁶ Tal constatação pode fundamentar a racionalidade de busca por dados técnicos em condições de ignorância. Talvez, exista um momento de ignorância ao se determinar o que de fato é uma situação de ignorância, incerteza ou risco. O recurso aos documentos, estudos e dados técnicos parece defensável nesta hipótese, a despeito de considerações relacionadas ao seu teor racional.

¹⁴⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002. p.487. Tradução livre de: „Weil weder Staatsbürger noch Beamte aus einer privilegierten Perspektive – beispielweise im Vergleich zu Kapitalisten – entscheiden, müssen sie unter denselben Bedingungen „harter“ Ungewißheit entscheiden“.

¹⁴⁵ MACCORMICK, Neil. **Institutions of law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.294.

¹⁴⁶ Id. Nesse sentido: “All market economies are also social; but they are not all so to the same extent”.

5.5 Estratégias de decisão específicas

Existem algumas estratégias para conduzir processos de tomada de decisões em situações de incerteza, risco ou ignorância. A presente seção explora algumas possibilidades, sem, contudo, a pretensão de exaurir hipóteses.

5.5.1 Maximin

Em casos de incerteza, quando o conhecimento existente permite que os reguladores e o magistrados identifiquem os resultados, mas não permite que atribuam probabilidades a cada um, pode ser racional seguir o Princípio Maximin: escolha-se a política com o melhor resultado, considerando-se o pior caso.¹⁴⁷

O termo “maximin” é uma abreviatura para “maximizar o mínimo”.¹⁴⁸ De forma genérica, trata-se de centralizar os esforços em evitar a ocorrência do pior resultado possível.

Por outro lado, em casos de risco, a estratégia maximin deve ser afastada. Se probabilidades podem ser atribuídas aos vários resultados, não se deve rejeitar o curso de ação com o valor esperado mais elevado, meramente para se evitar a ocorrência do pior resultado possível.¹⁴⁹

Isso não quer dizer que não se possa estabelecer uma “margem de segurança”¹⁵⁰, baseada justamente em porcentagens de acordo com a influência da heurística de aversão ao risco.¹⁵¹ Assim, maximin é uma regra de decisão atraente em casos de incerteza, mas, no contexto regulatório, revela-se importante para se evitar apenas resultados extremamente ruins.¹⁵²

¹⁴⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Worst-case scenarios**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. p.147.

¹⁴⁸ Id.

¹⁴⁹ Ibid., p.151.

¹⁵⁰ Id.

¹⁵¹ Ibid., p.152.

¹⁵² SUNSTEIN, Cass R. **Laws Of Fear. Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p.109.

5.5.2 Minmax

Em algumas situações, pode ser relevante concentrar-se em oportunidades perdidas, ao invés do foco exclusivo em se evitar a ocorrência do pior resultado possível. A regra de arrependimento minimax afirma que devemos escolher um ato cujo arrependimento máximo em caso de não ocorrência das consequências previstas é mínimo.¹⁵³

Esta regra de arrependimento minimax opera com mais informações do que as codificadas em uma escala simples de utilidade ordinal, utilizada em maxmin. Assim, para usar a regra minimax, os reguladores e a autoridade judicante devem ter estruturas de preferência mais refinadas e elaboradas do que as necessárias para usar as regras maximin.¹⁵⁴

5.5.3 Maxmax

A regra maximin reflete o pensamento de uma visão conservadora, ou até pessimista, inserida na lógica¹⁵⁵ de aversão ao risco. “Um otimista desenfreado, ao contrário, nos diria para maximizar os máximos”.¹⁵⁶ Trata-se de uma busca pelo melhor dos melhores cenários possíveis, a despeito de suas probabilidades de ocorrência. Seria a chamada regra maxmax, ou seja, maximizar o máximo.

A regra maxmax possui especial valor para aliviar excessos de aversão ao risco. Assim, “talvez o pesado conservadorismo da regra maximin pudesse ser aliviado, combinando-a com a regra do maxmax. O primeiro opera apenas no mínimo de cada ato, o segundo apenas no máximo”.¹⁵⁷

¹⁵³ RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. p.29.

¹⁵⁴ Ibid., p.31.

¹⁵⁵ FARBER, Daniel A. **Law and public choice: a critical introduction**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p.83. Confira-se: “*Economists usually assume that consumers are risk averse. Risk aversion explains why people buy insurance: they are willing to pay additional premium to avoid the uncertain prospect of a severe financial loss*”.

¹⁵⁶ RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. p.32.

¹⁵⁷ Id.

5.5.4 Razões insuficientes

Em casos de ignorância e incerteza, não há razão para se ver a ocorrência de um estado de coisas como mais provável do que a ocorrência de outro. Tendo em vista que há razão insuficiente para qualquer outra atribuição de probabilidades, “devemos tratar todos os estados como igualmente prováveis e independentes de nossas escolhas”.¹⁵⁸

Assim, as consequências esperadas para cada decisão devem ser calculadas e valoradas sob a suposição de que cada consequência é igualmente provável. Logo, escolhe-se o curso de ação cuja utilidade esperada seja máxima.¹⁵⁹

5.6 Incerteza judicial

A “incerteza judicial” pode ser relacionada a 2 (dois) aspectos principais: (i) aos meios da decisão judicial; e/ou (ii) ao seu conteúdo.¹⁶⁰ A incerteza decorrente dos meios da decisão judicial pode ser exemplificada pela própria aplicação da legislação processual, a exemplo dos prazos previstos no Código de Processo Civil e na Lei n.º 8.437 de 1992. Por outro lado, quanto ao conteúdo da decisão, a incerteza “se refere às expectativas (normativas ou cognitivas) que ela frustra ou confirma quando é tomada”.¹⁶¹

Todas as decisões judiciais comportam algum grau de incerteza em razão de propriedades estruturais do processo de aplicação de normas gerais aos casos concretos. Entretanto, tal conceito não esgota as diferentes modalidades de incerteza que podem surgir quando da aplicação do direito.

Existe um tipo de incerteza patológica que “se dará quando uma expectativa juridicamente fundada for frustrada por uma decisão que não pertença ao conjunto – normalmente, não unitário – das decisões juridicamente satisfatórias diante do caso concreto”.¹⁶²

¹⁵⁸ RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. p.32.

¹⁵⁹ Ibid., p.36.

¹⁶⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, p.79-112, jan. 2006.

¹⁶¹ Ibid., p.84.

¹⁶² Ibid., p.108.

A ideia central de combate à aludida incerteza patológica parece ser a capacidade de recondução argumentativa de escolhas ao direito vigente. Se o caminho a ser trilhado na referida recondução puder ser reconstituído com base em institutos jurídicos e com respeito aos critérios econômicos e sua racionalidade própria, uma decisão prolatada em pedidos de suspensão de segurança se afigura legitimamente jurídica, a despeito de frustrar expectativas.¹⁶³

Esforços em prol da determinação de possíveis consequências advindas de uma decisão e as futuras e múltiplas configurações de realidade resultantes de seus efeitos empíricos dificilmente são gerenciáveis. No mesmo sentido, a dificuldade aumenta quando a análise dos efeitos colaterais e consequências de cada alternativa de decisão é adicionada à determinação das possíveis consequências decisórias.

Tal fato parecer decorrer da natureza complexa e mutável do próprio sistema capitalista que representa o contexto no qual as referidas decisões se inserem. Em relação à intervenção do Estado na economia, seja por meio da regulação ou de qualquer outra forma, o quadro é semelhante. “Isso é particularmente ilustrado pelo exemplo da política econômica, em que as previsões e análises são formuladas ou usadas diretamente como um meio para fins politicamente fixos”.¹⁶⁴

A iniciativa privada também se encontra submetida à referida lógica. As decisões econômicas, tanto no âmbito estatal quanto no âmbito privado¹⁶⁵, parecem demandar cursos de ação diários sem substratos adequados de previsibilidade. “Mais uma vez, não diferentemente do que ocorre no processo decisório dos sujeitos econômicos privados, a pessoa se encontra na situação de ter que decidir ininterruptamente sob condições de incerteza”.¹⁶⁶ Neste ponto, confira-se Luís Fernando Schuartz:

Não só a incessante revolução das estruturas técnico-produtivas devido à introdução de inovações (novos produtos, novos métodos de produção, novas formas de organização), mas também as revisões súbitas das expectativas de longo prazo sobre as quais as decisões de investimento são baseadas (dadas as estruturas técnico-produtivas) são características estruturais de uma forma organizacional de vida econômica que, devido à natureza extremamente precária das previsões sobre as

¹⁶³ JESTAEDT, Matthias. **Das mag in der Theorie richtig sein**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p.84.

¹⁶⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002. p.413.

¹⁶⁵ Nesse sentido, ver: MEIßNER, Annkatrin. **Kooperative Bildungsverantwortung als Weg aus der Armut**. Dissertation – Universität Passau, 2015. p.34.

¹⁶⁶ SCHUARTZ, op. cit., p.413.

formas e intensidades em que ou em que tais fenômenos ocorrem concretamente (para não mencionar os efeitos econômicos que produzirão), é em sua trajetória indeterminada e continuará sendo indeterminada.¹⁶⁷

Vale observar que a “incerteza deve ser considerada como uma propriedade do ambiente e não sob a percepção isolada e, em vista dos efeitos agregados de suas decisões, de agentes econômicos relativamente impotentes”.¹⁶⁸

Ato contínuo, “esse caráter “objetivo” de incerteza deve-se às características e fundamentos fundamentais de uma economia capitalista moderna”¹⁶⁹, na qual a Constituição Federal de 1988 inseriu o Estado brasileiro e, ainda, o próprio Poder Judiciário. Perceba-se que o conceito de inafastabilidade da jurisdição parece referendar o acima exposto.¹⁷⁰

Ademais, ao se voltar para a metodologia de aplicação do direito, localiza-se um dos principais problemas relacionados à dimensão positiva/descritiva do raciocínio consequencialista aplicado pela autoridade judicante: a argumentação jurídica é essencialmente retrospectiva.

A autoridade judicante está acostumada a lidar com legislação, doutrina e jurisprudência.¹⁷¹ O momento de produção das referidas fontes judiciais é anterior ao momento de tomada de decisão da autoridade judicante.¹⁷² Dito de outra forma, a argumentação jurídica parece depender de um tratamento prévio dos métodos de tomada de decisão, fato que viabiliza um controle *ex ante* de cursos de ação que encontrem fundamento nas técnicas jurídicas convencionais. Sobre o ponto, confira-se:

¹⁶⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002. p.410. Tradução livre de: „Nicht nur die unaufhörliche Revolutionierung von technisch-produktiven Strukturen aufgrund der Einführung von Innovationen (neuen Produkten, neuen Produktionsmethoden, neuen Organisationsformen), sondern auch die plötzlichen Revisionen langfristiger Erwartungen, auf denen Investitionsentscheidungen beruhen (bei gegebenen technisch-produktiven Strukturen), sind also strukturelle Merkmale einer Organisationsform wirtschaftlichen Lebens, die nun, wegen des äußerst prekären Charakters von den Prognosen über die Formen sowie Intensitäten, in denen bzw. mit denen solche Phänomene konkret auftreten (ganz zu schweigen von den ökonomischen Wirkungen, die sie hervorbringen werden), in seinen Trajekturen unbestimmt ist und bleibt“.

¹⁶⁸ Ibid., p.411. Tradução livre de: „Den Akzent darauf zu setzten, daß (1) Ungewißheit als eine Eigenschaft der Umwelt und nicht der Wahrnehmungsfähigkeit von isoliert und – im Hinblick auf die aggregaten Wirkungen ihrer Entscheidungen – relativ machtlosen Wirtschaftssubjekten zu betrachten ist,“

¹⁶⁹ Id. Tradução livre de: „dieser „objektive“ Charakter von Ungewißheit auf Grundeigenschaften und Grundstrukturen einer modernen kapitalistischer Wirtschaft zurückführen ist...“.

¹⁷⁰ Art. 5.º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁷¹ Ver: JESTAEDT, Matthias. **Die Verfassung hinter die Verfassung**: Schönburger Gespräche zu Recht und Staat. Auflage: Ferdinand Schöningh, 2009. p.22.

¹⁷² Ver: JESTAEDT, Matthias. **Das mag in der Theorie richtig sein**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p.3 e segs.

Se tradicionalmente o pensamento retrospectivo é uma peculiaridade do direito, a incorporação dos métodos de decisão e análise de outras disciplinas complica indubitavelmente a distinção entre eles, uma vez que uma única linha de raciocínio se torna um meio de acesso para duas áreas cujas fronteiras devem, em princípio, ser bem sinalizadas.¹⁷³

As palavras de Fernando Leal refletem uma preocupação com a delimitação entre o direito e outros ramos científicos quando da incorporação de argumentos extrínsecos às técnicas jurídicas convencionais. Tal fato tem o condão de viabilizar a aplicação de um argumento extrínseco ao direito pela autoridade judicante.

O grande problema com a referida aplicação é uma consideração básica a respeito da própria capacidade epistêmica da autoridade judicante de manusear corretamente, com grau mínimo de racionalidade, conceitos e argumentos com os quais não estaria habituada a lidar.

Isso porque se presume seja a autoridade judicante portadora apenas de conhecimentos jurídicos e da experiência comum a todos os seres humanos que integram a sociedade em que vive. Pertencendo um magistrado, por exemplo, a comunidade diversa daquelas cujas práticas sejam objeto de prova no processo, ele deverá recorrer a algum indivíduo ou instituição que possua aquele conhecimento científico, técnico ou especializado, que não são os conhecimentos de todo ser humano comum.¹⁷⁴ Assim, assumir para si a tarefa de realizar prospecções parece fugir das capacidades institucionais e epistêmicas do Poder Judiciário.

É importante destacar que as críticas que porventura serão direcionadas às decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça, prolatadas em pedidos de suspensão de segurança que versem sobre direito regulatório, não defendem uma necessária institucionalização estanque ou engessada dos argumentos prospectivos.

A ideia aqui não é defender um caráter supremo da posição de uma agência reguladora em face de uma decisão judicial monocrática ou colegiada.¹⁷⁵ Vislumbra-se, inclusive – a depender das peculiaridades de um caso concreto –, a possibilidade de que uma decisão judicial venha a superar uma decisão prolatada por uma agência reguladora, desde que lastreada em

¹⁷³ LEAL, Fernando A. R. **Ziele und Autorität**: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1. p.294. Tradução livre de: „*Falls die traditionell rückblickende Denkweise eine Besonderheit des Rechts ist, erschwert die Inkorporation der Entscheidungs- und Analysemethoden anderer Disziplinen ohne Zweifel die Abgrenzung zwischen diesen, da eine einzige Argumentationsweise ein Zugangsmittel für zwei Bereiche, deren Grenzen im Prinzip gut markiert sein sollten, wird*“.

¹⁷⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: recursos e processos da competência originária dos tribunais. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.243.

¹⁷⁵ Em favor de uma visão colegiada ver: MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.xii. Ver o seguinte trecho: “*But it also shows that pure rationality at an individualistic-autonomous level cannot secure adequate consensus and co-ordination of opinion or activity for viable social coexistence*”.

argumentos igualmente técnicos, que podem até mesmo decorrer de produção probatória de uma das partes interessadas. “Aqui, a institucionalização dos arranjos discursivos obviamente não é suficiente para justificar uma presunção de racionalidade de seus resultados no sentido de uma ‘decisão correta única’”.¹⁷⁶

Arranjos institucionais planejados, a exemplo da criação de agências reguladoras independentes no Brasil, parecem direcionar seus participantes mais racionais para a percepção de que várias escolhas podem estar certas, e tal fato, por si só, não demanda uma necessária concretização de todas elas. Considerando-se a incerteza, a ignorância e os riscos como propriedade do ambiente, não parece existir uma razão única intersubjetivamente válida para determinar um só curso de ação correto.

O argumento das diferenças institucionais utilizado na presente dissertação é uma forma de justificar a ausência de limitação por metodologias de decisão, que parece assolar o pedido de suspensão de segurança decidido pelo STJ na seara regulatória quando da realização de prognoses sem fundamentação.

É por tal razão que este trabalho, apesar de essencialmente descritivo, aposta em um novo método de decisão para os pedidos de suspensão de segurança fundamentados em consequências econômicas.¹⁷⁷ O aspecto descritivo do trabalho parece importante para viabilizar a proposta normativa de adoção das etapas da análise de impacto regulatório quando da decisão de pedidos de suspensão de segurança, uma vez que a existência de prognoses não fundamentadas é o principal sintoma diagnosticado que esta dissertação pretende combater.¹⁷⁸

¹⁷⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002. p.413.

¹⁷⁷ LEAL, Fernando. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. **Revista de Investigações Constitucionais**, v.3, p.218, 2016. Ver o seguinte trecho: “Nesse sentido, o investimento em teorias e métodos de decisão no domínio do direito pressupõe o conhecimento de determinadas atitudes patológicas que tomadores de decisão (i) teriam, caso não pudessem ser, de alguma maneira, limitados por metodologias de decisão, ou (ii) que já revelam ter ao decidir, mesmo quando recorrem a métodos e teorias amplamente reconhecidos na prática judicial”.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p.219. Ver o seguinte ponto: “Esse aspecto descritivo é crucial para que se possa explorar a possibilidade de propostas teóricas e metodológicas desenvolvidas para conduzir processos de tomada de decisão jurídica não produzirem, uma vez incorporadas na prática judicial, qualquer resultado prático relevante ou até mesmo o efeito oposto ao por elas visado. Nesse sentido, é possível argumentar que teorias e métodos complexos de decisão, em vez de reduzirem os níveis de incerteza subjacentes a processos de solução de casos difíceis no direito, podem aumentá-los descontroladamente. Para tanto, basta que as propostas normativas de esforços teóricos não internalizem em suas prescrições as atitudes dos tomadores de decisão diagnosticadas como sintomas que pretendem ser combatidos”.

5.7 Fixação de marcos temporais

Outro problema tende a se referir ao horizonte de tempo dentro do qual a realização hipotética de uma prognose ou propósito é formulada. As decisões monocráticas analisadas no trabalho aqui proposto não parecem necessariamente se preocupar com a fixação de uma janela ou horizonte temporal estanque.

Sob uma perspectiva prática e realista, o universo está em um estado de mundo muito definido em cada um dos momentos temporais em sucessão.¹⁷⁹ As pessoas só conhecem algumas poucas características desse estado de mundo. No mesmo sentido, parece coerente afirmar que o conhecimento cumulativo das comunidades burocráticas e cientificistas é limitado a uma pequena fração de todo o conhecimento possível do respectivo estado.¹⁸⁰

De qualquer forma, um estado de mundo não pode ser totalmente descrito, uma vez que qualquer descrição será latitudinalmente e longitudinalmente limitada pela perspectiva também limitada de quem descreve. “O que é uma descrição correta (de “excertos”) de um estado do universo, claro, depende das regras e termos da linguagem usada, mas o próprio estado é independente de linguagem e teoria”.¹⁸¹

Assim, pode-se concluir que qualquer descrição será sempre uma descrição de um excerto estanque de um estado de mundo em um único momento temporal. A precisão da descrição parece possuir relação direta com o tempo. Aqui, para fins de simplificação do raciocínio, o tempo pode ser considerado como uma das propriedades do estado de mundo.¹⁸² Alterando-se o tempo, altera-se o estado de mundo. Com a adoção de um raciocínio determinista em seu sentido mais vulgar, ou seja, vinculado a uma causalidade reducionista (compreendida como a possibilidade de redução de todos os fenômenos do universo à mecânica ou à química), o curso do mundo passa a ter um caráter probabilístico. A definição de um curso de ação, portanto, passa a ser determinável ou ao menos influenciável por probabilidades. O tempo, então, é uma variável importante no cálculo da referida probabilidade. Relações de causalidade vão variar de acordo com o tempo.

¹⁷⁹ NIDA-RÜMELIN, Julian. **Kritik des Konsequentialismus**. München: Oldenbourg, 1993. p.20.

¹⁸⁰ Id.

¹⁸¹ Id.

¹⁸² Em sentido contrário, confira-se: Julian Nida-Rümelin: “Die Entwicklung der physikalischen Grundlagenforschung der letzten fünfzig Jahre – besonders der bis heute irreduzibel probabilistische Charakter mikrophysikalischer Vorgänge, wie sie sich in der Quantenmechanik darstellen – wird i. allg. als Beleg dafür interpretiert, daß sich die Welt trotz zuverlässiger deterministischer makrophysikalischer Theorien nicht deterministisch verändert und der Weltverlauf also einen probabilistischen Charakter hat”. (Ibid., p.21).

O conceito de seta do tempo parece relevante neste ponto. Tal conceito possui origem na termodinâmica e, basicamente, se baseia na ideia de que um evento presente só pode afetar um evento futuro, ou seja, jamais poderá afetar um evento passado. Assim, a aplicação de uma descrição a uma maior quantidade de tempo parece afastar proporcionalmente a descrição de sua precisão inicial.

Uma analogia interessante é comparar o momento de descrição de um excerto com uma fotografia. Quanto mais distante do momento em que foi tirada, maior será a distância entre a imagem capturada pela fotografia e a retratação fiel de uma realidade mais atual. Uma decisão judicial é prolatada com base em uma fotografia – ou, no caso de uma instrução processual progressiva, muitas fotografias. No entanto, não deixam de ser fotografias em um sentido de enclausuramento temporal não dinâmico ou estanque.

A prognose realizada pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça em pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório é uma prognose baseada em uma fotografia. A fotografia, aqui, deve ser compreendida como a descrição de um excerto de estado de mundo realizado pelas partes nos autos. Dessa forma, tem-se por coerente afirmar que, quanto mais distante da referida fotografia utilizada para fundamentar uma consequência, mais imprecisa será a referida prognose.

5.7.1 O tempo e Niklas Luhmann

Avançando um pouco no raciocínio, a analogia da fotografia realizada acima encontra sentido em algumas proposições de Niklas Luhmann, no que se refere à dimensão do tempo. As mencionadas proposições são muito interessantes e podem auxiliar o leitor na compreensão do problema descritivo existente no raciocínio consequencialista aplicado pela autoridade judicante nos pedidos de suspensão de segurança. O tempo, na fórmula concisa de Luhmann, é a “interpretação da realidade tendo em vista a diferença entre passado e futuro.” A “temporalização” da “diferença fundamental” entre atual e possível significa a rediferenciação do horizonte do possível como horizonte do passado e horizonte do futuro”.¹⁸³

¹⁸³ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade**: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.131.

O que isso quer dizer, basicamente, é que o passado e o futuro nada mais são do que abstrações dentro de um dado presente. Utilizando-se a analogia da fotografia, ao olhar para ela, você pode ser transportado para um passado ou para um futuro, no exato momento de contemplação da referida imagem gráfica. Supondo-se que, 5 (cinco) minutos depois, você contempla novamente a referida fotografia, o passado ou o futuro, imaginados nesse segundo momento de contemplação, não são mais os mesmos que o passado ou futuro imaginados 5 (cinco) minutos antes, no momento da primeira contemplação. Confira-se o que Luis Fernando Schuartz diz a respeito:

Como tal, é óbvio que ela só pode ocorrer no tempo presente, na atualidade em que se dá a observação que remete ao possível como outro “lado” da Forma Sentido. Os horizontes do passado e do futuro se constituem, portanto, no presente, e a cada novo presente podem ser reprojatados: o presente anterior pode tornar-se passado e o futuro anterior, presente. Esse presente é então o “ponto cego” da observação orientada na diferença entre passado e futuro, ou seja, é o ponto em que se situa o observador que observa distinguindo entre passado e futuro, para o qual a própria operação de distinção-e-indicação é, enquanto ocorre, invisível.¹⁸⁴

O trecho transcrito traduz a relação interna entre o tema das estruturas e o tema do tempo na teoria de Luhmann¹⁸⁵ “(ou, numa formulação alternativa, da ‘relação primária’ entre a função das estruturas e a dimensão temporal)”.¹⁸⁶ O presente é duplicado em 2 (duas) espécies de tempos presentes. A referida relação primária entre a função das estruturas e a dimensão temporal parece se relacionar com a própria noção de autopoiesis¹⁸⁷ da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.¹⁸⁸

¹⁸⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade**: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.131-132.

¹⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993. p.38.

¹⁸⁶ SCHUARTZ, op. cit., p.132.

¹⁸⁷ Confira-se: Luis Fernando Schuartz (Ibid., p.134). “A relação primária” existente entre estruturas e tempo se explica pela natureza mediadora da função desempenhada por essas estruturas em face da necessidade permanente de assegurar a continuidade da autopoiesis de sistemas que processam Sentido sob condições inafastáveis de não-durabilidade dos seus elementos.

¹⁸⁸ Ver: LUHMANN, op. cit., p.42. “Was mit System, im Unterschied zu Umwelt, gemeint sein kann, ist in der systemtheoretischen Forschung umstritten. Will man die Falle des Entropiegesetzes der Thermodynamik vermeiden, müssen alle Aussagen der Systemtheorie als Aussagen über die Differenz von System und Umwelt formuliert werden oder jedenfalls von der Form dieser Unterscheidung ausgehen. Hierfür hatte die ältere Systemtheorie zunächst die Form »offene Systeme« vorgeschlagen. Angriffspunkt dieser These war das Entropiegesetz mit der Einsicht, daß Systeme, die gegen ihre Umwelt abgeschlossen sind, sich allmählich der Umwelt angleichen, also auflösen, weil sie Energie verlieren und thermodynamisch irreversibel dem Wärmetod ausgesetzt sind. Für den Aufbau von Komplexität, für die Herstellung und Erhaltung von »Negentropie«, sei daher ein kontinuierlicher Austausch mit der Umwelt erforderlich - sei es von Energie, sei es von Information”.

O interessante é a forma como essa relação se estabelece.¹⁸⁹ As abstrações de passado e futuro parecem se relacionar a elementos em sucessão imediata, ou seja, a elementos antecedentes e subsequentes.¹⁹⁰ É possível afirmar, sob a própria visão de Luhmann, que, quanto mais distante do presente, ou do elemento antecedente, mais criticável seria uma prognose.¹⁹¹ Confira-se:

Com efeito, se cada um desses sistemas consiste, pura e simplesmente, numa sequência recursiva de operações em que cada elemento é ao mesmo tempo resultado e condição de outros elementos da sequência e se, consequentemente, o problema da produção sistêmica nada mais é que o problema da continuidade no sequenciamento de elementos que existem apenas pontualmente, então é natural construir o conceito de estrutura de modo a refletir temporalmente a dupla referência recursiva constitutiva de cada elemento do sistema, ou seja: as referências ao elemento antecedente e ao elemento subsequente em termos de referências ao passado e ao futuro, isto é, em termos de condensações e antecipações.¹⁹²

O futuro imaginado hoje, não necessariamente é o presente (futuro imaginado) no futuro.¹⁹³ Parece coerente afirmar, com base em Schuartz e Luhmann¹⁹⁴, que, quanto mais se afasta do presente, mais imprecisa é a eventual prognose. Muitas decisões, inclusive, sequer limitam suas prognoses. Não há qualquer indicação de uma janela temporal apta a aferir a ocorrência ou não ocorrência das consequências apontadas como causa e razão de decidir.

Assim, revela-se recomendável ao menos a fixação de um marco temporal estanque quando da realização de prognoses por parte dos ministros do Superior Tribunal de Justiça nos pedidos de suspensão de segurança.¹⁹⁵ O ponto assume relevância, uma vez que nenhuma

¹⁸⁹ Ver: LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme**: Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p.244. Tradução livre de: *“Die Differenz ist keine ontologische, und darin liegt die Schwierigkeit des Verständnisses. Sie zerschneidet nicht die Gesamtrealität in zwei Teile: hier System und dort Umwelt. Ihr Entweder/Oder ist kein absolutes, es gilt vielmehr nur systemrelativ, aber gleichwohl objektiv. Es ist Korrelat der Operation Beobachtung, die diese Distinktion (wie auch andere) in die Realität einführt”*.

¹⁹⁰ Ibid., p.67. Ver o seguinte trecho: *“Selbstreferenz heißt auf der Ebene der Elemente: daß diese sich durch Rückbezug auf sich selbst miteinander verhaken und dadurch Zusammenhänge bzw. Prozesse ermöglichen. Dies kann jedoch nur bei hinreichender Gleichartigkeit der Elemente geschehen”*.

¹⁹¹ Ver: LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft I**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. p.64. *“Das Konzept erfüllt mithin, in Anwendung auf Systemtheorie, das Erfordernis, nach dem wir suchen: das Erfordernis einer Selbstimplikation der Theorie. Sie wird durch ihr Gegenstandsverhältnis zu »autologischen« Rückschlüssen auf sich selbst gezwungen”*.

¹⁹² SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade**: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.132.

¹⁹³ Ver: LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p.240. *“Es ist klar, daß Evolution nur zustande kommen kann, wenn zugleich Differenz und Anpassung im Verhältnis von System und Umwelt bewahrt bleiben, denn anderenfalls würde der Gegenstand der Evolution verschwinden. Aber damit ist noch nicht ausgemacht, wie Evolution überhaupt möglich ist”*.

¹⁹⁴ Ver: LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme...**, op. cit., p.258. Ver: *“Der Zusammenhang von Reproduktion und Differenzierung wird einsichtig, wenn man Reproduktion nicht als identische oder fast identische Wiederholung des Gleichen (z. B. als Ersatz von Beständen) versteht, sondern als laufende Neukonstituierung anschließbarer Ereignisse”*.

¹⁹⁵ Aqui, outro momento normativo desta dissertação.

das 26 (vinte e seis) decisões que não foram acompanhadas de estudos, dados ou documentos técnicos se preocupou em inserir um termo inicial ou final para as consequências econômicas apontadas em prognoses. Por tal razão, o momento normativo assumido encontra justificação quando se analisa os 26 (vinte e seis) casos que não acompanharam estudos, dados ou documentos técnicos.¹⁹⁶

5.7.2 Cadeias de consequências

Outro problema relacionado à ideia de déficit epistêmico e a fixação de marcos temporais resulta da criação, pelos ministros, de cadeias de consequências, sem que haja qualquer lastro indicativo de sua ocorrência no mundo fático. Isso ocorre porque determinar as possíveis consequências de uma ação e as “futuras configurações de realidade resultantes de seus efeitos empíricos dificilmente são gerenciáveis. Além disso, a dificuldade aumenta quando a análise dos efeitos colaterais e consequências de cada alternativa de decisão é adicionada a essas análises”.¹⁹⁷

O raciocínio consequencialista pode ser visto como uma árvore topológica.¹⁹⁸ Enquanto apenas um único ramo reflete a história e os estados de mundo anteriores, todos os outros ramos da árvore correspondem a uma possibilidade não realizada.¹⁹⁹ “Ações têm sido caracterizadas como uma escolha de um ramo em um ponto de ramificação da árvore. Os galhos da árvore devem ser entendidos como consequências das condições do mundo”.²⁰⁰

¹⁹⁶ LEAL, Fernando. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. **Revista de Investigações Constitucionais**, v.3, p.220, 2016. Ver: É preciso, por isso, que aquilo que é endogenamente identificado como comportamento padrão de certos atores seja incorporado nos esforços prescritivos destinados a, por meio de métodos de tomada de decisão ou incentivos específicos, reorientá-los para a realização de um estado de coisas considerado desejável.

¹⁹⁷ LEAL, Fernando A. R.. **Ziele und Autorität**: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1. p.246.Tradução livre de: “*Die möglichen Konsequenzen einer Handlung und die aus ihren empirischen Effekten resultierenden künftigen Gestaltungen der Wirklichkeit zu bestimmen, ist kaum überschaubar. Die Schwierigkeit erhöht sich darüber hinaus, wenn zu diesen Analysen auch die Berücksichtigung von Nebenfolgen und Folgesfolgen jeder Entscheidungsalternative hinzugefügt wird*”.

¹⁹⁸ NIDA-RÜMELIN, Julian. **Kritik des Konsequentialismus**. München: Oldenbourg, 1993. p.22. Confirma-se: “*Man kann sich das Modell in Gestalt eines topologischen Baumes vorstellen. Während nur ein einziger Ast den bisherigen Weltverlauf wiedergibt, entsprechen alle übrigen Äste des Baumes einer nicht realisierten Möglichkeit*”.

¹⁹⁹ Ibid., p.23.

²⁰⁰ Ibid., p.51. Confirma-se: “*Handlungen sind dort als Wahl einer Verzweigung an einem Verzweigungspunkt des Baumes charakterisiert worden. Die Äste des Baumes sind als Folgen von Weltzuständen aufzufassen*”.

A criação, pelos ministros, de cadeias de consequências, nada mais é do que acrescentar diversos pontos de ramificação, fato que inviabiliza qualquer visualização integral dos “galhos”²⁰¹, efeitos e consequências²⁰² da referida decisão. Assim, a criação de cadeias de consequências parece resultar em um aumento no déficit epistêmico do julgador quando da realização das prognoses.

A noção de cadeias de consequências também vem a afetar diretamente os procedimentos jurídicos de coleta e ponderação de indícios e provas. Os processos de coleta e análise de provas podem ser caracterizados como processos de busca de informações que igualmente estão sujeitos a restrições cognitivas.²⁰³ Por tal razão, em algum momento devem ser necessariamente interrompidos para viabilizar a prolação de uma decisão.

Nesse sentido, entra em cena o princípio da razoável duração do processo e da celeridade processual. Os referidos princípios limitam a atividade judicante e, por essa razão, podem representar a necessidade de limitação das cadeias de consequências sob pena de um uso empiricamente irresponsável pela autoridade judicante.

Dessa forma, como será visto na seção empírica do presente trabalho, a criação de cadeias de consequências pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça parece violar as próprias capacidades probatórias do rito processual ao qual se submete o pedido de suspensão de segurança.

Tal dificuldade se alastra para a construção formal dos instrumentos aptos à realização das referidas prognoses. Trata-se de uma tarefa extremamente complexa e exigente no que diz respeito à informação e em termos de processamento dos dados. Neste ponto, possui relevância o tema de capacidades institucionais²⁰⁴ para fins de processamento de informação. No mesmo sentido, poderíamos tratar de racionalidade limitada e heurísticas no trato da pluralidade de informações e as aptidões dos membros do STJ para obter e processar informações à luz de

²⁰¹ NIDA-RÜMELIN, Julian. **Kritik des Konsequentialismus**. München: Oldenbourg, 1993. p.23.

²⁰² MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.xv. “Thirdly, the discussion of consequentialism in chapters 5 and 6 needs to acknowledge much more fully the complexity of so-called ‘consequences’ [...]”.

²⁰³ SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996. p.79. Ver: “The norm of efficiency does not uniquely determine outcomes in all common law cases, certainly if we take account of the informational limits of the legal system, which make it hard for judges to know which outcome would be more efficient”.

²⁰⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, p.23, jan./jun. 2011.

elementos empíricos.²⁰⁵ Nesse sentido, a autoridade judicante também está sujeita a heurísticas²⁰⁶, a exemplo da aversão ao risco.²⁰⁷

5.8 O problema da simples indicação de precedentes

Um problema comum e perfeitamente apto a ser aprimorado pelo Superior Tribunal de Justiça pode ser constatado em 9 (nove) decisões monocráticas, no caso: (i) SLS n.º 2162; (ii) SS n.º 2878; (iii) SS n.º 2869; (iv) SLS n.º 2129; (v) SS n.º 2727; (vi) SLS n.º 2022; (vii) SLS n.º 1956; (viii) SLS n.º 1906; e (ix) SS n.º 2373. As referidas decisões fazem menção a precedentes, como forma de caracterizar a existência ou possibilidade de lesão à economia pública.

Precedentes que versam sobre questões econômicas não parecem ter qualquer relevância para a análise de questões econômicas posteriores²⁰⁸, mesmo em relação a diferentes áreas setoriais e econômicas análogas. Quanto a este ponto, confira-se Luis Fernando Schuartz:

Porque, sob condições de incerteza, os envolvidos mais cedo ou mais tarde aprendem que eventos futuros não são projeções estatísticas de eventos passados, a detecção, se houver, de erros passados não os leva um passo adiante na solução dos problemas que surgem e se impõem na próxima situação decisória.²⁰⁹

Assim, a simples invocação de precedentes para fundamentar novas prognoses e análises prospectivas por parte do judiciário não parece um curso de ação empiricamente

²⁰⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, p.23, jan./jun. 2011.

²⁰⁶ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul.; TVERSKY, Amos (Eds.). **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases**. Cambridge: Cambridge University Press, 1972. p.465: “*The biasing effects of representativeness are not limited to naive subjects. They are also found (Tversky & Kahneman, 1971, 2) in the intuitive judgements of sophisticated psychologists*”. página da citação

²⁰⁷ FARBER, Daniel A. **Law and public choice: a critical introduction**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p.83.

²⁰⁸ SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996. p.19. Ver: Frequently courts approach questions about likely consequences as if they could be answered by reference to other judicial holdings.

²⁰⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002. p.487. Tradução livre de: „*Weil unter Bedingungen von Ungewißheit die Beteiligten früher oder später lernen, daß zukünftige Ereignisse keine statistischen Projektionen von vergangenen Ereignissen sind, bringt die – wenn überhaupt möglich – Feststellung und Sammlung von vergangenen Fehlern sie keinen Schritt weiter im Hinblick auf die Lösung der Probleme, die sich ihnen in der nächsten Entscheidungssituation aufdrängen werden*“.

responsável. No mesmo sentido, decisões prolatadas em pedidos de suspensão de segurança possuem consequências extrajurídicas e intrajurídicas. Uma decisão que invoca precedentes nada mais é do que um precedente que pode ser invocado em momento posterior. Desse modo, uma decisão contribui indiretamente para o estabelecimento de um espaço argumentativo juridicamente aceitável para decisões futuras. Tais consequências intrajurídicas decorrem do “princípio da isonomia (ou ‘justiça formal’), que perpassa o sistema jurídico reclamando consistência entre decisões, é dizer, tratamento juridicamente semelhante para casos semelhantes”.²¹⁰

Assim, o princípio da isonomia parece demandar da autoridade judicante uma orientação prospectiva no que tange às referidas consequências intrajurídicas. A grosso modo, o julgador precisa ser apto a entender que sua decisão poderá ser invocada no futuro para novas decisões, seja por parte de outros magistrados, seja também pelos demais sujeitos que porventura atuem em um processo judicial, a exemplo do pedido de suspensão de segurança.

²¹⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.398.

6 O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E SUA DIMENSÃO DESCRITIVA

Em termos filosóficos, no âmbito da ética, o consequencialismo – em sua formulação mais geral – prescreve que a correção de uma ação depende dos valores realizados nos estados de mundo resultantes de suas consequências. A ideia básica é de que o status de uma ação depende do valor de suas consequências a serem antecipadas em uma análise prospectiva anterior. Assim, para um consequencialista, determinado curso de ação será preferível se o estado de mundo que decorre de suas consequências puder ser considerado valioso.

Nesse sentido (bastante geral), o consequencialismo não pressupõe nenhum método de seleção ou avaliação das consequências, nem determina o grau em que os valores em questão devem ser realizados para caracterizar uma ação como correta.²¹¹ Como será visto, o presente trabalho dissertativo possui como objetivo identificar, ainda que parcialmente, condições de adequação e racionalidade de decisões judicantes orientadas em consequências.

Por tal razão, este trabalho possui como principal eixo temático o consequencialismo judicial, ou seja, a aplicação do consequencialismo pela autoridade judicante nos pedidos de suspensão de segurança que compõem a base de dados. Conforme já mencionado, será adotado um sentido extremamente amplo para o consequencialismo jurídico, inserindo-se neste conceito qualquer programa teórico ou atitude que se proponha a condicionar explícita ou implicitamente a adequação jurídica de determinada decisão judicante à valoração de consequências associadas à própria decisão.²¹² Assim, mesmo que não intencionalmente, o trabalho aqui proposto poderá utilizar “argumento consequencialista” de modo fungível a “argumento pragmático” e a “argumento prático”.²¹³

Dessa forma, a despeito do peso atribuído pela autoridade judicante, considera-se como consequencialista qualquer decisão que possua como elemento constitutivo de sua fundamentação a valoração de consequências. Análises consequencialistas podem possuir um peso igual, maior ou menor do que outras formas de argumentação.

²¹¹ Existem 2 (duas) vertentes mais comuns: consequencialismo do ato e consequencialismo regra. Ver: LEAL, Fernando A. R.. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1. p.225.

²¹² SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.383-418.

²¹³ MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.51 e segs.

O ponto importante aqui é a compreensão de que, mesmo decisões que atribuam um papel residual à valoração de consequências (a exemplo de visões que consideram a incapacidade das técnicas jurídicas convencionais de reduzir o conjunto de cursos de ação possíveis para uma única decisão correta) são consideradas como decisões consequencialistas pelo presente trabalho.²¹⁴

O objetivo de se adotar um sentido amplo de consequencialismo jurídico, conforme já esclarecido acima, justifica-se pela possibilidade de analisar um maior número de decisões, fato que acaba por viabilizar a formação da base de dados mencionada no item anterior.

Ao se trabalhar com argumentos consequencialistas, o jurista se depara com um plano bidimensional.²¹⁵ Nesse contexto, uma primeira dimensão é positiva ou descritiva e uma segunda dimensão é decisória ou normativa. Por possuírem características próprias, cada uma das referidas dimensões possui problemas próprios e são submetidas ao crivo de racionalidades distintas. A dimensão descritiva representa uma prognose sobre o futuro “e a validade de argumentos consequencialistas é necessariamente dependente da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado”.²¹⁶ Confira-se Fernando Leal:

A primeira objeção enfoca os possíveis problemas epistêmicos que afetam a fase positiva de uma análise teleológica ou orientada em resultados. Isso levanta a questão de saber se todos os efeitos possíveis de cada alternativa de decisão podem ser determinados. Essa incerteza, decorrente principalmente da natureza contingente do futuro imaginável, afeta a racionalidade de um procedimento de raciocínio teleológico, na medida em que a identificação dos estados associados a cada alternativa de decisão é uma condição necessária para sua posterior avaliação.²¹⁷

²¹⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.383-418.

²¹⁵ LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. p.28.

²¹⁶ Id.

²¹⁷ LEAL, Fernando A. R.. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1. p.246. Tradução livre de: “*Der erste Einwand konzentriert sich auf die möglichen epistemischen Probleme, die die positive Phase einer teleologischen oder folgenorientierten Analyse betreffen. Dabei stellt sich die Frage, ob alle möglichen Effekte jeder Entscheidungsalternative wirklich festgestellt werden können. Diese Ungewissheit, die grundsätzlich aus dem kontingenten Charakter der heute vorstellbaren Zukunft entsteht, beeinträchtigt die Rationalität eines teleologischen Begründungsverfahrens, indem die Identifikation der mit jeder Entscheidungsalternative verbundenen Zustände eine notwendige Bedingung für ihre nachfolgende Bewertung ist*”.

Esforços em prol da determinação de possíveis consequências advindas de uma decisão e as futuras e múltiplas configurações de realidade resultantes de seus efeitos empíricos dificilmente são gerenciáveis. No mesmo sentido, a dificuldade aumenta quando à análise dos efeitos colaterais e às consequências de cada alternativa de decisão é adicionada a determinação das possíveis consequências decisórias.

Diversas teorias externas ao Direito se dedicam a estudar a dificuldade epistemológica acima exposta. Poderíamos citar, como exemplo, a Geometria fractal e o Caos determinístico, no campo da Matemática; a Dinâmica não linear, na Engenharia; os Sistemas adaptativos complexos, na modelagem de Computação científica; e a Emergência, na Biologia e nas Ciências Sociais. Quanto ao assunto, confira-se Isaac José Obadia:

Um sistema começa a apresentar comportamento complexo quando as suas partes constituintes interagem de forma não linear. Enquanto um sistema complicado é aquele formado por muitas partes funcionais distintas mas que são preditivas, o sistema complexo interage com o ambiente de forma não linear e seus componentes possuem propriedades que os tornam não preditivos dentro de uma determinada janela de tempo.²¹⁸

No âmbito teórico, o Direito pode ser considerado um sistema complicado, uma vez que é formado por muitas partes funcionais distintas, porém preditivas. A Constituição, a Lei e a Jurisprudência são responsáveis por essa possibilidade de previsão, a despeito de interpretações variadas. Por ser um sistema “abstratamente preditivo”²¹⁹, o Direito não se encontra metodologicamente equipado para lidar com previsão de consequências futuras, se não se valer do conhecimento de outros campos científicos.

A dimensão normativa se resume a uma classificação entre estados de mundo preferíveis a partir da identificação das diferentes alternativas de decisão. Ocorre que o tomador de decisão precisa indicar um critério base de ordenação de consequências para conseguir “justificar a sua preferência por determinado curso de ação”.²²⁰

²¹⁸ OBADIA, Isaac José. **Sistema de gestão adaptativo para organizações com tecnologia perigosa: a cultura de segurança como pressuposto de excelência nuclear**. Tese (D. Sc. em Engenharia de Produção) – COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro, 2004. p.35.

²¹⁹ Id.

²²⁰ LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. p.28.

O principal foco do presente trabalho será a localização de problemas estruturais relacionados à dimensão descritiva do raciocínio consequencialista. O foco se justifica, na medida em que “o alcance universal da pretensão de validade que necessariamente acompanha todo juízo consequencialista restringe-se à sua dimensão descritiva”.²²¹ A referida constatação foi extraída de Luis Fernando Schuartz:

O ponto é que os valores aos quais se refere a dimensão normativa dos juízos consequencialistas estão localizados quase sempre em um espaço no qual convivem, de forma não-hierarquizada, diversas preferências “ético-políticas” [...] questões ético-políticas devem ser respondidas da perspectiva dos membros de uma comunidade político-jurídica particular, que deve deliberar coletivamente acerca das suas preferências.²²²

A colocação do referido autor é justificada com base na noção de que o pluralismo²²³ de valores passou a não ser mais um problema normativo, fato que decorreu da erosão de bases culturais que sustentavam a suposição de irracionalidade dos dissensos.²²⁴ Assim, em termos normativos, caso exista uma ordenação do conjunto de consequências de acordo com critérios valorativos²²⁵, em termos de racionalidade, só se pode falar em consistência interna desses critérios e, dependendo das circunstâncias, a sua compatibilização externa com normas e práticas aceitas como devidas pelos integrantes de uma comunidade jurídica particular. Assim, é possível considerar que, em regra, o espaço social para a resolução ou acomodação posterior das divergências²²⁶ não será mais o espaço do direito e, sim, o espaço da política.²²⁷

Por tal razão, justifica-se o foco da presente dissertação na localização de problemas estruturais relacionados à dimensão descritiva do raciocínio consequencialista. Por outro lado, o que foi colocado no parágrafo anterior não pode ser interpretado como uma afirmação

²²¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação:** racionalidades e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p.385.

²²² Id..

²²³ FARBER, Daniel A. **Law and public choice:** a critical introduction. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p.13.

²²⁴ Ibid., p.14.

²²⁵ Em relação ao jurista e sua não objetividade no que se relaciona a valores, ver: MACCORMICK, Neil. **Institutions of law:** an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.294. Assim: “*Objective knowledge, it may be claimed, has to be value-free, because all values are an expression of human subjectivity. Since any jurist’s values are subjective, the orientation of his or her account of law to certain values must defeat any claim to objectivity in the jurist’s output*”.

²²⁶ Ver: SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict.** New York: Oxford University Press, 1996. p.5. Ver: “*So too people may favor a rule of strict liability for certain torts from multiple diverse starting-points – with some people rooting their judgments in economic efficiency, others in distributive goals, still others in conceptions of basic rights*”.

²²⁷ SCHUARTZ, op. cit.

peremptória da existência de uma suposta impossibilidade absoluta de discussão racional²²⁸ de questões ético-políticas ou valores normativos. Claro que se pode vislumbrar um embate de questões ético-políticas ou valores normativos entre dois ou mais participantes de modo racional. Ocorre que, mesmo que haja sucesso por um participante na empreitada de convencer racionalmente os demais, não procede a afirmação de que as visões dos perdedores do embate estariam equivocadas. “Dentro de limites bastantes largos, dissensos quanto a valores não são tratados normativamente como problemáticos”.²²⁹ Dissensos parecem inerentes ao processo de produção de normas jurídicas e decisões jurídicas em uma sociedade plural.

Assim, eventual posicionamento crítico em face das valorações inerentes aos juízos consequencialistas (aspecto normativo do consequencialismo) terá o seu alcance determinado por critérios de adequação indexados às preferências éticas²³⁰ do autor²³¹ da crítica²³², ressalvada a possibilidade de mecanismos de controle intersubjetivo. No mesmo sentido, parece correto afirmar que o sucesso de eventuais críticas será condicionado à existência de uma interseção não vazia entre as preferências éticas do crítico e as preferências éticas do auditório do referido crítico, seja ele composto ou não pelo responsável pela prolação da decisão criticada.²³³

Talvez por tal razão, o presente trabalho evita adentrar em problemas oriundos da dimensão normativa do consequencialismo judicial. Ainda nesse sentido, como será visto quando da análise da base de dados nas seções abaixo, o Superior Tribunal de Justiça parece não apresentar preocupações normativas quando incorre na utilização de argumentos consequencialistas.

As condições de adequação e racionalidade da referida dimensão descritiva, ou seja, de uma prognose sobre o futuro realizada pela autoridade judicante, é a principal discussão que aqui se almeja fomentar. Quando um ministro do Superior Tribunal de Justiça se vale da

²²⁸ FARBER, Daniel A. **Law and public choice: a critical introduction**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p.53.

²²⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.385.

²³⁰ Ver: SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996. p.24.

²³¹ Ibid., p.5.

²³² Mesmo no caso de utilização de critérios econômicos, as preferências éticas podem determinar um embate clássico entre uma opção por maximizar utilidades e uma opção por maximizar distribuição. O que pode definir uma opção por Minmax, Maxmin ou até Maxmax é um critério ético do interprete. Talvez por tal razão, seja mais interessante discutir a dimensão descritiva do raciocínio consequencialista e a validade de um prognose do que discutir preferências normativas da autoridade judicante. Ao se pensar em regulação, ou até qualquer forma de intervenção estatal, os valores morais e éticos podem assumir um papel relevante de determinação. Ver: CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral (1972). **Faculty Scholarship Series**, 1983. Disponível em: <goo.gl/XViib3>. Acesso em: 13 out. 2018.

²³³ SCHUARTZ, op. cit.

argumentação consequencialista, ele automaticamente abre uma brecha para questionamentos futuros acerca da correção de seu curso de ação.

No mesmo sentido, o ônus de justificação sempre será da autoridade judicante. O ponto é que a avaliação de sua decisão dependerá de critérios científicos de outras áreas que não o direito. Ou seja, critérios científicos (extrajurídicos) de adequação.

Por fim, cabe elucidar que o trabalho não almeja elaborar uma teoria descritiva completa sobre os fatores que influenciam o conteúdo de decisões judiciais. No mesmo sentido, a dissertação aqui proposta não objetiva sedimentar uma teoria normativa da decisão judicial, representada por um empreendimento teórico que pretenda definir parâmetros sobre como um juiz deve fundamentar suas decisões.²³⁴

Cumprido, ainda, esclarecer que a argumentação jurídica utilizada pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça será analisada de forma independente em relação a eventuais considerações sobre os méritos de normas jurídicas ou de razões que justifiquem a existência do direito na sociedade. O intuito é evitar que a presente dissertação peque por imprecisões conceituais ou tenha seu mérito acadêmico prejudicado em razão de uma complexidade teórica insuficiente.²³⁵

²³⁴ Para uma explicação da referida distinção entre as dimensões descritiva e normativa no campo da filosofia do direito, confira-se: LEAL, Fernando A. R. **Ziele und Autorität**: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1. p.79: „*Einer deskriptiven Perspektive gemäß hängt ein angemessenes rechtsphilosophisches Projekt nicht von Erwägungen über die Vorzüge der Rechtsnormen oder über Gründe, die die Existenz des Rechts in der Gesellschaft rechtfertigen, ab. Das Recht kann unter diesem Gesichtspunkt ohne Rücksicht auf Bewertungen analysiert werden, also exklusiv im Lichte der formellen Eigenschaften des Begriffs. Mit anderen Worten, das Recht kann nur aufgrund dessen, was es tatsächlich ist, identifiziert werden. Normativisten ihrerseits vertreten eine gegenteilige Auffassung. Nach ihnen ist es nicht möglich, ein angemessenes rechtsphilosophisches Projekt durchzuführen, ohne dass man dem Recht substantielle Eigenschaften zuordnet oder fragt, wie wichtig es ist, unter dem „Schleier“ des Rechts zu leben*”.

²³⁵ Luis Fernando Schuartz apresenta uma crítica importante que se almeja evitar, uma vez que a presente dissertação possui uma parte empírica. Para tanto, confira o seguinte trecho: “Escritos quase sempre em um estilo bastante assertivo e categórico, mesclando de maneira mais ou menos explícita e consciente argumentos teóricos ou empíricos e político-normativos, esses trabalhos normalmente convergem para a crítica de uma atitude “social-consequencialista” que acreditam poder identificar, sistematicamente, nas decisões judiciais...” (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação**: racionalidades e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p.387).

6.1 Racionalidade e pedidos de suspensão de segurança baseados em consequências econômicas

A economia é uma disciplina racionalista e, em sua dimensão normativa, uma disciplina consequencialista e bem-estarista.²³⁶ Qualquer interpretação minimamente racional do que de fato consiste em violações à economia pública parece depender de uma opção implícita ou explícita do julgador²³⁷ em relação a um conjunto finito de descrições do objeto a ser regulado e um conjunto finito de correspondentes implicações normativas em termos de opções políticas e jurídicas.

Pode-se afirmar que o julgador de um pedido de suspensão de segurança, ainda que de forma inconsciente, orienta-se por uma determinada visão²³⁸ sobre o funcionamento de uma economia capitalista moderna e sobre as relações viáveis entre o sistema político, o sistema jurídico e o sistema econômico.²³⁹ O objetivo almejado pelo STJ dá a impressão de ser eficiência econômica²⁴⁰, considerando-se que a base de dados é composta por decisões que almejam prospectar impactos econômicas favoráveis. Nesse sentido, a afirmação de alguma consequência em um contexto específico pressupõe uma assunção própria pelo julgador²⁴¹ do ônus de defender o que afirmou de modo racional.

A racionalidade aqui deve ser compreendida como a utilização de argumentos econômicos que sejam produzidos por agentes com algum tipo de credencial epistêmica e respeitem os critérios extrajurídicos, científicos inerentes ao âmbito econômico.²⁴² Uma

²³⁶ VERMEULE, Adrian. **Law and the limits of reason**. New York: Oxford University Press, 2009. p.17. Confira-se o seguinte trecho: “*The connection is that economics is a rationalist discipline and, in its normative dimension, a consequentialist and welfarist one*”.

²³⁷ STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Economics**. 4th ed. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2005. p.303.

²³⁸ SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996. p.14. “*Ethical, political, and even legal problems are often discussed in terms of some general theory. [...] By a general theory, I mean an approach to law that specifies a simple and (usually) unitary value, that operates at a high level of abstraction, and that decides cases by bringing the general theory to bear*”.

²³⁹ STIGLITZ, WALSH, op. cit., p.303.

²⁴⁰ GREENAWALT, Kent. **Law and objectivity**. New York: Oxford University Press, 1992. p.171. Ver: “*Part of the argument is that judges may take efficiency as an objective and work reflectively toward efficient resolutions*”.

²⁴¹ O problema é que o direito não é a mesma coisa que economia. Ver: SUNSTEIN, op. cit., p.13. Confira-se o seguinte trecho: “*And because of the particular social roles that lawyers and judges occupy, they think, in a sense, in their own ways. It is for this reason that legal thinking is not economics, or politics, or philosophy*”.

²⁴² A própria Lei n.º 8.437 parece determinar a consideração pela autoridade judicante de eficiência econômica ao viabilizar a suspensão em casos de violação à economia pública. Ver: GREENAWALT, op. cit., p.187. Confira-se: “*Many statutory regulations of economic matters are written, or have been interpreted, to call on judges to make judgments about economic efficiency*”.

premissa para a viabilização do que seriam argumentos válidos depende de determinados repositórios de argumentos válidos.

Ao tratar do caso específico do direito da concorrência, Luis Fernando Schuartz²⁴³ identifica 3 (três) repositórios que parecem ser aplicáveis ao caso de suspensão de segurança em matéria de direito regulatório, quais sejam: a dogmática jurídica, a ciência econômica e a política econômica. A interface de contato entre os referidos repositórios por meio de interrelações argumentativas entre as proposições pertencentes a cada um destes três conjuntos parece ser a principal fonte de racionalidade para a fundamentação de pedidos de suspensão de segurança em âmbito regulatório.

Vale destacar que qualquer decisão prolatada em âmbito regulatório deve observar as premissas normativas para a definição de finalidades político-econômicas constantes da Constituição de República de 1988, nas disposições relativas à Ordem Econômica. Aqui entra a importância da ciência econômica, uma vez que a mesma é responsável por assegurar as premissas necessárias para uma interpretação racional da Ordem Econômica constitucional.

Por fim, destaca-se que a política econômica é responsável por oferecer proposições mediadoras que conferem premissas para a contextualização da ciência econômica no âmbito de procedimentos jurídicos (administrativos e judiciais) e do discurso dogmático.²⁴⁴

Como esta dissertação trabalha com pedidos de suspensão de segurança exclusivamente prolatados em âmbito do direito regulatório e a análise da base de dados revelou que as decisões se valeram de argumentos econômicos para justificar o deferimento ou indeferimento do pedido de suspensão, o grau de racionalidade parece ser determinado pela “consistência dos argumentos de ciência econômica que podem ser mobilizados para bancar uma interpretação sistemática da legislação e uma formulação realista de objetivos de política econômica”.²⁴⁵

Assim, a qualidade das decisões de suspensão de segurança prolatadas em âmbito do direito regulatório, a princípio, depende diretamente do grau de racionalidade dos argumentos disponíveis para o julgador quando da prolação de sua decisão. No que se refere aos pedidos de suspensão de segurança, isto significa que somente depois de possuir uma “visão” mais ou menos racionalizada da estrutura e do funcionamento do que consubstancia economia pública de um determinado setor ou em termos gerais, é possível interpretar de modo realista – e,

²⁴³ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.44.

²⁴⁴ Ibid., p.45.

²⁴⁵ Id.

portanto, racional²⁴⁶ – as normas que compõem a regulação do setor e a própria Lei n.º 8.437/1992, com o objetivo de identificar os pontos de frustração das expectativas normativas previamente interpretadas *vis-à-vis* da “realidade”²⁴⁷ processualmente construída²⁴⁸ em cada pedido de suspensão de segurança.²⁴⁹

Luis Fernando Schuartz afirma que “o maior ou menor grau de racionalidade de paradigmas jurídicos concorrentes depende do maior ou menor grau de porosidade dos mesmos a proposições científicas válidas, as quais podem constituir-se em elementos daqueles.”²⁵⁰ O que o referido autor quer dizer com o ponto é que a ciência aplicada deve se relacionar com o direito de forma mediada, na medida em que possui a aptidão de fornecer *inputs* para a construção de práticas decisórias com ela (ciência) sintonizadas.²⁵¹

No âmbito do direito regulatório, considerando também o direito da concorrência, os referidos *inputs* parecem decorrer da microeconomia *neoclássica*. Assim, os modelos econômicos neoclássicos são responsáveis por fornecer os insumos teóricos que vão orientar as respostas a perguntas das autoridades administrativas e judiciais²⁵² no âmbito da interpretação e da aplicação dos textos normativos, a exemplo da Lei n.º 8.437/1992.²⁵³

Ao menos em teoria, deveriam ser estas “visões” da estrutura e do funcionamento de um modelo econômico capitalista – elaboradas a partir da contextualização dos postulados, teoremas e hipóteses da teoria neoclássica –, que deveriam servir de guia para a definição racional do que seria apto a consistir uma violação à economia pública no âmbito dos pedidos de suspensão que discorram sobre setores regulados. A operacionalização concreta dos referidos conceitos indeterminados deveria encontrar fundamento nas referidas “visões”.²⁵⁴

²⁴⁶ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.106. Ver: “*There appears to be no rational principle which could explain or justify differential treatment of two cases so essentially similar from a road-safety point of view*”.

²⁴⁷ *Ibid.*, p.103. Ver: “*Legal rulings are normative-they do not report, they set patterns of behaviour; they do not discover the consequences of given conditions, they ordain what consequences are to follow upon given conditions. They do not present a model of the world, they present a model for it*”.

²⁴⁸ *Ibid.*, p.104.

²⁴⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.45.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Ibid.*, p.46.

²⁵² COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p.223. Ver: “*If common law courts enforce such norms, or if civil law courts use such norms to interpret statutes, the law made by judges can evolve towards efficiency*”.

²⁵³ SCHUARTZ, op. cit., p.46.

²⁵⁴ *Id.*

No entanto, não se defende aqui que argumentos baseados em microeconomia e até macroeconomia²⁵⁵ devem ser uma fonte única e absoluta para a resolução de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório. Até porque, os magistrados não são profissionais treinados em economia e, em grande parte dos casos, dependem das partes para obter acesso às informações econômicas.

Além disso, no contexto da prática contenciosa administrativa e judicial, os argumentos trazidos pelas partes não estão necessariamente a serviço de uma busca discursiva e cooperativa pela verdade fática, mas, sim, “do ataque e da defesa de agentes estrategicamente envolvidos num jogo de soma zero, regulado por normas procedimentais fixas e submetido à necessidade de produzir decisões vinculantes”.²⁵⁶

O interessante é que o sistema jurídico, ao menos em teoria, quando promove qualquer recepção de elementos do discurso científico, não pode simplesmente abandonar suas funções sociais próprias, a exemplo da generalização social e temporal de expectativas normativas a partir de uma esquematização binária das possibilidades de decisão.²⁵⁷

O sistema jurídico parece depender de um esquema simples de decisão previamente definido em suas possibilidades de atualização, fato que decorre do caráter contingente do direito positivo.²⁵⁸ Assim, o sistema jurídico precisa projetar num futuro incerto o referido esquema decisório. Uma conduta se insere na esquematização binária mencionada acima, no seguinte sentido: ou será uma conduta em conformidade com o sistema jurídico, ou não.²⁵⁹ “O sistema jurídico, em outras palavras, repele ambiguidades relativas à definição dos critérios de distinção entre condutas lícitas e ilícitas, permitidas e não permitidas, pré-estruturando desta forma o universo de contatos possíveis entre si mesmo e os paradigmas concorrentes nas ciências”.²⁶⁰

²⁵⁵ CASTELAR, Armando; SICSÚ, João (Orgs.). **Sociedade e economia**: estratégias de crescimento e desenvolvimento. Brasília: Ipea, 2009. p.146.

²⁵⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.47.

²⁵⁷ Alguns autores consideram que os juízes em um primeiro momento são isolados de influências econômicas. Ver: COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p.306. Nesse sentido: “*Furthermore, judges are shielded from political and economic influences*”.

²⁵⁸ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.x. Ver o seguinte trecho: “*Accordingly, the logic of rule-application is the central logic of the law within the modern paradigm of legal rationality under the ‘rule of law’*”.

²⁵⁹ Id. Ver: “*The simple but often criticized formula ‘R + F = C’, or ‘Rule plus facts yields conclusion’ is the essential truth*”.

²⁶⁰ SCHUARTZ, op. cit., p.52.

O principal elemento objeto de incorporação pelo sistema jurídico nos pedidos de suspensão de segurança tende a ser a instabilidade estrutural decorrente do sistema capitalista. Isso porque este sistema é responsável por gerar de forma corriqueira modificações descontínuas e abruptas que decorrem das inovações de produtos, processos e formas organizacionais. O direito regulatório precisa lidar com assimetrias entre os vários tipos de agentes e processos de desenvolvimento econômico²⁶¹ para determinar qual o tipo de curso de ação que parece compatível com o ordenamento jurídico, tendo em vista propósitos constitucionalmente considerados como desejáveis.²⁶² Como agenda básica e fundamental, o Estado, por meio de seus vários instrumentos (a exemplo da regulação), deve manter a “estabilidade macroeconômica, de forma a criar um ambiente propício à poupança e ao investimento; instituir um sistema tributário que não sufoque a iniciativa privada; e zelar pela eficiência dos gastos públicos”, o que pode ser representado pela proteção à economia pública.²⁶³

Nesse sentido, a intervenção do governo no sistema econômico deve corrigir falhas de mercado, garantir um ambiente onde predomine a concorrência e a transparência e estabelecer regras de funcionamento para os monopólios naturais.²⁶⁴

O capital pode ser descrito de forma resumida como um movimento de valorização de ativos de qualquer natureza. Foi visto que, sob o aspecto produtivo, esta “imposição” estrutural vai desembocar historicamente na “lei” do desenvolvimento das forças produtivas e, por esta via, na instabilidade estrutural que é característica do capitalismo plenamente desenvolvido. Tal instabilidade estrutural parece decorrer da intercambialidade funcional dos ativos em razão de uma busca perpetrada pelos agentes capitalistas em direção ao aumento do valor monetário dos respectivos portfólios – o que culmina em diferentes trajetórias das principais “variáveis econômicas”.²⁶⁵

Sabe-se que o desenvolvimento econômico de um país depende de um conjunto de boas políticas²⁶⁶, consubstanciadas em ações estatais e relações institucionais que se complementam de forma mútua e não excludente. Observe-se:

²⁶¹ CASTELAR, Armando; SICSÚ, João (Orgs.). **Sociedade e economia**: estratégias de crescimento e desenvolvimento. Brasília: Ipea, 2009. p.146.

²⁶² MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.63. Nesse sentido: “*it is good that judges stay within their assigned place in the constitutional order, applying established law rather than inventing new law*”.

²⁶³ CASTELAR; SICSÚ, op. cit., p.146.

²⁶⁴ Id.

²⁶⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.56.

²⁶⁶ CASTELAR; SICSÚ, op. cit., p.72.

Assim, um governo parcimonioso, que não tribute demais, evitando desestimular o investimento produtivo, que garanta um bom funcionamento da justiça, defesa nacional, um padrão monetário estável, educação pública universal de qualidade, um sistema eficiente de regulação dos serviços de utilidade pública e defesa da concorrência etc. resultará em longo prazo numa sociedade desenvolvida, com elevado nível de consumo e bem-estar. Nessas condições e em qualquer sociedade é simples questão de tempo para que o subdesenvolvimento seja superado.²⁶⁷

Um elemento importante que parece influenciar a recepção pelos mercados regulados de decisões prolatadas em pedidos de suspensão de segurança decorre do caráter determinante das “expectativas subjetivas dos agentes quanto a eventos futuros e incertos no que diz respeito à constituição e à reprodução – em níveis relevantes da dinâmica capitalista – das estruturas responsáveis pela objetividade no movimento deste sistema econômico”.²⁶⁸

A referida objetividade, se assim pode ser compreendida, depende diretamente de decisões de agentes capitalistas individuais ou até dos órgãos reguladores tomadas com base em expectativas subjetivas quanto a eventos futuros e incertos. Nesse sentido, decisões relativas aos investimentos e processos produtivos são decisões baseadas em expectativas sobre eventos incertos. Assim:

O conceito de “incerteza” é distinto do conceito de “risco”, tal como entendido convencionalmente pelos economistas. Neste último caso, as premissas das inferências que fundamentam as decisões dos agentes de produzir e de investir referem-se a eventos sobre os quais cálculos de probabilidade são *possíveis*. A cada nova “jogada” do capitalista no âmbito de suas interações com os seus rivais nos seus mercados de atuação abre-se a possibilidade de *aprendizado* das probabilidades associadas a cada evento, de modo que, ao longo do tempo, o asseguramento de tal conhecimento viabiliza a tomada de decisões orientadas pelo critério da maximização dos lucros. No caso das decisões tomadas sob incerteza “forte”, ao contrário, este processo de aprendizado não ocorre, uma vez que as informações necessárias para calcular probabilidades simplesmente não existem no momento da decisão.²⁶⁹

A incerteza não está relacionada necessariamente às dificuldades associadas com a coleta e o processamento de informações, uma vez que, na verdade, as referidas informações podem não existir no instante da tomada de decisão.²⁷⁰

Um exemplo pode ser útil para a correta compreensão do acima disposto: em um pedido de segurança no qual as partes forneçam todos os documentos técnicos e informações

²⁶⁷ CASTELAR, Armando; SICSÚ, João (Orgs.). **Sociedade e economia**: estratégias de crescimento e desenvolvimento. Brasília: Ipea, 2009. p.72.

²⁶⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.57.

²⁶⁹ Ibid., p.58.

²⁷⁰ Seria um caso de situação de ignorância. Ver: RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. p.30 e segs.

necessários ao deslinde do caso concreto, tais informações podem ser insuficientes para o acerto de uma prospecção por parte do julgador. Isso porque, as decisões dos demais agentes daquele setor (como, por exemplo, outras empresas, consumidores e governo) podem afetar de um modo irreversível e não antecipável o próprio ambiente econômico que condiciona os resultados de uma prospecção. No entanto, como será visto, isto não quer dizer que não seja desejável a colheita das informações até então existentes, para fins de incremento da racionalidade do processo decisório.

Por tal razão, não parece suficiente defender que julgamentos prolatados em sede de pedidos de suspensão de segurança devam ser pautados em um conceito estanque de eficiência – no caso, eficiência econômica. Até porque, diante da influência das expectativas subjetivas relativas a eventos futuros e incertos no processo de decisões prolatadas em casos de ignorância ou incerteza, a maximização dos lucros como o critério de racionalidade das decisões parece ser relativizada.²⁷¹ Entretanto, isso não quer dizer que a utilização de qualquer critério prévio, baseado em ciência econômica, para a fundamentação de processos decisórios, possa ser considerada irracional. Neste ponto, confira-se Luis Fernando Schuartz:

A inevitabilidade de um componente expectacional e subjetivo no processo decisório dos agentes (especialmente no que se refere às decisões de produzir e de investir) não significa a inexistência de critérios que permitam a revisão *crítica* de expectativas e estratégias formuladas no passado, seja pelo próprio agente, seja por um observador neutro (condição necessária para que possamos falar da presença, num sentido minimamente aceitável, de “critério de racionalidade”).²⁷²

A exigência de critérios diante do quadro de incerteza subjetiva não desemboca em uma crítica a respeito de racionalidade, mas sim em uma renúncia ao caráter unívoco dos critérios de racionalidade aplicáveis. Assim, não é o fato de que não existe uma resposta única racional que impede que, diante de uma pluralidade de decisões e cursos de ação, alguns deles sejam considerados racionais e outros não. Não se busca uma única decisão racional e correta.

Sob condições de incerteza “forte”, os erros em análises prospectivas são frequentes e os custos associados aos erros (muitas vezes decorrentes de revisões bruscas que objetivam mitigar prejuízos) são, em si, extremamente custosos. Assim, torna-se racional para os agentes

²⁷¹ RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. p.36.

²⁷² SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.59.

econômicos o recurso a mecanismos convencionais para a formação de expectativas e que servem como fundamentos para eventuais estratégias de ação.²⁷³

Esse recurso de direcionamento e reverência aos mecanismos convencionais – ou seja, mecanismos aceitos por um grupo para fins de quantificação de algumas variáveis aptas a influenciar no processo decisório – promove, se não precisão prospectiva, aos menos uma função de estabilização.²⁷⁴ Isto é, uma função de estabilização de expectativas em casos de ignorância ou incerteza. A referida função *estabilizadora* das convenções viabiliza a constituição de *regularidades* em vários níveis da dinâmica capitalista, inclusive no nível das mudanças estruturais, tornando possível a existência de processos decisórios em quadros de instabilidade potencial.²⁷⁵ Inclusive, a distinção entre situações de ignorância, incerteza e risco é uma distinção apta a relativizações quando se considera a não uniformidade de cálculo de probabilidades e atribuição de valores.²⁷⁶

É interessante pensar em instrumentos para o incremento da racionalidade de decisões prolatadas no âmbito de pedidos de suspensão de segurança que versem sobre direito regulatório. Assim, convenções ou rotinas, na qualidade de máximas de cursos de ação, parecem ser um caminho produtivo para a tomada de decisões sob condições de incerteza. Veja-se o que Luis Fernando Schuartz esclarece a respeito:

É claro que a racionalidade de um procedimento consistente em guiar-se por convenções (ou “rotinas”, ou seja, máximas de ação *individuais*), depende da inexistência de “razões específicas” para esperar mudanças no ambiente que tornem os comportamentos aos quais se referem “inadequados” tendo em vista a realização das correspondentes finalidades. E é justamente a necessidade de operacionalizar a diferenciação pressuposta entre “adequado” e “inadequado”, a requerer a existência de um critério de racionalidade, isto é, um *standard* de julgamento *objetivo* o suficiente para permitir ao agente que decide ou um terceiro, a interpretação de fatos *como* razões específicas” no sentido apontado.²⁷⁷

A referida colocação pode ser facilmente transposta aos possíveis caminhos para incrementar a racionalidade das decisões judiciais prolatadas em pedidos de suspensão de segurança. Como exemplo, uma obrigatoriedade *prima facie* de fundamentação com base em documentos, dados ou estudos técnicos pode ser encarada como uma convenção ou rotina.

²⁷³ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.59.

²⁷⁴ FARBER, Daniel A. **Law and public choice: a critical introduction**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p.4.

²⁷⁵ SCHUARTZ, op. cit., p.59.

²⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Laws Of Fear. Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p.139.

²⁷⁷ SCHUARTZ, op. cit., p.60.

Assim, poder-se-ia exigir que a autoridade judicante recorra, “sempre que possível, a dados ou juízos técnicos para sustentar as suas prognoses”²⁷⁸ em casos de risco ou incerteza, considerando-se a identificação de consequências e não as probabilidades de sua ocorrência. Em casos de ignorância ou incerteza, poder-se-ia “estabelecer regras de ônus de prova e determinar que resultado deveria ser privilegiado em cenários de plena incerteza ou ignorância sobre o futuro”²⁷⁹, a exemplo de deferência institucional ou inércia proposital.²⁸⁰

Em sentido oposto, a ausência de um *standard* de julgamento objetivo exclui qualquer critério de racionalidade, o que inviabiliza o julgamento de uma decisão como racional ou irracional. Dessa forma, a ausência de convenções ou rotinas inviabiliza previsões no sentido daquilo que deveria ser a conduta de um agente racional.

O reconhecimento teórico da incerteza como atributo do ambiente econômico, como também o ambiente regulatório, não exclui a definição de uma perspectiva objetiva como a condição mínima para submissão de processos decisórios a condições de adequação e racionalidade. Por outro lado, não parece fazer sentido se ater ao conceito de racionalidade substantiva da economia neoclássica. No quadro atual, a racionalidade deve ser entendida como um conceito não unívoco.²⁸¹

Decisões tomadas no âmbito de mercados regulados são compostas de hipóteses analíticas e descritivas baseadas em premissas que se referem a eventos incertos, o que remete à conclusão de que existem elementos de imaginação utilizados para preencher as lacunas de conhecimento existentes e acima já referenciadas. O interessante é que existe certo caráter isonômico em termos das perspectivas de diferentes agentes decisores em casos de ignorância ou incerteza. O cientista econômico, o político, e o próprio capitalista estão estruturalmente em posição análoga em termos de expectativas em relação ao movimento do mercado.²⁸² Isso não quer dizer que a autoridade judicante se encontre em posição análoga aos agentes mencionados

²⁷⁸ LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. p.29.

²⁷⁹ Id.

²⁸⁰ Id.

²⁸¹ Até porque a própria lógica encontra limitações. Ver: JESTAEDT, Matthias. **Das mag in der Theorie richtig sein**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p.84.

²⁸² Em relação ao ponto, ver: SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.60. “nos processos de decisão dos agentes econômicos, a citada substituição da racionalidade maximizadora pela *procedural* (Herbert Simon), que conecta *estrategicamente* meios a fins; na ciência econômica, a substituição das pretensões de previsibilidade rigorosa modeladas nas ciências físicas pela explicitação teórica de relações abstratas de determinação, baseadas, em padrões de regularidade na trajetória do sistema econômico [...]”

acima. Esta própria dissertação contribui, de certa forma, para o processo de destaque de possíveis diferenças, especialmente em consideração ao aspecto de capacidades institucionais e incorporação de elementos de incerteza ao procedimento de decisão jurídica.

O caráter relativamente indeterminado da trajetória do sistema econômico não pode ser visto como um problema. Sua incorporação ao processo decisório parece de suma importância para a configuração de *standards*, ainda que mínimos, com fins de orientação do processo decisório. Luis Fernando Schuartz tratou do tema em relação ao direito concorrencial:

Em outras palavras, o reconhecimento explícito do caráter relativamente indeterminado da trajetória do sistema econômico (seja para o capitalista, seja para o economista, seja para a autoridade governamental ou administrativa) é apenas problemático sobre o pano de fundo de um ideal *ilusório* de ciência e de política econômica; somente quando medida a partir de falsos conceitos de racionalidade científica (que equaciona cientificidade e poder preditivo), e de racionalidade política (que equaciona atividade estatal com o poder de regular, instrumentalmente, os processos sociais), é que o reconhecimento da falta de poder preditivo em face do futuro econômico, tendo em vista a formatação consciente deste futuro, pode surgir como um problema de fundamentação para o Direito Concorrencial.²⁸³

A aplicação deste raciocínio ao direito regulatório não parece encontrar maiores complicações. O próprio conceito da ação regulatória do Estado para o direito econômico abrange tanto a atividade de regulação de serviços públicos, como o controle concorrencial de mercados.

Mesmo em casos de ignorância, a extensão ao julgamento dos pedidos de suspensão de segurança do abandono aos ideais ilusórios da ciência e da política econômica deve ser interpretada com cautela. A razão é simples, pois, de posse de uma visão cientificamente consistente a respeito das estruturas constitutivas e propriedades dinâmicas da economia do referido setor é que se torna possível determinar, com um grau mínimo de realismo e racionalidade, aquilo que podemos esperar das decisões prolatadas em pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório – decisões estas baseadas em argumentação consequencialista.

O ponto é que a referida visão científica se revela obrigatória e autoexplicativa quando se analisa consequências econômicas em casos de risco e incerteza, ainda que de forma parcial em relação à última. Assim, nos casos de risco e incerteza, somente aquelas consequências que o melhor argumento técnico (a exemplo do econômico) definir como *possíveis* de realizar

²⁸³ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.62.

por meio da implementação de uma intervenção regulatória, mesmo que judicial, é que poderão ser consideradas racionais e empiricamente aptas de ocorrência.²⁸⁴

Nesse diapasão, algumas indagações parecem surgir: faria algum sentido defender uma inaptidão empírica da autoridade judicante, quando da utilização de argumentos consequentialistas, se as referidas prognoses ocorrem em um ambiente econômico que possui propriedades constitutivas de instabilidade estrutural?²⁸⁵ Pode-se dizer que sim, em casos de risco e incerteza. Em casos de ignorância, parece existir uma inaptidão empírica da autoridade judicante para determinação de que, de fato, se encontra diante de uma situação de ignorância.

Nesse mesmo sentido, como justificar decisões judiciais nos pedidos de suspensão de segurança com força vinculante e com efeitos econômicos “sobre a dinâmica dos mercados aos quais elas se referem – a partir da constatação em certo sentido paradoxal de que nós *sabemos* que não sabemos exatamente que impactos deverão ser associados” às mesmas?²⁸⁶ A resposta do direito aos casos de ignorância científica constatada pode decorrer da adoção das estratégias argumentativas descritas nos subitens do capítulo 5 da presente dissertação.

A resposta às indagações acima é facilitada com um certo nivelamento de expectativas. Como este trabalho deixa claro em diversos momentos distintos, não se busca um critério unívoco de racionalidade para avaliar as decisões prolatadas em pedidos de suspensão de segurança que versem sobre matéria regulatória ou setores regulados. A única intenção é excluir a possibilidade de incompatibilidades sistemáticas entre as premissas sobre as quais estas decisões monocráticas se baseiam e proposições técnicas de ciência aplicada, a exemplo da ciência econômica, com o objetivo de garantir um tratamento normativamente adequado aos interesses das partes envolvidas e da sociedade em geral.²⁸⁷

Assim, as referidas decisões monocráticas devem manter uma relação de dependência com *standards* disponíveis para determinar se consequências e juízos de fato são racionais ou irracionais. Tratar eficiência econômica como algo juridicamente relevante é comprometer-se com uma metodologia racional para determinar o que é eficiente.²⁸⁸

²⁸⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.63.

²⁸⁵ QUIGGIN, John. **Zombie economics**: how dead ideas still walk among us. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010. p.38. Confira-se o seguinte trecho: “*The argument underlying the random walk hypothesis was that the existence of predictable price patterns in efficient markets with rational and well-informed traders was logically self-contradictory*”.

²⁸⁶ SCHUARTZ, op. cit., p.66.

²⁸⁷ Ibid., p.67.

²⁸⁸ GREENAWALT, Kent. **Law and objectivity**. New York: Oxford University Press, 1992. p.195.

Para tanto, deve-se adotar um conceito “bidimensional”²⁸⁹ de racionalidade, uma vez que, tanto será irracional toda decisão que esteja baseada em premissas claramente falsas ou inexistentes, quanto as decisões em flagrante desacordo com critérios científicos extrajurídicos de adequação. A determinação do que de fato sejam premissas falsas ou inexistentes não é algo trivial. Esta dissertação adota uma estratégia simples: premissas devem ser consistentes em diferentes problemas de escolha, ainda que em apenas algum sentido.²⁹⁰

Trata-se da possibilidade de “transitividade”²⁹¹ de premissas. Se uma consequência econômica A é preferível a B, A deve ser selecionado em outros casos semelhantes. Observe-se que o requisito de transitividade não diz nada sobre as propriedades inerentes aos objetos A e B ou sobre se é razoável preferir A ou B.²⁹² Em relação ao ponto de acordo ou desacordo com critérios científicos extrajurídicos de adequação, esta dissertação assume indubitavelmente um traço normativo²⁹³, que será aprofundado na próxima seção, com uma proposição de aderência por parte da autoridade judicante a uma decisão de segunda ordem de aplicação obrigatória de 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas típicas da análise de impacto regulatório, quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório.²⁹⁴

A breve incursão na seara normativa se justifica, na medida em que modelos descritivos são motivados pelo desejo de dar conta do comportamento observado, independentemente de consistência com os cânones da racionalidade.²⁹⁵ Esta dissertação almeja, ainda que de forma tímida, contribuir para o incremento de racionalidade das decisões prolatadas em pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório, o que parece necessariamente depender do recurso ao teor de estudos, dados ou documentos técnicos.²⁹⁶

²⁸⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.67.

²⁹⁰ QUIGGIN, John. **Generalized expected utility theory: the rank-dependent model**. Australian National University. Springer Science+Business Media Dordrecht, 1993. p.4.

²⁹¹ Ibid., p.5.

²⁹² Id.

²⁹³ Parece existir uma dimensão descritiva, ainda que não empiricamente justificada, que orienta a construção de teorias normativas de decisão jurídica. Aqui não se trata de uma teoria normativa, mas talvez uma indicação normativa de adoção de uma decisão de segunda ordem. Ver: LEAL, Fernando. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. **Revista de Investigações Constitucionais**, v.3, p.218, 2016.

²⁹⁴ Com base em uma justificação de segunda ordem (isonomia ou justiça formal de Neil MacCormick), fundamenta-se uma estratégia ou decisão de segunda ordem (Cass Sunstein e Edna Ullmann-Margalit ou Adrian Vermeule) de adoção pela autoridade judicante de 4 (quatro) das 5 (etapas) de uma AIR quando da realização de prognoses em pedidos de suspensão de segurança que versem sobre direito regulatório.

²⁹⁵ QUIGGIN, op. cit., p.5.

²⁹⁶ GREENAWALT, Kent. **Law and objectivity**. New York: Oxford University Press, 1992. p.195.

6.2 Decisão de segunda ordem de aplicação obrigatória de 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas típicas da análise de impacto regulatório (AIR)

A existência do consequencialismo judicial na seara regulatória com a implementação de intervenções regulatórias pelo Superior Tribunal de Justiça foi comprovada por meio dos resultados obtidos com a pesquisa empírica realizada.

Os 26 (vinte e seis) casos que se valeram de argumentos consequencialistas sem a indicação de estudos, dados ou documentos técnicos não parecem resultar de uma deliberação universalizável.²⁹⁷ No entanto, é possível a formulação de uma proposta apta de ser operacionalizada por meio de uma decisão de segunda ordem por parte dos ministros julgadores. Aqui, a presente dissertação assume um certo tom normativo²⁹⁸, uma vez que defende uma concepção própria sobre o que considera como bom procedimento para a tomada de decisões e justificações em pedidos de suspensão de segurança que versem sobre matéria regulatória.

No Direito, existem juízes que aderem à decisão de segunda ordem de favorecer determinadas regras, com a finalidade de promover previsibilidade e minimizar os encargos de decisões futuras.²⁹⁹ Nesse sentido, a proposta aqui é simples: os ministros do STJ podem aderir a uma decisão de segunda ordem de sempre aplicar 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas da análise de impacto regulatório quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório. Explica-se: a análise de impacto regulatório é uma análise consequencialista³⁰⁰ em ascensão na prática regulatória.

A análise de impacto regulatório também é uma análise prospectiva, que pode ser conceituada como um processo sistemático que objetiva vislumbrar o futuro da ciência, da tecnologia, da economia, do meio ambiente e da sociedade, identificando os potenciais riscos e

²⁹⁷ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978. p.92. Ver: “[...] and therefore the universalizability of justificatory rulings is not engaged in such litigation”.

²⁹⁸ Ibid., p.77. Ver o seguinte trecho: “All that indicates how, as I candidly stated at the outset, my thesis is both descriptive of actually operative norms within actual legal systems, and in its own right normative in arguing for what I see as good procedures of decision making and justification”.

²⁹⁹ SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**, n.57, p.3, 1998.

³⁰⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado (Coord.). **A crise e o direito público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público**. Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, out. 2013. p.115. A associação entre avaliação de riscos e regulação representa um contributo das tendências doutrinárias que apontam para um modelo de risk-based regulation. Neste horizonte, exige-se que as autoridades reguladoras estabeleçam prioridades, i. e., definam quais os objetivos da política regulatória que intendem prosseguir e, em consonância com essa definição, desenvolvam as respetivas atuações, tendo por base uma avaliação, à luz de juízos de ponderação e de probabilidade, dos riscos que os comportamentos dos regulados possam colocar relativamente à satisfação daqueles objetivos prefixados.

resultados de eventuais cursos de ação a serem escolhidos e seus impactos para o desenvolvimento de interesses sociais e econômicos.³⁰¹

O principal motivo de implementação de análises de impacto regulatório é fomentar transparência e previsibilidade econômica³⁰² aptas a atrair investimentos externos. Nesse sentido: “Estimativas sugerem que o risco regulatório é responsável por 2 a 6 pontos percentuais adicionais no custo do capital investido em infraestrutura na América Latina, implicando um aumento superior a 20% – em média – nas tarifas dos serviços de infraestrutura”.³⁰³

A análise de impacto regulatório é composta pelas seguintes etapas³⁰⁴: (i) qualificação e coleta de dados técnicos a respeito das possíveis consequências dos atos regulatórios; (ii) adoção de um critério de valoração a respeito de tais consequências; (iii) a avaliação delas; (iv) a adoção ou rejeição do ato, ou sua correção de rumo; e (v) monitoramento das consequências.³⁰⁵ Não existe um modelo único de etapas para a AIR³⁰⁶, mas as 5 (cinco) etapas relacionadas acima aparecem de forma constante, ainda que na qualidade de subetapas de etapas maiores³⁰⁷, nas obras que versam sobre o tema.³⁰⁸

³⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.57. Ora, uma dessas decorrências (em lista não fechada) da globalização é a pluralização contemporânea das fontes de Direito – que hoje se desdobram em fontes societais, estatais e mistas, estas em expansão – contribuindo todas para densificar o que se poderia denominar de uma juridicidade expandida [...]

³⁰² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**: instrumentos do fortalecimento do Estado. Porto Alegre: Abar, 2003. p.37. Disponível em: <goo.gl/RXQCQJ>. Acesso em: 07 nov. 2018.

³⁰³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Relatório do grupo de trabalho interministerial, Brasília, 2003. p.7.

³⁰⁴ Não existe uma configuração única em etapas. No entanto, algumas etapas se reproduzem em diversos modelos distintos. Ver: RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment. **Journal of European Public Policy**, Londres, v.12, n.5, p.924-943, out. 2005.

³⁰⁵ MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.428.

³⁰⁶ Nesse sentido: VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.53. Disponível em: <goo.gl/2BCo8i>. Acesso em: 08 dez. 2018.

³⁰⁷ Ver: VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v.8, n.32, out./dez. 2010. A referida autora fala em três etapas, no caso: o processo de tomada de decisão regulatória, a implementação e o monitoramento.

³⁰⁸ Cass Sunstein e Richard Pildes falam em 2 (duas) etapas maiores que englobam as 5 (cinco) etapas afirmadas. Ver: SUNSTEIN, Cass R.; PILDES, Richard H. Reinventing the Regulatory State. **The University of Chicago Law Review**, v.62, p.9, 1995. Confira-se: “OIRA and relevant agencies might experiment with three approaches: (a) develop formulas that assign numbers to, and thus incorporate, qualitative differences; (b) offer a two-stage analytic process, the first based on conventional cost-benefit balancing, the second introducing qualitative differences in order to produce a final judgment; and (c) use different forms of citizen participation so as to build into the regulatory process an understanding of informed public judgments about how different risks should be treated”.

As 4 (quatro) primeiras etapas acima descritas podem perfeitamente ser aplicadas pela autoridade judicante. A principal delas, talvez consubstanciada na qualificação e coleta de dados técnicos³⁰⁹, parece resolver o problema epistêmico enfrentado pelos juízes quando da elaboração de prognoses. A coleta de dados pode ser satisfatória e pode até transformar casos de incerteza em casos de risco, ou mesmo em casos de certeza. Por outro lado, a coleta de dados pode ser insatisfatória ou até inviável financeira ou institucionalmente. Nesses casos, o mais razoável seria recorrer à deferência em favor de dados, estudos ou pareceres técnicos já constantes dos autos, ou seja, produzidos de forma parcial pelas partes. Não se trata exatamente de uma postura deferente em favor exclusivamente das agências, mas, sim, uma postura deferente em favor de qualquer documento técnico apto a lastrear eventuais prognoses na seara regulatória. Em casos de incerteza, decisões de primeira ordem costumam ser resolvidas com deferência.³¹⁰ Aqui, a exigência é bem mais simples e parece mais compatível com a função judicante. Em muitos casos, as agências são partes, ou não estão necessariamente corretas. Uma deferência técnica, a dados, estudos ou pareceres pode não ser a melhor solução de primeira ordem, mas parece ser uma estratégia/decisão de segunda ordem que respeita o princípio da isonomia e da justificação de segunda ordem já mencionada.³¹¹

As demais etapas (ii, iii e iv) são inerentes ao próprio julgamento, porém devem ser individualizadas expressamente para fins de ampliação da correta compreensão do intérprete da decisão. Por outro lado, o monitoramento das consequências por parte do Poder Judiciário tende a esbarrar na inércia da jurisdição.³¹²

Por fim, deve ser ressaltado que as referidas etapas não esbarram na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia. Podem ser aplicadas a qualquer setor regulado, como, de fato, são. Trata-se de um guia para a decisão de pedidos de suspensão de

³⁰⁹ Nesse sentido, ver: GREENAWALT, Kent. **Law and objectivity**. New York: Oxford University Press, 1992. p.195. Ver: *“To treat efficiency as legally relevant is to commit oneself to a rational methodology for determining what is efficient. Of course, a court might take an economist’s word on these things rather than go through the analysis itself, but it would still be adopting the principle that this kind or kinds of reasoning count in reaching a legal decision”*.

³¹⁰ VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). **SSRN**, 25 mar. 2013. Disponível em: <goo.gl/b7paun>. Acesso em: 13 out. 2018. Confira-se o seguinte trecho: *“There is a proper role for courts in ensuring that agencies have adequately invested resources in information-gathering, which may resolve uncertainty, perhaps by transforming it into risk or even certainty. Yet the procedural and substantive problems I have identified may recur at the meta-level, for in some cases the value of further investments in information-gathering will itself be genuinely uncertain. If so, courts should defer to agencies’ second-order choices about informational investments on the same grounds that justify deference to agencies’ first-order choices under uncertainty”*.

³¹¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.127.

³¹² Art. 2.º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

segurança na seara regulatória e não uma reflexão metateórica. A sugestão de utilização das referidas etapas pela autoridade judicante parece útil, pois é imediatamente operativa e não gera ônus excessivos ao julgador. Mesmo uma coleta de dados limitada aos documentos e dados técnicos já presentes nos autos e produzidos de forma parcial pelas partes é preferível à ausência de fundamentação técnica de prognoses. Do mesmo modo, uma indicação expressa de qual critério de valoração foi utilizado (segunda etapa) e da avaliação das consequências com base no referido critério (terceira etapa) já se apresenta como meio de fomentar o aprimoramento da argumentação jurídica para fins de fundamentação de prognoses.

Como já mencionado, a justificação racional de decisões judiciais prolatadas em pedidos de suspensão de segurança depende de “condições formais de sucesso argumentativo”³¹³, oriundas de uma razão bidimensional que conecte de um modo interno o legítimo ao verdadeiro e o verdadeiro ao legítimo, de modo racional. O modo racional depende do reconhecimento de que as referidas decisões estarão baseadas em elementos técnicos³¹⁴, no que toca ao comportamento futuro de efeitos e consequências, a exemplo de variáveis econômicas selecionadas³¹⁵ e juízos sobre impactos associados ao curso de ação escolhido pela autoridade judicante na seara regulatória.

A decisão de segunda ordem de aplicação obrigatória de 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas típicas da análise de impacto regulatório parece se inserir no conceito de condições formais de sucesso, uma vez que condições formais dependem de racionalidade e “o conceito de racionalidade tem a ver, num nível elementar, com os modos de aquisição e uso de conhecimento”.³¹⁶ Nesse sentido:

Indivíduos são racionais quando agem (linguisticamente ou instrumentalmente) de uma forma *justificável* em face de um conhecimento válido, ou seja, em última instância, de *argumentos intersubjetivamente válidos*. Racionalidade é capacidade de dar bons argumentos (isto é, justificativas que possam “contar” ou “ser tratadas” como bons argumentos *no contexto* de uma interação específica) no sentido de *fundamentar* ações (incluindo a de dar bons argumentos), bem como, de *agir* de acordo com bons argumentos. Nesse sentido elementar, racionalidade é um conceito *normativo*.³¹⁷

A racionalidade das decisões judiciais prolatadas em sede dos referidos pedidos de suspensão de segurança parecem depender de “argumentos concretos mobilizáveis sob a forma de

³¹³ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.68.

³¹⁴ QUIGGIN, John. **Zombie economics**: how dead ideas still walk among us. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010. p.44. “[...] *It needs more intelligence to defeat the forces of time and our ignorance of the future than to beat the gun*”.

³¹⁵ A seleção de variáveis depende da disponibilidade informacional. Ver: John Quiggin (Ibid., p.39).

³¹⁶ SCHUARTZ, op. cit., p.68.

³¹⁷ Id.

conhecimento válido a cada instante dado, que vão servir como as premissas e implicações das inferências materiais a cuja aceitação estaremos, como sujeitos racionais, obrigados”.³¹⁸

Deve ser ressaltado que, no caso de utilização de argumentos consequencialistas, como as decisões monocráticas que formam a base de dados do presente trabalho, os referidos argumentos concretos mobilizáveis são extrajurídicos³¹⁹ (ao menos na qualidade de critérios científicos extrajurídicos de adequação), incorporados pela autoridade julgadora em uma decisão judicial lastreada em consequências econômicas.³²⁰

As decisões que compõem a base de dados desta dissertação podem ser avaliadas como racionais ou irracionais, a depender da existência de critérios objetivos, intersubjetivamente válidos no que diz respeito à potencial existência de grave lesão à economia pública. O pressuposto de racionalidade das referidas decisões parece decorrer da existência de um sistema de referências argumentativas nos seguintes moldes:

[...] um sistema de referências racionalmente aceitável no qual um consenso possa ser racionalmente esperado acerca da validade ou invalidade das inferências materiais (ou seja, em regra: das cadeias de razões) no interior das quais as mencionadas decisões aparecem como conclusões ou premissas. Sem isto não há controle objetivo (intersubjetivo) de correção de inferências e, portanto, racionalidade.³²¹

O mencionado sistema de referências, conforme colocado por Luis Fernando Schuartz, precisa ser aceitável.³²² Considerando que, a princípio, o termo “aceitável” não vincula sua aceitabilidade a qualquer unanimidade ou confirmação empírica³²³, uma decisão em sede de pedido de suspensão de segurança que apresente bons argumentos, mesmo com a incorporação de elementos de “imaginação” na parte que se refira a eventos futuros e incertos (e mesmo que suas eventuais consequências não sejam aferidas na prática), pode ser considerada racional.

O consenso já mencionado entre os sujeitos racionais que decidem e aqueles que criticam as decisões parece limitado à existência de argumentos intersubjetivamente válidos. Eventuais discussões que, porventura, superem o limite acima sinalizado parecem ser silenciadas

³¹⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.68.

³¹⁹ Ver p.31 da Dissertação: Quadro da Natureza dos argumentos consequencialistas.

³²⁰ Um exemplo decorre de controles judiciais e regulatórios em prol de serem evitadas crises econômicas, as chamadas “bolhas”. Ver: QUIGGIN, John. **Zombie economics**: how dead ideas still walk among us. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010. p.23.

³²¹ SCHUARTZ, op. cit., p.69.

³²² Aceitável não pode ser interpretado como sinônimo de certo. Ver: QUIGGIN, op. cit., p.23.

³²³ Id.

pelo próprio caráter autoritário que surge com o trânsito em julgado de uma decisão judicial não mais suscetível de ser atacada por incidentes recursais.³²⁴

O resultado de uma análise de impacto regulatório é um argumento intersubjetivamente válido. A razão decorre do fato de que a análise de impacto regulatório é um procedimento ordenado de tomada de decisão regulatória que surgiu como uma recomendação do Comitê de Política Regulatória da OCDE³²⁵ a respeito de políticas regulatórias e governança. No mesmo sentido, o próprio Banco Mundial desenvolveu um projeto n.º P1068803³²⁶, cujo objeto de estudo foi a análise de impacto regulatório. Ambos os órgãos internacionais possuem opinião favorável e recomendam a implementação do referido instituto. Assim, uma aproximação entre o procedimento de revisão judicial de uma medida regulatória e as etapas da análise de impacto regulatório parece auxiliar na análise de consequências econômicas pelo Superior Tribunal de Justiça nos pedidos de suspensão de segurança no âmbito regulatório.

³²⁴ Sobre processos de absorção de incerteza na fase de elaboração de normas, confira-se o seguinte trecho: “É importante lembrar que o sistema jurídico absorve, na maioria dos casos e de forma relativamente tranquila, a complexidade e a incerteza associadas a previsões sobre o comportamento futuro dos objetos sobre os quais as normas jurídicas incidem. A pressuposição de um consenso acerca da verdade de um dado enunciado a respeito dos efeitos futuros associados a uma dada conduta ou decisão não é, guardados limites muito largos, uma condição necessária para garantir a racionalidade da decisão correspondente, na medida em que o sistema jurídico funciona neutralizando a questão da incerteza e da complexidade por meio da projeção, no futuro, de esquematismos binários de decisão do tipo lícito/ilícito, válido/inválido, etc., bem como da definição, nas próprias normas jurídicas, de critérios de classificação dos comportamentos – como lícitos ou ilícitos, válidos ou inválidos, etc. – logicamente independentes de uma análise acerca dos correspondentes efeitos”. (SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.70)

³²⁵ Confira-se a Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança da OCDE. “(4) Integrar a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação. Identificar claramente os objetivos da política, e avaliar se a regulação é necessária e como ela pode ser mais efetiva e eficiente na consecução desses objetivos. Considerar outros meios de regulação e identificar os trade offs das diferentes abordagens analisadas para escolher a melhor alternativa”. (Disponível em: <goo.gl/Lmkniz>. Acesso em: 22 nov. 2018).

³²⁶ Para fins de acesso ao referido Projeto n.º P106880, ver: <goo.gl/S2Vr8U>. Acesso em: 22 nov. 2018.

7 A UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

7.1 Os 5 (cinco) casos que acompanham estudos, dados e casos

Antes da realização da análise pormenorizada dos casos referidos, cabe um esclarecimento introdutório. A avaliação de correção técnica dos estudos, dados ou casos foge do escopo do presente trabalho e, por isso, não será realizada. No mesmo sentido, nenhum tipo de juízo de valor será emitido no que diz respeito ao mérito dos casos concretos em análise. Assim, o que se busca é a constatação afirmativa de que, de fato, o ministro responsável pelo julgamento se apoiou em algum tipo de parecer técnico quando da realização de sua prospecção. Uma avaliação valorativa sobre a aptidão dos aludidos pareceres para fundamentar a referida prognose é um dado que foge, inclusive, das capacidades epistêmicas do próprio autor de sua formação estritamente jurídica.

7.1.1 SLS n.º 2.157/RJ

O primeiro caso que parece ter se escorado em mais do que uma mera suposição do julgador foi a SLS n.º 2.157/RJ. No referido caso, discutia-se o reajuste de 12,50% da tarifa básica de um pedágio em Petrópolis, no Rio de Janeiro. O pedido de suspensão possuía como objetivo suspender os efeitos da decisão que antecipou a tutela nos autos da Ação Civil Pública n.º 0032657-83.2015.4.02.5106, onde restou obstado o reajuste acima referido. O pedido foi articulado pela concessionária do trecho rodoviário.

Após uma análise inicial, o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), intima a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para esclarecer a situação e os aspectos técnicos da tarifa praticada na rodovia em questão. Em atenção ao referido despacho, a agência reguladora protocolou a petição n.º 255542/2016, com dados técnicos constantes dos seguintes pareceres: (i) Parecer Técnico n.º 040/2015/GEINV/SUINF, de 23/02/2015, que informa as inexecuções relativas ao ano de 2014; (ii) notas técnicas n.º 018/2015GEINV/SUINF, de 03/06/2015, e n.º 034/2015/GEINV/SUINF, de 22/07/2015, que discriminam as inexecuções e

reprogramações e inclusão de novos investimentos e serviços constantes do Programa de Exploração da Rodovia (PER); (iii) Parecer Técnico n.º 026/2015/GEROR/SUINF, que trata da aplicação de recursos para o desenvolvimento tecnológico (RDT); (iv) Pareceres Técnicos n.º 120/2015/GEINV/SUINF, de 08/05/2015, que trata da reprogramação das obras da nova subida da serra; (v) Parecer Técnico n.º 174/2015/SUINF, de 13/07/2015, que trata da auditoria das isenções da praça de pedágio do km 45; (vi) Memorando n.º 691/2015/SUINF, que informa as receitas extraordinárias apuradas pela concessionária no ano de 2014; e (vii) Nota Técnica n.º 115/2015/GEROR/SUINF, de 12/08/2015, que apresenta a revisão da curva de tráfego contratual em função da alteração da localização da praça de pedágio P1.

Existem, inclusive, citações expressas ao teor de alguns pontos dos pareceres referidos. O ministro, então, realiza algumas prospecções que parecem se relacionar ao teor dos referidos dados técnicos. Confira-se:

A antecipação de tutela em exame, ou seja, sem cognição completa, interfere na complexa estrutura tarifária da competência do Poder Público. A equação econômico-financeira é condição indispensável à concessão do serviço público. [...] Portanto, por se tratar de atividades especializadas, que requerem ampla experiência e conhecimento técnico específico, é importante que sejam respeitados e valorizados os estudos realizados e as decisões adotadas pelas Agências Reguladoras **para não aumentar o risco regulatório que ocasionaria indiretamente um aumento das tarifas de concessões futuras com prejuízos para os usuários.** (grifou-se)

Por tal razão, o pedido de suspensão foi deferido pela ministra Laurita Vaz, então vice-presidente do STJ, no exercício da presidência em razão da ausência do então presidente.

7.1.2 SLS n.º 2.102/DF

O segundo caso que merece ser mencionado teve como requerente a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). O objetivo da referida agência reguladora era sustar os efeitos de decisão do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região que obstou a exigência de qualquer contabilização, depósito, oneração, pagamento, liquidação ou garantia, imputação de multa, débito ou inadimplência, penalidade e/ou restrição de direitos em decorrência dos atos praticados pela Aneel, quando da apuração de Fator de Indisponibilidade (FID).

O ministro relator pareceu reconhecer o caráter técnico e específico da questão judicializada quando da elaboração de prognoses. Confira-se:

A situação é delicada, tendo em conta a estrutura do sistema elétrico, o qual é regido por critérios técnicos – aqui, exercido pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, cujo objetivo é a regulação da atividade para a eficiente prestação do serviço público.

Ato contínuo, o ministro pauta sua prognose em um estudo técnico de simulação de impacto financeiro realizado pelo Superintendente de Regulação dos Serviços de Geração da Aneel:

Sendo assim, a execução imediata do decisum em exame, a toda evidência, é capaz de causar grave lesão à ordem administrativa e, ainda, à economia pública, principalmente diante da simulação do impacto financeiro realizada pelo Superintendente de Regulação dos Serviços de Geração da Aneel, da qual se extrai: [...] O resultado dessa simulação é que a decisão judicial liminar de 26 de outubro de 2015 imputará às demais usinas participantes do Mecanismo de Realocação de Energia – Ministério das Relações Exteriores e aos consumidores cativos de distribuidoras um impacto negativo da ordem de R\$ 275 milhões no período entre março de 2012 e setembro de 2015.

Com base no aludido estudo, o Ministro reconheceu a possibilidade de potencial lesão à ordem administrativa e à economia pública. Ato contínuo, o Ministro Francisco Falcão deferiu o pedido para suspender os efeitos da decisão que antecipou a tutela recursal nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0036475-62.2015.4.01.0000/DF, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. O caso é interessante, pois quantifica de forma expressa o valor da referida ameaça de lesão à ordem econômica, fato raramente verificado nas decisões que compõem a base de dados.

7.1.3 SLS n.º 1.701/RJ

A terceira decisão monocrática que merece ser analisada foi prolatada na SLS n.º 1.701/RJ. Discutiu-se, no referido precedente, a metodologia de cálculo para apuração de royalties e participação especial sobre o gás natural, com eficácia a partir da produção de março de 2010. Como notado nos exemplos acima, o ministro relator pareceu reconhecer a existência de

dificuldades epistêmicas para a quantificação de royalties sobre eventuais prospecções futuras de comercialização e produção de gás natural. Confira-se:

Explico! É que a existência de relevante dúvida técnica a respeito do cálculo correto de royalties e participação especial sobre a prospecção de gás natural, in casu, impedem uma conclusão irrefutável sobre a existência de qualquer lesão aos bens tutelados pela legislação de regência.

Tal constatação, contudo, não impediu a realização de uma análise prospectiva pela autoridade judicante. A referida decisão, ao avaliar de forma prospectiva eventuais impactos econômicos ao requerente, no caso o Estado do Amazonas, levou em consideração o disposto na RDC n.º 40/2009 da Agência Nacional do Petróleo (ANP). A referida RDC foi objeto de audiência pública, ocasião em que tanto o Estado do Amazonas quanto a PETROBRÁS S/A se fizeram presentes para debater conceitos, métodos, precificação de referência, entre outros aspectos, restando assentada, pela ANP, a metodologia firmada na RDC n.º 40/2009:

Esta é a razão pela qual entendo que os provimentos judiciais que agora se pretende a suspensão não geram lesão à economia do Estado do Amazonas, tampouco, pela mesma razão, à saúde e à segurança públicas, como quer ver reconhecido o requerente.

Diante do referido quadro, o Ministro Felix Fischer indeferiu o pedido de suspensão formulado pelo Estado do Amazonas.

7.1.4 AgRg na SLS n.º 1639

O quarto caso que precisa ser analisado na presente seção deriva de um incidente recursal. Trata-se da decisão monocrática prolatada no agravo regimental interposto pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), em face de decisão monocrática originária prolatada no pedido de suspensão SLS n.º 1693.

O fato interessante é que a primeira decisão monocrática prolatada se vale de argumentos consequencialistas sem ao menos indicar qualquer informação, dado ou estudo técnico apto a dar validade à referida prognose. Confira-se um trecho exemplificativo da decisão original:

Por outro lado, para comprovar a lesão à ordem econômica, a requerente aponta a interrupção ou retardo da perfuração de poços de áreas de concessão de outras empresas que tenham contratado a Transocean. Aduz, ainda, o alto custo para a paralisação das atividades, bem como para a reentrada no poço. Por fim, assevera que a situação atual implicaria a rescisão dos contratos da Transocean com as concessionárias o que, por conseguinte, significaria a celebração no futuro de contratos muito mais dispendiosos aos cofres de empresas nacionais como, por exemplo, a Petrobrás. **Não prospera a alegação.**

Como já mencionado, a análise prospectiva realizada pelo ministro relator com indicação expressa de ausência de lesão à ordem econômica foi posteriormente reformada. A reforma decorreu de uma segunda decisão monocrática em sede recursal. Trata-se do próprio agravo regimental aqui em análise, que parece se escorar de forma expressa em dados técnicos já produzidos nos autos. Confira-se:

Sem embargo, quanto à alegação de grave lesão à economia pública, entendo que razão assiste ao agravante, ainda que parcial, tendo em vista a documentação comprobatória do prejuízo financeiro que acometeria o Poder Público na hipótese de a Transocean permanecer impossibilitada de realizar as atividades de perfuração em outras áreas que não no Campo de Frade. Conforme a documentação acostada às fls. 1236/1258, a paralisação das atividades de perfuração desenvolvidas pela Transocean poderá provocar grave lesão à economia pública.

O ministro relator, inclusive, faz uma menção à Nota Técnica Conjunta 003/2012/SDP/SEP/SPG.³²⁷ Assim, com base nos referidos dados técnicos, a decisão monocrática antes tomada sem qualquer referência aos estudos e documentos citados, foi reconsiderada em parte. Um fato importante é que a reconsideração ocorreu com a indicação expressa da documentação acostada às fls. 1236/1258. Como será visto, em grande parte dos casos, não há a menção expressa às folhas dos autos e, sim, uma remissão genérica a uma peça específica ou, até mesmo, aos autos como um todo indivisível.

³²⁷ De acordo com a Nota Técnica Conjunta 003/2012/SDP/SEP/SPG, de 17/9/2012, juntada às fls. 1243/1252, “duas sondas da Transocean encontram-se atualmente perfurando poços de desenvolvimento em campos de produção, quais sejam, a Sonda Cajun Expressa no Campo de Lula, na Bacia de Santos e a Sonda SEDCO 710 no Campo de Marlim, na Bacia de Campos. Outras duas Sondas da Transocean, a Falcon 100 e a Transocean Driller, encontram-se em mobilização no Campo de Marlim, além da SEDCO 706, que encontra-se em stand-by no campo de Frade”.

7.1.5 AgRg na SL n.º 79

A quinta decisão monocrática que parece lastreada em dados técnicos foi prolatada em reconsideração a uma decisão monocrática da SL n.º 79. O caso também assume relevância, uma vez que, na SL n.º 79, o pedido de suspensão é deferido sem qualquer remissão técnica a dados, estudos ou documentos técnicos. Confira-se um trecho que parece evidenciar a dificuldade epistêmica do referido julgador:

Na espécie, defronto-me com situação peculiar, pois, cuidando-se a matéria em discussão de reenquadramento para fins de distribuição dos royalties advindos da exploração de petróleo e gás natural, qualquer que seja a minha decisão, trará efeitos negativos para a economia de alguns municípios fluminenses.

Ocorre que a referida conclusão não parece encontrar fundamento em qualquer documentação, estudo ou dado técnico. Ainda nesse sentido, o posicionamento aqui expresso revela o fato de que a decisão em comento foi reconsiderada quando do julgamento do agravo regimental ora em análise. O ponto relevante é que a reconsideração se encontra referendada em pareceres técnicos da ANP: Parecer n.º 074/2003/SPG e n.º 075/2003/SPG. Diante dos referidos pareceres, o ministro acaba por se utilizar de conceitos técnicos para fundamentar sua decisão de reconsideração. Confira-se:

Em razão de sua própria natureza, os valores devidos pelos concessionários de áreas de produção a título de royalties oscilam segundo diversos fatores, tais como a produção mensal de petróleo e gás natural, bem como o preço de mercado. [...] **Por outro lado, tendo em vista o princípio da razoabilidade, enquanto a suspensão dos efeitos dos atos administrativos da ANP retira dos 16 (dezesesseis) municípios signatários que seriam incluídos na distribuição dos royalties o total da verba que iriam receber, a manutenção dos seus efeitos apenas reduz os valores devidos aos 39 (trinta e nove) municípios que sempre foram beneficiados, e vão continuar sendo, observada nova proporcionalidade.** (grifou-se)

No entanto, apesar de fazer remissão aos referidos pareceres, a decisão monocrática em questão não é isenta de críticas. Aplica-se na fundamentação transcrita, um conceito de razoabilidade que não possui qualquer fundamentação controlável. Como se percebe na parte final do trecho acima, o ministro considerou que diminuir o valor de royalties de 39 (trinta e nove) municípios seria mais razoável do que retirar a arrecadação de 16 (dezesesseis) outros municípios. Ocorre que não há qualquer menção ao status econômico ou social dos referidos municípios, fato que inviabiliza qualquer identificação do parâmetro adotado pelo ministro relator.

De qualquer forma, o ministro Edson Vidigal reconsiderou a decisão original e indeferiu o Pedido de Suspensão de Liminar n.º 79-RJ.

7.2 Os 26 (vinte e seis) casos que não são acompanhados por estudos, dados e documentos técnicos

7.2.1 SLS n.º 2162

O primeiro caso a ser analisado na presente seção é a SLS n.º 2162. Trata-se de um pedido articulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), visando a sustar os efeitos da decisão do Relator do Agravo de Instrumento n.º 0040760-98.2015.4.01.0000/DF, o Desembargador Federal Souza Prudente, que limitou a aplicação do Fator GSF sobre as AHE indicadas nos autos, considerando a redução máxima das respectivas Garantias Físicas em 5% (cinco por cento).

O principal ponto técnico que deveria ter sido analisado no referido pedido de suspensão seriam os impactos do fator de ajuste do MRE, comumente conhecido como GSF, no setor elétrico.

O MRE se caracteriza por um condomínio onde os seus participantes compartilham o risco hidrológico e o fator de ajuste equivale a um fator de rateio da energia do condomínio, o que acaba por impactar os demais condôminos, no caso as AHEs.

A principal argumentação da ANEEL seria o fato de que ações que isentam ou restringem a aplicação do fator de ajuste do MRE acabam por transferir aos demais participantes, condôminos do MRE, os efeitos da decisão judicial. Assim, geradores hidráulicos não protegidos por decisões judiciais são levados de forma desproporcional a acumular a obrigatoriedade de entregar toda energia não entregue pelos geradores hidráulicos protegidos judicialmente.

O referido ponto parece crível. No entanto, por se tratar de um complexo sistema operacional, a autoridade judicante não se demonstra epistemologicamente equipada para determinar o curso de ação. Ocorre que o Ministro prolator da decisão monocrática se valeu de argumentos consequencialistas para deferir o pedido. Confira-se:

Na espécie, a decisão proferida pelo Relator do Agravo de Instrumento, deferindo a antecipação de tutela, ofende, a um só tempo, a ordem e a economia pública. [...] Por outro lado, é inequívoco o impacto financeiro da limitação no rateio do Fator de Ajuste do MRE, autorizada pelo deferimento da tutela jurisdicional provisória, na medida em que os agentes do MRE são obrigados a suportar a complementação da energia não produzida pelas concessionárias de geração de energia elétrica que integram a Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa - ABRAGEL, assumindo custos superiores aqueles inicialmente estimados, os quais podem inviabilizar a permanência destes geradores no MRE e comprometer de forma concreta o funcionamento do serviço público de energia elétrica.

Verifica-se por sua literalidade, que a decisão analisada realiza prospecções a respeito da permanência de geradores no MRE e o funcionamento do serviço público de energia elétrica sem se basear em estudos e laudos técnicos. É possível inferir, pela decisão, que a mesma acolhe integralmente a argumentação esposada pela ANEEL. No entanto, não há menção a qualquer documento, dado ou estudo realizado pela referida agência reguladora. Não há sequer a indicação de quais argumentos constantes dos autos serviram para o livre-convencimento motivado do julgador.

7.2.2 SLS n.º 2878

O pedido de suspensão SLS n.º 2878 foi ajuizado pela Companhia de Gás de São Paulo (COMGÁS) contra acórdão proferido pela 1.ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Possui como interessada a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARESEP). O pedido foi ajuizado para que seja aplicado o reajuste previsto na Deliberação ARSEPS n.º 575/2014, por meio do qual se reajustariam as tarifas com atenção ao IGP-M da Fundação Getúlio Vargas, em razão da ausência de finalização do indicador de revisão específico (RTQ) pela ARESEP.

O pedido deixou de ser conhecido, fato que não impediu o referido Ministro de realizar análises prospectivas. Confira-se:

Ainda que assim não fosse, no caso em exame, não se evidencia grave lesão aos bens tutelados pela lei de regência, lesões essas que pudessem atingir a coletividade em questão, sendo certo que uma mera estipulação de prazo para concluir a revisão tarifária estipulada em contrato não tem o potencial lesivo alegado na inicial.

Tal prospecção é criticável, uma vez que a existência ou não de potencial lesivo na estipulação de prazos para conclusão de revisões tarifárias parece depender de conhecimentos que fogem ao prolator da referida decisão.

7.2.3 SLS n.º 2.869

O pedido de suspensão SLS n.º 2869 também foi ajuizado pela Companhia de Gás de São Paulo (COMGÁS). O acórdão impugnado foi proferido nos autos do Mandado de Segurança n.º 1019326-42.2015.8.26.0053, em trâmite na 10.^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e determinou a conclusão, no prazo de 90 dias, de procedimento administrativo relacionado à Revisão Tarifária Quinquenal (RTQ) do contrato de concessão realizado entre o Estado de São Paulo e a referida concessionária. Com isso, o terceiro ciclo de revisão tarifária teve seu prazo de duração determinado pela autoridade judicante.

A análise prospectiva realizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) se evidencia por meio da leitura do seguinte trecho da decisão monocrática:

Ainda que assim não fosse, no caso em exame, não se evidencia grave lesão aos bens tutelados pela lei de regência, lesões essas que pudessem atingir a coletividade em questão, sendo certo que uma mera estipulação de prazo para concluir a revisão tarifária estipulada em contrato não tem o potencial lesivo alegado na inicial. Repita-se: a decisão impugnada envolve apenas as partes do mandamus julgado no Tribunal a quo.

A citada análise não foi acompanhada de nenhum tipo de estudo técnico. O ponto parece criticável, uma vez que não houve qualquer menção expressa ao tempo necessário para a conclusão do procedimento administrativo relacionado à Revisão Tarifária Quinquenal (RTQ) do contrato de concessão realizado entre o Estado de São Paulo e a Companhia de Gás de São Paulo (COMGÁS). Ressalte-se que, em nenhum momento, foi mencionado qualquer argumento elaborado tecnicamente pela agência reguladora responsável pelo setor.

7.2.4 SLS n.º 2129

O pedido de suspensão SLS n.º 2129 foi articulado pela Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia (AGERBA), com o objetivo de sustar os efeitos da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2.^a Vara Cível de Guanambi-BA que deferiu uma medida liminar, com a determinação de que a agência reguladora se abstenha de impedir a continuidade da prestação de serviços de uma empresa privada, concernentes às viagens sob o regime de fretamento e transporte passageiros.

A argumentação consequencialista utilizada pelo ministro relator do caso tende a enfraquecer uma decisão que até então parecia bem fundamentada. Isso porque o ministro parece consagrar a noção de deferência do Poder Judiciário em matérias extremamente técnicas. Confira-se:

Com efeito, a lesão à ordem pública é evidente, na medida em que AGERBA - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia, responsável pela regulação da atividade em exame, não autorizou administrativamente a operação da empresa Roberto Aguiar Silva de Caetité - ME na prestação de serviço com caráter de linha. Nesse contexto, a interferência do Poder Judiciário na atuação da Administração, em especial na atribuição de conceder o serviço e de fiscalizá-lo, é, por si só, suficiente para demonstrar a grave lesão à ordem pública.

Ocorre que a referida argumentação parece enfraquecida pela prognose realizada, conforme se vê a seguir:

Por fim, relevante anotar que a decisão sub judice tem o potencial efeito de causar o desequilíbrio econômico-financeiro das permissões efetivadas pela AGERBA - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia (fls. 76-83), atentando contra o interesse público de que deriva o princípio da modicidade das tarifas. Aliado a isso, a atividade de empresa não autorizada pela agência reguladora põe em risco a segurança dos passageiros.

O potencial de desequilibrar econômica e financeiramente todas as permissões efetivadas pela referida agência, assim como a possibilidade de violação ao princípio da modicidade das tarifas não foram devidamente comprovados pela decisão monocrática ora em análise. Ainda, cumpre destacar que em nenhum momento a decisão se utilizou de argumentos aptos a aferir eventual possibilidade de agravamento do risco no que tange à segurança de eventuais passageiros.

7.2.5 SLS n.º 2118

O caso da SLS n.º 2118 versa sobre um pedido da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas (ARSAL) que objetivou sustar os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Alagoas no Agravo de Instrumento n.º 0801977-41.2015.8.02.0000.

Uma empresa privada de transporte rodoviário ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, contra a agência reguladora para fins de determinar a retirada dos protestos e inscrições nos cadastros de inadimplentes relacionados à atividade de fiscalização do ente regulador e eventuais penalidades pecuniárias não quitadas. O pedido liminar foi deferido e a decisão mantida em sede de agravo de instrumento.

A prognose realizada na referida decisão monocrática não possui qualquer lastro técnico, senão vejamos:

No caso dos autos, todavia, do acórdão impugnado não decorrem estes efeitos imediatos e lesivos ao ente público. Segundo se extrai da petição inicial, a ofensa à economia e à segurança públicas estariam imbricadas e resultariam do fato de que, sustados os protestos efetuados pela Autarquia Estadual, não se teria como compelir a Requerida, Real Alagoas de Viação Ltda., a pagar os débitos relativos à taxa de fiscalização cobrada pela Requerente. Ocorre, no entanto, que a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas - ARSAL pode se valer do meio regular de cobrança do tributo, a saber, a execução fiscal.

Parece coerente afirmar que a referida decisão, ao analisar os impactos à economia e à segurança pública do procedimento de cobrança de débitos relativos à taxa de fiscalização cobrada pela agência reguladora, deveria amparar suas conclusões em dados técnicos e objetivos. No entanto, o julgador se vale de uma concepção individual a respeito da efetividade do meio regular de cobrança de tributos. Tal afirmação, a princípio, demandaria estudos estatísticos aptos a efetuar a referida comparação entre protestos efetuados pela agência e um cenário hipotético de execuções fiscais encabeçadas pela referida agência.

7.2.6 SLS n.º 2806

O pedido SLS n.º 2806 foi oferecido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) com o objetivo de suspender a decisão proferida no Agravo de Instrumento n.º

1001542-46.2015.401.0000, em trâmite no TRF da 1.^a Região. A decisão determinou que a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica se abstivessem de aplicar o ajuste financeiro descrito no artigo 3.^o, parágrafo único, da Resolução Normativa n.^o 658/2015, quando os contratos (“CCEARs”) forem adimplidos mediante entrega de energia adquirida de terceiros por intermédio de contratos de compra.

Por se tratar de matéria extremamente técnica e específica, a ANEEL alertou o juízo em relação à definição de alguns termos técnicos necessários à correta compreensão do caso concreto. Assim, o CVU (Custo Variável Unitário) seria o custo do combustível utilizado pela UTE (Usina Termoeletrica). A decisão, ao impedir o ajuste financeiro descrito, implicou remunerar a usina com base em CVU, mesmo quando a UTE (Usina Termoeletrica) não se utilizasse de combustível, fato que ocorre nas hipóteses em que a usina adquire energia de terceiros. Tal situação, segundo a ANEEL, causaria grave desequilíbrio na equação econômico-financeira do setor, em prejuízo dos consumidores, além de sérios problemas na regulação da atividade de produção e consumo de energia elétrica.

O pedido de suspensão foi deferido. No entanto, o ministro responsável pela decisão monocrática utilizou em sua argumentação uma visão consequencialista. Confira-se:

Em relação ao risco de lesão à economia pública também se encontra facilmente delimitada a lesão, defluindo-se das razões apresentadas que a decisão impugnada deverá influir diretamente no preço pago pelos consumidores da energia disponibilizada pela Central Energética Palmeiras S/A, podendo provocar grave desordem econômica.

A aludida influência no preço final referente ao consumo de energia elétrica carece de maior fundamentação técnica. A autoridade julgante não faz qualquer menção a documento produzido pela agência reguladora responsável pelo setor, assim como não faz qualquer menção a estudo técnico apto a validar a referida prognose.

7.2.7 SLS n.^o 2727

Trata-se de pedido de suspensão de segurança formulado por diversas concessionárias de energia elétrica em face de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, nos autos do Agravo de Instrumento n.^o 0005535-51.2014.4.01.0000/DF. A decisão desobrigou uma única usina de fornecer energia elétrica ao Ambiente de Comercialização Regulado (ACR),

em favor das concessionárias, permissionárias e autorizatárias do serviço público de distribuição de energia. A referida usina comprometeu-se contratualmente a destinar 70% (setenta por cento) da energia produzida ao Ambiente de Comercialização Regulado (ACR) a partir de 01/12/12. Segundo as concessionárias requerentes, a decisão do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região deveria ser suspensa, pois obriga as distribuidoras a se submeter ao mercado de curto prazo para adquirir a diferença de energia não fornecida, relativa aos contratos regulados.

O ministro prolator da decisão monocrática deferiu o pedido de suspensão. Ocorre que, ao confirmar a possibilidade de ocorrência de lesão, simplesmente se valeu de precedentes distintos ao caso em análise, conforme abaixo:

Os fundamentos para essa célere conclusão são basicamente os mesmos que lastrearam a decisão prolatada na SLS 1.911/DF, que à semelhança deste pedido, tratam dos mesmo interessados e de matéria relativa ao serviço público de energia elétrica. Não se olvida que visam suspender decisões diferentes, proferidas em processos com natureza diversa, todavia, são similares, pois ambas adentram na seara administrativa do serviço de energia elétrica regulado e fiscalizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, examinando questões de competência dessa entidade reguladora.

O problema é que precedentes prolatados em épocas distintas, mesmo que relacionados ao mesmo setor, não parecem aptos para a fundamentação de uma prognose consequencialista. Eventual interpretação crítica se agrava quando o ministro se vale de precedente prolatado em pedido de suspensão referente a outro setor, com características distintas e peculiaridades próprias:

Nesse sentido, os precedentes da col. Corte Especial deste eg. Superior Tribunal de Justiça que trataram de casos semelhantes, cuja decisão teve por base o mesmo fundamento.

“AGRAVOS REGIMENTAIS NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. SUSPENSÃO DE POLÍTICA PÚBLICA PREVENTIVA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR QUANTO À COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS MAL AVALIADOS. GRAVE LESÃO À ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS CONFIGURADA. SUSPENSÃO DEFERIDA. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.

Conforme mencionado anteriormente, a utilização de precedentes não parece suprir o ônus argumentativo decorrente das prognoses realizadas. Tal fato resta evidente quando se compara setores tão distintos como o setor de energia elétrica e o setor de saúde suplementar.

7.2.8 SLS n.º 2022

O caso versado na SLS n.º 2022 refere-se a um pedido de suspensão proposto pela Telefônica Brasil S/A, sucessora por incorporação da VIVO S/A, visando ao sobrestamento dos efeitos da decisão que deferiu a antecipação da tutela nos autos da ação civil pública n.º 0006643-94.2014.805.0154, em trâmite na Vara da Comarca de Luís Eduardo Magalhães/BA.

O caso versado na SLS n.º 2022 deixou de ser conhecido por ausência de legitimidade ativa da Telefônica Brasil S/A. Ocorre que, mesmo se tratando de uma hipótese de inadmissibilidade preliminar, o ministro relator teceu algumas considerações a respeito do mérito do caso. Ao adentrar o mérito, o ministro se valeu de um argumento consequencialista. Confira-se:

Não se atinge, ademais, ainda que reflexamente, a própria prestação do serviço público, nem mesmo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato estabelecido, já que a decisão cujos efeitos se quer suspender manteve inalteradas as relações entabuladas entre Telefônica Brasil S/A, sucessora por incorporação de Vivo S/A, e aqueles consumidores já assinantes do serviço ofertado.

A despeito do acerto da referida decisão no que tange à inexistência de legitimidade ativa, a decisão parece criticável quando afirma a inexistência de violação ao equilíbrio econômico financeiro do contrato ou à própria prestação do serviço público de telefônica, sem qualquer menção a dados técnicos aptos a embasar tais afirmações.

7.2.9 SLS n.º 1996

O pedido SLS n.º 1996 versou sobre o serviço de transporte rodoviário de passageiros no trajeto de Santana do Araguaia/PA a Palmas/TO. Uma empresa privada conseguiu em sede de apelação uma tutela antecipada recursal favorável para continuar prestando o serviço de transporte. Ocorre que outra empresa privada, alegando ser titular de autorização do Poder Público para exploração de linha coincidente com alguns seccionamentos do trajeto acima referido, ingressou com pedido de suspensão da decisão.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) prestou informações trazendo aos autos a Nota Técnica n.º 197/NATAD/SUPAS/2015, de 25/03/15, elaborada pela Superintendência

de Serviços de Transporte de Passageiros da ANTT, por meio da qual explicou que a empresa beneficiada pela tutela recursal não possui autorização concedida administrativamente pela ANTT para operar linhas regulares de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

O pedido de suspensão foi deferido pelo ministro prolator da decisão monocrática. Ocorre que o julgador realizou previsões que não encontram embasamento técnico, conforme a seguir:

Ademais, a decisão sub judice tem o potencial efeito de causar o desequilíbrio econômico-financeiro das permissões efetivadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, atentando contra o interesse público de que deriva o princípio da modicidade das tarifas. Aliado a isso, a atividade de empresa não autorizada pela agência reguladora põe em risco a segurança dos passageiros.

Deve ser ressaltado que a Nota Técnica n.º 197/NATAD/SUPAS/2015 não foi utilizada pelo ministro para fundamentar eventual violação ao princípio da modicidade das tarifas decorrente de desequilíbrio econômico-financeiro. No mesmo sentido, não existe comprovação de que a referida empresa não observou normas de segurança a ponto de colocar em risco a segurança de eventuais passageiros. Parece ser uma afirmação razoável e de senso comum que uma empresa não autorizada pela agência reguladora competente potencialmente viole normas de segurança. Ocorre que o ministro relator não se desincumbiu de seu ônus argumentativo no referido ponto.

7.2.10 SLS n.º 1964

O pedido SLS n.º 1964 versa sobre transporte rodoviário interestadual de passageiros entre os municípios de São Paulo-SP e Apodi-RN, com passagem por Brasília-DF.

Em sentença proferida por uma juíza federal substituta designada para atuar no Mutirão de Sentenças à Distância da 3.ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, foi concedida uma autorização especial de transporte rodoviário interestadual de passageiros em favor de uma empresa privada, sem observância ao procedimento licitatório previsto na Lei n.º 8666/1993.

Restou comprovado nos autos que a ANTT não concedeu autorização administrativa à referida empresa. Por tal razão, foi interposto um recurso de apelação que foi recebido apenas com efeito devolutivo, em função de uma ação cautelar incidental. O pedido de suspensão foi deferido pelo ministro responsável pela decisão democrática.

Ocorre que, assim como no caso do pedido SLS n.º 1996, o ministro se valeu de argumentos consequentialistas genéricos:

Ademais, a decisão sub judice tem o potencial efeito de causar o desequilíbrio econômico-financeiro das permissões efetivadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, atentando contra o interesse público de que deriva o princípio da modicidade das tarifas. Aliado a isso, a atividade de empresa não autorizada pela agência reguladora põe em risco a segurança dos passageiros.

O que se revela interessante e criticável é que o ministro se valeu de argumentação idêntica para 2 (dois) casos diferentes – a SLS n.º 1996 e a SLS n.º 1964. Tal fato parece evidenciar a utilização de um modelo genérico para fundamentação de decisões que versam sobre casos concretos diferentes. Como se verifica, o pedido SLS n.º 1996 versou sobre o serviço de transporte rodoviário de passageiros no trajeto de Santana do Araguaia/PA a Palmas/TO. Por outro lado, o pedido SLS n.º 1964 versou sobre transporte rodoviário interestadual de passageiros entre os municípios de São Paulo-SP e Apodi-RN, com passagem por Brasília-DF.

Existem diferenças regionais que sequer foram consideradas para a quantificação do desequilíbrio financeiro e suposto desrespeito ao princípio da modicidade das tarifas.

7.2.11 SLS n.º 1956

Na SLS n.º 1956, a empresa Oi Móvel S/A objetivou suspender a decisão liminar concedida nos autos da ação civil pública n.º 0035517-10.2014.8.08.0024, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo. A referida ação civil pública foi ofertada com o fim de garantir a correta prestação de serviços públicos na área de telefonia móvel.

A decisão liminar suspendeu a divulgação publicitária e comercialização de pacotes de telefonia móvel em razão do descumprimento de diretrizes do Plano Nacional de Ação de Melhoria do Serviço Móvel Pessoal e das Metas de Qualidade para o Serviço Móvel Pessoal, previstas no Regimento aprovado na Resolução da Anatel n.º 575 de 28 de outubro de 2011.

A Oi Móvel S/A sustentou que a decisão instaurou um cenário de insegurança e caos jurídico, uma vez que ignorou a competência da ANATEL, bem como o cogente procedimento previsto em lei para eventual suspensão do serviço. No mesmo sentido, a Oi Móvel S/A sustentou a violação à ordem econômica, considerando que, caso mantida, a decisão traria

riscos não só para a preservação da própria Oi Móvel S/A, como também para a preservação de outras empresas do mesmo setor, fato que geraria um efeito cascata nefasto.

O pedido deixou de ser conhecido, uma vez que a autoridade judicante considerou a inexistência de interesse público a ser tutelado, fato que refletiria a ilegitimidade ativa da Oi Móvel S/A.

Talvez, de fato, não exista legitimidade ativa no presente caso. O problema é que a Ministra Relatora se valeu de argumentos consequencialistas isolados para fundamentar a ausência de interesse público no caso. Note-se:

Não se atinge, ademais, ainda que reflexamente, a própria prestação do serviço público, nem mesmo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato estabelecido, já que a decisão cujos efeitos se quer suspender manteve inalteradas as relações entabuladas entre Oi S.A. e aqueles consumidores já assinantes do serviço ofertado.

Parece pouco crível que a suspensão de comercialização de novos pacotes de telefonia móvel não seja minimamente apta a impactar o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão. Talvez o impacto, de fato, seja mínimo. O problema é que uma simples afirmação prolatada pelo julgador não supre o ônus de fundamentação necessário para a preservação da racionalidade da referida argumentação. Não se defende aqui a existência ou inexistência de legitimidade ativa no caso. O ponto é que parece ser ônus do julgador fundamentar corretamente a referida prognose.

7.2.12 SLS n.º 1906

Trata-se de pedido de suspensão apresentado pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas (ARSAL) para suspender a decisão proferida nos autos da Ação Ordinária n.º 0719569-58-2013-802-001 pela 16.^a Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Maceió/AL, que determinou que a Agência Reguladora em questão se absteresse de apreender os veículos relacionados ao transporte irregular de passageiros.

A entidade reguladora em questão informou que os taxistas do Estado de Alagoas estariam realizando serviço de transporte intermunicipal de passageiros de forma clandestina, sem a devida autorização do Estado, atos estes que estavam sendo coibidos com a apreensão

dos veículos. Tal fato teria o condão de desestruturar o transporte regular de passageiros e representaria lesão à ordem pública.

O pedido de suspensão foi indeferido pelo Ministro Relator. Ocorre que o ministro se referiu a uma suposta “improbabilidade” de ocorrência de dano, sem esclarecer, no entanto, a que estaria se referindo no caso concreto. Confira-se trecho que evidencia o ponto criticado:

Neste contexto, mesmo não emitindo juízo acerca do provimento judicial ora atacado, entendo que caso fosse deferido o pedido formulado estar-se-ia protegendo o improvável, já que toda a jurisprudência desta Corte é contrária ao direito correlato – ainda que este não seja diretamente vindicado na presente suspensão.

Além de se utilizar de uma menção genérica a probabilidades, tal argumentação parece contradizer a própria menção referente à existência de precedentes jurisprudenciais, realizada na própria fundamentação, momentos antes. Confira-se:

Na hipótese dos autos, **não obstante existam decisões desta Corte anteriormente proferidas no sentido de reconhecer a ocorrência de lesão à ordem e à segurança públicas** em hipóteses similares, não se verifica a ocorrência do grave dano salientado pela requerente. No que concerne à ocorrência de grave lesão à ordem pública, não há como se identificar a existência de indevida ingerência do Poder Judiciário ao deferir a liminar pleiteada pelo Sindicato. Com efeito, a decisão impugnada está lastreada em **fundamentos concretos**. (grifou-se)

A despeito da visível contradição, uma vez que o ministro não diferencia os casos anteriormente proferidos do caso concreto que motivou o pedido de suspensão SLS n.º 1906, resta incompreensível o que o relator quis dizer com “fundamentos concretos” aptos a lastrear a legalidade e coerência da decisão impugnada pelo pedido de suspensão.

Por fim, percebe-se que o referido Ministro Relator se vale de precedentes jurisprudenciais que pouco acrescentam à análise do referido caso, por se tratarem de setores completamente distintos. O exemplo aqui é a referência ao AgRg na SLS 951/RS³²⁸, que versou sobre fornecimento de medicamentos no setor da saúde. Ocorre que os setores são completamente distintos, sendo, inclusive, submetidos a regulações distintas.

³²⁸ Confira-se a ementa: AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PORTADORA DE LEUCEMIA. ALEGADA LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS NÃO COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. – Cabe ao requerente da medida excepcional, de forma inequívoca e fundamentada, demonstrar que o cumprimento imediato da medida atacada provoca sérios prejuízos aos bens jurídicos listados no art. 4.º da Lei n.º 8.437/1992. Precedentes. – [...]. Agravo regimental improvido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 951/RS. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgamento: 02/02/2009. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 05/02/2009).

7.2.13 SLS n.º 1729

Trata-se de pedido de suspensão intentado pelo Estado do Rio de Grande do Sul, com o objetivo de evitar uma prorrogação judicial de um contrato administrativo com uma concessionária de manutenção e segurança do Pólo Rodoviário de Carazinho/RS.

O caso em análise parece girar em torno da existência ou não de pretensão de desequilíbrio econômico financeiro no referido contrato e da correta prestação de serviços técnicos por parte da concessionária.

Alegando falha na prestação de serviços, o ente estatal sustenta que a manutenção da decisão atacada trará grave lesão à economia pública, pelas seguintes razões:

a) os “usuários/consumidores terão que pagar por mais tempo tarifas sem a devida contraprestação na forma de serviços que atendam aos padrões de qualidade esperados, tornando absolutamente irreversível – ou de muito difícil reversibilidade – o dano causado, pois eventual reforma da decisão de mérito não terá o condão de ressarcir os gastos dos usuários no cumprimento da ordem judicial, perpetrando severo dano à economia da coletividade” (fl. 25). b) “impedir o Poder Público de retomar o serviço objeto de concessão no advento normal do termo contratual (in casu, 06/03/2013), gerará, isso sim, um novo foco de desequilíbrio econômico-financeiro no contrato, desta vez em favor do Poder Concedente (decorrente da indevida cobrança, por parte da concessionária, de mais de nove meses a mais de pedágios – diferença entre 06/03/2013 e 28/12/2013 -, valores extras que não compunham seu fluxo de caixa, como visto), o que acabará repercutindo na própria ação proposta, ensejando maiores discussões no seu curso e necessidade de ressarcimento ao Poder Concedente, ao final” (fl. 26).

A despeito da plausibilidade ou não da referida alegação, fato é que o Estado do Rio Grande do Sul anexou aos autos dados técnicos, a exemplo da Resolução Decisória (RED) n.º 40/2012 da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS).

Por tal razão, algum tipo de resposta técnica da autoridade judicante estaria em um cenário de expectativa e previsibilidade hipotética razoável, considerando-se a ótica do jurisdicionado. Ocorre que tal expectativa restou frustrada. Confira-se a manifestação do ministro relator:

Ademais, não visualizo a iminência de grave lesão à economia pública alegada pelos requerentes. Isso porque, admitido que o termo contratual dar-se-á, conforme entendido pelas instâncias ordinárias, apenas em 28/12/2013, todas as obrigações contratuais relacionadas à prestação dos serviços de concessão estarão vigentes e deverão ser cumpridas pela concessionária.

Cabe criticar o fato de que o ministro não se valeu de nenhum tipo de dado técnico para fundamentar a referida prognose de ausência de grave lesão à economia pública. Ainda nesse sentido, deve ser ressaltado que o juízo formado em instâncias ordinárias, expressamente mencionado pelo ministro no trecho colacionado, foi obtido por meio de cognição sumária, fato inclusive reconhecido pelo próprio juízo ordinário:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação resta evidenciado pela proximidade do término do prazo contratual (março de 2013), de acordo com a Resolução Decisória RED n.º 40/2012, o que culminará com a retomada do pólo de pedágio pelo Estado do Rio Grande do Sul. No que diz respeito à verossimilhança das alegações, cabe referir que a questão em julgamento é complexa e demanda análise minuciosa do extenso acervo probatório carreado aos autos.

Percebe-se que o juiz de piso faz menção à referida Resolução Decisória (RED) n.º 40/2012 da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). A postura criticável do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é evidente quando se considera que o próprio juízo de piso considerou necessária uma análise minuciosa do acervo probatório técnico colacionado aos autos pelas partes interessadas.

7.2.14 SLS n.º 2637

O pedido de suspensão n.º 2637 possui como objeto a Resolução n.º 1.236/2011, da Diretoria-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que homologou novos percentuais das áreas inundadas e revisou os coeficientes de compensação financeira das Usinas Hidrelétricas de Apolônio Sales e Paulo Afonso IV.

O pedido de suspensão foi ofertado pelo Município de Paulo Afonso que sustentou que, durante mais de 10 anos, recebeu a Compensação Financeira calculada a partir do coeficiente definido em 2001, anterior ao coeficiente definido na Resolução n.º 1.236/2011. A resolução reduziu o patamar do referido coeficiente. Assim, a redução drástica dos valores recebidos pelo ente municipal, acarretada pela aludida resolução, distorce a previsão orçamentária do município e impede a continuidade de inúmeras atividades essenciais à sua população, causando-lhe dano irreparável.

O pedido de suspensão foi indeferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). O ponto que parece problemático é a fundamentação utilizada pelo ministro relator:

Contudo, ainda que possível, não se poderia olvidar que, caso outros municípios tivessem direito reconhecido à referida compensação financeira, e não apenas o Município de Paulo Afonso – matéria que deve ser objeto de definição pelas vias ordinárias, reconhecer grave lesão ao requerente seria, por via transversa, causar lesão aos outros municípios que eventualmente possuiriam direito à compensação.

Como resta evidenciado, a autoridade judicante se utiliza de uma relação de causa e efeito que parece fugir de um grau de previsibilidade óbvia – se é que de fato exista uma previsibilidade que possa ser considerada óbvia. Não há como se considerar que reconhecer a existência de grave lesão ao município requerente do pedido de suspensão seria, por via transversa, causar o direto e imediato prejuízo de outros municípios que eventualmente fizessem jus ao direito à aludida compensação. Não parece claro, pela leitura atenta do precedente em análise, que existe qualquer relação entre a diminuição de um montante geral de crédito interdependente em relação a todos os envolvidos. De igual forma, o ministro parece desconsiderar a possibilidade de gradação de diferentes lesões e danos. Por exemplo, valores que sejam substanciais sob a perspectiva do município que solicitou a suspensão da referida decisão podem não impactar de forma significativa outros municípios, ou podem até impactá-los de forma drástica. Não se revela racionalmente defensável relegar a quantificação de uma eventual lesão a um palpite subjetivo do julgador. Deve ser destacado, ainda, que a referida decisão não faz menção a quais seriam os eventuais municípios prejudicados, partindo de uma suposição genérica.

7.2.15 SLS n.º 1639

O pedido de suspensão de liminar e sentença n.º 1639 é um dos casos mais interessantes que compõem a base de dados e já foi mencionado anteriormente. Como visto, o caso gerou o AgRg na SLS n.º 1639, que foi devidamente fundamentado e se lastreou em dados técnicos aptos a comprovar eventuais prejuízos de larga monta. Ocorre que, antes do referido recurso, uma decisão monocrática de indeferimento foi prolatada. A presente seção do trabalho passa a analisar a decisão originária, uma vez que esta apresentou os mesmos problemas relacionados à dimensão descritiva da argumentação consequencialista aqui trabalhada.

O pedido originário solicitou a suspensão de decisão do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região que determinou que fossem suspensas, no prazo de 30 (trinta) dias, todas as atividades de extração e transporte petrolífero da Chevron Brasil Upstream Frade Ltda. e da Transocean Brasil Ltda., sob pena de multa arbitrada em R\$ 500 milhões.

Naturalmente, as partes interessadas alegaram potencial lesão à ordem econômica. A referida alegação foi afastada pela autoridade judicante:

Por outro lado, para comprovar a lesão à ordem econômica, a requerente aponta a interrupção ou retardo da perfuração de poços de áreas de concessão de outras empresas que tenham contratado a Transocean. Aduz, ainda, o alto custo para a paralisação das atividades, bem como para a reentrada no poço. Por fim, assevera que a situação atual implicaria a rescisão dos contratos da Transocean com as concessionárias o que, por conseguinte, significaria a celebração no futuro de contratos muito mais dispendiosos aos cofres de empresas nacionais como, por exemplo, a Petrobrás. **Não prospera a alegação.** (grifou-se)

Como se evidencia pela literalidade do trecho acima, não houve qualquer menção pela autoridade judicante a eventuais estudos e documentos que possuiriam o condão de fundamentar tecnicamente a inexistência de lesão à ordem econômica. Tal fato parece se consubstanciar no próprio entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especialmente se for considerado que o exato mesmo ponto foi objeto de reconsideração em uma segunda decisão monocrática já analisada.

7.2.16 SLS n.º 1652

O caso SLS n.º 1652 discorreu a respeito da posse de área objeto de contrato de concessão rodoviária firmado com o Estado da Bahia. O referido ente da administração direta declarou de utilidade pública trecho vinculado à prestação de serviços de uma concessionária para fins de duplicação da Rodovia BA-526. Em decisão manejada em sede de agravo de instrumento, liminares que garantiam à concessionária a posse da referida área da rodovia foram cassadas.

O Departamento de Infraestrutura de Transporte da Bahia (DERBA) ingressou com o pedido de suspensão SLS n.º 1652, no qual sustenta, em síntese, que a referida decisão impede que o DERBA e a respectiva concessionária realizem as obras públicas integrantes do contrato administrativo validamente firmado pela Administração Pública em momento anterior.

No que concerne à grave lesão à ordem econômica, o Departamento de Infraestrutura de Transporte da Bahia (DERBA) alega que a perda da posse conferida à concessionária impede a conclusão de obra orçada em R\$ 1,7 (um inteiro e sete décimos) bilhão de reais destinados originalmente à melhoria do tráfego rodoviário estadual que interliga quase 50% do PIB Estadual, trazendo consigo situação de incalculável prejuízo social, notadamente maior e mais relevante que eventual interesse privado dos particulares interessados.

O pedido de suspensão foi indeferido. Confira-se trecho da argumentação consequencialista utilizada pelo Ministro Relator:

Depreende-se dos autos, assim como das alegações do Requerente, que o escoamento da produção industrial, de produtos e serviços pela Rodovia em questão não foi interrompido, ao contrário, conforme a inicial do pedido, faltam somente 8% (oito por cento) da obra para a conclusão da duplicação da rodovia. Pelas mesmas razões, a circulação da produção interna bruta estadual no valor de 50% (cinquenta por cento) não se encontra, também, embaraçada, a ponto de justificar o deferimento da contracautela.

A conclusão de que a circulação da produção estatal não restaria embaraçada pelo status da obra de conclusão da duplicação da rodovia parece ter sido obtida por meio de uma remissão genérica aos autos. Tal fato, por si só, parece ser criticável. De igual forma, a conclusão não foi acompanhada de qualquer documento ou dado técnico apto a gerar um mínimo de credenciamento epistêmico por parte do prolator da referida decisão.

7.2.17 SS n.º 2373

A Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas (ARSAL) ajuizou o pedido de suspensão de segurança SS n.º 2373 contra uma decisão judicial que deferiu liminar impedindo o ente regulador de apreender veículos responsáveis por transporte irregular de passageiros.

Tendo em vista decorrer do princípio da legalidade e da isonomia que o direito de explorar o serviço público de transporte de passageiros depende de fiscalização por parte do poder público, o pedido foi deferido. Confira-se a literalidade da decisão: “A medida urgente deferida em primeiro grau retira do controle do Estado parte do transporte público, havendo risco de grave lesão à ordem e à segurança públicas”.

No entanto, eventual lesão à segurança pública não parece depender exclusivamente da existência ou não de fiscalização, uma vez que, em muitos casos, a atividade fiscalizatória do estado é meramente potencial. Pode ou não ocorrer efetivamente. Resta crível a conclusão de que, de fato, a decisão de origem pode acarretar lesão à segurança pública. Contudo, não se revela suficiente como fundamentação, inerente a uma decisão judicial, mencionar grave risco de lesão à ordem e à segurança públicas sem qualquer lastro técnico ou documental. Note-se que a referida decisão monocrática prolatada em sede do SS n.º 2373 não faz qualquer remissão ou menção a documento, parecer ou dado técnico.

7.2.18 SLS n.º 1266

O pedido de suspensão de liminar e sentença SLS n.º 1226 foi intentado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em razão de decisão prolatada na Ação Civil Pública (Processo n.º 2009.61.05.004689-9) ofertada pelo Procon Campinas – Departamento de Proteção ao Consumidor contra a própria ANEEL e a Companhia Paulista da Força e Luz (CPFL), em curso na 8.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campinas-SP, visando impugnar os Índices de Reajuste Tarifário (IRT) da concessionária para o ano de 2009.

A principal discussão no referido processo decorreu da alegação do Procon Campinas que os Índices de Reajuste Tarifário seriam desproporcionais, uma vez que são 4 (quatro) vezes maiores que o índice de inflação medido nos 12 (doze) meses anteriores (5,9%) e 3 (três) vezes maiores que o índice de expansão salarial medido no mesmo período (7,6%).

Em primeira instância, o magistrado deferiu a liminar solicitada pelo Procon Campinas para suspender o “reajuste tarifário praticado pela CPFL, desde 08/04/2009 e determinar a aplicação do reajuste pelo IGPM/FGV do período (6,2686%). A Desembargadora Presidente do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região deferiu, em 26.6.2009, o pedido de suspensão de liminar n.º 2009.03.00.021234-0, formulado pela ANEEL, sob o fundamento de que, ao substituir o IRT, a decisão impugnada causou grave lesão à ordem pública e econômica.

Ato contínuo, foi interposto Agravo de Instrumento n.º 2009.03.00.021990-4 no qual foi negado provimento ao pleito da CPFL, entendendo correta a decisão na parte em que suspendeu o reajuste tarifário desde abril de 2009, afastando o ato impugnado desde quando começou a produzir efeitos. Assim, a suspensão foi declarada prejudicada pela Desembargadora Presidente daquela Corte, causando a interposição de agravo regimental pela ANEEL.

Em 29.10.2009, a terceira turma do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região negou provimento ao agravo regimental interposto pela ANEEL. Por essa razão, foi apresentado pedido de suspensão de liminar pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), com fundamento no art. 4.º da Lei n.º 8.437/1992, alegando, em síntese, grave lesão à ordem e à economia pública. Para tanto, a ANEEL alegou que:

[...] temos que a manutenção da liminar que limitou o reajuste homologado pela ANEEL à aplicação do IGP-M – substituindo meticoloso trabalho elaborado por sua área técnica para se chegar ao percentual necessário, destaque-se – acabará por destruir toda a credibilidade que o Governo tem tentado conquistar perante os investidores ao longo de vários anos. Pior, num momento um tanto inoportuno de crise econômica e de necessidade de atração de investimentos privados, em que a ausência de tais investimentos poderá acarretar, em um futuro muito próximo, lesão irreparável na economia do setor elétrico, não se afastando a possibilidade de nova crise nos moldes da ocorrida em 2001 (fl. 19).

A despeito da argumentação utilizada pela ANEEL, o pedido de suspensão de segurança foi indeferido. O problema é que a fundamentação para o indeferimento do pedido resultou de uma simples remissão a precedente distinto. Confira-se:

Passo a decidir. No pedido de suspensão de liminar e sentença (SLS n.º 1.255/SP) formulado pela Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL Paulista, visando suspender os efeitos da decisão liminar também impugnada pela Aneel neste processo, decidi: [...] Entendo que a fundamentação acima, envolvendo a mesma decisão de primeiro grau deve ser confirmada neste feito, com a ressalva de que o tema relativo à impossibilidade de devolução imediata da importância já recebida diz respeito, apenas, à CPFL Paulista.

Como se percebe, não há qualquer menção a estudo, dado ou documento técnico para afastar em prognose as alegações de violação à economia pública. No mesmo sentido, a autoridade judicante se vale de uma ressalva de que o tema relativo à impossibilidade de devolução imediata da importância já recebida diz respeito, apenas, à CPFL Paulista. Ocorre que não há qualquer elemento técnico na decisão para fundamentar a referida ressalva feita, a despeito de sua correção.

7.2.19 SS n.º 1930

O pedido de suspensão SS n.º 1930 foi intentado pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), com o objetivo de manter vigentes os efeitos da Resolução 61, de 20 de novembro de 2008, editada pela própria agência reguladora que alterou os percentuais máximos de descontos permitidos com relação às tarifas a serem praticadas pelas empresas brasileiras e estrangeiras que exploram os serviços de transporte regular de passageiros para voos com origem no Brasil e destino para qualquer país, exceto para a América do Sul.

O Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias (SNEA) sustenta que a referida resolução gera efeitos imediatos e catastróficos para as companhias aéreas brasileiras e para o mercado em geral, uma vez que favorece a prática de “dupping” pelas companhias internacionais, que se valem de subsídios governamentais e poderão praticar tarifas muito inferiores àquelas praticadas pelas empresas nacionais.

Como se vislumbra com facilidade, trata-se de caso extremamente técnico que envolve aspectos que fogem ao escopo e expertise de um ministro do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, o ministro relator se arriscou em quantificar e calcular riscos econômicos:

Ter sido suspensa a Resolução n.º 61, da ANAC, não equivale, necessariamente, a prejuízo econômico da coletividade, situação esta que justificaria a suspensão da decisão prolatada. Neste ponto, a decisão jurisdicional, cuja suspensão é pretendida pela Autarquia requerente, apenas inibe o início da vigência de nova regulamentação dos preços das passagens internacionais do Brasil para os Estados Unidos e a Europa, em que se amplia o espaço da iniciativa privada, instituindo descontos facultativos.

Ainda, confira-se trecho confuso do ministro relator que evidencia o próprio reconhecimento de que seria difícil realizar qualquer tipo de prospecção relacionada ao caso. O interessante é que a referida constatação é seguida de uma prognose:

Os efeitos futuros de tal disciplina facultativa se inserem no horizonte da probabilidade, o que exclui, por força de natureza, a grave lesão à economia pública, atual ou eminente, de que depende a suspensão de segurança pretendida, único dos fundamentos legais com incidência na espécie.

O pedido foi indeferido. No entanto, não houve nenhuma menção a estudo, dado ou documento técnico apto a lastrear a referido prognóstico.

7.2.20 SS n.º 1925

A empresa concessionária de serviços de telefonia, Telemar Norte Leste S/A, impetrou mandado de segurança contra ato da Secretária Municipal de Meio Ambiente e Controle Urbano de Fortaleza, com o objetivo de afastar a cobrança pelo uso do espaço público instituída pela Lei Municipal n.º 8.744, de 2003. Ato contínuo, foi deferido pedido liminar de suspensão da referida cobrança.

Como esperado, o Município de Fortaleza requereu a suspensão da medida liminar, sustentando, em síntese, que a utilização do espaço aéreo, dos logradouros, do solo e do subsolo urbano (considerado espaço público municipal) deve ser disciplinada e gerida pelos municípios sob o regime jurídico dos bens públicos e remunerada adequadamente por meio de cobrança da prestação pecuniária instituída pela Lei Municipal n.º 8.744/03.

O caso versado na Suspensão de Segurança n.º 1925 reuniu, em síntese, uma série de interesses regulatórios: (i) o interesse do município na gestão e no controle da utilização dos seus bens, de forma que possa implementar o planejamento urbano, com vistas ao adequado compartilhamento das redes e à adoção do padrão estético e de segurança desejável ao cotidiano dos cidadãos; (ii) o interesse da União, consubstanciado na observância das instalações às regras editadas pelas agências reguladoras; (iii) há o interesse das delegatárias de serviços públicos em ter acesso a uma infra-estrutura que lhes possibilite o exercício das suas atividades; (iv) há o interesse dos usuários, já que, ao tempo que pretendem utilizar-se dos serviços de telecomunicações, não querem que a respectiva instalação ofereça qualquer risco ou prejudique o trânsito nas vias públicas, mais do que o necessário.

O ministro responsável pela decisão monocrática realizou uma previsão de impacto financeiro de eventual curso de ação que não se encontra fundamentada em nenhum dado objetivo e técnico. Confira-se:

2. Sob o viés das finanças públicas, o pedido de suspensão dos efeitos da sentença concessiva da segurança não pode ser deferido; evidentemente, o valor que deixar de ser arrecadado enquanto o julgado subsistir não é significativo a ponto de impedir o custeio dos serviços públicos.

No ponto, percebe-se que, ao relacionar o pedido de suspensão aos efeitos econômicos relacionados, o ministro considera que o valor não arrecadado é significativo a ponto de impedir o custeio dos serviços públicos em questão. Ocorre que não existe nenhum tipo de dado objetivo ou

sequer qualquer menção a valor quantificável de forma objetiva. Assim, não se sabe qual é o valor que deixa de ser arrecadado e não se sabe qual seria o valor necessário para o custeio dos serviços públicos. Logo, a conta aritmética que foi realizada pelo ministro não se encontra expressa na decisão, inviabilizando a própria prestação jurisdicional que poderia ser aperfeiçoada, com a interposição de eventual recurso para discussão do ponto aqui debatido.

Ao final, percebe-se que o pedido de suspensão foi deferido em parte. No entanto, a decisão não parece exteriorizar as razões para o referido desfecho.

7.2.21 SLS n.º 373

O pedido de suspensão SLS n.º 373 versa sobre uma ação cautelar ajuizada por um posto de gasolina contra a Companhia Potiguar de Gás (POTIGÁS), objetivando impedir a suspensão do fornecimento de gás natural até o término de processo administrativo, no qual se discutiu as obrigações contratuais inerentes ao ajuste celebrado entre as partes.

A liminar foi deferida pelo juízo de 1.º grau que determinou que a abstenção de qualquer ato direcionado à suspensão do fornecimento de gás natural ao referido posto de gasolina.

Com a alegação de iminente lesão à ordem econômica, a Companhia Potiguar de Gás (POTIGÁS) formulou pedido de suspensão de liminar perante a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que o indeferiu por não vislumbrar a presença dos requisitos necessários à adoção da drástica medida de suspensão.

Por essa razão, a referida entidade ingressou com novo pedido de suspensão de liminar, fundado no art. 4.º da Lei n.º 8.437/92, alegando, em síntese, que a decisão concessiva da liminar teria contrariado o interesse público e, inclusive, provocado danos à ordem econômica.

O Ministro Relator se valeu de argumentos baseados em supostas consequências. Confira-se: “Ademais, é possível visualizar o risco inverso, uma vez que a imediata suspensão do fornecimento de gás natural ao ora interessado trará prejuízos imediatos aos usuários do produto nos Municípios atendidos”.

Nesse contexto, o pedido de suspensão foi indeferido. O ponto que deve ser ressaltado é que, de fato, a utilização pelo ministro da expressão “risco inverso” não parece ser facilmente determinável pelos intérpretes e leitores da decisão. O que se entende por risco inverso? Um reflexo espelhado em igualdade de proporções? O argumento em questão parece usar uma tática condicionalmente consequentialista. “A sua graça consiste em assumir, “para fins de

argumentação”, a ordem de preferências daquele contra quem o argumento se dirige, e mostrar que a decisão por este escolhida, em vez de promover a realização do estado de coisas desejado, resulta no seu oposto”.³²⁹

No caso concreto em análise, a estrutura do argumento é exatamente a estrutura decorrente de uma tática condicionalmente consequencialista: o prolator da decisão identificou que o interesse utilizado para a interposição do pedido de suspensão seria, ao menos em teoria, o interesse dos consumidores. Assim, defendeu que eventual deferimento, ao invés de promover a realização do estado de coisas desejado, seria responsável por violar de forma mais drástica o interesse dos consumidos, chamados de usuários.

Como já exaustivamente discutido no presente trabalho, a determinação de riscos deve ser acompanhada de estudos de porcentagem e probabilidade em prol de um uso empiricamente responsável. Parece deficiente a fundamentação de uma decisão judicial com base no argumento condicional consequencialista perverso utilizado em conceitos prospectivos vagos como a expressão referenciada. “O argumento dos efeitos perversos tem reduzido o seu campo de aplicação em decorrência do acréscimo nos pressupostos para um uso empiricamente responsável”.³³⁰

7.2.22 SLS n.º 183 – “Risco Brasil”

O pedido de Suspensão SLS n.º 183 é um dos casos mais interessantes dos que compõem a base de dados. A relevância do pedido de suspensão SLS n.º 183 decorre de uma formulação realizada pelo ministro relator, a respeito de um conceito próprio do chamado “Risco Brasil”.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Ceará, ajuizou Ação Civil Pública contra a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e a COELCE – Companhia de Energia Elétrica do Estado do Ceará, pedindo o reconhecimento de nulidade da autorização concedida pela referida agência reguladora, via Resolução Homologatória n.º 97, de 18/04/2005, que aprovou reajuste de tarifa de energia que varia de 21,21 a 32,07%, bem como, determinando-se à autarquia em regime especial que regule os reajustes e revisão tarifários futuros mediante notas técnicas e resoluções homologatórias que atendam aos critérios de adequação do serviço

³²⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.387.

³³⁰ Id..

público. O objetivo seria evitar que fossem repassados aos consumidores o aumento de custo resultante da aquisição de energia elétrica mais cara em conjuntura de normalidade de geração e fornecimento, sobretudo junto à empresa do mesmo grupo econômico.

O caso é um exemplo de matéria de alta complexidade que depende de conhecimentos econômicos sobre estratégias regulatórias, pontos talvez estranhos aos potenciais epistêmicos de um magistrado. Ocorre que o ministro relator adotou uma postura ativa de se imiscuir no mérito técnico quando da análise do presente caso concreto, senão vejamos:

Assim já decidi em hipótese semelhante (SL 57-DF - SLS 143), o descumprimento de cláusulas contratuais, impedindo a correção do valor real da tarifa, nos termos em que previsto no contato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e sua manutenção, **implicando ausência de investimentos no setor, prejudicando os usuários, e causando reflexos negativos na economia pública**, porquanto inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração Pública, **afastando os investidores, resultando graves consequências também para o interesse público como um todo, além, é claro, de repercutir negativamente no chamado risco Brasil.** (grifou-se)

A autoridade judicante faz alusão ao chamado “Risco Brasil”, discorrendo de forma enfática sobre estímulos e desestímulos em investimentos setoriais. O problema é que, a despeito de se referir aos precedentes SL 57-DF e SLS 14, o referido julgador não menciona qualquer estudo ou dado técnico.

No decorrer da decisão monocrática, o julgador justifica sua postura com base em uma prospecção de difícil operacionalização:

Entendo que o interesse público não se resume à contenção de tarifas, sendo evidenciado, também, na continuidade do fornecimento de energia, na manutenção do contrato de concessão do serviço público, de modo a viabilizar **investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão**. Assim, o descumprimento do que foi legalmente pactuado, com a chancela do Judiciário, pode, no caso, afetar o seu equilíbrio econômico-financeiro, até porque não há como olvidar a real inflação do País a atingir a quem contrata a longo prazo. (grifou-se)

O julgador parece fazer menção à chamada “crise do apagão” corrida no Brasil entre 1.º de julho de 2001 e 19 de fevereiro de 2002, durante o segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, causada por falta de planejamento e investimentos em geração de energia. Neste aspecto, se faz necessária uma ressalva ao leitor. A referência à chamada “crise do apagão” é uma mera especulação do autor da presente dissertação, uma vez que a aludida referência não pode ser extraída da simples literalidade da decisão. A conclusão surge

da data de prolação da decisão monocrática (06 de outubro de 2005). Entretanto, diversas outras crises ocorreram no setor elétrico. Esse é justamente o ponto que merece ser criticado. A possibilidade de volta do país à escuridão é um dos principais fundamentos para sustentar o deferimento do pedido de suspensão. Ocorre que esse fundamento pode se referir a qualquer outra crise. Por exemplo, no ano de 1999 ocorreu uma severa crise no setor elétrico que atingiu onze unidades federativas do Brasil e o Paraguai na noite de quinta-feira, 11 de março de 1999, estendendo-se pela madrugada do dia seguinte. Inicialmente, o evento foi considerado o maior apagão ocorrido no Brasil, até ser superado pelo “blecaute” de 2009, que também atingiu o Paraguai. A versão oficial do acontecimento diz que o apagão foi causado pela queda de um raio na subestação de Bauru.

Assim, uma simples menção à escuridão pode estar relacionada à falta de investimentos no setor ou a acontecimentos naturais, a exemplo da queda de um raio. Com base na argumentação utilizada pelo julgador, ambas interpretações seriam possíveis.

7.2.23 SS n.º 1442

A Resolução 25/2001, da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), de forma específica em seu artigo n.º 76, autoriza a suspensão do fornecimento de água em casos de inadimplência do usuário que presta serviço público ou essencial à população, bastando apenas a prévia comunicação à agência reguladora em questão. Por tal razão, o Município de Caridade/CE impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, contra ato do Gerente de Faturamento e Arrecadação da Companhia de Água e Esgoto do Ceará (CAGECE), consubstanciado no corte do fornecimento de água relacionado a alguns prédios municipais, em razão de inadimplência.

A autoridade judicante se valeu de um argumento consequencialista de cunho econômico para indeferir o pedido de suspensão. Confira-se:

O fato do débito já ser da ordem de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), não é suficiente para promover qualquer alteração na situação econômico-financeira da requerente, a par de divorciada de qualquer outra informação que retrate o impacto de tal soma nas suas finanças, a ponto de pôr em risco a economia pública, ou o prosseguimento do fornecimento do serviço de qualidade à comunidade, a preços compatíveis. Pode até ser que se encontre dentro dos limites de perdas de faturamento levados em consideração na definição da tarifa.

A mitigação do impacto do referido débito no orçamento da Companhia de Água e Esgoto do Ceará (CAGECE) não se encontra fundamentada em qualquer tipo de dado contábil ou financeiro. Por isso, não há como se avaliar se, de fato, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) é insuficiente para prejudicar a prestação de serviço público de água e esgoto na região do Município de Caridade no Ceará/CE. Ainda, confira-se outro ponto da decisão em análise:

Nos inúmeros casos que apreciei, reconheci a necessidade dos agentes econômicos cumprirem suas obrigações contratuais. Assim tenho me pronunciado, por entender que o cumprimento das obrigações constitui fator de estabilidade, necessária aos que investem, com consequências também no desenvolvimento econômico e social.

Ora, parece existir uma evidência literal de deficiência na fundamentação utilizada pelo ministro. Isso porque, em um primeiro momento, ele ressalta a importância de adimplemento contratual por parte do agente econômico. Em um segundo momento, porém, recua:

Neste caso, contudo, penso que a situação é distinta. O pedido de suspensão, como sabemos, é incidente processual de caráter excepcional, devendo ser deferido somente quando suficientemente comprovado pelo requerente o risco de dano a pelo menos um dos bens públicos tutelados pela norma. Sendo assim, não é instrumento ordinário de cobrança, como nos quer fazer crer a concessionária requerente.

O ponto criticável é que o julgador não aponta o que existe de diferente no caso acima. A autoridade judicante simplesmente parece desconsiderar o pleito em razão do vulto do numerário monetário, a seu ver insuficiente para qualquer abalo econômico. Tal fato até parece crível, mas precisa ser fundamentado tecnicamente, sob pena de causar insegurança jurídica.

7.2.24 SLS n.º 54

É fato notório que a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) possui a prerrogativa de restringir a liberdade de contratação de pessoas jurídicas de direito privado submetidas ao crivo da regulação do setor elétrico. Em ação ordinária proposta perante o Juízo da 7.^a Vara Federal de Curitiba-PR, à revelia do entendimento da referida agência, 2 (duas) empresas privadas solicitaram a antecipação de tutela para imediata homologação de aditivo contratual relacionado a um contrato de compra e venda de energia elétrica.

Em sede de agravo de instrumento, a tutela foi deferida. Sendo assim, a União ingressou com o pedido de suspensão SLS n.º 54. O principal ponto de discussão se exterioriza no fato de que a prorrogação judicial da vigência do contrato de compra e venda de energia elétrica inicial, até 31/12/15 (prazo solicitado pelas empresas reguladas), seria responsável por violar a política governamental para o setor elétrico.

O ministro relator se vale da argumentação consequentialista em diversos momentos no decorrer da aludida decisão monocrática:

Da mesma forma, sem razão a requerente quando, a fim de comprovar a alegada ofensa à economia pública, traça quadro caótico acerca de possível desabastecimento futuro, a inviabilizar o setor elétrico. **A pretensão, neste ângulo, não ultrapassa o terreno da conjectura, não podendo, por isso, ser admitida na drástica via da suspensão**, que exige prova inequívoca do prejuízo alegado. O mesmo se diga, aliás, quanto ao suposto efeito multiplicador do julgado: a espécie, também aqui, equivale a exercício de futurologia incompatível com o Judiciário, na medida em que não comprovada a alegada reiteração de ações semelhantes. (grifou-se)

Ao atribuir o status de conjectura à alegação da União Federal no caso, a autoridade judicante se vale de um raciocínio consequentialista, contrário à argumentação técnica da ANEEL, sem qualquer embasamento técnico. O trecho acima transcrito é, por si só, criticável, a despeito do fato de que, ao final, o pedido de suspensão foi deferido. Confira-se outro ponto:

Nesse contexto, ameaçada está, de fato, também a economia pública, uma vez que evidentes os reflexos do julgado nas finanças públicas, quanto à não realização da política governamental implementada para o setor, como em relação à sociedade, consumidora final, que poderá vir a arcar com a conta.

Como se percebe, o argumento consequentialista de potencial lesão à economia pública é utilizado pelo relator em favor do deferimento do pedido de suspensão. Aqui, mesmo se tratando de um argumento favorável à pretensão da União, não há qualquer lastro probatório em dados, trabalhos, estudos ou pareceres técnicos. O chamado reflexo do julgado nas finanças públicas é crível, porém não é óbvio ou autoexplicativo. Por tal razão, a decisão monocrática é deficiente em sua fundamentação e inviabiliza, inclusive, seu controle posterior, seja por meio de um incidente recursal ou por meio de eventual controle social.

7.2.25 SL n.º 79

O pedido de suspensão SL n.º 79 já foi mencionado anteriormente, uma vez que ensejou um agravo regimental. Assim, além da decisão monocrática de deferimento na SL 000079 – RJ, prolatada pelo Ministro Nilson Naves, o Ministro Edison Vidigal prolatou uma segunda decisão monocrática com a reversão do entendimento anterior. Trata-se do Agravo Regimental na SL 000079 – RJ.³³¹

A decisão monocrática do Ministro Edison Vidigal já foi analisada em seção anterior da presente dissertação, uma vez que o voto foi fundamentado de forma coerente e elogiável, pois se pautou em pareceres técnicos, conforme evidenciado acima.

Por outro lado, na presente seção passa-se a analisar a decisão monocrática originária, uma vez que a mesma também é importante para a análise crítica que se pretende elaborar.

À época dos fatos narrados, a Agência Nacional do Petróleo (ANP), após procedimento administrativo, editou ato de reenquadramento dos municípios do Rio de Janeiro e de Niterói como integrantes da chamada “zona de produção principal” para fins de distribuição dos royalties advindos da exploração de petróleo e gás natural. Contra esse ato, os demais municípios do Estado do Rio de Janeiro ajuizaram uma ação cautelar na 22.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, com pedido liminar. A liminar pleiteada foi indeferida e o indeferimento foi mantido em sede recursal. Por isso, os municípios ofertaram o pedido de suspensão SL 000079 – RJ.

O ministro relator optou por se imiscuir em matéria regulatória para deferir o pedido de suspensão. Ainda, o principal ponto argumentativo foi uma prognose relativa aos efeitos de eventual decisão judicial sobre a matéria. Confira-se:

Na espécie, defronto-me com situação peculiar, pois, cuidando-se a matéria em discussão de reenquadramento para fins de distribuição dos royalties advindos da exploração de petróleo e gás natural, qualquer que seja a minha decisão, trará efeitos negativos para a economia de alguns municípios fluminenses.

O que o ministro quis dizer com “efeitos negativos para a economia” é de difícil determinação. Da mesma forma, eventuais efeitos negativos para a economia podem ser hierarquizados em diferentes escalas de gradação. A despeito de uma possível eventual crítica epistêmica em relação às cadeias de consequências provenientes de impactos econômicos,

³³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 79 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Edison Vidigal. Julgamento: 27/04/2004. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 27/04/2004.

fato é que a referida afirmação perpetrada pela autoridade judicante deveria encontrar lastro em informações técnicas. Outro trecho da decisão monocrática se faz importante:

Com efeito, ali, como aqui, a manutenção ou não da decisão representará uma perda mensal na arrecadação de alguns municípios, e, dessa forma, ao meu sentir, o melhor é deixar que a solução da controvérsia se faça nas vias ordinárias, mantendo por ora a situação que vinha ocorrendo há mais de treze anos e que foi restaurada pela decisão do Tribunal de origem, consoante se constata dos elementos acostados aos autos.

Ainda, parece crível a afirmação, realizada pelo julgador, de que poderia ocorrer uma perda mensal na arrecadação de alguns municípios. No entanto, a referida perda mensal apenas pode ser afirmada pela autoridade judicante com base em algum documento técnico ou contábil elaborado por um profissional competente. Talvez, esse documento exista nos autos. Talvez, não. Fato é que, com base na literalidade da decisão, não é possível saber se existe este documento.

7.2.26 SS n.º 1248

A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE) ingressou com o pedido de suspensão SS n.º 1248, para requerer a suspensão dos efeitos de liminar concedida, nos autos do MS n.º 2003000277504, que tramita no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

O caso versou sobre a suspensão de procedimento licitatório e os impactos negativos provocados pela prestação clandestina de transporte público. O problema na referida decisão monocrática parece se localizar na prognose realizada pelo ministro relator:

Com efeito, o decisum atacado, ao suspender o procedimento licitatório, acaba por dificultar a fiscalização e controle desse tipo de serviço, tão utilizado nos dias de hoje, tolhendo até o exercício da função do poder público de resguardar e preservar a segurança e, por conseguinte, a vida dos passageiros cearenses.

O impedimento de preservação da segurança e da vida dos passageiros cearenses parece depender de dados minimamente objetivos. O impetrante insurgiu-se contra a exigência que limitou sua participação em licitação, cujo objeto é a permissão de prestação de serviço regular complementar de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Assim, o caso versou sobre a presença ou não de requisitos intrínsecos ao procedimento licitatório em análise. A fundamentação utilizada pelo relator parece se valer de apelos retóricos para deferir o pedido de suspensão em tela. Revela-se criticável o fato de a autoridade judicante sequer ter feito qualquer menção aos dados apresentados pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), mesmo considerando que o pleito foi deferido de forma favorável ao ente regulador. Não se discute aqui o mérito dos casos concretos que compõem a base de dados da presente dissertação e, sim, a credencial epistêmica para realização de prognoses. Como resta evidente, a autoridade judicante não possui as referidas credenciais de forma isolada.

8 CONCLUSÃO

Quando a autoridade judicante fundamenta uma decisão por meio da análise de eventuais consequências produzidas pela referida decisão ou por eventuais decisões alternativas, o julgador possui o ônus de produzir uma argumentação dependente de critérios científicos (extrajurídicos) de adequação.

Ocorre que a autoridade judicante não possui capacidade epistêmica para manusear corretamente os referidos critérios científicos sem o auxílio de profissionais especializados, a exemplo de economistas, no caso de análises econômicas.

Assim, as prognoses em sede de pedidos de suspensão de segurança devem ser fundamentadas por meio de estudos, dados e documentos técnicos. A opinião de juristas em áreas exógenas ao direito, como a área econômica, segue a sorte de opiniões e palpites comuns ao homem médio.

Por tal razão, decisões jurídicas elaboradas por juristas, com base em argumentos consequencialistas econômicos sem qualquer referência a estudos, dados ou documentos técnicos, parecem desprovidas de qualquer processo de raciocínio replicável.

De outro lado, não parece coerente investir em uma campanha de isolamento das referidas decisões ao consequencialismo, uma vez que a literalidade do artigo 4.º da Lei n.º 8.437 demanda expressamente a análise de consequências pela autoridade judicante quando exige a contemplação de violações à economia pública.

Além disso, uma decisão judicial que desconsidera radicalmente eventuais possíveis consequências de sua prolação esbarra na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia e de justiça formal.

Nesse sentido, com base em uma justificação³³² de segunda ordem – no caso, a isonomia ou justiça formal de Neil McCormick –, a presente dissertação oferta uma estratégia ou decisão de segunda ordem de adoção, pela autoridade judicante, de 4 (quatro) das 5 (etapas) de uma AIR quando da realização de prognoses em pedidos de suspensão de segurança que versem sobre direito regulatório.

³³² MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 40 a 45.

A decisão de segunda ordem, de sempre aplicar 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas da análise de impacto regulatório quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório, é coerente quando da utilização de argumentos econômicos consequencialistas por uma razão essencial: se os reguladores – que, ao menos em teoria, possuem alguma capacidade epistêmica para analisar consequências econômicas – devem observar a AIR para realizar prognoses, com muito mais razão, a autoridade judicante – que não possui a referida capacidade epistêmica –, deveria observar o referido procedimento.

Tal coerência decorre do principal motivo de implementação da análise de impacto regulatório consubstanciado em fomentar transparência e previsibilidade econômica aptas a atrair investimentos externos.

Uma estratégia de segunda ordem tende a amenizar os problemas oriundos da dimensão positiva do argumento consequencialista, além de contribuir para a procedimentalização de uma aplicação racional e universalizável de critérios científicos, extrajurídicos de adequação por parte da autoridade judicante.

Por fim, o presente trabalho permite vislumbrar uma proposta final alternativa: uma estratégia de segunda ordem alternativa, de vinculação apenas à primeira etapa da AIR, consubstanciada na qualificação e coleta de dados técnicos a respeito das possíveis consequências dos atos regulatórios.

Assim, seria possível afirmar, com base em todos os argumentos expostos nesta dissertação, que seria preferível aos ministros do Superior Tribunal de Justiça recorrer a documentos, estudos e dados técnicos capazes de servir de suporte a eventuais prognoses, quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório? A análise da coerência da proposta deve ser realizada a partir de um critério consequencialista, qual seja, da valoração das consequências associadas à decisão de vincular a autoridade judicante, quando da elaboração de prognoses, à consulta de documentos, estudos e dados técnicos.

Reformulando, com base em tudo o que foi afirmado na presente dissertação, é possível considerar que as consequências esperadas de uma potencial vinculação à consulta de dados técnicos sejam, desse ponto de vista, preferíveis àquelas associadas à decisão de não vincular os julgadores à referida consulta.³³³

É importante explicitar que a comparação adequada para fins do juízo da proposta hipotética elaborada na presente seção é aquela entre as consequências associadas a somente

³³³ Raciocínio foi extraído do voto do conselheiro Luís Fernando Schuartz no Requerimento no 08700.004221/2007-56, quando membro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). No entanto, o raciocínio foi aplicado para analisar a conveniência e oportunidade de celebração de um TCC.

duas alternativas de decisão ora colocadas – a saber, a decisão de vincular os magistrados a algum tipo de consulta e a decisão de não vincular os magistrado a algum tipo de consulta, ou seja, de manter o julgamento dos pedidos de suspensão de segurança em matéria de direito regulatório da forma como se processam atualmente.

Com efeito, dado que a proposta hipotética só pode ser formulada uma única vez, considerando o momento de elaboração da presente dissertação, e que o conjunto de alternativas posto diante do leitor compõe-se de somente dois elementos (aceitar a proposta de vinculação nos seus termos simplistas ou não aceitar a proposta de vinculação nos seus termos simplistas), seria não somente irracional, mas também contrário aos interesses da ciência jurídica rejeitar-se a proposta sob o argumento de que haveria outra que lhe seria preferível, pois esta simplesmente não se apresenta como uma opção factível, dado o atual estágio da pesquisa realizada.

A conclusão pela preferência de uma vinculação *prima facie* da autoridade julgadora quando da elaboração de uma prognose nos pedidos de suspensão de segurança, no âmbito do direito regulatório, não decorre, portanto, de uma comparação hipotética entre a vinculação simplista e uma vinculação complexa, ideal aos olhos de quem quer que seja. Ao invés disso, a conclusão decorre de uma resposta afirmativa à seguinte questão: é preferível vincular o ministro à realização de uma consulta técnica ou é preferível manter a liberdade do julgador?

Uma primeira forma de pensar a admissibilidade da referida proposta seria considerar que documentos, estudos e dados são de fato capazes de melhorar decisões judiciais futuras que efetuem eventuais prognoses. O problema é que uma decisão judicial futura é um evento incerto.

Assim, é necessário trazer os paradigmas de comparação para o mesmo instante de tempo, por meio de uma restrição de análise que contemple apenas os casos aqui analisados. Nesse sentido, o caminho seria definir se, de fato, os 5 (cinco) casos que acompanham estudos, dados e documentos técnicos analisados são prognoses melhor fundamentadas do que as demais – no caso, aquelas previstas no item 7.2.

Toda a condução das discussões no corpo do presente trabalho parece levar a uma conclusão afirmativa. De fato, ao se analisar decisão por decisão, parece seguro sustentar que as decisões colacionadas no item 7.1 estão mais bem fundamentadas, ao menos no que se refere às consequências econômicas, do que as decisões do item 7.2.

Uma vinculação simples à realização de uma consulta prévia de informações técnicas representa uma simplificação, minimamente operacional, apta a servir de diretriz para processos de aplicação de critérios científicos, extrajurídicos de adequação aos pedidos de suspensão de segurança no âmbito regulatório.

Não se descarta a possibilidade de que, em determinados casos, uma vinculação simplista pode esconder a necessidade de um “complexo procedimento analítico que, na realidade, pode envolver um conjunto muito maior de variáveis capazes de influir sobre a definição dos estados da natureza relevantes e respectivas probabilidades”.³³⁴

A vinculação simplista de remissão a documentos, estudos e dados capazes de servir de suporte a eventuais prognoses não é um método “ótimo”. No entanto, trata-se de um método minimamente “satisfatório”³³⁵ diante das informações disponíveis e do atual estágio do desenvolvimento institucional com respeito aos pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório, submetidos ao crivo do Superior Tribunal de Justiça.

A ideia é que uma vinculação simplista *prima facie* funcione como um *standard* inicial, que possa ser ajustável dinamicamente na medida em que progridam o conhecimento e a experiência acumulados nos pedidos de suspensão de segurança que versem sobre direito regulatório.

As situações de risco, incerteza e ignorância não descaracterizam a necessidade de a autoridade judicante fundamentar prognoses com base em dados, documentos ou pareceres técnicos, pois a autoridade judicante não está epistemologicamente equipada para identificar se, de fato, se encontra em uma situação de risco, incerteza ou ignorância.

Assim, estratégias de decisão como Maxmin, MinMax e Maxmax dependem, antes de mais nada, de uma correta identificação da situação em que é tomada a decisão. Por tal razão, não se dispensa o recurso aos estudos, dados e documentos técnicos. Em um segundo momento, a autoridade judicante pode se valer das referidas estratégias, mesmo em situações de ignorância, desde que naturalmente fundamentada com base nos citados elementos técnicos.

Embora a base de dados deste trabalho não seja expressiva em termos quantitativos, ela representa o universo de decisões prolatadas em pedidos de suspensão de segurança que versaram sobre matéria regulatória no Superior Tribunal de Justiça, de modo que a relevância descritiva do trabalho resta bem fundamentada.

³³⁴ Citação extraída do voto do conselheiro Luís Fernando Schuartz no Requerimento n.º 08700.004221/2007-56, quando membro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

³³⁵ Ver o voto do conselheiro Luís Fernando Schuartz no Requerimento n.º 08700.004221/2007-56: Por isso, ele não é um método que seja apresentado como “ótimo” em qualquer sentido. Entretanto – e para me valer da famosa expressão de Herbert Simon –, trata-se de um método “satisfatório” diante das informações disponíveis e do atual estágio do desenvolvimento institucional [...].

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução n.º 61, de 20 de novembro de 2008. Altera a política tarifária para vôos internacionais regulares com origem no Brasil e regulamenta o art. 49 da Lei 11.182/05. Disponível em: <goo.gl/cTwbft>. Acesso em: 10 out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Resolução Normativa n.º 658, de 14 de abril de 2015. Estabelece a obrigação de entrega de energia dos CCEARs por disponibilidade proveniente de Leilões de Energia Nova e o critério de alocação dos custos decorrentes da operação de usinas termelétricas despachadas por ordem de mérito, cujo Custo Variável Unitário seja superior ao valor do Preço de Liquidação das Diferenças. Disponível em: <goo.gl/MYBk6N>. Acesso em: 10 out. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, p.79-112, jan. 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, p.6-50, jan./jun. 2011.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: **Working Paper**, Rio de Janeiro, Instituto de Política Econômica da Casa das Garças, Departamento de Economia da PUC-RJ, Banco Mundial, 2003. p.265-293. Disponível em: <goo.gl/WXax5Q>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <goo.gl/bqf3YS>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em: <goo.gl/kLmk32>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964. Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em: <goo.gl/jA7Txu>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966. Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. Disponível em: <goo.gl/8MYxwR>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/DeRygi>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/9HsTge>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em: <goo.gl/rY8Ez8>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/kPnwu7>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/BDspNP>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/h4XWTQ>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/4s2KbG>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/zJQMQA>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/nkj7kc>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/z4Gi8Y>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/tFnjXb>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <goo.gl/wNd9du>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Medida Provisória n.º 1.570-5, de 21 de agosto de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/fEhBTx>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/TmVKGR>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Relatório do grupo de trabalho interministerial, Brasília, 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGINT NA SLS 2129/BA 2016/0062650-3. Relator: Ministra Presidente Laurita Vaz. Julgamento: 05/10/2016. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 21/10/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 79 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Edison Vidigal. Julgamento: 27/04/2004. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 27/04/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 951/RS. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgamento: 02/02/2009. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 05/02/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 001639 - RJ (2012/0175070-5). Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento: 28/09/2012. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 02/10/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SS 2727 DF 2014/0183348-0. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento: 03/09/2014. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 16/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. SS 2878. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgamento: 26/01/2017. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 03/02/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC 41444 AM 2004/0015602-2. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 11/02/2004. Órgão Julgador: S1 - Primeira Seção. Publicação: 16/02/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. SL 000079 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Nilson Naves. Julgamento: 02/04/2004. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ (Decisão Monocrática). Publicação: 13/04/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. SLS 183 - CE: SLS 000183. Relator: Ministro Presidente Edson Vidigal. Julgamento: 06/10/2005. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 06/10/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1266290/PE. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 12/11/2013. Publicação: 16/12/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral (1972). **Faculty Scholarship Series**, 1983. Disponível em: <goo.gl/XViib3>. Acesso em: 13 out.2018.

CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA. Lei n.º 8.744 de 10 de julho de 2003. Institui a cobrança remunerada pelo uso de logradouros públicos, do espaço aéreo, do solo e do subsolo do município de Fortaleza, para implantação de redes de infra-estrutura e passagem de equipamentos destinados à prestação de serviços de telecomunicações, por entidades de direito público ou privado. Disponível em: <goo.gl/S6LR5c>. Acesso em: 13 out.2018.

CASTELAR, Armando. O judiciário e a economia: evidência empírica para o caso brasileiro. In: **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. p.54-75. Disponível em: <goo.gl/KAvNT3>. Acesso em: 26 nov. 2018.

CASTELAR, Armando; SICSÚ, João (Orgs.). **Sociedade e economia**: estratégias de crescimento e desenvolvimento. Brasília: Ipea, 2009.

COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

DAVIDSON, Paul. Is Probability Theory Relevant for Uncertainty? A Post-Keynesian Perspective. **Journal of Economic Perspectives**, v.5, n.1, p.129-143, 1991.

DWECK, Esther; POSSAS, Mario. Luiz. Crescimento econômico num modelo micro-macroeconômico de simulação. **Economia e Sociedade**, Campinas, v.20, n.1, p.1-31, 2011.

FARBER, Daniel A. **Law and public choice: a critical introduction**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GREENAWALT, Kent. **Law and objectivity**. New York: Oxford University Press, 1992.

GRIGOLEIT, Hans Christoph. Anforderungen des Privatrechts na die Rechtstheorie. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. **Rechtswissenschaftstheorie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p.51-78.

HARREMOES, Poul. Ethical Aspects of Scientific Incertitude in Environmental Analysis and Decision Making. **Journal of Cleaner Production**, v.11, p.705-712, 2003.

JESTAEDT, Matthias. **Das mag in der Theorie richtig sein**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

_____. **Die Verfassung hinter die Verfassung: Schönburger Gespräche zu Recht und Staat**. Auflage: Ferdinand Schöningh, 2009.

JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. **Rechtswissenschaftstheorie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016. v.1.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul.; TVERSKY, Amos (Eds.). **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases**. Cambridge: Cambridge University Press, 1972. p.463-490.

KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty, and Profit**. Boston, Mass.: HoughtonMifflinCo., 1933.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KREPS, David M. **Notes on the theory of choice**. Boulder, Colo.: Westview Press, 1988.

LEAL, Fernando A. R.. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1.

_____. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. p.25-30.

_____. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. **Revista de Investigações Constitucionais**, v.3, p.215-226, 2016.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, v.2, n.1, p.192-213, jul. 2016.

LEAL, Fernando A. R.; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.7, p.819-843, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993.

_____. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

_____. **Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft I**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978.

_____. **Institutions of law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar, 2003. Disponível em: <goo.gl/RXQCQJ>. Acesso em: 07 nov. 2018.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, regulação e economia: estudos para o debate brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIßNER, Annekatrin. **Kooperative Bildungsverantwortung als Weg aus der Armut**. Dissertation – Universität Passau, 2015.

MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEYERHOF SALAMA, Bruno; BARRIONUEVO, Arthur. **Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa**. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado (Coord.). **A crise e o direito público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público**. Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, out. 2013. p.95-132.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NEUPERT, Michael. **Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit: das Rahmen-Bild-Modell der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte bei der Eingriffsverwaltung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

NIDA-RÜMELIN, Julian. **Kritik des Konsequentialismus**. München: Oldenbourg, 1993.

OBADIA, Isaac José. **Sistema de gestão adaptativo para organizações com tecnologia perigosa: a cultura de segurança como pressuposto de excelência nuclear**. Tese (D. Sc. em Engenharia de Produção) – COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; 2017.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v.262, p.95-144, jan./abr. 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das ferroviárias**. Rio de Janeiro: Editora FGV, FGV, IBRE, 2017.

PISCITELLI, Thatiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

PONSER, Richard. Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives. **The Journal of Legal Studies**, v.9, n.2, p.243-252, mar. 1980.

_____. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts) an Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (Ed.). **Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p.11-26.

QUIGGIN, John. **Generalized expected utility theory: the rank-dependent model**. Australian National University. Springer Science+Business Media Dordrecht, 1993.

_____. **Zombie economics: how dead ideas still walk among us**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010.

RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment. **Journal of European Public Policy**, Londres, v.12, n.5, p.924-943, out. 2005.

RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002.

_____. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.25-45.

_____. **Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. 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**, Rio de Janeiro, v.245, p.96-127, maio 2007.

_____. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.383-418.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Economics**. 4th ed. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **Simpler**: the future of government. New York: Simon & Schuster, 2009.

_____. **Worst-case scenarios**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

_____. **Laws Of Fear. Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; PILDES, Richard H. Reinventing the Regulatory State. **The University of Chicago Law Review**, v.62, p.1-129, 1995.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**, n.57, 1998.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v.8, n.32, out./dez. 2010.

_____. **Avaliação de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <goo.gl/2BCo8i>. Acesso em: 08 dez. 2018.

VERMEULE, Adrian. **Law and the limits of reason**. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). **SSRN**, 25 mar. 2013. Disponível em: <goo.gl/b7paun>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. **The constitution of risk**. Harvard Law School. New York: Cambridge University Press, 2014.

WALTON, Douglas N. **Legal argumentation and evidence**. University Park, PA: The Pennsylvania State University Press, 2002.

WOOLDRIDGE, Jeffrey M. **Introdução à econometria**: uma abordagem moderna. Tradução de Priscilla Rodrigues da Silva Lopes e Livia Marina Koepl; revisão técnica de Heloisa Pinna Bernardo. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

WORLD BANK. **Global Development Finance**. World Bank Publications, 2006. Disponível em: <goo.gl/SYDaJh>. Acesso em: 28 nov. 2018.