

Consequencialismo Judicial na Suspensão de Segurança nos Julgamentos de Direito Regulatório

Alexander Leonard Martins Kellner

Mestre em Direito da Regulação, FGV DIREITO RIO (2019). Pós-graduado em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (2013), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2011). Bolsista CAPES/FGV Direito Rio.

RESUMO

A relação entre a interpretação das normas jurídicas e a realização e concretização, baseada em consequências, de propósitos constitucionalmente assegurados parece cada vez mais frequente na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Nesse sentido, juízes, desembargadores e ministros parecem introduzir uma lógica e racionalidade jurídica baseadas em argumentos consequencialistas quando da prolação de decisões judiciais. O principal ponto é que, quando a autoridade judicante fundamenta uma certa decisão, por meio da análise das consequências produzidas por ela e eventuais alternativas, o decisor deve elaborar uma fundamentação dependente de critérios científicos, extrajurídicos de adequação. O problema é que juristas não gozam de capacidade epistemológica para manusear corretamente os referidos critérios. O presente trabalho analisa 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. O objetivo do trabalho se consubstancia na localização de problemas relacionados à dimensão positiva do raciocínio consequencialista

e, com base em uma justificação de segunda ordem, o trabalho objetiva propor uma de segunda ordem aos ministros do STJ: 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.

PALAVRAS-CHAVE:

Regulação. Consequencialismo. Neil Maccormick. Luis Fernando Schuartz. Decisões de segunda ordem.

ABSTRACT

The relationship between the interpretation of legal norms and the realization and concretization, based on consequences, of constitutionally assured purposes seems increasingly frequent in the jurisprudence of the Brazilian courts. In this sense, judges, appeal court judges and ministers appear to introduce a logic and juridical rationality based on consequentialist arguments when rendering judicial decisions. The main point is that when the judicial authority bases a certain decision, by analyzing the consequences produced by it and possible alternatives, the decision maker should elaborate a reasoning based on scientific, extra-legal criteria of adequacy. The problem is that jurists do not have the epistemological ability to correctly handle those criteria. This paper analyzes 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. The scope of this work is to locate problems related to the positive dimension of consequentialist reasoning and, therefore, based on a second order justification, the work aims to propose the following second order strategy to the STJ ministers: always apply 4 (four) of the 5 (five) steps of the analysis of regulatory impact when judging requests for suspension of security under the regulatory law.

KEY WORDS:

Regulation. Consequentialism. Neil Maccormick. Luis Fernando Schuartz. Second order decisions.

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

(GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais**. Volume III. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 295.)

1. INTRODUÇÃO

A relação entre a interpretação das normas jurídicas e a realização e concretização, baseada em consequências, de propósitos constitucionalmente assegurados parece cada vez mais frequente na jurisprudência dos tribunais brasileiros¹. Nesse sentido, juízes, desembargadores e ministros parecem introduzir uma lógica e racionalidade jurídica baseadas em argumentos consequencialistas quando da prolação de decisões judiciais. O principal ponto é que, quando a autoridade judicante fundamenta uma certa decisão analisando as consequências produzidas por ela e pelas suas alternativas, “o decisor abre um flanco para requerimentos de prestação de contas cujo atendimento estará sujeito a critérios científicos (extrajurídicos) de adequação”².

O chamado pedido de suspensão de segurança, também conhecido como suspensão de liminar ou de sentença, 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. Nos termos da literalidade do artigo 4º da Lei nº 8.437/1992³, a suspensão deve ser utilizada apenas para evitar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à eco-

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

2 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, 2011, p. 384.

3 Art. 4 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.

nomia pública. Ocorre que inferências judiciais que discorram a respeito de eventuais lesões à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública parecem demandar coerência entre as premissas teóricas e empíricas inseridas pelo julgador quando de sua decisão. A referida coerência parece dependente de critérios científicos, extrajurídicos de adequação.

O pedido de suspensão de segurança é um instituto processual que não possui qualquer limitação disciplinar de aplicação. Por tal razão, o instituto é aplicado ao direito regulatório com base na própria literalidade da Lei nº 8.437/1992, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, muitas vezes uma agência reguladora ou um ente federativo, em casos de manifesto interesse público, muitas vezes consubstanciados em interesses econômicos e regulatórios.

Ao se trabalhar com argumentos consequencialistas, o jurista se depara com um plano bidimensional. Assim, uma primeira dimensão é positiva ou descritiva e uma segunda dimensão é decisória ou normativa. A dimensão descritiva representa uma prognose sobre o futuro e a dimensão normativa se resume a uma classificação entre estados de mundo preferíveis a partir da identificação das diferentes alternativas de decisão. Por terem características próprias, cada uma das referidas dimensões possui problemas próprios e são submetidas ao crivo de racionalidades distintas.

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.⁴

O trabalho tem como objeto a análise crítica do uso do consequencialismo judicial nos pedidos de suspensão de segurança, nos julgamentos relacionados à atividade regulatória, nos ter-

⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando: *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. Op. Cit., p. 383-418

mos do artigo 4º da Lei 8.437 de 1992.⁵ 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 Superior Tribunal de Justiça, 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 capazes de servir de suporte para as prognoses inerentes à argumentação com base em consequências? As hipóteses que motivaram a própria elaboração do trabalho são: (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. 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 preparo acadêmico, técnico, científico ou profissional. Assim, o julgador precisa respeitar alguma coerência entre as premissas teóricas e empíricas inseridas quando de sua decisão ante à possibilidade de universalização da referida decisão.⁶

⁵ Ressalte-se que na nova Lei do mandado de segurança (Lei 12.016/2009), a matéria é regulada pelo artigo nº 15.

⁶LEAL, Fernando A. R.; GUEIROS, D. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 7, 2017, p. 819-843.

Dessa forma, o trabalho será dividido em 3 (três) blocos principais: (i) um primeiro destinado à apresentação da metodologia utilizada; (ii) um segundo destinado à apresentação dos dados colhidos; 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 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 regulatório⁷.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho se utilizou de 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 8.437, de 30 de junho de 1992, uma vez que a mesma foi publicada na referida data⁸.

O instituto da suspensão de segurança surge no Direito brasileiro com o artigo nº 13 da Lei 1.533 de 1951, que disciplinava o mandado de segurança. Em 1992, a Lei 8.437 estendeu a suspensão de liminar também às medidas cautelares. 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 com a própria cronologia histórica do surgimento das agências reguladoras no Brasil⁹.

⁷ 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.

⁸ Art. 5 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Conforme informação no site do planalto, a referida lei foi publicada no DOU de 1.7.1992. Acesso em 17.07.2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm>.

⁹ As agências reguladoras foram instituídas no Brasil a partir da década de 90. Exemplos: Lei 9.427/1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL); Lei 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL); Lei 9.478/1997 (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP); Lei 9.782/1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA); Lei 9.961/2000 (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS); Lei 9.984/2000 (Agência Nacional de Águas – ANA); Lei 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ); MP 2.228-1/2001 (Agência Nacional do Cinema – ANCINE); Lei 11.182/2005 (Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC).

O marco final referente à data de 01/07/2018 foi estipulado de forma arbitrária, com o intuito de impedir o exame de novas decisões após a conclusão da análise descritiva.

A escolha por analisar pedidos de suspensão se justifica por se tratar de um remédio jurídico que incorpora elementos não jurídicos, a exemplo de efeitos de uma determinada decisão sobre o mundo prático. Tal fato se evidencia com a própria utilização, pelo artigo 4º da Lei nº 8.437 de 1992, das expressões “ordem”; “saúde”; “segurança”, e “economia públicas”¹⁰. A aferição de potencial lesão à economia pública, por exemplo, é uma análise de efeitos práticos no mundo dos fatos econômicos.

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 STJ da seguinte forma: “**suspensão adj3 segurança e agência adj reguladora**”. O intuito de combinar os termos de pesquisa da forma descrita foi viabilizar a análise do maior número de decisões com pertinência temática.

Em relação à busca, um total de 55 (cinquenta e cinco) decisões monocráticas e 3 (três) acórdãos foram encontrados.

2.1 Formação da base de dados

Inicialmente, deve restar consignada a exclusão dos 3 (três) acórdãos que foram localizados. O Agravo Interno na SLS 2129/BA¹¹ foi desprovido com a reafirmação integral das razões utili-

10 Art. 4 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.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno. Suspensão de liminar e de sentença. Decisão que permite a prestação de serviços de transporte de passageiros sem a devida autorização do órgão competente. Suspensão deferida. Lesões à ordem e segurança públicas comprovadas. Agravo interno desprovido. Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2129 - BA: 2016/0062650-3. Agravante: Roberto Aguiar Da Silva de Caetite - Me - Microempresa. Agravada: AGERBA - Agencia Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia. Relator: Ministra Presidente Laurita Vaz. Brasília, DF. Data de Julgamento: 05/10/2016. Publicação: 21/10/2016.

zadas na decisão monocrática tomada na SLS 2129/BA. Assim, como a referida decisão já constava da base de dados, o referido acórdão foi excluído.

O Agravo Regimental na SS 2727/DF¹² 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 – AM¹³ 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, o número se encontra equivocado. A razão é simples. O resultado deixou de contemplar uma reconsideração de entendimento do Ministro Edison Vidigal no bojo da suspensão da SL 000079 - RJ¹⁴. 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 – RJ¹⁵. O número de 55 (cinquenta e cinco) resultados incluiu apenas a segunda decisão e desconsiderou a primeira. Ocorre que as 2 (duas) 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 Supe-

12 _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença. Decisão atacada pelo incidente suspensivo que interfere na função regulatória da ANEEL quanto à fiscalização da produção e comercialização de energia elétrica. Grave lesão à ordem pública configurada. Suspensão deferida. Agravo regimental desprovido. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2727 - DF: 2014/0183348-0. Agravante: Santo Antonio S.A. Agravada: ANEEL. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF. Data de Julgamento: 03/09/2014. Publicação: 16/10/2014.

13 _____. Superior Tribunal de Justiça. Conexão. Continência. Conflito de Competência nº CC 41444 – AM: 2004/0015602-2. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Data de Julgamento: 06/02/2004. Publicação: 16/02/2004.

14 _____. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar nº 79 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF. Data de Julgamento: 13/04/2004.

15 _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 79 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Edison Vidigal. Brasília, DF. Data de Julgamento: 27/04/2004.

rior Tribunal de Justiça, passou-se à leitura atenta de cada decisão, com o intuito de analisar a pertinência temática das referidas decisões com o objetivo do trabalho aqui 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. Para tal fim, foram excluídos Recursos Especiais, Recursos em Mandado de Segurança, Agravos em Recursos Especiais, Conflitos de Competência e Agravo em Medida Cautelar.

Ainda nesse sentido, 6 (seis) decisões tomadas no bojo de pedidos de suspensão versavam sobre questões meramente processuais e por isso foram retiradas.

A base de dados é 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 001639¹⁶.

Nesse sentido, finaliza-se a delimitação do objeto a ser explorado e descrito. As referidas 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. 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 a base de dados de 36 (trinta e seis) decisões monocráticas.

Assim, 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 referidos juízos sobre o

16_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e Sentença nº 001639 - RJ (2012/0175070-5). Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF. Data de Julgamento: 02/10/2012.

futuro é, ou não, acompanhada de estudos, documentos técnicos ou dados aptos a lhes fornecer suporte. Confira-se:

BASE DE DADOS

Nº	Caso	Tema	Re-que-rente/ Inte-ressa-da	Pre-sen-ça de argu-mento con-se-quen-cialis-ta?	Exem-pto de formula-ção	O voto dos ministros acompanha documen-tos, estudos ou dados?	Resultado
1	SLS nº 2162	M R E / GSF	ANEEL	Sim	Ofensa à ordem e a economia públicas.	Não – apenas indica precedentes: Ex.: SLS nº 2.039/DF	Def.
2	SLS nº 2305	Crédito Quiro-grafá-rio	A N A - TEL	Não	N/A	N/A	Não conhecido.
3	SLS nº 2264	Con-cessão de Trecho	ANTT	Não	N/A	N/A	Não conhecido.
4	SS nº 2878	Tarifa	A R E - SEP	Sim	Não se eviden-cia lesão à coleti-vidade	Não – ape-nas indica precedentes: Ex.: SLS nº 2.039/DF	Não conhecido.
5	SS nº 2869	Tarifa	A R - SESP	Sim	Não se eviden-cia lesão à coleti-vidade	Não – ape-nas indica precedentes: Ex.: SLS nº 771/SC	Não conhecido.

6	SLS nº 2157	Pedá-gio	ANTT	Sim	Equação econô-mico-financei-ra.	Sim. (1) Petição nº 255542/2016; e (2) PARECER TÉCNICO: 040/2015/ GEINV/ SUINF.	Def.
7	SLS nº 2129	Trans-porte/ Fiscalização	AGER-BA	Sim	Dese-quilíbrio econô-mico-financei-ro.	Não. Apenas remete a cópias de processos ajuizados pela mesma interessada.	Def.
8	SLS nº 2102	FID	ANEEL	Sim	Simula-ção do impacto financeiro.	Sim. Simu-lação do impacto financeiro realizada pelo Superin-tendente de Regulação de Serviços da ANEEL.	Def.
9	SLS nº 2118	Susta-ção de Protes-tos de Dupli-cata - Fiscalização	ARSAL	Sim.	Não de-correm efeitos lesivos.	Não.	Indef.

10	SS nº 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 nº 2727	Reserva de Energia elétrica (CCEE)	ANEEL	Sim.	Lesão à ordem pública.	Não. apenas indica precedentes: Ex.: SLS nº 1911/DF.	Def.
12	SLS nº 2022	Linha Telef.	ANATEL	Sim.	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.	Não. apenas indica precedentes: AgRg na SLS nº 1.320/BA.	Não conhecido.
13	SLS nº 1996	Transporte	ANTT	Sim.	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.	Não.	Def.
14	SLS nº 1964	Transporte	ANTT	Sim.	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.	Não.	Def.
15	SLS nº 1956	Qualidade de Serviço	ANATEL	Sim.	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.	Não. apenas indica precedentes: Ex.: AgRg na SLS nº 1320/BA.	Indef.

16	SLS nº 1906	TAXI Irregular	ARSAL	Sim.	Não se verifica grave dano.	Não. apenas indica precedentes: AgRg na SLS 951/RS.	Indef.
17	SLS nº 1858	Iluminação	ANEEL	Não.	N/A	N/A	Não conhecido.
18	SS nº 2659	Licitante	ANA-TEL	Não.	N/A	N/A	Remessa ao STF.
19	SLS nº 1701	Royalties	ANP	Sim.	Não geram lesão à economia do Estado.	SIM. Ex.: RDC/ANP nº 40/2009 e RD nº 983/2011 da ANP.	Indef.
20	SLS nº 1729	Contrato	ANTT	Sim.	Não gera lesão à ordem e economia públicas.	Não.	Indef.
21	SS nº 2637	Compensação Financeira	ANEEL	Sim	Causa lesão aos outros municípios.	Não.	Indef.
22	SLS nº 001639	Dano Ambiental	ANP	Sim.	Não prospera a alegação de lesão à ordem econômica.	Não	Indef.

23	SLS nº 1652	Posse/Obra Pública	ANTT	Sim.	Circulação da produção interna bruta estadual não se encontra embarçada.	Não/Remissão genérica aos autos.	Indef.
24	SS nº 2601	Concurso Público	ADA-SA	Não.	N/A	N/A	Indef.
25	SS nº 2373	Transporte Inter-municipal	ARSAL	Sim.	Risco de grave lesão à ordem pública e à segurança públicas.	Não. Apenas remissão a precedentes. Ex.: AgRg na SLS n. 989/BA.	Def.
26	SLS nº 1266	Reajuste Tarifário	ANEEL	Sim.	Isso parece significar o afastamento do reajuste.	Não	Indef.
27	SS nº 1930	Desconto em passagem	ANAC	Sim.	“Probabilidade”	Não.	Indef.
28	SS nº 1925	Espaço Público/Co-brança	ANA-TEL	Sim.	Valor não é significativo.	Não.	Def. em parte.
29	SLS nº 373	Gás	AR-SEP	Sim.	Risco inverso de prejuízo.	Não.	Indef.

30	SLS nº 183	Reajuste Tarifário	ANEEL	Sim.	Aumento do "Risco Brasil"	Não.	Def.
31	SS nº 1442	Corte de água	ARCE	Sim.	Consequências também no desenvolvimento econômico.	Não.	Indef.
32	SLS nº 54	Contrato/ Prorrogação	ANEEL	Sim.	Não ultrapassa o efeito da conjectura.	Não, porém adota uma postura de não agir.	Def.
33	SL nº 79	Royalties	ANP	Sim.	Qualquer que seja a minha decisão, trará efeitos negativos.	Não.	Def.
34	SS nº 1248	Transporte	ARCE	Sim.	Impactos econômicos negativos de transporte clandestino.	Não.	Def.
35	AgRg na SLS nº 1639	Dano Ambiental	ANP	Sim.	Lesão à economia.	Sim. Documentação acostada às fls. 1236/1258. Comprovação de Prejuízo.	Def. Parcial

36	AgRg na SL nº 79	Royal-ties	ANP	Sim.	Manutenção dos efeitos apenas reduz os valores devidos.	Sim. Parecer Técnico nº 074/2003/SPG e Parecer Técnico nº 075/2003/SPG.	Indef.
----	------------------	------------	-----	------	---	---	--------

Uma primeira informação é importante. Em 5 (cinco) casos foram constadas a ausência de argumentos consequentialistas nas referidas decisões monocráticas: (i) no caso da SLS nº 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 nº 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 nº 2264 não chega a adentrar o mérito do pleito; (iii) na SLS nº 1858, não existiu ação originária proposta contra o Poder Público que formulou o pedido de suspensão, no caso o município de Apuiaries-CE. A ação originária foi ajuizada pelo ente municipal, sendo um pedido liminar deferido em favor do referido requerente. Ocorre que, com a interposição de um agravo de instrumento, o relator do referido recurso atribuiu ao mesmo efeito suspensivo. A decisão objeto do referido 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 nº 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 nº 2601 versou sobre simples aprovação em concurso público, não possuindo qualquer pertinência temática ao trabalho aqui proposto.

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. O fato de o referido documento, estudo ou dado ser produzido por parte do processo ou terceiro alheio ao processo não parece possuir relevância, uma vez 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 que esbarra na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia.

Uma vez realizados os referidos esclarecimentos, 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. No caso:

Os 5 (cinco) casos acompanhados por dados técnicos

Caso	Identificação dos documentos, estudos ou dados:
SLS nº 2157	Petição nº 255542/2016; e PARECER TÉCNICO: 040/2015/GEINV/SUINF.
SLS nº 2102	Simulação do impacto financeiro realizada pelo Superintendente de Regulação de Serviços da ANEEL.
SLS nº 1701	RDC/ANP nº 40/2009 e RD nº 983/2011 da ANP.
AgRg na SLS nº 1639	Documentação técnica acostada às fls. 1236/1258. Comprovação de Prejuízo econômico.
AgRg na SL nº 79	Parecer Técnico nº 074/2003/SPG e Parecer Técnico nº 075/2003/SPG.

Assim, em 26 (vinte e seis) casos 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. Nos referidos precedentes, a possibilidade de ocorrência de suposta lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas foram analisadas sem apego a possibilidades reais de concretização e probabilidades estatísticas de ocorrência.

Por tal razão, a hipótese de pesquisa restou confirmada. De fato, a maior parte de prognoses quando do julgamento de pedi-

dos de suspensão de segurança em casos de direito regulatório não passam de espasmos intuitivos dos julgadores, ainda que eventualmente bem-intencionados.

A confirmação da hipótese de pesquisa parece indicar que as referidas decisões carecem de fundamentação racional. No ponto, outro número deve ser mencionado. Em 9 (nove) decisões monocráticas, os ministros indicaram de forma expressa precedentes subsequentemente aptos a dar lastro às referidas prospecções. Ocorre que as referidas remissões parecem pouco acrescentar. Confira-se como exemplo o caso da SLS nº 1906. Na referida 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 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. 4º da Lei n. 8.437/1992. Precedentes. – (...). Agravo regimental improvido.”¹⁷

17 _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 951/RS. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, DF. Data de Julgamento: 05/02/2009.

A referida remissão, apesar de ser uma estratégia usual quando da fundamentação de decisões jurídicas, parece insuficiente quando da utilização de argumentos consequencialistas por parte da autoridade judicante. Tal fato parece evidenciar 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 parecem deixar de observar qualquer conexão entre o pedido ou causa de pedir dos referidos precedentes, devendo ainda ser ressaltada que qualquer questão de afinidade por ponto comum de direito parece extremamente tênue para fundamentar prospecções. Como mencionado, a SLS nº 1906 versa sobre transporte intermunicipal de passageiros e a SLS 951/RS versa sobre fornecimento de medicamento para paciente portadora de leucemia.

O caso acima descrito não parece ser isolado. As remissões utilizadas pelos Ministros parecem não contribuir para o enfrentamento de incertezas estruturais inerentes à dimensão descritiva de argumentações consequencialistas aplicadas ao direito.

3.1. CONSEQUÊNCIAS APONTADAS

A identificação das consequências apontadas pelos julgadores dos pedidos de suspensão que compõem a base de dados parece indicar que as consequências consideradas quando do momento da prolação de decisões são majoritariamente consequências econômicas¹⁸, a despeito da própria redação da Lei nº 8.437/92. A utilização dos termos de busca “agência” e “reguladora” parecem ter influenciado no resultado obtido. Confira-se uma tabela para fins de facilitação da compreensão correta da base de dados:

18 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**. UNICAMP. Impresso. v. 20, 2011, p. 1-31.

Natureza dos argumentos consequentialistas

Caso	Natureza do Argumento	Exemplo de formulação
SLS nº 2162	econômico	Ofensa à ordem e a economia públicas.
SS nº 2878	econômico	Não se evidencia lesão à coletividade
SS nº 2869	econômico	Não se evidencia lesão à coletividade
SLS nº 2157	econômico	Equação econômico-financeira.
SLS nº 2129	econômico	Desequilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 2102	econômico	Simulação do impacto financeiro.
SLS nº 2118	econômico	Não decorrem efeitos lesivos.
SS nº 2806	econômico	Lesão à ordem e economia públicas.
SS nº 2727	econômico	Lesão à ordem pública.
SLS nº 2022	econômico	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 1996	econômico	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 1964	econômico	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 1956	econômico	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 1906	econômico	Não se verifica grave dano.
SLS nº 1701	econômico	Não geram lesão à economia do Estado.
SLS nº 1729	econômico	Não gera lesão à ordem e economia públicas.
SS nº 2637	econômico	Causa lesão aos outros municípios.
SLS nº 001639	econômico	Não prospera a alegação de lesão à ordem econômica.
SLS nº 1652	econômico	Circulação da produção interna bruta estadual não se encontra embaraçada.
SS nº 2373	econômico	Risco de grave lesão à ordem pública e à segurança públicas.
SLS nº 1266	econômico	Isso parece significar o afastamento do reajuste.

SS nº 1930	econômico	“Probabilidade”
SS nº 1925	econômico	Valor não é significativo.
SLS nº 373	econômico	Risco inverso de prejuízo.
SLS nº 183	econômico	Aumento do “Risco Brasil”
SS nº 1442	econômico	Consequências também no desenvolvimento econômico.
SLS nº 54	econômico	Não ultrapassa o efeito da conjectura.
SL nº 79	econômico	Qualquer que seja a minha decisão, trará efeitos negativos.
SS nº 1248	econômico	Impactos econômicos negativos de transporte clandestino.
AgRg na SLS nº 1639	econômico	Lesão à economia.
AgRg na SL nº 79	econômico	Manutenção dos efeitos apenas reduz os valores devidos.

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 formulação do argumento, muitas vezes não evidente. Os casos versaram sobre argumentos econômicos, mesmo quando se valeram de expressões vagas como “lesão à coletividade”. Como exemplo do afirmado, pode ser destacado o pedido de suspensão SLS nº 2878. O pedido de suspensão SLS nº 2878 foi ajuizado pela Companhia de Gás de São Paulo – COMGÁS contra acórdão proferido pela 1ª 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. 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 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 inicial¹⁹.

A estipulação de prazos para conclusão de revisões tarifárias parece ser um assunto econômico, porém o ministro mencionou genericamente o termo “lesão” sem se valer expressamente da redação prevista no art. 4º da Lei 8.437 de 1992. Por tal razão, apesar de o artigo 4º 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.

4. ANÁLISE CRÍTICA

O Poder Judiciário pode contribuir de forma autônoma e drástica para o incremento de riscos econômicos de qualquer setor regulado, muitas vezes em razão de sua morosidade e da falta de previsibilidade das decisões judiciais.²⁰ O pedido de suspensão de segurança parece referendar o afirmado, uma vez que sob a justificativa de prevenção de riscos econômicos, nos termos da literalidade do artigo 4º da Lei nº 8.437/1992, o instituto submete ao crivo do Poder Judiciário a análise de casos concretos que envolvem raciocínios prospectivos e critérios científicos, extrajurídicos de adequação. Como restou constatado, no caso do presente trabalho, critérios essencialmente econômicos. Assim, a utilização

19 _____. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e Sentença nº 002878 - SP (2012/0175070-5). Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF. Data de Julgamento: 02/10/2012.

20 JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2016, p. 149.

de critérios extrajurídicos de adequação pela autoridade judicante será objetivamente inadequada se as consequências associadas à decisão forem diversas das imaginadas quando de sua fundamentação. No ponto, confira-se Luis Fernando Schuartz:

Isto porque qualquer juízo consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência; e tal especificação (e possivelmente, por extensão, também a decisão que nela se baseia) será objetivamente inadequada se puder ser mostrado que as consequências associadas às decisões em questão são diversas daquelas imaginadas pelo decisor.²¹

Em complementação ao raciocínio do referido autor, a demonstração de discrepância entre as consequências imaginadas e as consequências associadas à decisão parece atribuir um ônus de argumentação ao autor da decisão que independe da existência das referidas discrepâncias. A dimensão descritiva do raciocínio consequencialista parece estar relacionada à confiabilidade das prognoses realizadas, a despeito de sua verificação prática. O que parece realmente estar em jogo é a possibilidade de submissão da argumentação utilizada pela autoridade judicante, quando da argumentação consequencialista, a um conjunto comum de condições de racionalidade. Não custa lembrar que essas condições são condições “universais”²² de racionalidade, em razão da mencionada pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia.

Assim, a racionalidade de uma decisão não parece depender de uma aferição concreta de uma consequência fática ou da discrepância entre uma consequência fática e uma consequência imaginada, mas sim de um processo de argumentação como um processo de justificação. “Logo, a noção essencial é a de dar (o que

21 SCHUARTZ, Luis Fernando: *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. Op. Cit., p. 384.

22 Id.

se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões.”²³ A visão aqui é de Neil Maccormick, que considera que o processo que vale ser estudado é o processo de argumentação como processo de justificação.²⁴

É interessante a compreensão de que a racionalidade das decisões que compõem a base de dados parece depender de um processo de justificação de segunda ordem. Um bom exemplo seria a própria justiça formal, que talvez não se relacione imediatamente com o caso concreto em análise²⁵. Seguindo a referida lógica de justificações de segunda ordem, existem estratégias de segunda ordem que podem ser relacionadas ao referido processo de justificação. Exemplificativamente, podemos pensar em casos em que não existe a possibilidade de atribuição de uma razão de primeira ordem para a tomada de uma decisão. Nesses casos, estratégias de decisão de segunda ordem são consideradas racionais.²⁶

O presente trabalho utiliza-se de uma concepção genérica de que decisões de segunda ordem podem ser conceituadas como decisões sobre decisões. Alguns autores consideram que não seriam simples decisões sobre decisões, mas dependeriam de uma agenda relacionada à redução de custos de decisões ou até um comportamento de evitar a tomada de decisões.²⁷ Assim, uma decisão que considere consequências econômicas pode ser considerada racional se for adequadamente fundamentada, a despeito da ocorrência prática ou não das referidas consequên-

23 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 19.

24 Id.

25 Id.

26 VERMEULE, Adrian. **Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155>. O referido autor discorre sobre agências e casos de incerteza genuína. A possibilidade pode ser aplicada analogicamente ao caso do Poder Judiciário nos julgamentos de pedidos de suspensão de segurança em matéria regulatória. Confira-se o seguinte trecho: “*There is a category of agency decisions in which it is rational to be arbitrary, in the sense that no first-order reason can be given for agency choice within a certain domain, yet some choice or other is inescapable, legally mandatory, or both. In some cases, even coin-flipping may be a perfectly rational strategy of decisionmaking for agencies*”. Ibid., p. 2.

27 SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**. No. 57, 1998, p. 2-3. Confira-se: “*Our particular interest here is in second-order decisions. The term requires some clarification. In the case of second-order desires, one deals with desires-about-desires; in the case of second-order beliefs, one deals with beliefs-about-beliefs. In the case of second-order decisions, however, one does not exactly deal with decisions-about-decisions. Rather, one deals with the decision about appropriate strategies for avoiding decisions or for reducing their costs. More particularly, our concern is with strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance*”.

cias econômicas aferidas no momento de sua prolação. Nesse sentido, “a justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas são escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante.”²⁸ Quais seriam as deliberações rivais nos pedidos de suspensão de segurança em análise? Prospecções baseadas em estudos, dados e documentos técnicos *versus* prospecções não baseadas em estudos, dados ou documentos técnicos. Neil MacCormick considera que a justificação de segunda ordem “está preocupada com o que faz sentido no mundo (jurídico), enquanto o argumento silogístico estabelece a moldura segundo a qual referidos critérios fazem sentido enquanto argumentos jurídicos.”²⁹

Qual seria a moldura legal no presente caso? O dever de fundamentação e a Lei nº 8.437/1992. Por imposição constitucional, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentados, sob pena de nulidade.³⁰ A fundamentação, também chamada de motivação, é a análise, a justificação ou o pronunciamento que a autoridade judicante realiza em suas decisões sobre todas as questões de fato e de direito que antecedem o julgamento do pedido. A fundamentação deve ser observada para justificar racionalmente a decisão da autoridade judicante.³¹ Para utilizar Maccormick, essa pode ser considerada a moldura legal estabelecida pelo argumento silogístico. Ocorre que o dever de fundamentação e a literalidade do artigo 4º da Lei nº 8.437/1992 não parecem suficientes para análises consequencialistas em pedidos de suspensão de segurança.

Nesse sentido, a questão que se coloca é a seguinte: como pode a argumentação jurídica nos referidos pedidos de suspensão

²⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit., p. 129.

²⁹ PISCITELLI, Thatiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. Op. Cit., p. 19.

³⁰ Artigo nº 93, inciso IX da Constituição Federal da República Federativa do Brasil: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

³¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*. Volume III. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 295.

de segurança avançar quando as normas tiverem sido esgotadas?³² A resposta parece ser obtida com uma justificação de segunda ordem. A razão é simples e decorre do fato de que qualquer justificação de uma decisão na área regulatória deve envolver a criação de uma “deliberação” que é (em seu estrito senso lógico) “universal” ou “genérica”.³³ A ideia aqui é de simples aplicação do princípio da isonomia, seja entre entes reguladores ou particulares regulados.

A título meramente exemplificativo, no Pedido de Suspensão de Liminar e Sentença nº 183 – SLS 000183, no qual foi analisada uma decisão liminar que impedia a cobrança de revisão tarifária de consumo de energia elétrica³⁴ perpetrada pela ANEEL, o presidente do Superior Tribunal de Justiça deferiu o pedido de suspensão com base em argumentação consequencialista ampla³⁵, por meio de uma aparente concepção própria do chamado “Risco Brasil”. Confira-se:

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 (grifou-se)**³⁶.

32 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit., p. 127.

33 Id.

34 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.

35 Sobre o uso e a não fungibilidade das expressões “argumento prático”, “argumento pragmático” e “argumento consequencialista” 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 ss.

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 183 - CE: SLS 000183. Relator: Ministro Presidente Edson Vidigal. Brasília, DF. Data de Julgamento: 06/10/2005.

A referida argumentação foi aliada a uma rápida menção, em apenas um pequeno parágrafo, ao exercício regular de competência legal por parte da ANEEL³⁷. No entanto, a linha argumentativa parece centralizar-se em argumentos consequencialistas de cunho econômico. É interessante considerar que a postura do relator parece assumir um tipo de versão “maxmin”³⁸. Confira-se outro trecho da decisão 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 (grifou-se).**³⁹

No caso concreto em análise, a argumentação consequencialista parece ter tido um peso maior do que o argumento do exercício regular de competência legal por parte da ANEEL. O problema parece residir no fato de que as referidas consequências utilizadas no Pedido de Suspensão de Liminar e Sentença nº 183 – SLS 000183 não são sustentadas por nenhum dado empírico ou laudo técnico que permita aferir eventual probabilidade de realização prática no mundo real.

Ainda, conforme o trecho destacado, o julgador parece ter feito menção à chamada “crise do apagão” ocorrida no Brasil entre 1 de julho de 2001 e 19 de fevereiro de 2002, durante o segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, sendo causada por falta de planejamento e investimentos em geração de energia.

Aqui, faz-se necessária uma ressalva ao leitor. A referência à chamada “crise do apagão” é uma mera especulação do au-

37 “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...”. Id.

38 VERMEULE, Adrian. **Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)**. Op. Cit. Confira-se o seguinte trecho: “*Substantively, courts sometimes err by assuming that uncertainty demands worst-case reasoning. Courts, that is, assume that under uncertainty some version of maximin or (more generally) highly “conservative” assumptions are the only rational course*”.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 183 - CE: SLS 000183. Op. Cit.

tor do presente trabalho, uma vez que a correta identificação da crise a qual o julgador se referiu não pode ser extraída da fundamentação da decisão e, nesse caso, nem dos autos. Diversas outras crises ocorreram no setor elétrico e, como a possibilidade de volta do país à escuridão é um dos principais fundamentos utilizados pelo julgador para sustentar o deferimento do pedido de suspensão, a correta identificação parece elemento básico para interpretar a referida prognose.⁴⁰

O caso descrito é um bom exemplo da ampla margem que se abre para arbitrariedades quando se chancela uma aplicação generalizada de raciocínios consequencialistas ao direito. Meras intuições, opiniões e palpites não parecem contribuir para a criação de deliberações universalizáveis em conformidade com as quais decisões concretas podem ser justificadas:

Se acabasse se revelando que essas deliberações poderiam ser criadas somente de modo arbitrário, a ideia de ‘justificação’ envolvida seria bastante fraca, e qualquer noção de que a racionalidade orientasse o processo seria vazia⁴¹.

5. PROPOSTA NORMATIVA

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. No entanto, parece ser possível a formulação de uma proposta apta de ser operacionalizada por meio de uma decisão de segunda ordem por parte dos ministros julgadores.

40 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.

41 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit., p. 128.

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.⁴² 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 consequencialista em ascensão na prática regulatória composta pelas seguintes etapas: (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.⁴³

As 4 (quatro) primeiras etapas acima descritas podem perfeitamente ser aplicadas pela autoridade julgante. A principal delas, talvez consubstanciada na qualificação e coleta de dados técnicos, 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 até em casos de certeza. A coleta de dados pode ser insatisfatória ou até inviável financeiramente ou institucionalmente. Nessas hipóteses, parece ser justificada a 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 de 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.⁴⁴

42 SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*. Op. Cit., p. 3.

43 MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Op. Cit., p. 428.

44 VERMEULE, Adrian. *Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)*. Op. Cit. Confirma-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

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.

As demais etapas (ii, iii e iv) parecem 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 parece esbarrar na inércia da jurisdição.⁴⁵

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 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 já parece 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.

6. CONCLUSÃO

Quando a autoridade judicante fundamenta uma decisão por meio da análise de eventuais consequências produzidas pela

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".

45 Art. 2º da Lei 13.105 de 2015: O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

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 a remissão e o auxílio de profissionais especializados, estudos, dados e documentos técnicos. A opinião de juristas em áreas exógenas ao direito, como a área econômica, segue a sorte de opiniões vulgares e palpites comuns ao homem médio.

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. Por outro lado, não parece coerente investir em uma campanha de isolamento do ramo jurídico ao apelo consequencialista, uma vez que uma decisão judicial que desconsidera radicalmente eventuais possíveis consequências de sua prolação esbarra na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia.

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 parece coerente quando da utilização de argumentos econômicos consequencialistas. Tal coerência decorre do principal motivo de implementação da análise de impacto regulatório consubstanciado em fomentar transparência e previsibilidade econômica⁴⁶ aptas a atrair investimentos externos.

Uma estratégia de segunda ordem parece 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. ❖

46 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar, 2003, p. 37. Disponível em <<http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>>. Acesso em: 07/11/2018.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução n.º 61, de 20 de novembro de 2008. Altera a política tarifária para voos 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 infraestrutura 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. **Discricionariedade 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, Annekatriin. **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 Kontrollrichte 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.