

CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES DE FARIA - UNIALFA

Fábio Vinícius Gorni Borsato

**A DEFERÊNCIA JUDICIAL NO CONTROLE
DA ATIVIDADE REGULATÓRIA**

Goiânia

2025

FABIO VINICIUS GORNI BORSATO

**A DEFERÊNCIA JUDICIAL NO CONTROLE
DA ATIVIDADE REGULATÓRIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre ao Programa de Mestrado
em Direito Constitucional Econômico do Centro
Universitário Alves de Faria – UNIALFA.
Orientador: Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio

Goiânia

2025

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

B738d

Borsato, Fábio Vinícius Gorni.

A deferência judicial no controle da atividade regulatória. / Fábio Vinícius Gorni Borsato – 2025.

111 f.: 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico, Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Goiânia, 2025.

1. Deferência judicial. 2. Intervenção estatal. 3. Constituição Federal de 1988. 4. Regulação econômica. I. Carnio, Henrique Garbellini. II. UNIALFA. III. Título.

CDU: 342.9:346.5

Fábio Vinícius Gorni Borsato

**A DEFERÊNCIA JUDICIAL NO CONTROLE
DA ATIVIDADE REGULATÓRIA**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Mestrado em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves de Faria – UNIALFA. Área de concentração: Regulação Econômica.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio

Goiânia, 27 de outubro de 2025.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Henrique Garbellini Carnio
(Orientador)

Profa. Dra. Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque Santos
Avaliadora

Professor Dr. Marcelo Toffano
Avaliador

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as graças concedidas.

À minha esposa, Synara e à minha filha Isabela, pela compreensão das horas de privação, compensadas pela alegria dos momentos do nosso convívio. Por mais que eu tente, dificilmente retribuirei o amor de vocês. Qualquer expressão de gratidão é pequena, diante do presente de ter vocês comigo.

Ao meu pai Antonio, pela humildade que encanta, à minha mãe Silvia, pelo cuidado diuturno, e à minha irmã Fabiane, inspiração acadêmica.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio, pelas ideias trabalhadas nas disciplinas regulares do Mestrado e os aportes na orientação da dissertação, bem como à Profa. Dra. Mariana Baeta Neves Matsushita e ao Prof. Dr. Ricardo Luiz Nicoli, pelas relevantes contribuições trazidas na banca de qualificação e, de igual modo, à Profa. Dra. Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque Santos e ao Prof. Dr. Marcelo Toffano, que gentilmente aceitaram o convite para integrarem a banca examinadora da defesa de dissertação, aportando pertinentes ponderações e questionamento sobre o tema abordado.

À UNIALFA, pelo corpo docente e estrutura altamente qualificados, e o amplo suporte dispensado nas atividades acadêmicas.

Aos colegas do Mestrado da UNIALFA, em especial aqueles com quem tive a oportunidade de compartilhar ideias, por vezes transcendentais ao direito constitucional econômico.

À minha equipe de trabalho da 5ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia, e nas demais unidades jurisdicionais e administrativas do TJGO onde desempenhei funções no interregno do Mestrado. A minha gratidão pelo esforço e dedicação para a entrega da prestação jurisdicional célere e de qualidade.

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, instituição que me acolheu como membro do Poder Judiciário em 2011, e que muito me honra integrar ao lado de valorosas pessoas, pelas condições de trabalho adequadas e em constante aprimoramento, bem como ao estímulo à capacitação do corpo funcional, condizentes com o reconhecimento obtido a nível nacional pela qualidade e eficiência.

“só precisamos de generosidade na falta de amor, e é por isso que, quase sempre, precisamos ... Como não sabemos amar, fingimos amar, é o que se chama moral. E os filhos imitam os pais, que imitam os seus. O mundo é um teatro, a vida é uma comédia, em que, no entanto, nem todos os papéis se equivalem, e nem todos os atores”
(André Comte-Sponville – Pequeno Tratado das Grandes Virtudes)

BORSATO, Fábio Vinícius Gorni. A deferência judicial no controle da atividade regulatória. Goiânia: 2025

RESUMO

A ordem econômica disciplinada na Constituição Federal de 1988 funda-se na ponderação de valores essenciais como a justiça social e a livre iniciativa, e as reformas posteriormente introduzidas no texto constitucional, criando as agências reguladoras e estruturando o poder regulamentar, define a estrutura jurídica de intervenção do Estado na ordem econômica, moldando a atuação dos agentes econômicos e dos destinatários dos serviços. A atividade de regulação da economia submete-se a constante aprimoramento, visando a adesão dos regulados, o que exige o emprego de novos modelos regulatórios, priorizando a participação dos próprios destinatários da regulação, o que traduz exercício da democracia no aspecto econômico. Com a consolidação das estruturas do regime jurídico-administrativo no estado democrático de direito, observa-se a incorporação de premissas do pragmatismo no processo de transição da supremacia estatal da administração para a promoção dos direitos fundamentais dos administrados. Diante do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, é comum que questionamentos sobre a regulação sejam submetidos ao crivo do Poder Judiciário. No controle judicial da atividade regulatória, o emprego de fundamentos abstratos e o desrespeito à capacidade de outras instituições constitui vetor negativo na dinâmica econômica e social. A falta de conhecimentos técnicos específicos pelo órgão jurisdicional acentua a possibilidade de erro e a substituição da decisão do regulador pela ordem judicial de fundamentos abstratos abala as relações entre instituições. Argumentos decisórios fundamentados no minimalismo, na autocontenção judicial e na teoria das capacidades institucionais apresentam-se como pertinentes para a adoção de posicionamento do órgão julgador na hipótese de controle da atividade regulatória. Esses argumentos decisórios recomendam cautela do Poder Judiciário nos casos de substituição da vontade do regulador, no objetivo de atender finalidades abstratas, como o interesse público. A deferência judicial não traduz postura negativa ao controle judicial da atividade regulatória, mas um convite para a investigação da qualidade da regulação e de que modo ela contribui para a aderência dos seus destinatários.

Palavras-chave: Deferência judicial; Intervenção estatal; Direito e economia; Pragmatismo; Regulação econômica.

ABSTRACT

The economic order established in the Federal Constitution of 1988 is based on the balancing of essential values such as social justice and free enterprise, and subsequent reforms introduced in the constitutional text, which created regulatory agencies and structured the regulatory power, define the legal framework of State intervention in the economic order, shaping the role of economic agents and of the recipients of the service. The regulatory activity of the economy goes through continuous improvement, aiming at the compliance of those regulated. This requires the adoption of new regulatory models, prioritizing the participation of the very subjects of regulation, reflecting the exercise of democracy in the economic sphere. With the consolidation of the structures of the legal-administrative regime under the democratic rule of law, one observes the incorporation of the premises of pragmatism in the transition from the State's administrative supremacy toward the promotion of the fundamental rights of citizens. In view of the fundamental right to access to justice, it is common for questions concerning regulation to be submitted to the inspection of the Judiciary. In the judicial review of regulatory activity, the use of abstract fundamentals and the disregard for the expertise of other institutions constitute a negative factor in the economic and social dynamics. The lack of specific technical knowledge on the part of the judicial body increases the likelihood of error, and the replacement of the regulator's decision by a judicial order based on abstract grounds undermines the relations among institutions. Decision-making arguments based on minimalism, judicial self-restraint, and the theory of institutional capacities are relevant to the adoption of a judicial stance in cases involving the review of regulatory activity. Such arguments call for caution on the part of the Judiciary when replacing the regulator's will in pursuit of abstract goals, such as the public interest. Judicial deference does not represent a negative attitude toward the judicial review of regulatory activity, but an invitation to investigate the quality of regulation so that it contributes to the compliance of its addressees.

Keywords: Self restraint; Government intervention; Law and economics; Pragmatism; Economic regulation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 EVOLUÇÃO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: DA PROTEÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL À PROMOÇÃO DE VALORES.....	11
2.1 Ordem econômica na Constituição Federal de 1988.....	16
2.2 Democracia Econômica e o incentivo à difusão do conhecimento econômico.....	18
3 INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO – O SURGIMENTO DE NOVOS INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS.....	24
3.1 O processo da destruição criativa e dispersão da informação: os desafios para a regulação da atividade econômica.....	25
3.2 A teoria da escolha pública e o mito do interesse público.....	27
3.3 Regulação policêntrica – o pragmatismo a favor da informação e da aderência dos regulados.....	32
3.3.1 Apontamentos sobre a regulação no Brasil.....	33
3.3.2 Os desafios para a regulação: confiança, informação e adesão.....	36
3.3.3 Soluções da Nova Governança para maior eficiência no ambiente regulatório.....	39
4 O COMPORTAMENTO JUDICIAL NO CONTROLE DA ATIVIDADE REGULATÓRIA.....	48
4.1 Pressupostos do pragmatismo jurídico.....	48
4.2 Minimalismo judicial.....	51
4.3 Autocontenção judicial.....	59
4.4 A teoria das capacidades institucionais e a reduzida expertise do Poder Judiciário no controle das escolhas subjacentes à regulação econômica.....	69
4.5 Consequencialismo e as orientações para a adoção do padrão decisório minimalista - o óbice legal do art. 20, da LINDB.....	77
4.6 Os tribunais e a contenção judicial no controle da atividade regulatória.....	81
4.6.1 Doutrina Chevron, deferência judicial no controle do poder regulamentar e a recente revisão no caso <i>Loper Bright x Raimondo</i> nos EUA.....	82
4.6.2 O dever de deferência às decisões das agências reguladoras no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.....	90
4.7 O <i>self restraint</i> como incentivo à Democracia Econômica.....	100

5 CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS.....	107

1 INTRODUÇÃO

A evolução da intervenção do Estado no domínio econômico, a proteção da liberdade individual e a promoção de valores integra, de longa data, os debates acerca da relação entre direito e economia. As diversas formas de como o Estado exerce interferência na atividade econômica despertam o interesse do pesquisador das áreas jurídicas sobre o modo de influência dos atos normativos e posicionamentos das instituições na dinâmica da economia.

O objeto da presente pesquisa cinge-se à avaliação da relevância da deferência judicial no controle da atividade regulatória policêntrica e, assim, na confirmação da legítima postura do Poder Judiciário quando reconhece a sua reduzida capacidade de controlar escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica e seus efeitos sistêmicos. Ainda, que essa posição de reforço do papel institucional das agências regulatórias faz prevalecer a avaliação alicerçada em conhecimentos multidisciplinares numa sociedade complexa e, consequentemente, preserva os interesses nacionais de desenvolvimento.

Portanto, o objetivo geral é a exposição de argumentos favoráveis à legitimidade da autocontenção judicial na intervenção da atividade regulatória, levando em consideração a aplicação de novos modelos de regulação.

Na metodologia empregada, prevalece método dedutivo, de natureza exploratória e comparativa, através de estudo bibliográfico e documental, mediante a seleção de textos relacionados ao objeto do trabalho e estudo de casos envolvendo o comportamento dos órgãos jurisdicionais no controle da atividade regulatória.

O estabelecimento do programa referente à ordem econômica na Constituição Federal de 1988 e o desenvolvimento de um conceito de democracia econômica, incentivando a promoção do conhecimento econômico e o equilíbrio entre a livre iniciativa e a justiça social, integram o Capítulo 2 do estudo.

Em seguida, no Capítulo 3, o fenômeno da destruição criativa e da inovação são abordados para a compreensão dos novos fenômenos de dispersão da informação. Segue-se com a abordagem da aproximação de conceitos das ciências econômicas à ciência política, para embasar as escolhas públicas, atribuindo enfoque especial sobre a dificuldade de, concretamente, conciliar o interesse público, o que acarreta a formulação de modelos diversos de regulação.

O Capítulo 3, em sua parte final, aborda a aproximação das premissas do pragmatismo à atividade regulatória, com a finalidade de melhorar a informação e a aderência dos destinatários da regulação - agentes econômicos e usuários dos serviços - elencando os novos instrumentos empregados nesse desígnio.

Apresentado o contexto da atual da regulação, a proposta do estudo avança para, também orientado por pressupostos do pragmatismo jurídico, no Capítulo 4, expor os argumentos decisórios que contemplam postura mais cautelosa do órgão jurisdicional, quando desafiado a exercer controle da regulação econômica, dentre eles, o minimalismo judicial, a autocontenção judicial e a teoria das capacidades institucionais. Nesse tópico central do estudo, o referencial teórico da pesquisa orienta-se pela produção acadêmica de Richard Posner, Cass Sustein e Adrian Vermeule.

Ainda no Capítulo 4, trata a distinção entre consequencialismo jurídico e a necessidade de aferir as consequências da decisão judicial nessa seara, abordando o artigo 20, da LINDB e o dever de justificação da decisão judicial.

Reserva-se, ainda, espaço para a contextualização da aplicação da *self restraint* no controle da regulação, no primeiro momento, com a abordagem da evolução da doutrina da deferência judicial nos Estados Unidos, orientada pelos posicionamentos da Suprema Corte e, em seguida, a análise de julgados do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, de modo a ilustrar o posicionamento das Cortes Superiores orientada pelo acolhimento da tese da deferência no ambiente judicial brasileiro.

Ao final do trabalho, são expostos os argumentos que indicam a deferência judicial no controle da regulação da economia, no plano atual, como comportamento recomendável e atento à promoção da difusão do conhecimento econômico e o tratamento interinstitucional convergente, com foco na qualidade da atividade regulatória, a evitar que a intervenção estatal pela jurisdição indique meio de insegurança na dinâmica socioeconômica.

2 EVOLUÇÃO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: DA PROTEÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL À PROMOÇÃO DE VALORES

A compreensão histórica da evolução dos formatos como os Estados passaram a gerir a intrínseca relação entre liberdade e igualdade dos indivíduos não comporta a afirmação de um marco inaugural específico.

A relação entre autonomia individual e liberdade antecede o movimento do liberalismo. A liberdade como ausência de opressão é inerente ao humano, a liberdade política remete aos gregos, a liberdade de crença marca a Reforma Protestante e a liberdade como realização pessoal é contemporânea às sociedades de massas¹.

Conquanto constitua um fenómeno histórico de difícil definição - reflexo da diversidade da história moderna, por consenso histórico, o movimento denominado de liberalismo nasceu na Inglaterra, subjacente à luta política que resultou na Revolução Gloriosa de 1688, cujos pilares basearam-se na tolerância religiosa e no governo constitucional.

Nasceu e se propagou na Europa a ideia de que a aliança entre a lei e a liberdade promove uma sociedade mais sadia e próspera do que qualquer outro formato preexistente de exercício de poder. Havia um desgaste que resultava do poder político excessivo da monarquia absoluta que pesava sobre as classes sociais, mas que passou a ser dispensada com o triunfo do sistema capitalista e a ascensão burguesa que se estabelecia.

Assim, o paternalismo de um poder excessivamente apegado às suas prerrogativas de mando cedeu espaço para a garantia da impessoalidade da lei, cujo desiderato era limitar o poder, estabelecendo formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa económica².

Nessa configuração, a esfera de liberdade individual é ilimitada, enquanto a atuação do Estado, ou seja, a intervenção estatal na esfera individual circunscreve-se a limites.

O Estado Moderno passou a assumir o ônus de justificar a intervenção em direitos individuais, obrigação que até então não lhe era exigida. Ademais, a ideia de separação dos poderes, que surgiu desse contexto político, revela a preocupação com a atuação limitada do Estado, de modo a existir um controle interno e recíproco dentro da sua organização.

1 MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo – antigo e moderno**. 3ª ed. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 48.

2 BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146.

Os clássicos do liberalismo, em suas elaborações iniciais, não estabeleceram oposição entre a livre iniciativa e justiça social. John Locke³, no *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, defendeu o direito de propriedade, mas atribuiu fundamentos morais a ela, como a utilidade, o trabalho a ela vinculado e a aquisição em proporções moderadas.

Nos *Princípios de Economia Política*, capítulos I e II, do Livro IV, John Stuart Mill⁴ reconheceu as injustiças existentes no sistema de propriedade privada, sugerindo medidas de aperfeiçoamento, como a limitação de herança, atenção ao controle da população e investimentos quantitativos e qualitativos em educação.

Adam Smith também se ocupou de ressaltar o bem-estar individual. Embora assentando sua teoria na existência de uma “mão invisível” para justificar a liberdade econômica, fez referência à suficiência salarial e que a felicidade numa determinada sociedade estaria comprometida se boa parte dos seus membros fosse pobre e miserável⁵.

No entanto, a teoria de Adam Smith, mais uma crença do que uma conclusão baseada em elementos científicos, passou a ser reconhecida como uma verdade absoluta, estruturou o liberalismo econômico e foi difundida posteriormente sob o prisma exclusivo do autointeresse, sem considerar os demais pressupostos éticos e morais⁶.

Na dinâmica social, o que se viu foi que essa liberdade ser pouco exercida pelos indivíduos em geral. De caráter mais formal, associava-se a um grupo limitado das pessoas, geralmente brancos e proprietários.

Consequentemente, na fase seguinte, o liberalismo afasta-se da base ética e moral presente na sua origem, como resultado de críticas que passou a receber quando exemplos da realidade começaram a evidenciar como era falaciosa a assertiva de que a harmonia social viria, como consequência lógica e automática, do reconhecimento dos direitos da liberdade.⁷

3 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 97.

4 MILL, John Stuart. **Princípios de Economia Política** - (Coleção Economia Política), eBook, p. 14.

5 O homem sempre precisa viver de seu trabalho, e seu salário deve ser suficiente, no mínimo, para a sua manutenção SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações. Investigação sobre a sua Natureza e suas Causas**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 120.

6 FRAZÃO, Ana. *Liberdade Econômica para Quem?* In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.), 1a ed. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**, 2020, p. 93.

7 “Assim, o projeto revolucionário, consubstanciado no Estado Liberal de direito, acabou sendo reduzido à mera supressão das desigualdades estamentais do Antigo Regime, mas não à consagração das liberdades individuais para todos. Substitui-se a aristocracia feudal pela aristocracia do dinheiro” (FRAZÃO, Ana. *Liberdade Econômica para Quem?* In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.), 1a ed. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**, 2020, p. 93)

O sistema capitalista se desenvolve, impondo à sociedade substanciais mudanças estruturais. O marco temporal dessa quadra histórica é a Revolução Industrial. No sistema político, o liberalismo e as ideias de mínima intervenção estatal se consolidam como modelo adequado de superação à ingerência estatal.

No sistema jurídico, os movimentos do legalismo passaram a orientar-se pela crença na razão do legislador, equiparando o Direito à lei, e o que antes era fruto de arbítrio, doravante procede da vontade racional⁸.

Então, as classes dominantes no exercício do poder inserem na lei o modelo de Estado ideal, de modo que os ordenamentos se impregnam do compromisso de consolidar a ascensão da burguesia no topo da pirâmide social. Não obstante tenha perecido o monopólio do monarca ou rei, transferido ao Estado, quem o deteve material e objetivamente foi a burguesia, que assumiu o controle do Estado⁹.

O pensamento marxista exerceu forte influência no contexto de ebulição dos movimentos sociais, especialmente pelo escopo de tentar explicar fenômenos jurídicos a partir do fenômeno econômico, e passar a conferir ao Estado um propósito não circunscrito à manutenção das classes dominantes, mas para a promoção da igualdade através de adequada tutela direcionada às classes sociais menos favorecidas.

Antes de envidar esforços teóricos substancialmente em economia política, Karl Marx formulou estudos de compreensão do direito, levando em consideração a revelação da insuficiência prática da aplicação dos pressupostos dogmáticos do liberalismo econômico. A abordagem jurídica no pensamento de Marx, embora com base distinta, assemelha-se ao realismo jurídico, no tocante à preocupação com a inserção do direito na sociedade.

Por essa e tantas outras razões, Marx pode ser considerado um pioneiro na análise econômica do direito. Se o desenvolvimento de suas ideias não causou uma ruptura do paradigma dominante, certamente autorizou a expansão do paradigma científico jurídico, e exerceu grande influência nos movimentos seguintes de diversas linhas de pensamento na ciência jurídica¹⁰.

8 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 35.

9 GRAU, Eros. *Mercado, Estado e Constituição*. In: **Boletim de Ciências Econômicas**, vol. XLVII. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, p. 109.

10 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Marx: um pioneiro da análise econômica do direito*. In: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, tomo XIII: direito econômico / coord. SAYEG, Ricardo Hasson. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2024 p. 8

A consolidação e a crítica ao sistema capitalista, secundada pela acomodação dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos, como síntese da força das lutas sociais e a tentativa de outorga de melhores condições materiais aos indivíduos mostra a relevância da intersecção entre economia e direito.

Em que pese o contato entre tais ciências em diversos momentos da história, há consenso quanto à relevância das transformações sociais do final do século XIX e início do século XX, e das necessidades de adaptação das finanças públicas dos Estados para atender às mais diversas exigências no contexto extraordinário da Primeira Guerra Mundial para o surgimento do Direito Econômico, caracterizado especialmente pela alteração das estruturas estatais e constitucionais.

O exemplo notório é a Constituição de Weimar, de 1919, vista como um projeto que se expande para todas as relações sociais¹¹.

Ao abordar a efetividade das normas constitucionais, Luís Roberto Barroso sintetiza a constitucionalização dos direitos sociais:

Na esteira do estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporam-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-los das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo.¹²

A bem da verdade, a tentativa do pensamento liberal incipiente de outorgar à força do livre mercado a missão de conferir maior igualdade entre as pessoas, como algo natural e inerente à funcionalidade do sistema socioeconômico (*laissez-faire*) restou frustrada.

Disso resultaram tensões internas na sociedade que estimularam o surgimento de correntes do pensamento crítico que culminaram na reformulação dos parâmetros de atuação estatal, configurando maiores possibilidades de promover intervenção na dinâmica econômica, no desiderato de promover a igualdade (*welfare state*).

Em meados do século XX, o pensamento neoliberal resgata críticas à intervenção estatal, com destaque para as falhas de regulação, todavia, não se mostra indiferente a questões de moral ou de justiça.

11 BERCOVICI, Gilberto. *As origens do direito econômico: homenagem a Washigton Peluso Albino de Souza*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Número Especial em Memória do Prof. Washigton Peluso Albino de Souza. pp. 253-263, 2013, p. 258.

12 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

Friederich Hayek mostra-se favorável à intervenção do Estado na economia, desde que seja em favor da concorrência e não contra ela, mas não define, claramente, as hipóteses justificadoras da intervenção. Além disso, reconhece as limitações do mercado que admite um mínimo uniforme a ser assegurado a todos, especialmente em relação àqueles que não conseguem exercer atividades no mercado e, assim, garantir por si, o mínimo necessário para a sobrevivência¹³.

A liberdade de iniciativa e a justiça social, bem lembrada nas obras dos liberais clássicos, evidencia a existência de uma dicotomia¹⁴ permanente entre uma compreensão do exercício da autonomia (privado) e a consecução de fins coletivos através do sistema econômico (público).

O resgate dessa constante ambiência ao iniciar a exposição do trabalho não constitui uma abordagem sobre as correntes do pensamento político, econômico e jurídico, o que exorbitaria do seu escopo metodológico.

A pretensão é indicar a permanência desse embate ideológico, em qualquer contexto histórico, desde o estabelecimento do sistema capitalista, entre a livre iniciativa e a justiça social.

Outrossim, de reconhecer que o debate atual se orienta pelo consenso quanto à consolidação do sistema capitalista¹⁵, e que os parâmetros de discussão mais promissores não estão em saber se o capitalismo é melhor que o socialismo, ou o contrário, mas em que sentido esse sistema orientado pelo capital promove o exercício das liberdades individuais, prescrutando o nível de liberdade de cada pessoa, onde o liberalismo atual constitui uma forma de fazer cultura política, onde as razões substituem a força ou a violência¹⁶.

O Estado Democrático de Direito é a proposta para, na democracia, serem encontradas soluções para os tensionamentos entre liberdade e igualdade, e a atividade de regulação da

13 FRAZÃO, Ana. *Liberdade Econômica para Quem?* In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.), 1ª ed. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**, 2020, p. 102/103.

14 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade. Fragmentos de um dicionário político**. 28ª ed. tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2024, p. 13.

15 “Como se viu, foi o capitalismo, com o reconhecimento do direito subjetivo natural de propriedade, o regime econômico a prevalecer na pós-modernidade planetária, que para tanto consagrou a liberdade de iniciativa, a propriedade privada, o direito à herança, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Como a maioria do mundo globalizado, o Brasil, em sua positivação constitucional, porque tais direitos são expressamente consagrados em sua Constituição Federal” BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR Editora Digital, 2011, p. 116.

16 ACKERMAN, Bruce. **La Justicia Social en el Estado Liberal**. Tradução de Carlos Rosenkrantz. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 36.

atividade econômica, nos diversos setores, é o *locus* onde esse tensionamento entre liberdade e igualdade, é bastante evidente.

A limitação da individualidade é uma consequência natural da vida em sociedade. Prova disso é a indiscutível existência de desigualdades, cuja aceitação e tolerância precisam ser adequadamente avaliadas.

No constitucionalismo moderno, inserem-se nos textos constitucionais a previsão de conformação da ordem econômica, conforme os valores que o contexto social revela merecedores de proteção. A Constituição Federal de 1988, estabelece as balizas para essa proposta de organização da ordem econômica, objeto do tópico seguinte.

2.1 Ordem econômica na Constituição Federal de 1988

A previsibilidade e segurança são elementos valiosos ao funcionamento do mercado e atuação dos agentes econômicos. Ao garantir a proteção da propriedade, a execução dos contratos e a força dos títulos jurídicos, o Estado colabora para o sucesso empresarial, na medida em que se reduzem os riscos.

Para o sistema capitalista, a ordem jurídica é aliada de grande importância, tanto que os movimentos históricos de configuração do sistema capitalista e do Estado de Direito guardam relação de contemporaneidade.¹⁷

Ao tempo que prescinde da ordem jurídica para conferir previsibilidade e segurança, o mercado, aqui compreendido como o sistema econômico capitalista, quase sempre, opõe-se à intensificação da intervenção estatal.

O Título VII, da Constituição Federal de 1988 - Da Ordem Econômica e Financeira – coteja esse aparente desencontro, e estabelece premissas fundamentais, como a valorização do trabalho e a livre iniciativa, para a compreensão e fixação de caminhos hermenêuticos tendentes a realizar a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

As propostas de ordem liberal e de ordem social, conforme observado no capítulo anterior, confluíram no texto da Constituição Federal de 1988, cuja síntese revela, sem

17 “O modo de produção social capitalista, que elege como *ratio fundamentalis* do ordenamento político o lucro, coloca o Direito Positivo a seu serviço; é isso que explica a estruturação do Direito posto pelo Estado Moderno. Ele existe fundamentalmente – desejo deixar este ponto bem vincado – para permitir a fluência da circulação mercantil, para tentar “domesticar” os determinismos econômicos. Porta em si a pretensão de dominar a realidade e expõe marcante contradição, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o capitalismo (leia-se: o Terceiro Estado, a burguesia) necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, p. 32.

maiores percalços, a não incorporação absoluta de qualquer dessas propostas, senão a valorização equilibrada das ordens liberal e social, como se observa na pretensão de valorização entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*).

A ordem constitucional vigente, ao prever hipóteses de atuação direta do Estado no domínio econômico, aparentemente encampa o conceito de *dupla instrumentalidade* do direito econômico, de Norbert Reich, citado por Gilberto Bercovici¹⁸, porquanto ao mesmo tempo que oferece instrumentos para a organização do processo econômico capitalista de mercado, o direito econômico pode ser utilizado pelo Estado como instrumento de influência, manipulação e transformação da economia, vinculado a objetivos coletivos.

Nessa perspectiva, a ordem econômica delineada na Constituição Federal de 1988 atrai para o direito econômico a missão de planejar a superação do subdesenvolvimento¹⁹. A finalidade da ordem econômica de assegurar a todos a existência digna (art. 170, *caput*) permite, enfim, reconhecer tal assertiva como uma missão do direito econômico.

Contudo, diante de sua dupla instrumentalidade, cabe a reflexão pontual: essa superação do subdesenvolvimento orienta-se pelo aumento do Estado ou pela melhora de condições de atuação dos agentes econômicos através de normas com influência na atividade econômica?

De forma mais específica e atrelada ao objeto do estudo: a qualidade da regulação é essencial para a adesão dos destinatários e o cumprimento do papel do direito econômico em direcionar condutas que atendam tanto aos interesses individuais quanto as pretensões coletivas de desenvolvimento.

Por consequência, a abordagem da autocontenção judicial no controle da atividade regulatória incorpora as premissas alinhadas à segunda hipótese da dupla instrumentalidade, qual seja, a melhora de condições para o exercício das atividades dos agentes econômicos, observados os valores estabelecidos na ordem constitucional vigente.

Segurança jurídica, previsibilidade, eficácia normativa, poder regulamentar eficiente e participativo, autonomia das agências regulatórias e intervenção judicial moderada são diretrizes que orientam o estudo.

18 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. 2a ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 32.

19 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. 2a ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 31.

Logo, o que se pretende esclarecer não é a prevalência de um aspecto da dupla instrumentalidade do direito econômico sobre o outro, mas a adequação de um deles ao escopo do trabalho, que está longe de patrocinar a pertinência de um discurso adversarial contemporâneo entre o Estado e o Poder Econômico.

Ao contrário, compreende ser mais adequada uma perspectiva cooperativa, onde a força do Estado se constitui no quanto a sua atuação proporciona melhora no ambiente econômico, e o quanto tal interação promove de desenvolvimento humano.

Nesse trilhar, considerado o contexto de sua elaboração, pós-regime militar, resta evidente que o texto da Constituição Federal revela nítida prevalência para que a ordem econômica não se restrinja a organizar o crescimento econômico - como um fim em si mesmo - mas que promova o desenvolvimento humano, melhorando a vida dos cidadãos e do exercício de suas liberdades.²⁰

Acrescenta-se, ainda, que as decisões sobre economia não são exclusivamente técnicas, mas também políticas, por isso essas escolhas não devem ficar imunes ao sistema democrático de controle²¹.

A regulação da atividade econômica contemporânea não dispensa a atuação mais próxima dos destinatários da regulação, o que se justifica pela maior probabilidade de aderência aos comandos do órgão regulador por aqueles que participaram ou, ao menos, tiveram seus interesses sopesados na produção da norma.

Dessa dimensão participativa que estimula a profusão do conhecimento econômico é que resulta o conceito de democracia econômica.

2.2 Democracia Econômica e o incentivo à difusão do conhecimento econômico

A abordagem do conceito de democracia econômica dentro do estudo busca, brevemente, pontuar a compreensão atual da interação entre o direito e a economia, da qual resulta a formulação de uma proposta teórica de regulação que prestigie os interesses comunitários e se desprende de conceitos tradicionais.

No sistema jurídico brasileiro, a concepção de Estado como agente de dupla função (atuação direta na atividade econômica e fiscalização dos particulares), orientada pela

20 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 29.

21 TAVARES, André Ramos. *Facções Privadas e política econômica não democrática da ditadura brasileira*. In **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 9, n. 32, maio/ago. 2015, p. 1064.

dicotomia público/privado, representou óbice à tentativa de formulação de uma teoria geral de regulação que fosse além da ideia de maior ou menor desregulação/desregulamentação.

A orientação do presente trabalho, todavia, parte do pressuposto da concretização de uma teoria da regulação orientada pela difusão do conhecimento econômico²².

O desenvolvimento e intensificação de uma teoria da regulação é consequência da substituição da intervenção do Estado na atividade econômica, quando deixa de executar atividades inerentes aos agentes privados e passa a organizar as relações de natureza econômica e com efeitos sociais diretos.

Nesse caminho é que também surge uma relação profícua entre o direito (sistema jurídico) e economia (interação entre agentes econômicos).

No contexto histórico da regulação, a escola clássica, de origem francesa, remete à dificuldade de identificação do interesse público e, ainda, o desafio, através do regime de concessão do serviço público, de transferir ao particular a persecução desse ideal bastante abstrato.

A escola neoclássica, de modo diverso, de matriz norte-americana – Escola de Chicago - nega o interesse público como fundamento da regulação e afirma que a regulação corrige as falhas de mercado, devendo ser aplicada de forma subsidiária, somente quando o mercado não se autorregular²³.

Calixto Salomão Filho aponta a insuficiência dessas teorias para, a partir das limitações delas, propor uma nova compreensão da ideia de regulação.

Os fundamentos apresentados por essas Escolas são demasiadamente limitados, por priorizarem apenas um dos aspectos da regulação. Tal reducionismo leva a uma teoria incompleta. Em virtude disso, temos que admitir a convivência dos aspectos econômicos e sociais da regulação e reconhecer, ainda, que a preponderância de um sobre o outro pode variar conforme a natureza do setor regulado. É possível, então, a partir da identificação das falhas das doutrinas expostas, lançar as bases para a construção de uma teoria mais sólida da regulação²⁴

No desenvolvimento de uma teoria do conhecimento econômico, o conceito de externalidade exerce fundamental importância. Identifica, através das externalidades sociais, sejam positivas ou negativas, qual atividade econômica não poderá contar com o mercado

22 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 38.

23 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 21/26.

24 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 33/34.

como um organizador eficiente. Aqui, a externalidade deve ser entendida como um efeito não mensurável pelo sujeito em determinada relação jurídica.

Em determinadas áreas, como a saúde, educação e segurança, tendo em vista as externalidades sociais inerentes, de grande relevância para o progresso social, o serviço público é prestado diretamente pelo Estado.

A corrente de pensamento da regulação e da proteção da difusão do conhecimento econômico concebe a existência de uma cláusula do devido processo em matéria econômica aplicável aos setores reguláveis, ou seja, àqueles não sujeitos às externalidades sociais, de modo que não há um fundamento pré-jurídico ou ultra-jurídico para a regulação, e sua justificativa se estrutura na criação de uma igualdade jurídica material entre os agentes econômicos para o fim de garantir a correção de seu proceder no mercado²⁵.

O primeiro passo é a tentativa de compatibilização, na regulação, de conceitos bastante díspares, como a livre iniciativa e a justiça social. A regulação coerente pode neutralizar essa evidente disparidade dos princípios.

A finalidade é buscar a igualdade material aos agentes econômicos, e isso será possível desde que promovida a difusão forçada do conhecimento econômico entre os indivíduos, garantindo a concorrência como seu consectário lógico²⁶.

A regulação, diferente do direito concorrencial, não adota uma forma de intervenção passiva, mediante atos de controle e de fiscalização. Em verdade, exige-se da regulação um formato de intervenção mais ativo, com a criação de utilidades, circunstância inerente ao sistema concorrencial.

Há uma relação bilateral entre Direito e Economia. Essa via é de mão dupla, pois, enquanto a teoria econômica, através de seu método de construção de modelo, pode conduzir o jurista a reavaliar o mundo real e verificar estruturas jurídicas²⁷ até então omitidas, a abordagem jurídica também interessa à economia, pois a concepção jurídica tende a superar os impasses da teoria econômica, onde a abordagem eminentemente prática encontra novos contornos na abordagem valorativa.

25 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 37.

26 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 38.

27 CALABRESI, Guido. **O futuro do Direito e Economia: Ensaios para Reforma e Memória**. Tradução de Luiz Felipe Rosa Ramos e Juliana Krueger Pela. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 39.

O instrumental jurídico auxilia que a informação do consumidor destinatário seja ampliada e garantida a liberdade de escolha. Eis o fundamento para a utilização de recursos mais efetivos no sentido de que essa instrumentalidade se revele eficiente²⁸, como se observará adiante, na abordagem da regulação policêntrica.

Na democracia, as garantias institucionais e procedimentais desprendem do direito a pretensão de ofertar respostas certas, contentando-se em qualificar o ambiente do debate onde propaga a informação que orienta os agentes econômicos e consumidores a tomarem as decisões que entenderem corretas.

Nota-se, portanto, a relação direta entre a participação dos destinatários e a qualidade da regulação.

A proteção à concorrência é o valor mínimo da regulação, pois permite que os envolvidos exerçam juízo crítico propulsor do conhecimento econômico. Esse sentido mínimo é denominado de *regulação estrutural*²⁹, sobremaneira diversa da proposta de regulação neoclássica, pois a regulação estrutural não é coerente com a tese neoliberal da desregulação ou da autorregulação do mercado.

É diversa, pois atribui valor institucional à liberdade de escolha e não ao mercado. É quando o direito exerce papel redistributivo e garantidor de igualdade de condições nas relações econômicas.

O conhecimento econômico, como elemento positivo, converge para o desenvolvimento e o impulso da demanda, enquanto o decisionismo político e a concentração do poder econômico, por outro lado, constituem elementos negativos, na medida em que incrementam riscos para a captura do Estado.

As agências reguladoras, na perspectiva de promoção do conhecimento econômico e neutralização da ingerência política do poder econômico ocupam espaço central na qualidade da regulação estrutural.

Assim, o fundamento da concepção jurídica de desenvolvimento é a capacidade de adaptação ao perfil da sociedade brasileira e suas particularidades, que não se identifica às características próprias das grandes potências e seus modelos próprios de regulação. Tal

28 “Aplicada genericamente, essa afirmação da força cognitiva do Direito implica uma transformação do próprio Direito. Transformação necessária, pois o Direito tem um importante papel cognitivo. Um sistema jurídico que pretende possibilitar à sociedade corrigir a si mesma precisa necessariamente permitir a essa sociedade conhecer a si própria”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 42.

29 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 44.

particularidade merece constante lembrança, como uma atualização do modelo liberal e os preceitos de um capitalismo mais humano³⁰.

A difusão do conhecimento econômico confronta a concentração estrutural de poder, residindo aqui o objetivo transformador e emancipatório de uma teoria jurídica desenvolvimentista.

Os princípios básicos dessa concepção jurídica de desenvolvimento econômico, portanto, se concentram na: a) *natureza redistributiva*, caracterizada por uma filosofia regulatória centrada na alteração da demanda e não na eficiência, embora essa também seja relevante; b) *diluição dos centros de poder econômico e político*; c) *estímulo à cooperação*, que resulta na independência da esfera econômica da política, reduzindo o individualismo exacerbado e proporcionando a comparação interpessoal de utilidades diretas³¹.

A Constituição Federal de 1988 adota princípios desenvolvimentistas que sustentam a difusão do conhecimento econômico. Sob a ótica da democracia econômica e a teoria jurídica da difusão do conhecimento econômico, todos os princípios do seu art. 170 representam opções econômicas oferecidas à sociedade, onde devem ser exercidas escolhas.

A autocontenção judicial conecta-se com a teoria do desenvolvimento econômico em um aspecto fundamental. A definição de prevalência de um dos princípios do art. 170, da Constituição Federal ocorre na aplicação e interpretação desses princípios, quando revelado o seu conteúdo, no processo de conhecimento dos valores sociais, realizado pelo aplicador do direito.

A decisão judicial, quando tratar de controvérsia circunscrita a regulação da atividade econômica deve ser adotada com cautela elevada.

Além de haver um *deficit* de representatividade aos aplicadores do direito – Poder Judiciário no exercício da atividade típica - de maior relevância é o argumento de que as escolhas econômicas realmente efetivas são aquelas realizadas por todos e sem intermediários³².

30 “Desenvolvidos são os países em que todo o povo está inserido na evolução política econômica, social e cultural, conquistando acesso a níveis de vida que atendam, pelo menos, ao mínimo vital, e em que haja respeito à humanidade e ao planeta. O conceito de mínimo vital não resulta de mera reflexão teórica dos estudiosos do direito: trata-se, antes de tudo, de um instrumento de implementação dos direitos humanos”. BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR Editora Digital, 2011, p. 136.

31 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 53/56

32 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 56.

Enquanto a teoria da difusão do conhecimento econômico, fundamentadamente, defende a expansão do processo decisório na sociedade – o que é concretizado na regulação policêntrica e seus instrumentos, por exemplo – alinha-se às premissas dessa teoria o clamor à limitação da interferência judicial em atos de regulação da atividade econômica antecedidas de atividade qualificada das agências, e valendo-se de fundamentação deficiente, sob o pretexto de preservação do conceito abstrato de interesse público.

A qualidade da regulação estrutural, conjugada com a autocontenção judicial no controle dessa atividade regulatória, promove o conhecimento econômico, privilegiando as decisões individuais dos agentes, abstendo-se de criar externalidades negativas advindas dos erros decisórios e dos elevados custos da intervenção judicial.

E mais, contribui para a sedimentação de um modelo contemporâneo e adequado às sociedades em desenvolvimento, superando teorias clássicas que se mostraram insuficientes e inadequadas para as condições sociais, econômicas e culturais no Brasil.

3 INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO – O SURGIMENTO DE NOVOS INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS

Após a abordagem histórica das nuances da intervenção estatal na atividade econômica, a disciplina da Constituição Federal de 1988 sobre a ordem econômica e a relevância do conceito de democracia econômica, o trabalho passa a direcionar o enfoque aos novos instrumentos regulatórios adaptados à inovação tecnológica e os novos formatos dos mercados.

O tratamento de uma proposta de teorização do comportamento da atividade jurisdicional sobre atos regulatórios exige investigar o contexto histórico em que ocorre a regulação, levando em consideração as suas transformações e desafios.

A inovação tecnológica e a reconfiguração estrutural dos mercados trazem para a ciência jurídica o desafio de reformular o pensamento sobre as formas e estratégias de regulação da sociedade.

No bojo desse novo formato, inserem-se mecanismos mais flexíveis, transparentes, participativos e que traduzam a adaptabilidade necessária para adequação às necessidades sociais e econômicas, de modo que a legislação alcance o padrão de eficácia necessária e suficiente a justificar a intervenção estatal, especialmente na dinâmica própria dos mercados.

E tal compreensão é deveras importante para que o fluxo de riquezas e, com maior razão, o desenvolvimento humano, constituam finalidades de imprescindível convivência equilibrada no ambiente econômico.

Nesse tocante, a atuação ideal das agências reguladoras contempla a adoção de novos instrumentos de participação e adesão dos agentes econômicos e dos destinatários dos produtos e serviços, com o objetivo de realizar um modelo regulatório mais eficiente, de índole democrática e adequado às exigências desse ambiente inovador.

A regulação policêntrica é o resultado da atenção do moderno estado regulador para essas nuances. Todavia, antecedem a abordagem dos novos modelos de regulação, dois pontos relevantes.

O primeiro, trata da inovação como elemento transformador do sistema capitalista, e que gera reflexos diretos na regulação, com enfoque no tratamento da informação a ensejar maior ou menor aderência dos agentes integrantes de determinado mercado.

O segundo aspecto aborda a teoria da escolha pública (*public choices*) e o mito do interesse público como fundamento abstrato para a orientação de política regulatória e,

consequentemente, como razão de decidir no controle judicial sobre normas regulatórias de determinado setor da economia.

3.1 O processo da destruição criativa e dispersão da informação: os desafios para a regulação da atividade econômica

De acordo com Schumpeter, as análises fragmentadas ou parciais não permitem a elaboração de conclusões válidas sobre a realidade capitalista. O ponto de convergência, ao analisar o sistema capitalista, é compreender que estamos lidando com um processo evolucionário³³.

E tal processo não estacionário não se deve, tão somente, ao fato de as relações econômicas ocorrerem em ambiente social e natural, que se modifica continuamente e onde as transformações alteram os dados da ação econômica, ou mesmo ao crescimento populacional.

A razão maior do impulso fundamental que movimenta o processo evolucionário do sistema capitalista, de acordo com Schumpeter, “é dado pelos novos bens de consumo, os novos métodos de produção ou transporte, os novos mercados e as novas formas de organização industrial criados pela empresa capitalista”³⁴.

Dessa compreensão, conclui-se haver um processo de mutação interno no sistema, e que de forma contínua revoluciona as estruturas econômicas, eliminando a antiga e criando uma nova, e assim sucessivamente.

É a partir dessa constatação, qual seja, a revolução contínua do sistema capitalista, impulsionado pela inovação e novas tecnologias, bastante evidente na atualidade, que emana o alerta para a correta estruturação dos instrumentos regulatórios e de cautela em possíveis interferências subsequentes.

A regulação da atividade econômica, assim, demanda acolher e acreditar nessa dinâmica de criação e destruição de estruturas no sistema capitalista, sob o risco de tocar um labor inútil³⁵.

33 SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora da Unesp, 2017, p. 119.

34 SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora da Unesp, 2017, p. 119.

35 “O problema que usualmente se toma em consideração é como o capitalismo administra as estruturas existentes, sendo a questão relevante a de saber como as cria e como as destrói. Enquanto não o reconhecer, o investigador faz um trabalho sem sentido. Tão logo o reconhece, a sua visão das práticas capitalistas e das suas consequências sociais se modifica consideravelmente” SCHUMPETER. Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora da Unesp, 2017, p. 121.

Avançando nessa perspectiva, não basta que o investigador do fenômeno econômico, seja o agente regulador ou o juiz chamado para o controle do ato regulador, compreendam a destruição criativa do sistema capitalista.

A inovação não é, por si só, sinônimo de desenvolvimento econômico que reflete no bem-estar dos indivíduos.

Ainda que essas transformações constantes da estrutura econômica, fomentadas pela inovação e a formação de novos mercados e estruturas do sistema capitalista, gerem um maior número de escolhas para a sociedade, nem sempre significam uma mudança para o bem.

George Akerlof e Robert J. Shiller³⁶ destacam o risco da inferência de que o progresso decorre sobretudo devido a novas ideias ou, que novas ideias levam necessariamente ao progresso econômico. Trata-se de uma conclusão natural, desde que as ideias sejam entendidas no estrito aspecto tecnológico, ou seja, para produzir mais em menos tempo.

Ocorre que as ideias não se limitam a coisas, mas também sobre seres humanos. Os indivíduos conseguem perceber os pensamentos dos outros, mas esse poder humano também revela uma desvantagem, conquanto novas ideias e a reformulação dos mercados podem proceder do propósito de que pessoas façam aquilo que satisfaça ao inovador, mas não necessariamente atenda ao interesse do destinatário³⁷.

Como se observa, as maiores oportunidades de escolha não significam, necessariamente, que a ideia seja boa para os indivíduos. Por conseguinte, e tratando essa constatação como referência, muitas vezes a percepção de crescimento econômico não coincide com a compreensão de desenvolvimento humano.

Com esses destaques, propõe-se a observação de que, no sistema capitalista, o processo de inovação promove, concomitantemente, a destruição de estruturas econômicas antigas e a criação de outras novas, num processo de constante evolução.

36 AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert. J.. **Pescando com tolos: a economia da manipulação e fraude**. Tradução de Eveline Machado. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 99.

37 “O indivíduo mentalmente saudável tem habilidades sutis para perceber os pensamentos dos outros: eles têm uma teoria em mente. É um dos recursos mais atraentes da humanidade. Ele fundamenta nossa simpatia pelo outro. Mas a teoria da mente também tem sua desvantagem. Também significa que podemos descobrir como levar as pessoas a fazerem coisas que são do nosso interesse, mas não do interesse delas. Como resultado, muitas ideias novas não são apenas tecnológicas. Elas não são maneiras de fornecer o bom para você/bom para mim. Ao contrário, são novos usos da teoria da mente, em relação a como fornecer o bom para mim/ruim para você”. AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert. J.. **Pescando com tolos: a economia da manipulação e fraude**. Tradução de Eveline Machado. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 99.

Some-se a isso a compreensão de que a inovação, ao gerar mudanças estruturais no ambiente, ainda que suscite o crescimento econômico, não implica de forma imediata o desenvolvimento humano.

Tais elementos integram a compreensão moderna do fenômeno econômico e reclamam do operador do direito a busca dos melhores instrumentos para aferir, no contexto social, a conformação do mercado, as alterações em curso, e as consequências do porvir.

Não se trata de tarefa simples, mas condiz com as complexas contendas da sociedade contemporânea.

Doravante, antes de adentrar no novo formato da regulação, dedica-se um tópico a cotejar a teoria da escolha pública e o risco do emprego generalizado da expressão “interesse público” para a justificação de escolhas na implementação de políticas públicas e o controle da atividade de regulação econômica.

3.2 A teoria da escolha pública e o mito do interesse público

Como já observado em tópico anterior, na formatação da ordem econômica pela Constituição Federal, a valorização do trabalho, a livre iniciativa e a existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170, CRFB/99), constituem vetores de orientação para a elaboração de normas e sua interpretação, especialmente no aspecto de regulação da atividade econômica, independentemente dos níveis de intervenção estatal na economia, que podem variar, dentro de uma margem razoável, conforme ocorram as mudanças dos governos com orientações ideológicas diversas.

Nessa seara, as constantes modificações das estruturas dos mercados, promovidas pelo que se denominou de disrupção criativa, desafiam os órgãos reguladores a expedir atos que afetam agentes econômicos e destinatários de produtos e serviços, ou seja, a sociedade de modo geral, em diversas qualificações da atividade econômica.

De forma idêntica, essa atividade interventiva pode, em determinadas hipóteses de contestação, ser submetida à apreciação da atividade jurisdicional do Estado.

A tentativa de alinhar adequadamente e de forma equilibrada esses valores acima declinados constitui, em última análise, a pretensão de identificar o interesse público a ser atendido, diante de uma determinada questão que mereça a regulação pelo órgão estatal competente.

Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do conceito jurídico de interesse público, “não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos”.³⁸

Ao conceituá-lo, o autor enuncia que ele é “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.³⁹

O nível de abstração do conceito moldado pelo autor, revela a complexidade da sua abordagem e emprego na técnica jurídica.

Quando não havia qualquer aproximação das ciências econômicas com as ciências políticas, a moralidade era o elemento central da maximização do interesse público.

E diante dessa dificuldade, não tanto de conceituar, mas de trasladar do plano abstrato ao concreto a verificação, pelo indivíduo, do atendimento dos seus interesses pessoais, considerados em conjunto com o de toda a sociedade, a ciência política passou a adotar novos modelos de verificação, de cunho interdisciplinar, no intento de auxiliar a melhor concretização do que se pretende entender como o “interesse público”.

Nessa evolução, moldou-se o programa de investigação denominado de teoria da escolha pública (*public choices*), cujo objetivo principal é o de aplicação de um método da ciência econômica a um objeto tradicionalmente considerado como da ciência política⁴⁰ e uma de suas principais premissas é questionar a racionalidade do agente público e os incentivos existentes no momento da deliberação na esfera pública.

Nos estritos limites deste estudo, tal objeto cinge-se à análise da burocracia estatal e atuação das agências reguladoras, ou seja, as escolhas públicas do órgão regulador que poderão ser sindicadas, posteriormente, pelo Poder Judiciário.

Enquanto a teoria da economia do bem-estar (*welfare economics*) centrava a análise nos casos de “fracassos de mercado”, a justificar a intervenção corretora do Estado, a teoria da escolha pública surge para tornar mais claros os “fracassos governamentais” e, assim, tentar estabelecer, através de um método, os limites para a intervenção do Estado na economia.

38 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50

39 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53

40 PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?* In: **Análise Social - Instituto Ciências Sociais da Universidad de Lisboa**, vol. 32, n. 141, 1997, p. 419.

As formulações teóricas do final da década de 1950 e década de 1960, dentre elas as de Duncan Black (1958), James Buchanan e Gordon Tullock (1962), Mancur Olson (1965), Kenneth Arrow (1951), Anthony Downs (1957) e Wilian Riker (1962), constituem esse marco teórico, e do qual decorre a teoria da escolha social (*social choice*), desenvolvida por Amartya Sen.⁴¹

A teoria da escolha pública deriva da junção entre a compreensão do regime democrático e das finanças públicas:

A perspectiva da teoria da escolha pública é que as decisões políticas e econômicas dos governos estão sujeitas a um conjunto de poderes repartidos por diferentes agentes com funções diferentes no sistema político. Presidente, executivo legislativo, sistema judicial, administração pública, partidos políticos, grupos de interesse, todos eles interferem na possibilidade e capacidade de implementação dessas políticas. Por outro lado, os governos têm horizontes temporais limitados e submetem-se periodicamente ao sufrágio popular, o que é também um dado essencial das democracias representativas e que influi nas decisões tomadas⁴².

Cabe destacar, outrossim, que a teoria da escolha pública é um programa de investigação, portanto, não deve ser confundida com o pensamento neoliberal (*ideologia*).

Ela visa ampliar o debate sobre os limites da intervenção estatal, apontando os fracassos do governo, mas sem negar a existência de fracassos do mercado, clareando o funcionamento da burocracia estatal e os problemas de tomada de decisão coletiva.

Ela não propõe a redução do Estado, mas a melhora do funcionamento das instituições⁴³.

A sua importância pode ser ilustrada em quatro afirmações: a) os microelementos que a teoria da escolha pública opera são relevantes para avaliar o processo decisório dos

41 PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?* In: **Análise Social - Instituto Ciências Sociais da Universidad de Lisboa**, vol. 32, n. 141, 1997, p. 420.

42 PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?* In: **Análise Social - Instituto Ciências Sociais da Universidad de Lisboa**, vol. 32, n. 141, 1997, p. 423.

43 “O reducionismo ideológico é precisamente a redução, com um objectivo de persuasão política, de problemas que são por natureza *pluridimensionais* a uma única dimensão. Essa única dimensão é geralmente identificada, no espaço ideológico unidimensional, com a oposição mais Estado *versus* mais mercado, e esta última opção é geralmente defendida pelos autores neoliberais. É natural que, no contexto redutor dessa oposição *ideológica*, os argumentos desenvolvidos no âmbito da teoria da escolha pública tenham sido utilizados pelos defensores de um maior papel para os mercados. Contudo, da mesma maneira que é falacioso o argumento (utilizado pelos economistas do bem-estar) de que a existência de *fracassos de mercado* leva logicamente a concluir que a intervenção governamental é necessária e superior, também é falacioso o argumento de que os *fracassos do governo* indicam, por si só, que o alargamento dos mercados terá efeitos benéficos. Qualquer generalização é abusiva e a tarefa, eventualmente árdua, da análise institucional comparada é precisamente a de estudar, caso a caso, as vantagens e as limitações de cada arranjo institucional” PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?* In: **Análise Social - Instituto Ciências Sociais da Universidad de Lisboa**, vol. 32, n. 141, 1997, p. 439.

indivíduos; b) ainda que negada a sua relevância, as suas premissas podem representar uma tendência; c) merece atenção, pois já exerceu significativa influência no direito; d) ainda que seja classificada como uma teoria simplista, é possível identificar utilidade na sua aplicação⁴⁴.

A teoria da escolha pública, fundada no individualismo metodológico, considerando como unidade base de análise o indivíduo, aliada à compreensão de sua racionalidade, porém, sofreu uma proposta de aperfeiçoamento do seu instrumental de análise pelos próprios economistas.

Com aportes da psicologia, os estudos sobre a racionalidade limitada (teoria do prospecto), com alguns aspectos abordados no tópico seguinte, demonstraram que a projeção de autointeresse nas escolhas do decisor ou a satisfação do seu bem-estar também encontra limites.

Em breve síntese, integra essa compreensão as “heurísticas”, conhecidas como os padrões decisórios já pré-definidos pelo cérebro e os “vieses”, que são as falhas decisórias motivadas pelas heurísticas⁴⁵.

Essa nova perspectiva estabelece que o agente pode errar ao tomar decisões, decidindo inclusive contra o seu próprio interesse e afetando o interesse da instituição ao qual encontra-se vinculado.

A economia comportamental está sendo incorporada na perspectiva das instituições e as suas descobertas empíricas revelam que “qualquer otimização institucional só é possível se for considerada a falibilidade da decisão do agente e quais são os efeitos gerados no sistema institucional”⁴⁶.

A conexão entre a teoria da escolha pública, reforçada pelos aportes da economia comportamental, reside no fato de que ao exercer uma escolha na esfera pública, o agente o faz com o propósito de atender o interesse público, e essa finalidade, por si, constitui um incentivo.

O reconhecimento da racionalidade limitada, revela as limitações cognitivas dos agentes públicos e as inúmeras possibilidades de erro no processo decisório.

44 QUIRINO, Carina de Castro. *Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala*. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 2, 2018, p. 969.

45 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

46 QUIRINO, Carina de Castro. *Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala*. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 2, 2018, p. 973.

Dessa breve abordagem, onde a busca do interesse público constitui a centralidade das escolhas decisórias dos agentes, tem-se que tanto a teoria da escolha pública, singularmente, quanto com os aportes da economia comportamental, constituem avanços metodológicos de avaliação do processo decisório.

Se antes a abstração exacerbada tomava conta desse ambiente, e as orientações seguiam um padrão de moralidade altamente volátil e sem possibilidade de ser controlado, hodiernamente, esses aportes da ciência econômica para as ciências políticas e jurídicas, ao tempo em que avultam o grau de complexidade que permeia essa incessante busca pelo mito do interesse público, oferecem um maior instrumental de trabalho para a formulação e implementação de políticas públicas e a regulação da atividade econômica.

Com isso, qualquer instituição, seja a agência reguladora, seja o juiz responsável pelo controle do ato regulador, podem adotar decisões enviesadas, buscando o interesse público. Logo, a proposta de deferência judicial não parte da premissa de que a decisão judicial é menos imune a vieses cognitivos do que os órgãos reguladores.

Com efeito, o que se almeja é clarear a ideia de que, caso haja uma regulação de qualidade, que observe uma multiplicidade de compreensões sobre o seu objeto e perquirir sobre os interesses daqueles diretamente envolvidos, há um risco concreto de que a decisão judicial de controle, pelo desconhecimento técnico da matéria, modificando-a ou anulando-a, promova efeitos neutralizadores dos fatores que anteriormente foram ponderados pelo órgão regulador, interferindo negativamente na dinâmica econômica.

Lado outro, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, da Constituição Federal), e o dever de proteção de direitos fundamentais, de titularidade de destinatários dos produtos/serviços ou dos agentes econômicos, incumbe ao Poder Judiciário sindicar a qualidade da regulação, identificando falhas e insuficiências, anulando-a e, preferencialmente, devolvendo a matéria à agência responsável, a fim de que a promova adequadamente.

Todos os aportes teóricos, brevemente expostos, tangenciam a melhora do ambiente regulatório e, conseqüentemente, estimulam a redução das intervenções inadequadas de outras instituições no controle da regulação.

A adoção desses instrumentos não se confunde com a redução da regulação, senão a sua melhora, mediante a consideração de diversos fatores relacionados ao comportamento dos

agentes econômicos, dos usuários e, especialmente, do próprio agente regulador (Agências Reguladoras), ou daquele que o pretenda substituir (Poder Judiciário).

3.3 Regulação policêntrica – o pragmatismo a favor da informação e da aderência dos regulados

Quanto se trata do termo “intervenção do Estado na atividade econômica”, o presente trabalho toma como premissa a compreensão de Eros Grau, quanto a não considerar intervenção do Estado na Ordem Econômica quando este presta o serviço público ou regula a prestação do serviço público. Logo, somente há intervenção, segundo o autor, quando a atuação estatal ocorre em área de titularidade do setor privado⁴⁷.

Portanto, tal distinção mostra-se pertinente para considerar que o controle judicial da atividade regulatória, como a regulação do serviço público não é, propriamente, intervenção do Estado da Ordem Econômica, mas apreciação judicial de uma atuação estatal, dentro da sua titularidade de atuação.

A regulação estatal comporta abordagem histórica, que no caso do Brasil iniciou com acentuada participação estatal direta na economia, mas, após a Constituição Federal de 1988, houve considerável redução da atuação direta do Estado, prevalecendo o Estado Regulador.

Contudo, a dinâmica social imprimiu maiores desafios ao Estado Administrativo, porquanto o modo da regulação executado mostrou-se inábil para preservar a liberdade dos indivíduos, resultando em desconfiança nas próprias instituições.

O tratamento das informações e a adesão dos regulados são situações que carecem atenção do Estado Regulador. Nesses aspectos, a falha representa má qualidade regulatória, que por sua vez impõe fardo deveras pesado aos agentes privados submetidos e ela e, em última medida, prejudica a própria confiança no sistema jurídico-normativo.

Identificados os pontos de falha e considerada a dinâmica da inovação e sua repercussão no sistema capitalista, abordados no item 3.1, surgiram novos formatos de atuação do Poder Público, primeiro quanto ao tratamento da informação e os modelos de centralização ou de assumir a dispersão. Segundo, quanto à adesão, conferindo maiores possibilidades de participação dos interessados (audiências públicas), atenção aos efeitos de uma possível criação, alteração ou extinção do ato regulador, mediante estudos prévios (análise de impacto regulatório) e a utilização de aportes de economia comportamental.

47 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, p. 84/85.

Há uma base pragmatista na criação e desenvolvimento dessas soluções hodiernas, que atreladas ao emprego de métodos da ciência do comportamento, são elementos adicionais e relevantes, dignos de consideração na atividade regulatória.

É de suma importância destacar essa evolução das características da atividade regulatória, especialmente na atuação dos agentes reguladores. Quando se fala de controle judicial da atividade regulatória, esse arcabouço não pode ser esquecido ou ignorado pelo Poder Judiciário.

Essas circunstâncias inovadoras da regulação conformam as capacidades das agências administrativas, cuja atuação específica e finalística deve ser amplamente considerada pelo órgão judicial, quando atos normativos dessa natureza são submetidos ao controle do Poder Judiciário.

3.3.1 Apontamentos sobre a regulação no Brasil

A circulação de riquezas, as transações comerciais, as relações entre sujeitos econômicos de qualquer natureza pressupõe a existência de um ambiente favorável para que o depósito da confiança seja planejado, executado e produza efeitos benéficos, promovendo a realização de objetivos individuais que, conseqüentemente, contribuirão para a promoção de uma finalidade pública, assim considerada a realização do interesse do maior número possível de indivíduos que integram determinada sociedade, através do crescimento econômico aliado ao desenvolvimento humano.

É aderente a essa compreensão a ideia de racionalidade jurídica, inerente aos regimes jurídicos subsequentes à Revolução Francesa, e que permite aos agentes econômicos vislumbrarem novos horizontes, mediante a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos dos demais sujeitos.

Sobre esse tema, retornaremos mais adiante, sob um enfoque mais atual, no que tange aos instrumentos da nova governança e a aplicação de instrumentos orientados pela visão pragmática, relação e método custo-benefício e emprego da economia comportamental.

Portanto, o sistema de circulação de riquezas em que todos os indivíduos e o Estado estão inseridos conta com o necessário emprego de regras, sejam elas aquelas que incidem somente nas relações privadas, sejam aquelas onde há um ente estatal envolvido.

E no âmbito da administração pública, o Estado age como regulador dessas relações econômicas, quando opta por influir nas relações humanas, valendo-se da autoridade e através

das leis (direito público geral) ou dos regulamentos administrativos (direito administrativo em sentido estrito).

Assim, quando se fala em regulação pública, não existe um conceito exato, mas, de modo geral, significa o conjunto das intervenções estatais, geralmente sobre os agentes econômicos, de condicionamentos jurídicos a que essas intervenções se sujeitam e mecanismos jurídicos que elas geram⁴⁸.

É notável, portanto, que a dinâmica da regulação guarda relação direta com o modelo político-econômico adotado por uma determinada sociedade. Naturalmente, essa orientação reverbera em todo o ordenamento jurídico. Enquanto em algumas sociedades a intervenção estatal nas relações econômicas são aceitas com maior intensidade, em outras isso parece ser bastante improvável.

Tais características também pertencem ao grau de maturidade constitucional e ao compromisso dos indivíduos que a integram de encarar esse arcabouço de normas como elemento determinante para os destinos da sociedade e o desenvolvimento humano.

No caso brasileiro, é necessário reconhecer a ainda incipiente generalização da regulação. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 174, *caput*, reconheceu ao Estado o papel de "agente normativo e regulador da atividade econômica", o que não foi suficiente para atrair relevância aos atores jurídicos de modo a encarar esse papel do Estado como algo sério, a exemplo do modelo norte-americano.

Contudo, o cenário jurídico passou por uma reformulação a partir do ano de 1995, quando as Emendas Constitucionais ns. 8 e 9, com a determinação de órgãos reguladores para os setores de telecomunicações e do petróleo, o que deu azo à criação de diversas agências reguladoras.

Nesse momento, o Brasil passou a seguir um modelo internacionalmente reconhecido como mais eficiente, quando o Estado deixa de ser o protagonista do processo econômico, pois a ele não cabe produzir riqueza e gerar lucros, função típica dos atores privados.

O estado brasileiro, no final do século XX, passou a assumir, verdadeiramente, o seu papel exclusivamente publicista, não como resultado de uma opção ideológica, mas por uma contingência histórica⁴⁹.

48 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito público e regulação no Brasil*. In GUERRA, Sergio (Org). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 113.

49 "O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, pesado, ineficiente, com bolsões endêmicos de pobreza e corrupção. [...] A questão que se vive hoje de desconstrução do Estado Econômico brasileiro, por ruim que possa ser, não é uma opção ideológica, é uma inevitabilidade histórica. É preciso, assim, pela primeira vez

Essas transformações passaram pela extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro⁵⁰, a flexibilização dos monopólios estatais, modificando substancialmente o formato de atuação direta do estado na economia⁵¹ e pelo Programa Nacional de Privatizações, ocorrido sem alteração constitucional, através da Lei n. 8.031/90, substituída pela Lei n. 9.491/97, cujos objetivos fundamentais seriam a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e a contribuição para a modernização do parque industrial do país, ampliando a competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Na esteira dessas alterações da ordem econômica constitucional, sobrevieram diversas alterações na legislação infraconstitucional⁵², revelando a institucionalização dessas mudanças, com enfoque no mercado e na livre concorrência, especialmente, com a criação das agências reguladoras.

A moldura legislativa e o desenho institucional criado com esse movimento iniciado em meados da década de 1990 definiu a orientação a ser seguida pelo Estado brasileiro quanto à sua atuação na economia, ou seja, optou-se pela migração de um sistema de atuação direta para aquele em que prevalece a atuação direta dos atores privados, assegurada a participação indireta do Estado através da regulamentação.

Ocorre que, conforme já observado nas linhas introdutórias do estudo, a normatividade da economia tem como característica a constante alteração, impulsionada por movimentos temporais e espaciais. Logo, a adaptabilidade normativa é uma exigência da

na história do Brasil, publicizar o Estado, não importa o tamanho que ele tenha. Convém, nesse passo, refletir sobre o Estado que vamos construir, depois da indispensável desconstrução dese que, infelizmente, não cumpriu adequadamente o seu papel" BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In (Org.) FIGUEIREDO, Marcelo. **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89.

50 A Emenda Constitucional n. 06/95, suprimiu o artigo 171 e alterou o art. 176, caput, da Constituição Federal, sendo que o primeiro conceituava a empresa brasileira de capital nacional, admitindo a ela a outorga de proteção, benefícios especiais e preferências, enquanto a alteração do segundo passou a permitir a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob leis brasileiras.

51 A Emenda Constitucional n. 05/95, alterou a redação do art. 25, §2, com incidência sobre o serviço local de fornecimento e distribuição de gás canalizado. A Emenda Constitucional n. 08/95 alterou a disciplina constitucional sobre a concessão de serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora de sons e imagens. A Emenda Constitucional n. 09/95 findou o monopólio estatal na área do petróleo, outorgando à União a possibilidade de contratação de empresas privadas para atividades anteriormente vedadas pelo art. 177, §1, da CRFB/88 e pela Lei n 2004/51

52 Lei n. 9247/96 (Energia); Lei n. 9472/97 (Telecomunicações); Lei n. 9478/97 (Petróleo); Lei n. 8884/94 (Defesa da Concorrência); Leis ns. 8987/95 e 9074/95 (Concessões e Permissões de Serviços Públicos).

atividade regulatória, a variar constantemente em profundidade e extensão, influenciando na liberdade conferida pelo Estado aos particulares.

Com isso, ultrapassadas quase três décadas desde a redefinição do modelo estatal de atuação na economia, diversos desafios ainda se fazem presentes. Se antes o modelo e tamanho do Estado eram o centro de debate, há alguns anos a qualidade da regulação e seus resultados passaram a concentrar os esforços daqueles que se dedicam ao aprimoramento do Estado Administrativo Moderno.

3.3.2 Os desafios para a regulação: confiança, informação e adesão

As condições de tempo e lugar nas trocas de informações entre indivíduos mudaram e, com isso, os parâmetros para a tomada de decisão individual também foram ressignificadas.

Ganhou-se em quantidade e, por consequência, perdemos em qualidade. Há um processo em curso de adaptação, inclusive de natureza neurobiológica⁵³, onde inovamos e nos defendemos dos riscos que criamos.

Esse processo também se aplica à relação entre o indivíduo e as instituições, dentre elas o Estado e as suas agências reguladoras. Portanto, a complexidade das relações intersubjetivas contemporâneas influi diretamente na intensidade e qualidade de regulação da atividade econômica pelo Estado.

Cabe destacar que essa característica, advinda da contemplação massiva do sistema capitalista e da globalização, aplica-se à grande maioria das nações soberanas, mas em maior ou menor medida, a depender dos desenhos institucionais e da maturidade constitucional de cada Estado.

E diversos são os desafios regulatórios na atualidade, que basicamente assentam-se na relação de *confiança* entre o agente regulador e o regulado, e que se subdivide quanto à *informação* e à *adesão*.

Quando assegura que confia em algo, o indivíduo toma uma decisão. Sob o aspecto econômico, a confiança é princípio organizacional e de trocas, a fim de saber como se formam e como se intensificam as relações entre os agentes socioeconômicos⁵⁴.

Ressoa natural, então, para que o ambiente econômico flua, seguindo seus princípios e regras particulares, que a confiança seja preservada.

53 DAMASIO, Antonio. **O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano**. 3a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 92.

54 ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5a ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 121.

A relação de confiança atinente ao tratamento jurídico de determinada questão econômica tangencia a moralidade.

A despeito das posições divergentes⁵⁵ sobre a separação entre direito e moral, Lon Fuller, citado por Cass Sustein e Adrian Vermeule⁵⁶, apresenta o argumento da existência de uma moralidade mínima interna, que congrega tanto a moralidade mínima do dever quanto a moralidade mínima da aspiração, e que existem algumas maneiras de como o legislador pode falhar na elaboração de um sistema de regras legais, das quais destacam-se: a) falta de transparência, quando as partes afetadas não são informadas das regras que devem cumprir; b) regras que exigem que as pessoas façam coisas para as quais não têm o poder de fazer e; c) mudanças frequentes nas regras, de modo que as pessoas não possam orientar sua ação de acordo com elas.

As falhas aqui enumeradas revelam o fenômeno da inconsistência normativa, que por sua vez gera a desconfiança dos destinatários das normas no sistema jurídico, lembrando que o objetivo central do Estado de Direito é “permitir que as pessoas tenham espaço de manobra – criar uma esfera de ação na qual os cidadãos não tenham que se preocupar com o que seu governo fará”⁵⁷.

A inconsistência normativa é fenômeno de atenção para o Direito Administrativo, pois a orientação errônea adotada pelo Estado, via agências reguladoras (regulação insuficiente; regulação excessiva; assimetria informacional, resultados da regulação não calculados ou ineficientes, dentre outras) influi no espectro de tomada de decisão das partes reguladas, circunstância potencialmente relevante para definir, em espectro macro, os rumos do crescimento e desenvolvimento econômico⁵⁸.

55 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 221.

56 SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. Tradução de Nathalia Penha Carsoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 61

57 SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. Tradução de Nathalia Penha Carsoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 89.

58 "O Direito Administrativo há muito tempo se preocupa com a consistência, ao longo do tempo, da tomada de decisões das agências, tanto na regulamentação quanto na adjudicação. Uma preocupação intimamente relacionada envolve a dependência de partes reguladas, incluindo, mas não se limitando, a atores econômicos que devem planejar investimentos a longo prazo ou outros projetos em um ambiente regulatório. Embora a consistência tenha valor mesmo à parte dos *reliance interests* – uma medida de consistência na execução de planos ao longo do tempo é indiscutivelmente constitutiva da racionalidade -, ainda, como uma questão prática, proteger a confiança é um objetivo central das doutrinas do Direito Administrativo que tentam fomentar a consistência" SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. Tradução de Nathalia Penha Carsoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 89-90.

Com efeito, distorções institucionais, como a proliferação legislativa, via atos normativos que mais geram custos do que benefícios para a sociedade, geram ambiente de reduzida confiança no âmbito regulatório, comprometem a segurança jurídica do próprio sistema normativo e, por fim, resultam em prejuízo ao desenvolvimento econômico.

A partir da segunda metade do século XX observou-se o fenômeno de descolamento entre a realidade e a legislação, resultando em desprestígio da lei⁵⁹. O desconhecimento da lei causa inobservância, a eficácia normativa fica prejudicada e as instituições caem em descrédito. A atual conjuntura de ineficácia normativa no ambiente regulatório, significativamente relacionada à assimetria informacional, confirma que essa crise persiste.

A relevância da qualidade da *informação* quanto à disciplina de determinado ambiente regulado reside na forma e intensidade como os comandos normativos, que estabelecem direcionamentos e impactam na tomada de decisão dos agentes, são processados pelos destinatários até que, efetivamente, o agir deles corresponda à finalidade esperada pela norma. A origem da dificuldade, aqui, está na incapacidade de o regulador deter informação relevante e na dificuldade de operá-la⁶⁰.

A *adesão*, de seu turno, refere-se ao comportamento em si, ou seja, depois que a informação é recebida e processada, a tomada de decisão gera um comportamento do agente econômico, aderente ou não aos propósitos da regulação.

Em conclusão, observado um movimento cíclico deletério, a desconfiança no sistema normativo impera quando há proliferação de regras contraditórias, ineficientes, custosas e deficientes em transmitir aos agentes econômicos a relevância de se comportar em conformidade a ela. Consequentemente, a adesão é reduzida e isso significa maior desconfiança no Estado Administrativo.

Doravante, consabido que significativa parcela da desconfiança decorre da necessidade de revisão das características das normas, serão verificadas as soluções desenhadas e já em curso, aplicáveis ao ambiente regulatório brasileiro, e necessárias para superar a atual crise de ineficácia normativa, conferindo qualidade à regulação estatal da atividade econômica.

59 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 35

60 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1303>. Acesso em: 28 jun. 2024. p. 415-416.

3.3.3 Soluções da Nova Governança para maior eficiência no ambiente regulatório

A *governança* é expressão empregada pelo Banco Mundial, a partir da publicação de *Governance and Development*, em 1992. Trata-se de documento que discute a relação entre o desenvolvimento de determinado país e a atuação do governo na gestão dos recursos sociais e econômicos disponíveis⁶¹.

Desde então, pela sua relevância, a temática passou a ser difundida nas diversas esferas governamentais e desenvolvida com maior profundidade na busca de soluções voltadas para imprimir maior efetividade nas ações estatais de gerir recursos e promover o desenvolvimento.

A Governança Global, por outro lado, é a compreensão da governança no mundo globalizado, compatível com a migração dos movimentos de poder do espectro nacional para a relação dos Estados com organizações supranacionais (União Europeia, Organização Mundial do Comércio) e transestatais.

Assim, o conceito de *nova governança* corresponde às novas organizações das relações de poder, em suas diversas formas, e especialmente empregada para fazer referência a novas soluções relativas ao Direito Regulatório, para corrigir alguns dos problemas da regulação estatal tradicional⁶².

A *nova governança*, portanto, integra o movimento de aprimoramento das instituições estatais, nutrido pela constante exigência social quanto à maior eficiência do Estado no tráfego de recursos disponíveis, ao interferir na atividade econômica através da regulação.

No Brasil, de modo geral, mesmo depois da redefinição do modelo de intervenção do Estado na ordem econômica, valorizando a livre iniciativa e a substituição da sua atuação direta pela regulação, o grande desafio ainda é a eficiência do sistema normativo, a preservar os *espaços de manobra* dos agentes econômicos, de rigor, os responsáveis pela concretização das finalidades públicas, sob a regulação do Estado.

E a experiência tem demonstrado que, quando se trata do direito regulatório, as normas mandatórias estão em desuso, exigindo-se do regulador, inspirado pela *nova*

61 FERRARI, Isabela. *Nova Governança. Insights para o aprimoramento da regulação estatal*. In MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (Orgs.). **Poder Judiciário, Concorrência e Regulação - Estudos sobre o Fonacre**. Brasília: AJUFE, 2019, p. 97.

62 FERRARI, Isabela. *Nova Governança. Insights para o aprimoramento da regulação estatal*. In MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (Orgs.). **Poder Judiciário, Concorrência e Regulação - Estudos sobre o Fonacre**. Brasília: AJUFE, 2019, p. 99.

governança, a redefinição dos formatos⁶³ de sua atuação necessários para coletar e transmitir informações relevantes acerca da matéria que pretende agir, de modo a promover a maior adesão dos regulados.

Assim, o que o modelo de nova governança propõe não é a inação estatal, mas formas que se afastam do modelo sancionador, valendo-se de opções não cogentes e que dispensam fiscalização ostensiva. É a chamada *soft regulation*, e as propostas que a integram para tal redefinição, o que trataremos adiante.

Quanto ao aspecto da informação, as soluções desenhadas pela *nova governança* para a superação dos desafios contemporâneos cingem-se à *centralização* da informação ou em *assumir a dispersão* da informação.

A centralização da informação tem o escopo de agregar informações, em um órgão ou entidade, ordinariamente de natureza pública, que será responsável pela coleta de informações dispersas nas empresas, entidades e órgãos públicos, universidade/grupos de pesquisa, acerca de determinada regulação. A sua finalidade é alcançar um consenso intergovernamental, mediante o tratamento dessas informações com análise crítica, seguida de submissão à apreciação dos setores regulados e da sociedade civil, o que geralmente ocorrerá em audiências públicas⁶⁴

A relevância da centralização da informação é a redução da dispersão, especialmente sobre temáticas amplas e que envolvem especialidades distintas. É o caso, por exemplo, do debate sobre o controle de determinada categoria de agrotóxico, de cuja característica intersetorial pode interessar, considerada a organização do Estado brasileiro, aos Ministérios da Agricultura, do Meio Ambiente, ANVISA e Ibama, dentre outros.

Exemplo da centralização da informação é o *OIRA - Office of Information and Regulatory Affairs* (Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios), dos EUA. As suas funções foram relatadas por Cass Sustein⁶⁵, que foi responsável pelo escritório no período

63 “Os setores econômicos e sociais possuem intenso dinamismo e complexidade, com interesses jurídicos diversos e divergentes – por vezes, conflitantes – que exigem do poder público soluções também dinâmicas e contextualizadas. As intervenções regulatórias precisam ser bem estudadas e adequadas à realidade. Portanto, quanto mais opções existirem, mais possibilidade há de que sejam coerentes e de consequências sistêmicas adequadas” MANEGUIN, Fernando; MELO, Ana Paula Andrade de. *Soft Regulation. Formas de Intervenção Estatal para Além da Regulação Tradicional*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, **Texto para Discussão n. 307**, Fevereiro, 2022, p. 6.

64 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1303>. Acesso em: 28 jun. 2024. p. 417.

65 SUNSTEIN. *The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, **Harvard Law Review** v. 126, 1838, 2013.

entre 2009 e 2012, e sintetizadas por José Vicente dos Santos Mendonça⁶⁶, em: a) epistêmica – ajudando a recolher informações dispersas no governo e na sociedade, atuando como agregador da informação; b) promove a tentativa de consenso intergovernamental razoável para a edição de uma norma; se não houver consenso, a expedição da norma fica sobrestada até que ele seja possível; c) garantir o bom funcionamento das consultas e audiências públicas; d) analisar a relação custo-benefício das medidas regulatórias que pretende adotar (não se trata de função dominante).

No ordenamento brasileiro, até o momento, não há uma entidade com funções semelhantes ao *OIRA*, de modo que a centralização da informação, até o momento, não é a opção.

A Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabeleceu que as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou dos usuários dos serviços prestados sejam precedidas da análise de impacto regulatório (AIR), sendo regulamentada pelo Decreto n. 10.411, de 30 de junho de 2020, que versou sobre o procedimento da AIR e da realização de audiências e consultas públicas, mas não versou sobre a criação de um órgão específico para a coleta e tratamento das informações, a exemplo da entidade norte-americana.

Caso não opte pela centralização, outro caminho é *assumir a dispersão*, conformando-se com a troca parcial de informações entre setores do governo, e reconhecendo que à realidade dinâmica melhor se amolda o experimentalismo regulatório, extraído da pluralidade epistêmica, visões parciais e dados incompletos.

Assumir a dispersão tem suas virtudes. Em que pese a centralização da informação resultar em dados mais racionais e efetivos, nem sempre resultará em regulação, tendo em vista a pluralidade de visões e a necessidade de consenso. Nessa hipótese, assumir a dispersão da informação, numa sociedade marcada pela inovação tecnológica e empresarial, pode ser um caminho mais adequado, pois não resultará em inação regulatória.

Entre a centralização da informação ou assumir a sua dispersão, apoiado na ideia de Adrian Vermeule, José Vicente dos Santos Mendonça⁶⁷ conclui:

66 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1303>. Acesso em: 28 jun. 2024, p. 417.

67 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1303>. Acesso em: 28 jun. 2024, p. 419.

Em síntese: a estratégia de centralização da informação, tal como a adotada nos Estados Unidos por meio do OIRA, parece fazer sentido. Contudo, a estratégia brasileira de, meio que sem pensar, assumir a dispersão radical da informação também pode fazer algum sentido para nossa experiência. É provável que alguma espécie de mistura entre as duas perspectivas — descentralização e coordenação — viesse a produzir resultados ótimos.

Sobre as possíveis soluções desenhadas para o desafio da adesão, destacam-se os processos que incluem os regulados na elaboração do ato regulatório, medidas para ultrapassar barreiras psicológicas que podem gerar a rejeição da ação e a atenção aos efeitos da regulação.

Notadamente, tais propostas encontram fundamento na análise pragmatista do fenômeno jurídico.

Vale lembrar que a noção de constituição econômica se consolida no final da Primeira Guerra Mundial e Constituição de Weimar de 1919, revelando o movimento de maior interação entre economia e política⁶⁸.

Consolidada essa interação, a criação de normas pelo Estado, agindo direta e indiretamente no domínio econômico, como já observado em tópicos anteriores, começou a passar pelo sufrágio da aplicação do método econômico ao fenômeno jurídico, especialmente no que toca à relação custo-benefício entre a produção normativa e seus efeitos.

No âmbito administrativo, Richard Posner⁶⁹, ao discorrer sobre a adoção de métodos das ciências sociais e do senso comum como os adequados na investigação para a tomada de decisões pragmáticas, conclui que

o sucesso da crítica econômica nas áreas mais antigas da regulamentação administrativa induziu os acadêmicos especializados em direito administrativo a voltar-se não só para os procedimentos e outros aspectos formais, mas também para os méritos da nova regulamentação. Em consequência disso, o estudo acadêmico do direito administrativo adquiriu qualidades mais substantivas, mais econômicas, mais institucionais, mais empíricas – em suma, mais pragmáticas. Há mais interesse por aquilo que efetivamente funciona e menos pelas formas e formalidades do processo

68 “O conceito ou a expressão, dentro do constitucionalismo, contudo, surge apenas mais recentemente. Fixa-se especialmente a partir do fim da primeira grande guerra (cf. Cassese, 2000: 3; Tosi, 1935: 190-191), com o fascismo e o socialismo, as primeiras práticas concretas de uma intervenção estatal (intensa) na economia, ainda que não se pudesse, conforme bem anotou Rossetti (1980: 378-379), considerar as mudanças organizacionais do pós-guerra como as causas únicas da crescente intervenção do Estado na economia. “Tal como na ideia de constituição se continha a representação de uma nova sociedade e de um novo estado, contra a realidade do ancien régime, também agora na ideia de constituição econômica se continha negação da ordem econômica liberal a favor da representação de uma nova ordem econômica” (Moreira, 1974: 17)” TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011, p. 71.

69 POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 368.

administrativo, exceto quando estas impliquem consequências concretas para as atividades regulamentadas.

Na busca de consistência e confiança, já tratamos das propostas para superar as dificuldades relacionadas à informação e, doravante, veremos aquelas sugeridas para melhorar a adesão: *consultas e audiências públicas, economia comportamental e análise de impacto regulatório*.

O que há em comum entre elas é a relevância do resultado que promoverão, e a preocupação se a regulação funcionará, reduzindo os custos de transação entre agentes e promovendo benefícios ao maior número possível de destinatários.

As *audiências e consultas públicas* constituem momentos de troca de informações entre os interessados e o Poder Público, oportunidade que tem o regulador para conhecer as impressões do setor regulado.

No Brasil, o artigo 9º, do Decreto n. 10.411/20, define que a consulta será realizada quando, após a realização da Análise de Impacto Regulatório (AIR), o órgão ou entidade optar pela edição, alteração ou revogação de ato normativo para enfrentamento do problema regulatório identificado. O objeto da consulta será o texto preliminar da proposta de ato normativo.

Embora promova a troca de informações e revista-se de viés democrático, a realização de audiência ou consulta pública não está imune a críticas. Se não forem levadas a sério, com o real propósito de reduzir a assimetria da informação, elas podem: a) de tanto analisar dados e ponderar criticar, resultar em nada, ossificando o processo regulamentário; b) ser instrumentalizadas pelos administrados com estratégias de bloqueio; c) servir de legitimação retórica ao Poder Público; d) ser dominadas pelos grupos econômicos mais organizados e coordenados (captura epistêmica)⁷⁰.

A segunda proposta para melhorar a adesão, no contexto da *nova governança*, é a *economia comportamental*. Ela parte da premissa do behaviorismo de que a solução dos maiores problemas que enfrentamos atualmente só poderá ser encontrada a partir do momento em que melhorarmos a compreensão do comportamento humano⁷¹.

70 MENDONÇA, José Vicente Santos de. José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1303>. Acesso em: 28 jun. 2024, p. 421.

71 SKINNER, Burrhus Frederic. **Sobre o behaviorismo**. Tradução de Maria da Penha Villalobos. 10ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 11

Com isso, o enfrentamento de um problema regulatório pode contar com o emprego de desenhos de ação destinados a influenciar as decisões de outras pessoas, o que Cass Sustein e Richard Thaler denominam "arquitetura das escolhas", que pressupõe que o arquiteto, ao se propor influenciar outros seres humanos, compreenda bem como eles se comportam⁷².

Essa teoria, já mencionada nesta seção, tem como ponto de partida os estudos sobre heurísticas, realizados por Daniel Kahneman e Amos Tversky na década de 70, e que posteriormente foi encampado em obra específica⁷³ com significativa acolhida comercial no Brasil⁷⁴.

O título da obra de Sustein e Thaler refere-se ao *nudge*, cuja tradução, no contexto da obra, significa um "empurrãozinho", ou seja, a modulação de incentivos para a adoção de determinados comportamentos previsíveis dos indivíduos no processo decisório.

Levando em consideração que o conjunto de decisões tomadas individualmente geram reflexos no ambiente coletivo, os autores compreenderam que o Poder Público age como o arquiteto das escolhas.

Da "arquitetura das escolhas" surge outra expressão: "paternalismo libertário".

As palavras são reconhecidamente contraditórias, mas, para os autores, se entendidas corretamente, refletem bom senso e são muito mais atraentes juntas do que separadas.

Os paternalistas libertários querem que as pessoas sigam seus próprios caminhos, sem a imposição de obstáculos, e que detém legitimidade para tentar influenciar o comportamento delas, desde que seja para tornar a vida delas mais longa, mais saudável e melhor⁷⁵.

Contudo, a "arquitetura das escolhas" e o "paternalismo libertário", elementos de economia comportamental potencialmente utilizáveis no sistema regulatório, sujeitam-se a críticas, dentre elas: a) é oportunista, tirando proveito da deficiência cognitiva; b) pode ser que a escolha do paternalismo libertário seja uma ilusão justificadora; c) há um problema

72 SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 101.

73 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

74 No dia 07 de setembro de 2025, às 16h22min, haviam 18690 avaliações para a obra no site da Amazon, cuja interação com avaliações positivas merece ser creditada mais à profunda adesão às ideias ali contidas pelo público leitor, de modo geral, aderindo ao método interdisciplinar psicologia/economia, do que exclusivamente ao marketing editorial.

75 SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 13.

moral no fato de as pessoas não saberem que estão sendo influenciadas pelo Poder Público; d) milita contra a autoexperimentação, excluindo a possibilidade de aprendizado individual após as más escolhas; e) os vieses individuais são substituídos pelos dos reguladores; f) pode fornecer base para o abuso regulatório⁷⁶.

Outro ponto de atenção da implementação da arquitetura das escolhas é a identificação da base cultural em que se aplica, de modo que a importação inadvertida de modelos estrangeiros de sucesso poderá se mostrar falhos em outro corpo social.

De qualquer forma, é um modelo atualmente eficiente utilizado na regulação. O próprio Thaler, na autodefesa do argumento, discorre que “economistas e cientistas comportamentais estão se tornando, de forma mais ampla, uma pequena parte do *establishment* responsável pela criação de políticas públicas em tempos recentes”⁷⁷.

A *análise de impacto regulatório*, também de base pragmatista, constitui formato sugerido para, após a coleta de dados, identificar os possíveis efeitos da futura regulação, notadamente quanto aos agentes econômicos envolvidos e aos usuários do serviço a ser prestado.

De modo geral, ele pode ocorrer antes, durante e depois da regulação, mas sempre voltado para a verificação dos resultados valendo-se do método custo-benefício e tendo como objetivos: a) reduzir o fardo regulatório; b) aumentar a *accountability* das agências reguladoras; c) estimular a supervisão do processo regulatório; d) diminuir regulações conflituosas e duplicadas.

Nos EUA, a Ordem Executiva 12291, do OIRA - *Office of Information and Regulatory Affairs* – Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios, expedida no governo de Ronald Reagan disciplina a análise de impacto regulatório.

No Brasil, a já mencionada Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, trouxe a previsão da análise de impacto regulatório (art. 5º), a ser realizada em momento precedente às propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, a deverá conter dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

76 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1303>. Acesso em: 28 jun. 2024, p. 426

77 THALER, Richard. **Misbehaving**. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016, p. 24.

O Decreto n. 10.411, de 30 de junho de 2020, regulamenta a análise de impacto regulatório, dispondo sobre o seu conteúdo, quesitos mínimos e as hipóteses de sua obrigatoriedade e de dispensa.

Mas a AIR se submete a alguns limites de ordem prática: a) não substitui a decisão política, pois ao se tratar de implementação e execução de políticas públicas, as decisões não são exclusivamente técnicas; b) pode se sujeitar a variáveis inesperadas; c) há o risco de não ser levada a sério e, com isso, sofrer manipulação⁷⁸.

A despeito disso, a previsão e regulamentação da análise de impacto regulatório no direito regulatório brasileiro, a exemplo do que há bastante tempo ocorre em outras nações, representa significativo avanço e se apresenta como instrumento útil para subsidiar a informação no processo de elaboração, alteração ou revogação de determinada questão regulatória.

O cotejo dessas alternativas para a adesão permite sugerir fluxo interessante para que a consulta, a análise de impacto regulatório e a utilização de incentivos comportamentais ocorram de forma articulada, qual seja, a partir de dados coletados na análise de impacto regulatório, sejam realizadas consultas públicas e, em seguida, sejam formuladas as intervenções pertinentes, de rigor não sancionatórias, com o emprego de elementos de economia comportamental, de acordo com cada questão regulatória específica.

Ao final, outras questões, já abordadas pela doutrina⁷⁹ sobre a regulação contemporânea, merecem ser mencionadas para a valoração conjunta com as propostas abordadas neste trabalho: a) o viés de foco: a regulação pressupõe a atuação de especialistas setoriais, no entanto, a visão do especialista é, de regra, de um mundo epistemicamente limitado; b) o comprometimento com a missão: há uma tendência de querer regular mais, como se fosse a única alternativa possível; c) super-regulação causa sub-regulação: regular demasiadamente um setor implica regular menos em outro, pois a regulação demanda recursos públicos, que são escassos. Ademais, o excesso de regulação causa uma contraofensiva do setor prejudicado, abrindo caminho para tentativas de anulação da regulação excessiva.

78 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1303>. Acesso em: 28 jun. 2024. p. 430.

79 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1303>. Acesso em: 28 jun. 2024. p. 431/432.

As propostas trazidas são experimentos direcionados a promover a melhora do ambiente regulatório no Brasil, desde que a avaliação dos resultados seja uma constante, orientada pela necessidade de preservação da confiança nas instituições, especialmente as agências reguladoras.

Ao findar o capítulo, tem-se um breve contexto dos novos formatos de regulação estatal, com aplicação em outras nações e com introdução no cenário nacional, com destaque para alterações legislativas recentes que passaram a prever expressamente mecanismos de avaliação dos impactos da regulação.

A proposta, até aqui, consistiu em trazer os elementos inovadores da regulação da atividade econômica, capazes de lhe conferir maior qualidade. E esse destaque para a melhor qualidade da regulação, atenta aos efeitos do ato no comportamento dos seus destinatários, de viés pragmatista, tem por finalidade estabelecê-la como critério fundamental a ser levado em consideração pelo juiz no exercício do controle da atividade regulatória, objeto do capítulo seguinte.

Diante do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), e considerando o grande apreço da sociedade brasileira pela judicialização das controvérsias, independentemente da natureza, a atividade regulatória não foge dessa regra, sendo frequentemente objeto de controle pelo órgão jurisdicional.

O contexto da regulação policêntrica, doravante, dirige o presente estudo na verificação dos comportamentos judiciais possíveis, oportunidade em que serão abordados alguns padrões de comportamento sugeridos e propostas metodológicas de identificação de premissas para a atuação judicial cautelosa, sem que isso repercuta na negativa de jurisdição, senão o despertar para as virtudes passivas do órgão julgador.

Após essa introdução sobre o contexto atual da regulação da atividade econômica, a abordagem será direcionada para a hipótese em que, diante a instauração de controvérsia sobre atos regulatórios, o Poder Judiciário é acionado para, em atuação substitutiva, exercer o controle dos atos emanados do agente regulador.

4 O COMPORTAMENTO JUDICIAL NO CONTROLE DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

Há uma relação de proximidade entre a teoria constitucional, de natureza descritiva, e a filosofia constitucional, de natureza prescritiva, que busca justificar racionalmente o modelo mais adequado de Constituição.

A primeira encontra-se incorporada à dogmática e literatura constitucional, cujo marco temporal remonta ao constitucionalismo moderno, organizando e limitando o poder político.

A filosofia constitucional, a seu turno, projeta na teoria constitucional as concepções defendidas no âmbito da filosofia política, havendo notório movimento de aporte da filosofia nas discussões mais complexas de temas constitucionais, a fim de ser adotada a decisão mais consequente.

Ademais, as teorias da filosofia política compreendem ideias nem sempre dirigidas originariamente para o debate jurídico, porém, diante das situações complexas a serem decididas, podem ser relevantes para a compreensão do fenômeno constitucional⁸⁰.

Essa distinção preliminar se justifica para situar as ideias do minimalismo judicial, da autocontenção e do institucionalismo, orientadas pelo pragmatismo, como aportes de filosofia constitucional, traduzindo pontos de reflexão na abordagem de diversos temas afetos à jurisdição constitucional e, como é o caso do presente estudo, os limites da intervenção do Estado na atividade regulatória, através da jurisdição, adotando-se como um dos critérios fundamentais a qualidade do ato contestado, a ser avaliado mediante evidências coletadas pelos instrumentos modernos de avaliação empírica de adesão e controle da informação, objeto de abordagem no capítulo anterior.

4.1 Pressupostos do pragmatismo jurídico

O comportamento pragmatista nutre substancialmente as teorias filosóficas que adiante serão abordadas, no sentido da adoção de postura judicial mais restrita diante de determinadas hipóteses de julgamento.

Na sua origem, o termo pragmatismo esteve associado à filosofia realista, com bases arrimadas nos pensamentos de Charles Sanders Peirce, Willian James e John Dewey, embora atualmente esteja bastante associado ao pensamento anti-realista de Richard Rorty.

80 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 206.

Essa guinada de sentido foge do escopo do presente trabalho. Todavia, é de interesse lembrar que, no grego clássico, os termos “pragma” e “pragmata”, significavam a realidade concreta ou os fatos em questão.

Charles Sanders Peirce herdou as referências teóricas do *darwinismo* e do *iluminismo*, para configurar o *instrumentalismo*, e do *historicismo* e do *romantismo*, para o conformar o *contextualismo*, de modo que, para ele, o processo de conhecimento do homem se inicia a partir do estado da mente em determinado contexto, tomando como fundamento uma massa de cognição já existente e não contestada.

E foi no plano do direito que se tornou sólida e evidente a associação entre pragmatismo e realismo⁸¹.

O realismo jurídico do início do século XX, colidente com a teoria aristotélica de justiça corretiva, reputava o bem-estar da sociedade como a causa final do direito, por isso também denominado de “jurisprudência sociológica”, sendo Oliver Wendel Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, Louis Brandeis, os principais expoentes, dentre outros.

O reflexo pragmatista no campo jurídico fez estabelecer um novo formato de interpretação jurídica, atribuindo-lhe função criativa e não meramente contemplativa. Em momento posterior, a partir da década de 1980, surge a escola neopragmatista, liderada por Richard Posner e Thomas Grey, dentre outros⁸².

No seu fundamento, o pragmatismo orienta-se por 03 (três) elementos básicos: o *antifundacionalismo*, o *consequencialismo* e o *contextualismo*.

Em síntese:

O consequencialismo, ou instrumentalismo, faz-se notar pelo enraizamento do direito na prática e no conhecimento tácito. O contextualismo evidencia-se ao se julgar essas práticas e o conhecimento delas a partir de quão bem produzem resultados desejáveis em situações problemáticas. Por fim, ser pragmatista em direito significa entender o que define uma teoria, negativamente, como fundacionalista: sua generalidade e abstração, que a tornam impraticável. Não haveria vício em raciocinar teoricamente, mas em conferir autoridade última à teoria: o objetivo crítico desse raciocínio não seria chegar a abstrações praticáveis, em sim explicitar pressuposições tácitas quando elas geram problemas práticos⁸³

81 EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-121, 2002, p. 108.

82 EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-121, 2002, p. 109.

83 EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-121, 2002, p. 109.

Nota-se, portanto, que o pragmatismo enuncia a diversidade de recursos à disposição do direito para cumprir a sua função de resolução de disputas políticas, onde o aplicador emprega uma visão experimental, instrumental e progressiva.

O ideal pragmatista, por suas características, confronta desde a hermenêutica tradicional até a hermenêutica pós-positivista.

Quanto aos positivistas, a crítica pragmatista, que também se enquadra como uma das teorias na moldura pós-positivista surgidas no pós-guerra, reside no método de aplicação do direito, ao ignorar as consequências na interpretação jurídica e os reflexos na segurança jurídica almejada, tornando-o inconciliável com o formalismo jurídico⁸⁴.

Ao pragmatista, o resultado socialmente benéfico e desejável, ainda que para isso tenha que se valer de recursos não-jurídicos, se sobrepõe à preocupação de manter a coerência lógica do sistema jurídico. A norma não é a única, mas uma das diversas fontes de que se vale para alcançar a decisão jurídica em um contexto político⁸⁵.

No contexto pós-positivista, o confronto do pragmatismo jurídico com o conceito de direito como integridade, de Ronald Dworkin, não revela antagonismo, mas algo mais complexo, sendo que o próprio Dworkin definiu a concepção pragmatista do direito como mais poderosa, persuasiva⁸⁶ e desafiadora à sua teoria.

O conceito de integridade exige da atividade adjudicativa a consolidação dos princípios definidos pelos membros de uma comunidade. E essa consolidação ocorre de forma paulatina.

Por essas características, a categorização dos princípios ocorre de forma tão particular na teoria dworkiana, na medida em que a relevância dos princípios no papel integrador outorga a possibilidade de criação do direito novo.

Mas essa criação observa determinados limites, conforme sua teoria, especialmente a consistência com a história. Nesse ponto é que repousa a divergência da sua teoria com o pragmatismo, porquanto concebe ser um erro incorrigível essa ausência de apelo ao passado⁸⁷.

84 EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-121, 2002, p. 110.

85 EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-121, 2002, p. 112.

86 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 188.

87 “Muito elucidativo para compreender essa ideia o próprio exemplo dado por Dworkin para a atividade judicante como uma narrativa consubstanciada em um 'romance encadeado' (*chain novel*): ao estabelecer uma decisão, um juiz escreve um capítulo desse romance e, sim, um capítulo novo, mas para isso deve antes ler os capítulos precedentes, de modo que um novo capítulo deve ser consistente com os anteriores” (EISENBERG,

Os pragmatistas tentaram aproximar Dworkin, o qual procurou esclarecer a necessidade de distanciamento das teorias, na evolução do seu pensamento. Na resolução dos casos difíceis, para ele, somente haverá uma decisão correta, em razão da integridade almejada.

Para os pragmatistas, é possível que teorias sejam aplicadas parcialmente e de forma combinada, quando necessário e conveniente para alcançar a melhor decisão.

Os dois exemplos acima, cotejando o pragmatismo jurídico com o positivismo e, já no contexto pós-positivista, com a teoria do direito como integridade, sem adentrar a temática com maior profundidade, tem o desiderato limitado de ilustrar como esse campo teórico passou a exercer influência no pensamento jurídico contemporâneo.

A identidade de pensamento entre aqueles que se alinham ao pragmatismo filosófico, ao pragmatismo jurídico e ao realismo jurídico está no compartilhamento da falta de crença nas tentativas ambiciosas de fornecer fundamentos sólidos e unívocos para a função jurisdicional e os argumentos dos advogados.

Essa descrença é considerada, por seus adeptos, uma virtude, quando deixa de acreditar na possibilidade de teorias morais ou políticas, incorporadas a argumentos de advogados ou decisões judiciais, como suficientes para demover ou determinar comportamentos humanos⁸⁸.

A despeito das críticas, a inserção dos pressupostos do pragmatismo na atividade interpretativa do direito, levando em consideração a perspectiva contextualista e consequencialista permite ampliar o espectro de possibilidades hermenêuticas no controle judicial da atividade regulatória, notadamente quando a própria criação das normas que regulamentam determinada atividade econômica absorve os ideais pragmatistas, na busca da adesão dos seus destinatários.

A serem abordadas na sequência do trabalho, diversas filosofias jurídicas incorporam, ainda que com enfoques diversos, os pressupostos do pragmatismo.

4.2 Minimalismo judicial

José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-121, 2002, p. 114).

88 ARGUELES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações*. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 178/179.

A ideia central da filosofia constitucional do minimalismo judicial remete à adoção, pelo Poder Judiciário, de postura refratária a grandes teorizações e generalizações na esfera do direito constitucional.

A exploração das denominadas “virtudes passivas” pelo Poder Judiciário constitui a centralidade de tal filosofia constitucional, repercutindo na potencialidade do silêncio judicial sobre questões controversas, sempre que isso se mostrar possível, de maneira que os juízes, especialmente das Cortes Supremas, sejam cautelosos quanto a decisões amplas e pronunciamento ambiciosos.

As orientações para o comportamento judicial, emanadas do minimalismo, são de duas naturezas.

As decisões devem ser *estreitas e superficiais*. Respectivamente, o pronunciamento deve ser estritamente o necessário para a solução do caso e são dispensáveis grandes digressões conceituais concentradas na exploração de fundamentos últimos, o que refletiria em abordagem de questões dogmáticas, políticas e filosóficas, sempre que tal for dispensável.

A produção acadêmica de Cass Sustein constitui o referencial teórico do minimalismo judicial, que denomina as decisões pautadas nessas premissas de *acordos incompletamente teorizados*⁸⁹.

Sustein considera que os acordos incompletamente teorizados prestigiam o ideal de reciprocidade e de mútuo respeito tão caros às democracias constitucionais contemporâneas, pois permitem o acordo quando ele é necessário, e o tornam desnecessário quando ele é impossível. Explica-se: ao não se recorrer a uma determinada concepção de princípio constitucional aberto, mas as razões mais estreitas e rasas que são amplamente compartilhadas na sociedade, logra-se obter consenso sobre a resposta para o problema concreto de forma respeitosa a diversas concepções sobre o princípio constitucional em questão. Caso se optasse por fundamentar a decisão em uma controversa leitura de princípio constitucional, seria suscitado um desacordo desnecessário, pois os que não partilham daquela concepção não se reconheceriam na decisão.⁹⁰

O minimalismo, assim, favorece posturas modestas e pragmáticas dos juízes, voltadas para a resolução do problema concreto que lhes é apresentado.

Exemplificativamente, se existe um consenso de que prisões em condições degradantes afrontam a dignidade humana, não é necessário e tampouco recomendável, segundo os adeptos do minimalismo judicial, que se adentre no embate teórico e filosófico se

89 SUSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

90 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 228.

o princípio da dignidade humana deve ser compreendido de forma mais liberal, focado na autonomia, ou mais próximo do jusnaturalismo cristão ou do comunitarismo⁹¹.

Aqui, a abordagem é ampla e aplicável a diversas questões, especialmente aquelas controvérsias de natureza constitucional, mas sem destoar da matéria objeto do presente estudo, que converge para a atuação do Poder Judiciário no controle da atividade regulatória.

Existem diversos argumentos que sustentam o minimalismo judicial. Talvez a mais importante reflexão inerente ao comportamento dos juízes, sob orientação da filosofia minimalista é a ponderação quanto aos custos das decisões e os custos dos erros.

Nesse tocante, os julgamentos minimalistas revestem-se do potencial de reduzir esses custos, tendo em vista que também está reduzido o ônus argumentativo quanto a questões despiciendas para a solução da controvérsia. Se não há informação suficiente para justificar uma fundamentação ampla, o caminho da estreiteza deve ser considerado.

Em reflexão sobre os limites do minimalismo judicial, ilustrando com a casuística de temas constitucionais, Cass Sustein defende a sua incidência em determinados casos:

In law, minimalism plays an exceedingly important role. Some judges favor shallow rulings. Such rulings attempt to produce rationales and outcomes on which diverse people can agree, notwithstanding their disagreement on fundamental issues. For example, there are vigorous disputes about the underlying purpose of the free speech guarantee: Should the guarantee be seen as protecting democratic self-government, or the marketplace of ideas, or individual autonomy? Minimalists hope not to resolve these disputes. They seek judgments and rulings that can attract shared support from people who are committed to one or another of these foundational understandings, or who are unsure about the foundations of the free speech principle.⁹²

O minimalismo judicial reconhece a preferência por soluções estreitas e superficiais, notadamente em matéria constitucional, na medida em que compreendem a manifesta possibilidade de que o juiz não dispõe de uma quantidade suficiente e qualitativamente

91 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 225.

92 Tradução livre: “No direito, o minimalismo desempenha um papel extremamente importante. Alguns juízes favorecem decisões superficiais. Tais decisões tentam produzir fundamentos e resultados com os quais pessoas diversas possam concordar, apesar de suas divergências em questões fundamentais. Por exemplo, há disputas acirradas sobre o propósito subjacente da garantia da liberdade de expressão: a garantia deve ser vista como proteção do autogoverno democrático, do mercado de ideias ou da autonomia individual? Os minimalistas esperam não resolver essas disputas. Eles buscam julgamentos e decisões que possam atrair o apoio mútuo de pessoas que se comprometem com um ou outro desses entendimentos fundamentais ou que não têm certeza sobre os fundamentos do princípio da liberdade de expressão” SUSTEIN. Cass R.. **Beyond Judicial Minimalism**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 237, 2008, p. 3.

relevante de informações necessárias a conferir uma solução ampla, bem como é inimaginável a gama de situações possíveis a serem consideradas na aplicação de uma regra ampla⁹³.

Em que pese transparecer covardia, timidez ou audácia contida, o pensamento minimalista sustenta-se nas ideias de que: a) decisões superficiais e restritas tem o condão de minimizar custos de decisão e custo de erro, reduzindo assim os encargos das tomadas de decisão; b) decisões amplas e profundas poderão produzir problemas para o futuro; c) certas questões fundamentais podem não ser resolvidas, o que confere espaço para o debate entre os cidadãos, tornando o ato omissivo como valioso para a democracia⁹⁴; d) reduz a resistência e as reações às decisões judiciais (efeito *backlash*), promovendo acordos e consensos necessários à vida na sociedade pluralista.⁹⁵

Os acordos teorizados de forma incompleta permitem, numa sociedade pluralista, que as pessoas concordem com algumas abstrações, sem que isso as obrigue a concordar com o significado dessas abstrações.

Ou seja, pessoas que discordam sobre a proteção constitucional do direito à incitação à violência ou ao discurso de ódio podem aceitar um princípio geral de liberdade de expressão, bem como aquelas que discordam sobre se a Constituição deve proteger as relações entre pessoas do mesmo sexo podem aceitar um princípio abstrato de antidiscriminação⁹⁶.

Portanto, os acordos incompletamente teorizados, de acordo com Sustain, são necessários para a estabilidade social; promovem objetivos das democracias constitucionais e dos sistemas jurídicos liberais, pois permite que as pessoas vivam juntas e demonstrem, entre si, certo grau de respeito e reciprocidade; reduzem o custo político de desacordos persistentes; promovem, ao longo do tempo, evolução moral e progresso; adequam-se aos limites institucionais do Poder Judiciário, reconhecendo a falibilidade dos juízes e, consequentemente, reduzindo os custos da implementação das decisões profundas e dos seus possíveis erros⁹⁷.

93 SUSTEIN. Cass R.. **Beyond Judicial Minimalism**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 237, 2008, p. 4

94 SUSTEIN. Cass R.. **Beyond Judicial Minimalism**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 237, 2008, p. 4

95 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 226.

96 SUSTEIN. Cass R.. **Beyond Judicial Minimalism**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 237, 2008, p. 5

97 SUSTEIN. Cass R.. **Beyond Judicial Minimalism**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 237, 2008, p. 7-9.

Por essas e outras razões, tal filosofia constitucional encontra acolhida em diversos temas constitucionais e na sua aplicação pelo Judiciário.

As críticas a ela também existem e merecem ser abordadas para a melhor compreensão do seu espectro de incidência na teoria constitucional.

À primeira vista, a tese do minimalismo judicial transparece omissão do órgão judicial e, até mesmo, exemplo de covardia no enfrentamento de temas mais complexos, que exigiriam o aprofundamento da abordagem, de modo que os juízes devem justificar a solução de questões jurídicas mostrando que os princípios que as sustentam também oferecem a melhor justificação da prática jurídica na área em que o caso surja⁹⁸, e que ao adotarem postura minimalista, enquanto estão obrigados a preservar direitos fundamentais e valores essenciais, os juízes estariam se desonerando indevidamente de suas responsabilidades⁹⁹.

Noutra senda, e com amparo na teoria neoinstitucionalista do processo, há posição da doutrina nacional que discorda parcialmente da tese minimalista:

Paira, no entanto, crítica aos acordos não totalmente teorizados e, por consequência, ao minimalismo judicial. Essa crítica não está na tentativa de obtenção de acordos possíveis em meios de intensa divergência, proposta que soa louvável diante de rápidas e constantes mudanças que o mundo contemporâneo exige. As críticas, aqui formuladas por meio de indagações, são: a quem caberá limitar a teorização de grupos dissonantes? A quem cabe eleger o exato limite da estreiteza e da superficialidade das abordagens ditas minimalistas? Qual o modo para realização de tal limitação teórica?¹⁰⁰

O confronto de filosofias constitucionais acerca da atuação jurisdicional em temas constitucionais, por si, enseja uma abordagem larga e profunda. No plano das ideias não existem limites para a abstração e não há compromisso direto com os efeitos práticos da adoção de medidas pela autoridade estatal.

Porém, quando o debate é trasladado para o plano concreto, além da compreensão subjetiva sobre possíveis interferências e efeitos dos comandos emanados da atividade estatal, como destaque aqui para a Judiciária, emerge a preocupação com os efeitos da decisão, presentes e futuros, com reduzidos ou altos custos, de forma escorreita ou errônea.

98 DWORKIN, Ronald. *In praise of theory*. **Ariz. St. LJ**, v. 29, 1997, p. 353. A resposta à crítica formulada por Dworkin à Escola de Chicago, e o que ele denominou de anti-teoristas, encontra-se em POSNER, Richard A. *Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin*. **Ariz. St. LJ**, v. 29, 1997, p. 377.

99 BARBER, Sotirios A; FLEMING, James. **Constitucional Interpretation: the basic questions**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 153-154.

100 BERNARDES, Bruno Paiva. *Objecções Da Processualidade Democrática Ao Minimalismo Judicial: Um Estudo Crítico À Luz Da Teoria Neoinstitucionalista Do Processo*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, 2021. DOI: 10.12957/redp.2022.59468. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59468>. Acesso em: 31 jul. 2025.

Devido a essas circunstâncias, a prática do minimalismo tem fundamento no pragmatismo, não compreendido como uma filosofia do direito, mas uma atitude para a construção de uma filosofia do direito¹⁰¹.

Assim como em diversos campos do conhecimento, no direito os argumentos pragmáticos podem encontrar aplicação ou não, a depender da questão a ser enfrentada.

Exatamente por isso que o minimalismo judicial, com todos os argumentos que lhe conferem sustentação, não é um caminho a ser adotado pelo Poder Judiciário de forma indiscriminada, e em qualquer tipo de controvérsia.

Questões onde a previsibilidade é fundamental, recomendam que a decisão seja ampla. Não existe justificativa para que os juízes pensem sistematicamente em favor de uma presunção geral de estreiteza, exatamente porque os argumentos pragmáticos que justificam a estreiteza também poderão exigir a sua rejeição, pois, se os juízes se preocupam com os custos das decisões e os custos dos erros, em determinados momentos deverão optar pela regra ampla na solução dos casos¹⁰².

Dessa forma, observa-se que até mesmo os teóricos responsáveis pela tentativa de sistematização do comportamento minimalista reconhecem que, em determinadas hipóteses, e valendo-se de atitudes pragmáticas, os juízes deverão enfrentar os argumentos de forma mais ampla na justificação¹⁰³.

O desenvolvimento teórico do minimalismo judicial surge nos Estados Unidos, especialmente diante da análise da fundamentação dos pronunciamentos dos juízes da Suprema Corte.

No Brasil, a par de uma análise empírica mais profunda, de modo geral, estudiosos do direito constitucional brasileiro, aferindo o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, sustentam que a Corte não se alinha às premissas do minimalismo,

101 ATIENZA, Manuel. *Pragmatismo jurídico: la propuesta de Susan Haack*. **Estudios filosóficos**, v. 67, n. 196, p. 467-489, 2018.

102 SUSTEIN. Cass R.. **Beyond Judicial Minimalism**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 237, 2008, p. 16.

103 “For good reasons, judgments of this kind are rare. But in the most glorious periods in democratic life, national decisions reflect a high degree of theoretical depth, and they are wide rather than narrow. In crucial moments in American history, the same has been true of constitutional law. Many of those moments deserve celebration, not lamentation”. Tradução livre: “Por boas razões, julgamentos desse tipo são raros. Mas, nos períodos mais gloriosos da vida democrática, as decisões nacionais refletem um alto grau de profundidade teórica e são amplas, em vez de restritas. Em momentos cruciais da história americana, o mesmo se aplica ao direito constitucional. Muitos desses momentos merecem comemoração, não lamentação” SUSTEIN. Cass R.. **Beyond Judicial Minimalism**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 237, 2008, p. 20.

porquanto utiliza de forma recorrente amplas teorizações ou construções excessivamente abrangentes, em diversos julgados¹⁰⁴.

Um exemplo em que esse avanço poderia ser evitado remete ao julgamento sobre as pesquisas em células tronco embrionárias¹⁰⁵. Ao afirmar que somente há proteção constitucional da vida após o nascimento, o ministro Ayres Brito, relator do caso, invocou posição sobre um dos temas mais controvertidos no Direito, na Moral e na Ciência, sendo que não era necessário recorrer a tal argumento para a solução do caso, que tratava da possibilidade de uso em pesquisas de pré-embriões.

Por outro lado, alinhando-se ao alerta de Cass Sustein sobre as eventuais necessidades de ir além do minimalismo, o Supremo Tribunal Federal adotou postura ampla e profunda em casos importantes, a exemplo da decisão que abordou o direito à constituição de família homoafetiva¹⁰⁶, gerando efeitos práticos e simbólicos extremamente relevantes, traduzindo importante marco histórico de adoção de uma posição contramajoritária, cujas consequências sociais de parcela menor da população não poderiam ficar aguardando, indefinidamente no tempo, a vontade do legislador.

Já no que tangencia o controle da atividade regulatória, é possível afirmar, conforme abordagem empírica que se verá no item 4.6.2 do estudo, que no sistema judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça alinham-se a uma postura coerente ao minimalismo judicial, de modo que as decisões tendem a ser estreitas e superficiais, em postura deferente aos atos regulatórios emanados de outras instituições.

A filosofia constitucional do minimalismo judicial, como observado, não pretende converter-se em padrão de condutas dos juízes. A proposta é mais singela e precisa. A pretensão é que doses de postura minimalista sejam injetadas no comportamento judicial.

Ao observar o elevado número de processos que tramitam nas diversas instâncias do Poder Judiciário¹⁰⁷, nota-se que a deferência judicial, traduzida em comportamento

104 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 226.

105 STF ADI 3510, Relator AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29-05-2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043.

106 STF ADPF 132, Relator: AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05-05-2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

107 Estavam pendentes na justiça brasileira 79.090.366 (setenta e nove milhões, noventa mil, trezentos e sessenta e seis) processos, em 30/06/2025, segundo os dados do painel *DataJud - Base Nacional de Dados do Poder Judiciário*, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/> - acesso em 01/08/2025, às 14h38min.

minimalista, nas hipóteses em que adequadamente sejam proferidas decisões estreitas e superficiais, colabora para a racionalização do sistema judiciário nacional.

Da mesma forma, quanto ao aspecto das relações interinstitucionais e da cena política marcadas pelo pluralismo, a formalização de decisões constitutivas de acordos incompletamente teorizados significa estratégia interessante para desestimular atritos entre os seus atores, permitindo que o Poder Judiciário concentre sua atuação naqueles casos em que, efetivamente, recomendam-se decisões mais profundas e abrangentes.

Não se deve olvidar os riscos da imodéstia judicial e dos discursos judiciais politicamente carregados.

A falibilidade judicial é circunstância que compõe a gênese do pensamento minimalista, resultando certo grau de risco a confiança, indistintamente aplicada a todos os casos, na capacidade da atividade jurisdicional resolver a contento os conflitos, notadamente aqueles circunscritos a temas complexos.

Atualmente, a regulação da atividade econômica se insere nesse rol de complexidade, como já abordado anteriormente neste trabalho. Eis aqui uma hipótese em que o silêncio potencialmente promove a democracia. A virtude passiva do órgão judicial, nessa temática, estimula debates, minimiza conflitos, torna a vida social mais possível e reduz custos, seja pela implementação das decisões, seja pelos erros dela decorrentes.

O controle judicial da atividade regulatória caracteriza-se, primordialmente, pela existência de ato pretérito, contestado nas vias judiciais, de uma outra instituição estatal com competência definida pelo ordenamento jurídico.

A multiplicidade de novos formatos e instrumentos de regulação da atividade econômica - regulação policêntrica - sugerem maior participação quantitativa e qualitativa dos agentes econômicos e usuários de serviços nos momentos antecedentes à concretização do ato regulador, circunstâncias aptas a demonstrar o risco de que a intervenção judicial substitutiva traduza variável negativa, por implicar erro ou elevação de custos para a implementação dos seus efeitos.

No campo regulatório, embora não seja imune a interferências políticas, os atos produzidos pelo regulador, baseado em evidências, reveste-se de caráter substancialmente técnico, o que resulta concluir a difícil missão do órgão judicial, de conhecimento técnico limitado sobre a matéria, de revisar determinada regra regulatória, proferindo uma decisão estreita e superficial sobre o tema.

E caso o órgão superficial assuma o desafio de proferir uma decisão ampla e profunda, certamente não disporá de subsídios técnicos e empíricos suficientes.

Por outro lado, nos casos de manifesta deficiência do ato regulador, por inobservância de aspectos que o qualificam, como, por exemplo, a inexistência de análise de impacto regulatório para uma tema onde seja recomendável, a anulação do ato pelo Poder Judiciário, pautado pelo critério da qualidade da regulação, poderá ser alcançada mediante decisão superficial e estreita, devolvendo-se ao órgão de regulação a sua reformulação.

4.3 Autocontenção judicial

A autocontenção judicial e o minimalismo, de acordo com as premissas teóricas que os sustentam, são filosofias centradas no comportamento judicial e na teoria da decisão que guardam relação de proximidade. Contudo, em razão dessas mesmas premissas, não podem ser consideradas totalmente idênticas.

As específicas premissas do minimalismo permitem dizer que ele constitui a proposta de um modelo deliberativo democrático que visa conformar a atuação da corte, inserindo-se no contexto maior da autocontenção judicial.

Doravante, será abordado o “significado da autocontenção judicial”, subsidiando o estudo o artigo de Richard Posner¹⁰⁸, sob o mesmo título, a fim de aferir sua identificação com o minimalismo, e ainda, como essas duas construções teóricas do comportamento judicial podem ser aplicadas no controle da atividade regulatória.

O texto inicia desvendando a falácia formalista, com expressa referência ao ataque de Oliver Wendel Holmes ao formalismo, na obra *The Commom Law*, ressaltando a prevalência das experiências pessoais dos juízes, frente às regras de silogismo jurídico, o que ele denomina de falácia formalista.

Holmes atacou o formalismo, no qual se insere a ideia de que o juiz não tem vontade, não faz escolhas e é apenas um transmissor passivo em vez de criador do direito¹⁰⁹.

Posner, porém, observou que o formalismo pode não ser considerado uma falácia, a depender da sociedade e do período histórico, especialmente quando o comportamento judicial firme é importante para mitigar a severidade e os efeitos negativos de algumas leis em

108 POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983.

109 POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983, p. 3.

prejuízo de determinadas classes específicas de cidadãos, assim como impregnar de sentimento de justiça a interpretação da legislação de características mais genéricas¹¹⁰.

Em seguida, o autor pontua que há uma linha tênue entre a adjudicação baseada em princípios e aquela orientada para resultados, para justificar que somente quando as fontes de orientação autoritativas se esgotam é que o juiz ingressa na esfera da legítima discricção judicial, ou seja, a área aberta na tomada de decisão judicial não é a área em que a decisão por silogismo é impossível, mas a área mais restrita em que o juiz, na falta de orientação autoritativa, tem que aplicar suas próprias preferências políticas para decidir o caso em questão¹¹¹.

Em síntese, a proposta do autor em formular essas premissas introdutórias é registrar a existência de uma área em que o juiz não pode decidir casos simplesmente por referência à vontade dos outros (leis – vontade do legislador; jurisprudência - interpretação de casos anteriores por outros juízes). Nesse ambiente, o juiz deve pautar a sua decisão em seus próprios valores e preferências, ou seja, através de princípios.

Entre esses princípios estão, de um lado, a perspectiva ativista. De outro, a perspectiva autocontida.

Para Posner, o termo autocontenção judicial pode ser utilizado de 5 (cinco) sentidos diferentes: a) quando o juiz não permite que suas próprias visões políticas não influenciem suas decisões; b) quando se porta cautelosamente em intrrometer-se nessas visões; c) quando ele tem ciência das restrições políticas práticas ao exercício do poder judicial; d) quando suas decisões são influenciadas pela preocupação de que a criação judicial promíscua de direitos resulte em uma sobrecarga nos tribunais em litígios, a ponto de impossibilitar o seu funcionamento eficaz; e) quando ele deseja reduzir o poder do próprio sistema judiciário em relação aos outros poderes.

Independentemente das diferentes denominações empregadas para cada sentido – juiz autocontido, juiz deferente ou autocontenção prudencial – o que importa é o tratamento da autocontenção judicial como princípio político substantivo para ser usado por juízes na decisão de determinados casos abertos¹¹².

110 POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983, p. 4.

111 POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983, p. 9.

112 POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983, p. 10.

Também denominada de “contenção estrutural”, a preocupação central de Richard Posner reside na autocontenção havida entre os demais poderes com o Judiciário. Nele o juiz estabelece como um objetivo importante da sua tomada de decisão a redução do poder do seu sistema judiciário em relação ao controle sobre outras instituições governamentais¹¹³.

O trecho abaixo sintetiza as razões do autor a justificar a autocontenção judicial, a fim de conferir legitimidade ao Judiciário, ou, no sentido contrário, dos riscos que a não adoção de posicionamento contido podem resultar na redução da legitimidade democrática, na relação com os demais poderes.

Because separation of powers judicial self-restraint implies a low profile for the courts, it tends to produce outcomes similar to those produced by prudential self-restraint in either its political or its functional form. The forms of judicial self-restraint are related in another way. They all can be seen as proceeding from recognition of the federal courts' special vulnerability, though this is not necessarily the most illuminating perspective. The federal courts, one has been told over and over again until the point has become thoroughly hackneyed, lack the power of purse or sword, lack the legitimacy conferred by an electoral mandate, yet have responsibility for countermanding the elected branches. They do this not only when enforcing the Constitution but also when enforcing federal statutes in accordance with the intent of the enacting rather than the current Congress. Hence, the argument continues, the courts are the weakest branch of the federal government. They can preserve their influence only by conserving their political capital, which can be squandered not only by too freely countermanding the other branches but by the decline in professional respect for the quality of the courts' decisions that must accompany any rapid expansion in the number of judges and any substantial relaxation of the traditional limitations on justiciability.¹¹⁴

Para a adequada compreensão da relação entre a autocontenção e o ativismo judicial, necessário reconhecer que o primeiro não é sinônimo de bondade, enquanto o segundo não é sinônimo de maldade.

113 POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983, p. 11.

114 Tradução livre: “Como a separação de poderes, a autocontenção judicial implica um perfil discreto para os tribunais, ela tende a produzir resultados semelhantes aos produzidos pela autocontenção prudencial, seja em sua forma política ou funcional. As formas de autocontenção judicial estão relacionadas de outra maneira. Todas elas podem ser vistas como decorrentes do reconhecimento da vulnerabilidade especial dos tribunais federais, embora esta não seja necessariamente a perspectiva mais esclarecedora. Os tribunais federais, já se disse inúmeras vezes até que a questão se tornou completamente comum, não têm poder de mercado, não têm a legitimidade conferida por um mandato eleitoral, mas têm a responsabilidade de anular os poderes eleitos. Eles fazem isso não apenas ao aplicar a Constituição, mas também ao aplicar estatutos federais de acordo com a intenção do promulgador em vez do Congresso atual. Portanto, continua o argumento, os tribunais são o poder mais fraco do governo federal. Eles só podem preservar sua influência conservando seu capital político, que pode ser desperdiçado não apenas por contrariar livremente os outros poderes, mas também pelo declínio do respeito profissional pela qualidade das decisões dos tribunais, que deve acompanhar qualquer expansão rápida no número de juízes e qualquer relaxamento substancial das limitações tradicionais à justiciabilidade. (POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983, p. 12).

Se a história elogiará a escolha de um juiz sobre onde se localizar nesse eixo dependerá da situação histórica particular na qual o juiz se encontra¹¹⁵.

O excerto abaixo elucida, à luz dos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, objeto de análise de Ricardo Posner, que há possibilidade de posicionamentos ativistas e autocontidos, a depender do contexto histórico e dos elementos do caso sob análise:

There is no inconsistency in arguing that it would have been a disaster for Chief Justice Marshall-the Marshall of *Marbury v. Madison* and *Gibbons v. Ogden* - to have embraced judicial self-restraint and for Chief Justice Burger to have embraced judicial activism. If the courts are too miserly in using their powers to check the other branches of government, they might as well not be a part of the system of checks and balances, though the Constitution meant them to be. But if they are too profligate they risk having their role in the system cut back or taken away from them altogether¹¹⁶

A defesa da autocontenção não retira a necessária advertência de que sua incorporação no comportamento judicial está limitada no tempo e no espaço.

Se não é correto interpretar a Constituição como uma camisa de força, também não é correto tratá-la como uma camisa de força para a ação judicial.

A contextualização histórica dos fundamentos expostos no estudo de Richard Posner é importante, pois naquele período, início da década de 1980, havia um consenso, baseado em evidências persuasivas indiretas, de que o ativismo judicial nos Estados Unidos, notadamente da Corte de Warren, avançou consideravelmente e que a atividade jurisdicional invadiu de forma significativa a esfera de atuação dos demais poderes, com destaque para a implantação e correção de políticas públicas¹¹⁷.

Outro ponto abordado pelo autor é a inexistência de conexão entre a personalidade judicial tímida e o comportamento deferente, notadamente ao observar que expoentes da autocontenção como Holmes, Brandeis e Frankfurter não eram despidos de elevada autoestima e autoconfiança.

115 POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983, p. 14.

116 Tradução livre: “Não há inconsistência em argumentar que teria sido um desastre para o Chief Justice Marshall - o Marshall de *Marbury v. Madison* e *Gibbons v. Ogden* - ter adotado a autocontenção judicial e para o Chief Justice Burger ter adotado o ativismo judicial. Se os tribunais forem muito avarentos no uso de seus poderes para controlar os outros ramos do governo, é melhor que eles não façam parte do sistema de freios e contrapesos, embora a Constituição os tenha destinado a isso. Mas, se forem excessivamente esbanjadores, correm o risco de ter seu papel no sistema reduzido ou totalmente retirado deles” POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983, p. 14.

117 BAUERMANN, Desirê. *Structural Injunctions no direito norte-americano*. In: ARENHARDT, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 279-301.

Mas o ceticismo, por sua vez, pode ser preponderante para que o juiz não se sinta à vontade para o exercício do poder, especificamente na ausência de segurança de que a sua intervenção proporcionará algum benefício, afastando-o da disputa com outros ramos do governo¹¹⁸.

Outrossim, quando se trata da atenção aos precedentes, a máxima de que um juiz liberal tende a não observar precedentes, enquanto um juiz moderado tende a adotá-la, segundo Posner, não parece estar totalmente correta.

Na verdade, é possível um juiz ativista deferente ao precedente e um juiz contido que não é deferente em relação ao precedente. O fator preponderante depende de saber em qual posição encontra-se o juiz no eixo autocontenção - ativismo.

A autocontenção, a exemplo do minimalismo, não fornece uma filosofia completa de tomada de decisões judiciais, primeiro porque muitas questões judiciais a serem decididas não envolvem o tema da restrição, segundo, porque o valor da restrição é apenas um fator na tomada de decisões judiciais responsáveis, pois um juiz autodisciplinado tenta não levar em consideração as suas preferências políticas no momento do julgamento, ou seja, se o propósito do legislador pode ser identificado, ele decide de acordo com esse propósito contido na lei, o mesmo se aplicando quanto à força vinculante dos precedentes judiciais (*stare decisis*).

Como visto, a posição do juiz no eixo ativista - deferente é determinante para o tamanho da área de indeterminação judicial, e o valor das ideias a serem aplicadas através da adoção de algumas preferências dos juízes deve ser realçado, ainda que não haja consenso social, e desde que não sejam peculiares, o que tornaria a lei muito imprevisível e incerta.

Em síntese, na área aberta de interpretação, o juiz deve permanecer impessoal a fim de limitar suas escolhas políticas a valores amplamente aceitos, embora geralmente não sejam universais, o que traduz ser a autocontenção judicial, um ponto de reflexão no debate sobre o exercício legítimo do poder pelos juízes.

Contextualizando os pressupostos teóricos da autocontenção judicial, como modelo de comportamento da autoridade judiciária, é relevante expor que essa construção de um papel mais restrito para as cortes, opondo-se ao ativismo judicial, sugere: a) reconhecimento de uma presunção de constitucionalidade dos atos dos demais poderes; b) coerência na interpretação dos dispositivos constitucionais; c) demarcação da atuação da corte a determinados temas, em

118 POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983, p. 19.

que a sua atuação seria indispensável e; d) a redução do âmbito da decisão pela via hermenêutica da autocontenção¹¹⁹.

Na experiência constitucional brasileira, a autocontenção judicial pode ser observada nas diversas instâncias do Poder Judiciário, desde o controle de constitucionalidade pela via abstrata, até os julgamentos singulares, todavia, com a conotação de um comportamento estratégico deliberado.

A autocontenção judicial trata diretamente da identificação das questões políticas, circunstância do método decisório que identificará a (im)possibilidade de ingresso em determinadas matérias cuja deliberação é de competência originária de outros poderes.

Ocorre que a identificação dessa questão política depende exclusivamente do órgão judicial, permitindo o surgimento de um *comportamento estratégico deliberado*, em especial do Supremo Tribunal Federal, ao delimitar a questão política e, assim, conformar também os limites para uma postura ativista ou autocontida.

Seria desejável, numa perspectiva equilibrada de diálogos institucionais, uma constante criação judicial do Direito em nosso ordenamento jurídico? A resposta do STF à tal indagação tem sido fluida ao longo dos tempos, ora repelindo a possibilidade em autocontenção expressa, ora abrindo exceções a esta barreira substancial e permitindo, em caráter ativista, verdadeira oportunidade para ir além da decisão do conflito, desde a regulamentação de questões à produção normativa original¹²⁰

E prossegue, tratando o dogma da jurisdição constitucional restritiva:

Verifica-se, nos precedentes em que os membros do Tribunal invocaram tal dogma, uma indisposição institucional quanto à adoção de condutas que poderiam ser caracterizadas como criação judicial de direito, ou seja, uma postura de “legislador positivo”, v.g., reformando decisões legislativas anteriormente tomadas pelo Parlamento ou, em paralelo à atividade de controle, acrescentando, via mecanismos hermenêuticos, normas cuja expressão literal inexistia no texto constitucional. Em sua postura seletiva quanto à escolha dos casos a decidir, isto é, entre as dimensões de árbitro, de ativista ou de instituição autocontida, o Tribunal rotineiramente alterna, em comportamento estratégico compatível com os diálogos institucionais, sua postura frente aos hard cases constitucionais, dependendo, por exemplo, do contexto econômico ou do tema envolvido em sua agenda de

119 LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990, p. 225.

120 LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990, p. 229.

julgamentos, ora invocando o dogma para eximir-se de decidir (ex. AI 360461 AgR29), ora superando o dogma total ou parcialmente para decidir em flagrante atividade criativa legiferante (ex: PET nº 3.388, DJ, 25/09/2009, Caso Raposa Serra do Sol).¹²¹

Essa e outras controvérsias integram as propostas de formalização de um método decisório orientado por um comportamento mais restrito dos juízes, seja pelas premissas do minimalismo judicial, seja pela proposta da autocontenção.

E por se tratar de análise de comportamento judicial, no contexto das teorias da decisão, o tema da discricionariedade tangencia a autocontenção judicial.

O estudo da discricionariedade sempre esteve relacionado à atividade do Administrador, ou seja, como um tema afeto ao Direito Administrativo, sem preocupações maiores para a discricionariedade judicial.

Mas essa preocupação surge e cresce com a abertura interpretativa proposta pelo pós-positivismo, com maior razão quando as questões jurídicas não se conectam a pressupostos fáticos, dando azo ao que a doutrina denomina de *enunciados performáticos*¹²².

Exemplo disso é a ampla utilização da expressão de *não atender o interesse público*, no controle judicial da atividade regulatória ou de políticas públicas.

Ocorre que no século XX, o discurso jurídico incorporou o debate produzido no âmbito da filosofia sobre o problema da compreensão e da interpretação e a relevância desse debate para a construção de conceitos nas ciências humanas. A hermenêutica é chamada a integrar o debate jurídico.

A contribuição da hermenêutica jurídica, nesse tocante, advém da inutilidade, ao Estado Democrático de Direito, de manter padrões discricionários na decisão de questões jurídicas, bem assim para a construção de um espaço hermeneuticamente adequado de inserção dos problemas de decisões de questões jurídicas¹²³.

121 LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990, p. 230.

122 ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 316

123 “O paradigma pós-positivista impõe uma possibilidade de se repensar os parâmetros em que se decidem as questões jurídicas. Portanto, evidenciar que admitir a inserção da discricionariedade para a solução de questões jurídicas constitui, ainda, enorme retrocesso em termos democráticos, pelo simples fato de que a discricionariedade confere um salvo conduto ao julgador e uma imunização da decisão que a contém, tornando impossível contrastar seu acerto ou desacerto, o que, em última instância, impede a aferição de sua própria constitucionalidade. Por conseguinte, sem um espaço hermeneuticamente adequado, continuaremos condenados a examinar as questões jurídicas em ambiente completamente relativista” ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora

Em grande medida, a formulação deste trabalho alinha-se à ideia acima exposta, com arrimo na teoria estruturante do direito, pois reconhece que a decisão judicial, perante o paradigma pós-positivista, é fruto do conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa, a qual deve reconhecer e absorver conhecimentos de outras ciências, notadamente a econômica, num ambiente de implementação e execução de serviços públicos por particulares, intermediada pela regulação estatal, onde a intervenção jurisdicional pode encontrar diversas barreiras para alcançar o patamar em que qualifique como legítima.

Nesse aspecto, a atividade interpretativa, no pós-positivismo, preocupada com a conexão de questões jurídicas com elementos fáticos, orienta o órgão jurisdicional no contexto do controle de atividades econômicas reguladas pelo Estado, especialmente quando já houve uma análise técnica pelo órgão regulador.

A compreensão do tema, pela amplitude e relevância, merece análise em sentido oposto.

Ou seja, se há o risco da inserção da discricionariedade no âmbito jurídico-decisório, também é digno de reconhecer a potencialidade da decisão judicial, se adequadamente fundamentada em elementos fáticos, extirpar discricionariedades e arbitrariedades presentes no ato regulador que não adotou padrão razoável de qualificação e participação dos destinatários, conforme mencionado no capítulo anterior.

A fundamentação adequada no sentido da autocontenção, nos limites propostos neste trabalho, explicitando as razões pelas quais a intervenção no ato regulatório pode ser mais prejudicial ao sistema do que o ingresso no seu mérito, é menos discricionário que uma decisão intervencionista fundada em princípios abstratos (ex: bem comum; interesse público).

Isso porque a ideia de contenção aqui proposta exige uma atividade técnica qualificada precedente, baseada em fatos – um poder decisório anterior do agente regulador, dotado de legitimidade, mediante a elaboração de estudos e participação dos envolvidos.

Efetivamente, no presente estudo, há a incorporação de uma preocupação com as consequências da decisão judicial, o que não se confunde com a adoção do consequencialismo jurídico como orientação judicial decisória.

Com efeito, o consequencialismo, como adiante será destacado, não deve ser invocado para constituir a motivação da decisão, senão uma preocupação das suas consequências na

promoção do conhecimento econômico, na relação entre instituições e a contribuição desses fatores para o ambiente democrático¹²⁴.

Quando Richard Posner, ao afastar-se dos pragmatistas filosóficos ou seus adversários, assevera: “não estou interessado em nada disso. Interesse-me pelo pragmatismo entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”¹²⁵, tem-se que essa aproximação dos fatos e a preocupação com as consequências das decisões públicas tende a reduzir o âmbito de discricionariedade judicial, fundamentalmente porque se espera que a explanação desses fatos e consequências se perfectibilize na própria fundamentação da decisão judicial.

É necessário lembrar, ao final deste tópico, que a organização de um método decisório se reveste de todas as dificuldades e pormenores inerentes à filosofia e às ciências, assim, também se aplica ao Direito.

Na atualidade, diante da complexidade da sociedade contemporânea, essas dificuldades se revelam ainda maiores, notadamente no âmbito da *ciência dogmática do direito*, cujo objeto principal é a apreciação judicial dos casos e a solução de questões jurídicas¹²⁶.

Como observam Georges Abboud, Henrique Garbelini Carnio e Rafael Tomaz Oliveira

No âmbito do direito, essa situação pode ser facilmente visualizada. Não é de hoje que a proficiência do jurista sobre determinado ramo do direito exige conhecimentos e técnicas específicas. Isso responde a diversos fatores que podem ser de modo genérico explicados pelo grau de complexidade da sociedade contemporânea, a exigir uma carga de regulamentação que atinge especificidades que antes ficavam fora do direito, e pelo próprio desenvolvimento da disciplina jurídica em questão que, no contexto atual,

124 “Ao refutarmos a utilização dos argumentos consequencialistas, não se está aqui refutando a necessidade de o Judiciário preocupar-se com as consequências sociais e econômicas de suas decisões. Todavia, essa preocupação não pode consistir na motivação de sua decisão, e, principalmente, ela não pode ser usada para afastar a questão jurídico-constitucional que incidiria no caso. Ou seja, as consequências da decisão não podem caracterizar um subterfúgio para o Judiciário afastar-se da legalidade vigente ao proferir decisões com modulação de efeitos” ABBoud, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 332.

125 POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 357/358.

126 *Além disso, por ciência do direito entende-se aqui apenas um determinado tipo de ciência do direito - aquela que se nos oferece na ciência jurídica alemã da nossa época. Trata-se de uma ciência jurídica que se orienta principalmente pela lei (ou, se se preferir, pela proposição jurídica) e não pelos casos já decididos; nem este carácter se pode considerar modificado pelo facto de a apreciação judicial do caso ter hoje entre nós um estatuto diferente do que teve outrora. Ela aparece-nos com efeito, na actualidade, já não como uma mera subsunção, mas como um processo intelectual multimodo, cujo resultado se repercute no conteúdo da própria proposição jurídica.* LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3a. ed. Trad. José Lamego, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. Prefácio, p. XXI.

produz um volume imenso de publicações que acabam por contribuir para um endurecimento da linguagem de modo que se torna cada vez mais difícil a visualização de um cabedal conceitual comum, que abarque todo o “mundo jurídico”. Desse modo, é cada vez mais corriqueira a figura do especialista em direito tributário, ou em direito constitucional, ou em direito processual etc., que domina as especificidades mais profundas de sua disciplina, mas que, ao mesmo tempo, tem dificuldades para lidar com questões que envolvem os fundamentos mais abrangentes do fenômeno jurídico. Isto é, torna-se cada vez mais complicada a instauração de uma via de acesso que apanhe o direito em uma dimensão global na perspectiva de uma espécie de teoria geral.¹²⁷

Esse fenômeno da especialização do intérprete e aplicador do direito, diante das mudanças ocorridas na ciência jurídica nos últimos tempos, impulsionada pela complexidade da sociedade, não pode ser ignorada na elaboração de teorias da decisão judicial.

Especificamente no que pertine ao trabalho, no direito administrativo e no controle da atividade regulatória, há manifesta influência da decisão judicial no ambiente econômico, cujos efeitos merecem ser considerados na tomada de decisão.

A complexidade da sociedade contemporânea e a relevância dos efeitos econômicos dos atos do Poder Judiciário são elementos importantes e que norteiam a postura mais cautelosa dos juízes¹²⁸.

Essas circunstâncias complexas, atualmente incrementadas pelas novas tecnologias, estabelecem padrões de comportamento diferentes daqueles outrora vistos, o que dificulta a previsão de respostas às decisões judiciais. O risco de elevação de custos com a implementação da decisão é maior, assim como a própria possibilidade de um erro decisório.

No tocante ao controle judicial da atividade regulatória, esse risco é ainda mais evidente.

Nessa matéria, as propostas do minimalismo e da autocontenção judicial, que incorporam posturas pragmatistas, não devem ser tratadas como padrões de conduta de julgamento, pois não se acredita na fixação de modos de agir previamente estabelecidos para

127 ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini Carnio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução ao direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito [livro eletrônico]**, 6a ed. Rev. Atual e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

128 “O sucesso da crítica econômica nas áreas mais antigas da regulamentação administrativa induziu os acadêmicos especializados em direito administrativo a voltar-se não só para os procedimentos e outros aspectos formais, mas também para os méritos da nova regulamentação. Em consequência disso, o estudo acadêmico do direito administrativo adquiriu qualidades mais substantivas, mais econômicas, mais institucionais, mais empíricas - em suma, mais pragmáticas. Há mais interesse por aquilo que efetivamente funciona e menos pelas formas e formalidades do processo administrativo, exceto quando estas impliquem consequências concretas para as atividades regulamentadas”. POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 368.

questões que podem abarcar controvérsias de naturezas completamente distintas e que envolvem desde consumidores mais simples e vulneráveis até agentes econômicos globais superpoderosos.

A adequada proposta, na linha deste estudo, é que de tais pretensões de comportamentos dos juízes, desenvolvidas na doutrina e com ampla aplicação nos tribunais, existem argumentos valiosos para evitar que a intervenção judicial, revogando ou alterando substancialmente uma regulação elaborada por outra instituição com capacidade institucional para essa finalidade.

O risco de elevação dos custos da decisão ou do seu erro - argumento extraído do minimalismo - ou quando o juiz não permite que suas próprias visões políticas influenciem suas decisões, se portando cautelosamente - orientação da autocontenção - são apenas alguns exemplos que contribuem para que a postura judicial não seja traduzida como covardia, mas como responsabilidade institucional, em saber reconhecer que as preferências pessoais não se sobrepõem àquelas contidas no ato impugnado, fruto de um debate democrático prévio.

Ao significar que na sua atuação do controle da atividade regulatória não pode, indubitavelmente, converter o ambiente regulado em melhores condições do que as existentes, o Poder Judiciário, de modo responsável, contribui para a manutenção da institucionalidade das decisões das agências reguladoras, colaborando para a segurança jurídica.

As teorias normativas, nesse atual cenário de complexidade social, podem encontrar no argumento das *capacidades institucionais* a oferta de elementos de justificativa ao reconhecimento da limitada capacidade judicial de lidar com as escolhas subjacentes à atividade econômica.

A construção teórica das capacidades institucionais, objeto de abordagem no tópico seguinte, soma-se ao minimalismo e à autocontenção, formando a tríade de argumentos decisórios justificadores da postura judicial deferente à regulação qualificada.

4.4 A teoria das capacidades institucionais e a reduzida expertise do Poder Judiciário no controle das escolhas subjacentes à regulação econômica

O argumento das “capacidades institucionais” é trazido ao debate da atuação da jurisdição, cotejando sua capacidade, habilidade e limitações, para defender ou criticar posturas mais ou menos deferentes às posições de outras instituições¹²⁹.

129 “Por meio dessa análise comparativa das capacidades do Judiciário e da(s) instituição(ões) possivelmente afetada(s) por suas decisões, busca-se determinar os limites de atuação legítima das cortes em situações de

A matriz do argumento das “capacidades institucionais” remete ao artigo de Cass Sustein e Adrian Vermeule, que aborda a necessidade de concentração em considerações institucionais na avaliação de teorias de interpretação, questionando como os juízes, na prática, usam qualquer abordagem proposta e produzem efeitos dinâmicos indesejáveis sobre instituições públicas e privadas.

No artigo, sustentam que, historicamente, desde os primeiros comentaristas sobre interpretação, há uma cegueira em relação a considerações institucionais¹³⁰. A centralidade desse argumento reside nas relações entre instituições e de que modo podem ocorrer intervenções que surtam efeitos negativos.

Na jurisdição nacional, a título ilustrativo, o argumento das capacidades institucionais foi encampado pelo Min. Luiz Fux no julgamento de questão de ordem do caso de extradição do italiano Cesare Battisti¹³¹.

Em publicação que trata do tema, Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal aprofundam a compreensão sobre o argumento das capacidades institucionais, visando aprimorar o seu emprego adequado, evitando aplicações distorcidas e obstando o uso da expressão de forma banal, redundante ou absurda.

(a) um recurso de baixíssimo potencial crítico, porque facilmente incorporável (ou já incorporado) por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada – *um uso banal*; (b) um rótulo novo para categorias dogmáticas antigas, sem que a invocação de “capacidades institucionais” traga consigo qualquer efetivo benefício prático ou conceitual – *um uso redundante*; ou (c) um argumento pragmático completamente desvinculado do direito positivo e, assim, incompatível com pressupostos e condicionamentos básicos do raciocínio judicial – *um uso absurdo*”¹³².

efetiva ou potencial tensão interinstitucional. Nesses casos, ainda que em linhas muito gerais, pode-se perceber a seguinte estrutura geral do argumento: é certo que o Judiciário pode dar alguma resposta para um dado conjunto de questões que estejam sendo submetidas à apreciação judicial. Contudo, quando comparamos os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constatamos que a performance judicial deixa a desejar. Instituições como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras – segue o argumento – estariam em condições de oferecer, no geral, respostas melhores do que aquelas que os juízes tenderiam a produzir” ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 7.

130 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. **Mich. L. Rev.**, v. 101, 2002, p. 885.

131 STF Ext 1085 PET-AV, Relator: GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08-06-2011, DJe-060 DIVULG 02-04-2013 PUBLIC 03-04-2013 EMENT VOL-02686-01 PP-00001.

132 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p.9

Trata-se de uma proposta de construção de teoria interpretativa, que para fugir da banalidade, da redundância e do absurdo, na consideração dos efeitos dinâmicos das decisões judiciais sobre outras instituições, propõe a observância de premissas específicas e aplicação mediante uma estrutura metodologicamente operacionalizada:

a expressão “capacidades institucionais” (quando expressamente relacionada ao Poder Judiciário) deve ser encarada como a síntese de um esquema argumentativo com pressupostos, condições e um método de operacionalização específicos. São esses pressupostos, condições e parâmetros de operacionalização que nos permitirão aferir, em última instância, a relevância e/ou utilidade de se recorrer à ideia de “capacidades institucionais”¹³³

Na construção desse método, um dos objetivos é a fixação de premissas e uma estratégia básica de raciocínio, sem as quais haverá a descaracterização do argumento das capacidades institucionais. Na estratégia decisória recomendada por Sustain e Vermeule, o consequencialismo é uma premissa, pois constitui pressuposto da segunda melhor decisão - *second best reasoning*.

No modelo proposto, há necessidade de comparação das capacidades das instituições para decidir. Primeiro, a comparação *intrainstitucional*, cujo objeto cinge-se à indagação de *quem* deve decidir e *como* deve decidir.

Depois, a comparação *interinstitucional*, ou seja, a necessidade de incorporar argumentos empíricos para conferir credibilidade à defesa de capacidade decisória de determinada instituição.

Ilustrativamente: a) como o fator tempo e diversidades de juízes diferentes influi na tomada de decisão sobre um mesmo tema; b) o Poder Judiciário de um país é diferente do outro, c) juízes de um mesmo tribunal pensam de forma diferente e interpretam de forma diferente as mesmas questões jurídicas, retratada na intensidade de deferência a decisões de órgãos superiores por juízos diversos. Então, como essas diferenças impactam no grau de homogeneidade da capacidade de decisão da instituição Poder Judiciário?

Outrossim, ainda na perspectiva interinstitucional, as decisões judiciais não devem ser compreendidas como insuladas, ou seja, emergentes de um vazio institucional, de modo que é inevitável avaliar de que maneira essa decisão tensiona a relação com outras instituições,

133 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 10

cujos méritos e deméritos, devem ser cotejados, pois também habilitadas para formular decisão acerca daquela matéria decidida pelo órgão jurisdicional.

A teoria institucionalista deve ser compreendida através da investigação em saber a razão pela qual o Poder Judiciário, com suas habilidades e limitações específicas, deve enfrentar determinado problema, e não outra instituição com capacidade originária para tal finalidade¹³⁴.

Falar em capacidade de uma instituição, inevitavelmente, é tratar dos seus méritos de forma comparativa com outras instituições providas da mesma capacidade decisória, ou, quando os efeitos da solução adotada por uma instituição são compartilhados por outras instituições.

São inúmeras as variáveis a serem consideradas na elaboração de um modelo de decisão judicial, especialmente quando ocorre a abertura para juízos empíricos e contextualizados (ex: escassez de tempo; volume de processos e falta de estrutura). Além disso, as teorias normativas desenvolvidas não podem desconsiderar que as decisões serão proferidas por juízes e juízas distintos e em condições diferentes.

Logo, o que concluem os autores, para salientar o mérito das comparações institucionais, é que o argumento de capacidades institucionais força a teoria normativa a explicitar o seu alcance esperado e respectivos ônus¹³⁵.

Portanto, na abordagem institucionalista, a primeira pergunta, ao tratar de uma teoria da decisão, não versa sobre “como devem os juízes decidir”, mas, “por que deve o Poder Judiciário, com suas habilidades específicas e limitações, enfrentar determinados problemas”?

Superadas essas premissas, colhe-se do texto os *pressupostos fundamentais* do argumento.

Primeiro ponto: aferir capacidade institucional necessita avaliar a *interação institucional*, de acordo com um desenho institucional vigente, a exemplo do sistema de separação de poderes e o modelo de freios e contrapesos. Além disso, depende de um grau de *compromisso cooperativo* entre as instituições.

134 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 15.

135 “referir-se às “capacidades” de uma instituição implica fundamentalmente indicar os seus méritos comparativos para decidir tanto questões que podem estar sob a esfera de competências de mais de uma instituição, quanto problemas cujas soluções por uma dada instituição terão efeitos sobre objetivos compartilhados por outras instituições” ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 15.

Segundo ponto: a análise institucional comparativa tem como suporte a ideia de que é importante verificar qual instituição dispõe de menor chance de erro, ou seja, de determinar qual a instituição menos falível para decidir determinadas questões (*falibilidade potencial*).¹³⁶

Além disso, o argumento da capacidade institucional carece da verificação de *pressupostos institucionais estruturais*, dentre eles:

a) *funcionalismo e especialização*: diferentes funções devem ser alocadas em determinado desenho institucional, sendo a palavra-chave *especialização*.

A Constituição define objetivos e projeta um arranjo institucional onde cada instituição detém um papel para alcançar aqueles objetivos. Para isso, são providas de instrumentos moldados a buscar resultados, incrementando eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos.

A especialização é um ideal. A dinâmica de um sistema constitucional complexo, porém, é dinâmica. No contexto da regulação policêntrica, os instrumentos atuais desenhados para enfrentar os desafios regulatórios na sociedade contemporânea identificam o aprimoramento da agência, alcançando especialização sobre a matéria. E esse grau de especialização da agência não consegue ser replicado pelo Poder Judiciário, com suas reconhecidas limitações.

b) *compromisso interinstitucional*: ainda que ocorram inevitáveis desacordos, as diferentes instituições atuantes num mesmo arranjo, compartilham de objetivos semelhantes, definidos pela ordem constitucional vigente. Essa construção teórica reconhece a existência de um ideal regulativo de unidade do poder estatal.

Ademais, a divisão horizontal de funções impõe custos, que devem ser considerados e justificam a adoção de comportamento cooperado nas esferas de condução do governo. A análise econômica das normas de organização e funcionamento dos órgãos estatais, visando a eficiência administrativa, encontra plena aplicação¹³⁷.

O argumento das capacidades institucionais visa reduzir redundâncias e ambiguidades no desenho institucional. Para tanto, são estabelecidos também alguns pressupostos.

136 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 16.

137 “Nesse contexto, o argumento das capacidades institucionais é essencialmente um argumento de natureza constitucional que conjuga entre os seus pressupostos um tipo de leitura funcionalista da divisão de poderes com os ideais regulativos de unidade do poder estatal e de compromisso interinstitucional em torno de fins constitucionalmente estabelecidos” ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 19.

O pressuposto de natureza epistêmica é a falibilidade institucional e a contingência das capacidades, pois o argumento da capacidade institucional funda-se na incerteza da determinação da correção das escolhas institucionais para promover determinados fins relevantes.

A ideia de incerteza decorre das limitações e os vieses cognitivos a que estão submetidas as instituições em razão da sua conformação normativa e das condições fáticas sob as quais exercem as suas competências.

Em condições de incerteza, a aposta em uma instituição induz na escolha daquela que, fática e normativamente, tem melhores condições de oferecer respostas satisfatórias para problemas dessa natureza¹³⁸.

Distinções abstratas de cada instituição são argumentos extrainstitucionais e não são admitidas, nessa verificação, estratégias de argumentação tipicamente não orientadas para a comparação das capacidades de diferentes e concretos atores institucionais.

Em resumo, a comparação e os dados concretos são indispensáveis, enquanto argumentos abstratos dificultam a busca de uma solução eficaz acerca da identificação da instituição com melhor capacidade decisória.

Além do pressuposto epistêmico, ocorrem pressupostos metodológicos: o consequencialismo e a estratégia do *second best*.

Como já observado, a orientação de uma postura mais restrita do órgão judicial leva em consideração, substancialmente, as consequências do ato decisório. O institucionalismo, por sua vez, busca preservar o relacionamento interinstitucional em favor da adoção das melhores decisões no contexto democrático.

Por isso, há o emprego de uma estrutura consequencialista de raciocínio sobre a questão.

Essa estratégia metodológica consequencialista do argumento das capacidades institucionais, aderente ao minimalismo e à autocontenção judicial, será novamente abordada em tópico seguinte, que tratará da interpretação do art. 20, da LINDB no ordenamento brasileiro e o ônus de fundamentação da decisão judicial.

138 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 20.

Quanto à proposta metodológica de adoção da *estratégia do second best*¹³⁹ significa a introdução de uma condição ou restrição que afaste as condições de um modelo ótimo. A sua melhor compreensão decorre do cotejo entre as teorias da justificação da decisão judicial elaboradas por Dworkin e Alexy, de um lado, e Cass Sustein e Adrian Vermeule, de outro¹⁴⁰.

O argumento institucionalista, ainda, exige a consideração de efeitos dinâmicos (efeitos no tempo da adoção das teorias normativas pelas instituições) e as comparações institucionais (vantagens e desvantagens para outras instituições diversas daquela que decide).

Trata-se do cerne da teoria, interagindo numa estrutura de raciocínio consequencialista geral, a fim de adotar a alternativa que promova o melhor estado de coisas. Há um desafio ao colocar em ação o argumento das capacidades institucionais, que reside exatamente em identificar as habilidades e limitações relevantes, no plano concreto. Por conseguinte, o desafio continua em argumentar a não escolha de uma determinada teoria ideal, que poderia levar a consequências ruins¹⁴¹.

Outro desafio consiste em afastar-se da utilização banal, redundante ou absurda do argumento das capacidades institucionais. Banal, quando não se reconhece que os desafios entre o ideal e o real sempre existem. Redundante, quando olvidada a não equivalência entre as categorias teóricas ou dogmáticas já sedimentadas, como “separação dos poderes” ou “dificuldade contramajoritária”, com o argumento das capacidades institucionais. Absurda, quando o argumento é deveras generalizante e desvinculado do direito positivo.

Então, para fugir da banalidade, da redundância e do absurdo, como deve ocorrer a operacionalização desse argumento?

Não é possível operacionalizar as capacidades institucionais sem utilizar dados concretos, de modo que considerações estritamente normativas, desvinculadas dos seus

139 O referencial teórico remete a R. G. LIPSEY, KELVIN LANCASTER, *The General Theory of Second Best*, *The Review of Economic Studies*, Volume 24, Issue 1, 1956, Pages 11–32.

140 Dworkin e Alexy reconhecem a possibilidade do erro entre o juiz ideal e o juiz real, mas essa possibilidade de erro do juiz de carne e osso não interfere na pretensão de universalidade de suas teorias sobre a justificação da decisão judicial. De outro lado, Sustein e Vermeule procuram lidar com a possibilidade do erro em sua aplicação por atores institucionais com capacidades limitadas. Esses autores sustentam, valendo-se do pensamento econômico, especificamente da estratégia do segundo melhor, que em certas condições não é possível a máxima eficiência ser atingida. Para a função jurisdicional, juízes podem se sair melhor se aplicarem teorias que não levariam a resultados mais justos e precisos em condições ideais. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan/jun 2011, p. 28-29.

141 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan/jun 2011, p. 31-33.

efeitos concretos, sobre instituições específicas, enfraquecem ou inviabilizam esse argumento¹⁴².

A *confiabilidade na instituição* traduz aspecto subjetivo na operacionalização do argumento. Exemplificando, a captura de uma determinada Agência Reguladora traduz depreciação na imagem daquela instituição, e essa circunstância deve ser ponderada na aplicação do argumento das capacidades institucionais para justificar padrão menos deferente pelo órgão judicial.

No aspecto objetivo, é de relevo identificar a dimensão do aparato físico de uma instituição e a capacidade de exercer sua função e alcançar objetivos. Ele pode ser subdividido em *capacidade objetiva funcional*, que reflete os membros que a integram e o desenho institucional que delimita suas competências e limites (capacidade funcional jurídica) e a capacidade de tratamento da informação (capacidade funcional epistêmica), bem como na *capacidade objetiva material* (recursos).

Trilhado esse percurso operacional do argumento das capacidades institucionais, cabe dizer, em acréscimo, que ter mais ou menos discricionariedade são funções do grau de confiança pressuposto para diferentes instituições. O desenho institucional (aspecto objetivo), a rigor, promove a credibilidade de uma instituição (aspecto subjetivo) e lhe outorga melhor condição de tomar decisão, quando comparada com outra instituição.

A inafastabilidade da jurisdição, a discricionariedade e o dever de imparcialidade são elementos extraídos do desenho institucional do Poder Judiciário e que atraem a submissão de contendas à sua apreciação, ainda que em substituição ou controle da atividade de outras instituições, como é o caso do controle judicial de normas regulatórias.

A atividade precedente do órgão regulador e a possibilidade de revisão do ato pelo Poder Judiciário invoca uma análise comparativa entre essas instituições, onde os pressupostos da teoria das capacidades institucionais encontram operabilidade.

Conclui-se, portanto, que o esquema de comparação de diferentes instituições é averso a conceitualismos e idealizações. É irrelevante, sem a coleta de dados das instituições que se interrelacionam e são comparadas e, também da adequada valoração de alternativas decisórias.

142 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 41.

Pela pretensão universalista, o argumento das capacidades institucionais parece não ser tão inovador. Contudo, sua aplicação se destaca pela profundidade técnica e metodológica, contribuindo para tornar mais concreta e informada a percepção de limites e exclusão de alternativas de decisão inviáveis¹⁴³.

Nesse contexto, a deferência judicial pode ser uma postura subsequente ao emprego adequado do argumento das capacidades institucionais, notadamente quando a avaliação do caso concreto levar à conclusão de que a decisão tomada por outra instituição (no caso do estudo, as agências reguladoras) poderá não ser substituída de maneira a promover de modo eficiente os objetivos almejados dos atos sob controle.

A consideração mais relevante para essa conclusão é que o Poder Judiciário não dispõe do mesmo desenho institucional das agências reguladoras, tampouco de conhecimentos técnicos sobre as escolhas subjacentes à regulação.

Importante lembrar que a verificação da *capacidade institucional* não se trata de teoria de justificação da decisão judicial, senão um valoroso argumento, caso não empregado de forma banal, redundante ou absurda.

Ao nosso sentir, o seu emprego decota da análise do órgão judicial a avaliação se a escolha do regulador foi certa ou errada, para delimitar tal atividade a aquilatar se os atos subjacentes à regulação obedeceram padrão qualificado.

Ultimada a abordagem sobre os três referenciais teóricos que orientam a deferência judicial, adiante será dedicado tópico específico para tratar da compreensão do consequencialismo jurídico e a sua contribuição para o tema da contenção judicial no controle da atividade regulatória.

4.5 Consequencialismo e as orientações para a adoção do padrão decisório minimalista: o art. 20, da LINDB

A Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4657/42 - foi modificada pela Lei nº 13.655/2018, também chamada de nova LINDB. A alteração legislativa contemplou ideias e propostas de solução integrantes de um movimento de reforma do direito administrativo brasileiro, atentando-se à sua característica de adaptabilidade à dinâmica social.

143 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 45.

Nesses trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o movimento de aprimoramento do sistema democrático lança-se sobre o direito administrativo, que se modifica nos aspectos práticos e teóricos.

A centralidade nas prerrogativas públicas cedeu espaço à abordagem orientada pela proteção dos direitos da pessoa em face do Estado, cujo grande exemplo é a previsão do devido processo legal na esfera administrativa¹⁴⁴.

O processo administrativo passou a ser reconhecido como o *locus* decisório da administração pública, e através dele as atividades de controle e de regulação são planejadas e executadas.

E no cenário de regulação da atividade econômica, como já registrado em diversas passagens do estudo, o vetor segurança jurídica assume relevada importância, a fim de atribuir previsibilidade aos agentes, o que contrasta com determinações superficiais e desconectadas do contexto fático em que devem produzir efeitos.

A nova LINDB reformula os contornos dessa atividade de controle e de regulação, orientando-se por premissas pragmáticas, ou seja, exigindo que as decisões sejam providas de maior contextualização, a fim de afastar o arbítrio estatal, amparando-se menos em ideias gerais e mais em evidências, em especial, sobre a estrutura e funcionamento das instituições.

Nesse quadro histórico, é possível reconhecer a existência de uma base teórica (teoria tridimensional da administração) que estabelece três finalidades para o direito administrativo: a) *jurídica*, que visa a proteção de direitos; b) *gerencial*, para a promoção de utilidades aos cidadãos; c) *política*, que garante a legitimidade das escolhas administrativas¹⁴⁵.

Essa teoria oferece alternativas de construção de soluções adequadas ao operador do direito, dentro de uma margem possível. E nessa margem de atuação é que se insere a relevância de identificar qual instituição ostenta a titularidade de criar essas soluções e de como isso deve ser feito.

No objeto do estudo, já foi amplamente abordado, sob diversos aspectos, que as agências reguladoras detêm a competência conferida pelo ordenamento jurídico para

144 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

145 JORDÃO, Eduardo. *The three dimensions of administrative law*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 19, p. 21/38, jan/mar. 2019, n. 75.

promover a regulação, instrumentalizadas por novos aportes da denominada regulação policêntrica.

Consequentemente, pensando no controle público dos atos das agências reguladoras, e amparado pelas teorias do minimalismo judicial, da autocontenção e das capacidades institucionais, é digno de reconhecimento o dever de deferência qualificada¹⁴⁶, de modo que não ocorra a substituição das escolhas de outros agentes ou entidades, no caso, das agências reguladoras, pelo juiz, salvo em situações excepcionais de manifesta desqualificação do exercício da atividade regulatória (ex: falta de levantamento e tratamento de dados imprescindíveis; exclusão da participação de sujeitos diretamente interessados; captura da agência reguladora).

Essa compreensão parece bastante evidente na LINDB, com ênfase ao seu artigo 20¹⁴⁷. Da leitura do dispositivo e nos limites da proposta do estudo, é relevante analisá-lo sob a perspectiva do controle exercido na esfera judicial.

Sobre a análise consequencialista do direito, Georges Abboud lembra que o cotejo das consequências é de grande importância na atividade decisória dos juízes, justificada, primeiro, para manter a cadeia de significados na jurisprudência e atribui-lhe legitimidade. Segundo, para observar que a decisão produz efeitos no plano normativo e, a partir daí, seja possível valorar essa repercussão como positiva ou negativa. Paralelamente, destaca o aspecto negativo, quando ao se interpretar o dispositivo de determinada forma, acaba por negar-lhe vigência, ou seja, “no afã de produzir determinadas consequências práticas, o intérprete efetivamente deseficácia o dispositivo interpretado”¹⁴⁸.

Esse aspecto negativo também é destacado pelos tributaristas, ao asseverarem que o seu emprego no direito tributário tem resultado num consequencialismo inconsequente, quando o órgão judicial tem substituído a autoridade da decisão por decisões autoritárias, mediante a paulatina flexibilização ou modificação de normas previstas no ordenamento, por impressões e convicções do julgador¹⁴⁹.

146 NEVES, Camila de Castro; SUNDFELD, Carlos Ari. *A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 126, pp 45-80, jan-jun. 2023, p. 66.

147 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. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

148 ABOUD, Georges. *Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista*. **Revista dos Tribunais**, vol. 1009, nov/2019, p. 2/3.

149 DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no Direito Tributário brasileiro**. Série Doutrina Tributária, 35, São Paulo: IBDT, 2021, p. 19-20.

É importante elucidar o que se considera como o consequencialismo jurídico.

A acepção de uma escolha prévia do que será decidido, o que equivale a um deletério comportamento ativista e contrário à própria integridade do direito, centrado na busca de determinada consequência prática, não parece ser a compreensão mais correta para a interpretação do art. 20, da LINDB, no controle judicial.

Como observa Marçal Justen Filho:

O art. 20 não impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas. O dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada¹⁵⁰.

Portanto, a orientação interpretativa do art. 20, da LINDB não traduz opção pelo consequencialismo jurídico.

Trata-se de dispositivo que acentua a necessidade de verificação, pelo intérprete, das consequências normativas no plano concreto para, em seguida, orientado pela necessidade e adequação, concluir pelo comportamento mais ou menos intervencionista.

Atendo-se à proposta do trabalho, é nesse procedimento de análise das consequências da decisão que se insere a avaliação do comportamento anterior da instituição responsável pela criação da norma regulatória, suas capacidades e virtudes, especialmente a participação dos agentes econômicos e destinatários dos serviços.

Aliás, nesse contexto de avaliação das consequências, o órgão judiciário deve justificar adequadamente a sua decisão, o que se extrai da interpretação conjugada do art. 20, da LINDB, com o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil,¹⁵¹ almejando-se redução do grau de incerteza da decisão judicial, advindos de subjetivismos e superficialidades¹⁵².

150 JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB - *Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*. **Revista de Direito Administrativo**, p. 13–41, 2018, p. 38.

151 Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

152 “o consequencialismo pode ter inegáveis benefícios se bem sistematizado e compreendido à luz do direito e não por uma vulgata pragmaticista qualquer. É por essa razão que temos defendido as diversas potencialidades da interpretação conjunta dos artigos 20 a 30 da LINDB e 489, § 1º do CPC/15 (LGL\2015\1656) à luz da Constituição. O § 1º do artigo 489 constituiu um dos mais significativos avanços legislativos recentes contra um

Existem controvérsias jurídicas de difícil solução. No controle judicial da regulação da atividade econômica, com a reconhecida complexidade da sociedade hodierna, é provável que diversas controvérsias sejam incluídas nessa categoria de demandas que exijam especial atenção às circunstâncias e efeitos práticos da decisão.

A deferência judicial é um caminho, após ponderadas as consequências decisórias, em que a atividade jurisdicional reconhece que a intervenção é inadequada, e não se conforma com a produção de uma decisão simplista, superficial e potencialmente lesiva à segurança jurídica e à dinâmica da atividade econômica.

A interpretação do art. 20, da LINDB, conjugada com o art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, no controle judicial da atividade regulatória, recomenda o afastamento de subjetivismos.

Em contrapartida, o ato decisório deve considerar todas as suas consequências práticas, e superar, mediante fundamentos coerentes e íntegros, a justificação da norma regulamentar impugnada, de modo que não constitua uma solução arbitrária.

As teorias do minimalismo, da autocontenção e das capacidades institucionais, que orientam o *self restraint*, dialogam com as premissas das alterações da LINDB, em específico a redução da indeterminabilidade decisória do art. 20, traduzindo a possibilidade do comportamento judicial a ser adotado caso, após a cuidadosa análise das consequências, o órgão judicial avistar insatisfatórios argumentos pela invalidação ou reformulação do ato regulatório.

A proposta metodológica do trabalho adotou a separação da abordagem entre as teorias decisórias da análise de sua aplicação nos casos concretos. Portanto, encerrada a abordagem preponderantemente teórica, o trabalho direciona para, numa perspectiva empírica do que foi até agora abordado, aferir o comportamento dos órgãos judiciais no controle da atividade regulatória.

4.6 Os tribunais e a contenção judicial no controle da atividade regulatória

Nos dois tópicos seguintes, serão abordadas situações da prática forense que tratam do controle judicial da atividade regulatória.

gravíssimo déficit judicial de fundamentação de suas decisões, impondo regras mais rígidas que fomentam a proliferação de decisões substancialmente fundamentadas, e não apenas formalmente, como um fardo a ser suportado em vista do texto da CF 93, IX” ABBoud, Georges. *Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista*. **Revista dos Tribunais**, vol. 1009, nov/2019, p. 3.

Consoante se observa no desenvolvimento do trabalho, relevante matriz teórica acerca da autocontenção judicial remete ao direito norte-americano. Por isso, dedica-se um tópico a analisar os efeitos daquilo que se convencionou chamar, nos Estados Unidos, de *Doutrina Chevron*, cuja relevância alcançou outros ordenamentos e influenciou julgamentos nas diversas jurisdições, inclusive no Brasil, a sua recente superação pela Suprema Corte dos Estados Unidos e os efeitos esperados dessa nova compreensão.

Na sequência, serão analisadas questões controversas envolvendo o controle da atividade regulatória e os fundamentos atuais, de que se valem os tribunais superiores brasileiros, para a justificação das suas decisões.

4.6.1 Doutrina Chevron, deferência judicial no controle do poder regulamentar e a recente revisão no caso Loper Bright x Raimondo nos EUA.

O caso *Chevron USA Inc. V. Natural Resources Defense Council Inc.* 467 US 837 (1984)¹⁵³ pode ser considerado um dos mais importantes julgamentos da história da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao versar sobre a atuação e controle judicial do poder regulamentar dos órgãos administrativos.

A repercussão desse julgamento resultou no reconhecimento da denominada *Doutrina Chevron*, pois além da análise do caso concreto, ela estabeleceu uma forma de raciocínio para o controle da atividade judicial e conferiu maior autonomia às agências. Trata-se de um marco histórico no direito administrativo norte-americano.

A referência a esse julgamento se justifica, seja pela importância histórica no contexto do controle judicial da regulamentação formalizada pelas agências administrativas, seja pela ilustração de como uma gama de circunstâncias de fato e de direito merecem ser ponderadas na contenção judicial.

Ademais, a análise da evolução da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, com o recente julgamento do caso *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, de junho de 2024, promovendo mudanças na temática, proporcionará identificar, nesses casos concretos, a aplicabilidade de algumas premissas jurídico-filosóficas já enfrentadas no curso do estudo.

Importa observar que nos Estados Unidos o conceito de agência é amplo, e o caso *Chevron* analisa o controle judicial da atividade regulatória a todas as agências.

153 Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837>. Acesso em 27/06/2025, 11h25min.

Contextualizando, a centralidade do caso refere à permissão, pela *Environmental Protection Agency* – EPA - Agência de Regulação do Meio Ambiente nos EUA - através de regulamento, da utilização pelos Estados, nos seus planos de alcance de parâmetros (*standards*) de poluição do ar, do chamado *conceito bolha*, segundo o qual todas as fontes de poluição aérea, dentro de um mesmo grupo industrial, poderiam ser consideradas integrantes de uma mesma bolha, com a finalidade de aferir a quantidade de emissão de poluentes. Com isso, novas fontes de poluição, caso criadas dentro da mesma planta industrial, poderiam ser compensadas pela diminuição da taxa de emissão na mesma proporção em outras fontes dela¹⁵⁴.

A questão debatida no caso, de natureza jurídica, residiu em aferir se esse conceito seria uma construção ou interpretação razoável do termo *fonte estacionária* (*stationary source*), previsto na *Clean Air Act*, Lei Federal de 1963.

A EPA, em atendimento à Lei Federal, estabeleceu novos padrões, aprovou programas estaduais para implantação dos padrões e publicou regramentos detalhados com relação aos tipos e padrões exigidos para novas fontes de poluição¹⁵⁵.

Na regulamentação de 14 de outubro de 1981, a EPA permitiu aos Estados, na elaboração do programa de licenças ambientais, a adoção da definição do *conceito bolha*.

Nessas circunstâncias, organizações ambientalistas insatisfeitas acionaram a Corte de Apelação do Distrito de Columbia para invalidar o regulamento, que entendeu ser a adoção do conceito contrária à lei. No recurso à Suprema Corte, o entendimento foi revertido, validando-se o entendimento da EPA.

A Suprema Corte, portanto, admitiu que era válida a construção do *conceito bolha* ou a *definição macrofabril* derivava da expressão legislativa *fonte estacionária*, e como o legislador não abordou diretamente o tema, seja adotando-o ou rejeitando-o, ao Judiciário caberia apenas avaliar se a construção/interpretação levada a efeito era razoável.

No mais, assentou que eventuais argumentos remanescentes, de natureza política, como o confronto entre o desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente, não

154 PEDROLLO, Gustavo Fontana. *O caso Chevron: controle judicial do poder regulamentar das agências no direito estadunidense*. **Publicações da Escola da AGU**, v. 2, n. 13, 2011, p. 266.

155 PEDROLLO, Gustavo Fontana. *O caso Chevron: controle judicial do poder regulamentar das agências no direito estadunidense*. **Publicações da Escola da AGU**, v. 2, n. 13, 2011, p. 268.

deveriam ser dirigidos a juízes, mas aos legisladores e administradores, porquanto a EPA acomodou, de forma razoável, interesses manifestamente concorrentes¹⁵⁶.

A construção da denominada *Doutrina Chevron* se fundamentou em duas questões principais, quando o órgão judicial exerce o *judicial review* da interpretação levada a efeito por uma agência quanto a uma lei que ela aplica.

A primeira é se a lei tratou diretamente a questão e foi possível identificar que o Legislativo manifestou sua intenção expressa e, segundo, caso exista o silêncio da lei, o Judiciário deve responder se a interpretação conferida pela agência se enquadra numa construção razoável admissível em lei.

A decisão do caso *Chevron* se arrimou em outros precedentes da Suprema Corte que reforçavam o poder de interpretação das agências na atividade regulatória, quando a lei conferia essa possibilidade, inerente ao escopo das suas atividades.

Nesse aspecto reside o princípio da deferência à interpretação da administração. Reveladora dessa orientação é a expressão *we should not disturb*, empregada no voto condutor, referindo-se à impossibilidade de revisão judicial quando a escolha da agência conformou razoavelmente políticas conflitantes e não afrontou a lei ou a intenção expressa do legislador.

Ao reformar a decisão da Corte de Apelação, a Suprema Corte do EUA concordou com o silêncio da lei, mas formulou entendimento distinto ao asseverar que a escolha política, dentro de uma margem razoável, não poderia ser feita pelo Judiciário, mas pelo órgão regulador.

A ausência de *expertise* dos juízes sobre o tema em debate e a impossibilidade de eles imporem suas posições individuais nos debates políticos são razões relevantes para a manutenção da interpretação realizada pelo órgão de regulação e, conseqüentemente, restringir o *judicial review*¹⁵⁷.

156 PEDROLLO, Gustavo Fontana. *O caso Chevron: controle judicial do poder regulamentar das agências no direito estadunidense*. **Publicações da Escola da AGU**, v. 2, n. 13, 2011, p. 268.

157 “Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices -- resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities”. Tradução livre: “Os juízes não são especialistas na área e não fazem parte de nenhum dos poderes políticos do Governo. Os tribunais devem, em alguns casos, conciliar interesses políticos conflitantes, mas não com base nas preferências políticas

Cabe lembrar que a controvérsia em voga se insere na reflexão quanto à existência e limites da discricionariedade judicial no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, objeto de análise em tópico anterior deste trabalho.

Chevron ganhou destaque pela maior elaboração dos argumentos de deferência apresentados, até então omissos nos pronunciamentos anteriores da Suprema Corte dos Estados Unidos, mas como observa Gustavo Fontana Pedrollo, também foi objeto de críticas:

A decisão do Caso *Chevron*, no que diz respeito à deferência em face da interpretação dada pelas agências, recebeu imediatas críticas, inclusive no sentido de que estaria negando a doutrina do Caso *Marbury v. Madison*, no qual a possibilidade do *judicial review* das leis pelo Judiciário ficou assentada. Cass Sustein, em 1987, em artigo escrito, portanto, pouco anos após o julgamento, teceu diversas críticas ao julgado. Entendia que, de fato, os precedentes da Suprema Corte eram vacilantes com relação ao controle sobre as agências. Mas afirmava que o próprio caso *Chevron* não era tão claro na abordagem pró-deferência, sendo genérico demais e não indicando como atuam e qual o peso dos fatores que embasam a deferência, tais como a especialização técnica da agência, sua responsabilização política e sua capacidade de coordenação da política administrativa¹⁵⁸.

O pensamento de Cass Sustein, como já observado, constitui, além de uma crítica direcionada ao caso *Chevron* e à superveniente postura da Suprema Corte¹⁵⁹, a evolução da compreensão da teoria da deferência e da autocontenção judicial no controle da atividade regulatória, com o estabelecimento de parâmetros mais precisos, notadamente quanto à margem de discricionariedade que a lei confere à agência administrativa para promover a regulamentação e, conseqüentemente, quais as diretrizes interpretativas a serem observadas pelo Judiciário, no controle da atividade regulatória.

Embora o recado do julgamento de *Chevron* transpareça clareza – respeito e deferência à decisão da autoridade administrativa na interpretação da lei – a longevidade das discussões em torno desse relevante caso da Suprema Corte dos EUA se originam nas

pessoais dos juizes. Em contrapartida, um órgão ao qual o Congresso delegou responsabilidades de formulação de políticas pode, dentro dos limites dessa delegação, basear-se adequadamente nas opiniões da administração em exercício sobre políticas sensatas para embasar seus julgamentos. Embora os órgãos não sejam diretamente responsáveis perante o povo, o Chefe do Executivo é, e é inteiramente apropriado que esse órgão político do Governo faça tais escolhas políticas — resolvendo os interesses conflitantes que o próprio Congresso, inadvertidamente, não resolveu ou intencionalmente deixou para serem resolvidos pelo órgão encarregado da administração do estatuto, à luz das realidades cotidianas” (Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837>. Acesso em 27/06/2025, 15h15min.

158 PEDROLLO, Gustavo Fontana. *O caso Chevron: controle judicial do poder regulamentar das agências no direito estadunidense*. Publicações da Escola da AGU, v. 2, n. 13, 2011, p. 279.

159 SUNSTEIN, Cass R. *Chevron step zero*. **Va. L. Rev.**, v. 92, p. 187, 2006.

próprias indagações que os argumentos relevantes do voto, transformados em premissas, fizeram surgir.

Como se observa, em cada caso submetido ao órgão judicial envolvendo controle da atividade regulatória, há necessidade de identificar o grau de clareza do legislador quanto às intenções na implantação e execução de determinada política pública. Em seguida, concluir se a resposta da agência é razoável perante a lei.

Não obstante as críticas, a doutrina *Chevron* exerceu grande impacto como fonte interpretativa no direito norte-americano e irradiou seus efeitos para outros ordenamentos, inclusive no Brasil, e passou a ser considerada a mais citada - talvez mais debatida - decisão da Suprema Corte sobre direito administrativo federal de todos os tempos nos EUA¹⁶⁰.

Inicialmente aclamada por conservadores, com o passar do tempo, a chamada doutrina *Chevron* passou a ser impugnada por aqueles que buscavam a restrição do estado administrativo, e que argumentavam que os tribunais, e não as agências reguladoras federais, deveriam dizer o que a lei significava em determinada questão regulatória.

Conquanto tratada como uma doutrina consolidada, e aproximadamente quarenta anos de influência na doutrina do direito administrativo, as bases da *Doutrina Chevron* foram revistas em junho de 2024¹⁶¹.

Os tribunais devem confiar em sua própria interpretação de leis ambíguas. Essa foi a razão de decidir da Suprema Corte dos EUA no julgamento *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*¹⁶². Por maioria de 6 a 3, houve a superação do entendimento da decisão histórica do caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council*.

Em resumo do julgamento, o *Justice* John Roberts, reputou equivocada a doutrina *Chevron*, argumentando que o *Administrative Procedure Act* orienta que os tribunais decidam questões legais aplicando o seu próprio julgamento. Não acolheu a tese de que as agências estão mais preparadas para enfrentar as ambiguidades da lei federal em questão regulatória, afirmando que o Congresso espera que os tribunais lidem com questões estatutárias técnicas, ressaltando a possibilidade de que as decisões dos tribunais sejam subsidiadas com instrução das partes e de *amicus curiae*.

160 SILVEIRA, Andre Bueno da. *Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica*. *Revista de Direito Administrativo*, 276, 2017, p. 131.

161 HOWE, Amy. **Supreme Court strikes down *Chevron*, curtailing power of federal agencies**. Disponível em <https://www.scotusblog.com/2024/06/supreme-court-strikes-down-chevron-curtailing-power-of-federal-agencies/>. Acesso em 27/06/2025, 15h59min

162 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/603/22-451/case.pdf> Acesso em 27 de junho de 2025, às 16h42min

Sustentou, ainda, que o *stare decisis* não autorizava o recurso ao poder vinculante de julgado anterior por considerá-lo impraticável e que a sua manutenção autorizaria uma constante manipulação pela Suprema Corte, permitindo que as agências mudassem de curso, mesmo quando o Congresso não lhes conferia tal prerrogativa.

Defendeu, porém, a manutenção dos efeitos das decisões proferidas com a aplicação do entendimento de *Chevron*, pois a sua revisão não é suficiente para considerar que as decisões tomadas pelas agências, e mantidas pelos tribunais, eram erradas.

O juiz Clarence Tomas acrescentou que *Chevron* não era compatível com a separação e exercício dos poderes definidas na Constituição. O juiz Neil Gorsuch, por sua vez, enfatizou os efeitos prospectivos da superação do caso *Chevron*.

Seguida pelas juízas Sonia Sotomayor e Ketanji Brown Jackson, a divergência foi capitaneada pela *justice* Elena Kagan, a qual ponderou que durante 40 anos a resposta para a pergunta *quem decide qual a correta interpretação, diante de uma ambiguidade advinda da norma do Congresso?*, sempre foi: *as agências reguladoras*.

Isso porque elas têm mais expertise técnica e científica para tomar essas decisões. Para Kagan, haverá um abalo no sistema legal a anulação da doutrina *Chevron*. Além disso, assegurou que os tribunais criariam alguma forma de anular julgados tomados sob a orientação de *Chevron*, abrindo a possibilidade de revisão de qualquer decisão tomada por agências, ainda que orientadas por elevado respaldo técnico-científico.

Após a decisão de *Loper Bright*, ainda não são mensuráveis as consequências dessa mudança de entendimento na rotina dos tribunais e das agências reguladoras, mas é possível afirmar que a anulação de *Chevron* faz parte de uma nova narrativa que toma como suspeito o comportamento das agências administrativas, sob suposta violação de poderes.

Enquanto sob as premissas da doutrina *Chevron* os tribunais eram instruídos questionar se, primeiro, o Legislativo decidiu diretamente a questão e, na resposta negativa da primeira indagação, segundo, se a interpretação da agência foi razoável, no entendimento firmado em *Loper Bright* esse questionamento cinge-se em saber se a interpretação da agência é consistente com a lei¹⁶³.

Cass Sustein equipara *Loper Bright* a *Marbury v. Madison* de uma nova geração.

163 SUNSTEIN, Cass R. *Our Marbury: Loper Bright and the Administrative State*. **Duke Law Journal**, v. 74, n. 8, p. 1893-1916, 2025, p. 1895.

Ao incorporar o argumento de que os tribunais decidem questões legais aplicando o seu próprio julgamento e, como os julgamentos relevantes não são estáticos, seus efeitos serão realmente percebidos somente com o passar do tempo:

In this light, *Loper Bright* can easily be seen as our *Marbury*. It insists that in conflicts between the executive branch and the courts, it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Great cases are sometimes like novels or poems; their meaning is not static over time. They come to be understood in different ways from one decade to the next. That has certainly been true of *Marbury* and *Chevron*. It is likely to be true, I suggest, of *Loper Bright* as well. Indeed, the valence of *Loper Bright* in 2025 is already a bit different from the valence of the same ruling in 2024. In a year of intense conflicts between the executive branch and the courts, *Loper Bright* can easily be taken to lay down a marker: With respect to the interpretation of federal law, courts have primacy.¹⁶⁴

Ainda é impossível prever os efeitos da decisão de *Loper Bright*, mas ainda que altere um precedente relevante no direito norte-americano, poderá ser considerada uma evolução jurisprudencial, inclusive para, comparativamente, identificar os valores e deficiências da orientação de *Chevron* no exercício das capacidades institucionais das agências reguladoras e dos tribunais.

É certo, porém, que qualquer análise desses efeitos demandará lapso temporal considerável sobre o comportamento da Suprema Corte dos EUA no tocante à deferência judicial no controle da atividade regulatória. Inevitavelmente haverá reviravoltas nos resultados, independentemente de mudanças legislativas¹⁶⁵.

Entrementes, a ampliação da possibilidade de revisão judicial não significa a revisão das decisões das agências, como consequência imediata, mesmo porque os tribunais poderão considerar a decisão da agência como correta, também porque as próprias agências têm interesse em que suas decisões sejam mantidas¹⁶⁶.

164 Tradução livre: “Sob essa luz, *Loper Bright* pode facilmente ser visto como o nosso *Marbury*, ele prescreve que, em conflitos entre o Poder Executivo e os tribunais, é enfaticamente competência e dever do departamento judicial dizer o que é a lei. Grandes casos são às vezes como romances ou poemas; seu significado não é estático ao longo do tempo. Eles passam a ser compreendidos de maneiras diferentes de uma década para a outra. Isso certamente foi verdade para *Marbury* e *Chevron*. É provável que seja verdade, eu sugiro, para *Loper Bright* também. De fato, o impacto de *Loper Bright* em 2025 já é um pouco diferente do impacto da mesma em 2024. Em um ano de intensos conflitos entre o Poder Executivo e os tribunais, *Loper Bright* pode facilmente ser considerado como um marco: com relação à interpretação da lei federal, os tribunais têm primazia”. SUNSTEIN, Cass R. *Our Marbury: Loper Bright and the Administrative State*. **Duke Law Journal**, v. 74, n. 8, p. 1893-1916, 2025, p. 1896.

165 SUNSTEIN, Cass R. *Our Marbury: Loper Bright and the Administrative State*. **Duke Law Journal**, v. 74, n. 8, p. 1893-1916, 2025, p. 1895.

166 SUNSTEIN, Cass R. *Our Marbury: Loper Bright and the Administrative State*. **Duke Law Journal**, v. 74, n. 8, p. 1893-1916, 2025, p. 1899.

Há uma relação muito próxima entre a qualidade da regulamentação promovida pela agência, o exercício do controle judicial e a possibilidade de revisão.

Caso a regulamentação seja precedida de estudo aprofundado, a exemplo das diversas hipóteses sustentadas neste trabalho, com viés mais pragmático, atento à realidade e à dinâmica social, tais circunstâncias deverão ser adequadamente ponderadas pelo órgão jurisdicional, mediante decisão fundamentada.

Com isso, a abertura da possibilidade de revisão judicial do poder regulatório, fenômeno atualmente observado nos Estados Unidos após a decisão em *Loper Bright*, ao contrário de transparecer um enfraquecimento das agências reguladoras, com o decurso do tempo, poderá revelar ser medida salutar para a constante melhora do exercício do poder regulamentar, reduzindo os casos de revisão e afastando possível acomodação decorrente da antiga perspectiva vigente em *Chevron*, sobre a impossibilidade de revisão, quando atendidos os pressupostos nela firmados.

A manutenção da interpretação da lei por um órgão depende não apenas das regras de deferência, mas de três fatores fundamentais.

O primeiro diz respeito aos cânones já estabelecidos, inclusive em outros julgamentos pela Suprema Corte, como o que trata retroatividade da interpretação (*Bowen v. Georgetown Univ. Hosp.* 488 US204,208 1988). Tais premissas podem estar alinhadas ou não às decisões das agências e, respectivamente, estas poderiam ser facilmente mantidas em *Loper Bright* ou revisadas em *Chevron*.

O segundo trata das posições de textualistas e propositivistas, considerando que os primeiros tendem a revisar as decisões das agências, enquanto os propositivistas tendem a manter as decisões das agências.

Em terceiro, não se pode objetar que as composições dos tribunais, de acordo com a indicação, podem indicar maiores ou menores taxas de revisão das decisões das agências. Em suma, a manutenção ou não das interpretações da agência pode muito bem depender de algo além de a *Chevron* ou a *Loper Bright* fornecerem a estrutura relevante¹⁶⁷.

Nota-se, portanto, que a possibilidade de revisão judicial de decisões das agências vai além da existência de uma estrutura definida em um julgamento, embora tal definição ostente relevante aspecto orientativo para agências e tribunais. Esses fatores em conjunto

167 SUNSTEIN, Cass R. *Our Marbury: Loper Bright and the Administrative State*. **Duke Law Journal**, v. 74, n. 8, p. 1893-1916, 2025, p. 1906.

definem um perfil de possibilidade e exercício da intervenção judicial, e que variam na aplicação, de acordo com as especificidades de cada caso.

A evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA e a constatação da insuficiência das estruturas definidas em *Chevron* ou *Loper Bright*, diante da presença de outros fatores relevantes a serem considerados, contribui para o escopo do presente estudo enquanto considera a preponderância da qualidade do exercício do poder regulamentar, via aplicação de métodos pragmáticos alinhados à nova governança e instrumentos de análise econômica do direito e da economia comportamental, como essencial e determinante para o comportamento judicial deferente.

4.6.2 O dever de deferência às decisões das agências reguladoras no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça

A análise de julgados dos tribunais brasileiros não poderia ser excluída do trabalho que tem por escopo compreender o fenômeno da contenção judicial no controle da atividade regulatória.

Nesse tópico, foram tomados como elementos de verificação quatro julgados relativamente recentes, sendo três deles do Supremo Tribunal Federal e um do Superior Tribunal de Justiça, cujo método de abordagem cinge-se a um resumo do caso, os elementos fundamentais para a razão de decidir do julgado e uma análise crítica, estabelecendo como premissa para posicionamento os argumentos trazidos no presente estudo.

Para a compreensão da metodologia de seleção, cabe informar que os julgados foram buscados de forma aleatória, valendo-se dos termos “controle”, “judicial” e “deferência” como parâmetros, o que resultou nas indicações abaixo mencionadas, com a seleção de julgados publicados entre os anos de 2019 e 2024.

a) Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário n. 1.083.955/DF¹⁶⁸

O primeiro caso trata de pretensão de reanálise do mérito do ato administrativo emanado por autoridade de proteção da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, onde as recorrentes, empresas do ramo de combustíveis, se insurgiram contra a decisão do tribunal de origem – Tribunal Regional Federal da 1ª Região - que não admitiu a verificação da legalidade do ato administrativo.

168 STF RE 1083955 AgR, Relator: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019.

A ação versou sobre a pretensão de anulação do processo administrativo que apurou práticas anticoncorrenciais pelas Agravantes. De acordo com a Autarquia, as empresas valeram-se de atuação em membros dos poderes Executivo e Legislativo para que não fosse autorizada a entrada de concorrente no mercado relevante, bem como fosse editada lei impeditiva de tal entrada, com o intuito de atendimento de seus interesses econômicos.

Diante das infrações descritas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), o CADE impôs as seguintes penalidades: (i) multa no valor de 5% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do procedimento administrativo; (ii) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iii) publicação de anúncio de meia página em jornal de grande circulação com o extrato da decisão punitiva.

O juízo de primeira instância julgou procedente a ação para anular o processo administrativo, sob o fundamento de inadequação da conduta, e que a prática de *lobby* não configuraria infração contra a ordem econômica. O CADE interpôs recurso, que restou provido, restabelecendo a decisão administrativa e reconhecendo a impossibilidade de revisão das decisões emanadas do CADE.

No caso, a questão jurídica controvertida circundou a possibilidade de revisão judicial do mérito das decisões emanadas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Além das considerações sobre a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade do controle do mérito do ato administrativo, o relator do caso, Min. Luiz Fux, acentuou a particularidade quanto ao exercício do poder regulamentar da autoridade antitruste brasileira, destacando a sua capacidade institucional e expertise na apreciação da matéria¹⁶⁹.

A falta de expertise técnica e de capacidade institucional ao Poder Judiciário para deliberar sobre questões revestidas de alta complexidade envolvendo a regulação e, ainda, a possibilidade de que a intervenção judicial equivocada gere efeitos ainda mais nocivos à dinâmica do mercado foram fundamentos bastante enfatizados.

E conclui o Min. Relator, em excerto do voto:

As sanções antitruste, aplicadas pelo CADE por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no

169 “Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa”. RE 1083955 AgR, Relator: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019.

mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anticompetitivos reclama expertise, o que, na doutrina, significa que “é possível que o controle da “correção” de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto de “aplicação da legislação”, os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções” (JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 152-155)

Os riscos da incoerência regulatória emanada do Poder Judiciário e a falta de *expertise* e capacidade institucional para substituir a decisão técnica da autoridade administrativa, nessa seara, constituem elementos tão relevantes a ponto de consolidar a contenção judicial como regra, e sempre resguardando margem para a intervenção em hipóteses excepcionais de ilegalidade ou abuso do ato administrativo.

b) Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.874/DF¹⁷⁰

O caso, em sede de controle de constitucionalidade, tratou de impugnação apresentada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, atacando ato da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que proibia a importação e comercialização de produtos fumígenos derivados do tabaco contendo aditivos.

Em questão, a função normativa das agências reguladoras, o conflito entre o princípio da livre iniciativa e o direito à saúde, e os limites do exercício do poder geral de cautela da Administração sanitária.

Com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal, foi reafirmada a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial.

Ao dimensionar o princípio da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da CRFB/88), averbrou-se que ele não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas tendo em vista sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais, destacando-se, no caso do controle do tabaco, a proteção da saúde e o direito à informação. Na hipótese, sustentou-se que a intensa regulação sanitária decorre do risco associado ao

170 STF ADI 4874, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01-02-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

consumo do tabaco, notadamente a presença de interesse público na proteção e na promoção da saúde.

Dentre os fundamentos constantes no voto, consta que a ANVISA dispõe de competência para regulamentar os produtos que envolvam risco à saúde, conforme art. 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999, onde, necessariamente, inclui a competência para definir, por meio de critérios técnicos e de segurança, os ingredientes que podem e não podem ser usados na fabricação de tais produtos.

Eis o suporte legal à editada RDC nº 14/2012, quando esta proíbe a adição, nos produtos fumígenos derivados do tabaco, de compostos ou substâncias destinados a aumentar a sua atratividade. E, conforme reconhecido no julgado, essa restrição é de natureza eminentemente técnica, e disciplina a forma de apresentação (composição, características etc.) de produto destinado ao consumo, não traduzindo restrição sobre a sua natureza, conforme pretendia ver reconhecido o impugnante.

Relevante destacar neste julgado que o entendimento firmado foi lastreado na doutrina *Chevron* – o caso foi julgado em 2018, portanto, sem os efeitos de *Loper Bright*.

Consta na ementa do acórdão os fundamentos da deferência à Administração:

Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou à agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal consignou que, ao editar a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14/2012, a ANVISA definiu as normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros, assim como restringiu o uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, e que essa regulamentação não configurou alteração da natureza ou redefinição de características elementares da sua identidade, logo, atuou em conformidade com os parâmetros constitucionais e legais das suas prerrogativas, observados a cláusula constitucional do direito

à saúde, o marco legal vigente e a estrita competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999.

Com isso, tanto o pedido principal quanto o sucessivo, que pretendiam a aplicação de interpretação conforme à constituição dos dispositivos regentes da competência da ANVISA para o exercício do poder regulamentar, foram julgados improcedentes.

O julgamento foi destituído de efeito vinculante quanto ao pedido sucessivo, pois não foi atingido o quórum para a declaração da constitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada nº 14/2012 da ANVISA.

Diante da ausência de efeitos vinculantes sobre a declaração de constitucionalidade da RDC n. 14/2012 da ANVISA, a matéria ainda será objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto o assunto é objeto do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1348238, que teve repercussão geral reconhecida (Tema 1252).

Nesse novo caso, a Cia. Sulamericana de Tabacos questiona decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), que entendeu que a Anvisa agiu dentro de suas atribuições ao editar a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 14/2012, que proíbe a importação e a comercialização de produtos derivados do tabaco que contenham substâncias ou compostos definidos como aditivos.

Ao renovar a discussão sobre limites do poder regulamentar da agência reguladora, a recorrente argumenta que a autarquia teria ultrapassado os limites legais, e o relator, ao admitir o recurso extraordinário, argumentou que embora não tenha havido quórum para invalidar a norma, a matéria tem relevância, por estar diretamente vinculada à saúde pública e afetar um relevante ramo da economia, o que recomenda a consolidação do entendimento do STF sob a sistemática da repercussão geral.

Uma circunstância interessante que poderá pautar a reapreciação da matéria é observar em que medida a revisão da doutrina *Chevron* por *Loper Bright*, cujos contornos encontram-se expostos neste trabalho, impactarão o novo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a temática.

c) Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.148/DF¹⁷¹

171 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. PADRÕES DE QUALIDADE DO AR. CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA): COMPETÊNCIA PARA EXERCER JUÍZO TÉCNICO DISCRICIONÁRIO DE NORMATIZAÇÃO DA MATÉRIA. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 491, DE 2018: NORMA CONSTITUCIONAL EM VIAS DE SE TORNAR INCONSTITUCIONAL. CONCESSÃO DO PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) MESES PARA EDIÇÃO DE

O caso trata de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria Geral da República em 2019, e julgada em 2022, contra a Resolução n. 491, de 19.11.2018, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, pela qual se dispõe sobre padrões de qualidade do ar.

A impugnação fundamentou-se em suposta afronta ao inc. XIV do art. 5º, ao art. 196 e ao art. 225, todos da Constituição da República, sob a alegação de *proteção insuficiente aos direitos à informação, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, e que embora a regulamentação utilize como referência os valores de qualidade do ar recomendados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2005, não dispõe de forma eficaz e adequada sobre os padrões de qualidade do ar, prevendo valores de padrões iniciais muito permissivos, deixando de fixar prazos peremptórios para o atingimento das sucessivas etapas de padrões de qualidade de ar e apresentando procedimento decisório vago.

NOVA RESOLUÇÃO: OBSERVÂNCIA DA ATUAL REALIDADE FÁTICA. 1. O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é órgão colegiado criado pela Lei nº 6.938, de 1981, dotado de capacidade institucional e responsabilidade, para, a partir de estudos e debate colegiado, dispor sobre “normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”. 2. Diante das múltiplas vicissitudes e peculiaridades do caso, cabe, prioritariamente, ao CONAMA, como órgão regulador e no exercício da sua capacidade institucional, aquilatar, com devida atenção e aprofundado rigor técnico, qual o melhor conjunto de medidas apto a orientar a política de controle da qualidade do ar. 3. Improriedade do Poder Judiciário em adentrar, ou mesmo substituir, o juízo técnico discricionário realizado na elaboração e no aprimoramento da política pública em foco. 4. Não se afigura salutar a conduta judicial de permanente e minudente escrutínio incidente sobre a condução das políticas públicas selecionadas pelo Administrador. 5. Em se tratando de tema de complexa e controvertida natureza técnico-científica, cabe ao Poder Judiciário atuar com ainda maior deferência em relação às decisões de natureza técnica tomadas pelos órgãos públicos com maior capacidade institucional para o tratamento e solução da questão. 6. Eventual atuação desta Suprema Corte no sentido de rever os critérios que redundaram na opção empreendida pelo CONAMA dependeria de manifesta falta de razoabilidade, de ausência de justificação ou de evidente abusividade na escolha empreendida pelo Administrador, não sendo este o caso dos autos. 7. A Organização Mundial da Saúde (OMS) indica que as diretrizes por ela traçadas não devem ser aplicadas automática e indistintamente, devendo cada país levar em conta os riscos à saúde, sua viabilidade tecnológica, questões econômicas e fatores políticos e sociais peculiares, além do nível de desenvolvimento e da capacidade de cada ente competente para atuar na gestão da qualidade do ar. 8. Sob a ótica do desenvolvimento sustentável, é necessário que sejam consideradas, pelo órgão regulador, o estágio mais atual da realidade nacional, das peculiaridades locais, bem como as possibilidades momentâneas de melhor aplicação dos primados da livre iniciativa, do desenvolvimento social, da redução da pobreza e da promoção da saúde pública, como elementos de indispensável consideração para construção e progressiva evolução da norma, de forma a otimizar a proteção ambiental, dentro da lógica da maior medida possível. 9. Reconhecimento de que a Resolução CONAMA nº 491, de 2018, afigura-se “ainda constitucional”. Determinação ao CONAMA de edição de nova resolução sobre a matéria que considere (i) as atuais orientações da Organização Mundial de Saúde sobre os padrões adequados da qualidade do ar; (ii) a realidade nacional e as peculiaridades locais; e (iii) os primados da livre iniciativa, do desenvolvimento social, da redução da pobreza e da promoção da saúde pública. 10. Se decorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, sem a edição de novo ato que represente avanço material na política pública relacionada à qualidade do ar, passarão a vigorar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde enquanto perdurar a omissão administrativa na edição da nova Resolução. 11. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 6148, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: ANDRÉ MENDONÇA, Tribunal Pleno, julgado em 05-05-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 14-09-2022 PUBLIC 15-09-2022)

O quórum para o julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade e a declaração de constitucionalidade da Resolução CONAMA n. 491/2018 se deu por apertada maioria, vencidos a relatora, Min. Carmen Lúcia, a Min. Rosa Weber e os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin.

Em complemento, do Tribunal expediu as seguintes determinações: a) que o CONAMA, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a contar da publicação do acórdão, edite nova Resolução sobre a matéria, a qual deverá levar em consideração: (i) as atuais orientações da Organização Mundial de Saúde sobre os padrões adequados da qualidade do ar; (ii) a realidade nacional e as peculiaridades locais; e (iii) os primados da livre iniciativa, do desenvolvimento social, da redução da pobreza e da promoção da saúde pública, e b) passarão a vigorar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde, se decorrido o prazo referido, sem a edição de novo ato que represente avanço material na política pública relacionada à qualidade do ar, enquanto perdurar a omissão

No voto vencedor, o Min. André Mendonça consignou, preliminarmente, pelo cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, porquanto o ato impugnado, elaborado pelo CONAMA, decorre do seu poder normativo e ostenta abstração e generalidades suficientes para autorizar o controle concentrado de constitucionalidade.

No mérito, o primeiro argumento trazido tangencia a impropriedade do Poder Judiciário adentrar ou mesmo substituir um juízo que natureza eminentemente técnica, destacando que o ato impugnado, expedido no exercício da capacidade normativa, visa regular especificamente a qualidade do ar atmosférico, e que o CONAMA, criado pela Lei n. 6938/81, é o órgão com capacidade institucional e responsabilidade para a partir de estudos técnicos e debates, disciplinar sobre “normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”.

Destaca-se o excerto do voto vencedor onde expressamente reconhecida a deferência à decisão de natureza técnica emanada do CONAMA:

Igualmente, deve-se atentar para o fato de que, em se tratando de tema de complexa e controvertida natureza técnico-científica, cabe ao Poder Judiciário atuar com ainda maior deferência em relação às decisões de natureza técnica tomadas pelos órgãos públicos com maior capacidade institucional para o tratamento e solução da questão. Deve-se partir do pressuposto de que, havendo decisão administrativa fundamentada e sem aparente ilegalidade ou

manifesta desproporcionalidade, deve ser reconhecido o legítimo espaço institucional de atuação do órgão técnico.¹⁷²

Sob o aspecto democrático, o julgamento em análise traz importante reflexão.

Como observado no voto vencedor, a norma questionada, em sua origem, foi objeto de debates e a decisão tomada por maioria. A ação direta de inconstitucionalidade, por sua vez, encampou expressamente as teses de minoria vencida na esfera administrativa.

Nesse caso, a contenção judicial se justifica, outrossim, para que a função jurisdicional não seja eleita como espaço alternativo para reversão de decisões legítimas tomadas em ambientes democraticamente escolhidos para versar sobre temas técnicos, e cujos efeitos foram adequadamente dimensionados.

Ao assumir essa posição revisora, o Poder Judiciário enfraqueceria o órgão regulador, no caso, o CONAMA, órgão criado para essa finalidade, em desprestígio à sua capacidade institucional e responsabilidades.

Importante esclarecer que a defesa da contenção judicial não repercute em negar a possibilidade de revisão judicial, que sempre estará ressalvada como direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, desde que identificada a falta de razoabilidade, justificação insuficiente ou abuso na escolha do órgão regulador, circunstâncias que também foram registradas na fundamentação do voto sob análise.

Em outros termos, e na linha dos precedentes do Supremo Tribunal Federal acima referidos, advogar a contenção judicial no controle da atividade regulatória não significa de forma alguma sustentar a impossibilidade de revisão do ato regulatório.

A contenção tem como pressuposto a análise de todas as justificativas apresentadas pelo órgão regulador no momento da expedição do ato, assim como os fundamentos trazidos pelo autor da ação que invoca a inconstitucionalidade/ilegalidade.

A contenção judicial também deve observar o amadurecimento dos debates e o fator temporal subjacente à norma regulatória, na maioria das vezes incompatível com o tempo mais reduzido da análise de questões de fato e jurídicas internamente ao processo judicial:

Desse modo, os elementos do caso concreto, reveladores da complexa sucessão de debates que culminaram no desenho da norma atacada são, igualmente, indicativos de que a substituição judicial da construção coletiva e plural, paulatinamente realizada por cerca de sete anos no Conselho, revelar-se-ia, com a devida vênia, à posição contrária, violadora do princípio

172 STF ADI 6148, Relatora: CÁRMEN LÚCIA, Relator p/ Acórdão: ANDRÉ MENDONÇA, Tribunal Pleno, julgado em 05-05-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 14-09-2022 PUBLIC 15-09-2022

democrático, da teoria das capacidades institucionais e da própria lógica do sistema de definição de competências em matéria ambiental.¹⁷³

O tema da contenção judicial no controle da atividade regulatória também é observado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

d) Superior Tribunal de Justiça – Agravo em Recurso Especial n. 2.075.429 - DF¹⁷⁴

Na ação, movida pelas empresas DR Empresa de Distribuição e Recepção de TV Ltda. e Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda. - BTV contra o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, pretendia-se a declaração de nulidade de processo administrativo sancionador, por ausência de exigência de apresentação do ato de concentração ao CADE, bem como aplicação de pena mínima.

No primeiro grau de jurisdição os pedidos iniciais foram julgados improcedentes, pois, conforme apurado no processo administrativo, foi reconhecida a existência de evidências suficientes de que a fusão das empresas implicou domínio do mercado atinente à exploração do serviço de TV a Cabo na cidade de Blumenau/SC. Consignou-se que a empresa BTV exercia o domínio do mercado com quase 90% (noventa por cento) do seu controle.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento ao recurso de apelação e decretou a nulidade de processo administrativo, sob o fundamento de cerceamento do direito de defesa. Consequentemente, após inadmitido o Recurso Especial, em sede de Agravo, o Superior Tribunal de Justiça conheceu e deu provimento, para analisar a pretensão recursal.

No que tange à questão controversa, o Superior Tribunal de Justiça restabeleceu o pronunciamento do juízo de primeiro grau, não identificando razões suficientes para a revisão do ato administrativo do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Inicialmente, rememorou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no RE 1083955, analisado na abertura do presente capítulo, quanto ao dever de deferência às decisões do CADE, cujo espectro de revisão limita-se aos casos de legalidade ou abusividade.

No caso, ainda que o Tribunal Regional Federal, ao reformar sentença de improcedência do primeiro grau de jurisdição, tenha orientado pelo aspecto de legalidade do processo administrativo, o Superior Tribunal de Justiça ponderou que

173 STF ADI 6148, Relatora: CÁRMEN LÚCIA, Relator p/ Acórdão: ANDRÉ MENDONÇA, Tribunal Pleno, julgado em 05-05-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 14-09-2022 PUBLIC 15-09-2022

174 STJ - AREsp n. 2.075.429/DF, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 17/6/2024.

No caso, o Tribunal de origem decretou a nulidade de processo administrativo sem a concreta demonstração de prejuízo, adotando fundamento de prejuízo hipotético, ao entender que, mesmo que os documentos não embasassem a condenação, não se poderia afastar a hipótese de que, a depender do conteúdo, poderiam conduzir à absolvição administrativa. O Juízo de primeira instância e o CADE afastaram a ocorrência de prejuízo real ou efetivo à defesa da BTV e da DR, considerando que referidos anexos não teriam capacidade de, isoladamente, alterar o julgamento, nem foram responsáveis pela condenação.

Além de realçar o entendimento sedimentado quanto ao dever de autocontenção judicial no controle das atividades sancionatória do CADE, quanto à legalidade do processo administrativo, o Superior Tribunal de Justiça reforçou a conclusão firmada no âmbito administrativo acerca de suficiência probatória e a inadequação ou impertinência deles para alterar a conclusão do CADE, a revelar aspecto diverso de deferência judicial à conclusão contida na decisão administrativa fundamentada.

Com efeito, ao analisar os julgados acima é possível verificar que os mais recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a sindicabilidade dos atos regulatórios da atividade econômica alinham-se à posição no sentido da deferência judicial no controle da atividade regulatória defendida no presente estudo.

Embora os casos relatados sejam pontuais, é possível identificar neles a atenção do órgão judicial sobre os riscos de intervenção equivocada na matéria, assim como o respeito à decisões prévias dos órgãos reguladores.

Nos casos citados, não se extrai qualquer elemento indicativo de negativa da prestação jurisdicional e afronta à garantia da inafastabilidade da jurisdição, porquanto todas as decisões estão amplamente fundamentadas, fazendo prevalecer estudos prévios das agências administrativas.

Como dito, a contenção não dispensa aferir os fundamentos de que se valeu o órgão regulador e aquele que contesta judicialmente a decisão administrativa. Contudo, não havendo elementos concretos a indicar abusividade, falta de justificação ou falta de razoabilidade, a tendência é de fazer prevalecer a decisão proferida pelo órgão revestido de capacidade institucional para tal fim.

Ao assim se comportar, o órgão judicial compromete-se democraticamente a dois escopos: o fortalecimento da institucionalidade e capacidade técnica do órgão regulador; o afastamento do risco de uma intervenção equivocada, transformando-o em instância de revisão, contudo, sem ostentar a *expertise* necessária para tanto.

4.7 O *self restraint* como incentivo à Democracia Econômica

A abordagem do controle judicial da atividade regulatória, e suas consequências, observa premissas estabelecidas na ordem jurídica vigente, especialmente quanto às mudanças ocorridas no regime jurídico do direito administrativo.

O estudo da deferência judicial no contexto da regulação prende-se à ocorrência de um fenômeno transformador. A afirmação de um novo paradigma do direito administrativo, que decorre de dois giros: o *democrático* e o *pragmático*.

O *giro democrático* ocorreu em diferentes momentos. Nos Estados Unidos, a partir do *New Deal* e, na Europa, após a Segunda Guerra Mundial. Esse movimento coincide com a redemocratização e a reinstitucionalização das nações então submetidas a regimes autoritários, como ocorreu no Brasil a partir da década de 80 do século XX, e consolidou-se na Constituição Federal de 1988.

Há uma mudança de paradigmas na compreensão da legitimidade da Administração Pública, a ser observada, por exemplo, como incremento do grau de responsabilidade dos agentes, o respeito, promoção e proteção de direitos fundamentais dos administrados e a submissão dos Administradores a controles efetivos, tanto sob o aspecto jurídico quanto da eficiência¹⁷⁵.

A nova compreensão contrasta com o modelo outrora vigente, onde prevaleceu a categorização jurídica da supremacia estatal, a relação de verticalidade entre Administração e cidadão e a posição de supremacia do ente estatal.

O *giro democrático-constitucional* do direito administrativo

é um processo multifário e pluridimensional, que opera por dois caminhos distintos, porém complementares: (i) a disciplina da organização e funcionamento de inúmeros setores da Administração Pública em normas do próprio Texto Constitucional; (ii) a eficácia irradiante dos sistemas democrático e de direitos fundamentais, como elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade do Estado democrático de direito – e, por conseguinte, também do Estado Administrativo, nos termos delineados pelas Constituição¹⁷⁶.

175 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais no direito administrativo ordenador**. 2a. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 38.

176 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais no direito administrativo ordenador**. 2a. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 43.

Embora notável o novo ambiente promovido pela ordem constitucional inaugurada em 1988, na seara do Direito Administrativo é necessário reconhecer que as repercussões do constitucionalismo democrático ainda não estão adequadamente moldadas.

A proposta lançada no presente estudo é justamente analisar como está introjetada na formatação em curso do novo Direito Administrativo uma compreensão adequada sobre o comportamento judicial no controle da atividade regulatória, levando em consideração fatores complexos da sociedade contemporânea, a dinâmica das relações de mercado e os riscos de uma intervenção inadequada, que pode comprometer direitos fundamentais e o desenvolvimento.

Nessa linha, o pragmatismo jurídico, já abordado no trabalho, também integra o novo formato do Direito Administrativo, e pode ser chamado de *giro pragmático*. O agir pragmático significa apurar a verdade de quaisquer hipóteses, conceitos ou crenças. Ou seja, é um teste de verificação se concepções e teorias, realmente, se relacionam com fatos.

A compreensão dos elementos fundamentais¹⁷⁷ do pragmatismo tem sido útil¹⁷⁸ para o Direito Administrativo, seja como uma descrição de tendência contemporânea da disciplina, seja como uma estratégia prescritiva de análise e decisão em busca de soluções aptas a alcançar os melhores resultados práticos para os problemas enfrentados pela Administração Pública¹⁷⁹.

O grau de intervenção do Estado na atividade econômica não é o enfoque da abordagem. A ênfase aqui tratada, direciona o olhar para a promoção da democracia econômica, que considera o contexto em que inseridos os agentes diretamente envolvidos na regulação, e, conseqüentemente, de que modo o agente regulador adotou mecanismos de coletas de informações sobre os interesses e expectativas desses agentes diretamente envolvidos, a fim de atribuir maior aderência deles na regulamentação da atividade em que estão inseridos.

A questão não é se deve regular ou não, mas como regular. Todos os mercados são regulados, pois a regulação adere ao modelo capitalista. A questão é a verificação da qualidade da regulação.

177 Cabe a recordação já tratada no curso do estudo, quanto aos elementos fundamentais do pragmatismo: antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo.

178 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 53.

179 *Se não existem fundações que justifiquem ou validem conceitos ou teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas conseqüências, as quais só adquirem sentido dentro do contexto na qual estão inseridas* (MENDONÇA, José Vicente Santos. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 38).

Na ordem constitucional vigente, não é mais comportável argumentar que a regulação tende a impor falhas de mercado. Esse argumento não se sustenta, pois, a inevitável regulação, como visto, destina-se a promover princípios constitucionais e a realização de princípios da República.

A proposta aqui encampada não se orienta por teorias neoliberais que acreditam no crescimento econômico sem qualquer correspondência com o desenvolvimento humano e a redução das desigualdades, tampouco em compreensões de acentuada intervenção estatal que ignoram as oportunidades decorrentes do fluxo de riquezas.

A valorização do trabalho, a proteção do consumidor e do meio ambiente, no contexto na livre iniciativa, não é ideologia, é imperativo constitucional.

A normatividade dos princípios da ordem econômica do art. 170, da Constituição Federal de 1988 é o parâmetro do intérprete no controle da regulação, contudo, tais princípios não podem ser invocados forma abstrata para justificar uma intervenção judicial para dizer se a regulação foi certa ou errada.

As exigências técnico-cognitivas para se chegar a tal conclusão transcendem as possibilidades do órgão judicial, nos estritos limites do processo, pois o dever de justificação é amplo e profundo. Caso insista nessa pretensão, é possível a substituição de uma decisão técnica da agência ser substituída pela decisão judicial política.

Na tentativa de superação dessa dificuldade, sugere-se a substituição do critério da regulação certa ou errada, pela consideração de ser qualificada ou não, conforme os padrões da nova regulação, que amparada em elementos pragmáticos, constrói a norma regulatória, desde o seu nascedouro, orientada pela percepção dos maiores interessados: os agentes econômicos e os destinatários.

Tais agentes são os responsáveis por expressar, na regulação, os valores da livre iniciativa, da proteção do consumidor e do meio ambiente, da valorização do trabalho, dentre outros. De modo que a qualidade da regulação, que justifica a deferência judicial, deve pautar-se por tal viés democrático de participação dos envolvidos.

A Constituição Federal de 1988 desenhou a estrutura do Estado, definindo suas competências e a divisão de poderes dos órgãos inseridos na estrutura estatal. As instituições passaram então a serem construídas e, em paralelo ao desenvolvimento delas, resulta a dinâmica evolutiva do regime jurídico de direito administrativo.

As agências reguladoras não estavam previstas no projeto constituinte original, e foram criadas a partir da década de 1990, com a finalidade de regulação, fiscalização e controle da execução dos serviços que, naquele momento, passavam pelo fenômeno da desestatização, como já observado no curso do trabalho.

Após a criação e a paulatina consolidação de atuação, as agências passaram a incorporar novos modelos de realização da regulação, visando contemplar anseios dos agentes econômicos e destinatários daquele serviço regulado.

Essa maior participação decorre da aplicação de mecanismos de avaliação multidisciplinares (arquitetura das escolhas e análise de impacto regulatório são apenas alguns exemplos), e converge com a transição do paradigma da supremacia estatal para o da proteção de direitos fundamentais dos administrados e a submissão dos Administradores a controles efetivos.

E o Estado-juiz, ao atuar no controle da regulação, por vezes atuando em substituição ao regulador, submete-se ao controle democrático, e que só pode ser exercido pela comunidade, caso a decisão de intervenção esteja adequadamente justificada em dados concretos.

Por isso, atender o chamado para a cautela judicial promove a democracia econômica.

A intervenção deve ser ponderada sob olhar pragmático. E quando ocorrer, para que constitua intervenção responsável do Poder Judiciário na atividade econômica, deve levar em consideração a realidade, nela inserida as extensas relações de natureza econômica jungidas a expectativas dos consumidores e agentes econômicos.

Deve dimensionar os benefícios do novo quadro que está desenhando, em detrimento daquele que se modifica e, hodiernamente, já resulta de efetiva participação dos destinatários da regulação.

Se o órgão judicial não ostenta essa condição, a orientação mais sintonizada com as perspectivas da democracia econômica de compatibilizar, através da participação dos agentes interessados, as disparidades entre a livre iniciativa e a justiça social, orienta que a instituição definida para promover a regulação - agência reguladora - conforme o programa constitucional a prevalecer.

5 CONCLUSÃO

O tempo transcorre e a relação entre autonomia individual e liberdade, que antecede ao liberalismo, permanece. Outrora, da ascensão e consolidação do sistema capitalista, surgiu a relação entre a liberdade e a lei, com a disposição de limitar o poder, contendo a autoridade e ofertando garantias aos indivíduos.

Ainda hoje essa relação alimenta as mudanças no contexto jurídico, com propostas de redução da centralidade do Estado e de promoção dos interesses individuais.

No arranjo atual do sistema capitalista, caracterizado pela constante destruição e criação de estruturas de mercado, impulsionadas pela inovação, os agentes econômicos e os usuários formam o quadro de destinatários das normas relativas à regulação das atividades econômicas.

A desconsideração das expectativas desses sujeitos de direito e promovedores da circulação de riquezas, pelo Estado, resulta comportamento arbitrário. O arbítrio, aqui, não condiz com aquele de séculos passados, onde a autoridade estatal inaceitável era facilmente identificada.

Na sociedade contemporânea essa identificação é mais espinhosa, pois ele pode ocorrer a pretexto de se realizar o *interesse público* ou a *dignidade da pessoa humana*.

A complexidade das relações e a diversidade de contextos pode inserir agentes econômicos e usuários em posições antagônicas em determinada controvérsia, ou com identidade de interesses, em outra.

Isso se deve, essencialmente, à expansão da informação. Por isso, a redução do arbítrio estatal passa pela facilitação de acesso aos destinatários de informações essenciais no contexto regulatório.

E para esse desiderato, nada melhor que contar com a participação desses mesmos destinatários no processo de criação da norma, visando que adiram a seus preceitos e dela resulte a eficácia almejada.

A estrutura do Estado definida na Constituição Federal de 1988, estabelecendo os valores que orientam a ordem econômica, através da criação e consolidação do papel das agências reguladoras, consente que se avance na qualidade da regulação.

A regulação é um dever do Estado na promoção dos valores que preconiza no texto constitucional, enquanto aos cidadãos é uma garantia para o exercício de suas liberdades de forma regrada, em acessão aos demais integrantes da sociedade.

É fato, pois, que somente a regulação eficiente será qualificada para atribuir normatividade aos princípios que orientam a ordem econômica, enfatizando o equilíbrio entre a livre iniciativa e a justiça social.

Por essa razão, a proposta do trabalho enfatiza a qualidade da regulação como parâmetro para a orientação do comportamento judicial.

Os pressupostos do pragmatismo servem como instrumento de exame do caminho trilhado, onde a regulação eficiente é o destino. Os fatores da realidade, porém, não devem ser objeto de alerta somente do órgão administrativo regulador.

Essa inquietação deve afetar também o Poder Judiciário, pois a ambos incumbe a árdua missão de conformar o quase incompreensível interesse público.

O Judiciário, quando provocado pela insurgência de eventual descontente com a promoção da regulação, deve portar-se atento a todo arcabouço pretérito que resultou na regulação impugnada, aos diversos fatores levados em consideração, aquilatando os interesses individuais e coletivos sob tutela e as expectativas legítimas que poderão restar frustradas por uma intervenção inadequada.

Ademais, incumbe-lhe reconhecer a falta de conhecimentos técnicos para a adequada resolução da controvérsia e, portanto, admitir o órgão administrativo como melhor instância para estabelecer parâmetros regulatórios, exceto casos de flagrante inconstitucionalidade ou ilegalidade, captura da agência ou mesmo da regulação prévia que destoa do modelo de regulação eficiente, hipótese em que não lhe caberá atuação em substituição, senão de acoimar o órgão regulador que o faça observando o modelo democrático de interação com os envolvidos.

Calha salientar, ao final deste trabalho, que o dever de deferência, orientado pela autocontenção, o minimalismo judicial e a teoria das capacidades institucionais, não transpõem grau absoluto, mas orientação fundamentada, na conformação jurídico-constitucional do controle da atividade regulatória, reconhecendo-se o reduzido grau de conhecimento e operabilidade do Poder Judiciário nessas hipóteses, quando promove a anulação ou modificação do programa de regulação econômica.

O artigo 5, inc. XXXV, da Constituição Federal, como direito fundamental, sempre outorgará a via judicial para a solução de controvérsias a qualquer cidadão, ainda que para isso o Estado-Juiz deva prescrever, mediante fundamentação idônea e orientada pela realidade, que a sua intervenção não ostenta a capacidade de se sobrepor à decisão do agente regulador, que antecipadamente ponderou concretamente diversas circunstâncias, e merece ter a sua posição institucional preservada.

No desenvolvimento do estudo, ao focar a qualidade da regulação segundo bases pragmáticas e os argumentos decisórios que subsidiam a posição deferente do órgão judicial, restou demonstrado que, ao contrário de transparecer covardia institucional, a contenção judicial retrata responsabilidade estatal no tratamento de interesses diversos já considerados, que constituem controvérsias de difícil solução, e quando já houve posicionamento fundamentado antecedente por uma instituição legitimamente concebida para esse propósito.

Então, quando não evidenciadas situações atípicas de manifesta desqualificação da regulação, a deferência judicial tende a ser o comportamento esperado do órgão julgador. Nessa posição, ao tempo em que deixa de adotar argumentos abstratos e afasta-se da arbitrariedade da intervenção superficial, o Estado-juiz evita a ocorrência de erros representativos de externalidades negativas e promove a democracia econômica, prevalecendo os interesses dos destinatários, previamente considerados na elaboração do ato regulatório.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges. *Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista*. **Revista dos Tribunais**, vol. 1009, nov/2019.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini Carnio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução ao direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito [livro eletrônico]**, 6a ed. Rev. Atual e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ACKERMAN, Bruce. **La Justicia Social en el Estado Liberal**. Trad. Carlos Rosenkrantz. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert. J.. **Pescando com tolos: a economia da manipulação e fraude**. Tradução de Eveline Machado. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011.
- ARGUELES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações*. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- ATIENZA, Manuel. *Pragmatismo jurídico: la propuesta de Susan Haack*. **Estudios filosóficos**, v. 67, n. 196, p. 467-489, 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5a ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR Editora Digital, 2011.
- BARBER, Sotirios A; FLEMING, James. **Constitutional Interpretation: the basic questions**. New York: Oxford University Press, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In (Org.) FIGUEIREDO, Marcelo. **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAUERMANN, Desirê. *Structural Injunctions no direito norte-americano*. In: ARENHARDT, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. *As origens do direito econômico: homenagem a Washigton Peluso Albino de Souza*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Número Especial em Memória do Prof. Washigton Peluso Albino de Souza. pp. 253-263, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. 2a ed. São Paulo: Almedina, 2022.

BERNARDES, Bruno Paiva. *Objecções Da Processualidade Democrática Ao Minimalismo Judicial: Um Estudo Crítico À Luz Da Teoria Neoinstitucionalista Do Processo*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, 2021. DOI: 10.12957/redp.2022.59468. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59468>. Acesso em: 31 jul. 2025.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais no direito administrativo ordenador**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade. Fragmentos de um dicionário político**. 28a ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2024.

BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. 17a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

DAMASIO, Antonio. **O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano**. 3a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 17a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no Direito Tributário brasileiro**. Série Doutrina Tributária, n. 35, São Paulo: IBDT, 2021.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-121, 2002.

FERRARI, Isabela. *Nova Governança. Insights para o aprimoramento da regulação estatal*. In MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (Orgs.). **Poder Judiciário, Concorrência e Regulação - Estudos sobre o Fonacre**. Brasília: AJUFE, 2019.

FRAZÃO, Ana. *Liberdade Econômica para Quem?* In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.), 1a ed. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**, 2020.

FULLER, Lon L. **A moralidade do Direito**. Tradução de Augusto Neves Dal Pozzo e Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023.

GRAU, Eros Roberto. **Mercado, Estado e Constituição**. In: Boletim de Ciências Econômicas, vol. XLVII. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004.

GUERRA, Sérgio. **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. *Marx: um pioneiro da análise econômica do direito*. In: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XIII: direito econômico** / coord. SAYEG, Ricardo Hasson. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2024.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HOWE, Amy. **Supreme Court strikes down Chevron, curtailing power of federal agencies**. Disponível em <https://www.scotusblog.com/2024/06/supreme-court-strikes-down-chevron-curtailling-power-of-federal-agencies/>. Acesso em 27/06/2025, 15h59min

JORDÃO, Eduardo. *The three dimensions of administrative law*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 19, p. 21/38, jan/mar. 2019, n. 75.

JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB - *Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*. **Revista de Direito Administrativo**, p. 13–41, 2018

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LARENZ. Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3a ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?)*

explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018.

LOCKE, John, 1632-1704. **Segundo tratado sobre o governo civil : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ : Vozes, 1994.

MANEGUIN, Fernando; MELO, Ana Paula Andrade de. *Soft Regulation. Formas de Intervenção Estatal para Além da Regulação Tradicional*. Brasília: **Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado**, Fevereiro 2022 (Texto para Discussão n. 307).

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1303>. Acesso em: 28 jun. 2024.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo – antigo e moderno**. 3a ed. São Paulo: É Realizações, 2014.

MILL, John Stuart. **Princípios de Economia Política** - (Coleção Economia Política) eBook.

NEVES, Camila de Castro; SUNDFELD, Carlos Ari. *A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 126, pp 45-80, jan-jun. 2023.

PEDROLLO, Gustavo Fontana. *O caso Chevron: controle judicial do poder regulamentar das agências no direito estadunidense*. **Publicações da Escola da AGU**, v. 2, n. 13, 2011.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jeferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. **Indiana Law Journal**, vol. 59: Iss. 1, 1983.

QUIRINO, Carina de Castro. *Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala*. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, pp. 965-986, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Luiz Antonio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017

- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVEIRA, Andre Bueno da. *Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica*. **Revista de Direito Administrativo**, 276, 2017.
- SKINNER, Burrhus Frederic. **Sobre o behaviorismo**. 10a ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006.
- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações. Investigação sobre a sua Natureza e suas Causas**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito público e regulação no Brasil*. In GUERRA, Sergio (Org). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. Tradução de Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.
- SUNSTEIN. *The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, **Harvard Law Review** v. 126, 1838, 2013.
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- SUNSTEIN, Cass R.. *Beyond Judicial Minimalism*. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 237, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. **Mich. L. Rev.**, v. 101, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. *Our Marbury: Loper Bright and the Administrative State*. **Duke Law Journal**, v. 74, n. 8, p. 1893-1916, 2025.
- TAVARES, André Ramos. *Facções Privadas e política econômica não democrática da ditadura brasileira*. In **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 9, n. 32, maio/ago. 2015.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011.
- THALER, Richard. **Misbehaving**. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.