

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE CIÊNCIAS  
JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE DIREITO

O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O  
CONSEQUENCIALISMO IMPLANTADO PELA LEI Nº 13.655/2018: É POSSÍVEL A  
COMPATIBILIZAÇÃO COM A TEORIA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO?

MATHEUS RANGEL LECHUGA

RIO DE JANEIRO  
2018/1

MATHEUS RANGEL LECHUGA

O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O  
CONSEQUENCIALISMO IMPLANTADO PELA LEI Nº 13.655/2018: É POSSÍVEL A  
COMPATIBILIZAÇÃO COM A TEORIA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO?

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira**

RIO DE JANEIRO

2018/1

L458c Lechuga, Matheus Rangel  
O controle judicial das agências reguladoras e o  
consequencialismo implantado pela lei nº  
13.655/2018: é possível a compatibilização com a  
teoria crítica hermenêutica do direito? / Matheus  
Rangel Lechuga. -- Rio de Janeiro, 2018.  
73 f.

Orientador: Fábio Corrêa Souza de Oliveira.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Pragmatismo Jurídico. 2. Hermenêutica  
Filosófica. 3. Análise Institucional Comparativa. 4.  
Teoria dos Diálogos Institucionais. 5. Análise  
Econômica do Direito. I. Oliveira, Fábio Corrêa  
Souza de, orient. II. Título.

MATHEUS RANGEL LECHUGA

O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O  
CONSEQUENCIALISMO IMPLANTADO PELA LEI Nº 13.655/2018: É POSSÍVEL A  
COMPATIBILIZAÇÃO COM A TEORIA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO?

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Olivera**

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2018/1

## RESUMO

Tendo em vista a positivação da necessidade de fundamentação das decisões judiciais com base nas consequências, implantada pela Lei nº 13.655/18 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como limitar o ativismo e a discricionariedade judicial, e, ao mesmo tempo, justificar um controle judicial “não deferente” sobre as agências reguladoras? Este trabalho procura responder a esta suposta contradição, por meio do método dedutivo. A partir de análise doutrinária, inicialmente, das teorias da análise institucional comparativa e dos diálogos institucionais, e, posteriormente, dos procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial das decisões administrativas na experiência estrangeira, conclui-se que este controle deverá ser “não deferente” nos casos que envolvam preceitos fundamentais. Em seguida, busca-se a compatibilização de duas teorias da decisão, quais sejam a Teoria Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck e o Pragmatismo Constitucionalmente Adequado de José Vicente, de modo a contribuir para o aperfeiçoamento da consideração das consequências das decisões judiciais no processo de compreensão-interpretação-aplicação das normas ao caso concreto. A primeira teoria da decisão busca eliminar o subjetivismo judicial a partir da hermenêutica filosófica, e a segunda procura restringir a discricionariedade judicial ao limitar as consequências que podem ser consideradas pelos juízes.

Palavras-chaves: Pragmatismo Jurídico. Hermenêutica Filosófica. Análise Institucional Comparativa. Teoria dos Diálogos Institucionais. Análise Econômica do Direito.

## ABSTRACT

In view of the legal positivation of the need to justify judicial decisions based on consequences, implemented by Law nº 13655/18 in the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, how to limit activism and judicial discretion, and, at the same time, justify a "non-deferential" judicial control over the regulatory agencies? This work seeks to respond to this alleged contradiction through the deductive method. Starting from a doctrinal analysis, initially, of theories of comparative institutional analysis and institutional dialogues, and then of the procedures for determining the intensity of judicial control of administrative decisions in foreign experience, it is concluded that this control should be "non-deferential" in those cases that fundamental precepts are under examination. Then, it seeks to make compatible two decision theories, which are Lenio Streck's Hermeneutic Critical Theory of Law and the José Vicente S. de Mendonça's Constitutionally Suitable Pragmatism, in order to contribute to the improvement of the consideration of the consequences of judicial decisions in the process of understand-interpretation-application of the norms to the concrete case. The first decision theory seeks to eliminate judicial subjectivism based on philosophical hermeneutics, and the second seeks to restrict judicial discretion by limiting the consequences that can be considered by judges.

Keywords: Pragmatismo Jurídico. Philosophical Hermeneutics. Comparative Institutional Analysis. Theory of Institutional Dialogues. Economic Analysis of Law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. COMPLEXIDADES QUE INFLIGEM O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....	17
1.1. Deferência genérica ao “caráter técnico” e à “complexidade das questões regulatórias”: a necessária distinção entre avaliações técnicas puras e objetivas vs. avaliações técnicas complexas .....	17
1.2. Por que devemos adotar um modelo de intensidade binário? .....	23
1.3. Sobre como a tradição jurídica influencia na atuação mais ou menos deferente dos tribunais frente às decisões administrativas .....	25
1.4. Características Institucionais (ir)relevantes? .....	25
1.4.1. <i>Maior pedigree democrático das Agências Reguladoras</i> .....	29
1.4.2. <i>Maior capacidade material (suporte especializado) das agências</i> .....	30
1.4.3. <i>Controle Judicial e o reforço da legitimidade e eficiência administrativa</i> .....	32
1.4.4. <i>Problemas de Operacionalização do Argumento das Capacidades Institucionais</i> ..34	
2. TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES .....	36
3. UMA BREVE ANÁLISE DAS TEORIAS DA DECISÃO .....	43
3.1. Pragmatismo Jurídico constitucionalmente adequado.....	43
3.1.1. <i>Standards de incidência do “princípio” do pragmatismo jurídico de José Vicente</i> 43	
3.1.2. <i>Releitura da hipótese especial de aplicação: teste da proporcionalidade em sentido estrito e a análise de custo benefício</i> .....	48
3.2. Teoria Crítica Hermenêutica do Direito .....	55
3.2.1. <i>Giro ontológico-linguístico (relação sujeito-sujeito)</i> .....	55
3.2.1. <i>O “Formalismo” reformulado</i> .....	59
3.3. A proposta de conciliação .....	62
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	70

## INTRODUÇÃO

O tratamento dado pela doutrina clássica de direito administrativo ao controle judicial da administração pública vem se mostrando deficiente diante do avanço do Estado Regulador, e do aumento das complexidades nas relações entre a Administração Pública e seus administrados. A conhecida classificação em atos vinculados e discricionários não permite uma análise minuciosa do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial das decisões das agências reguladoras. Estas, classificadas como um quarto Poder estatal (*the regulatory branch*) por Bruce Ackerman<sup>1</sup>, costumam concentrar todas as funções estatais (papel adjudicatório, de implementação de políticas públicas, e de elaboração de normas), e são instadas a decidir questões que carregam, em algum nível, uma complexidade técnica.

Tal deficiência já reverbera no tratamento superficial dos Tribunais brasileiros quando no controle das decisões das agências reguladoras. Pesquisa empírica realizada a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constatou que em 83,6% dos casos transitados em julgado os Tribunais Superiores brasileiros confirmaram as decisões das agências, muitas vezes com fundamento em uma *deferência genérica* ao “caráter técnico” e à “complexidade das questões regulatórias”<sup>2,3</sup>

Em sua seminal tese de doutorado, sobre a experiência estrangeira (EUA, Canadá, França e Itália) no controle judicial de uma administração pública complexa, Eduardo Jordão demonstra que tal raciocínio desenvolvido pelos Tribunais Superiores brasileiros para fundamentar uma atuação deferente é, nas palavras do autor, “bastante *subjetivo* e não leva a

---

<sup>1</sup> ACKERMAN, Bruce. The new separation of power. p. 691. In: CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Regulatório**: elementos para uma interpretação constitucionalmente adequada da constituição econômica brasileira. - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 235.

<sup>2</sup> MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coordenadores). **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014. p. 248.

<sup>3</sup> No mesmo sentido, constata Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal: “(...) encontramos referências às “capacidades institucionais” do Judiciário como justificativa para a adoção de uma postura mais autocontida ao atuar em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 06-50, jan./jun. 2011. Disponível em: < [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 07.

nenhuma solução específica”, uma vez que as decisões administrativas são marcadas por uma *multiplicidade de aspectos substanciais*, sendo a complexidade técnica apenas um deles<sup>4</sup>. O autor também esclarece que a análise institucional comparativa tem de ser verificada caso a caso<sup>5</sup>, não sendo possível chegar à uma conclusão *a priori* sobre a (in)capacidade dos tribunais para julgar determinada questão.

Deferência, neste trabalho, refere-se ao modo como os tribunais procedem ao controle, e não ao resultado do controle. Uma atitude deferente pode resultar na anulação da decisão administrativa, desde que a postura do tribunal ao analisá-la tenha sido *autorrestritiva*, isto é, quando o tribunal considera a *razoabilidade*, a *coerência*, a *logicidade*, da escolha da agência, em vez de interpretar diretamente a legislação em questão.<sup>6</sup> Logo, controle judicial “*não deferente*” é aquele em que o tribunal interpreta diretamente a regra utilizada como fundamento de validade da decisão administrativa, sem antes considerar a razoabilidade, coerência e logicidade desta decisão.

Na precisa lição de Eduardo Jordão, somente a partir da escolha das *finalidades específicas* do direito administrativo, é que se faz possível analisar concretamente as *relações tendenciais* (relação entre as características da decisão administrativa controlada e a intensidade do controle judicial), bem como as *capacidades institucionais* relevantes para a determinação da intensidade do controle judicial.

A aplicação de um controle judicial deferente a *questões políticas* revela um privilégio das questões relativas à *legitimidade democrática*. Já, no caso das *questões tecnicamente complexas*, a atribuição da palavra final às autoridades administrativas revela uma preocupação com a *eficiência* administrativa e regulatória. Finalmente, o controle não deferente sobre *matérias juridicamente*

---

<sup>4</sup> O autor explica que uma única decisão administrativa poderá ser, ao mesmo tempo, tecnicamente complexa e juridicamente sensível. O primeiro aspecto induz uma atuação deferente por parte do judiciário, e o segundo induz uma atuação “não deferente”. Segundo Jordão, a afirmação de uma “natureza da decisão administrativa controlada” compreende um juízo prévio a propósito da medida de relevância de cada um dos seus aspectos. JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** op. cit., p. 276/279.

<sup>5</sup> *ibidem*.

<sup>6</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016. p. 555/556.

*sensíveis* volta-se à proteção da *licitude* no agir administrativo.<sup>7</sup> (*Grifos acrescentados*)

Se a escolha for pela proteção da licitude do agir administrativo, só deve ser permitido o controle judicial *deferente* nos casos em que a sensibilidade jurídica<sup>8</sup> da questão sob exame for diminuta, isto é, quando não envolver preceitos fundamentais, o que, muitas vezes, só é possível verificar a partir de uma análise prospectiva, com base nas consequências das decisões administrativas. Aqui já se verifica a importância da modificação legislativa realizada pela Lei 13.655/18<sup>9</sup> na LINDB, que agora prevê expressamente a necessidade de análise das consequências das decisões judiciais que invalidam as escolhas administrativas.

O raciocínio jurídico prospectivo não é algo completamente desconhecido do mundo do Direito no Brasil. Na modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, seja em controle concentrado, seja em controle difuso, realiza-se uma análise das consequências da declaração com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, conforme o art. 27 da Lei 9.868/99<sup>10</sup>. Além disso, a exigência de proporcionalidade, segundo Diego Arguelles e Fernando Leal, é “o que temos de mais explicitamente prospectivo — isto é, orientado para possíveis eventos futuros — em ‘interpretação constitucional (...)’. Os exames do postulado,

---

<sup>7</sup> *idem*. p. 655.

<sup>8</sup> No julgamento do caso *Dunsmuir*, pela Suprema Corte canadense, encontram-se algumas referências sobre o que pode ser uma questão juridicamente sensível: “(i) questões jurídicas ‘gerais’; (ii) questões jurídicas ‘importantes para o sistema jurídico como um todo’ e que constituam o núcleo da administração da Justiça (como a coisa julgada); (iii) questões jurídicas fora da área de expertise da autoridade; (iv) questões relativas a conflito de competência entre autoridades administrativas”. Todavia, em razão da extrema porosidade da proposta canadense, mais à frente será oferecida uma proposta mais adequada ao sistema jurídico brasileiro. JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016. p. 451.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei Ordinária n. 13.655, de 25 de abril de 2018. **Site do Planalto**. Brasília, 25 de abril de 2018. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 20 maio 2018.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei Ordinária n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Site do Planalto**. Brasília, 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 15 jun 2018.

fundados em relações causais teleológicas (meio-fim), exigem um exame minimamente prático”.<sup>11</sup>

Os novos dispositivos da LINDB<sup>12</sup> assim dispõem:

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.** ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#)).

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. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#)).

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas **consequências jurídicas e administrativas.** ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#)).

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#)).

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

---

<sup>11</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211. Disponível em: < [https://www.academica.edu/36340607/Pragmatismo\\_como\\_Meta\\_Teoria\\_Normativa\\_da\\_Decis%C3%A3o\\_Judicial\\_Caracteriza%C3%A7%C3%A3o\\_Estrat%C3%A9gias\\_e\\_Implica%C3%A7%C3%B5es](https://www.academica.edu/36340607/Pragmatismo_como_Meta_Teoria_Normativa_da_Decis%C3%A3o_Judicial_Caracteriza%C3%A7%C3%A3o_Estrat%C3%A9gias_e_Implica%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 02 maio 2018. p. 173 (nr 5).

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Site do Planalto**. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 14 jun 2018.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO). [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Em razão das limitações deste trabalho, analisar-se-á apenas a repercussão dos enunciados dos artigos 20 e 21, que impõem aos intérpretes-juizes, a necessidade de consideração das consequências das suas decisões. O enunciado do art. 20 ainda possui uma peculiaridade: prescreve a necessidade de análise das consequências como uma condição para a utilização de argumentos baseados em “valores jurídicos abstratos”.

Ao prever a possibilidade de fundamentação das decisões judiciais com base em “valores jurídicos abstratos”, o legislador acabou por conceder carta branca ao subjetivismo apoiado em argumentos axiológicos, uma verdadeira impropriedade técnica. Este tipo de fundamentação com base em valores é própria da tradição jurídica alemã chamada “jurisprudência dos valores”. Durante o período nazista, bem como após a outorga da Constituição Alemã pelos aliados, foi a tradição jurídica que predominou no Tribunal Constitucional alemão. Esta tradição possibilita ao julgador a liberdade para decidir com base

em valores, discricionariamente considerados, “muitas vezes de forma retórica, escondendo a decisão fundada em razões pessoais”<sup>13</sup>.

No período nazista, como explica Cass Sunstein<sup>14</sup>, a ideia era abandonar o sentido original dos textos legais e interpretá-los de acordo com o espírito da época (o “são sentimento alemão”). Já no período subsequente (após a Segunda Guerra), os juízes alemães buscavam, através dos valores, uma fuga da legalidade estrita, imposta pelos países vencedores da guerra. Enquanto isso, no Brasil, a mesma teoria serve para fugir da legalidade de um texto constitucional democraticamente construído<sup>15</sup>.

Se a intenção foi utilizar a expressão “valores” como sinônimo de princípios, a impropriedade técnica persiste, como explica Humberto Ávila:

(...) os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.<sup>16</sup>

Além disso, o enunciado (do art. 20) não é muito esclarecedor quando prevê a exigência de consideração das consequências pelos intérpretes, que, conforme o parágrafo primeiro, se dará a partir da análise das possíveis alternativas à decisão, através dos dois primeiros testes

---

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 118.

<sup>14</sup> SUNSTEIN, Cass. ¿Debe el formalismo ser defendido empíricamente?. **Ius et veritas**, n. 28, p. 276-297, 2004. Tradução: RINCÓN, Johanna Holz. Título original: Must Formalism can be Defendef Empirically?. Disponível em: < <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16059/16482>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 276.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 117.

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. - 17 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2016. p. 104. Ávila ainda explica que “(...) com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisioionismo (...)”. idem. p. 116.

da regra da proporcionalidade de Robert Alexy (adequação e necessidade<sup>17</sup>), deixando de fora o teste da proporcionalidade em sentido estrito; este último teste foi intencionalmente descartado?

Podemos interpretar os enunciado do artigo 20 no seguinte sentido: ao se deparar com uma decisão administrativa cujo fundamento de validade seja uma legislação ambígua<sup>18</sup>, no processo de compreensão-interpretação-aplicação da norma ao caso concreto (*applicatio*), os juízes terão de analisar se a decisão da agência é uma resposta constitucionalmente adequada a partir dos princípios constitucionais que instituem as regras sob exame; em razão da decisão judicial ser baseada em princípios, o juiz deve considerar se as *consequências* da decisão atendem aos fins constitucionalmente assegurados (teste da adequação)<sup>19</sup>, e, sucessivamente, se há alternativa que atinja de maneira menos gravosa os direitos dos cidadãos envolvidos (teste da necessidade).<sup>20</sup>

Para ilustrar a dificuldade de introdução de elementos externos ao Direito no raciocínio jurídico, há uma inovação no futebol que exemplifica bem a polêmica: o “VAR”, sigla em inglês que significa “video assistant referee” (em uma tradução livre, “árbitro assistente de vídeo”). Como funciona esta novidade? Um “time” de árbitros fica responsável pela análise do *replay* dos lances de gol controversos, e pela sinalização ao árbitro de campo da necessidade de verificação do vídeo, quando entenderem que a interpretação da jogada dada pelo árbitro de campo foi um “*erro incontestável*”. Poucos irão discordar que a tecnologia

---

<sup>17</sup> Uma outra impropriedade técnica do legislador foi prever primeiro a sub-regra da necessidade e depois a da adequação, pois a regra da proporcionalidade (*lato sensu*) exige que a adequação seja analisada em primeiro lugar (trata-se de uma análise escalonada, cuja ordem tem de ser observada). Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva explica que “a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 10 mai 2016. p. 35.

<sup>18</sup> No caso de revisão de regulação, além da ambiguidade na legislação, o tribunal terá de verificar se houve participação popular no procedimento de elaboração, para que possa atuar de maneira deferente. Como estabelecido na “fase zero” (*Step Zero*) do teste *Chevron*, analisada adiante.

<sup>19</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo – Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 110/122.

<sup>20</sup> No caso da decisão judicial declarar a invalidade da decisão administrativa, por considerá-la uma resposta constitucionalmente inadequada, os juízes, conforme o art. 21, igualmente deverão demonstrar as consequências jurídicas e administrativas das suas decisões.

pode ser de grande ajuda para os “intérpretes do futebol” na tomada de decisão, pois fornece informações importantes sobre os lances difíceis que o árbitro não dispunha; assim como a análise das consequências, através, por exemplo, dos conceitos e métodos da Ciência Econômica, pode auxiliar os intérpretes do direito na análise dos casos jurídicos que tenham repercussões econômicas.

Acontece que a utilização do VAR já alterou o resultado final de diversas partidas na Copa do Mundo na Rússia de 2018, e, na primeira partida da seleção brasileira (Brasil x Suíça), dois lances bastante discutíveis causaram revolta no narrador Galvão Bueno, e no comentarista Arnaldo Cezar Coelho, em razão da ausência de verificação do vídeo pelo árbitro de campo.

Um comentário inusitado feito pelo comentarista de arbitragem, primeiro árbitro não-europeu a apitar uma final de copa do mundo (Itália x Alemanha em 1982), merece destaque. Arnaldo insinuou que a não utilização do VAR para ajudar o Brasil ocorreu em razão de a arbitragem brasileira estar abandonada na FIFA, sem influência. O comentário de Arnaldo vai de encontro ao seu próprio bordão “a regra é clara”, dando a entender que a arbitragem no futebol interpreta as regras do jogo a partir de fundamentos escusos.

Porém, este tipo de “influência” também assola a imparcialidade das decisões judiciais, como constata Cass Sunstein (Universidade de Harvard) e Thomas J. Miles (Universidade de Chicago). A partir de pesquisa empírica, os autores indetificam que as convicções políticas dos juízes da Suprema Corte estadunidense influenciam nas suas decisões sobre as interpretações legislativas realizadas pelas agências reguladoras<sup>21</sup>. Esta subjetividade decorre da crença de que é impossível haver neutralidade na aplicação da lei; senso comum que atravessa gerações desde o surgimento da metafísica moderna (filosofia da consciência).

Questionou-se a legitimidade do VAR, pois não se sabe quando o instrumento será utilizado. Trata-se de uma discricionariedade dos árbitros de vídeo, ou deve ser utilizado

---

<sup>21</sup> “Notwithstanding Chevron, the political conviction of federal judges are continuing to play a large role in judicial review of Agency interpretation of law.” MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass. Do judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron. Forthcoming (not finalized version) in *The University of Chicago Law Review*, v. 73, Summer 2006.

sempre que houver um erro incontestável de interpretação do árbitro de campo? Mas o que seria um “erro incontestável”? Se o árbitro assistente de vídeo identificar o erro incontestável e comunicá-lo ao árbitro de campo, este poderá se recusar a analisar o vídeo? Ao analisar o vídeo, o árbitro de campo tem discricionariedade para persistir no “erro incontestável”? Muitos questionamentos também pairam sobre a previsão da análise das consequências pela LINDB, que, apesar de positivar a necessidade de consideração de argumentos consequencialistas, não esclarece a maneira como será feita a análise.

Ora, os magistrados deverão analisar as consequências das suas decisões apenas quando o fundamento das mesmas for baseado em “valores jurídicos abstratos”? Quais consequências devem ser analisadas, apenas as relacionados ao caso, ou também as sistêmicas? Eles poderão fazer um juízo de valor sobre as consequências? Em caso positivo, qual critério deve ser utilizado para avaliar as consequências identificadas? A pretensão desta monografia não é oferecer uma resposta final para tais questionamentos, e sim trazer mais luz sobre o tema da incorporação de argumentos consequencialistas no raciocínio jurídico, notadamente no controle judicial das decisões administrativas.

Entende-se, neste trabalho, que a Teoria da Decisão mais apta à restringir o subjetivismo dos intérpretes, isto é, a consideração de fundamentos escusos para a aplicação da lei, é a *Teoria Crítica Hermenêutica do Direito* (TCH) de Lenio Streck, que guiará o intérprete no processo unitário de compreensão-interpretação-aplicação da norma ao caso concreto (*applicatio*). Entretanto, por se tratar de análise do controle judicial das decisões administrativas, campo em que os juízes tem de analisar o raciocínio prospectivo e, muitas vezes, de cunho econômico-financeiro empregado pelas agências, bem como em razão dos recém editados artigos 20 e 21 da LINDB<sup>22</sup>, introduzidos pela Lei 13.655/2018<sup>23</sup>, será proposta uma compatibilização da Teoria da Decisão de Streck com o *modelo cauteloso de*

---

<sup>22</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Site do Planalto**. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De14657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De14657.htm)>. Acesso em: 14 jun 2018.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei Ordinária n. 13.655, de 25 de abril de 2018. **Site do Planalto**. Brasília, 25 de abril de 2018. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 20 maio 2018.

*Pragmatismo Jurídico* de José Vicente Santos de Mendonça<sup>24</sup>, de maneira que as consequências da revisão judicial das decisões administrativas possam ser levadas em consideração no processo de *applicatio*.

Como tudo que é novo<sup>25</sup>, de um lado temos euforia e encantamento, e, do outro, desconfiança e duras críticas. Os autores mais conservadores costumam dizer que importamos muitas teorias sem as devidas reflexões e adaptações à nossa realidade. No entanto, as questões que causam angústia no mundo do Direito, não fazem distinção entre *common* e *civil law*. Os elementos externos que os intérpretes do direito utilizam para aplicar a lei ao caso concreto são, tanto aqui como em outros países, igualmente motivo de discussão (nos EUA, a discussão se dá entre os formalistas, de um lado, e os funcionalistas/realistas, do outro lado). É preciso desconstruir o mito de que é atribuída pouca relevância à lei nos países da tradição *common law*; esta ideia nada mais é do que um senso comum que não corresponde à realidade. Assim, defende-se aqui a ideia de que é possível levar o texto a sério (“formalismo”) e considerar as consequências da decisão (“consequencialismo”).

---

<sup>24</sup> O Pragmatismo Jurídico é uma Teoria da Decisão que incorpora a análise das consequências das decisões no processo de interpretação-aplicação das normas ao caso concreto. Uma das três características da matriz pragmatista é o consequencialismo. Entende-se aqui ser plenamente possível a compatibilização da Teoria Crítica Hermenêutica com o modelo cauteloso de pragmatismo jurídico de José Vicente Santos de Mendonça.

<sup>25</sup> Refiro-me à introdução do consequencialismo pela LINDB.

## 1. COMPLEXIDADES QUE INFLIGEM O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

### 1.1. Deferência *genérica* ao “caráter técnico” e à “complexidade das questões regulatórias”: a necessária distinção entre avaliações técnicas puras e objetivas vs. avaliações técnicas complexas

Existem, dois tipos de avaliações realizadas pelas agências reguladoras: (i) as “avaliações técnicas puras e objetivas”, e (ii) as “avaliações técnicas complexas”. Estas “envolvem, além da *opinabilidade*, a ‘ponderação’ de interesses públicos conflitantes”<sup>26</sup>. O primeiro tipo de avaliação técnica (pura e objetiva) não envolve juízos morais/de valor<sup>27</sup>, muito menos questões jurídicas sensíveis, e sim meras questões relativas ao campo das ciências empíricas. Já o segundo tipo de avaliação técnica (complexa), mescla questões relativas ao campo das ciências empíricas com juízos morais/de valor, por haver uma escolha entre interesses públicos conflitantes.

Não obstante ser possível afirmar *a priori* que as avaliações técnicas puras e objetivas sofrerão um controle judicial deferente, e as avaliações técnicas complexas serão analisadas a partir de um controle judicial “não deferente”, a classificação das avaliações técnicas dependerá de um procedimento de determinação da intensidade do controle judicial das agências reguladoras. Tais *procedimentos* servem para definir qual será a intensidade adotada na revisão judicial das decisões administrativas (autorrestrita vs. interpretação direta da legislação). A preferência pelo modelo de intensidade *binário* (deferente e “não deferente”), será analisada no item 1.2 deste capítulo.

---

<sup>26</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. op. cit., p. 269/270.

<sup>27</sup> Ressalta-se que juízos morais não devem fazer parte do raciocínio jurídico. Direito e moral não são a mesma coisa, tampouco estão cindidos, como explica Lenio Streck: “Numa palavra, Direito e moral possuem esse ‘ponto de estofo’ (para usar uma expressão de Lacan) - que pode ser chamado de ‘cooriginariedade’, ‘complementariedade’ ou ‘razão hermenêutica-estruturante-que-impede-a-cisão-entre-o-Direito-e-a-moral’ - porque o Direito do Estado Democrático de Direito, sustentado nos princípios que traduzem o mundo prático, origina-se de um lugar que não (mais) ‘sobrevive’ como ‘território da convencionalidade jurídica’ sem compromisso com a faticidade e a historicidade. A moral não é (mais) uma instância paramétrico-corretiva, pela simples razão de que a fundamentação moral já está nesse ‘ponto de estofo’ referida ‘ao Direito gerado democraticamente’ e juridicamente institucionalizado. Expulsa pelo positivismo, ela retorna - agora como uma necessidade -, não mais como corretiva/autônoma, e, sim, traduzindo as insuficiências do Direito que o positivismo pretendia que fossem dar ‘conta do mundo’ a partir do ‘mundo das regras’. Efetivamente, é por ela que o Direito se abre ao déficit social representado pelo superado modelo liberal-individualista de Direito.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. - 6 ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 264.

Entende-se aqui que procedimento de determinação da intensidade de controle mais adequado para a nossa realidade seja o (i) *estabelecimento de fatores fixos e imutáveis* a serem analisados pelos tribunais, pois permite considerações contextualizadas com transparência, limitado espaço de subjetividade e eficiência. Porém, este procedimento só será de aplicabilidade viável se aliado à (ii) prescrição de regras claras para fundamentar a *solução dos conflitos* entre os fatores.

No direito canadense, por um curto período<sup>28</sup> (entre 1998 e 2008) houve o estabelecimento de fatores fixos imutáveis. O paradigma foi o caso *Pushpanathan*, onde foram estabelecidos os seguintes fatores do chamado “teste pragmático e funcional”:

(i) a presença de disposições específicas relativas à disponibilidade do controle na legislação relativa à autoridade sob controle; (ii) o propósito da legislação e da disposição legislativa específica; (iii) a expertise específica da autoridade administrativa em relação à questão sob controle, comparada com a expertise da corte controladora; (iv) a natureza da questão decidida pela autoridade administrativa.<sup>29</sup>

Para que não haja conflito entre os fatores *supra*, Jordão propõe uma estrutura escalonada de argumentação:

(...) *só se passa à segunda fase após superada a primeira*. Assim, por exemplo, poder-se-ia estabelecer uma primeira fase em que se verificasse a sensibilidade jurídica da decisão controlada. Nas hipóteses em que se tratasse de questões constitucionais ou relativas a direitos fundamentais, por exemplo, o problema estaria resolvido: caberia um controle não deferente. Não sendo este o caso, a análise continuaria.<sup>30</sup> (*Grifo acrescentado*)

A proposta de estrutura escalonada de Jordão, inspirada no teste trifásico da regra da proporcionalidade de Robert Alexy, é interessante: em primeiro lugar, um fator fixo receberia precedência, por exemplo, o fator “iv” (natureza da questão); se a questão for juridicamente

---

<sup>28</sup> O problema da utilização do procedimento baseado em fatores fixos se deu em razão da ausência de regras claras para a solução dos conflitos entre os fatores, e da constante discordância entre os juízes da Suprema Corte canadense a respeito do fator mais relevante. JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. op. cit., p. 463/467.

<sup>29</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. op. cit., p. 450.

<sup>30</sup> idem. p. 462.

sensível, o controle judicial deve ser “não deferente”; caso a questão não seja juridicamente sensível, passa-se à análise dos demais fatores fixos, como a existência de previsão legislativa específica sobre o modelo de controle a ser aplicado (fator fixo “i”), ou a verificação de ambiguidade no enunciado normativo da lei utilizada como fundamento de validade da decisão administrativa<sup>31</sup>.

Os tribunais devem entender que a ambiguidade ou ausência de lei significa que o legislador abnegou sua função normativa precípua em detrimento da especialidade técnica das agências (ou por qualquer outro motivo), portanto, o controle judicial a ser exercido deverá ser o deferente; esse diálogo institucional entre o Congresso e as Agências não diz respeito ao judiciário.

É preciso atentar que a escolha do modelo de intensidade (deferente ou não deferente) com base na *sensibilidade jurídica da questão*, também pode gerar um grau elevado de subjetivismo, justamente o que se procura evitar. Como exemplo, vide a proposta canadense, que estabelece como questões juridicamente sensíveis as (i) “questões jurídicas ‘**gerais**’, e as (ii) “questões jurídicas ‘**importantes para o sistema jurídico como um todo**’ e que constituam o **núcleo da administração da Justiça** (como a coisa julgada)”. Ora, as expressões em negrito podem abarcar qualquer coisa.

De modo à aprimorar a proposta canadense, e conferir maior objetividade ao procedimento de determinação da intensidade de controle judicial, podemos entender como questões jurídicas sensíveis aquelas que envolvem os *preceitos fundamentais*, quais sejam: os (i) princípios fundamentais, previstos no título I da Constituição brasileira de 1988; (ii) os direitos e garantias fundamentais, previstos no título II da Lei Maior (c/c art. 225, CRFB/88); (iii) os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, CRFB/88); (iv) os princípios que

---

<sup>31</sup> Como também ocorre no teste bifásico estabelecido pela Suprema Corte estadunidense no caso *Chevron*, que guia a determinação da intensidade do controle sobre interpretações legislativas pelas agências. No primeiro passo, se verifica se a legislação oferece uma resposta clara à questão. Se o legislador tiver promovido esta resposta clara, então o caso estará resolvido: basta aos tribunais aplicar esta solução, porque ela é a única solução cabível no caso concreto, como explica Eduardo Jordão. Já no segundo passo do teste *Chevron*, na hipótese em que a legislação for ambígua sobre determinada questão, os tribunais devem julgar se a solução adotada pela autoridade administrativa é *razoável*. JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. op. cit., p. 202/203.

regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, CRFB/88); (v) as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CRFB/88)<sup>32</sup>. E aqui entra a Teoria Crítica Hermenêutica de Lenio Streck, para auxiliar no processo de compreensão-interpretação-aplicação destas normas ao caso concreto (*applicatio*<sup>33</sup>), de modo a restringir a discricionariedade judicial. A teoria dos princípios de Lenio será bastante útil para a correta consideração dos preceitos fundamentais no controle judicial das decisões administrativas, como será demonstrado adiante.

Insta salientar que a atuação “não deferente” dos tribunais, nas hipóteses de *avaliações técnicas complexas* que envolvam *preceitos fundamentais*, não os autoriza a optar por qual interesse público conflitante deve ser o homenageado. O princípio da separação de poderes autoriza apenas que os tribunais determinem as medidas a serem adotadas para cessar a violação aos preceitos fundamentais, já o interesse público a ser homenageado é uma questão política, dificilmente classificada como certa ou errada do ponto de vista jurídico. Já a atuação não deferente no caso das *avaliações técnicas puras e objetivas* também não autoriza a substituição da decisão da agência sobre critérios técnicos e objetivos pela opinião de um perito do juízo.

A utilização do recurso aos peritos pelo Judiciário, uma alternativa já expressamente prevista na legislação brasileira<sup>34</sup>, é apontada por André Cyrino, Felipe de Melo Fonte e

---

<sup>32</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. - 8 ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.030.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 21/23.

<sup>34</sup> Vide o art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. BRASIL. Lei Ordinária n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Site do Planalto**. Brasília, 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 15 jun 2018.

Stephen Breyer<sup>35</sup> como uma solução ideal para que os tribunais possam rever as avaliações técnicas das agências. Este recurso poderá ser utilizado nos dois tipos de avaliações técnicas (tanto para as complexas como para as puras e objetivas), e serve “apenas para conceder subsídios técnicos que permitam ao próprio juiz examinar a avaliação técnica promovida pela administração”<sup>36</sup>.

Uma hipótese especial diz respeito às *políticas públicas regulatórias*. Estas, apesar de serem criadas normalmente por meio de avaliações técnicas complexas, pois envolvem escolhas entre interesses públicos conflitantes, devem ser analisadas a partir de outro procedimento de determinação da intensidade de controle. Como observam Vanice Lírio do Valle e André Cyrino dos Santos, ao analisarem o caso *Grotboom*, do Tribunal Constitucional da África do Sul, a questão do *prazo* concedido pelos tribunais para que as próprias agências possam rever suas atuações possui enorme relevância para as políticas públicas regulatórias<sup>37</sup>.

Segundo os referidos autores, nas hipóteses de controle judicial sobre políticas públicas, os tribunais devem exercer a chamada “*jurisdição supervisora*”, isto é, devolver às agências a tarefa de reconfiguração de suas políticas públicas, estabelecendo um dever de informação à

---

<sup>35</sup> CYRINO, André Rodrigues. Separação de Poderes, Regulação e Controle Judicial: por um *amicus curiae* regulatório. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 67-95, out./dez. 2007. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/43901759\\_Separacao\\_de\\_poderes\\_regulacao\\_e\\_controle\\_judicial\\_por\\_um\\_amicus\\_curiae\\_regulatorio](https://www.researchgate.net/publication/43901759_Separacao_de_poderes_regulacao_e_controle_judicial_por_um_amicus_curiae_regulatorio)>. Acesso em: 05 março 2017.; FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do poder judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, n. 18, p. 01-35, maio/jul. 2009. Disponível em: <[https://www.google.com/url?q=http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf&ust=1529013600000000&usg=AFQjCNFVd-YhtDLnn1j2jx9bO0mt3ZCH\\_w&hl=pt-BR](https://www.google.com/url?q=http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf&ust=1529013600000000&usg=AFQjCNFVd-YhtDLnn1j2jx9bO0mt3ZCH_w&hl=pt-BR)>. Acesso em: 11 dez. 2016.; e BREYER, Stephen. Razonamiento Económico y Revisión Judicial. **Estudios Públicos - Revista de Humanidades y Ciencias Sociales**, n. 109, 2008. Tradução: Pablo Fuenzalida. Título original: Economic Reasoning and Judicial Review. Disponível em: < <https://www.cepchile.cl/razonamiento-economico-y-revision-judicial/cep/2016-03-04/094455.html>>. Acesso em: 18 out 2017.

<sup>36</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. op. cit., p. 272.

<sup>37</sup> “Outra preocupação relevante diz respeito às nefastas consequências da eventual anulação de uma medida regulatória relevante ou sistêmica. Imagine-se, por exemplo, a anulação de um regulamento e as incertezas decorrentes de uma *vacatio* regulatória daí decorrente. Nos Estados Unidos os tribunais estabeleceram algumas possibilidades, como a adoção de regras temporárias (*interim rules*) ou o reenvio da questão à autoridade reguladora sem anulação da medida previamente adotada (*remand without vacation*).” JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. op. cit., p. 260.

Corte<sup>38,39</sup> “Quanto mais recente for a medida interventiva (da agência), menos intenso deverá ser o controle (do tribunal), porque maiores serão as dificuldades de que se verifiquem os êxitos e equívocos (da política pública regulatória)”<sup>40</sup>.

O novo procedimento canadense para a determinação da intensidade do controle judicial (adotado em 2008, a partir do caso *Dunsmuir*) é bastante interessante para as políticas públicas regulatórias, pois considerada a *razoabilidade* da decisão administrativa de forma *procedimental*, isto é, “uma decisão será razoável — e, portanto, deverá ser mantida — quando seja (i) ‘*justificada, transparente e inteligível*’, além de (ii) permissível no espaço de liberdade legislativa”<sup>41</sup>. O foco do controle de razoabilidade procedimental está na motivação e na verificação da abertura à participação popular<sup>42</sup> no processo decisório da agência.

Se o tribunal entender que a decisão da agência não foi *justificada, transparente e inteligível*, deverá remetê-la a nova apreciação pela própria agência (jurisdição supervisora), em um prazo razoável. Entende-se aqui que a suspensão deve ocorrer apenas em caso de *manifesto* perigo na demora ou risco ao resultado útil do processo<sup>43</sup>. Já a verificação do

---

<sup>38</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. - 2. ed. - rev. ampl. e atual. - Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 174/175; CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Regulatório**: elementos para uma interpretação constitucionalmente adequada da constituição econômica brasileira. - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 305/306.

<sup>39</sup> A necessidade de controle deve ser verificada a partir do procedimento de *razoabilidade procedimental*, desde que não seja uma questão que envolva sensibilidade jurídica.

<sup>40</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Regulatório**: elementos para uma interpretação constitucionalmente adequada da constituição econômica brasileira. op. cit., p. 305.

<sup>41</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. op. cit., p. 114.

<sup>42</sup> Assim como nos EUA. No caso *Mead*, a Suprema Corte americana reformulou o teste *Chevron*, acrescentando a “fase zero” (*Step Zero*), que estabelece o seguinte: “o teste bifásico de *Chevron* só seria aplicável nos casos em que se pudesse identificar uma delegação legislativa à administração de poderes de produção de normas com força de lei (*law-making power*)”. A circunstância mais relevante para que a delegação pudesse ser identificada é a previsão de procedimentos relativamente formais pelas agências, dos quais a participação popular costuma ser uma das características mais marcantes. JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. op. cit., p. 119 e 206.

<sup>43</sup> A suspensão da eficácia deve ser realizada apenas em caso de *manifesto* perigo na demora ou risco ao resultado útil do processo, pois, apesar de confirmar 83,6% das decisões das agências, a pesquisa empírica requerida pelo CNJ também constatou que há muitas decisões liminares que costumam trocar de sinais frequentemente, o que atrapalha a atuação eficiente das agências, e traz grande insegurança jurídica. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coordenadores). **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. op. cit., p. 148.

requisito da permissibilidade no espaço de liberdade legislativa passa a ser subsidiária, e só será feita pelo tribunal se a decisão administrativa for procedimentalmente razoável.

Ocorre que, no Brasil, as agências mais transparentes, que realizam sessões de julgamento públicas etc., sofrem mais com a revisão judicial, enquanto as menos transparentes costumam receber um controle judicial deferente. A pesquisa empírica requerida pelo CNJ constatou que a transparência nas decisões das agências resultam em uma atitude judicial “não deferente”, talvez porque (a transparência) propicie uma análise mais detida dos pontos relevantes<sup>44</sup>. O controle (deferente) de *razoabilidade procedimental* canadense pode ser uma possível solução para esta atitude dos tribunais brasileiros que acaba por desincentivar a transparência nas decisões das agências.

## 1.2. Por que devemos adotar um modelo de intensidade binário?

O sistema binário se restringe à dois modelos de intensidade de controle judicial: um modelo deferente e outro “não deferente”. Lembrando que deferência refere-se à atitude autorrestritiva dos Tribunais, e não ao resultado final da revisão.

Dentre as jurisdições analisadas por Jordão, a única que (possivelmente) adota um modelo de intensidade de controle complexo é a estadunidense, a depender da compreensão que se tem da equivalência entre as doutrinas *Skidmore* e *Chevron*. O Canadá, desde 2008, retornou para o modelo binário.

A experiência canadense exemplifica bem a questão. Em um primeiro momento, do julgamento do caso *CUPE* (1979), até o julgamento do caso *Southam* (1997), o sistema de controle judicial era composto por dois modelos de intensidade: o modelo não deferente de correção e o modelo ultrdeferente de irrazoabilidade manifesta.<sup>45</sup> Ocorre que estes dois modelos extremos causavam angústia nos julgadores, que desejavam um modelo

---

<sup>44</sup> MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coordenadores). **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. op. cit., p. 148.

<sup>45</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. op. cit., p. 548.

intermediário, porquanto muitas vezes eram obrigados a deferir decisões *provavelmente irrazoáveis* apenas porque esta irrazoabilidade não era manifesta.<sup>46</sup>

Passou-se então para o sistema trinário, criado no caso *Southam* (1997), onde se estabeleceu a criação de um modelo intermediário de razoabilidade. Tal sistema criou dificuldades nos tribunais para distinguir entre os modelos de razoabilidade, e intensificou a inconsistência teórica do modelo de manifesta irrazoabilidade, pois este possibilitava a manutenção de decisões administrativas apenas porque suas irrazoabilidades não eram tão acentuadas.<sup>47</sup>

Por fim, houve o retorno à binariedade, que se deu no caso *Dunsmuir* (2008), com um modelo deferente (chamado de “modelo de não correção”) e um “não deferente” (chamado de “modelo de razoabilidade”).<sup>48</sup> O Ministro LeBel da Suprema Corte canadense, citado por Jordão, afirma que: “embora os sistemas trinários de fato ofereçam maior adaptabilidade do controle judicial às particularidades e complexidades da administração pública, suas desvantagens superam suas vantagens”.<sup>49</sup>

Após a análise das quatro jurisdições (França, Itália, Canadá, EUA), Jordão conclui que a simplicidade do modelo binário reverte-se em segurança jurídica e previsibilidade. A pretensa reduzida adaptabilidade do sistema binário não se confirma em nenhum dos países, mas a melhor operacionalidade é evidente.

---

<sup>46</sup> *idem.* p. 549.

<sup>47</sup> *ibidem.*

<sup>48</sup> *ibidem.*

<sup>49</sup> *idem.* p. 552.

### 1.3. Sobre como a tradição jurídica influencia na atuação mais ou menos deferente dos tribunais frente às decisões administrativas

Apoiado no juiz Stephen Breyer da Suprema Corte dos EUA<sup>50</sup>, Jordão sugere que a tradição jurídica adotada tem bastante influência na escolha da intensidade do controle judicial das decisões administrativas. A constatação se dá em razão das Supremas Cortes estadunidense e canadense, países adeptos do realismo jurídico, possuírem uma atitude deferente no controle das decisões administrativas, enquanto que, na França e na Itália, países cuja tradição jurídica é formalista, o controle sobre as decisões administrativas possui um viés “não deferente”. Isso ocorre devido à crença dos realistas de que “as decisões jurídicas implicam uma quantidade relevante de escolhas morais e políticas, pelas quais seus realizadores devem responder”<sup>51</sup>, sempre considerando as capacidades institucionais dos órgãos decisórios.

Porém, para chegar à conclusão acima, Jordão pressupôs que as finalidades específicas que os juízes realistas (estadunidenses e canadenses) pretendem garantir são a legitimidade democrática e/ou a eficiência. Ousa-se, com a devida vênia, discordar de Jordão nesta relação que faz entre a tradição jurídica adotada e a atitude mais ou menos deferente dos tribunais, porque, se os realistas americanos quisessem garantir os direitos dos cidadãos, as cortes atuariam de forma “não deferente”. Portanto, o que importa é o aspecto a ser considerado substancial na questão sob revisão judicial, ou melhor, a escolha da finalidade específica da administração pública a ser tutelada pelos tribunais.

### 1.4. Características Institucionais (ir)relevantes?

Antes de qualquer coisa, é preciso definir sobre o que trata a *teoria das capacidades institucionais* ou a teoria da *análise institucional comparativa*. Ambas as teorias estão inseridas na vertente da Análise Econômica do Direito chamada de “*new institutional economics*”, que “procura estudar o papel das instituições e as suas influências no ambiente normativo”. Enquanto a Análise Institucional Comparativa foi idealizada por Neil Komesar

---

<sup>50</sup> idem. NR 167.

<sup>51</sup> idem. p. 633.

(1994), professor de direito constitucional da Universidade de Winsconsin (EUA), a Teoria das Capacidades Institucionais<sup>52</sup> foi desenvolvida pelos professores da Universidade de Harvard, Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002).

(...) 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.<sup>53</sup>

Rafael Costa explica que a teoria proposta por Komesar não tem uma imagem idealizada das instituições, como se funcionassem em conjunto e de modo racional. Para Komesar, as potencialidades e fraquezas de uma instituição, quando comparada às demais, variam segundo as *circunstâncias do caso concreto*. A originalidade da proposta de Komesar está no critério utilizado para determinar o desempenho de uma dada instituição comparativamente às demais, que nada mais é do que a *participação dos atores comuns* a todas as instituições no processo decisório das mesmas.<sup>54</sup>

O grau de participação será determinado pela interação entre os *benefícios* e os *custos da participação* (custos de organização e custos de informação)<sup>55</sup>. Quanto maiores os benefícios obtidos pelos atores comuns, ao menor custo de participação, maior será o grau de

---

<sup>52</sup> Cada instituição tem *capacidades funcionais*, relacionadas (i) ao arranjo dentro do qual operam, (ii) à finalidade para as quais foram concebidas e (iii) às capacidades cognitivas efetivas dos seus principais atores (por ex, juízes, para o Judiciário, e deputados e senadores, para o Legislativo federal), definidas, sobretudo, em função da sua formação. Além disso, cada instituição tem *capacidades materiais*, relacionadas ao (i) aparato técnico-administrativo que a integra e aos (ii) recursos disponíveis para efetivar transformações. As capacidades institucionais materiais se referem, assim, a elementos como a estrutura física, a quantidade e formação do corpo funcional de apoio (assessores, escreventes, técnicos etc.), o orçamento disponível e tudo o mais que diga respeito à estrutura administrativa da instituição. Por sua vez, as capacidades institucionais funcionais podem ser subdivididas em jurídicas e epistêmicas. No primeiro caso, a referência direta é ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição. No segundo caso, elas dizem respeito tanto às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento de informações desenvolvidos internamente. (Acréscitou-se) (Grifos nossos) ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 06-50, jan./jun. 2011. Disponível em: < [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 43.

<sup>53</sup> idem. p. 15.

<sup>54</sup> COSTA, Rafael de Oliveria. Entre o Direito, a Política e a Economia: (re)construindo a Análise Institucional Comparativa. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 75-90, 2014. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/280842926\\_ENTRE\\_O\\_DIREITO\\_A\\_POLITICA\\_E\\_A\\_ECONOMIA\\_RECONSTRUINDO\\_A\\_ANALISE\\_INSTITUCIONAL\\_COMPARATIVA](https://www.researchgate.net/publication/280842926_ENTRE_O_DIREITO_A_POLITICA_E_A_ECONOMIA_RECONSTRUINDO_A_ANALISE_INSTITUCIONAL_COMPARATIVA)>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 79.

<sup>55</sup> idem. p. 81.

participação da instituição “X”, conseqüentemente, mais apta esta estará para decidir a questão. Se (i) nenhuma outra instituição obtiver *grau de participação* maior ou igual, a instituição X decidirá, desde que a decisão esteja (ii) contida nos limites traçados pelo ordenamento jurídico para aquela instituição (ideia de competência)<sup>56</sup>. Observa-se, com este segundo requisito, a importância dada à legislação pela teoria da análise institucional comparativa, apesar do raciocínio empírico na verificação sobre qual a melhor instituição para decidir determinada questão, a lei não é utilizada como um mero instrumento para a realização dos fins almejados.

Rafael esclarece que os *custos de organização* (efetiva mobilização do grupo interessado em promover a mudança) serão maiores para interesses difusos, porque será mais difícil identificar aqueles que compartilham interesses e prevenir “*free riders*”<sup>57</sup>. Já os *custos de informação* aumentam conforme o grau de complexidade da matéria envolvida.<sup>58</sup>

A Teoria das Capacidades Institucionais (CIs), por sua vez, segundo Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, diferentemente da análise institucional comparativa (onde considera-se caso a caso as circunstâncias institucionais para a tomada de decisão), se ocupa com as decisões tomadas por instituições sobre como decidir os casos concretos e com os efeitos dessas “metadecisões” sobre o equilíbrio institucional. A pergunta correta, para a proposta de Sunstein e Vermeuele, é: “qual instituição deve resolver, daqui para frente, todos os casos desse tipo?; e não, “qual instituição deve resolver este caso?”.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> idem. p. 87.

<sup>57</sup> Em uma tradução livre, “*free riders*” significa “os caronas”, ou seja, aqueles que se aproveitam do sacrifício de outras pessoas para obterem as medidas que desejam das instituições, como os mal pagadores de tributos que fazem uso dos serviços públicos.

<sup>58</sup> COSTA, Rafael de Oliveria. Entre o Direito, a Política e a Economia: (re)construindo a Análise Institucional Comparativa. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 75-90, 2014. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/280842926\\_ENTRE\\_O\\_DIREITO\\_A\\_POLITICA\\_E\\_A\\_ECONOMIA\\_RECONSTRUINDO\\_A\\_ANALISE\\_INSTITUCIONAL\\_COMPARATIVA](https://www.researchgate.net/publication/280842926_ENTRE_O_DIREITO_A_POLITICA_E_A_ECONOMIA_RECONSTRUINDO_A_ANALISE_INSTITUCIONAL_COMPARATIVA)>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 87.

<sup>59</sup> LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016. Disponível em: < <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>>. Acesso em: 07 abril 2017. p. 198.

A Teoria das CIs possui, segundo eles, três premissas e uma estratégia básica de raciocínio:

(i) considerar que algum grau de especialização funcional em prol de fins constitucionais comuns é um pressuposto normativo da separação de poderes; (ii) considerar que toda tentativa, por qualquer instituição, de atingir esses fins comuns é potencialmente falível, estando sujeita a graus variados (mas nunca iguais a zero) de erros e incertezas; (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo. Diante dessas premissas, a estratégia básica de raciocínio de quem leva as “capacidades institucionais” a sério é a de que não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a “segunda melhor” solução<sup>60, 61</sup>

Os autores sintetizam o raciocínio do argumento das capacidades institucionais da seguinte forma:

(...) uma comparação empiricamente informada sobre os custos e benefícios de se alocar, no agregado, a prerrogativa de resolução de um determinado problema a uma determinada instituição dentre várias instituições possíveis.<sup>62</sup>

Por que tratar do argumento das capacidades institucionais? Porque é um argumento consequencialista, que analisa elementos externos ao direito de forma empírica, com o objetivo de reduzir custos de erro e de decisão.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> “(...) em que ponto, no agregado, os custos dos erros na aplicação de uma melhor teoria em tese se tornam tão altos a ponto de recomendar a adoção da “segunda-melhor” teoria disponível – a teoria que, ainda que não leve às melhores respostas para certos casos concretos, produzirá melhores resultados no agregado.” idem. p. 199.

<sup>61</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 06-50, jan./jun. 2011. Disponível em: < [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 11.

<sup>62</sup> LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016. Disponível em: < <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>>. Acesso em: 07 abril 2017. p. 198.

<sup>63</sup> “O argumento (das capacidades institucionais), neste ponto, mostra sua face claramente **consequencialista**: dadas duas possíveis estratégias de decisão que juízes podem empregar quando forem chamados a rever decisões de agências (por exemplo, mais deferência *versus* controle procedimental e substantivo mais intenso), a mais conveniente para aquele arranjo institucional é a estratégia que, ao longo do tempo, tende a **reduzir custos de erro e de decisão**. Como se nota, essa análise não diz respeito à solução de um caso concreto, mas de um *agregado de casos*. Essa é, com outras palavras, uma decisão sobre como decidir, ou uma típica decisão de segunda-ordem.” (*Acrescentou-se*) (*Grifos nossos*). idem. Nr 11.

Diante disso, passa-se agora para uma análise crítica de algumas características das instituições que costumam ser equivocadamente consideradas de maneira abstrata/intuitiva.

#### 1.4.1. Maior *pedigree democrático* das Agências Reguladoras

Costuma-se afirmar que os tribunais devem prestar deferências para as Agências Reguladoras em razão do maior *pedigree democrático* destas instituições; é a chamada “dificuldade contramajoritária” (*countermajoritarian difficulty*) dos tribunais<sup>64</sup>. O argumento leva em consideração o processo de ingresso na carreira, enquanto os juízes ingressam por meio de concurso público, sem qualquer participação popular, os integrantes das agências reguladoras são indicados por um representante eleito pelo povo.

O suposto maior *pedigree democrático* das agências reguladoras frente ao Poder Judiciário, que justificaria um controle judicial deferente para o Juiz Stephen Breyer da Suprema Corte estadunidense<sup>65</sup>, pode ser refutado com o fato de que as cortes asseguram que os comandos legislativos sejam observados pelas agências, e estas entidades possuem um *pedigree democrático* inferior ao do Congresso<sup>66</sup>. É claro que as cortes precisam levar a lei elaborada pelo Congresso à sério, aplicando-a ao caso concreto sem subjetivismos, para que sua atuação seja legitimada pelo maior *pedigree democrático* dos legisladores frente aos reguladores.

Os legisladores, assim como o presidente da república, possuem um dever maior de *accountability* (prestação de contas) em virtude da forma de acesso ao cargo, que se dá por meio de eleições diretas e periódicas, logo, não serão reeleitos se não assegurarem o interesse

---

<sup>64</sup> FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do poder judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, n. 18, p. 01-35, maio/jul. 2009. Disponível em: <[https://www.google.com/url?q=http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf&ust=152901360000000&usg=AFQjCNFVd-YhtDLnn1j2jx9bO0mt3ZCH\\_w&hl=pt-BR](https://www.google.com/url?q=http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf&ust=152901360000000&usg=AFQjCNFVd-YhtDLnn1j2jx9bO0mt3ZCH_w&hl=pt-BR)>. Acesso em: 11 dez. 2016. p. 13.

<sup>65</sup> ARGUELHES, Diego Wernecl; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 06-50, jan./jun. 2011. op. cit., NR 167.

<sup>66</sup> SUNSTEIN, Cass. On the costs and benefits of aggressive judicial review of Agency action. **Duke Law Journal**, v. 38, n. 3, p. 522-537, 1989. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol38/iss3/2/>>. Acesso em: 15 jan 2018. p. 522.

público da melhor forma possível, ao passo que os integrantes das agências ingressam por meio de indicação política, e possuem mandato fixo sem grandes chances de recondução ao cargo, conseqüentemente, um menor dever de *accountability*. Ocorre que, em algumas situações, o ônus político é muito grande para o presidente e os congressistas, por isso costumam abnegar certas questões ásperas para as agências, ou até mesmo para os tribunais.<sup>67</sup>

Mas e no caso de uma Medida Provisória, editada por um presidente eleito de forma indireta, que contraria uma regulação: a atuação dos Tribunais também estará legitimada pelo maior *pedigree democrático* da Medida Provisória frente à aplicação de uma consistente regulação pelos agentes reguladores? Da mesma forma, não é possível obter uma resposta exata a partir de uma análise abstrata, teríamos que analisar o conteúdo das normas. Casos como esse demonstram a necessidade de consideração das capacidades institucionais de forma empírica.

À vista disso, o argumento do maior *pedigree democrático* (abstratamente considerado) deve ser descartado, em razão da ideia de que a capacidade institucional tem de ser analisada empiricamente<sup>68</sup>. Como visto, defende-se neste trabalho que a finalidade específica do direito administrativo deve ser a proteção de direitos do cidadão, e não a legitimidade democrática, cabe, portanto, aos tribunais assegurarem a licitude das decisões administrativas.

#### *1.4.2. Maior capacidade material (suporte especializado) das agências*

As agências reguladoras foram criadas para a atividade de regulação/controle de setores específicos da sociedade, por isso detém maior suporte técnico especializado para auxiliar na decisão das questões relativas ao setor em que atuam. Esta aptidão advém da (i) maior adequação institucional, isto é, pessoal especializado etc.; da (ii) proximidade com o setor e a indústria regulada, o que reduz o problema da assimetria informacional; da (iii) atuação

---

<sup>67</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. op. cit., p. 106.

<sup>68</sup> No entanto, há que se considerar que “(...) a ‘concretude’ de uma análise naturalmente não é isenta de custos. Antes, quanto mais concreta e específica for uma análise institucional, maiores são seus custos e sua complexidade. Este fato explica e justifica, em alguns casos, a opção por análises mais ou menos genéricas. Esta opção é muitas vezes feita conscientemente: o grau de complexidade do modelo de controle judicial é reduzido para ampliar sua operacionalidade”. idem. p. 254.

cotidiana no setor, gerando familiaridade com os problemas; da (iv) informalidade, consequentemente, uma maior agilidade de atuação.

Eduardo Jordão, porém, pondera a necessidade de controle deferente em razão da especialização das agências sob dois vieses: um subjetivo e outro objetivo. No subjetivo, conclui o autor que as características institucionais abstratamente consideradas acima, podem impactar negativamente a imparcialidade e a lisura da atuação das agências, propiciando o favorecimento regulatório de alguns atores específicos (o chamado *risco de captura*). As indústrias (com seus interesses compactos e organizados) possuem menores custos de participação do que os consumidores (com seus interesses difusos) em disputas políticas, por exemplo. Destarte, as características tradicionais dos tribunais, como o (i) ingresso na carreira por meio de concurso público, (ii) a atuação genérica, (iv) a formalidade da atuação, contribuem para ampliar a imparcialidade/neutralidade (reduzido *risco de captura*).<sup>69</sup>

Já o viés objetivo refere-se à “visão de tunel” (*tunnel view*), isto é, a negligência de aspectos relevantes não afeitos ao raciocínio ordinário dos atores setorializados. Jordão fala em uma limitação cognitiva, destes atores (que integram as agências), ou propensão a encarar os problemas sempre sob a ótica de sua competência ou expertise; enquanto que os tribunais velam pela integridade do sistema jurídico. Nas palavras do autor:<sup>70</sup>

Do ponto de vista jurídico a “visão de túnel” é problemática, porque pode levar entidades especializadas a ignorar aspectos jurídicos impositivos na busca da realização e seus objetivos institucionais. É possível que este procedimento leve, por exemplo, a violações a normas ou direitos constitucionais. Nestes casos, a incidência do controle judicial pode ser auspiciosa: a generalidade dos tribunais (“especialistas em serem não especialistas” - na expressão de James Freedman) os faria particularmente adaptados para velar pela integridade do sistema jurídico, eventualmente comprometida por atores setorializados.

À vista disso, resta demonstrado que características institucionais não significam uma maior capacidade institucional se consideradas de maneira abstrata.

---

<sup>69</sup> idem. p. 231/232.

<sup>70</sup> idem. p. 234.

### 1.4.3. Controle Judicial e o reforço da legitimidade e eficiência administrativa

Como visto acima, “a aplicação de um controle judicial não deferente também nas hipóteses de questões técnicas ou políticas se justifica *intuitivamente* como forma de reforçar a proteção a direitos individuais ou valores jurídicos como a lisura e a isonomia da ação administrativa<sup>71</sup>”. Mas há justificativas contraintuitivas para o controle judicial que costumam ser renegadas.

Em razão da independência<sup>72</sup> das agências reguladoras frente à administração central, o controle político sobre as entidades reguladoras fica prejudicado, o que causa um “déficit de legitimidade” nas decisões das agências<sup>73</sup>. Diante disso, Jordão afirma que o controle judicial pode contribuir para compensar a baixa responsividade política e ampliar a transparência das decisões das agências.<sup>74</sup> Ou seja, os tribunais atuariam, na palavras de Jordão, como “superagências reguladoras”. Segundo o autor, as cortes poderiam auxiliar na redução dos problemas de inter-regulação e na otimização da coordenação entre os esforços regulatórios policêntricos; papel este desempenhado, nos Estados Unidos, por uma autoridade administrativa denominada OIRA (*Office of Information and Regulatory Affairs*).<sup>75</sup>

Criado em 1981, o gabinete da casa branca para informação e assuntos regulatórios (OIRA), analisa a conformidade das regulações através do teste de custo-benefício<sup>76</sup>. Susan Rose-Ackerman explica que as revisões efetuadas pelo referido gabinete são alvo de discussão: alguns entendem que o OIRA promove o uso de um raciocínio científico-social

---

<sup>71</sup> *idem.* p. 241.

<sup>72</sup> “(...) possuem autonomia organizacional (as autoridades não estão submetidas à ingerência de um ministério) e financeira (seu orçamento não está vinculado ao da administração central). (...) seus membros possuem mandato fixo (não demissíveis ad nutum, à conveniência das forças políticas contextuais) e escalonado (evitando que a cada nova administração mudem todos os membros e sua orientação ideológica).” *idem.* 242.

<sup>73</sup> “As autoridades reguladoras são pouco sensíveis aos anseios da população, que não possui mecanismos eficientes para sancioná-las (por exemplo, via destituição) na hipótese de sua atuação desagradar”. *ibidem.*

<sup>74</sup> *ibidem.*

<sup>75</sup> *idem.* p. 247.

<sup>76</sup> Susan Rose-Ackerman traz importantes reflexões sobre a hegemonia da análise de custo-benefício, que serão apresentadas no “item 1.6”.

sólido; outros o vêem como uma fachada para os interesses comerciais e um triunfo do raciocínio econômico insensível e impiedoso.<sup>77</sup> Assim, é possível afirmar que, nos EUA, as agências sofrem um maior controle político, o que não ocorre no Brasil.

Por todo o exposto, algumas possibilidades de inovação para o aprimoramento do controle da regulação pelo Judiciário são apresentadas por Jordão, como:

1) *A agilização do controle*: por meio da criação de (i) *ritos judiciais diferenciados para causas que possuam maior sensibilidade temporal*<sup>78</sup> (por exemplo, redução dos prazos processuais pela metade, com exceção do prazo para propositura da ação); a previsão de (ii) *saltos de graus jurisdicionais*, estabelecendo-se uma corte competente para conhecer em primeira e última instância<sup>79</sup> as questões regulatórias;<sup>80</sup>

2) *A adaptação do controle substancial às peculiaridades da regulação*: o (i) salto de graus jurisdicionais como uma medida para *eliminar os riscos de “fragmentação geográfica”* da política regulatória, e levar a solução dos conflitos regulatórios a uma

---

<sup>77</sup> “These policy reviews are controversial: Some claim that OIRA promotes the use of sound social-scientific reasoning; others see it as a front for business interests and a triumph of cold and heartless economic reasoning.” ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting Cost-Benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. **University of Miami Law Review**, Winter 2011; Yale Law & Economics Research Paper No. 417, November 15 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1709572>>. Acesso em: 28 maio 2018. p. 02.

<sup>78</sup> A pesquisa desenvolvida a pedido do CNJ constatou que a estimativa mínima para a conclusão da revisão judicial das decisões das agências é de 4 anos. No Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o tempo costuma ser de 54 meses, quando deveria ser de no máximo 1 ano, segundo os pesquisadores. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coordenadores). **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014. p. 82 e 148.

<sup>79</sup> Além de a intervenção judicial causar delongas, o comprometimento da eficácia das medidas regulatórias é afetado pela constante concessão de liminares, que frequentemente mudam de sinais a medida que são reexaminadas pelos diferentes graus de jurisdição. Tal problema poderia ser resolvido com a atribuição de competência originária à uma Corte Superior, como o STJ.

<sup>80</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. op. cit., p. 255-257.

*formação colegiada*<sup>81</sup>; o (ii) uso pelos tribunais de técnicas, instrumentos e mecanismos típicos do regulador, como a admissibilidade de participação dos *amicis curiae* (amigos da corte), o recurso a um perito do juízo, a especialização<sup>82</sup> de câmaras/turmas etc.<sup>83</sup>

#### 1.4.4. Problemas de Operacionalização do Argumento das Capacidades Institucionais

Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal apresentam dois problemas de operacionalização do argumento das capacidades institucionais, que eles chamam de: “o problema da *informação*” e “o problema da *observância*”.<sup>84</sup> O primeiro está relacionados aos “*inputs* empíricos” que o argumento das capacidades institucionais exige. E o segundo problema “aponta para um possível caráter excessivamente exigente de toda a estrutura do argumento, no momento em que se considera que ele precisa ser manipulado por tomadores *reais* de decisão”.<sup>85</sup>

O problema da *informação* ocorre em razão do (i) “institucionalismo das intuições”, e do (ii) “institucionalismo assimétrico”. Ao passo que o “institucionalismo das intuições” significa que o argumento das capacidades institucionais (que exige comparações empiricamente informadas) fica prejudicado diante das comparações entre as instituições com base em *intuições*, o “institucionalismo assimétrico” causa prejuízos ao argumento sob exame

---

<sup>81</sup> “Esta circunstância (análise colegiada) gera duas consequências positivas. De um lado, reduz problemas decorrentes da complexidade da matéria. Naturalmente, é de se esperar que a dinâmica e a cooperação coletiva tenderiam a minimizar limitações cognitivas individuais. De outro lado, abrandam-se os riscos de imposição de vieses ideológicos ou idiossincráticos dos magistrados. Diversos estudos empíricos demonstram que a saliência de vieses pessoais é significativamente reduzida em dinâmicas decisórias coletivas. A presença de magistrados de diferentes inclinações ideológicas tenderia a produzir um efeito neutralizador, que alguns autores americanos denominam *whistleblowing effect*. Na medida em que se entenda que a regulação possui um componente político e que o poder decisório a ele relativo não deveria ser transferido ao Poder Judiciário, trata-se de consequência auspiciosa.” *idem*. p. 259.

<sup>82</sup> A especialização é limitada em razão de os tribunais poderem se pronunciar apenas sobre uma fração das questões regulatórias, pois estão limitados às questões trazidas por alguma parte. Além disso, a especialização traria alguns problemas, como o *tunnel view*, e o aumento dos riscos de captura. *idem*. 267/268.

<sup>83</sup> *idem*. p. 259-262.

<sup>84</sup> LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016. Disponível em: < <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>>. Acesso em: 07 abril 2017. p. 196.

<sup>85</sup> *ibidem*.

em virtudes da utilização de elementos empíricos na análise de apenas uma das instituições comparadas, enquanto a outra é idealizada.

Já o problema da *observância* leva em consideração as limitações cognitivas e os vieses dos tomadores reais de decisão na obtenção e capacidade de processamento de informações; estas informações podem não estar disponíveis a um custo viável, nem ser processáveis por indivíduos reais.<sup>86</sup>

(...) obter informações suficientes e confiáveis sobre como o mundo funciona e como as pessoas se comportam em diferentes cenários, elaborar prognoses, identificar as possíveis consequências de cada alternativa de decisão disponível para o caso e ainda ordenar essas consequências costuma ser custoso. (...) Além disso, como o futuro é incerto<sup>87</sup>, nada impede que todo esse “cálculo” prévio possa levar a resultados insatisfatórios que só serão plenamente conhecidos após a tomada de decisão.<sup>88</sup>

Diante disso, os referidos autores concluem que se ater às regras<sup>89</sup> (padrões que determinam as estratégias decisórias ou privilegiam o recurso a um método de interpretação) pode ser algo justificável pelas consequências positivas que estas promovem (“mais certeza, estabilidade e eficiência”).<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> idem. p. 206.

<sup>87</sup> “(...) por mais que o tomador de decisão utilizando o argumento das CIs *agora* calcule os benefícios de consequências da adoção *geral* de uma postura decisória no futuro, é improvável que essa postura decisória vá de fato ser adotada em casos futuros – não apenas por outros juízes, mas pelo próprio juiz que agora procura manejar o argumento de CIs.” idem. p. 208.

<sup>88</sup> ibidem.

<sup>89</sup> “Mas, em alguns casos, o enfrentamento do problema é inevitável e instituições potencialmente competentes para aplicar regras nessas situações podem simplesmente ser mais deferentes às capacidades decisórias de outra instituição. Isso, para Schauer, não é incompatível com um modelo de regras. Ao contrário, “[a]n agent who says, ‘This is not my job’, is not necessarily abdicating responsibility. One form of taking responsibility consists in taking the responsibility for leaving certain responsibilities to others” (p. 162). A perspectiva de Schauer sobre a aplicação de regras é, nesse cenário, decisivamente inspiradora para uma teoria das capacidades institucionais, uma vez que ela rejeita de antemão visões simplificadas e deterministas sobre “quem deve decidir o que” em um determinado sistema jurídico. Para Schauer, ao contrário, o fato de regras serem ferramentas de desenho institucional fundamentais para a alocação de poder não implica uma distribuição definitiva de competências que garante a uma instituição (no caso, o Judiciário) o monopólio de aplicar regras ou decidir o sentido de suas disposições. ARGUELHES, Diego Wernecl; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 06-50, jan./jun. 2011. op. cit., p. 10 (Nr 5).

<sup>90</sup> idem. p. 206/207.

## 2. TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

As teorias dialógicas se utilizam principalmente das análises institucionais comparativas e das teorias da ciência política (como a *Public Choice*<sup>91</sup>), partindo da premissa fundamental de que todos os agentes e instituições públicas são falíveis, e que um modelo de freios e contra-pesos é o mais adequado para a construção do sentido futuro da Constituição. Estas teorias buscam enfatizar os mecanismos de controle recíproco entre os “poderes”, conduzindo os processos de interpretação constitucional a resultados sempre provisórios.

Em síntese, acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contra-pesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. Ademais, tal modelo de “circularidade procedimental” (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos “poderes” contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que — especialmente quando estiverem em jogo questões complexas — tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica.<sup>92</sup>

Segundo Rodrigo Brandão, podem ser identificadas duas tendências principais sobre a teoria dos diálogos institucionais:

(...) uma primeira linha consiste em teorias empíricas que sustentam que a prática da interação entre os “poderes”, e entre eles e a opinião pública, revela que o Judiciário não tem, de fato, a última palavra sobre a interpretação constitucional. Uma segunda perspectiva consiste em teorias normativas segundo as quais o Judiciário não deve ter a última palavra sobre a interpretação constitucional, sob pena de haver grave lesão à democracia, à separação dos poderes e a uma análise realistas das capacidades institucionais.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Também chamada de *ciência política positiva* ou *economia-política*, a *Public Choice* possui grande relevância para a Análise Econômica Progressista do Direito de Susan Rose-Ackerman. OYARZÚN, Santiago Montt. Law and Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos. **Revista Derecho y Humanidades**, n. 10, p. 71-85, 2004. Disponível em: < <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17019/17742>>. Acesso em: 26 jul 2017. p. 81.

<sup>92</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 356/357.

<sup>93</sup> idem. p. 276.

Há ainda uma terceira abordagem, que “consiste no estudo de como as decisões judiciais devem ser delineadas de forma a propiciar um diálogo institucional sobre o sentido da Constituição que apresente as virtudes epistêmicas da teoria da democracia deliberativa”.<sup>94</sup>

Destarte, as Teorias Dialógicas vão de encontro às teorias da Supremacia (judicial<sup>95</sup> ou legislativa), a partir da constatação de que “nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, nem decisões de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias”<sup>96</sup>. A primeira constatação, qual seja, a de que a lei não representa necessariamente a vontade da maioria, advém de um ramo mais abstrato da vertente *Public Choice*, chamado de *Social Choice*. Esta linha de investigação se iniciou com o trabalho de Kenneth Arrow, Nobel de Economia, que, com o seu “teorema da impossibilidade”<sup>97</sup>, constatou a inviabilidade de se obter preferências coletivas por meio da agregação de preferências individuais<sup>98</sup>. Ou seja, “mesmo que os parlamentares representem adequadamente os seus eleitores, as leis não refletirão, de forma segura, a vontade majoritária”<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> *ibidem*. nr 750.

<sup>95</sup> “(...) as acepções do conceito de supremacia judicial: em sentido formal, significa que decisão constitucional da Suprema Corte somente pode ser revertida por emenda constitucional; em sentido material, consiste na enorme dificuldade prática de reversão da interpretação judicial da Constituição, representando, no mais das vezes, a sua definitividade; em sentido amplo, significa uma hiperconstitucionalização e uma hiperjudicialização, em que a maioria dos conflitos políticos se reconduz a controvérsias constitucionais, em cujo deslinde o Judiciário desempenha o papel de protagonista.” *idem*. p. 323.

<sup>96</sup> *idem*. p. 255.

<sup>97</sup> “O teorema de Arrow demonstra que, salvo situações muito excepcionais, não há maneira de se agregar preferências individuais de mais de três pessoas (ou grupos) quando se disputam três ou mais alternativas, de modo que se satisfaça as seguintes premissas fundamentais (que constituem o mínimo de requisitos que, se cumpridos, fariam da agregação um produto razoável): a) *transitividade*: se A é preferido à B, e B sobre C, então A é preferido sobre C; b) *unanimidade*: A deve ser preferido sobre B quando todos os sujeitos preferirem A sobre B; c) *independência de alternativas irrelevantes*: a eleição entre A e B não é afetada pela introdução de uma terceira alternativa; d) *não-ditadura (ou anti-ditadura)*: nenhum indivíduo pode ter um poder que lhe permita impor suas preferências sobre as dos demais.” (*tradução livre*) OYARZÚN, Santiago Montt. *Law and Economics: ?Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos. Revista Derecho y Humanidades*, n. 10, p. 71-85, 2004. *op. cit.*, p. 81 (nr 32).

<sup>98</sup> *ibidem*.

<sup>99</sup> “(...) as leis podem ser menos resultado da vontade de uma clara e monolítica maioria, e mais decorrência de questões internas ao processo legislativo (poder de agenda, atribuições de líderes partidários, arguição de questões de ordem etc.)” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. *op. cit.*, p. 252.

O “paradoxo de Condorcet”, como evidencia Santiago Montt, ilustra bem o teorema de Arrow:

Pedro prefere el proyecto A, luego el B, luego el C (en ese orden); Juan prefere el proyecto B, luego el C, luego el A; Diego prefere el proyecto C, luego el A, luego el B. Si se vota A contra B, gana A (Pedro y Diego prefieren A sobre B); si se vota B contra C, gana B (Pedro e Juan prefieren B sobre C); pero — he aquí la circularidad — si se vota A contra C, gana C (Juan y Diego prefieren C sobre A), debiendo hacer ganado A por transitividad (A le gana a B y B le gana a C). De manera que el resultado de la elección colectiva dependerá del procedimiento que los individuos de nuestro ejemplo usen para determinar el orden de las votaciones. En otras palabras, como cualquiera alternativa puede ganar, todo depende del orden que se establezca y cuándo se determine dar fin al proceso. En términos muy generales, los seguidores del Public Choice reaccionan de dos maneras frente a este atributo de los procesos de decisión colectiva: a) de una manera cínica, al dar cuenta de que quines manejan los procedimientos (agenda setters) determinan los resultados; b) de una manera agnóstica, al sugerir que cualquiera cosa puede ser el resultado de un procedimiento colectivo.<sup>100</sup>

Além disso, a *Public Choice* parte da premissa de que as eleições não relevam ao candidato eleito as diferenças nas intensidades entre as preferências dos seus eleitores, um déficit de informação que, segundo Brandão, é preenchido pelas “formas mais diretas e custosas de comunicação política, como os *lobbies* e as contribuições de campanha”. À vista disso, Brandão ressalta que a associação pura e simples entre lei e vontade da maioria não deve ocorrer, porque é factível que interesses compactos de minorias bem articuladas prevaleçam sobre interesses difusos de maiorias mal articuladas.<sup>101</sup>

Já a segunda constatação (decisões de inconstitucionalidade não são necessariamente contramajoritárias), é proveniente de pesquisas empíricas que revelam uma forte tendência de alinhamento da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais à opinião pública. Acredita-se que as cortes possuem uma “cota de decisões contramajoritárias”, e, diante da possibilidade de ataques institucionais<sup>102</sup> e reações públicas (*public backlash*) àquelas decisões, os Tribunais Constitucionais procuram atuar estrategicamente, deixando de fixar o sentido da

---

<sup>100</sup> OYARZÚN, Santiago Montt. Law and Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derrubando dos mitos falsos. *Revista Derecho y Humanidades*, n. 10, p. 71-85, 2004. op. cit., p. 81 (nr 33).

<sup>101</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. op. cit., p. 252.

<sup>102</sup> Por exemplo: “o controle do Parlamento sobre o orçamento do Judiciário e os salários dos juizes, o processo de nomeação dos juizes da Suprema Corte, a não implementação das decisões judiciais” etc. A superação legislativa (*legislative override*) não é considerada um ataque, e sim um legítimo diálogo institucional. idem. p. 402.

Constituição nas questões controversas de grande saliência política, ou, o que é ainda pior, fixando-o em conformidade com a opinião pública<sup>103,104</sup>

Acontece que o apoio popular é de grande importância para o Judiciário, uma vez que eleva o custo político dos ataques institucionais, e aumenta o estoque de decisões contramajoritárias (o que confere “maior possibilidade prática de proteger minorias estigmatizadas no processo político majoritário, ou até mesmo maiorias mal articuladas). Segundo Robert Cooter (Universidade de Berkeley) e Tom Ginsburg (Universidade de Chicago), as Corte irão se aventurar mais na interpretação das leis conforme a probabilidade de superação legislativa das suas decisões diminui<sup>105</sup>.

Outra constatação bastante interessante identifica algumas condições para a expansão do Judiciário:

1) Políticas: a adoção da democracia acarreta num (i) *fracionamento* e (ii) *alternância*<sup>106</sup> *de poder*, o que pode gerar dificuldades para as reações às decisões judiciais, em razão da maior dificuldade para a formação de uma coalizção governamental durável<sup>107</sup>; outro fator político que influencia na expansão do judiciário é o número de (iii) *pontos de veto*, isto é, atores que podem dificultar o processo legislativo.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> Como ocorreu no julgamento sobre a possibilidade do início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado (execução provisória da pena).

<sup>104</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. op. cit., p. 402.

<sup>105</sup> COOTER, Robert; GINSBURG, Tom. Comparative Judicial Discretion: An Empirical Test of Economic Models. **International Review of Law and Economics**: Vol. 16, No. 3, p. 295-313, 1996. Disponível em: <[https://works.bepress.com/robert\\_cooter/28/](https://works.bepress.com/robert_cooter/28/)>. Acesso em: 31 out. 2017. p. 295.

<sup>106</sup> A característica democrática da alternância no poder traz consigo um risco constante de derrota eleitoral, o que estimula a “constitucionalização de matérias, para evitar que o grupo vencedor possa, por maioria simples, alterar completamente a ordem jurídica”. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. op. cit., p. 396.

<sup>107</sup> “The need for legislative bargaining to enact legislation may give courts more space to interpret statutes.” COOTER, Robert; GINSBURG, Tom. op. cit., p. 296

<sup>108</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. op. cit., p. 396.

No mesmo sentido, a interessante pesquisa empírica realizada por Cooter e Ginsburg, verificou que a discricionariedade judicial é baixa nos países em que há (i) poucos pontos de veto e uma (ii) significativa duração da coalização no poder, como ocorre no Japão e no Reino Unido. Já em países como o Brasil, com muitos pontos de veto (Sistema Bicameral e Presidencialista) e uma constante alternância de poder, a discricionariedade judicial é alta.<sup>109</sup>

Os autores explicam que os países com uma maior “resistência legislativa” (dificuldade no processo legislativo causada pelos entraves apresentados acima) são mais propensos à judicialização das questões de políticas públicas, mas, por outro lado, também há uma maior propensão à edição de leis mais detalhadas, como uma forma de constranger a alta discricionariedade judicial. Concluem que a judicialização e a consequente edição de legislação mais extensa e detalhada ocorrerá principalmente naqueles campos em que o governo não está confiante na sua habilidade de controle informal das cortes e das agências.<sup>110</sup>

Além das condições relacionadas à democracia, Brandão também inclui a Separação de Poderes e o Federalismo como importantes condições políticas para a judicialização, porque promovem forte fragmentação do poder político, criando problemas de coordenação que o Judiciário é chamado a resolver.<sup>111</sup>

## 2) Institucionais: Brandão sublinha as que seguem na transcrição abaixo:

(...) a existência e a eficácia reforçada de um catálogo de direitos; quanto ao controle de constitucionalidade: a amplitude do acesso e a extensão do rol de atos passíveis de impugnação e dos efeitos da decisão; a abrangência e o relevo político das competências da Suprema Corte; a investidura e a nomeação dos seus membros; a constitucionalização abrangente etc.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> COOTER, Robert; GINSBURG, Tom. Comparative Judicial Discretion: An Empirical Test of Economic Models. *International Review of Law and Economics*: Vol. 16, No. 3, p. 295-313, 1996. op. cit., p. 299.

<sup>110</sup> idem. p. 305.

<sup>111</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. op. cit., p. 396.

<sup>112</sup> ibidem.

3) Interpretativas: Brandão destaca o modo como se dá a aplicação dos princípios jurídicos (“como o afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado”).<sup>113</sup>

Se faz necessário apresentar ainda uma parte da crítica feita por Fernando Leal à T. dos Diálogos Institucionais; fala-se apenas em “parte da crítica” porque a mesma foi direcionada ao desenvolvimento de diálogos nos termos propostos por Barroso, que se distancia da abordagem analisada acima por incluir a necessidade de predisposição das partes envolvidas para serem persuadidas pelo melhor argumento. Nas palavras de Leal:

(...) as interações entre um tribunal constitucional e o parlamento poderiam ser mais adequadamente compreendidas como ações unilaterais — e não dialógicas — de uma instituição que quer fazer sua visão prevalecer em razão da pretensão de autoridade legítima erguida por suas decisões. Torna-se, assim, muito difícil pressupor uma relação de igualdade entre o Tribunal constitucional e o Legislativo.<sup>114</sup>

E continua:

No caso brasileiro, especificamente falando, a efetividade de uma interpretação da Constituição pelo Congresso está condicionada, ao menos potencialmente, a algum tipo de *anuência* do Supremo. Isso porque, no limite, qualquer decisão do Congresso dentro da ordem constitucional vigente pode ser anulada pelo Tribunal com base nas suas leituras sobre o sentido mais apropriado da Constituição. Adicionando a esse fato o monopólio da última palavra, tem-se que a abertura do diálogo depende em larga medida da predisposição da Corte em dialogar e de efetivamente propor um diálogo com o Legislativo.<sup>115</sup>

Leal, com a devida vênia, incorre em um erro crasso ao considerar que a Corte Constitucional brasileira detém o “monopólio da última palavra”; o autor também usa a

---

<sup>113</sup> *ibidem*.

<sup>114</sup> Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade?: uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Organizadores). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017, p. 108-139. Disponível em : [https://www.academia.edu/35649430/At%C3%A9\\_que\\_ponto\\_%C3%A9\\_poss%C3%ADvel\\_legitimar\\_a\\_jurisdi%C3%A7%C3%A3o\\_constitucional\\_pela\\_racionalidade\\_Uma\\_reconstru%C3%A7%C3%A3o\\_cr%C3%ADtica\\_de\\_A\\_Raz%C3%A3o\\_sem\\_Voto\\_de\\_Lu%C3%ADs\\_Roberto\\_Barroso](https://www.academia.edu/35649430/At%C3%A9_que_ponto_%C3%A9_poss%C3%ADvel_legitimar_a_jurisdi%C3%A7%C3%A3o_constitucional_pela_racionalidade_Uma_reconstru%C3%A7%C3%A3o_cr%C3%ADtica_de_A_Raz%C3%A3o_sem_Voto_de_Lu%C3%ADs_Roberto_Barroso) >. Acesso em: 02 maio 2018. p. 128/129.

<sup>115</sup> *ibidem*.

expressão “decidido definitivamente pelo Tribunal constitucional”<sup>116</sup>. Ora, a simples leitura da constituição já refuta a premissa do autor, vide o § 2º do art. 102, da CR/88:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, **relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.** ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))<sup>117</sup>

No enunciado normativo acima observa-se que o Legislativo brasileiro não está subordinado às decisões do Suprema Corte, logo, a superação legislativa (*legislative override*) das decisões do STF é plenamente possível, seja através de Emenda Constitucional, ou até mesmo por meio de lei infraconstitucional (que nasce, porém, com a presunção de inconstitucionalidade); além das outras formas de reação “equivocadas” (como os ataques institucionais).

Ante todo o exposto neste capítulo, foi possível identificar que o tradicional modelo de separação de poderes com suas características principais, quais sejam (i) supremacia do Legislativo sobre os demais poderes, uma (ii) radical distinção de funções, e uma (iii) clara separação entre direito e política, vem perdendo espaço para o cenário de legalidade adversarial (*adversarial legalism*), que se caracteriza pela equivocada noção e aplicação dos princípios jurídicos, e pela disposição das Cortes em rever a valoração do legislador, além do uso dos Tribunais como arena alternativa de disputas.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> *ibidem*.

<sup>117</sup> BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 91 de 2016. **Site do Planalto**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 jun 2018.

<sup>118</sup> *idem*. p. 269-271.

### 3. UMA BREVE ANÁLISE DAS TEORIAS DA DECISÃO

Neste capítulo serão apresentados os principais pressupostos das Teorias da Decisão que se pretende compatibilizar, em um esforço de aprimoramento do raciocínio jurídico diante da previsão expressa de necessidade de consideração das consequências implantada na LINDB pela Lei 13.655/18. Ao final do capítulo, será apresentada a proposta de conciliação.

#### 3.1. Pragmatismo Jurídico constitucionalmente adequado

O modelo cauteloso de Pragmatismo<sup>119</sup> Jurídico de José Vicente Santos de Mendonça, que tem como base o trabalho de Aulis Aarnio, Neil MacCormick, e, principalmente, Luigi Mengoni, nada mais é do que um pragmatismo jurídico adaptativo à tradição jurisprudencial e doutrinária brasileira. O autor carioca insere sua proposta em um “tipo fraco de consequencialismo”<sup>120</sup>, após analisar as propostas de Pragmatismo de autores como Richard Posner, Stephen Breyer, Michael Sullivan e Jules Coleman.

##### 3.1.1. *Standards de incidência do “princípio” do pragmatismo jurídico de José Vicente*

O primeiro *standard* se refere ao momento em que o argumento consequencialista/pragmatista<sup>121</sup> será introduzido no raciocínio jurídico: “(i) *Ele incide no final, como teste de descarte (ou de reforço) de possibilidades interpretativas*”.

---

<sup>119</sup> A matriz pragmatista filosófica clássica está amparada em três conceitos: (i) *antifundacionalismo*: “(...) é a rejeição sistemática e constante, de verdades apriorísticas, dogmas, abstrações metafísicas, (...) a ideia de que as teorias devem ser medidas pela diferença que fazem no mundo” (p. 37); (ii) *consequencialismo*: “(...) o significado e a verdade de teorias e conceitos devem ser buscados por intermédio de uma análise da diferença que fazem para a realidade. Ou seja, por um processo mental de adiamento e avaliação de suas consequências”; (iii) *contextualismo*: “(...) só é possível perscrutar uma diferença prática a partir do contexto real. (...) ‘O pragmatismo é sempre contextual, o que significa que nunca examina nada de maneira isolada, mas sim dentro de contextos que irão determinar seu sentido e seu valor’”. (p. 38) MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

<sup>120</sup> A expressão é de Luis Fernando Schuartz, e se refere à “concepção particular que se propõe a defender as valorações de consequências enquanto elementos constitutivos da fundamentação de decisões judicantes, que devem no entanto ser inseridas e contempladas no âmbito dos processos decisórios com peso *no máximo* igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas”. Perceba que a expressão “no máximo”, destacada por Schuartz, indica que as consequências não devem receber maior importância do que os princípios e as regras. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 21 jul 2017. p. 131.

<sup>121</sup> José Vicente entende como sinônimas as expressões “argumentos pragmáticos” e “argumentos consequencialistas”. idem. p. 54.

Este primeiro *standard* indica que, nas palavras do autor, “o pragmatismo jurídico incide como último passo do *iter* interpretativo, descartando ou reforçando propostas já construídas a partir dos elementos tradicionais (linguístico, sistemático, histórico, teleológico), e isso *se* chegar a ser necessário”<sup>122</sup>.

O autor explica, com amparo em Mengoni, que

Nas situações em que há previsão legal expressa, a argumentação consequencialista atua como critério de interpretação — na condição de interpretação corretiva, aparando arestas —; ou no máximo, como critério de integração da fatispécie, se esta possuir cláusula que reenvie aos standards sociais (por exemplo, um dispositivo normativo que mencione os “melhores interesses da criança” ou as “melhores práticas da indústria” seria necessariamente resolvido tendo por base uma integração pragmático-consequencialista).<sup>123</sup>

No mesmo sentido, mas agora sob as lições de Aarnio, José Vicente esclarece que a argumentação consequencialista é o “último passo do procedimento de justificação” (o autor também faz uso das expressões “último passo interpretativo” e “última etapa de justificação”), logo, só pode ser inserido no raciocínio jurídico “quando as leis, trabalhos legislativos preparatórios, decisões dos tribunais etc., já definiram as possibilidades de interpretação dos dispositivos”.<sup>124</sup>

A partir da análise da proposta de MacCormick, José Vicente aduz que o consequencialismo é uma *teoria subsidiária*, ou seja, “aparece ao final do desenvolvimento argumentativo, para ajudar na decisão quando houver dúvida”.<sup>125</sup>

O segundo *standard* se refere aos limites do argumento consequencialista: “(ii) *Ele incide dentro da extensão de significados possíveis permitidos pelo texto normativo*”.<sup>126</sup> Este

---

<sup>122</sup> idem. p. 115/116.

<sup>123</sup> idem. p. 96.

<sup>124</sup> idem. p. 93.

<sup>125</sup> idem. p. 92.

<sup>126</sup> idem. p. 117.

*standard*, em especial, receberá maior atenção quando for apresentada a proposta de compatibilização com a Teoria Crítica Hermenêutica.

Outrossim, no terceiro *standard* o autor fala na Constituição como limite material<sup>127</sup>: “(iii) *Ele considera apenas consequências que possam ser reconduzidas à Constituição*”.<sup>128</sup>

Já, no quarto *standard*, o autor esclarece quais consequências devem ser consideradas: “(iv) *Ele considera as consequências certas e prováveis, mas não as apenas plausíveis*”.

José Vicente, neste ponto, rejeita a proposta de MacCormick<sup>129</sup>, pois considera que “o pragmatismo jurídico aplicado é visto muito mais como especulação sobre as consequências comportamentais das decisões (e normas) do que como análise das implicações lógicas decorrentes dessas mesmas decisões ou normas”; para José Vicente, o ganho em certeza deste último tipo de consequência não compensa a perda em utilidade. Porém, essa especulação não pode ir além da *razoável expectativa* de que as consequências consideradas irão ocorrer (juízo de *probabilidade*), com base em indicadores/modelos estatísticos, econômicos ou sociológicos etc.; as consequências plausíveis são uma mera conjectura razoável, e não devem ser consideradas.<sup>130</sup>

Como quinto *standard* temos a delimitação (lógico-temporal) da abrangência do raciocínio prospectivo para a consideração das consequências: “(v) *Ele considera consequências imediatas e futuras, mas não as remotamente futuras*”.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> O que nos remete à teoria dos princípios constitucionais de Lenio Streck, apresentada no próximo item deste capítulo.

<sup>128</sup> *idem.* p. 117.

<sup>129</sup> MacCormick considera apenas as consequências como “implicações lógicas de determinada proposta interpretativa, e não com consequências como probabilidades, estatísticas ou intuitivas, a respeito de alterações comportamentais havidas a partir de modificações legislativas ou jurisprudenciais”. *idem.* p. 92.

<sup>130</sup> *idem.* p. 118.

<sup>131</sup> *idem.* p. 120.

O autor carioca elucidada que a projeção do argumento consequencialista deve se limitar às consequências imediatas e de curto e médio prazo, pois “as cadeias de consequências podem se espriar ao infinito”<sup>132</sup>. E complementa:

Tal standard vale também para limitar o número de eventos-causa das consequências: a incidência se dá em relação a um deles, ou, quando muito, a um grupo deles, mas desde que vinculados por uma mesma situação fática de base.

O sexto *standard* tem forte ligação com o quarto standard, quanto à distinção entre consequências prováveis e plausíveis, vejamos: “(vi) *Ele considera apenas consequências fáticas com razoável base empírica*”.

Por base empírica não quer dizer prova cabal, pois apenas as consequências certas podem ser assim comprovadas, já para que se considere as consequências prováveis, é necessário que haja provas ao menos indiciárias. José Vicente entende que a análise crítica e institucional dos dados empíricos apresentados como prova tem de ser realizada.<sup>133</sup>

Além disso, as consequências não podem ser baseadas em crenças fundacionais, isto é, “advindas de profissões de fé insubmissas à críticas”. O que nos leva para o sétimo *standard*: “(vii) *Ele desconsidera consequências fundacionais*”.<sup>134</sup>

O oitavo e último *standard*, requer que as consequências a serem adiantadas e analisadas devem ser aquelas necessariamente relacionadas ao contexto de sua aplicação: “(viii) *Ele prioriza consequências contextuais*”.<sup>135</sup>

Em consonância com os *standards* do “princípio” pragmático de José Vicente, Humberto Ávila defende que os argumentos consequencialistas possuem um *peso subsidiário* para o raciocínio jurídico, como explica Diego Werneck Arguelhes:

---

<sup>132</sup> idem. p. 90.

<sup>133</sup> idem. p. 120.

<sup>134</sup> idem. p. 121.

<sup>135</sup> ibidem.

Embora não negue haver espaço para este tipo de argumento na justificação de decisões judiciais, Ávila lhe atribui *peso subsidiário* por ser não institucional. A análise das consequências econômicas ou sociais de uma dada interpretação não pode ser reconduzida ao ordenamento jurídico, ao contrário das considerações lingüísticas, sistemáticas e históricas. O argumento não tem por base imediata fundamentos jurídicos, mas sim econômicos. Assim, por força das exigências da separação de poderes e do princípio democrático, este e outros argumentos práticos não poderiam obrigar a decisão da mesma forma que os argumentos baseados no ordenamento jurídico obrigariam – pois a vinculação básica do juiz é com o direito, e não com a eficiência econômica, com a estabilidade política ou qualquer outro estado de coisas desejável segundo um critério de dever ser.

Diego ainda complementa:

Ávila apresenta ainda uma outra razão para conferir menor peso aos argumentos práticos. O fato de os argumentos institucionais possuírem como ponto de referência o próprio ordenamento jurídico não é decisivo apenas por força do papel específico do juiz em um Estado Democrático de Direito, mas também por possibilitar o controle intersubjetivo da argumentação que se desenvolve a partir destes argumentos. Quando indico como base para minha argumentação uma ou mais normas jurídicas, ofereço ao auditório um fundamento que pode ser objetivamente reconhecido. A interpretação que fazem da norma em questão pode ser diferente da minha, mas, ainda assim, já há um acordo quanto ao fundamento a ser utilizado; eu e meu auditório temos um ponto de referência comum, de validade e obrigatoriedade *prima facie* indiscutíveis, a partir do qual a consistência da minha argumentação pode ser avaliada e pesada. Segundo Ávila, o mesmo não ocorreria com os argumentos práticos; por não apresentarem um fundamento objetivamente identificável, “apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se portanto às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao princípio do Estado Democrático de Direito.”<sup>136</sup>

Diante disso, o resultado obtido a partir de uma análise contextual e antifundacionalista de consequências compatíveis com os limites textuais e constitucionais, certas ou prováveis de ocorrerem, não muito distantes no tempo, comprovadas por suficiente base empírica “acreditável”, tem de ser **universalizável à situações semelhantes**<sup>137</sup>, e incide ao final como teste de descarte (ou de reforço) de possibilidades interpretativas.<sup>138</sup>

Por fim, o autor ressalva três possibilidade de casos especiais de incidência: proporcionalidade em sentido estrito; doutrina do absurdo; e autonegação da norma. A

---

<sup>136</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentos consequencialistas e Estado de Direito: subsídios para uma compatibilização”. In: CONPEDI, XIV Congresso, 2005, Florianópolis. **Anais do XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018. p. 3-4.

<sup>137</sup> “Com isso pretende-se evitar o casuísmo, a decisão *ad hoc*, a violação à impessoalidade.” idem. p. 112.

<sup>138</sup> idem. p. 122.

proporcionalidade em sentido estrito como uma análise de custo-benefício será analisada no próximo capítulo. Por “doutrina do absurdo” (*absurdity doctrine*) entende-se aqueles casos em que a interpretação da lei leve a resultados absurdos, e, por autonegação da norma (que está contida na doutrina do absurdo), os casos em que a aplicação da norma nega sua própria finalidade; em ambas as hipóteses o intérprete deverá descartar a possibilidade interpretativa “absurda” ao considerar as consequências.<sup>139</sup>

### *3.1.2. Releitura da hipótese especial de aplicação: teste da proporcionalidade em sentido estrito e a análise de custo benefício*

Como já ressaltou-se, a alteração da LINDB incluiu (arts. 20 e 21<sup>140</sup>) a necessidade de consideração das consequência no raciocínio jurídico juízes quando no controle judicial da administração pública, caso haja invalidação da decisão administrativa. Ressaltou-se que o parágrafo primeiro do art. 20 busca estabelecer o modo como deve se dar essa análise das consequências: “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**”.

Também alertou-se para a ausência de previsão do último teste da regra da proporcionalidade de Robert Alexy, qual seja o da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, se as vantagens trazidas pela promoção do fim compensam as desvantagens provocadas pela

---

<sup>139</sup> idem. p. 113/115.

<sup>140</sup> 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.** [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\).](#)

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.** [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\).](#)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá **indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.** [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\).](#)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, **indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.** [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\).](#) BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Site do Planalto.** Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 14 jun 2018.

adoção do meio<sup>141</sup>. Deste modo, entende-se que a proporcionalidade em sentido estrito abarca a análise de custo-benefício (*trade-offs*)<sup>142</sup>. A diferença é: enquanto que “o principal requisito da análise de custo-benefício é que os efeitos positivos e negativos do regulamento devem ser traduzidos para a métrica comum do dinheiro”<sup>143</sup>, a proporcionalidade em sentido estrito não está restrita à análise de cunho econômico-financeiro, é mais abrangente, pois possibilita a consideração de argumentos morais a partir dos princípios constitucionais.

Salientou-se que o legislador errou ao prever o teste da necessidade antes do teste da adequação, já que o teste da proporcionalidade é escalonado e a ordem tem de ser observada. Virgílio Afonso da Silva explica que a regra da proporcionalidade (composta por três sub-regras: adequação<sup>144</sup>, necessidade<sup>145</sup> e proporcionalidade em sentido estrito<sup>146</sup>) estabelece uma relação de subsidiariedade entre os testes das sub-regras. Nas palavras do autor:

(...) a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.<sup>147</sup>

---

<sup>141</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito e Economia**: Micro, Macro e Desenvolvimento. - 1. ed. - Curitiba, Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. Disponível em: < <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>>. Acesso em: 03 set. 2017. p. 226 (nr 268).

<sup>142</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo – Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 113.

<sup>143</sup> POSNER, Erick A; SUNSTEIN, Cass. Moral Commitments in Cost-Benefit Analysis. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Chicago (EUA), n. 802, p. 01-28, March 2018. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2930450](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2930450)>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 8.

<sup>144</sup> “(...) o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 10 mai 2016. p. 37/38

<sup>145</sup> “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.” *idem*. p. 39/40.

<sup>146</sup> “(...) sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.” *idem*. p. 42.

<sup>147</sup> *idem*. p. 36.

Com a devida vênia ao Prof. Virgílio, neste trabalho entende-se que a subsidiariedade deve ser descartada. Ora, a comparação entre duas alternativas pode constatar que apenas uma delas é *adequada* aos objetivos/fins pretendidos, mas isso não quer dizer que esta alternativa deve ser adotada, uma vez que poderá ser desproporcional em sentido estrito, ou seja, seus ônus podem não compensar seus ônus.

Diante disso, defende-se aqui a necessidade de consideração da proporcionalidade em sentido estrito (gênio que abarca a espécie “*análise de custo-benefício*”) sempre que se utilizar a regra da proporcionalidade (*lato sensu*), não obstante a ausência de previsão no dispositivo legal supracitado, porque percebe-se uma clara impropriedade técnica do legislador, o que leva a crer que a proporcionalidade em sentido estrito não foi intencionalmente descartada. Na França, por exemplo, a análise de custo-benefício é adotada pelo órgão revisor das decisões administrativas, como se pode observar na transcrição abaixo:

No *contrôle du bilan*<sup>148</sup>, utilizado pelo Conselho de Estado Francês (órgão revisor das decisões administrativas na França), as decisões administrativas são anuladas sempre que suas desvantagens ultrapassam minimamente suas vantagens, num *sopesamento de prós e contras, vantagens e desvantagens* da decisão administrativa. “(...) nada obstará que os tribunais administrativos controlassem o *balanceamento entre vantagens e desvantagens* procedido pela administração, mantendo-o sempre que não fosse identificado um erro manifesto — tal como é feito em alguns casos de aplicação do controle de proporcionalidade”.<sup>149</sup> (*Grifos acrescentados*)

---

<sup>148</sup> “Até esta decisão a jurisprudência do Conselho do Estado adotava o entendimento de que a escolha do terreno para a implantação de um projeto consistia em juízo de oportunidade, estando excluído de qualquer controle judicial. O Comissário de Governo Braibant propõe uma alteração desta jurisprudência, levando a uma nova definição, ‘mais completa e mais refinada’, da noção de utilidade pública. Ele sustenta que a realidade da desapropriação foi sendo alterada com o tempo — o que antes envolvia apenas ‘o interesse geral’ *versus* ‘o interesse privado’ passou a muito frequentemente envolver ‘diversos interesses públicos’. Disso resulta que já não seria suficiente analisar se um projeto em si mesmo apresentaria uma utilidade pública: seria preciso ‘colocar na balança os seus inconvenientes com as suas vantagens, seu custo com o seu benefício’. Em relação ao custo que deve ser levado em consideração para decidir sobre a validade jurídica de um projeto, o Comissário de Governo é claro em afirmar que ‘não se trata somente do custo financeiro (...) mas também aquilo que se poderia chamar de uma maneira geral de seu custo social’. Sugere, em seguida, que estas vantagens e desvantagens a serem ponderadas pelo juiz incluirão considerações ambientais, patrimoniais, culturais, em projetos para construção de aeroportos, estradas e estações de Metrô.” JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016. p. 238.

<sup>149</sup> *idem*. p. 545.

A análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis*) foi introduzida no mundo do Direito pela *Law & Economics* (ou *Economic Analysis of Law*<sup>150</sup>), e está na ordem do dia, vide o recente artigo (2017) publicado por Eric A. Posner, professor da Universidade de Chicago, em coautoria com Cass Sunstein, renomado professor da Universidade de Harvard, em que os referidos autores procuram responder “como os reguladores devem levar em conta os compromissos morais na realização das análises de custo-benefício”<sup>151</sup>; além de ser um procedimento de decisão comumente utilizado pelas agências reguladoras na avaliação de suas regulações<sup>152</sup>.

Vertente com mais adeptos nos EUA, a Análise Econômica do Direito (AED) vem ganhando espaço nos Tribunais brasileiros, como informa um dos principais portais de notícias jurídicas do país<sup>153</sup>. Apesar de, principalmente nesta segunda década dos anos dois mil, haver relevante produção acadêmica no Brasil, a AED obteve um recente ganho de espaço entre os juízes brasileiros, o que causou um natural direcionamento dos holofotes para a referida vertente.

Dentre os principais objetos deste movimento de incorporação dos métodos da Ciência Econômica no raciocínio jurídico está a investigação do comportamento das instituições (capacidades e diálogos institucionais), e a análise de custo-benefício das consequências que as decisões judiciais podem gerar. O primeiro objeto da AED foi apresentado no primeiro capítulo, e, passa-se agora para a análise do segundo objeto.

---

<sup>150</sup> Segundo Susan Rose-Ackerman, Prof. da Universidade de Yale, a expressão “*Law & Economics*” é, na verdade, como uma “marca” utilizada pela Escola de Chicago, a escola precursora da Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*). ROSE-ACKERMAN, Susan. *Law and Economics: Paradigma, Política o Filosofia*. **Revista Derecho y humanidades**, N. 10, p. 47-69, 2004. Tradução: OYARZÚN, Santiago Montt Disponível em: < <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17018/17741>>. Acesso em: 29 jun 2017. p. 48.

<sup>151</sup> POSNER, Erick A; SUNSTEIN, Cass. *Moral Commitments in Cost-Benefit Analysis*. op. cit.

<sup>152</sup> “In many respects, the regulatory state has become a cost-benefit state, in the sense that agencies must catalogue costs and benefits before proceeding, and in general, must show that the benefits justify the costs. After years of experience, agencies have well-established tools for valuing risks to health, safety, and the environment. Sometimes, however, regulations are designed to protect third parties or otherwise to promote moral values, and agencies have struggled to quantify their benefits; often they ignore them.” idem. p. 28.

<sup>153</sup> <https://www.jota.info/especiais/analise-economica-do-direito-chega-aos-tribunais-do-pais-01072017>

Antes de qualquer coisa é importante sublinhar que a Análise Econômica do Direito<sup>154</sup> não se resume à Escola de Chicago, cujo expoente é Richard Posner. A grande maioria das críticas focam na obra do referido autor, e desconsideram as demais escolas, como a de Virgínia, e a de New Haven. Além dessas, também existe a Escola Progressista da Professora Susan Rose-Ackerman, da Universidade de Yale, que, a despeito de pouco explorada, propõe um interessante diálogo com a *Public Choice*, como a teoria dialógica de Rodrigo Brandão (apresentada no segundo capítulo). Também é preciso ressaltar que existem diferentes dimensões no raciocínio da AED: Positiva, Normativa, e Funcional. Por conta dos limites deste trabalho, apenas a *dimensão positiva em sua versão preditiva* será considerada<sup>155</sup>: trata-se da análise de custo-benefício, que se utiliza de conceitos e métodos da microeconomia, para avaliar as consequências das decisões jurídicas.

Entretanto, antes de apresentar a resposta de Sunstein e Posner para o questionamento acima (“como os reguladores devem levar em conta os compromissos morais na realização das análises de custo-benefício”), é preciso esclarecer *quando* a análise de custo-benefício será utilizada. Susan Rose-Ackerman advoga a utilização da análise de custo-benefício como uma “norma de segundo-grau” (*background norm*) para as cortes aplicarem no controle das *regulações desenhadas para corrigir falhas de mercado*<sup>156</sup>. Ou seja, assim como André Cyrino, Susan propõe um *sincretismo metodológico*, isto é, “diferentes aspectos da interpretação constitucional merecem ser tratados cada qual a partir de um determinado método”<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> Remonta-se o surgimento da Análise Econômica do Direito ao trabalho acadêmico de Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi, e Henry Manne, que se desenvolveu nos Estados Unidos da América a partir da década de 60 do século passado. SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito e Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento**. - 1. ed. - Curitiba, Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. Disponível em: < <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>>. Acesso em: 03 set. 2017. p. 20.

<sup>155</sup> (...) enfatiza a utilidade da Economia para o estudo das consequências das instituições jurídico-políticas e da interpretação dos textos legais. SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito e Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento**. - 1. ed. - Curitiba, Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. Disponível em: < <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>>. Acesso em: 03 set. 2017. p. 14.

<sup>156</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting Cost-Benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. **University of Miami Law Review**, Winter 2011; Yale Law & Economics Research Paper No. 417, November 15 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1709572>>. Acesso em: 28 maio 2018. p. 5 (nr 11).

<sup>157</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação constitucionalmente adequada da constituição econômica brasileira**. - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 14.

A autora defende que a análise de custo-benefício (ACB) deve ser utilizada para avaliar apenas alguns tipos de políticas regulatórias<sup>158</sup>, e, mesmo assim, se faz necessário complementar a análise com escolhas de valor não ditadas pelo bem-estar econômico; certas questões não possuem uma resposta correta em termos econômicos, pois envolvem discussões filosóficas/morais: como calcular o valor da vida, do ecossistema, da cultura, ou tomar em conta as futuras gerações no sopesamento etc.<sup>159</sup>

(...) muitas políticas públicas abarcam questões importantes sobre justiça distributiva, direitos individuais, e equidade, especialmente entre gerações. Falar em “maximização dos benefícios líquidos” não ajuda a iluminar essas escolhas de valor. Essas questões abarcam problemas de medição/cálculo, mas a dificuldade com a ACB vai mais longe. Mesmo que tudo possa ser medido/calculado precisamente, ACB pode ser um parâmetro inapropriado. As tentativas de adicionar uma carga distributiva à ACB são completamente equivocadas. (*Tradução livre*)<sup>160</sup>

Nas questões sensíveis, portanto, assim como naquelas em que há grandes consequências macroeconômicas, que atingem várias gerações e são potencialmente irreversíveis, as análises econômicas apenas auxiliam nos “estudos de custo-efetividade” para que os formuladores das políticas públicas possam considerar todos os “custos de oportunidade” e “benefícios acessórios”, porém, a decisão final deve ser feita com base em motivos outros (alheios ao raciocínio econômico).<sup>161</sup> A autora sugere os critérios da “disposição para pagar” (*willingness to pay for*) e da “disposição para correr riscos” (*willingness to accept risks*), de modo que seja possível a monetização de questões como as que envolvem a elevação da expectativa de vida, prevenção ao terrorismo etc.<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> Como aquelas que buscam corrigir falhas de mercado de curto e médio prazo. Nas palavras da autora da Universidade de Yale: “In short, we should discount all future benefits and costs for focused regulatory and spending programs that correct market failures in the near to medium term.” *idem.* p. 25.

<sup>159</sup> *idem.* p. 6.

<sup>160</sup> “many policies raise important issues of distributive justice, individual rights, and fairness, especially between generations. Talk of “net-benefit maximization” does not help illuminate these value choices. These issues raise measurement problems, but the difficulties with CBA run deeper. Even if everything could be measured precisely, CBA would be an inappropriate metric. Attempts to add distributive weights to CBA are fundamentally misguided.” (*Grifo acrescentado*) *ibidem.*

<sup>161</sup> *idem.* p. 25.

<sup>162</sup> *idem.* p. 27.

Este critério sugerido por Susan também é analisado por Eric e Cass para responder à questão sobre a maneira como os reguladores devem levar em conta os compromissos morais na realização das análises de custo-benefício. Para tanto, os autores respondem através de um questionamento: “O quanto as pessoas estão dispostas a pagar para ver as suas crenças morais homenageadas, ou *reduzir o risco* de dano psicológico que sentirão se as suas crenças não forem homenageadas?”<sup>163,164</sup>

Explicam ainda que a determinação da disposição para pagar deve ser feita a partir de uma *análise empírica*<sup>165</sup>; e que a monetização dos benefícios morais das regulações pelas agências favorece uma decisão sem arbitrariedade, além de (a monetização) poder justificar uma regulação mais incisiva<sup>166,167</sup>. Nas palavras dos autores:

When regulators conduct cost-benefit analysis, they should include valuations that reflect how much people are willing to pay to see their moral beliefs vindicated or to reduce the level of psychological harm they feel if those beliefs are not vindicated.<sup>168</sup>

Os limites da implementação do critério de bem-estar regulatório, através da análise de custo benefício, são os princípios constitucionais. Sunstein e Posner, reconhecem que os reguladores devem se recusar a levar em conta os compromissos morais que contrariam as fontes do direito existentes.<sup>169</sup> E concluem que: se os efeitos morais de uma regulação devem

---

<sup>163</sup> POSNER, Erick A; SUNSTEIN, Cass. Moral Commitments in Cost-Benefit Analysis. op. cit., p. 26.

<sup>164</sup> “As we have noted, the Supreme Court has also indicated that even when the organic statute provides only broad guidance to the regulator (for example, requiring the agency to regulate when “appropriate or necessary”), the agency must consider costs, and that it may not regulate if the costs “significantly” exceed the benefits”. idem. p. 27.

<sup>165</sup> idem. p. 26.

<sup>166</sup> “We argue that if agencies monetize the moral benefits of regulations, they will be in a better position to decide on the stringency of regulations in a non-arbitrary way. In some cases, monetization of moral benefits will justify stronger regulations. idem. p. 5.

<sup>167</sup> “For present purposes, the point is only that the use of that criterion is an intelligible way to ensure that regulators use people’s own valuations of multiple goods, including improved health and safety”. idem. p. 9.

<sup>168</sup> Idem. p. 12.

<sup>169</sup> idem. p. 13.

ser monetizados, o fracasso na monetização pode ser um motivo suficiente para os tribunais invalidarem um regulamento<sup>170</sup>.

Ante o exposto, a utilização (a partir de estudos empíricos) dos critérios da “disposição para pagar” e da “disposição para correr riscos” no teste da proporcionalidade em sentido estrito, pode ser útil para restringir a subjetividade na consideração de argumentos morais pelos juízes.

### 3.2. Teoria Crítica Hermenêutica do Direito

Desenvolvida por Lenio Streck, a Teoria Crítica Hermenêutica (TCH) é uma proposta de Teoria da Decisão que busca eliminar a discricionariedade judicial, extirpando a subjetividade dos intérpretes do Direito no processo de compreensão-interpretação-aplicação da norma ao caso concreto (chamado por Gadamer de *applicatio*). A teoria da decisão de Lenio está alicerçada principalmente na Fenomenologia Hermenêutica de Heidegger, na Hermenêutica Filosófica de Gadamer, na Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Muller, e na Teoria da Integridade de Dworkin.

#### 3.2.1. Giro ontológico-linguístico (relação sujeito-sujeito)

Antes de analisar os pressupostos da proposta de Lenio, é preciso apresentar o que se pretende ver ultrapassado. Parte-se agora para a análise das tradições filosóficas metafísicas que ainda imperam no senso comum teórico dominante entre os juristas.

Em ambas as tradições metafísicas (Clássica e Moderna) a linguagem goza de um caráter meramente instrumental. Enquanto na Metafísica Clássica o objeto se impõe em relação ao sujeito, porque os sentidos “estavam” nas coisas/objetos, na Metafísica Moderna o

---

<sup>170</sup> “if we are correct that the moral effects of a regulation can and should be monetized, then the failure to monetize them could be sufficient grounds for a court to strike down a regulation”. *idem*. p. 27.

*sujeito solipsista*<sup>171</sup> assujeita o objeto, porquanto os significados estavam “na mente” do sujeito que se torna responsável por construir seu próprio objeto de conhecimento (o senhor dos sentidos).<sup>172</sup> Explica-se.

A título de exemplo, como visto no item 1.3, na doutrina e jurisprudência estadunidense costuma-se distinguir a forma de se pensar/aplicar o Direito em duas vertentes: Formalismo e Realismo. Enquanto os realistas entendem que “as decisões jurídicas importam uma quantidade relevante de escolhas morais e políticas, pelas quais seus realizadores devem responder”<sup>173</sup>, os formalistas buscam “promover a adequação com todas as formalidades legais aplicáveis (faça ou não sentido no caso concreto), assegurar, no geral, a aplicação das regras (ainda que sua aplicação faça pouco sentido no caso específico) e constranger a discricionariedade judicial”<sup>174</sup>.

Para a vertente do “Formalismo”, portanto, assim como no Positivismo Exegético, o juiz estaria “amarrado” à legislação (“juiz boca da lei”), e seu papel é fazer uma dedução ao caso concreto; “texto e norma eram a mesma coisa. A norma (sentido) já estava contida no seu texto”<sup>175</sup>. Tal vertente se insere na tradição metafísica clássica, em razão de comungar com o mito do dado (como o mito da vontade da lei e da vontade do legislador), isto é, a norma (realidade) já está dada, cabe ao intérprete apenas aplicá-la ao caso concreto a partir de um

---

<sup>171</sup> Solipsismo e subjetivismo estão intimamente ligados, “trata-se da concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 274.

<sup>172</sup> idem. p. 64, 133.

<sup>173</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016. p. 633.

<sup>174</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211. Disponível em: < [https://www.academiad.edu/36340607/Pragmatismo\\_como\\_Meta\\_Teoria\\_Normativa\\_da\\_Decis%C3%A3o\\_Judicial\\_Caracteriza%C3%A7%C3%A3o\\_Estrat%C3%A9gias\\_e\\_Implica%C3%A7%C3%B5es](https://www.academiad.edu/36340607/Pragmatismo_como_Meta_Teoria_Normativa_da_Decis%C3%A3o_Judicial_Caracteriza%C3%A7%C3%A3o_Estrat%C3%A9gias_e_Implica%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 02 maio 2018. p. 204.

<sup>175</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 29.

silogismo (“perspectiva *dedutivista* da aplicação das normas jurídicas, por meio da qual se percebe o processo adjudicatório como essencialmente mecânico”<sup>176</sup>).

O que acaba sendo esquecido pelo positivismo é que antes de qualquer raciocínio subsuntivo-dedutivo, o homem já compreende a situação na qual se encontra a partir do seu enraizamento no mundo prático, na faticidade, em uma dimensão que não é traduzível por regras de argumentação.<sup>177</sup>

A *faticidade* (mundo prático) é aquele “elemento intransponível, como algo que ultrapassa a objetividade da lógica, ou, no caso dos textos, da semântica”, que “incorpora todos os elementos históricos e culturais nos quais estamos enraizados”. Assim, os “sentidos se dão na faticidade”, pois “não há textos jurídicos que abarquem de antemão todas as hipóteses de aplicação”.<sup>178</sup>

Já para o “Realismo”, que tem em Oliver Wendel Holmes um dos seus principais expoentes, da mesma forma que os modelos de Positivismo Normativista, como o kelseniano, quando o juiz aplica a norma ao caso concreto, ele não pode apenas descrever o Direito, e sim interpretar a norma segundo a sua subjetividade<sup>179</sup>, suas crenças etc. Tais vertentes se inserem na tradição metafísica moderna.<sup>180</sup>

A partir do *giro ontológico-linguístico*, como explica Lenio, “o sujeito surge na linguagem e pela linguagem”, nas palavras do autor:

Existem estruturas prévias que precedem o conhecimento. Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os

---

<sup>176</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. op. cit., p. 204.

<sup>177</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 71.

<sup>178</sup> idem. p. 70/71.

<sup>179</sup> “No esquema sujeito-objeto, o real, enfim, aquele que é possível definir como real, é concebido à medida do sujeito-intérprete. Ele — o sujeito — é o centro decisório. Diz o mundo a partir de sua linguagem privada. Sujeito moderno e o esquema sujeito-objeto no qual está assentado são o *cerne do autoritarismo*”. (Grifo acrescentado) Idem p. 67.

<sup>180</sup> idem. p. 160, 162.

objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento.<sup>181</sup>

Lenio afirma que a hermenêutica está entre o objetivismo e o subjetivismo. “O ato de interpretar implica uma *produção* de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá”<sup>182</sup>, mas o sentido dado pelo intérprete não depende da sua vontade, e sim da tradição<sup>183</sup>; o intérprete sempre estará constrangido pelo grau mínimo de objetividade da linguagem (“não há grau zero de sentido”<sup>184</sup>, por isso fala-se em produção, e não criação de um novo texto).<sup>185</sup> Toda vez que o intérprete busca o sentido de uma norma, já há uma antecipação de sentidos que o interpela (a *pré-compreensão*), pois “a linguagem, por intermédio da qual o texto fala, possui significados que não estão disponíveis”<sup>186</sup>. “A estrutura<sup>187</sup>, a intersubjetividade, a tradição, enfim, essa linguagem pública constrange a todos nós cotidianamente para evitar que saíamos por aí fazendo coisas solipsistas. Não se pode trocar o nome das coisas”.<sup>188</sup>

Na visão de Lenio, “é necessário ter claro que, antes de qualquer raciocínio subsuntivo-dedutivo, ocorre a pré-compreensão em que o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o nosso processo de atribuição de sentido”<sup>189</sup>. “Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. Ninguém pode falar em inconstitucionalidade sem saber o que é constituição”<sup>190</sup>.

---

<sup>181</sup> idem. p. 87

<sup>182</sup> idem. p. 83.

<sup>183</sup> idem. p. 94.

<sup>184</sup> “(...) quem quer compreender um texto deve estar disposta a deixá-lo dizer alguma coisa.” idem. p. 99.

<sup>185</sup> idem. p. 277.

<sup>186</sup> idem. p. 233.

<sup>187</sup> A linguagem, para Heidegger, possui uma dupla estrutura: “*como* apofântico” e “*como* hermenêutico”. “Essa dupla estrutura aponta para a circunstância de que a linguagem assume uma dimensão ao mesmo tempo explicativa (apofântica) e hermenêutica, apontando para o elemento interpretativo que desde sempre já trazemos conosco e que sustenta a possibilidade de qualquer discurso”. idem. p. 120.

<sup>188</sup> idem. p. 227/231.

<sup>189</sup> idem. p. 231.

<sup>190</sup> idem. p. 91.

Ressalta-se que o termo “pré-conceito” significa “a circunstância de que, enquanto seres humanos, compreendemos o mundo por meio de uma linguagem que não está simplesmente a nossa disposição. Operamos com uma linguagem que é fundamentalmente intersubjetiva”, isto é, a linguagem não pode ser explicada como produto de um sujeito solitário, e sim como uma práxis interativa, uma ação social. Já os “pré-conceitos”, no sentido pejorativo da palavra, são os pré-juízos falsos/inautênticos ou ilegítimos, estes fazem a interpretação incorrer em erro, e “apenas quem suspende os próprios pré-juízos (inautênticos) é que interpreta corretamente”.<sup>191</sup>

Insta salientar que o uso dos cânones de interpretação, como os métodos de interpretação<sup>192</sup> gramatical, exegético (apelo ao espírito do legislador), histórico, teleológico, comparativo etc., resulta arbitrário devido à ausência de uma [meta]regra que estabeleça a ordem hierárquica entre eles. Destarte, por não ser possível vincular o intérprete, este poderá decidir primeiro para depois procurar o método que fundamente a sua escolha.<sup>193</sup>

### 3.2.1. O “Formalismo” reformulado

Por que não podemos simplesmente aplicar regras através de um processo subsuntivo-dedutivo? Em virtude da porosidade das regras, ou seja, elas não abarcam de antemão todas as hipóteses de aplicação<sup>194</sup>, e o intérprete inevitavelmente acaba atribuindo sentido ao texto. “O texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação da aplicação”<sup>195</sup>. Portanto, a resposta para o

---

<sup>191</sup> idem. p. 227, 234; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. (nr 110).

<sup>192</sup> “Hermenêutica é, antes de qualquer método de interpretação, a compreensão de nossa própria condição enquanto seres jogados no mundo”. idem. p. 230.

<sup>193</sup> idem. op. 143.

<sup>194</sup> idem. p. 47.

<sup>195</sup> idem. p. 281.

questionamento acima está na impossibilidade de aplicar a regra sem interpretá-la, estes não são atos passíveis de cisão<sup>196</sup>.

A noção apresentada acima de que “interpretar um texto é aplicá-lo” advém da *applicatio* de Gadamer: “o texto jurídico só pode ser entendido a partir da sua aplicação, isto é, diante de uma coisa, um fato, um caso concreto”<sup>197</sup>, em um processo unitário de compreensão-interpretação-aplicação da norma ao caso concreto. O autor alemão entende que é impossível reproduzir/extrair sentidos, mas sim atribuir sentido, pois o processo hermenêutico é sempre produtivo<sup>198</sup>. “Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível”<sup>199</sup>.

De modo que o formalismo<sup>200</sup>, possa ser reformulado pela Teoria Crítica Hermenêutica, é preciso esclarecer ainda o que são princípios para Lenio. A partir da constatação de que as regras são sempre porosas, Lenio entende ser necessária a presença de um ou mais princípios para interpretá-las. Os princípios servem justamente como “*fechamento interpretativo*” para atravessar a porosidade das regras a fim de impedir a discricionariedade judicial.<sup>201</sup>

Na precisa lição de Lenio, princípios são *parâmetros interpretativos* que *instituem*, e, por conseguinte, existencializam as regras. “O princípio só se ‘realiza’ a partir de uma regra. Não há princípio sem regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá (algum) princípio. Se acreditarmos que existem princípios sem regras, acreditamos também que há normas sem textos”<sup>202</sup>. Portanto, princípios são *normas jurídicas de caráter deontológico* que, porém,

---

<sup>196</sup> idem. p. 282.

<sup>197</sup> idem. p. 21.

<sup>198</sup> ibidem.

<sup>199</sup> idem. p. 94.

<sup>200</sup> Aqui entendido como vertente que leva o texto da lei a sério impossibilitando escolhas morais e políticas quando na aplicação da norma ao caso concreto.

<sup>201</sup> idem. p. 45-48; 239-244.

<sup>202</sup> idem. p. 244.

isoladamente, não se prestam para a adequada resolução das controvérsias jurídicas surgidas no tecido social; os princípios se caracterizam por instituir o mundo prático no Direito, e retiram “seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade”<sup>203</sup>. Já as regras representariam os meios (condutas) para garantir um ‘estado de coisas’ desejado<sup>204</sup>, e “sempre devem ser interpretadas em face do seu princípio instituidor, ainda que de modo implícito”<sup>205</sup>.

Diante disso, Lenio esclarece em quais hipóteses (seis) um juiz pode deixar de aplicar uma lei:

(i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face dos critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão.<sup>206</sup>

O autor também faz “indagações fundamentais” a serem respondidas na hipótese de se estar diante de um direito fundamental com exigibilidade, quais sejam (i) “se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas”, e, (ii) “se, para atender àquele direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia”<sup>207</sup>.

---

<sup>203</sup> “Como decorrência, os princípios não podem ser criados *ad hoc*, sem vínculos históricos, pois não seriam passíveis de um controle intersubjetivo de seus sentidos juridicamente possíveis. (...) A maioria destes não resistiria à seguinte indagação: Dada a afronta a este princípio qual seria a repercussão jurídica? Se a resposta for nenhuma, é muito provável que não estejamos diante de uma norma jurídica.” Idem. p. 243.

<sup>204</sup> “(...) é nos princípios que se institucionalizou a moral, compreendida como o “ideal de vida boa” da sociedade (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser “inimigo”, para ser “amigo dos direitos fundamentais”). A moral, nesse sentido, é normativa; a ética é que é axiológica (veja-se como essa questão afetar a teoria da argumentação jurídica, na questão dos valores a serem “sopesados”).” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. - 6 ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 262.

<sup>205</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 45-48; 239-244.

<sup>206</sup> idem. p. 258/259.

<sup>207</sup> ibidem.

Por fim, estabelece cinco princípios/padrões fundantes da decisão jurídica, são eles:

(i) Princípio um: a preservação da autonomia do Direito; (ii) Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional; (iii) Princípio três: o respeito à integridade e à coerência do Direito; (iv) Princípio quatro: o dever fundamental de justificar as decisões; (v) Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.<sup>208</sup>

### 3.3. A proposta de conciliação

Ambas as teorias da decisão analisadas neste capítulo tem muito a oferecer para o aprimoramento do raciocínio jurídico no Brasil, por isso opta-se por compatibilizá-las. O próprio Lenio reconhece que é possível a aproximação entre a T. Crítica Hermenêutica do Direito e o Pragmatismo, nas palavras do autor:

À pergunta sobre se pode haver uma aproximação entre o pragmatismo e a Crítica Hermenêutica do Direito, é possível responder afirmativamente, desde que nos situemos no contexto da experiência com o mundo. Assim todo o conhecer também se mostrará limitado à finitude, à historicidade e à contingência. Logo, afastam-se as concepções absolutas e os critérios últimos, abrindo espaço para um pensar acerca das práticas intersubjetivas que possibilitam a compreensão do mundo, sem cair num relativismo, num objetivismo ou num subjetivismo moderno.<sup>209</sup>

Ora, a TCH está em perfeita harmonia com os três conceitos da matriz pragmatista: é (i) *antifundacional*, porque “a verdade só adquire status de atribuir um sentido a algo e podermos dizê-lo verdadeiro se este processo de atribuição exsurgir da intersubjetividade e ficar sujeito a um severo constrangimento epistemológico”<sup>210</sup>; é (ii) *consequencialista*, na medida que reconhece a necessidade de universalização da decisão judicial, e, para tanto, se faz necessário analisar as consequências da mesma; e é (iii) *contextualista*, pois considera que os princípios constitucionais<sup>211</sup> consubstanciam a institucionalização do mundo prático do Direito.

---

<sup>208</sup> *ibidem*.

<sup>209</sup> *idem*. p. 226.

<sup>210</sup> *idem*. p. 292.

<sup>211</sup> “Nesse caso, os princípios — agora associados à Constituição e a toda sua carga política de conformação de uma nova sociedade e da possibilidade de instituição de um melhor governo, limitado e respeitador dos direitos e garantias fundamentais — passam a incorporar um elemento pragmático muito forte”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. op. cit., p. 240.

No entanto, a TCH não estabelece a forma como deve se dar a verificação da possibilidade de universalização da decisão judicial (quais consequências considerar? E como considerá-las?). Além disso, a positivação (arts. 20 e 21 da LINDB<sup>212</sup>) da necessidade de fundamentação da decisão judicial com base nas consequências, e através dos testes da regra da proporcionalidade, implica um cuidado maior com os argumentos consequencialista. Esta incumbência foi encarregada ao Pragmatismo Constitucionalmente Adequado de José Vicente, que limita o raciocínio consequencialista às “possibilidades textuais e materiais de compatibilidade com a Constituição, e, que, a partir daí, priorize consequências não muito distantes no tempo, certas ou prováveis de ocorrerem, tal como comprovadas por suficiente base empírica ‘acreditável’<sup>213</sup>; recorda-se que, segundo José Vicente, esse argumento consequencialista deve incidir apenas “no final, como teste de descarte (ou de reforço) de possibilidades interpretativas”<sup>214</sup>.

Mas como o intérprete deve considerar as possibilidades textuais e materiais de compatibilidade com a Constituição? Aqui o modelo cauteloso de Pragmatismo é socorrido pela Teoria Crítica Hermenêutica, pois não será através de um raciocínio subsuntivo-dedutivo (ou silogístico), muito menos por meio de um solipsismo (ou subjetivismo, voluntarismo, relativismo), que o juiz irá aplicar a lei, e sim em um processo unitário de compreensão-interpretação-aplicação da norma ao caso concreto, limitado pelo grau mínimo de sentido do

---

<sup>212</sup> 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.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

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.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá **indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, **indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Site do Planalto.** Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 14 jun 2018.

<sup>213</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo** – Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 122.

<sup>214</sup> idem. p. 115.

texto legislativo; sempre a partir dos princípios constitucionais instituídos, entendidos como normas com caráter deontológico, que, porém, só se realizam a partir de uma regra.

Portanto, defende-se, neste trabalho, que a análise das consequências, no modo como delimitado por José Vicente, pode auxiliar o intérprete no campo da compreensão dos casos que envolvem um raciocínio prospectivo, como aqueles em que o intérprete tem de verificar a possibilidade de universalização da sua decisão. Já a teoria da decisão de Lenio, contribui com a superação das metafísicas clássica e moderna, limitando a discricionariedade judicial.

## CONCLUSÃO

Há uma grande contradição na atuação do Poder Judiciário brasileiro, ao mesmo tempo que se observa uma atitude deferente das Cortes Superiores frente às decisões das Agências Reguladoras em muitos casos, com fundamento em um modelo tradicional de separação de poderes (radical distinção de funções), em outros casos defronta-se com um forte ativismo judicial, muitas vezes decorrente de um equivocado entendimento e aplicação dos princípios constitucionais. O tradicional procedimento de determinação da intensidade do controle judicial sobre as decisões administrativas, pautado na distinção entre “ato discricionário” e “ato vinculado”, não proporciona considerações contextualizadas, com transparência, limitado espaço de subjetividade e eficiência.

A solução para tal contradição é apostar em um (i) procedimento de determinação com *fatores fixos e imutáveis*, bem como em (ii) teorias da decisão que restrinjam a discricionariedade judicial, como a Teoria Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, e o Pragmatismo Constitucionalmente Adequado de José Vicente.

A partir da constatação de que nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, nem as decisões de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias, conclui-se que o Poder Judiciário não deve assumir um papel deferente *a priori* frente às decisões dos demais Poderes de Estado, uma vez que os mecanismos de controle recíproco entre os “poderes” conduzem os processos de interpretação constitucional a resultados sempre provisórios. Deste modo, o Judiciário deve sempre buscar assegurar os preceitos fundamentais.

Ocorre que o poder judiciário encontra-se limitado pelo próprio texto constitucional que busca assegurar, e, em virtude dos princípios democrático, da separação de poderes, e da segurança jurídica, não pode aplicar a “lei” com base em fundamentos escusos, de maneira subjetiva. Neste ponto está a importância da conciliação entre a Teoria Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck e o Pragmatismo Constitucionalmente Adequado de José Vicente,

para o estabelecimento de uma teoria da decisão em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Entende-se aqui que as maiores contribuições da Teoria Crítica Hermenêutica (TCH) estão na (i) compreensão dos princípios constitucionais como normas de caráter deontológico que só se realizam a partir de uma regra, bem como na (ii) superação da relação sujeito-objeto, ou melhor, do entendimento de que a linguagem é apenas um instrumento de caráter secundário que se interpõe entre o sujeito (intérprete) e o objeto (texto da lei). A linguagem é, na verdade, uma condição de possibilidade para a atribuição de sentido (norma) aos objetos; esta atribuição vai se dar apenas no caso concreto, e limitada pela tradição.

Em virtude da positivação (na LINDB) da exigibilidade de análise das consequências das decisões judiciais, através da regra da proporcionalidade, e, tendo em vista o reconhecimento da necessidade de universalização das decisões judiciais, se fez necessária a conciliação entre a Teoria Crítica Hermenêutica e o Pragmatismo Constitucionalmente Adequado. A maior contribuição deste modelo cauteloso de Pragmatismo está na limitação do argumento consequencialista às hipóteses (i) compatíveis com as possibilidades textuais e materiais da Constituição, como um teste de descarte ou reforço de possibilidades interpretativas. Neste ponto a TCH entra em campo para informar que a interpretação da constituição não deve se dar a partir de um raciocínio subsuntivo-dedutivo, muito menos a partir de um raciocínio solipsista (subjetivo), e sim em um processo unívoco de compreensão-interpretação-aplicação da norma ao caso concreto. Além disso, o Pragmatismo de José Vicente também limita a discricionariedade judicial ao (ii) restringir a análise às consequências não muito distantes no tempo, bem como certas ou prováveis de ocorrerem, e comprovadas por suficiente base empírica “acreditável”.

Salienta-se que argumentos consequencialistas baseados em capacidades institucionais também devem ser empiricamente comprovados. O problema de operacionalidade do argumento das capacidades institucionais é o mesmo que aflige qualquer argumento consequencialista. Estes argumentos “não-institucionais”, que consideram as consequências econômicas e sociais, devem receber um peso subsidiário por não possibilitarem o controle

intersubjetivo da argumentação que se desenvolve a partir deles. Justamente por conta disso, devem incidir apenas no final, como um teste de descarte ou reforço de possibilidades interpretativas.

Quanto à positivação da regra da proporcionalidade (art. 20, parágrafo único, LINDB), a impropriedade técnica do legislador ao prever o teste da necessidade antes do teste da adequação faz crer que não houve o descarte intencional do teste da proporcionalidade em sentido estrito. Este último é uma hipótese especial de aplicação do “princípio” pragmático de José Vicente. Defende-se aqui que a proporcionalidade em sentido estrito é gênero que abarca a espécie “*análise de custo-benefício*”. Esta análise de *trade-offs*, por sua vez, é restrita às hipóteses de correção de falhas de mercado, pois limita-se a traduzir as consequências das decisões judiciais para a métrica do dinheiro (cunho econômico-financeiro), sem levar em consideração juízos morais/de valor envolvidos na questão regulatória.

Já a proporcionalidade em sentido estrito inclui na balança os compromissos constitucionalmente assegurados que os reguladores tem de levar em consideração. Com amparo na doutrina estadunidense, viu-se que a monetização desses compromissos morais é possível por meio da análise empírica do critério da “disposição para pagar” e da “disposição para correr riscos”; o que permite uma maior objetividade nas escolhas administrativas, e, conseqüentemente, uma melhor revisão judicial.

Além da conciliação entre as referidas teorias da decisão, propõe-se a adoção de procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial mais bem adaptados à complexidade da administração pública, em razão da superficialidade e incoerência do controle judicial das decisões das agências, como, por exemplo, a atitude não deferente frente às decisões mais transparentes, e deferente para as pouco transparentes; bem como diante da equivocada fundamentação de uma deferência *genérica* com base no “caráter técnico” e na “complexidade das questões regulatórias”.

As lições de Eduardo Jordão foram de grande importância para o esclarecimento de que a determinação da intensidade do controle judicial sobre as decisões administrativas depende,

antes de tudo, da escolha da finalidade específica da administração pública que se pretende ver assegurada pelos tribunais, pois a grande maioria das questões administrativas são marcadas por uma multiplicidade de aspectos substanciais, dentre eles a complexidade técnica e a sensibilidade jurídica. Outrossim, para aduzir que o *modelo binário* (deferente e “não deferente”) de intensidade de controle judicial é preferível por conferir maior segurança jurídica e previsibilidade.

Destarte, defende-se neste trabalho a necessidade de concessão de maior peso à *sensibilidade jurídica* da decisão administrativa, uma vez que a escolha da finalidade específica tem de levar em consideração o caráter compromissório da Constituição brasileira, e o fato de ser o Brasil um país de modernidade tardia, onde a maior parte da população não tem o *núcleo essencial* dos seus direitos fundamentais garantido. Portanto, a finalidade específica a ser assegurada tem de ser a maior proteção dos direitos dos cidadãos, e não a legitimidade democrática ou a eficiência.

Propôs-se uma analogia para conferir maior objetividade à expressão *sensibilidade jurídica*: como questões juridicamente sensíveis entende-se aquelas que abarcam *preceitos fundamentais*, quais sejam (i) princípios fundamentais, previstos no título I da Constituição brasileira de 1988; (ii) os direitos e garantias fundamentais, previstos no título II da Lei Maior (c/c art. 225, CRFB/88); (iii) os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, CRFB/88); (iv) os princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, CRFB/88); e (v) as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CRFB/88).

A análise da experiência estrangeira, realizada por Jordão, possibilitou ainda a proposta de um procedimento de determinação da intensidade de controle judicial sobre as avaliações técnicas<sup>215</sup> das agências reguladoras, chamado de “*teste pragmático e funcional*”. Trata-se da análise *escalonada de fatores fixos e imutáveis* para a determinação do modelo de intensidade de controle a ser adotado para a revisão judicial de determinada decisão administrativa. Se,

---

<sup>215</sup> Lembrando que avaliações técnicas complexas são aquelas em que além da opinabilidade, há “ponderação” de interesses públicos conflitantes, isto é, quando as agências analisam questões relativas ao campo das ciências empíricas, bem como escolhem um interesse público para homenagear. Já as avaliações técnicas puras e objetivas, analisam apenas questões relativas ao campo das ciências empíricas, sem nenhum juízo moral/de valor envolvido, muito menos questões juridicamente sensíveis, a atuação dos tribunais deverá ser deferente *a priori*.

por exemplo, a questão envolver um preceito fundamental, o controle judicial será “não deferente”, isto é, os juízes irão interpretar-aplicar diretamente a lei, sem antes considerar a razoabilidade da escolha administrativa.

Por fim, temos uma hipótese especial em que o procedimento de determinação da intensidade do controle será diverso. Trata-se do controle judicial sobre *políticas públicas regulatórias*, a especificidade se dá em virtude da grande importância do fator “tempo” para a avaliação dos êxitos e equívocos da escolha administrativa. Assim, no caso do controle judicial de políticas públicas regulatórias, os tribunais deverão exercer uma *jurisdição supervisora*, isto é, devem permitir que as próprias agências reconfigurem suas escolhas. Para tanto, defende-se aqui que o procedimento de determinação da intensidade de controle deve ser o de “*razoabilidade procedimental*”, pois o foco deste está na motivação e na verificação da abertura do processo decisório da agência à participação popular. A escolha da agência será proceduralmente razoável quando for (i) ‘*justificada, transparente e inteligível*’, além de (ii) permissível no espaço de liberdade legislativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentos consequencialistas e Estado de Direito: subsídios para uma compatibilização. In: CONPEDI, XIV Congresso, 2005, Florianópolis. **Anais do XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

\_\_\_\_\_; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211. Disponível em: <[https://www.academia.edu/36340607/Pragmatismo\\_como\\_Meta\\_Teoria\\_Normativa\\_da\\_Decis%C3%A3o\\_Judicial\\_Caracteriza%C3%A7%C3%A3o\\_Estrat%C3%A9gias\\_e\\_Implica%C3%A7%C3%B5es](https://www.academia.edu/36340607/Pragmatismo_como_Meta_Teoria_Normativa_da_Decis%C3%A3o_Judicial_Caracteriza%C3%A7%C3%A3o_Estrat%C3%A9gias_e_Implica%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 02 maio 2018.

\_\_\_\_\_; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 06-50, jan./jun. 2011. Disponível em: <[http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. - 17 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Site do Planalto**. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 14 jun 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 91 de 2016. **Site do Planalto**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 jun 2018.

BRASIL. Lei Ordinária n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Site do Planalto**. Brasília, 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 15 jun 2018.

BRASIL. Lei Ordinária n. 13.300, de 23 de junho de 2016. **Site do Planalto**. Brasília, 23 jun 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm)>. Acesso em: 16 jun 2018.

BRASIL. Lei Ordinária n. 13.655, de 25 de abril de 2018. **Site do Planalto**. Brasília, 25 de abril de 2018. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 20 maio 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. - 8 ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.030.

BREYER, Stephen. Razonamiento Económico y Revisión Judicial. **Estudios Públicos - Revista de Humanidades y Ciencias Sociales**, n. 109, 2008. Tradução: Pablo Fuenzalida. Título original: Economic Reasoning and Judicial Review. Disponível em: < <https://www.cepchile.cl/razonamiento-economico-y-revision-judicial/cep/2016-03-04/094455.html>>. Acesso em: 18 out 2017.

COOTER, Robert; GINSBURG, Tom. Comparative Judicial Discretion: An Empirical Test of Economic Models. **International Review of Law and Economics**: Vol. 16, No. 3, p. 295-313, 1996. Disponível em: < [https://works.bepress.com/robert\\_cooter/28/](https://works.bepress.com/robert_cooter/28/)>. Acesso em: 31 out. 2017.

COSTA, Rafael de Oliveria. Entre o Direito, a Política e a Economia: (re)construindo a Análise Institucional Comparativa. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 75-90, 2014. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/280842926\\_ENTRE\\_O\\_DIREITO\\_A\\_POLITICA\\_E\\_A\\_ECONOMIA\\_RECONSTRUINDO\\_A\\_ANALISE\\_INSTITUCIONAL\\_COMPARATIVA](https://www.researchgate.net/publication/280842926_ENTRE_O_DIREITO_A_POLITICA_E_A_ECONOMIA_RECONSTRUINDO_A_ANALISE_INSTITUCIONAL_COMPARATIVA)>. Acesso em: 03 jul. 2017.

COURA, Kalleo. Análise Econômica do Direito chega aos Tribunais do país. **JOTA**, 01 jul 2017. Disponível em: < <https://www.jota.info/especiais/analise-economica-do-direito-chega-aos-tribunais-do-pais-01072017>>. Acesso em: 15 ago 2017.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Regulatório**: elementos para uma interpretação constitucionalmente adequada da constituição econômica brasileira. - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do poder judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, n. 18, p. 01-35, maio/jul. 2009. Disponível em: < [https://www.google.com/url?q=http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf&ust=1529013600000000&usg=AFQjCNFVd-YhtDLnn1j2jx9bO0mt3ZCH\\_w&hl=pt-BR](https://www.google.com/url?q=http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf&ust=1529013600000000&usg=AFQjCNFVd-YhtDLnn1j2jx9bO0mt3ZCH_w&hl=pt-BR)>. Acesso em: 11 dez. 2016.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública Complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”. **Revista de Estudos**

**Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016. Disponível em: < <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>>. Acesso em: 07 abril 2017.

\_\_\_\_\_. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade?: uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Organizadores). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017, p. 108-139. Disponível em: <[https://www.academia.edu/35649430/At%C3%A9\\_que\\_ponto\\_%C3%A9\\_poss%C3%ADvel\\_legitimar\\_a\\_jurisdic%C3%A7%C3%A3o\\_constitucional\\_pela\\_racionalidade\\_Uma\\_reconstru%C3%A7%C3%A3o\\_cr%C3%ADtica\\_a\\_de\\_A\\_Raz%C3%A3o\\_sem\\_Voto\\_de\\_Lu%C3%ADs\\_Roberto\\_Barroso\\_](https://www.academia.edu/35649430/At%C3%A9_que_ponto_%C3%A9_poss%C3%ADvel_legitimar_a_jurisdic%C3%A7%C3%A3o_constitucional_pela_racionalidade_Uma_reconstru%C3%A7%C3%A3o_cr%C3%ADtica_a_de_A_Raz%C3%A3o_sem_Voto_de_Lu%C3%ADs_Roberto_Barroso_)>. Acesso em: 02 maio 2018.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coordenadores). **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo** – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass. Do judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron. Forthcoming (not finalized version) in The **University of Chicago Law Review**, v. 73, Summer 2006.

OYARZÚN, Santiago Montt. Law and Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos. **Revista Derecho y Humanidades**, n. 10, p. 71-85, 2004. Disponível em: < <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17019/17742>>. Acesso em: 26 jul 2017.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting Cost-Benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. **University of Miami Law Review**, Winter 2011; Yale Law & Economics Research Paper No. 417, November 15 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1709572>>. Acesso em: 28 maio 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito e Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento**. - 1. ed. - Curitiba, Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. Disponível em: < <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>>. Acesso em: 03 set. 2017.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 21 jul 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 10 mai 2016.

SUNSTEIN, Cass. On the costs and benefits of aggressive judicial review of Agency action. **Duke Law Journal**, v. 38, n. 3, p. 522-537, 1989. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol38/iss3/2/>>. Acesso em: 15 jan 2018.

\_\_\_\_\_. ?Debe el formalismo ser defendido empíricamente?. **Ius et veritas**, n. 28, p. 276-297, 2004. Tradução: RINCÓN, Johanna Holz. Título original: Must Formalism can be Defended Empirically?. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16059/16482>>. Acesso em: 17 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. - 6 ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. - 2. ed. - rev. ampl. e atual. - Belo Horizonte: Fórum, 2016.