

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Daniel Almeida de Oliveira

**Da Abstração para o Plano Operacional
A Análise Institucional como base da escolha
interpretativa**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Adriano Pilatti

Volume I

Rio de Janeiro
Setembro de 2012



Daniel Almeida de Oliveira

**Da Abstração para o Plano Operacional
A Análise Institucional como base da escolha
interpretativa**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção de grau de doutor pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela
Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Adriano Pilatti

Departamento de Direito – PUC-Rio
Orientador

Prof^a. Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. José Ribas Vieira

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Faculdade de Direito - UFRJ

Prof. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Faculdade de Direito - USP

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais da PUC-Rio

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2012.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Daniel Almeida de Oliveira

Graduou-se em Direito na UERJ (2002). Obteve o título de Mestre em Direito pela UERJ (2006). É Procurador Federal em exercício na Procuradoria Federal da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – PFANP. É Subprocurador-Geral Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. da Professor Adjunto de Direito Administrativo da Gr – ANP. Professor da graduação e pós-graduação do IBMEC-RJ. Atua na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Regulatório e Direito do Petróleo.

Ficha Catalográfica

Oliveira, Daniel Almeida de

Da Abstração para o Plano Operacional: a Análise Institucional como base da escolha interpretativa / Daniel Almeida de Oliveira; orientador: Prof. Adriano Pilatti. – 2012.

2v; 351fls; 30 cm

1. Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2012.

Inclui referências bibliográficas

1. Direito – Teses. 2. Interpretação Jurídica. 3. Teoria Geral do Direito. 4. Direito Constitucional. 5. Direito Regulatório. 6. Raciocínio Jurídico. 7. Interpretação e Instituição. 8. Institucionalismo. 9. Formalismo. I. Cavallazzi, Rosângela Lunardelli. II. Vieira, José Ribas. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

“Raros [são] os casos nos quais é lícito supor que um poder, embora outorgado em termos gerais, seja exercido para opressão permanente do povo. Entretanto, será fácil referir exemplos de se haver verificado que a limitação de um tal poder tenha dado mal resultado na prática, incitado a agressão estrangeira, ou favorecido a desordem interna.”

(Story, vol. I, § 425).

“As to ‘common reason’, or the reason of the majority of the people who use their reason about the matter, whose reason is it most to be apprehended should run counter to it? That of many hundred men chosen the greater part of them by the people... or that of four men [judges], appointed by the Crown?”

(Jeremy Bentham, A comment on the Commentaries, p. 154).

Agradecimentos

Inicialmente, gostaria de agradecer à PUC-Rio pelo custeamento integral do meu curso de doutorado.

Também sou grato ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, como um todo, os funcionários da sua secretaria, sempre solícitos, pelo formato e quase exclusividade das aulas, a qualidade dos professores e a facilidade de acesso aos mesmos.

Todos os professores das disciplinas que cursei no Programa foram importantes para a elaboração da tese. Quase todos tiveram importância decisiva, uma vez que os ensinamentos e indicações bibliográficas foram incorporados no trabalho e conduziram à tese. O professor José Ribas Vieira foi o responsável pela indicação de boa parte da bibliografia constitucional norte-americana contemporânea, tendo, inclusive, sorteado a obra de Griffin para que eu fizesse a análise, diante da minha indecisão a respeito de que autor estudar para entregar o trabalho final de disciplina. O resultado foi a publicação de um livro, em conjunto com os demais 4 (quatro) alunos da minha turma de doutorado e com o próprio professor (*Teoria Constitucional Norte-Americana Contemporânea*) e a consolidação de um dos marcos teóricos principais do presente trabalho. Também não posso deixar de registrar a sua preocupação quando soube da minha hipótese e do seu alívio quando expliquei que tentaria prová-la com base em dois marcos teóricos principais robustos e tantos outros acessórios de excelência, além de ter aceitado a recomendação da professora Sayonara Grillo para limitá-la ao Direito Regulatório. O professor Antonio Cavalcante Maia é responsável por boa parte da bibliografia relativa ao neoconstitucionalismo internacional e nacional e pelo neopositivismo nacional. A aula do professor Adriano Pilatti reforçou a importância da busca e análise das normas constitucionais e dos grandes constitucionalistas

brasileiros do passado para o bom entendimento das normas e doutrinas do presente e para uma fundação que permita avançar nas propostas relativas à disciplina jurídica. A bibliografia indicada na sua disciplina também é parte integrante do presente trabalho. As professoras Ana Lúcia de Lyra Tavares e Nádia de Araújo demonstraram a necessidade de se ter um bom conhecimento do ordenamento jurídico tratado nas obras que compõem o marco teórico, tendo, portanto, papel relevante na decisão de hospedar-me por duas vezes nos Estados Unidos da América, em duas Universidades americanas, nos meses de julho e agosto de 2009 e de julho de 2011. O professor José María Gómez contribuiu para a consolidação do conceito de política e de democracia, caros a este trabalho. Por fim, a professora Rosângela Lunardelli Cavallazzi, minha professora na graduação, no mestrado e grande incentivadora para o meu doutorado na PUC-Rio, foi a responsável não só pela leitura e aprofundamento, mas também pela admiração a Hart, bem como pela leitura de Pierre Bourdieu e a investigação da disputa pelo poder de dizer o direito no “monopólio do direito”, dentre outras várias obras. Orientadora exemplar, acompanhava o ritmo do trabalho, o tempo necessário para cada etapa, além exigir, em toda oportunidade, o rigor metodológico da pesquisa.

Agradeço ao Professor e amigo José Vicente Santos de Mendonça, responsável pela apresentação a mim de Vermeule, após ler a minha dissertação de mestrado, apresentada em 2006, e brincar que o autor teria “roubado” minha ideia com a sua obra de 2006 (*Judging under Uncertainty*). De nossas conversas surgiram conclusões relevantes e a segurança para sustentá-las neste trabalho.

Também sou grato à ANP e à Procuradoria Federal da ANP, um verdadeiro laboratório jurídico do qual tenho o privilégio de desfrutar. Aos meus colegas de Procuradoria, pelos debates jurídicos e por terem tido que suportar uma ainda maior sobrecarga de trabalho nesta etapa final do meu curso de doutorado.

Por fim, aproveito não tanto para agradecer, mas mais para me desculpar com minha família, pelo distanciamento, pouco tempo disponível e pouca participação nos assuntos e nos tradicionais eventos familiares nesses quatro anos.

Resumo

Oliveira, Daniel Almeida de; Pilatti, Adriano. **Da Abstração para o Plano Operacional: a Análise Institucional como base da escolha interpretativa.** Rio de Janeiro, 2012, 351p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O trabalho identifica as bases necessárias para apontar o método adequado de interpretação das normas do Direito Regulatório. Para atingir esse ponto, no entanto, perpassa pela discussão a respeito de qual o método adequado de interpretação da Constituição e da lei em geral. O resultado (prático) das teorias constitucionais ou das teorias de interpretação jurídica depende de fatores que muitas vezes são negligenciados, o que repercute, obviamente, na correção dessas teorias, fazendo com que a discussão a respeito do *formalismo jurídico* seja retomada, com argumentos mais robustos a seu favor. A hipótese levantada é a de que os teóricos constitucionais e os da interpretação jurídica brasileiros geralmente desenvolvem suas teorias como se fossem ser aplicadas por eles próprios ou por grandes especialistas e/ou a partir de critérios abstratos, negligenciando o fato de a regra interpretativa defendida poder acabar resultando num Direito inadequado, no nível operacional, tendo em vista as limitações dos agentes responsáveis por sua aplicação e as contingências do mundo real. No caso do Direito Regulatório, obtém-se um melhor direito caso adotado pelos juízes o formalismo deferencial (ou *formalismo maximilianista*) como postura interpretativa, ao invés de uma postura interpretativa não formalista, como a pós-positivista e a neoconstitucionalista. Existem fatores externos ao Direito que repercutem decisivamente na capacidade de aplicação da Constituição e da lei que não são perceptíveis à análise moral e/ou conceitual-teórica. Portanto, se não identificados e adequadamente trabalhados, levam à construção de uma teoria constitucional ou da interpretação jurídica sem maior valor prático, gerando disfunções no sistema constitucional e legal, além de um Direito ruim, caso empregada. Propõe-se identificar a interpretação jurídica e o direito adequados sob outra perspectiva que não a *moral* ou teórico-conceitual-abstrata, demonstrando que existem teorias sólidas contrárias a uma “*leitura moral da Constituição*” pelo Poder Judiciário, bem como que a defesa da aplicação prática da *leitura moral da Constituição* depende de análises prévias geralmente

negligenciadas pelos seus defensores, de maneira que pode gerar resultados (negativos) bastante diversos do pretendido. Essa outra perspectiva, importante principalmente para a escolha do *método interpretativo*, seria a *institucional*. De modo que incitar o jurista e o servidor público em geral ao perfeccionismo na aplicação do Direito pode levar, e leva muitas vezes, a um mal Direito. Pode repercutir negativamente, inclusive, no funcionamento do sistema republicano (o papel e responsabilidade das instituições) e da democracia (legitimidade das instituições que decidem) do Estado. Conclui que a maioria das questões legais e constitucionais é decidida, no Estado, pelo Legislativo e pela Administração Pública. Não chegam ao Judiciário. Foi constatada a maior capacidade decisória do Legislativo e da Administração Pública, quando comparados aos tribunais, no que toca à escolha das regras e doutrinas interpretativas, bem como na interpretação de textos normativos vagos, ambíguos e principiológicos, notadamente em matérias de extrema complexidade e especificidade técnica, como as normas regulatórias e as normas constitucionais incidentes sobre estas últimas. Por outro lado, identificou-se uma maior capacidade decisória dos tribunais no âmbito dos textos normativos claros e específicos (regras jurídicas). Verificou-se que o STF e o STJ têm, em geral, essa visão, adotando uma postura formalista deferencial quanto às normas regulatórias, mesmo estando a doutrina nacional em peso no sentido inverso. Desse modo e, ao constatar o deslocamento do paradoxo da onipotência para o Judiciário, reforçado após a década de 1990 no Brasil, acredita-se no acolhimento do formalismo deferencial como postura interpretativa estratégica pelos juízes. Já a Administração Pública e o Legislativo adotariam uma postura interpretativa não formalista. Como a postura formalista recomenda a deferência às interpretações das instituições com maior capacidade decisória, o resultado da aplicação global do direito seria próximo ao exigido pelas doutrinas não formalistas, com o seu esclarecimento e especificação.

Palavras-chave

Interpretação Jurídica; Raciocínio Jurídico; Institucionalismo; Constitucionalismo; Formalismo; Direito Regulatório; Controle Judicial de Constitucionalidade.

Abstract

Oliveira, Daniel Almeida de; Cavallazzi, Rosângela Lunardelli(Advisor). **From High-Level Theory to Operational Level: Institutional analysis as the basis of interpretive choice.** Rio de Janeiro, 2012, 351p. Doctoral Thesis. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This research identifies the necessary foundations to point out the proper method of interpreting the norms of Regulatory Law. To reach this point, however, this thesis goes through the discussion of which is the proper method of interpreting the Constitution and the statutes in general. The (practical) results of the constitutional theories or of the theories of legal interpretation depend on factors that are often overlooked, which affects obviously in the correctness of these theories, resuming the discussion of *legal formalism*, with more robust arguments in its favor. The proposed hypothesis is that the Brazilian theorists of constitutional and legal interpretation generally develop their theories as if they would be applied by themselves or by prominent experts and / or with abstract criteria, neglecting the fact that the proposed interpretive rule may result in an inappropriate Law, at the operational level, given the limitations of the agents responsible for its implementation and real-world contingencies. In Regulatory Law, specifically, a better law is obtained if a deferential formalism (or *maximilianist formalism*) is adopted by the judges as interpretive standard, rather than a non-formalist interpretive standard, such as the post-positivist and the neoconstitucionalist one. There are external factors that affect decisively the ability to enforce the Constitution and the statutes, which are not perceptible to the moral and / or conceptual-theoretical analysis. So, if not identified and adequately addressed, these factors lead to the elaboration of a constitutional or legal interpretation theory that lacks substantial practical value, and which enforcement will generate dysfunctions in the constitutional and legal system, and also a bad law. It is proposed that the appropriate law and legal interpretation is identified from a perspective other than the moral or theoretical-conceptual-abstract perspective, to show that there are solid theories opposing a "*moral reading of the Constitution*" by the judiciary branch, and that the defense of the practical application the moral reading of the Constitution depends on previous analyzes generally neglected by their defenders. This moral reading can yield unexpected

(negative) results. This other perspective, especially important for the choice of interpretive method, would be *institutional*. To call the scholars and public servants in general to use perfectionism in the application of law may lead, and often leads to a bad law. It may even negatively impact the functioning of the republican system (the role and responsibility of institutions) and democracy (legitimacy of the deciding institutions) of the State. The conclusion of this research is that the majority of the legal and constitutional issues are decided by the Legislature and the Public Administration. They do not even reach the courts. It was noted that of the Legislature and the Public Administration have greater decision-making capacity, when compared to the courts, in regard to the choice of interpretive rules and theories, as well as in the interpretation of vague, ambiguous and principle-oriented legal provisions, especially in matters of extreme complexity and technicality, such as the regulatory standards and related constitutional provisions. On the other hand, we identified a greater decision-making ability of the courts within legal provisions that are clear and specific (legal rules). It was noticed that the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ) generally share this view, adopting a deferential formalist approach regarding regulatory standards, even though the majority of Brazilian legal scholars tend to follow the opposite direction. Thus, observing the shift of the paradox of omnipotence towards the Judiciary, intensified in Brazil after the 1990s, we believe that the adoption of *deferential formalism* interpretive standard by the judges is strategic. On the other hand the Public Administration and the Legislature should adopt a non-formalistic interpretation approach. Since the formalist approach recommends deference to interpretations of institutions with greater decision-making capacity, the result of the application of the law in general would be close to that required for non-formalist theories, with their clarification and specification.

Keywords

Interpretation; Institution; Legal Reasoning; Constitutionalism; Regulatory Law; Judicial Review.

Sumário

Introdução	14
1. Teorias da interpretação jurídica no Brasil: análise sob a perspectiva institucional	39
1.1. Introdução	39
1.2. Interpretação da Lei Ordinária e da Constituição no Brasil	48
1.3. As discussões a respeito da aplicação do Direito no Brasil (positivistas vs. pós-positivistas/neoconstitucionalistas)	56
1.3.1. Constituição: uma <i>ordem-moldura e fixa</i> ou uma <i>ordem-fundamento e irradiante</i> , dentro do ordenamento jurídico?	56
1.3.2. Pós-positivismo ou neoconstitucionalismo vs. positivismo	62
1.3.3. A discussão sobre a interpretação jurídica no Brasil atual	66
1.3.4. A função das regras vs. o papel dos <i>standards</i> : superação da análise comparativa com os princípios	74
1.4. Interpretação jurídica e considerações de segunda ordem: a <i>teoria interpretativa de institucionalismo empírico-imparcial</i>	76
1.5. Alguns métodos interpretativos: o formalismo, o textualismo, o conceitualismo e o originalismo.	80
1.6. A discussão substancialistas vs. procedimentalistas. Substituição pela discussão formalistas vs. não formalistas	83
1.7. Conclusão. Acerto de premissas para avançar a discussão	85
2. Elementos da análise institucional	88
2.1. Introdução	88
2.2. O papel e os limites da jurisdição constitucional: o controle judicial da política e a base política que lhe dá suporte	96
2.2.1. O papel da política na definição da teoria constitucional institucional: lições de Stephen M. Griffin	97
2.2.2. Artigos de Griffin sobre o <i>judicial review</i>	103
2.2.2.1 Panorama introdutório	103
2.2.2.2. Análise detalhada dos artigos	103

2.2.2.3. Analisando o pensamento de Sunstein e de Tushnet	106
2.2.2.4. A superação da "dificuldade contramajoritária" do Judiciário no controle de constitucionalidade	107
2.2.2.5. O papel dos poderes governamentais diante da "democracia de direitos"	109
2.2.3. "The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights"	111
2.2.3.1. A análise histórica do <i>judicial review</i>	112
2.2.4. Apresentando a teoria democrática do <i>judicial review</i> , de Stephen M. Griffin	117
2.2.5. Mutação constitucional em Griffin: a experiência dos estados americanos e diálogo com Bruce Ackerman	121
Alteração constitucional na teoria de Bruce Ackerman	132
2.2.6. Qual é a Constituição estadunidense?	138
2.2.7. Reflexos no constitucionalismo norte-americano	140
2.2.8. A concepção de democracia de Griffin e consequências � sua concepção de <i>judicial review</i>	143
2.2.9. � possível uma " <i>democracia de direitos</i> " no Brasil?	145
2.3. A escolha institucional e a escolha interpretativa	154
2.3.1. Regras vs. <i>standards</i> .	157
2.3.2. Efeitos sist�micos decorrentes da postura interpretativa adotada e a correlata necessidade de coordenação dos juízes para que o efeito sist�mico pretendido realmente ocorra	167
2.3.3. <i>Diálogo institucional</i> ou <i>constitucional</i> : limites diante da estrutura do Judiciário e das características da jurisdição constitucional brasileira	169
2.3.4. Efeitos sist�micos e colaterais decorrentes da postura interpretativa adotada: <i>ativismo judicial</i> e desmobilização política	173
2.3.5. Limitação da razão, de informações e de tempo: incerteza e o dilema institucional	181
2.3.6. Características institucionais do Judiciário e a questão da limitação de informação e da razão (incerteza): técnicas para alcançar uma decisão racional	186
3. Da abstração para o plano operacional	211
3.1. Introdução	211
3.2. A interpretação das normas constitucionais	217
3.2.1. A interpretação constitucional de primeira ordem e de segunda ordem	222
3.2.2. Características das instituições e postura interpretativa: as variáveis	225
3.2.3. Variáveis: a escolha do método interpretativo constitucional	233

3.2.4. Procedimento interpretativo e sua efetividade: o objetivo de forçar a democracia, a questão da necessidade de um grande número de adeptos e da coordenação dos juízes	257
3.2.5. A regulamentação dos dispositivos constitucionais vagos, ambíguos ou principiológicos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário	260
3.3. A interpretação das normas regulatórias	253
3.3.1. A escolha interpretativa dos órgãos administrativos	272
3.3.2. Proposta alternativa: formalismo restrito às normas de Direito Administrativo Regulatório e de Direito Constitucional aplicável ao Direito Regulatório	273
3.4. Alteração das circunstâncias e observações finais	281
3.5. Aplicação da teoria interpretativa institucional e do formalismo deferencial (formalismo maximilianista) no Direito Regulatório	290
4. Conclusão	302
5. Bibliografia	317