

Introdução

O presente trabalho estuda as bases teóricas e empíricas relevantes para apontar o método adequado de interpretação das normas regulatórias¹, inclusive com relação à incidência das normas constitucionais sobre elas. Esse processo perpassa a discussão a respeito de qual seria 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. Esses fatores são percebíveis no plano operacional, não no teórico-abstrato-conceitual, repercutindo, obviamente, na correção dessas teorias. O seu reconhecimento faz 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 da constituição e os da interpretação jurídica brasileiros geralmente desenvolvem suas teorias como se elas fossem ser aplicadas por eles próprios ou por pessoas extremamente especializadas. Desenvolvem suas teorias a partir de critérios abstratos, negligenciando o fato de poderem, ao tentar evitar a todo o custo o cometimento de erros pelo intérprete, acabar por estimulá-lo a tomar um caminho muito longo e complexo, cheio de vias que levam a um *direito ruim*.² As técnicas de análise e processamento das contingências subjacentes ao julgamento não costumam ser usadas, trabalhadas ou mesmo questionadas pelos teóricos da constituição ou da

¹ Por normas regulatórias entendem-se aquelas compreendidas no Direito Administrativo-Econômico ou Direito Administrativo-Regulatório. Ou seja, as normas constitucionais, legais e administrativas que disciplinam atividades econômicas.

² Foi adotado um critério objetivo para definir o que seria um "direito ruim", a fim de ampliar ao máximo o debate com autores que possuem as mais diversas concepções do direito. Um direito ruim seria aquele produzido sem seguir as regras e procedimentos exigidos pela postura interpretativa que foi adotada pelo intérprete. Se o intérprete não seguiu todas as diretrizes e regras do método interpretativo que diz ter adotado, objetivamente conclui-se que o direito produzido não possui um lastro previamente estudado e definido. Há, portanto, maior chance de ser equivocado e, certamente, os defensores desse método interpretativo aplicado concluirão que foi produzido um mau direito.

interpretação jurídica no Brasil.³ A exigência de o juiz interpretar o Direito Regulatório dessa forma incrementa o risco de a sua aplicação gerar mais prejuízos do que benefícios ao direito.

A presente tese parte da premissa de que fatores externos ao direito, não restritos à moral e à política, repercutem decisivamente na capacidade de aplicação da Constituição e da lei. Se não identificados e adequadamente trabalhados, levam à construção de uma teoria constitucional ou da interpretação jurídica sem valor operacional, prático, gerando disfunções no sistema constitucional e legal, além de um direito ruim, caso adotada. Não existe o intérprete, mas sim os intérpretes. São pessoas reais e diferentes, com limitações próprias e contingências relativas à função que exercem, às características da instituição em que estão inseridas e às contingências do mundo ao seu redor.

Como o título deste trabalho sugere, propõe-se identificar o direito e a interpretação jurídica adequada sob outra perspectiva que não a *moral* ou a *teórico-abstrato-conceitual*, demonstrando que existem teorias sólidas contrárias à colocação do Judiciário para fazer uma "*leitura moral da Constituição*".⁴ Seja qual for a teoria de primeira ordem (valorativa ou conceitual) que se adote, a defesa da aplicação prática da *leitura moral da Constituição* depende de análises prévias de segunda ordem (*second-order consideration*), geralmente não enfrentadas ou mal enfrentadas pelos seus defensores, sob pena de gerarem efeitos práticos diversos do pretendido. Essa outra perspectiva, importante para a escolha do *método interpretativo* e para a escolha da instituição que ficará com a autoridade decisória (final), seria a *perspectiva institucional*. Ela interessa-se pela relação entre as instituições na função de manutenção da ordem constitucional e da legislação como um todo, bem como pela capacidade efetiva de cada instituição aplicar o direito e os efeitos sistêmicos que suas decisões geram. Com base nela, é possível decidir, com uma maior possibilidade de consenso, a respeito de qual instituição deveria ficar responsável pela autoridade decisória em questões legais e constitucionais (escolha institucional). E, a partir dessa decisão, seria

³ Entretanto, verifica-se um número crescente de textos que reconhecem esse fato e/ou que fazem a análise e processamento dos mencionados fatores. Cf., por todos, Joaquin Falcão, Luiz Fernando Schuartz e Diego Werneck Arguelhes (2006); Cláudio P. de Souza Neto (2006); Thiago Cardoso Araújo (2007); Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas, Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner (2008); Noel Struchiner (2009); Alexandre Aragão (2009); Bruno Stigert (2009); Virgílio Afonso da Silva (2010); e Luís Roberto Barroso (2010).

⁴ Técnica que tem Ronald Dworkin (1996) como uma das principais referências.

possível decidir sobre a postura interpretativa que deveria ser adotada pelas instituições analisadas (escolha interpretativa).

Logo, incitar o jurista e o servidor público em geral a aplicarem o melhor direito para o caso concreto (perfeccionismo) pode levar, e leva muitas vezes, a um direito ruim, repercutindo negativamente, inclusive, no funcionamento do sistema republicano (o papel e responsabilidade das instituições) e da democracia (legitimidade das instituições que decidem) do Estado.⁵ Logo, um dos objetivos iniciais da tese é demonstrar a inadequação de se entender como *o aplicador* da constituição e da lei apenas o juiz. Também aplicam de maneira relevante o direito o legislador, o administrador público e o cidadão. Na verdade, estes três últimos poderiam ser considerados os grandes guardiões do direito, uma vez que decidem de maneira final a maioria dos casos.⁶

Não é apenas interessante o fato de que a questão jurídica (constitucional) brasileira mais importante das últimas décadas tenha sido resolvida não por um tribunal, mas pelo debate entre os poderes políticos, o Executivo e o Congresso Nacional, sob os olhares da sociedade. Tratou-se da interpretação do Art. 78, § 2º, da Constituição Federal de 1967 (§ 2º: "Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou Vice-Presidente, salvo por motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago pelo Congresso Nacional"), cuja aplicação tornou-se necessária após a eleição e morte de Tancredo Neves, antes de tomar posse como presidente da República. A questão era saber se José Sarney, eleito vice-presidente, deveria tomar posse ou se o cargo deveria ser declarado vago. Não era verossímil a morte de Tancredo após todo o movimento para que fosse eleito um presidente civil e após todos aqueles anos de ditadura militar.

⁵ Cf. José Ribas Vieira (2009 e 2011, p. 160); Mark Tushnet (1999); Ran Hirschl (2004 e 2006); Stephen Griffin (2002, especialmente pp. 286-289); e Mark A. Graber (2006).

⁶ Bastaria comparar o tamanho, estrutura e número de pessoas da Administração Pública Federal com os da Justiça Federal para concluir que as hipóteses em que incide o Direito são resolvidas em número infinitamente superior pela Administração Pública, bem como que o volume de normas jurídicas produzidas (ato administrativo normativo) não tem como ser processado pelo Judiciário. Se considerarmos o número de juízes que realmente decidem as questões jurídicas mais relevantes – os tribunais superiores –, essa desproporção torna-se colossal. Até mesmo se considerarmos as categorias de casos jurídicos, ou seja, os temas jurídicos que são suscitados, essa desproporção continua gigantesca – diversos temas legais não chegam ao Judiciário; são definidos de maneira final pela Administração Pública e pelo Legislativo, com o acatamento do cidadão. Também há dados empíricos que comprovam essa afirmativa, que serão expostos no momento oportuno.

Caso fosse declarado vago o cargo, havia a certeza de que a democracia demoraria ainda um bom tempo para ser retomada no Brasil.⁷

A experiência constitucional brasileira, talvez pela influência da experiência portuguesa,⁸ é marcada ainda por um excessivo recurso aos mecanismos de controle judicial de constitucionalidade como meio privilegiado de desenvolvimento das normas constitucionais.⁹ Durante muito tempo, os

⁷ Conforme Saulo Ramos: "Mário Covas, eleito deputado federal. Tancredo Neves, eleito presidente da República no Colégio Eleitoral, juntamente com seu vice, José Sarney. Na véspera da posse, Tancredo adoece e vai para o hospital, fato que o país conhece. E armam a encrenca legal que eu conhecia bem: o titular não tomou posse e, em consequência, o vice não pode assumir. O cargo vago teria que ser exercido pelo Dr. Ulysses Guimarães, presidente da Câmara. Confusão geral no país. Rádio, televisão, juristas dando opinião de um lado, rebatida por outros juristas, políticos inflamados, e o Dr. Ulysses, é claro, deliciado com a hipótese, mais pressionado por amigos do que por ideia própria. Um grupo de deputados, liderados por Freitas Nobre, e de senadores, instigados por Saldanha Derzi, fazia algazarra para Ulysses assumir a Presidência da República, solução que, pelo Direito Constitucional vigente, equivalia a declarar vagos os cargos de Presidente e de Vice-Presidente, isto é, um golpe de Estado. Para complicar ainda mais, o então Presidente da República, o último da ditadura, General João Batista Figueiredo, mandou mais lenha na fogueira. Sarney não podia assumir. Prendo e arrevento. Seu Ministro do Exército, General Walter Pires, com gestão por mais um dia, ameaçava acionar seu 'dispositivo' para impedir a posse de Sarney. Figueiredo foi claro: se Sarney assumisse, não lhe passaria o cargo. Estava de mal, isto é, odiava Sarney, porque possibilitara a eleição de Tancredo. O candidato do general era Paulo Maluf, que perdera no colégio eleitoral. Figueiredo e muitos militares achavam que a culpa era de Sarney. A Aeronáutica queria anular a eleição pelo Congresso. Confusão dos diabos. As idas e vindas do Hospital de Base eram martirizantes. Versões, recados, comentários, opiniões, vaticínios, deduções e, ainda bem, algumas orações comovidas. Passado algum tempo, chegou o General Leônidas Pires Gonçalves, já nomeado Ministro do Exército por Tancredo, decreto assinado, com todos os demais que seriam publicados depois da posse do Presidente da República. A nomeação, portanto, não valia. Leônidas trazia um exemplar pequeno da Constituição, aberto no artigo que tratava da posse de Presidente e de seu Vice, e que dizia: 'Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou Vice-Presidente, salvo por motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago pelo Congresso Nacional' (parágrafo único do art. 76 da Constituição então vigente). Esse 'ou' era de uma clareza ensolarada. Se um não pode tomar posse, pode o outro. Logo, depois do 'ou', o outro pode. O 'ou' do texto legitimava a posse do Vice sem a posse do titular. Além do mais, para entregar o cargo ao Presidente da Câmara, o Congresso deveria iniciar o processo com uma prévia declaração de vacância, o que seria uma farsa por duas razões: o Presidente eleito, doente, não podia tomar posse por motivo de força maior, ressalva expressa no texto constitucional. E o Vice não estava doente. Nada o impedia de tomar posse no cargo para o qual fora eleito – o de Vice –, com as funções de substituir ou de sucedê-lo em caso de morte, renúncia ou *impeachment*. É a disciplina constitucional. A urubuzada temia a primeira hipótese. Se Tancredo morresse, Sarney seria o Presidente nos seis anos seguintes. Aproximei-me de Sarney e disse, apontando para o general: '– Eu e meu colega aqui, emérito constitucionalista, concordamos que o Vice pode tomar posse por causa do 'ou'. Se o Congresso não se reunir, a Constituição autoriza a posse perante o Supremo Tribunal Federal.' (...)." (RAMOS, 2007, p. 121 e seguintes). O debate ainda se estendeu bastante até a aceitação de que Sarney tomasse posse como presidente da República. Cf. a transcrição integral dessa passagem no Anexo I.

⁸ Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 131) exemplifica a absorção da doutrina constitucional germânica pelos autores brasileiros por meio do português J. J. Gomes Canotilho. Giselle Citadino (2004, p. 22) afirma que os constitucionalistas portugueses J. J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade "influenciaram decisivamente o pensamento constitucional brasileiro contemporâneo".

⁹ Cf. sobre o tema Miguel Nogueira de Brito (2010).

doutrinadores reivindicaram uma maior interferência/controle do juiz sobre as decisões da Administração Pública (ato administrativo), tendo em vista o agigantamento desta e a limitação do formalismo jurídico nessa tarefa.¹⁰ Prevalencia, pode-se dizer, o formalismo sobre essas questões. Depois, a partir especialmente segunda metade da década de 1990 no Brasil,¹¹ à medida que os juízes aumentavam a interferência/controle sobre as decisões da Administração Pública e sobre o conteúdo das normas jurídicas, especialmente utilizando-se de normas constitucionais, os autores passam a reivindicar uma regularidade nessa

¹⁰ Sobre o fracasso do formalismo, Cappelletti (1999, pp. 31-39). Sobre suas limitações, Manuel Atienza (2009). Sobre a crise do positivismo, Wolkmer (2001, p. 75) e Faria (2004, pp. 37-47; 1992, pp. 52-54, 58, 77, 82-83, 90 e 92). Era e ainda é corrente, no Brasil, a afirmativa de que o formalismo (positivismo) teria permitido a emergência do fascismo e do nazismo. Esse senso comum decorreu de afirmações desse tipo em obras estrangeiras. O exemplo talvez mais concreto seja a obra de Gustav Radbruch (1962, p. 35), inicialmente um adepto do positivismo jurídico (RADBRUCH, 1950, p. 119), convencido que a postura positivista legitimou o direito nazista e, vendo a necessidade de aplicar a legislação nazista no pós-guerra, desenvolve a sua tão famosa fórmula em 1946: "o conflito entre justiça e certeza jurídica pode ser bem resolvido do seguinte modo: o direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, tem prioridade mesmo quando o seu conteúdo é injusto e não beneficiar as pessoas, a menos que o conflito entre a lei e a justiça chegue a um grau intolerável em que a lei, como uma 'lei defeituosa', deva clamar por justiça" (RADBRUCH, 1962). Outros exemplos são encontrados em Gustavo Zagrebelsky (2003), na Itália, e Eduardo García de Enterría (1985, p. 41), na Espanha, no sentido de que depois da Segunda Guerra Mundial iniciou-se o sentimento de que deixar direitos individuais apenas no nível da lei era perigoso, que seria importante prevê-los em um documento mais robusto, mesmo contra o legislador: a Constituição. Cumpre notar, contudo, ter-se iniciado no Brasil o desfazimento deste equívoco, sendo um exemplo a retratação feita por Daniel Sarmento (2009): "Como um não positivista, tenho a necessária imparcialidade para criticar os equívocos da doutrina brasileira nas suas invectivas contra o positivismo, que muitas vezes caracterizam verdadeira 'falácia do espantinho': ataca-se não a própria teoria positivista, mas uma distorcida caricatura dela. *Dois afirmações erradas, que eu mesmo já fiz em textos anteriores, são muito frequentes: a de que o positivismo recusa a aplicação dos princípios jurídicos, e a de que ele teria sido a Filosofia do Direito cultivada na Alemanha nazista.* (...) No que tange ao segundo ponto – a chamada *reductio ad hitlerum* –, os estudos mais autorizados de História do Direito comprovam que não foi o positivismo a teoria jurídica dominante no nazismo, mas uma espécie de jusnaturalismo de inspiração hegeliana, que se insurgia contra o formalismo e recorria com frequência a conceitos muito vagos para justificar a barbárie, como os de 'comunidade popular' (*Volksgemeinschaft*)" (grifos nosso). Veja-se, a propósito, Michael Stolleis (1998); e Ingo Müller (1991, p. 101: o pensamento era no sentido de que os tribunais somente conseguiriam desempenhar sua atividade "se não permanecessem presos à letra da lei, mas penetrassem seu núcleo mais íntimo em suas interpretações e fizessem sua parte para ver atingidos os alvos do legislador) e (MÜLLER, 1991, pp. 100-101: a Corte Constitucional alemã agia de modo não formalista, fazendo interpretação extensiva, p. ex., em regra que proibia relação sexual entre alemães e judeus, alegando que o objetivo da norma não era apenas resguardar o sangue alemão, mas principalmente a honra alemã, de maneira que era com essa informação que a regra deveria ser aplicada).

¹¹ O principal efeito da Constituição Brasileira de 1988, no âmbito jurídico, foi o fortalecimento do Poder Judiciário (BARROSO, 2009, p. 383; SARMENTO, 2009). Embora fosse também uma tendência em outros países, o daqui deteve intensidade diferenciada (VIEIRA, 2008, pp. 442-459). Esse movimento de engrandecimento do Judiciário intensificou-se após a Lei 9.969/99, impingido pelo Supremo Tribunal Federal, por sua adoção de um ativismo judicial diferenciado, aquele cujo único objetivo é ampliar os seus poderes de competência (RIBAS VIEIRA, 2009 e 2011, p. 160).

interferência/controle, bem como a intensificar o desenvolvimento de métodos capazes de indicar quando poderia haver a interferência e como ela deveria ser feita e justificada.¹² A aceitação dessas teorias foi grande no Judiciário. Mas logo começaram as críticas de que as decisões não possuíam um lastro legal identificável, adentrando em competências constitucionais do Parlamento e da Administração Pública sem um critério definível.¹³ Diante desse quadro, autores que defendiam abertamente essa interferência/controle recuaram e, em conjunto com outros, foi iniciado um período de fixação de critérios ou limites mais rígidos para a sindicabilidade da regra jurídica e do ato administrativo pelo juiz. Passou-se a considerar, também, a capacidade decisória dos tribunais.¹⁴ Iniciou-se um movimento, ainda que diminuto, a favor do formalismo, no sentido de que ele poderia ser a técnica interpretativa mais adequada.¹⁵ Esse movimento não deve ser confundido como uma volta ao passado ou um movimento saudosista, que idealiza o passado diante das frustrações do presente. É bem mais do que isso. Diante da comprovação empírica, da vivência dos problemas gerados pelo *não formalismo* e pelo *ativismo judicial*, os estudiosos passam a dispor de mais dados para desenvolver uma teoria da interpretação jurídica.

No entanto, identificou-se que esses trabalhos, mesmo aqueles que deixam claro a importância do resguardo das atribuições do Parlamento, não desenvolveram instrumentos que previnam que o tribunal não supere ("passe por

¹² Nos EUA, Dworkin (1991 e 1997). Na Alemanha, Alexy (1988a, 1988b, 1997^a, 2001 e 2006). Na Finlândia, Aarnio (1997). No Brasil, Siqueira Castro (1995), Luís Roberto Barroso (2002), Ana Paula de Barcellos (2002), Daniel Sarmento (2000), Jane Reis Gonçalves Pereira (2006). Na Argentina, por todos, Nino (1996) e Serna e Toller (2000).

¹³ As decisões judiciais que assim procedem geralmente apoiavam-se em teorias interpretativas pós-positivistas, ainda que não a apliquem da forma que os seus propositores originais propuseram, na maioria estrangeiros. Confira estudo a respeito do Supremo Tribunal Federal feito por José Ribas Vieira et. al. (2009).

¹⁴ Veja, p. ex., José Reinaldo de Lima Lopes (2009, p. 98: "Eu caio nesse decisionismo, cujos exemplos o Carlos Ari [Vieira Sundfeld] ilustrou. Posso decidir qualquer coisa. Eu não tenho controle social. Uma das tarefas da academia do Direito é esse controle do discurso. A gente produz um discurso, e ele exerce um papel relevante socialmente. Nisso tudo eu acho que há um problema que pode ser distinguido, quer dizer, eu acho que há debates importantes quanto ao modelo, quanto ao sistema jurídico em toda parte e há formas e formas de eu fazer isso na doutrina. (...) a doutrina brasileira não tem feito isso. Há autores isolados, mas não de uma maneira geral. Nossos manuais não fazem isso."); Ana Paula de Barcellos (2005); Humberto Ávila (2004 e 2009); Daniel Sarmento (2009); Cláudio Pereira de Souza Neto (2006); Luís Roberto Barroso (2010) e André Rodrigues Cyrino (2010).

¹⁵ Como exemplo, Noel Struchiner (2005 e 2009); Diego Arguelhes (2006); Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas, Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner (2008); Dimitri Dimoulis (2011).

cima") a contribuição do Parlamento na concretização das normas constitucionais, nem mesmo as abstratas, dúbias ou lacunosas. Ademais, poucos tratam da importância de defender as atribuições constitucionais e legais da Administração Pública que não deveriam ser substituídas pela ação dos tribunais. E, quando tratam, não disciplinam ou desenvolvem um método que permita ou estimule este equilíbrio: contribuição dos poderes políticos para a conformação da Constituição e das normas legais *vs.* necessidade de controle dos atos dos poderes políticos por um *poder não político*.¹⁶ O Judiciário, nesses trabalhos, em geral, teria sempre e necessariamente a última palavra sobre o conteúdo do ato dos poderes políticos, sobre todos os atos.

Há um consenso quase geral a respeito da necessidade de avaliação do conteúdo dos atos administrativos e das leis pelo Judiciário, devendo utilizar todos os tipos de fontes normativas existentes, inclusive aquelas cujo texto é vago, ambíguo e principiológico, mesmo por parte dos considerados positivistas. Ou seja, verifica-se que, no final, técnicas interpretativas propostas e aplicadas no Brasil acabaram por inverter completamente a situação anterior, em que havia um domínio quase absoluto do Executivo, seguido do Legislativo.¹⁷ Não deixaram um espaço reservado para uma colaboração definitiva da Administração Pública na implementação do Direito. Nem mesmo naquelas hipóteses em que o tipo normativo aplicável não possuiria conteúdo em si. O mesmo ocorre, embora em menor medida, em relação ao Legislativo brasileiro.

Na prática, em virtude dos fatores indicados neste trabalho,¹⁸ a aplicação das teses pós-positivistas potencializam a ocorrência de uma situação pior do que a que elas buscam mudar: a aplicação da legislação não clara, dúbia ou principiológica pelos juristas não mais de maneira discricionária ou sem um

¹⁶ Contudo, o termo "diálogos institucionais" começa a ganhar força no Brasil. Por todos, Cecília de Almeida Silva, Francisco Moura, José Guilherme B. Pinto, José Ribas Vieira, Rodrigo de Souza Tavares, Vanice Regina Lírio do Valle (2010); Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 130: "Defender uma postura diferente do STF nos casos de direitos a prestações positivas não significa, contudo, exigir que o STF *substitua* o legislador em todos os casos de comissão. Isso implicaria transformá-lo em definidor de políticas públicas, o que não é seu papel. O exigível, contudo, seria uma posição ativa do Tribunal no sentido de cobrar – ou iniciar – um *diálogo constitucional* entre os poderes".); Rodrigo Brandão (2012).

¹⁷ Embora a distinção não seja tão relevante quanto ao Judiciário brasileiro, quando nesse trabalho se fizer menção ao Legislativo e ao Executivo, estará se referindo aos do âmbito federal.

¹⁸ Como a limitação da razão humana, a limitação de acesso e processamento de dados pelos juízes, o seu afastamento da realidade que sofrerá as consequências de suas decisões, o caráter de definitividade de suas decisões, dificuldade da coordenação da atuação dos juízes, baixa possibilidade de agregação de conhecimento interno e externo para a decisão e assim por diante.

esforço argumentativo, mas com o alastramento de casos de superação da legislação clara (atos do Legislativo e da Administração Pública) pelo jurista "legitimado" justamente por utilizar o método argumentativo, proposto pelos pós-positivistas.¹⁹ O emprego do pós-positivismo legitimaria até mesmo a superação da barreira mantida pela regra e a ida à origem da norma legal, permitindo o questionamento dos motivos que levaram à sua edição e, por fim, a sua não aplicação. O problema é que os juízes podem errar na conclusão a respeito de quais motivos eram esses e a respeito de quais deveriam prevalecer. E não só os juízes, mas também servidores públicos e os cidadãos em geral. Os efeitos dessa

¹⁹ Cf. Carlos Ari V. Sundfeld (2011; 2009, especialmente pp. 73-74: "A conclusão é a seguinte: em Direito Administrativo, princípio é preguiça. É isso o que vem acontecendo com a aplicação dos princípios em Direito Administrativo. De um lado, o legislador não estabeleceu critérios específicos sobre a suspensão no fornecimento de serviços públicos ao usuário inadimplente. De outro, não criou leis tipificando adequadamente infrações para se combater o desvio ético na Administração. Aliás, sequer disse qual seria o significado de desvio ético. A sociedade, por sua vez, não discutiu nada disso e a solução fácil, e preguiçosa, encontrada foi a dos princípios. (...) O juiz, por outro lado, quando quer condenar, faz um discurso cheio de princípios. E, quando quer absolver, utiliza o princípio da gravidade ou do dolo. O debate jurídico sobre esses assuntos não tem levado em consideração a complexidade envolvida. (...) O Poder Judiciário de dispôs a fazer isso, quer dizer, não dou a menor bola para solução da lei e vou ver qual é a solução boa. Se ela estiver de acordo com a minha solução, eu a cito lá pelas horas tantas, senão eu nem cito. Só que ele não tem tempo para fazer esse debate sofisticado, então ele faz um debate rasteiro e um princípio serve para o debate rasteiro. Nesse sentido princípio é preguiça. Não havia preguiça ao assumir o trabalho, mas há preguiça de fazê-lo até por inviabilidade prática."); Humberto Ávila (2009); José Reinaldo de Lima Lopes (2009, p. 97: "eu sou daqueles que desconfiam muito dos princípios. (...). Quando você [Virgílio Afonso da Silva] dizia que o STF usa muita doutrina, eu estava pensando, usa a doutrina como usa os princípios, da forma que diz o Carlos Ari [Vieira Sundfeld]. Ou seja, são palavras que enfeitam eventualmente, mas sem consistência. Eu acho que uma doutrina implica uma definição dos termos. O que eu entendo por direito fundamental? O que eu entendo por liberdade civil? O que eu entendo por isso? Aí eu tenho uma doutrina. Se eu não digo isso e se eu digo qualquer coisa a qualquer momento, claro eu não tenho regra para pregar, então a pregação a qualquer momento ela é esquizofrênica, ela é ad hoc"); e Celso Fernandez Campilongo (2009, especialmente pp. 91-92): "Em relação a isso eu estou totalmente ao lado do professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld]. Também desconfio dos princípios (...). Desconfio muito dos princípios. O professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld] citou, acho que está no voto da Ministra Eliana Calmon, o princípio da preguiça. (...) Tendo a concordar com ela. Costumo dizer, em diversos momentos, que os princípios funcionam como uma espécie de muleta para o jurista. É a muleta do preguiçoso. Os princípios são, geralmente, socorro vazio, paradoxal e contraditório. Eles servem para resolver todos os problemas. Servem de resposta a toda e qualquer situação e as respostas costumam ser as mais estapafúrdias e diversas possíveis". Como geralmente fazem os juspositivistas, Campilongo afirma que o problema não está na eleição dos princípios, nisso há união ("quem se oporia ao princípio à vida?"). O problema está na *operalização* do princípio, nisso não há consenso e "a briga costuma ser feia". Isto não significa que os princípios jurídicos não tenham relevância alguma. "Eles [os princípios] desempenham um papel importantíssimo e um papel particularmente importante para interpretação do Direito. Agora, por si sós, não têm a capacidade de resolver os problemas que o Direito precisa enfrentar, isto faz com que princípios estejam sempre necessariamente atrelados, inclusive para que tenham uma dimensão operativa, pelo menos a duas outras instâncias. *Princípios* estão atrelados a *instituições* e princípios estão atrelados a *procedimentos*." (CAMPILONGO, 2009, pp. 91-92).

postura interpretativa sobre o direito, nesse caso, seriam bastante negativos. Em muitos casos, a postura interpretativa pós-positivista leva à diminuição da concretização dos direitos humanos, quando comparado com os poderes políticos, justamente o principal objetivo dos pós-positivistas ou não formalistas.²⁰

É uma discussão sem fim e um dos principais debates jurídicos contemporâneos o debate entre positivistas e pós-positivistas a respeito do tema acima:²¹ a aplicação formal dos princípios jurídicos (moral) pelo jurista amplia o número de decisões descoladas e mesmo contrárias ao Direito, em virtude de sua abstração (consegue-se justificar decisões antagônicas com um mesmo princípio jurídico); ou, pelo contrário, os princípios jurídicos (moral) são aplicados de uma maneira ou de outra pelo jurista, geralmente implicitamente, e, assim, seria importante não só reconhecer isso, como faz boa parte dos positivistas de hoje, mas também sistematizar como eles têm que ser aplicados, uma vez que isso é não só possível, mas também cogente, por integrar o próprio Direito.²²

Para ficar mais claro, a discordância infundável entre positivistas e pós-positivistas atuais reside na seguinte questão: a forma de aplicar o Direito está inserida no Direito? Em caso positivo, e mais importante, há como identificar essa forma legal de aplicar o Direito e/ou obrigar a sua aplicação? Em casos difíceis, quando há uma lacuna legal, a regra possui mais de um sentido ou a lei prevê um propósito ou um princípio, o método de preenchimento dessa lacuna, de superação da dubiedade ou de preenchimento desse conceito jurídico indeterminado ou princípio estaria no Direito (positivado) ou no direito (ciência)? Seria possível sistematizar isso e/ou obrigar a sua aplicação?²³

²⁰ Nesse sentido, Mark Tushnet (1999); Ran Hirschl (2006 e 2007); Stephen Griffin (2002); e Mark A. Graber (2006).

²¹ Cf. Gisele Cittadino (2004, p. 13): "Um dos principais temas do debate jurídico contemporâneo tem sido precisamente o papel que desempenham os princípios nos ordenamentos jurídicos atuais. Se para os positivistas a função dos princípios era meramente supletiva e subsidiária, nestes tempos pós-positivistas já se fala até em concepção principal do direito, de vez que muitas das constituições contemporâneas, ao incorporarem os princípios em seus textos, os transformaram em normas-valores. Constitucionalizados, os princípios se tornam fundamento de toda a ordem jurídica e critério de interpretação do próprio texto constitucional".

²² O texto "¿Es El Positivismo Jurídico una Teoría aceptable del Derecho?", de Manuel Atienza (2009), neoconstitucionalista, em que ele diverge da tese de Eugenio Bulgim, positivista (inclusivista), esclarece e sistematiza bem o ponto nodal da divergência entre positivistas e pós-positivistas. Outros textos representativos serão citados ao longo do trabalho.

²³ Por exemplo, veja o debate H. L. A. Hart vs. Ronald Dworkin. Nas palavras do primeiro (HART, 2007, p. 335-336): "O caso jurídico mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá

Ou seja, observa-se uma discussão bastante polarizada a respeito do conceito e método de aplicação do Direito.²⁴ Uma discussão inconciliável,²⁵ uma vez que baseadas largamente em conceitos abstratos, em teorias que se baseiam nas concepções valorativas atribuídas às normas constitucionais abstratas e à sua estrutura, à democracia, à natureza da linguagem e à natureza do direito.

Grandes questões e pontos de disputas entre os teóricos e aplicadores do Direito poderiam ser evitados ou temporizados caso a técnica de interpretação fosse escolhida não só com o auxílio da moral ou de conceitos teóricos abstratos a respeito das capacidades e deveres dos aplicadores da lei. A chance de consenso

sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito (...) Esta imagem do direito, como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do juiz, enquanto preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário limitadamente criador de direito, são rejeitadas por Dworkin, com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial. Ele pretende, como efeito, que o que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceita pelo positivista, e que a circunstância, de isto assim ser emergirá [sic] da sua própria concepção 'interpretativa' do direito, enquanto inclui, além do direito estabelecido *explícito*, identificado por referência às suas fontes sociais, princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência e também conferem a melhor justificação moral dele. Neste ponto de vista interpretativo, o direito nunca é incompleto ou indeterminado e, por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão". Dworkin dirige três críticas principais à concepção de poder discricionário judicial de Hart, que seria aplicável nos "casos parcialmente deixados por regular pelo direito", em que não forneceria uma resposta para solucionar uma disputa judicial (*hard case*). "A primeira é a de que esta concepção é uma falsa descrição do processo judicial e do que os tribunais fazem nos 'casos difíceis'" (HART, 2007, p. 336). "As outras críticas de Dworkin à minha concepção de poder discricionário judicial condenam esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta". Antidemocrática porque os juízes não são eleitos, e numa democracia apenas representantes eleitos pelo povo devem criar direito. Injusta porque a criação de direito pelo juiz seria retroativa ou *ex post facto*, "a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, como injusta". Hart rebate essas críticas. (HART, 2007, pp. 338-339).

²⁴ Conforme Carlos Maximiliano, considerado por muitos o maior hermenêuta brasileiro (GODOY, 2010, p. 19): "[t]alvez constitua a Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem. (...) A palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de ideias." (MAXIMILIANO, 1965, pp. 23 e 28).

²⁵ Cass Sustein e Adrian Vermeule (2002) e Vermeule (2006).

umentaria bastante caso fossem utilizados nessa tarefa instrumentos da ciência política²⁶ e dados referentes à capacidade interpretativa das instituições²⁷ responsáveis pela aplicação do direito. Ou seja, a análise de dados mais palpáveis.

A Constituição brasileira não fornece o método de interpretação que deve ser adotado²⁸ nem o papel que cada instituição tem na concretização das normas constitucionais.²⁹ Por isso, não é produtiva a insistência no uso de argumentos morais, estruturais ou conceituais constitucionais para demonstrar qual seria o papel da interpretação jurídica e como ela deveria ser aplicada. Não haveria como,

²⁶ Com apoio, por exemplo, em Bruce Ackerman (2006), que, ao fazer uma investigação histórica, demonstra que as grandes alterações sofridas na Constituição estadunidense, inclusive a própria Constituição em si, não foram feitas respeitando a Constituição vigente, mas sim por meio de um consenso dos Poderes políticos a respeito do que era constitucional; e em Stephen Griffin (1996 e 2005), que afirma que o controle judicial de constitucionalidade depende do contexto político que se tem e que deve ser desenhado conforme a capacidade (política) concreta de os três Poderes garantirem os direitos fundamentais e a estabilidade democrática.

²⁷ A chamada "virada institucional" (*Institutional Turn*), Cass Sustein & Adrian Vermeule (2002) e Vermeule (2006, 2009 e 2011). Nas palavras de Cass Sustein e Adrian Vermeule (2002, p. 1): "Em muitos casos, um entendimento das capacidades institucionais e dos efeitos dinâmicos podem habilitar pessoas diversas, com diferentes visões sobre a interpretação legal ideal, a concordarem sobre qual interpretação legal deve prevalecer na verdade". Ou de modo ainda mais direto, Sunstein (2011, p. 235-236): "Os antiformalistas deveriam concordar que mudariam sua visão se ficasse claro que tribunais errariam menos, ou que o legislador, quando confrontado com um judiciário formalista, faria correções *ex post* ou responderia ao formalismo legislando com maior clareza antecipadamente. De sua parte, os formalistas deveriam ser sacudidos se juízes não formalistas procedessem sabiamente e sem impor altos custos de decisão, ou se o legislador fosse inteiramente não responsivo à interpretação formalista e se erros evidentes ficassem sem correção. Uma mútua tomada de consciência desses pontos deveria fazer com que um dos grandes e quase teológicos debates da teoria do direito ficasse, de uma vez, mais dócil, menos teológico e menos confuso".

²⁸ Cf., p. ex., Adrian Vermeule (2006, p. 76): "nenhuma constituição poderia, mesmo em princípio, ditar regras para sua própria interpretação; o significado das cláusulas relevantes poria sempre uma questão interpretativa de ordem mais elevada". Quanto à Constituição estadunidense, afirma (VERMEULE, 2006, p. 76): "Nossa Constituição sem pormenores, eu argumentei, não pode plausivelmente ser lida, sob nenhuma perspectiva interpretativa, para ditar regras de interpretação legal, mesmo por meio de texto expresso ou por meio de inferência estrutural". Interessante notar, no entanto, a existência da Lei de Introdução do Código Civil, o Decreto-Lei 4.657/42, que dispõe sobre interpretação jurídica (a aplicação da lei) nos seus artigos 4º e 5º. Embora não esgotem as questões atinentes à interpretação jurídica, poderiam ser considerados um ponto de partida para a definição do caso brasileiro, ao menos para as relações privadas (Direito Civil, Comercial etc.).

²⁹ Quanto ao papel das instituições na concretização da Constituição, por todos, demonstrando que nem o papel do Supremo Tribunal Federal está definido claramente por ela, José Ribas Vieira (2010, p. 164), "na sociedade brasileira (...) urge a uma reformulação da teoria constitucional para interpretar a Constituição Federal de 1988 e redirecionar o ativismo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal"; e Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 143), "6. Mas talvez a discussão mais urgente acerca da interpretação constitucional – que não guarda qualquer relação com uma discussão acerca de meros métodos – diga respeito ao papel do STF na interpretação constitucional. Cabe a esse Tribunal fazer valer determinados valores constitucionais? (...) Ou ao STF cabe apenas zelar pelo bom funcionamento procedimental do regime democrático, deixando para o legislativo a tarefa de decidir sobre os valores constitucionais a serem concretizados? Importante é ter em mente que a tarefa da interpretação constitucional irá variar de acordo com o enfoque acerca da função da Constituição e de seu guardião na vida política do país".

por meio de normas constitucionais ou da sua estrutura, chegar a uma conclusão sobre o método interpretativo adequado aceito por um número relevante de aplicadores do direito. Objetivamente: os positivistas continuariam divergindo do método de interpretação jurídica proposto pelos pós-positivistas, neoconstitucionalistas, jusnaturalistas, e vice-versa – para não mencionar a divergência interna de cada uma dessas correntes de pensamento, como a dos positivistas formalistas, os positivistas inclusivistas, os positivistas originalistas, os textualistas, os intencionalistas (*purpositivism*).

A busca pela decisão idealmente correta ou adequada é a opção natural perante a necessidade de resolver uma questão legal. Esta seria uma consideração de primeira ordem (*first-best account*) e, conseqüentemente, a primeira melhor decisão (*first-best decision*). A *teoria do second-best*³⁰ ensina, contudo, que caso não seja possível obter a primeira melhor decisão (a decisão ideal) em todos os casos ou para cada situação, a saída seria escolher o meio mais apto a alcançar a melhor decisão viável. A adoção desta metodologia, portanto, exige a aferição de dados objetivos no lugar das concepções valorativas atribuídas às normas constitucionais abstratas e à sua estrutura, à democracia, à natureza da linguagem e à natureza do direito. Como são dados objetivos, essa metodologia permite investigar o melhor método interpretativo a partir de bases concretas, aferíveis por qualquer aplicador do direito, seja qual for sua visão a respeito do conteúdo material/substantivo do direito, sua concepção de direito e de constituição. A análise sugerida pela teoria *second-best* também viabiliza, portanto, uma maior possibilidade de consenso a respeito do método de interpretação a ser usado.³¹

³⁰ A Teoria da segunda melhor decisão (*Theory of second-best*) afirma que às vezes a solução ideal para um problema, ou "opção política ótima", é inviável. O melhor não deve ser inimigo do bom, por isso, quando a primeira opção política não está disponível, então, os teóricos normativos devem considerar soluções que seriam as segundas melhores disponíveis. Esse conceito foi difundido por Richard G. Lipsey & Kelvin Lancaster (1956-2000). Trata-se de um conceito técnico da economia (*welfare economics*). Por ter uma proposição bastante genérica, tem aplicações também em outras áreas, sendo considerado um instrumento essencial para o teórico do direito. John Rawls (1997) utiliza conceito semelhante, desenvolvendo e distinguindo duas formas de concepção da filosofia política: *ideal theory*, que equivaleria ao *first-best*, e *nonideal theory*, que equivaleria ao *second-best*.

³¹ Por exemplo, a defesa em torno do *formalismo*, como defende Frederick Schauer (1985, 1988, 1991, 2009, 2011), Larry Alexander (2011) e é proposto por Cass Sunstein (2011). Essa, aliás, é uma das principais teses de Adrian Vermeule (2006, p. 71), p. ex.: a de que o formalismo pode produzir as melhores conseqüências para uma vasta gama de *teorias conceituais valorativas* (*value theory*) – as que definem o que o direito deve ser ou é com fundamento em valores –, o que faria com que "proponentes de diferentes concepções de valor pudessem convergir para um acordo

A conclusão a que se chegou é que as contingências subjacentes à decisão impedem uma aplicação ideal do direito por todas as instituições. Logo, é indispensável a análise do plano operacional, a fim de identificar quais são as melhores soluções viáveis, atentando-se para as peculiaridades e contingências do mundo real.³² Como não é possível alcançar a solução ideal, deve-se buscar uma segunda melhor decisão (*second-best decision*). Assim, importante identificar qual instituição tem a maior capacidade interpretativa, bem como qual técnica interpretativa viabilizaria chegar à melhor decisão possível, tendo em vista o arranjo institucional e a capacidade interpretativa de cada instituição responsável por interpretar o direito. As teorias da interpretação jurídica desenvolvidas e aplicadas no Brasil, no entanto, especialmente as referentes às normas constitucionais, focam-se na moral e em conceitos teórico-abstratos, pouco explorando o plano operacional. Mesmo no Brasil, em que a Constituição é jovem e analítica, na qual as competências são disciplinadas de modo detalhado quando comparada às constituições sintéticas ou principiológicas, qualquer teoria interpretativa que pretenda ser aplicada na prática não pode negligenciar as contingências que são e serão enfrentadas pelos intérpretes.³³

sobre o formalismo, de maneira que o formalismo representaria algo como um consenso sobreposto entre vários campos".

³² Cf. Frederick Shauer (1991 e 2004), Cass Sunstein e Edna Ullmann-Margalit (1999), Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002) e Vermeule (2006, p. 80): "As análises *first-best* são necessariamente incompletas. O problema para a consideração *first-best* é que essas considerações podem ser implementadas por uma gama de arranjos institucionais e de regimes interpretativos. Alguns desses arranjos podem produzir piores resultados, de acordo com o critério de valor especificado pela consideração *first-best*, do que outros. Não há escapatória para a questão sobre como a consideração *first-best* deve ser implementada no plano operacional". Ou seja, sem a consideração do nível operacional, as considerações *first-best* não produzem nenhuma conclusão mais decisiva sobre as regras interpretativas.

³³ Por todos, Virgílio Afonso da Silva (2010) e Paulo Bonavides (2010a) dão o tom a respeito das teorias da interpretação constitucional até então desenvolvidas e discutidas no Brasil. O foco de todas elas está em como a Constituição determina sejam aplicados os princípios jurídicos, como a moral auxilia o intérprete no mister de aplicar a norma e/ou qual o papel definido pela Constituição ao Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva corrobora ao menos parte do que se afirma neste trabalho: "(...) quem decidir por um desses métodos [de interpretação da constituição] arcará com o ônus da demonstração de sua aplicabilidade e de sua primazia. Não há mais como se satisfazer com a mera exposição teórica de sua ideia básica" (SILVA, 2010, p. 142). E continua: "Não faz sentido que a apresentação de meras listas de métodos – tanto quanto a de meras listas de princípios – seja considerada como um objetivo no campo da interpretação constitucional. 5. Mais que isso, a discussão não pode se limitar à mera análise de métodos. A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira" (SILVA, 2010, pp. 142-143). Quanto ao trabalho de Paulo

Não se olvida, todavia, que a defesa de uma jurisdição constitucional restrita aos princípios procedimentais³⁴ no uso da moral não deixa de ser o resultado de uma consideração *second-best*. Entretanto, e apesar de esse tipo de consideração identificar alguns limites da capacidade de interpretação jurídica das instituições estudadas, especialmente dos juízes, detém pouca base empírica, analisando pouco ou nenhum dado objetivo a respeito da capacidade interpretativa das instituições pertinentes e os efeitos sistêmicos do método interpretativo defendido. Tais estudos, em geral, têm uma perspectiva preconceituosa ou enviesada sobre as capacidades das instituições responsáveis pela criação e aplicação do direito.

A necessidade de considerar a *política* previamente à escolha ou definição de uma doutrina interpretativa parte de uma compreensão amplamente difundida nos Estados Unidos da América (EUA) quanto às duas observações básicas a respeito do constitucionalismo somadas a uma observação de Stephen Griffin. Os constitucionalistas americanos costumam afirmar que a constituição "é uma tentativa de se usar palavras para criar uma ordem política", bem como que se estabelece uma "proposital concepção de um sistema de instituições específicas para operar a constituição" (OLIVEIRA, 2010, p. 26). Ou seja, a constituição poderia controlar o Estado por várias gerações porque é escrita em linguagem geral e é adotada através de um processo político especial que lhe dá uma legitimidade acima e além de qualquer lei ordinária. Chegar a esta conclusão e aceitá-la é relativamente fácil. O difícil, afirma Griffin, seria explicar como isso ocorre (GRIFFIN, 1996). E é justamente essa dificuldade que deve ser enfrentada por quem quer traçar ou entender adequadamente a Teoria da Constituição e como

Bonavides, os seguintes trechos são exemplificativos da característica que realçamos das teorias da interpretação (constitucional) trabalhadas e desenvolvidas no Brasil: "Em verdade, os princípios são o oxigênio das constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa" (BONAVIDES, 2010a, p. 288); "Não é à toa, por conseguinte, que Enterría não trepida em asseverar que 'a afirmação e o desenvolvimento desta jurisprudência de princípios dominam *avassaladoramente* o momento atual da Ciência Jurídica (...)' (BONAVIDES, 2010a, p. 286).

³⁴ Há a distinção clássica entre princípios procedimentais e princípios substantivos (ou materiais), havendo autores que defendem a aplicação de ambos pelo Judiciário e outros que defendem uma aplicação restrita aos princípios procedimentais, a fim de evitar a usurpação da discricionariedade política do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário. Por exemplo, a doutrina que defende a *constituição aberta* (conceito de Häberle, defendido no Brasil por José Afonso da Silva e Siqueira Castro, dentre outros), os trabalhos de Dworkin e Cappelletti, por um lado, e os de Habermas e Garapon, por outro. Aqueles, tendentes a uma aplicação substantiva da moral (defesa dos valores substantivos). Os dois últimos, com uma defesa da racionalidade prática e dos direitos fundamentais por meio dos procedimentos (defesa de valores procedimentais). Nesse sentido, Daniel Almeida de Oliveira (2006, pp. 30-38).

o constitucionalismo se desenvolve. A leitura de Griffin e o seu auxílio na leitura de outros autores sobre o tema terá por objetivo superar essa dificuldade.

O presente trabalho defende, portanto, que somente é possível escolher ou desenvolver uma doutrina de interpretação jurídica após se engolfar no estudo desse sistema de instituições responsável por guardar e aplicar a constituição. Aqui serão utilizadas as obras de Griffin como apoio teórico. Após compreender bem a relação entre essas instituições, a função política e republicana de cada uma, na teoria e na prática, deve-se investigar a capacidade de interpretar e aplicar o Direito de cada uma, bem como considerar os efeitos sistêmicos de suas decisões, para, aí sim, desenvolver uma teoria da interpretação jurídica que indique o método de interpretação que deve ser adotado por cada uma dessas instituições. Ou seja, que indique a técnica interpretativa que melhor garanta a aplicação do Direito. Quanto a esse segundo ponto do trabalho, a referência teórica principal será a obra de Adrian Vermeule.

Consequência lógica do que foi dito até aqui é a afirmativa da impossibilidade de defesa de uma única técnica de interpretação jurídica para todos os aplicadores do Direito. Deve ser indicado um método de interpretação para os juízes, outro para o legislador e outro para os servidores públicos da Administração Pública, levando-se em conta a capacidade interpretativa de cada uma dessas instituições e os efeitos sistêmicos de suas decisões. É possível, ainda, defender um tipo de interpretação jurídica específica para o Direito Civil e Comercial (Empresarial), outro para as políticas públicas, outro para o Direito Constitucional e ainda outro para o Direito Regulatório. Portanto, ainda que não se concorde com o método indicado para interpretar a Constituição e o para interpretar o direito infraconstitucional como um todo, como proposto por Adrian Vermeule, por exemplo, é possível concordar com a proposta menos ambiciosa da presente tese: indicar o método mais adequado de interpretação jurídica a ser adotado, no Brasil, pelos juízes, legisladores e servidores da Administração Pública quando se depararem com o Direito Regulatório e as normas constitucionais incidentes sobre esse ramo do Direito.

Portanto, para se elaborar e entender uma teoria da constituição necessária e prévia a uma teoria da interpretação jurídica, é preciso levar em conta muito mais do que apenas o Direito Constitucional e aquilo que os tribunais dizem a seu respeito, é preciso ter como objeto principal e primeiro do estudo o

constitucionalismo: a natureza do constitucionalismo do país, a validade da doutrina da soberania popular, a relação da constituição com o desenvolvimento da política do país, por exemplo.³⁵ Como uma das tarefas principais de uma teoria da interpretação é dizer como as normas constitucionais devem ser interpretadas, bem como, antes disso, entender o que dizem as normas constitucionais quanto ao ofício de interpretar, caso digam algo a respeito, não é possível a quem pretenda traçar tal teoria deixar de enfrentar as questões expostas.

Já quanto à segunda parte deste trabalho, a de que deve ser levada em conta a capacidade interpretativa das instituições estatais – na hipótese, o Judiciário, a Administração Pública e o Legislativo – para se definir uma doutrina interpretativa, ela parte da aceitação do "dilema institucional". O "dilema institucional" é representado pelo seguinte: acadêmicos podem esperar até encontrar a melhor resposta, o juiz e os servidores públicos não; as questões empíricas não têm como serem resolvidas a custo e tempo aceitáveis, pelo simples fato de que os procedimentos que deveriam seguir variam de acordo com as descobertas sobre as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos de cada tipo de decisão; e os juízes, bem como os servidores públicos da Administração Pública, têm a racionalidade limitada, aqueles mais do que estes.³⁶ Essas premissas são consequencialistas. Mas o presente trabalho não defende casuísmo ou um *consequencialismo ato a ato* (*act-consequentialism*). Ao invés, defende um *consequencialismo-regra* (*rule-consequentialism*).³⁷ Dito de outro modo, a análise a respeito do método interpretativo a ser empregado por cada instituição não deve

³⁵ Cf. Stephen M. Griffin (1996).

³⁶ Por todos, Adrian Vermeule (2006, p. 3).

³⁷ Vermeule preocupa-se em fazer tal observação (VERMEULE, 2006, p. 5), que o distinguirá de outros grandes teóricos da interpretação que se baseiam em premissas consequencialistas, como Posner. Interessante neste ponto a observação de Vermeule e Sustain no sentido de que, qualquer que seja o tipo de consequencialismo adotado (*case specific consequences of decision vs. systemic consequences of decision, pragmatist maximand vs. pragmatic side-constraint*), ele levará a "uma escolha de nível sistêmico de um tipo particular", o que faria com que a classificação de Posner a esse respeito não tivesse sustentação em si mesmo (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 21-22). De todo modo, o tipo de pragmatismo defendido por Richard Posner ("*everyday pragmatism*") exigiria uma teoria de valor anterior para conferir uma regra ou padrão que permita ao juiz verificar se a consequência que irá atingir com a sua decisão realmente é um resultado correto ou o melhor (DWORKIN, 1997, pp. 363-364). Ou seja, se se defende um *consequencialismo ato a ato* – observo que Posner não aceita que sua teoria é consequencialista, tanto que prefere usar "razoabilidade" no lugar de "melhores consequências" (POSNER, 2003, p. 65) –, é preciso dizer o que é um melhor resultado ou o resultado correto para cada caso previamente, nem que na forma de um padrão que possa ser usado no nível operacional pelo julgador, o que Posner não faz (VERMEULE, 2006, pp. 71-72).

ser feita a cada caso que for submetido para julgamento. Deve ser feita de modo geral. O comportamento interpretativo a ser indicado para cada instituição deverá ser respeitado por ela em todos os casos sob sua análise, em todos os casos em que tiver que aplicar o direito.

O trabalho também verificou se a Constituição ou as teorias constitucionais atuais negariam o tipo de interpretação delineada em razão dos aspectos acima (capacidade de interpretação de cada instituição estatal, e um modo de interpretação para cada uma). Chegou-se à conclusão que não; não existiria teoria constitucional no sentido de que o modelo de interpretação jurídica deve ser o mesmo para todas as instituições, nem que seria inconstitucional ou ilegal a análise da capacidade institucional.

O marco teórico deste trabalho são as obras de Stephen Griffin e Adrian Vermeule, inclusive seus estudos a respeito de outros autores também trabalhados aqui.³⁸ Outros autores cujas obras e discussões serviram de base para a confecção desta tese foram Carlos Maximiliano, Bruce Ackerman, Jeremy Waldron, Barry Friedman, Frederick Schauer, Mark Tushnet, Cass Sunstein, David Strauss, Peter Strauss, Neil Komesar, Einer Elhauge, Jon Elster, Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, Jürgen Habermas e Carl Schmitt.

O foco foi dado sobre a doutrina estadunidense porque ela está num âmbito de discussão acerca da teoria constitucional diverso do da Europa e do Brasil. Os americanos estão mais centrados na relação entre direito, moral, economia, estatística, psicologia e técnicas de hermenêutica jurídicas, no que a norma diz ou deveria dizer, na verificação das potencialidades da moral e outras ciências contribuírem para o Direito, e no papel a ser desempenhado pelo Judiciário nesse quadro visando a um melhor direito. As discussões europeias e da América do

³⁸ Enxergou-se uma complementaridade entre as obras de Griffin e Vermeule. Os conceitos e *chaves de sentido* trabalhados por Griffin podem ser usados, para ilustrar o afirmado até aqui, para a superação do desafio tido como necessário por Bruce Ackerman (2000): o desafio de estabelecer um arranjo constitucional que não profiba, mas sim legitime a existência de órgãos administrativos reguladores com capacidade normativa, com capacidade de tomar decisões políticas a respeito da concreção de direitos – tida como necessária para a manutenção da democracia e do estado de direito por Ackerman (ACKERMAN, 2000, pp. 696-697). Vermeule, semelhante ao que fez Griffin na teoria constitucional, ao desenhar sua teoria da interpretação, não descuidou da análise dos impactos e importância da atividade de criação e aplicação do direito pelas instituições estatais sobre a democracia e a ordem constitucional – como prova seu livro *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small* (VERMEULE, 2007) e *The Limits of Reason* (VERMEULE, 2009). Também nesse sentido, ou seja, no que toca ao desenvolvimento de uma teoria que vise à democracia e sua manutenção e reforço, visualiza-se complementaridade entre as obras de Griffin e Vermeule.

Sul, desde o final da década de 1980 até recentemente, por outro lado, focam-se no debate "pós-positivismo", "neoconstitucionalismo" e "novo positivismo jurídico" (ou positivismo inclusivo).³⁹ As obras referidas no Brasil geralmente focalizam o debate conceitual e os meios de a moral contribuir para a aplicação de um direito melhor. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem estado atento a estas teorias da interpretação jurídica. Mas, ao contrário do que seria esperado, nota-se um acréscimo dos problemas de legitimidade das decisões do tribunal e reflexos negativos no processo de criação e aplicação do Direito.⁴⁰ Tais problemas já ocorrem há bastante tempo nos Estados Unidos, em maior e menor grau, o que faz com que lá se encontre a discussão mais ampla e profunda sobre o tema.⁴¹ Há, portanto, nesse país, farto material doutrinário e judicial a respeito, com grande capacidade de contribuição para o caso brasileiro.

Outros motivos para a escolha do marco teórico norte-americano são: i) o fato de a dinâmica das decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil estar bastante semelhante à daquelas proferidas pelos tribunais da *common law*;⁴² ii) o

³⁹ P. ex., Manuel Atienza (2009), "¿Es el Positivismo Jurídico una Teoría aceptable del Derecho?", que critica o positivismo jurídico, em todas as suas vertentes, comparando-as à argumentação jurídica, posição que defende; e o texto de Eduardo Ribeiro Moreira (2009), "Do positivismo ao neoconstitucionalismo", que levanta e trabalha a seguinte classificação: *positivismo exclusivo (hard)*, *positivismo inclusivo (soft)*, *neoconstitucionalismo teórico (normativo)* e *neoconstitucionalismo total (forte)*. Além do já citado Paulo Bonavides, fazendo suas as palavras do talvez maior constitucionalista espanhol da atualidade: "Não é à toa, por conseguinte, que Enterría não trepida em asseverar que 'a afirmação e o desenvolvimento desta jurisprudência de princípios dominam *avassaladoramente* o momento atual da Ciência Jurídica (...)" (BONAVIDES, 2010b, p. 286).

⁴⁰ Em sentido semelhante, José Ribas Vieira et. all. (2009).

⁴¹ Em sentido semelhante, Habermas, quando trata das obras alemãs e americanas sobre o tema (Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 326): "Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. Neste aspecto, a discussão americana é mais fecunda do que a alemã."

⁴² Na verdade, a legislação brasileira expressamente previa ser aplicável, subsidiária e especialmente ao processo judicial federal, às leis dos Estados Unidos: "Art. 386 (...) Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal" (Decreto nº 848/1890. Esse Decreto foi revogado apenas em 1991, pelo Decreto nº 11/1991. Ainda, por todos, José Ribas Vieira (2010, pp. 159-160): "(...) a leitura destes textos articulados é uma defesa intransigente de que a teoria constitucional em termos de estudo só pode avançar neste século XXI em razão de um constante comprometimento do processo de comparação. Depreende-se que essa postura se torna imperativa, por exemplo, diante de um contexto jurídico responsável pelo esmaecimento de distinções tão nítidas como eram os institutos oriundos de sistemas como o do '*common law*' e o do '*civil law*' (europeu-continental).

fato de a Constituição dos EUA ser muito mais antiga e muito menos detalhada do que a nossa, além de os juristas americanos estarem inseridos num sistema de *common law*,⁴³ o que faz com que o problema de interpretação jurídica deles seja, ao menos potencialmente, maior do que os nossos;⁴⁴ iii) o fato de o marco teórico selecionado possuir uma racionalidade própria na análise da teoria constitucional, servindo de paradigma comparativo, possibilitando *insights* e perspectivas de análise dificilmente encontrados nos trabalhos de países do sistema *civil law*.

O trabalho parte da afirmativa, portanto, de que as teorias da interpretação defendidas e aplicadas no Brasil descuidam-se ou não exploram como deveriam o âmbito político e a capacidade interpretativa das instituições estatais. Como consequência, geram grandes questões e disputas entre os teóricos e aplicadores do direito que poderiam ser evitadas e melhor temporizadas, e até mesmo chegar a um consenso, caso fossem trabalhados os aspectos do plano operacional. O desenvolvimento de uma teoria da interpretação que levasse em conta especialmente a capacidade interpretativa das instituições estatais poderia solucionar, também, problemas específicos, como disputas sobre competências legislativas, administrativas e judiciais, quando a constituição/lei não for clara e específica em defini-las.

Existem várias e grandes divergências entre as teorias da interpretação jurídica e graves questões (problemas) trazidas por elas que seriam evitáveis caso elas considerassem, também ou especialmente, o aspecto institucional quando da sua elaboração. Tais teorias são, portanto, incompletas ao não trabalharem com os

Tal quadro impõe-se na medida em que a forma de elaboração do direito em dias atuais traz uma dinâmica das decisões judiciais tão típicas de padrões anglo-saxônicas. Em contrapartida, o núcleo europeu-continental, como pode ser depreendido de contribuições teóricas constantes desta obra, instigou como um confronto ao *judicial review* as experiências das jurisdições constitucionais. Estas merecem, reitera-se, o exame por parte dos pesquisadores, um atento questionamento sob o título 'tribunais constitucionais'. (...) Esse esforço comparativo (...) decorreu, também, da necessidade de estabelecer um diálogo em especial com a teoria constitucional americana no momento em que a 'práxis' do modelo constitucional brasileiro pós 1988 vivencia certo esgotamento institucional em razão dos limites da judicialização da política assumida pelo Poder Judiciário e a postura de ativismo jurisdicional assumido pelo Supremo Tribunal Federal (STF)".

⁴³ Exceção seria o estado de Louisiana, cujo sistema jurídico é em sua maior parte baseado na *civil law* (FARNSWORTH, 1996). Também cabe citar codificação efetuada pela Califórnia, Dakota do Norte, Dakota do Sul, Idaho e Montana quanto às normas de Direito Civil no século XIX, vigente até os dias atuais (BURNHAM, 2006, pp. 53-54).

⁴⁴ Metaforicamente, seria como colocássemos uma lente de aumento sobre a nossa realidade jurídica: os problemas, nos EUA, são relativamente semelhantes aos nossos, porém, significativamente mais intensos, o que exige não só pesquisa e discussões mais amplas e profundas, mas também resultados mais concretos e efetivos.

dados disponíveis no âmbito político e com aqueles acerca da capacidade interpretativa das instituições estatais responsáveis pela aplicação do Direito.⁴⁵

Respostas menos polêmicas poderiam ser encontradas no plano operacional.

Entende-se relevante, então, adentrar no âmbito político, bem como fazer pesquisa empírica a respeito da capacidade de cada instituição aplicar o Direito, caso se queira desenvolver uma teoria da interpretação útil, seja qual for a concepção de direito que se adote. Este entendimento revelaria, por si só, diversas demandas de pesquisa, como as necessárias para identificar qual doutrina interpretativa produz o melhor direito em determinados cenários. Essas pesquisas não são fáceis nem pequenas. Pelo contrário. Na verdade, essas pesquisas dificilmente estarão completas dentro de um futuro previsível,⁴⁶ e, ainda assim, não é absolutamente certo que um dia cheguem a um resultado confiável. Caso não se consiga ter os dados acima ou grande parte deles, é preciso levar este fato em conta quando da defesa de uma teoria da interpretação. Será preciso, nesta hipótese, desenvolver uma teoria da interpretação jurídica sob incerteza e aplicá-la em circunstâncias semelhantes – também sob incerteza.

É possível, portanto, durante a investigação acima, chegar à conclusão de que não há como obter uma resposta satisfatória a muitas das suas perguntas, diante da peculiaridade da ciência social, especificamente do direito, e do seu objeto de estudo, em que cada alteração do cenário analisado, por menor que seja, altera diversos fatores sucessiva e reflexivamente.⁴⁷ Assim, o que era incerteza

⁴⁵ No que toca à não consideração da capacidade institucional dos vários aplicadores da legislação e os efeitos dinâmicos decorrentes da aplicação do método interpretativo defendido, Sustain e Vermeule (2002, p. 5): "é impossível responder essas questões [sobre o método de interpretação adequado] sem olhar para as capacidades institucionais dos vários atores e para os efeitos dinâmicos das concepções [sobre o método interpretativo] em disputa. Nós pleiteamos, em resumo, que um foco sobre as questões institucionais radicalmente ressignifica [altera as conclusões da] a análise da interpretação legal – e que já se passou muito tempo para aqueles interessados na interpretação vejam o que pode ser feito com essa alteração".

⁴⁶ Cf. Sunstein e Vermeule (2002, pp. 24-27) e Vermeule (2006, p. 153): "This is emphatically a research program for academics; and it is a program that will not be fulfilled or even well under way in the foreseeable future. Although social scientists and empirically inclined lawyers are beginning to study the empirical determinants of interpretive approaches, the institutional turn is still in its infancy".

⁴⁷ Considere, por exemplo, uma pesquisa que coloque alguns tribunais adotando cada um uma postura interpretativa determinada e distinta da do outro sobre uma determinada matéria. Os indivíduos submetidos ao que consideram ser as piores posturas certamente recorrerão aos tribunais superiores que tenderam a uniformizar essas posturas. Ainda que inclua os tribunais superiores na pesquisa do exemplo, os custos com a insegurança jurídica gerada no período provavelmente seria tão grande que o Executivo ou o Legislativo dificilmente deixariam de

quando do início das pesquisas continuaria sendo incerteza quando do seu avanço. Na verdade, seria gerada uma certeza: a limitação ou nível de limitação da razão humana nesta seara.⁴⁸ Seria a razão sendo usada para demonstrar os seus limites quanto à aplicação do direito.⁴⁹ Diante dessa certeza, a saída seria investigar como as instituições responsáveis por aplicar (e/ou criar) o direito utilizam as técnicas de superação dos limites da razão e quais o fazem com o melhor resultado, aplicando melhor o direito que se entende por correto ou adequado, qualquer que seja esse entendimento (a teoria *first-best* adotada). Essas conclusões serviriam para indicar o melhor método interpretativo a ser adotado por cada instituição. Teriam a vantagem de se basear em argumentos objetivos, em vez de argumentos conceituais ou valorativos, tendo o potencial de gerar mais consenso entre os intérpretes do Direito do que as teorias *first-best*.

O trabalho foi dividido do seguinte modo. No primeiro capítulo, levantou-se o debate a respeito da interpretação da Constituição e da lei em geral no Brasil, inclusive com relação às referências estrangeiras usualmente suscitadas. Neste capítulo serão feitos os esclarecimentos e levantados os instrumentos básicos necessários ao estudo desenvolvido nos outros dois capítulos. Analisou-se a discussão a respeito dos males decorrentes do tratamento da Constituição como uma ordem-fundamento e das considerações de Robert Alexy durante o desenvolvimento de sua teoria interpretativa pós-positivista que tenta manter caráter de ordem-moldura da Constituição. Essa análise teve, pelo menos, dois objetivos. Um, esclarecer a inadequação de teorias interpretativas que permitem extrair da constituição qualquer significado, o que é feito geralmente por meio do estímulo ao intérprete para que dê concretude a normas constitucionais abstratas e explore a argumentação jurídica sobre a legislação em geral. Outro, mostrar como é difícil estabelecer o meio-termo entre a aplicação de princípios constitucionais sem violar a discricionariedade política do legislador e do administrador (ordem

intervir, adotando uma medida judicial especial ou editando uma norma visando homogeneizar essas interpretações.

⁴⁸ Essa foi a conclusão da minha dissertação de mestrado a respeito da aplicação do direito sobre as políticas públicas (OLIVEIRA, 2006). Também foi essa conclusão a que chegou Adrian Vermeule no seu livro *The Limits of Reason* (2009).

⁴⁹ Apesar da crítica disseminada a respeito dessa possibilidade – "se a razão é limitada, como ela poderia ser usada para comprovar a sua limitação?" –, é possível à razão revelar quando ela termina. Na verdade, esta seria uma das suas principais funções. A esse respeito, veja o debate entre Hayek e Karl Popper, este desenvolvendo o "*critical rationalism*", sintetizado por Celia Lessa Kerstenetzky (2007).

marco) e aquela que a viola (ordem-fundamento). Após, há uma síntese das ideias do pós-positivismo, do neoconstitucionalismo e do positivismo defendidos no Brasil e seus problemas. Também são propostas duas classificações não usuais na nossa doutrina em substituição às já tradicionais, com o objetivo de facilitar o enfrentamento das questões postas pela análise institucional. São elas a distinção entre regra e *standard*, no lugar da distinção entre regra e princípio, e a distinção entre interpretação formalista e não formalista, no lugar da tradicional distinção entre positivistas e pós-positivistas ou neoconstitucionalistas. Depois das considerações a respeito da classificação "regra vs. *standard*", é esclarecida a *teoria second-best*, cuja ideia é um dos pilares deste trabalho. Por fim, é feito um esclarecimento das correntes de formalismo mais suscitadas nos EUA, bem como daquela que será investigada e, ao final, defendida neste trabalho. Na conclusão do capítulo, é feita uma síntese do que foi levantado e será usado para o avanço do estudo.

Ao segundo capítulo foi reservada a análise institucional. Inicialmente demonstra-se, por meio da experiência norte-americana, a relação entre o Direito Constitucional e a política que lhe dá sustentação. Nos momentos relevantes, são apontadas as similitudes ao caso brasileiro. Ponto interessante é a identificação de que também no Brasil ocorreu, ao menos, um *momento constitucional*, alterando a Constituição vigente, por meio de uma emenda que não obedeceu ao rito exigido pela Constituição. Outro é o que mostra que também nos Estados Unidos é comum a alteração formal da Constituição (pelos estados), de maneira semelhante à prática brasileira. A diferença é que, até pouco tempo, nos EUA, a competência sobre questões econômicas e sociais relevantes estavam nos estados. De maneira que, obviamente, as emendas ocorriam nas Constituições Estaduais, e não na Federal, que é restrita a muito poucas questões. Depois que as questões econômicas e sociais começaram a ser assumidas pela União, emendas começaram a ocorrer também na Constituição Federal dos EUA, só que de modo informal. Trata-se de ponto importante para dar base à defesa de que uma constituição analítica como a brasileira é melhor do que uma constituição sintética e principiológica como a estadunidense. Buscou-se identificar a delicada relação entre o direito que restringe os Poderes estatais ao mesmo tempo em que é mantido e garantido por eles. Foi afirmado que não se pode perder de vista essa relação quando da elaboração da teoria interpretativa constitucional, sob pena de

prejuízos ao direito e aos indivíduos e instituições sujeitos a ele. Nesse ponto, identificaram-se os limites da jurisdição constitucional frente à política, os contornos do que seria um controle de constitucional útil ao ordenamento jurídico e à preservação dos direitos fundamentais, bem como foi examinado o conceito de "democracia de direitos" de Stephen Griffin. Num segundo momento, demonstrou-se a necessidade de todo intérprete fazer tanto a escolha institucional – "qual instituição deve ficar com a autoridade decisória (final)?" – e a escolha interpretativa – "qual o método interpretativo devo utilizar?". Depois, foi feita a distinção entre as características da regra e do *standard*, elemento fundamental tanto para fazer a escolha institucional quanto para fazer a escolha interpretativa. Essa distinção reforça a importância de que todas as teorias interpretativas destinadas a decisores do mundo real considerem as contingências do plano operacional. Também foi enfrentado o "dilema institucional", indicando as saídas possíveis e qual a escolha que deve ser feita nesse ponto. Ao final, são apontadas as limitações decisórias do Judiciário, resultado de suas características – limitação de tempo para decidir, impossibilidade de colher e processar todos os dados necessários à decisão, baixa capacidade decisória epistêmica –, que o levam a julgar sob incerteza ou incerteza profunda, e estudadas técnicas desenvolvidas pela "teoria da decisão" que auxiliam no processo de decisão em situações de incerteza. Elas são úteis para que o juiz e os demais indivíduos responsáveis pela interpretação (e aplicação) do direito possam escolher com pelo menos algum nível de racionalidade o melhor método interpretativo para o seu caso. Elas também serão usadas para indicarmos o método interpretativo que deve ser adotado pelos juízes na aplicação das normas constitucionais e regulatórias. Na análise do Judiciário, são feitas também considerações específicas ao caso brasileiro, incluindo sua relação com o Legislativo e o Executivo na criação e proteção de direitos individuais e coletivos. A crítica doutrinária nacional acerca do processo decisório judicial tem papel relevante nessa etapa. Relevante, também, é a demonstração, por meio do *empirismo imparcial*, de que a visão comum entre os juristas a respeito das qualidades do Judiciário e dos defeitos do Legislativo (federal) e das agências e órgãos administrativos (federais) não corresponde a toda a verdade, inclusive no que toca à promoção e garantia de direitos individuais e coletivos.

No terceiro capítulo, há o desenvolvimento da tese propriamente dita: a verificação concreta de como deve ser aplicado o Direito Regulatório e, antes dele, o Direito Constitucional pelo Judiciário, pelo Legislativo e pelas agências e órgãos do Executivo. Nele, são aplicados os conceitos e *chaves de sentido* levantados e desenvolvidos nos capítulos anteriores. Foi feito, inicialmente, um resumo da posição dos teóricos do direito estudados em relação ao *novo institucionalismo*. Depois, encontram-se considerações gerais a respeito das premissas e conclusões a respeito do *formalismo estratégico* e, especificamente, dos motivos para a sua adoção como o método interpretativo da Constituição pelos juízes. Defendeu-se que a autorrestrição judicial na interpretação de textos constitucionais vagos, ambíguos e principiológicos e a aceitação pelos tribunais de sua interpretação pelo Legislativo e Executivo é a postura interpretativa que gera os melhores ganhos ou ganhos no mínimo tão bons quanto o gerado por suas concorrentes e as menores perdas ao direito brasileiro. A aplicação dos instrumentos da *teoria da decisão* estudados no capítulo 2 tem papel de destaque nessa etapa. Considerou-se que esses textos foram propositadamente deixados em aberto pelo constituinte para que ganhassem conteúdo ao longo do tempo, aproveitando-se do desenvolvimento da economia, cultura e valores sociais; que essa evolução seria mais bem captada e processada pelas instituições que mantêm contato mais próximo ou direto com a sociedade e com o mercado,⁵⁰ com diversidade profissional e de perspectivas em seu núcleo decisório e vantagem decisória epistêmica dentre outras. Quanto aos outros textos constitucionais, os claros e específicos, a sua estrutura, conferida também propositadamente pelo constituinte, indicaria que devem ser empregados com o seu significado mais comum e imediato. Quanto a estes, o tribunal possuiria capacidade interpretativa equivalente ou superior às das demais instituições estatais. Nesse processo, foram selecionadas e consideradas variáveis entendidas como mais relevantes ou suficientes para a demonstração do método proposto ao caso brasileiro. Ao final da análise do método interpretativo do Direito Constitucional brasileiro proposto, são considerados os motivos que levam os juristas a tornar o Direito Positivo mais complexo do que ele naturalmente já seria. Posteriormente, verificam-se a possibilidade e motivos que poderiam levar os juízes brasileiros a adotar o modelo

⁵⁰ Quanto ao conceito de mercado empregado neste trabalho, cf. Daniel Almeida de Oliveira (2010b, pp. 85-89).

proposto, diante do fato de ele exigir uma autorrestrrição e uma aparente, embora falsa, diminuição de sua importância na interpretação (e criação e aplicação) do direito.

A parte final do capítulo 3 trata do método interpretativo a ser adotado na aplicação do Direito Regulatório brasileiro. Conclui-se que, caso se considere muito ambicioso pretender a adoção do *formalismo estratégico* para o Direito Positivo em geral, diante da menor complexidade de alguns ramos do direito, ao menos seria mais fácil aceitá-lo para o Direito Regulatório e para as normas constitucionais incidentes sobre ele. A proposta menos ambiciosa deste trabalho propõe, no mínimo, a necessidade de o *formalismo estratégico* ser adotado pelos juízes no Direito Regulatório e nas normas constitucionais aplicáveis a ele porque, do contrário, os textos constitucionais vagos, ambíguos ou principiológicos poderiam ser empregados pelos mesmos para conformar a legislação regulatória infraconstitucional. Caso o faça, ou seja, caso apliquem a lei adaptada ao seu entendimento pessoal a respeito do significado das normas constitucionais, atitude bastante comum no Brasil atual, continuaria sendo permitido ao juiz substituir indefinidamente a interpretação do Legislativo e do Executivo contida numa norma regulatória. O que é justamente o que o método formalista defendido indica ser equivocado ou ruim. Posteriormente, indica-se o método interpretativo a ser adotado, especificamente, pelos órgãos administrativos subalternos e superiores, com base nos instrumentos e conceitos estudados, em especial na distinção entre as peculiaridades das regras e dos *standards*. Lançando mão da ideia de que não necessariamente cada parte é uma representação em menor escala do todo e vice-versa, explica-se porque uma interpretação formalista pela maior parte dos órgãos administrativos pode resultar numa postura interpretativa não formalista da Administração Pública como um todo. Essa mesma ideia é usada para afirmar que a interpretação judicial acabará sendo, ao final, também não formalista, em virtude de os juízes aplicarem formalisticamente a interpretação não formalista do Legislativo e Executivo – geralmente encontradas nos atos administrativos, normativos ou não.